JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos

Comentarios, legislación y jurisprudencia



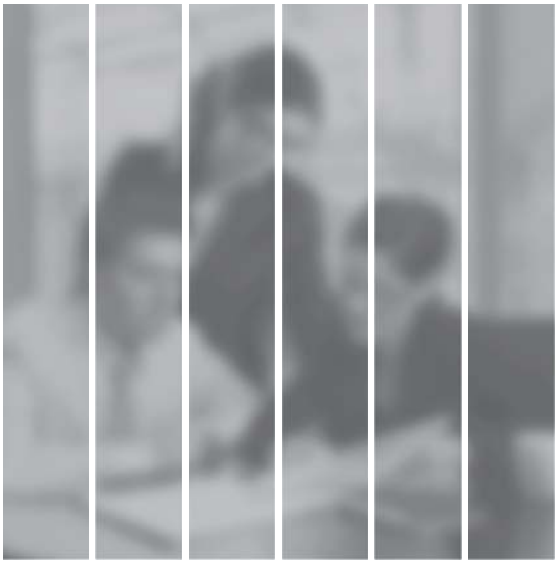
GACETA JURIDICA

Para más Libros Gratis Síguenos en:
https://bit.ly/EscuelaNacionaldeAltaGerencia

JUAN C. MORÓN URBINA

CONTROL GUBERNAMENTAL y RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Comentarios, legislación y jurisprudencia



GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
(01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

Introducción

La Declaración de Lima de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), sobre las líneas básicas de fiscalización, nos dice que la institución del control "no representa una finalidad en sí misma, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro" (art. 1).

Realmente nunca encontré una mejor síntesis de lo que representa el control gubernamental para la gestión pública. Nunca un fin, sí un medio. Un medio importante, casi imprescindible, para regular la conducta funcional de los agentes públicos, para sindicar las desviaciones incurridas contra la normativa, la rentabilidad, la utilidad y la racionalidad de las operaciones de las entidades. No un señalamiento por el solo hecho de acumular observaciones aunque sean de las más irrelevantes, formales y absurdas, sino pertinentes, relevantes y materiales. Actuando siempre con inmediatez, de modo que las medidas correctivas sean sucesivas y concurrentes, cuando el ordenamiento lo permita, pero nunca póstumas.

La responsabilidad funcional es el acompañante ideal del sistema, para permitir la actitud de reproche ejemplarizador frente al trasgresor, de tal modo que –en ejercicio de un elemental sentido de justicia–, se dé a cada cual según su mérito; dosificando la acción de responsabilidad para que actúe en casos realmente emblemáticos y necesarios, evitando propiciar la intimidación funcional, la parálisis burocrática, la aversión al riesgo gerencial y el reclinamiento de la gestión hacia el control, de modo de no tomar decisiones hasta que la instancia de control se pronuncie. Todo en un ciclo que se inicia desde la planificación de la acción y que no puede entenderse cumplido con el reporte de desviaciones, sino con la implantación de las recomendaciones que logren impedir o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro. De ahí que el control gubernamental sea la retroalimentación de la

gestión que busca enderezar la conducta ineficiente, ilegal, irracional o antieconómica.

La función de control practicada con excelencia implica propender a que sus acciones produzcan mejoras continuas en las instituciones y contribuyan al logro de los objetivos y metas del servicio público, por medio de recomendaciones y de información confiable, útil, oportuna y con el valor agregado que reporta. Por ello, la propia medición de la eficiencia del control no se puede realizar solo por el número de fiscalizaciones programadas, por las acciones iniciadas, por las acciones concluidas, por las denuncias presentadas, por las sanciones aplicadas, sino –qué duda cabe– por haber impedido que una infracción ya detectada sea recurrente.

El ejercicio del control gubernamental está sujeto a una serie de principios que lo rigen:

- **El principio de la universalidad,** entendido como la potestad de los órganos de control para efectuar el control sobre todas las actividades de la respectiva entidad, así como de todos sus funcionarios y servidores, cualquiera fuere su jerarquía. No se pueden admitir zonas, procesos o recursos de las entidades inmunes al quehacer contralor. Las excepciones solo pueden admitirse mediante leyes expresas y siempre que admitan otros mecanismos de rendición de cuentas.
- **El carácter integral,** en virtud del cual el ejercicio del control consta de un conjunto de acciones y técnicas orientadas a evaluar, de manera cabal y completa, los procesos y operaciones materia de examen en la entidad y sus beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, las metas cualitativas y cuantitativas establecidas, su vinculación con políticas gubernamentales, variables exógenas no previsibles o controlables e índices históricos de eficiencia. Es el mismo organismo de control el que debe determinar autónomamente la forma y modo en que se desarrolla integralmente su función.
- **La autonomía funcional,** expresada en la capacidad de los componentes del Sistema de Control para organizarse y ejercer sus funciones con independencia técnica y libre de influencias. Ninguna entidad o autoridad, funcionario o servidor público, ni terceros, pueden oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de sus funciones y atribuciones de control. Los órganos de control solo pueden cumplir eficazmente sus funciones si son independientes de la institución controlada y se hallan protegidos contra influencias exteriores, por ello su regulación básica está en la Constitución y en una ley orgánica. Si bien una independencia absoluta respecto de los demás órganos estatales es imposible, por su pertenencia al mismo Estado unitario, los órganos de control deben gozar de la independencia funcional y organizativa necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

De otro lado, quienes realizan el control deben estar permanentemente atentos a proteger su autonomía funcional, evitando cualquier situación o relación personal que pueda suscitar dudas acerca de la independencia requerida, o incurrir en interés personal en conflicto.

- **El carácter permanente del control gubernamental,**por el que se debe tener en cuenta que es una función continua como instrumento de vigilancia de los procesos y operaciones de la entidad, que retroalimenta a la gestión con sus recomendaciones y propuestas, y que renueva su propio ciclo administrativo permanentemente.

- **El tecnicismo y especialización del control,** como sustento esencial de su operatividad, bajo exigencias de calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio; considerando la necesidad de efectuar el control en función de la naturaleza de la entidad en la que se incide.La oportunidad de la fiscalización, los métodos de trabajo, la metodología para determinar la muestras, la forma de exteriorizar resultados, la metodología para realizar el seguimiento son sustentados en los estándares profesionales internacionales, en manuales, guías y orientaciones técnicas que los hacen auditables y permanentemente actualizados según el progreso de la técnica. Luego, formulan sus opiniones objetivamente con prescindencia de cualesquier incidencia o efecto que su ejecución o sus resultados puedan derivar para el poder público o grupos interesados.

  Los juicios de control no se basan en la espontaneidad de sus funcionarios, en las directivas subjetivas de los jerarcas de turno o en la presión de partidos políticos o autoridades superiores.

- **El principio de legalidad,** que como para toda función administrativa supone la plena subordinación del proceso de control –como acción administrativa subordinada– a la normativa constitucional, legal y reglamentaria interna y externa que la regula. Las acciones de fiscalización no se basan en que la norma no les prohíba hacer algo, sino precisamente en que cada paso debe estar habilitado por alguna normativa explicita.

- **El principio del debido proceso de control,** por el que en toda fase de acción de control en que se vincule a los auditados y terceros, se les debe garantizar el respeto y la observancia de las facultades comprendidas en este principio, tales como: el acceso a la autoridad de control, el derecho a ser auditado por personas competentes e imparciales, derecho a un plazo razonable del proceso de control o que sea conducido sin dilaciones indebidas, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de defensa (derecho a la comunicación previa y detallada de las observaciones e imputaciones en su contra, la concesión del tiempo y contar con los medios adecuados para la preparación de su defensa).

- **El principio de eficiencia, eficacia y economía,** que exige al proceso de control ser realizado atendiendo a objetivos precisos, con el menor costo

posible y con la utilización óptima de recursos humanos, materiales y financieros.

- **El principio de oportunidad,** consistente en que las acciones de control,y particularmente sus conclusiones y recomendaciones, deben ser expuestas a las entidades en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido, y no cuando sean extemporáneas, impracticables o póstumas, ni cuando sean precipitadas.
- **La objetividad del juicio, apreciación, conclusiones y recomendaciones,** en razón de la cual las acciones de control se realizan sobre la base de una debida e imparcial evaluación de fundamentos de hecho y de derecho, evitando apreciaciones subjetivas de los auditores. Los auditores reconocen la independencia como un factor esencial para un mejor desempeño, por lo que sus decisiones y actuaciones siempre se orientan a aumentar los niveles de independencia y no a disminuirla. En el desempeño de las tareas de control es necesario ser exactos, rectos e imparciales, como garantías mínimas de objetividad, por lo que corresponde dar un tratamiento igualitario a todos los auditados, siendo necesario analizar los hechos alejados de cualquier apasionamiento, predisposición o preferencia acerca de las personas o entidades y anteponiendo los criterios técnicos y la evidencia a cualquier otra circunstancia.
- **El principio de materialidad o de importancia relativa,** que implica que cuando se ejerce la función de control esta debe concentrarse en las transacciones y operaciones de mayor significación económica o relevancia en la entidad examinada, del mismo modo, la revelación de los hechos observables debe ser realizada en función de su relevancia o cuantía para la entidad, de modo que su conocimiento o desconocimiento, según las circunstancias que lo rodean, puede influenciar significativamente en las decisiones de los funcionarios.
- **El carácter selectivo del control,** entendido como el aspecto técnico por el cual, al no poderse realizar el control al cien por ciento de todas las decisiones institucionales, debe concentrarse en las entidades, en los órganos y en las actividades que se consideren –por la experiencia, por denuncias o por materialidad– las más críticas, al denotar mayor riesgo.
- **La presunción de licitud o de inocencia,** según la cual, salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes, por lo que corresponde su absolución en caso de insuficiencia probatoria, incertidumbre o duda razonable sobre su culpabilidad. En tal sentido, los auditados no pueden ser imputados o sancionados sino en virtud de evidencia que genere convicción sobre la responsabilidad del administrado y siempre que haya sido obtenida legítimamente, no pudiendo ser imputados o sancionados por inferencias,

sospechas, falta de apersonamiento o falta de presentación de descargo; tampoco se les puede imponer la carga de probar su propia inocencia y, finalmente,los auditados merecen de los órganos de control un tratamiento como inocentes, por lo que pese a las imputaciones o hallazgos deben ser respetados en todos sus derechos subjetivos, como son el honor, la buena reputación, la dignidad, etc.

- **El acceso a la información,** referido a la potestad de los órganos de control de requerir, conocer y examinar toda la información y documentación sobre las operaciones de la entidad, aunque sea secreta, necesaria para su función.
- **La reserva,** por cuyo mérito se encuentra prohibido que durante la ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al sistema, o dificulte la tarea de este último. Quienes ejercen el control, aun luego de concluir este, tienen la obligación de guardar reserva respecto de sus programas, procesos y resultados, así como de la información privilegiada, de la cual se toma conocimiento con motivo de este ejercicio, estando impedido el auditor de utilizar dicha información, o de revelarla o transmitirla a terceros de cualquier modo.
- **La continuidad de las actividades o funcionamiento de la entidad,** al efectuar una acción de control, de modo que el control no impida, dificulte u obstaculice el servicio o la función a cargo de la autoridad auditada. El organismo de control no debe participar, ni dar la impresión de participar, en ningún aspecto, en la gestión o en la decisión de las organizaciones que auditan, salvo mediante las recomendaciones que se plantean al final del proceso de control. Durante el proceso de control, las tareas se desempeñan teniendo en cuenta los derechos y la dignidad de los auditados, así como la necesaria continuidad del servicio de las áreas examinadas.
- **La publicidad,** consistente en la difusión oportuna de los resultados de las acciones de control u otras realizadas por los órganos de control, mediante los mecanismos que la Contraloría General considere pertinentes.
- **La participación ciudadana,** que permita la contribución de la ciudadanía en el ejercicio del control gubernamental.
- **La flexibilidad,** según la cual, al realizarse el control, ha de otorgarse prioridad al logro de las metas propuestas, respecto de aquellos formalismos cuya omisión no incida en la validez de la operación objeto de la verificación, ni determinen aspectos relevantes en la decisión final.

El texto que tienen en sus manos y que tiene por título "Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos", congrega las reflexiones personales que a lo largo del tiempo he venido planteando respecto de diversos temas, como las relaciones en el Estado de Derecho y control, el ejercicio

del control de legalidad o la auditoría jurídica, los deberes y los derechos de los funcionarios y servidores auditados, la naturaleza y valor de los informes de control y su calidad de prueba preconstituida, el principio de autonomía de responsabilidades, la responsabilidad patrimonial del servidor público hacia la Administración, la prohibición de acumular cargos públicos remunerados, el exceso de plazo en el procedimiento administrativo disciplinario, la autonomía de los organismos constitucionales, el nepotismo municipal como causal de vacancia, entre otros tópicos.

Quienes me conocen saben de mi aprecio y compromiso con la Contraloría General de la República, organismo esencial para el Estado de Derecho, en la que tuve el honor de formarme profesionalmente y conocer el Derecho Administrativo nacional,donde transité durante doce años ejerciendo desde la función de asistente hasta la de asesor legal. Ahí tuve la suerte de conocer a muchísimas personas valiosas, que han dedicado su vida esforzada de funcionarios públicosa la mejora continua de la institución, preocupadas sinceramente por la lucha contra la corrupción. Faltarían páginas si quisiera enumerar a todos y cada uno de ellos: a mis jefes, compañeros de trabajo, amigos e integrantes de los equipos que formamos. Me reservo esa tarea para hacerlo personalmente. Por lo que simplemente dedico las siguientes páginas, de manera general, a los funcionarios y servidores de control de siempre, que honestamente trabajan y aportan por un Estado más eficiente y sin corrupción.

Juan Carlos MORÓN URBINA

CAPÍTULO I

Estado de Derecho y control: El control como función en el Estado democrático

Estado de Derecho y control: El control como función en el Estado democrático(*)

I. Introducción

Loewenstein (1976: 23), estudiando los procesos seguidos por las formas estaduales, demostró la existencia de una relación dialéctica y sutil entre las categorías conceptuales del "poder" y "control".

De tal suerte que en determinado momento ambas aparecerán fundidas, pues en toda sociedad la manifestación política del poder aparecerá fundamentalmente como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder sobre los destinatarios del poder. En este sentido, el concepto de control, en su modalidad social, se aproxima, caracterizando, al concepto de "poder político".

Pero existe otra relación entre ambas, acentuada por los ideales del constitucionalismo contemporáneo en cuya virtud viene siendo más transitada por los analistas, pero no por ello más acabada. Radica en la concepción del "control" como la adecuada y necesaria limitación del ejercicio del poder, en sus diversas manifestaciones. Para este parecer, todo Estado organizado exige, en interés tanto de los detentadores como de los destinatarios, que el ejercicio de cualquier modalidad de poder –con especial incidencia en el político– sea restringido o limitado.

Dentro de esta segunda relación se encuentran como mecanismos de control, una serie de limitaciones al poder, esa gran gama de "balances" y *checks* conocidos por la teoría constitucional, que van desde la propia dación de una Carta Constitucional escrita y rígida y la separación de funciones (usual e impropiamente denominada separación de poderes) hasta el fino diseño de controles intraórganos en cada organismo gubernativo.

(*) Investigación realizada en coautoría con mi colega Jorge Luis Cuya Lavy. Premiada en España por el Comité de Seguimiento del Encuentro de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de las Américas, Portugal y España.

Así, surge el binomio "poder-control", con una mutua complementariedad entre ellos. Pero sus vínculos distan de ser simples, al ser afectados por varios factores adversos. Sin contar con los habituales desfases y desacoples derivados por el común intento del poder para desligarse de su control y de este por asegurar la regulación del primero, la aludida complejidad emana de los diferentes desdoblamientos del ejercicio del poder y a la carencia de unidad para referirnos a las variables del control.

Por una parte, en su desarrollo, el poder asume diversas particularidades según la función estatal de que se trate; así tenemos las tradicionales funciones jurisdiccional, legislativa y ejecutiva. Y, del otro lado, el control es tipificado por sus variantes: política (control político), jurídica (control jurídico), administrativo-financiero (control administrativo-financiero) y el social; aunque solo los tres primeros sean institucionalizados en razón de poseer un reconocimiento jurídico específico y formalizado.

Con el advenimiento del Estado Democrático, el principio dogmático de la tríada del poder y de su separación, atraviesa sus momentos más álgidos. La realidad ha desbordado ese esquema, lo ha trastocado. Algunos fenómenos que se aprecian en la mayoría de regímenes democráticos del mundo, bastan para afirmar el desacople entre la teoría y la realidad política: la existencia de diversos puntos de contacto y de conflicto entre los tres poderes que debieran actuar con deslinde funcional, la identificación de funciones estatales, como el control, que no caben en esa tríada de "poderes" y las tan frecuentes y comunes transferencias de funciones entre los tres "poderes" del Estado, que nos permiten apreciar al Poder Ejecutivo legislando (mediante decretos legislativos o de urgencia) o a los poderes Legislativo y Judicial ejerciendo funciones administrativas (actos de organización, gerencia y proceso presupuestario).

En verdad, en la búsqueda de nuevos esquemas teóricos, la generalidad de la teoría encuentra aceptable la existencia de un solo poder público, su desarrollo a través de plurales funciones estatales y que estas sean ejercidas por diversos órganos con propios ámbitos de competencia y atribuciones delimitadas.

Precisamente, la desconexión y el recíproco desconocimiento de las señaladas variantes del control determinan adversamente que se entiendan como si fueran diversas sus finalidades, caracteres y alcances, aun cuando –como hemos visto– mantienen esencial unidad en la base.

En este contexto podemos indicar con Fernandez-Victorio y Camps (1976: 16) que "el poder controlador abarca, con la mayor amplitud, toda la actividad estatal. Comienza como es natural, con la actividad que se considera básica en el desenvolvimiento de las funciones del Estado: la función constituyente y, a través de las propias normas constitucionales, crea mecanismos de control de la más diversa intensidad y característica que permiten al titular de la soberanía

ejercer una constante vigilancia sobre toda la gestión estatal, sin distinción de sus funciones y objetivos".

En verdad, el control –ya configurado como función estatal– también queda sujeto al principio esencial de la limitación democrática de los poderes constituidos, a través de su distribución entre varios detentadores. No se concibe dentro de un Estado, la existencia de un organismo portador exclusivo del accionar de control, en sus diversas modalidades. Hacerlo sería convertirlo en un supraorganismo.

Más bien, se ha considerado conveniente distribuir la potestad de control en diversos órganos, atendiendo a sus modalidades. De tal manera tenemos: que el control jurídico (control constitucional de las normas jurídicas) se encuentra asignado al Poder Judicial o a alguna Corte Especializada; el control político, al Parlamento; y, el control administrativo-financiero, a las Entidades de Fiscalización Superior. A saber en Hispanoamérica, esta función se ejerce por los organismos siguientes:

Antillas Neerlandesas (Tribunal de Cuentas); Argentina (Auditora General de la Nación); Brasil (Tribunal de Cuentas de la Unión); Bolivia (Contraloría General de la República), Colombia (Contraloría General); Costa Rica (Contraloría General de la República); Cuba (Comité, Estatal de Finanzas); Chile (Contraloría General de la República); Ecuador (Contraloría General del Estado); España (Tribunal de Cuentas); Estados Unidos de América (Oficina General de Contabilidad); El Salvador (Corte de Cuentas de la República); Guatemala (Contraloría General de Cuentas y Tribunal de Cuentas); Honduras (Contraloría General de la República); México (Contaduría Mayor de Hacienda); Nicaragua (Contraloría General de la República); Panamá (Contraloría General de la República); Paraguay (Contraloría General de la República); Perú (Contraloría General de la República); Portugal (Tribunal de Cuentas); Puerto Rico (Oficina del Contralor); República Dominicana (Contraloría General y Cámara de Cuentas); Surinam (Oficina de Auditora); Uruguay (Tribunal de Cuentas); y Venezuela (Contraloría General de la República).

Con cargo a profundizar en los ítems correspondientes, señalaremos como consecuencias de la esencial unidad entre las actividades de control:

1. La necesidad de una relación interpersonal en el sustrato del control, reflejada en la necesidad de que una persona diferente al actuante se encargue de su verificación (contralor y controlado);
2. El órgano de control debe ostentar una situación funcional garante de la objetividad en su cometido, trasuntada en la supremacía o jerarquía sobre los sujetos controlados o en niveles de autonomía respecto al resto de organismos;
3. Que el accionar de control no se efectúa respecto de determinados organismos per se, sino en la medida de que estos realizan alguna función

estatal. Del mismo modo como el control jurídico no se efectúa sobre el Congreso, sino sobre la función normativa y, en tal virtud, alcanza a los actos de esta naturaleza del Órgano Ejecutivo y de otros organismos; así pues, el control financiero-administrativo no se contrae al órgano ejecutivo, sino a los actos de este orden que realice cualquier actor;

4. Que el resultado y las consecuencias del control forman parte del mismo, no debiendo terminar con la simple constatación de los actos del controlado. La función de control involucra su resultado, pues de otro modo se sujetaría a ser un mero fedatario de conductas o actos, sin relación vinculante. Por ello activa, si lo amerita el caso, los mecanismos de responsabilidad correspondientes. Así como el control político desemboca en la responsabilidad política, el control jurídico concluye con la descalificación de la norma y eventualmente la responsabilidad civil de los transgresores, el control administrativo-financiero determina la responsabilidad administrativa y/o pecuniaria de los funcionarios y servidores públicos).

II. Proceso de constitucionalización del control financiero

Clásica resulta para el derecho constitucional la distinción entre los ordenamientos constitucionales según la técnica jurídica empleada para su reforma o enmienda. Marcado este criterio distintivo existen constituciones que establecen un proceso singular con respecto al *iter* legislativo ordinario, lo cual se traduce en la existencia de determinados obstáculos técnicos que evitan la fácil y poco meditada reforma de los preceptos considerados fundamentales al ser contenidos por la carta constitucional.

Como bien apunta Duverger, esta distinción se refiere a la reforma de la constitución y no a su establecimiento, pues ninguna constitución puede ser establecida por el órgano legislativo ordinario, porque este no existe sino una vez que sea instituido por la primera, de tal suerte que no podría engendrarla un poder constituido, puesto que este deriva su existencia de ella misma. Según esta alternativa, inspirada en la Constitución de los Estados Unidos América de 1776, se facilitaría su conocimiento preciso y sistemático a la vez que consagraría eficazmente las facultades del ciudadano y las restricciones de la libertad cuya reforma operaría únicamente a través de los procedimientos previstos en ella, mas no directamente por el Legislativo, Ejecutivo o Judicial.

Por el contrario, existen otras que no prevén ningún proceso especial de modificación y derogación de sus normas constitucionales. Este distingo fue advertido y desarrollado por el inglés Lord James Bryce (1952: 1), denominando, respectivamente "rígidas" a las primeras y "flexibles", a las segundas, terminología que es prácticamente compartida por los tratadistas contemporáneos.

Ontológicamente, las constituciones flexibles tienen una natural afinidad con la estructura de gobierno de tipo autocrático, mientras que las otras marchan en paralelo con el desarrollo del movimiento democrático de gobierno. Con acierto afirma Ollero (1949: 147) que históricamente han coincidido los momentos de revolución y posrevolución, con las exigencias de rigidez constitucional. Ello se explica porque después de una conmoción política profunda el órgano constituyente tiende a buscar la consolidación de los resultados obtenidos, asegurar los principios políticos y los esquemas de organización conquistados y con ello, evitar nuevos traumas más o menos revolucionarios o contrarrevolucionarios.

En el sistema flexible se tiene como base fundamental los precedentes, aunque subsistan otros documentos principales de diverso tipo. Por ello, carecen de organicidad y son susceptibles de modificación directa e inmediata por los organismos competentes del Estado.

Bajo esta óptica, los regímenes constitucionales predominantes tienden hacia la rigidez, lo cual posibilita la prevalencia de los principios contenidos en ellos, puesto que se presumen pilares de toda estructura político-jurídica, frente a los actos de los gobernantes.

Dentro de este marco, la fiscalización superior, teniendo como elemento consustancial la cautela de la adecuada gestión y utilización de los recursos públicos –cuya titularidad corresponde al cuerpo político en general–, hace imprescindible que en normas premunidas de la mayor jerarquía jurídica así se le establezca, de tal forma que los derechos de la colectividad están garantizados frente a los actos de sus administradores. Ello se logrará solamente incluyéndoseles en la Carta Política.

Como se ha expuesto, los principios esenciales para la viabilización ordenada y pacífica de la sociedad requieren su categorización adecuada dentro del sistema jurídico, por ende, podemos colegir que precisamente uno de ellos es el concerniente a control de los bienes y recursos públicos, más aún cuando existe identidad tanto en lo que atañe al titular de la soberanía como a los bienes objeto de protección.

Concordantemente consideramos –como lo hemos expresados– que en la actualidad los órganos del Estado establecidos en la Constitución, más allá de una apreciación de estamentos entre sí deben ser observados como desarrollantes de las diversas funciones que cumple el Estado, funciones dentro de las que se adscribe la de control realizado intra o extraorgánicamente por todos ellos, pero específicamente en lo que concierne a nuestra materia o sea el control fiscal; posición que ha alcanzado el reconocimiento inicial necesario en los procesos políticos internacionales contemporáneos.

Estas consideraciones han sido las que a la postre motivaron a que en certámenes internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores [II INCOSAI (Bruselas, Bélgica 1956); VIII INCOSAI (Madrid, España 1974); IX

INCOSAI (Lima, Perú 1977); XIII INCOSAI (Berlín, Alemania 1989) y II CLADEFS (Santiago de Chile, Chile 1965), y VI CLADEFS (Guatemala, 1981)], sentaran la doctrina en el sentido de recomendar a los respectivos gobiernos incorporar como postulado elemental el control económico y financiero de la Administración del Estado, o lo que se ha denominado el "Proceso de Constitucionalización del Control".

En la praxis este proceso ha alcanzado feliz conclusión en diversas normas fundamentales de América, España y Portugal, encontrándose situadas en las Constituciones actualmente vigentes de: Argentina (modificación de 1993), Bolivia (1967), Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1949), Chile (1980), Ecuador (1978), España (1978), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), México (1917), Nicaragua (1986), Panamá (1972), Paraguay (1992), Perú (1993), Portugal (1976), Puerto Rico (1952), República Dominicana (1966), Surinam (1987), Uruguay (1966) y Venezuela (1961).

Como puede apreciarse en esta descripción, un conjunto importante de las vigentes Constituciones analizadas consagran a las EFS un nivel supremo en la jerarquía normativa en reconocimiento del rol fundamental de la fiscalización superior en la estructura estatal. Sin embargo, este actual reconocimiento tiene profundas raíces históricas que se diversifican según los respectivos Estados, pero mantienen como vertiente común a la Constitución de Cádiz de 1812.

En efecto, esta Carta que en general constituye uno de los antecedentes para el constitucionalismo iberoamericano por su elaboración, alcances y vigencia en dicha orbita, sentaron el precedente común en su artículo 350 que: "Para el examen de todas las cuentas de caudales públicos habrá una Contaduría Mayor de Cuentas que se organizará por una ley especial".

La hora presente demanda que el proceso de constitucionalización del control no se restrinja al simple establecimiento de la Entidad de Fiscalización Superior en el supremo rango jurídico, sino que avance hacia un segundo momento: dotar de igual categoría jurídica a las principales características de la función fiscalizadora, como son, su autonomía (en sus diversas manifestaciones), ámbito de fiscalización, atribuciones y potestades esenciales, estatus de sus titulares, entre otras; de tal suerte que, el control financiero-administrativo está, sometido, fundamentalmente, a normas de origen propiamente constitucional.

Este avance resulta necesario por cuanto el poder constituyente resulta ser la única instancia capaz de delinear las características de la fiscalización con objetividad, puesto que de otro modo esta labor se dejaría librado al o los órganos del poder constituido, quienes de una u otra forma son objeto de control, por lo cual resultarían tener intereses en conflicto con una plena y eficiente actitud fiscalizadora.

En los esquemas constitucionales rígidos, predominantes a nivel de las Américas, España y Portugal, aquellas normas e instituciones contenidas en sus Cartas Políticas son entendidas como las básicas de su respectiva sociedad, siendo susceptibles únicamente de variación mediante algunos mecanismos especiales que difieren de los actos legislativos ordinarios, asegurándose así su estabilidad por parte del titular de la soberanía.

III. Autonomía: principio básico de la fiscalización superior

Como expresamos en un capítulo anterior, reiteradas opiniones expuestas en diversos Congresos Mundiales de Entidades Fiscalizadoras Superiores consideran, apropiadamente, que la regulación del control sobre la hacienda pública amerita ser incluida entre las normas básicas del Estado, incorporándose en el proceso de "constitucionalización del control", y más concretamente de las EFS.

Por ello, resulta deseable la asignación de un nivel jerárquico supremo al estatuto de las EFS, delineando sus principales características conducentes a dotarla de autonomía en sus diversas expresiones.

Es aquí donde emerge la autonomía, como aquel estatuto que permite a un ente autogobernarse, de manera que mantenga relación de determinación o condicionamiento con algún otro órgano o autoridad distinta al mismo.

Recogiendo el desarrollo teórico expuesto por Enrique Silva Cimma (1976: I, 35), ex Contralor General de Chile, podemos señalar que, en materia de fiscalización superior, la autonomía se compone de dos elementos (autonomía interna y externa) que por naturaleza son indisolubles, pero para fines estrictamente teóricos los comentamos en forma disgregada:

1. Autonomía interna

Primero, se entiende como autonomía interna a la facultad de una entidad para regular por sí misma su estructura orgánico-funcional y para expedir sus propias normas de gerencia. Tal, no conlleva una libertad absoluta para el cumplimiento de sus funciones, sino que su ejercicio se sujete dentro de los límites constitucional y legal vigentes; adecuándose –consecuentemente– al principio de juridicidad o conducta reglada que debe gobernar todas las actividades del Estado.

La autonomía interna contiene a su vez los siguientes matices:

1.1. Autonomía funcional

Representa a la capacidad de la EFS para organizarse y manejar su potencial humano y recursos financieros y materiales, así como dictarse su propio

ordenamiento jurídico sin influencias o interferencias extrañas que pretendan orientar la realización de sus actividades-fines.

1.2. Autonomía económica

Permite, siguiendo el arquetipo utilizado en Congresos Mundiales de EFS, elaborar y ejecutar su propio presupuesto, aprobado directamente por el Parlamento, así como contar con la disponibilidad de fondos en volumen y oportunidad requerida, para el cumplimiento de su cometido; dificultando, por lo tanto, que instancias administrativas recorten las partidas presupuestales autorizadas (intangibilidad).

En cuanto a este aspecto de la autonomía, conviene precisar que resulta gravitante para afianzar la independencia de cualquier EFS. En tal sentido, si bien se admite que tales organismos son, desde el punto de vista funcional, independientes del ente administrador, en muchas realidades las tareas de formulación, aprobación y evaluación del presupuesto de gastos se encuentran sometidas a otras dependencias de la Administración Estatal, configurando un factor de entrabamiento de la fiscalización, por cuanto, en ciertos casos, se perturba la celeridad natural que requiere su delicada misión, situación que viene a consagrar –de facto– una suerte de dependencia económica del Poder Ejecutivo.

Entonces, uno de los atributos fundamentales para salvaguardar la autonomía de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, radica en garantizar, en términos de calidad y cantidad y oportunidad, el financiamiento de sus gastos, con lo cual su actividad no estará sometida a las eventualidades de la vida presupuestaria que corresponde a la Administración Pública.

Por ello, se considera que una forma de lograr una plena y efectiva autonomía en estos organismos, radica en garantizarles un sistema de ingresos que los sustraiga del dictado que ejercen otras dependencias administrativas –y que a su vez son sujetos de fiscalización– sobre la asignación de recursos asegurando la concesión de fondos para su eficiente funcionamiento; o bien facultando a las EFS para que proyecten su presupuesto y lo remitan directamente al Parlamento para su aprobación, materia esta que ha sido tratada en diversos Congresos Mundiales de Entidades Fiscalizadoras, de cuyas deliberaciones fueron formuladas oportunamente recomendaciones orientadas a desligar a dichos entes de la coyuntura de depender de las erogaciones económicas bajo la discrecionalidad de entes administrativos.

Sobre el tema, la legislación muestra la existencia de algunas EFS que han alcanzado autonomía económica en los términos recomendados por los Congresos Mundiales de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Así, tenemos al Tribunal de Cuentas uruguayo cuyo proyecto presupuestal se envía para su incorporación al Poder Ejecutivo; a la Contraloría General de Bolivia, cuyo proyecto de presupuesto es asumido intangiblemente por el proyecto de

presupuesto nacional que elabora el Ejecutivo; la Oficina del Contralor de Puerto Rico que por Ley N° 147 del 10 de junio de 1980 presenta ante la Asamblea Legislativa, directamente, su solicitud presupuestaria; y, la Contraloría General de Honduras, quien remite su presupuesto directamente a la Junta Directiva o Comisión Permanente del Congreso Nacional. Igualmente, el caso de la Contraloría General de Costa Rica, que por mandato de su Ley Orgánica, tiene la potestad de remitir al Directorio de la Asamblea Legislativa el proyecto de presupuesto anual para que sea incluido como parte del correspondiente al Poder Legislativo.

Con similar intencionalidad se prevé en Ecuador que su presupuesto anual de gastos de funcionamiento de la Contraloría General sea aprobado por el Presidente de la República, no dependiendo del presupuesto general del Estado, ya que en virtud de los Decretos N°s 114 del 4 de diciembre de 1970, 41 del 25 de enero de 1973 y 168 del 15 de febrero de 1974, es financiado con base en una contribución (cinco por mil) sobre los ingresos presupuestados por las entidades del Sector Público sometidas a su control; por lo cual el presupuesto general del Estado no incluye ninguna asignación para el Organismo Contralor. Similar, aunque de menor magnitud, es el caso peruano, donde mediante el Decreto Legislativo N° 573, (art. 49) y su reglamento dictado a través del D.S. N° 210-90-EF, ha sido creado un Fondo denominado de Reforzamiento Institucional, en donde confluye una serie de recursos destinados a sufragar parte de los gastos de la Contraloría General, la cual lo administra dando cuenta al Congreso de la República.

Además de los casos expuestos anteriormente, existen otras legislaciones que en alguna medida consignan disposiciones que apuntan hacia la búsqueda de la autonomía económica, pudiendo resaltarse el caso de la Contraloría General de Panamá, cuya ley estipula que esta puede exigir que su presupuesto guarde proporción con el incremento del monto global del presupuesto del Estado (art. 10 de su Ley Orgánica).

2. Autonomía externa

En segundo lugar, la autonomía externa implica para la EFS un doble aspecto: la capacidad para dictar normas que regulen el proceso de fiscalización superior dentro del ámbito de control, y la atribución de ejercer el control financiero-administrativo adoptando acciones concretas desde su planeamiento hasta la aprobación del informe, sin que medien interferencias de otros órganos del Estado o instituciones.

El reglamento representa en buena parte el éxito de la fiscalización y la eficacia de las sugerencias o instrucciones que dicten los entes contralores, pues depende de la claridad, seguridad y celo con que desarrolle en su texto el contenido de las leyes de organización.

Sobre la potestad reglamentaria algunos sectores de opinión plantean la necesidad de que sea la propia Entidad Fiscalizadora Superior la que reglamente sus leyes, atendiendo a que resultaría atentatorio contra su autonomía que el Órgano Ejecutivo, principal ente "controlable", pudiera desarrollar bajo sus propios criterios las leyes que rigen la actividad de dichas entidades de fiscalización, con el agravante que las particularidades y funcionamiento del control escapan, en la mayoría de los casos, al conocimiento de otras esferas del Estado.

El tema de la autonomía ha sido discutido en diversos Congresos Latinoamericanos y Mundiales de entidades Fiscalizadoras Superiores, de cuyo análisis e intercambio de experiencias, se arribó, en cada oportunidad, a conclusiones y recomendaciones que constituyen el marco de referencia para los efectos de consolidar este principio fundamental en las legislaciones de cada país.

Sin embargo, los atributos inherentes a la autonomía adquirieron una mayor connotación al ser recogidos en el texto de la Declaración de Lima sobre las líneas básicas de la fiscalización, aprobada en el IX Congreso Mundial de Entidades Fiscalizadoras Superiores, realizado en el Perú, en 1977. En dicha Declaración se establece, entre otros aspectos, que las Entidades Fiscalizadoras Superiores solo pueden cumplir eficazmente sus funciones si son independientes de la institución controlada y se encuentran protegidas contra influencias externas, al igual que si disponen de los medios financieros necesarios para el cumplimiento de las tareas que le competen.

Las Constituciones de la mayoría de países iberoamericanos consagran expresamente la autonomía funcional de las Contralorías Generales, Tribunales de Cuentas u órganos equivalentes. Por ello, dentro de las correspondientes estructuras jurídicas de los países, las EFS no se ubican dentro de los Poderes tradicionales, sino orgánica y jerárquicamente fuera de estos, aspecto que conlleva la ventaja de brindar un margen mayor de flexibilidad a su accionar.

Otro grupo de Entidades Fiscalizadoras, aunque dotadas expresa y normativamente de autonomía funcional por las Constituciones, tienen como peculiaridad ser designados órganos auxiliares del Poder Legislativo; respecto de lo cual entendemos que si bien se enfatiza el carácter de auxiliaridad del control respecto del Congreso, tal como ocurre en Costa Rica (art. 183 de la Constitución), Brasil (art. 71); Honduras (art. 22 de la Constitución), y Venezuela (art. 236 de la Constitución), esta circunstancia no debe llevarnos a suponer que las EFS se encuentran en un nivel de subordinación, puesto que conservan su autonomía funcional.

Esta orientación considera, además, que al margen de la función legislativa propia del Parlamento, también le corresponde a este, fiscalizar al órgano administrador, a través de la aprobación de los presupuestos públicos, los conceptos de gasto y la Cuenta General, siendo por lo tanto el Congreso

titular de la actividad fiscalizadora del poder constituido de la mayor jerarquía, en virtud de que es ejercitada por los propios representantes del pueblo.

Pues bien, resulta evidente que al Parlamento, no le es física y técnicamente posible llevar a cabo en todas las entidades la fiscalización del uso de los recursos públicos, de ahí el imperativo de crear un organismo técnico que efectúe dicha labor con plena independencia y con base en criterios de imparcialidad y objetividad; con lo cual pueda garantizarse a la ciudadanía que el patrimonio público se está administrando de manera eficiente, efectiva y económica, dentro del marco legal vigente.

El último grupo se encuentra constituido por aquellas EFS que, atendiendo a diversas consideraciones de orden histórico o ideológico, aparecen adscritas normativamente a uno de los tradicionales poderes del Estado, como el caso, entre otros, de la Contaduría Mayor de Hacienda de México, vigilada por el Congreso Federal que se encarga del nombramiento de sus funcionarios (art. 74 de la Constitución), el Tribunal de Cuentas español que "depende directamente de las Cortes Generales y ejerce sus funciones por delegación de ellas" (art. 136 de la Constitución). Por su parte, la Contraloría General de Bolivia, que depende directamente del Presidente de la República (art. 154 de la Constitución), al igual que la Contraloría Financiera del Paraguay (D. Ley N° 16, art. 1) y el Comité Estatal de Finanzas de Cuba (D. Ley N° 67, art. 22).

También resulta interesante anotar el caso del Tribunal de Cuentas del Paraguay que se encuentra ubicado orgánicamente como un fuero de naturaleza jurisdiccional en la estructura del Poder Judicial (art. 203 de la Constitución); igual sucede con el Tribunal de Cuentas portugués (art. 212 de su Constitución).

IV. Ámbito de competencia de entidades fiscalizadoras

Un concepto aparentemente acabado en nuestra mente es el relativo al ámbito de competencia de las EFS, pero la experiencia nos trae una serie de inquietudes, algunas de las cuales pretendemos desarrollar en el presente capítulo.

Inicialmente debemos expresar que etimológicamente el vocablo ámbito proviene del término latino "ambire", que significa rodear, recinto, campo delineado dentro de un entorno. Adaptando el significado originario al terreno del control público, tenemos que ese espacio por rodear o superficie dada lo constituye el sustrato subjetivo de la fiscalización: el Estado y sus diversas manifestaciones jurídico-organizativas a través del cual se propone cumplir sus fines; las personas jurídicas y naturales o las entidades mixtas, a los cuales se denomina los "sujetos controlables" o "fiscalizables". Estas personas o sujetos, verdaderos centros de imputación de derechos y obligaciones, desarrollan su accionar en dicho marco o ámbito.

Este aspecto requiere una clara y delimitada realización práctica, a fin de identificar indubitablemente el espacio dentro del cual actúan los entes fiscalizadores, por cuanto solo de este modo, dota de seguridad al accionar de fiscalización. Hasta esta parte no advertimos un elemento consustancial que permite distinguir en que difieren estas personas controlables de aquellos particulares o comunes exentos de los alcances de este ámbito.

Se pueden dar dos tipos de respuesta. La primera señala que el elemento connotativo lo configura la actuación del Estado a partir de toda su estructura organizativa en general (poderes públicos, Gobierno central, actividad empresarial, corporaciones, regiones, entidades autárquicas o autónomas, etc.), aseveración que aparece prima facie en nuestro intelecto.

La segunda respuesta posible es que el objeto de la fiscalización (elemento objetivo) lo constituye el patrimonio público, entendido como aquel que está integrado por recursos y bienes que, en el más amplio sentido, gerencia el Estado y pertenecen a la colectividad toda. En estos casos, aún cuando aparentemente estamos frente a dos posiciones que únicamente relacionan el todo (Estado) con la parte (patrimonio), ello no resulta tan cierto por varias razones.

Para optar por una de las dos respuestas debemos efectuar un análisis de tipo histórico. En verdad, a la luz de esta perspectiva, resulta prácticamente imposible concebir en cualquier pueblo al Estado como un aparato organizativo homogéneo o estable. Esto lo corroboramos fácilmente con el desenvolvimiento de los sucesos de la Europa del Este, en que tras décadas de una presencia estatal preponderante, sino absoluta, en las actividades socioeconómicas de la sociedad, se formó un gran aparato administrativo, el mismo que ahora es objeto de reestructuración o, en algunos casos, de desmantelamiento. Igual fenómeno se advierte en la realidad de Latinoamérica, donde luego de una presencia estatal preponderante en la vida social y económica de nuestros países asumiendo tanto funciones sociales como interventora en la economía como agente productor de bienes o servicios, sustancialmente bajo formas empresariales, paulatinamente se ha dado lugar a los procesos de reconversión de la estructura estatal, así como de privatización de sus poliformes manifestaciones.

Como conclusión, podemos sostener la oscilación o dinamicidad de las estructuras estatales explicable por la movilidad social y económica de nuestros pueblos, lo cual ha originado un comportamiento pendular en el tiempo sobre la conformación del Sector Público. En este extremo aceptar la idea del Estado como paradigma del ámbito del control, implica trasladar hacia la fiscalización las confusiones derivadas de tan oscilante concepto.

Sobre la segunda alternativa de respuesta, debemos entender por patrimonio público al conjunto de bienes y recursos de pertenencia del Estado, independientemente de quienes lo administren, sean agentes públicos o

personas privadas. De consiguiente, concebimos como significante de público el conjunto de bienes, derechos y acciones de la colectividad nacional, cuya aplicación o gasto estará orientada a satisfacer las necesidades que demanda el bien común, al margen que su gerencia y utilización la efectúe el Estado.

Ampliando conceptos el antes glosado Enrique Silva Cimma (1976: I, 35) nos apunta: "La calidad de públicos de estos patrimonios radica en el fondo no solo en que primigeniamente esos dineros y bienes tuvieron tal carácter y fueron solo aportados a efectos de su más adecuada inversión a una institución con personalidad jurídica independiente, sino que el fin perseguido por todos estos institutos, corporaciones, empresas, etc., es indubitablemente público. En último término, tales patrimonios pertenecen a la colectividad entera. Y de aquí parte el principio de que el control persigue como uno de los condicionamientos que integran su propia filosofía, el de defender ese patrimonio, cuidando que su inversión se ajuste a la ley y que a la vez sea útil, sincera y conveniente al interés público".

Sustentadas estas premisas, tenemos que la categoría de "controlable" o "fiscalizable" no le está dada a un sujeto por su naturaleza jurídica, sino por la particular circunstancia de administrar recursos o bienes públicos, y por ello comprende a los estamentos de la organización estadual así como a los entes privados que gerencien dichos bienes y recursos.

En resumen: en el control administrativo-financiero están comprendidos todos cuanto gerencien recursos o bienes a cargo del Estado, sin que se admitan "zonas inmunes" o carentes de fiscalización. El control debe ser integral.

En la legislación comparada de las EFS de las Américas, España y Portugal advertimos dos orientaciones sobre la definición positiva del ámbito de fiscalización.

La primera, que conceptúa específica y puntualmente todos los sujetos controlables, mencionando la naturaleza jurídica de los entes controlables (v.g. Bolivia, Ecuador, España, Portugal, etc.). La otra tendencia se limita a expresar genéricamente que comprende toda actividad en donde exista la gestión o utilización del patrimonio público (v.g. Argentina, Antillas Neerlandesas, Perú).

Ambas coinciden en el fondo al denotar el concepto de "recurso público" como el nexo o vínculo, pero una enumeración expresa conlleva el facilitar la identificación de la materia controlable, evitando así que algunas de ellas pudieran invocar la sustracción argumentando el defecto o la oscuridad normativa.

En los Estados con gobierno de naturaleza unitaria, cuya presencia es predominante en América, España y Portugal, el poder se encuentra centrado esencialmente en órganos nacionales y a partir de ahí se estructura su organización de modo desconcentrado o descentralizado, los cuales se configuran de acuerdo con el detalle descrito anteriormente.

En cambio, las repúblicas federales presentan un grupo de Estados dentro de otro, de carácter supraestadual, siendo este último el que generalmente ejerce la representación externa. Cada Estado conformante tiene en su interior una organización propia (poderes públicos, ministerios y secretarías, etc.), la cual está sujeta a la fiscalización que el Estado establece; sin embargo, el supra-estado, a similitud del anterior, también cuenta con un organismo superior de fiscalización que controla la estructura administrativa, así como el uso de los recursos de titularidad de la federación. Esta situación puede apreciarse en Argentina, Brasil, México y Venezuela.

La actividad fiscalizadora, en primer término, se dirige a los organismos del Gobierno Central, porque en ellos se concentra un significativo porcentaje de las operaciones financieras y administrativas del Estado que tienen repercusión económico-social.

En el entendimiento que la fiscalización incluye dentro de su campo de acción a los entes administradores de recursos públicos, sin distinción de la naturaleza jurídica de estos, algunos países extienden –expresamente– el control de las EFS, no solo al denominado Poder Administrador o Ejecutivo, sino también a los otros clásicos dos poderes, en cuanto a su gestión administrativa. Este es el caso del Tribunal de Cuentas de la Unión, Brasil (art. 71 de la Constitución, incs. I, IV y VI) que cuenta con facultades para efectuar auditorías e inspecciones sobre las cuentas de los tres poderes y revisar las cuentas presidenciales; en la República Argentina, el Tribunal de Cuentas de la Nación ostenta similares potestades, estando facultado incluso para suspender la ejecución de un acto observado, salvo que medie insistencia del titular (Ley de Contabilidad y Organización, arts. 87 y 98). A los casos precedentes deben agregarse los de las EFS de Ecuador, Honduras, República Dominicana y Uruguay, entre otros.

La actividad empresarial del Estado es una zona de suyo importante cuando definimos el ámbito de fiscalización de las EFS. Para considerar la magnitud de recursos financieros que maneja, basta señalar que de las diez empresas más grandes de Latinoamérica durante 1991, seis están bajo la propiedad estatal, teniendo presencia preferente en sectores de la minería y el petróleo [Entre ellas tenemos la PDVSA de Venezuela, Pemex de México, PETROBRAS (considerando por separado la Matriz y la Distribuidora) de Brasil, YPF de Argentina y Codelco de Chile].

Otro sector de singular trascendencia dentro de las funciones que desempeña el Órgano Ejecutivo, es el relacionado con la seguridad nacional por la magnitud que implica el rubro "gastos de defensa" en los presupuestos y, en particular para Latinoamérica, por el nivel de endeudamiento externo que le ha originado.

Este constituye un tema que requiere un instrumento de alta precisión para su análisis, toda vez que, generalmente, la codificación "secreto" envuelve

en un velo de oscuridad los gastos que ejecutan los organismos de defensa y seguridad.

Si bien se admite que el uso de las informaciones que conciernen a la defensa nacional deben tener carácter reservado, en la realidad, y sobre todo a partir de la década del setenta, ha dejado de tener esa aureola de misterio en los países en desarrollo debido al surgimiento de diversas agencias de gobiernos e instituciones privadas que publican informaciones periódicas sobre los avances en el potencial militar de cada país.

La legislación de las EFS iberoamericanas, en torno a la materia comentada, muestra que existen hasta tres variables. En primer lugar, se considera que la competencia de los organismos contralores es consecuencia del proceso interpretativo de sus dispositivos legales de creación, los cuales de manera tácita, harían viable la fiscalización de las actividades y operaciones administrativas que ejecutan las instituciones de defensa.

En segundo lugar, se aprecia que en la normativa que regulan el accionar de las EFS, existen preceptos generales sobre su competencia en las fiscalización de las operaciones a cargo de los institutos armados, pero condicionados a mecanismos reglamentarios, vía el Poder Ejecutivo; tal es el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Perú que en su artículo 16 faculta al titular de ese organismo a tener acceso a toda clase de documentos secretos y confidenciales en el Sector Público, salvo aquellos que puedan comprometer la seguridad nacional.

Asimismo, el artículo 20 de la Ley de la EFS de Venezuela señala que los gastos destinados a la defensa y calificados como tales en el Reglamento que dicte el Ejecutivo, quedan exceptuados del control fijado por Ley.

Finalmente, se ubica la versión actualizada que considera la existencia de disposiciones legales expresas que señalan la competencia de las EFS en la fiscalización de las operaciones financieras y administrativas a cargo de los institutos castrenses, criterio que está muy arraigado en los países industrializados. En nuestro medio, la Ley organizativa de las EFS de Bolivia, en su artículo 3 establece que los sistemas de administración y control se aplican en todas las entidades del Sector Público, sin excepción, entendiéndose como tales a las Fuerzas Armadas y Policiales; en el mismo sentido se pronuncian las Leyes del Tribunal de Cuentas de la Unión del Brasil y de Portugal.

Como corolario de la fiscalización a este sector consideramos conveniente se propenda por parte de las EFS la incorporación en la normativa nacional correspondiente la tendencia de establecer expresamente la fiscalización de las operaciones administrativo-financieras que desarrollen los diversos organismos de la defensa nacional y del orden interno de que tal forma que se asegure a la colectividad la transparencia de estas, máxime su trascendencia.

Por otro lado, en lo que concierne a la fiscalización de las entidades autónomas, organismos públicos descentralizados, empresas estatales y gobiernos regionales y locales, las leyes orgánicas de las EFS iberoamericanas no delimitan generalmente con claridad el espacio en que deben desenvolverse, aún cuando en determinados casos se les reconocen potestades para aprobar o denegar presupuestos de instituciones autónomas (Costa Rica), prescribir métodos contables y llevar la contabilidad nacional (Colombia, Chile, Panamá, etc.).

Un nuevo campo dentro de lo que se concibe como el ámbito de fiscalización es el vinculado al control de los recursos naturales y del medio ambiente. Este tema cobra relevante trascendencia en los pases del tercer mundo, por cuanto, son esencialmente exportadores de materias primas constituidas básicamente por los recursos naturales, cuya utilización debe guardar la coherencia necesaria con su equilibrio ecológico.

Estos recursos naturales por lo general son considerados por los ordenamientos jurídicos de cada nación como subespecie de lo que denominamos el "patrimonio público" pues su titularidad trasciende al Estado que otorga las concesiones y demás formas de aprovechamiento, recayendo en la nación el interés de su adecuado uso y conservación. Así tenemos que la orientación adoptada internacionalmente sobre la materia es asignar la competencia necesaria a las EFS en lo que atañe a su aprovechamiento, mantención y evaluación de las políticas y planes de los gobiernos. Esto conlleva necesariamente a que los organismos superiores de control incorporen a los procesos de auditoría tradicionales, las técnicas y procedimientos de las diferentes disciplinas científicas ligadas a la ecología, asimismo la coordinación entre las entidades fiscalizadoras superiores y demás entes internacionales a efecto de obtener la información y capacitación necesarias para llevar a cabo este cometido.

Internamente ello demanda que las EFS verifiquen la consistencia técnico-legal de las concesiones y de los aprovechamientos en general otorgados a los entes estales o particulares; nacionales, mixtos o extranjeros, así como el cumplimiento de la normativa específica en torno al uso racional de los recursos, y cautela de las disposiciones que prohíben o restringen los niveles de contaminación ambiental.

Estas inquietudes esbozadas cuentan ya con el consenso indispensable para su plasmación en la normatividad de cada nación, habiendo tenido como precedente a nivel de Iberoamérica por intermedio del VII CLADEFS (Brasilia, 1984). Como realización de ello, encontramos que Código del Medio Ambiente aprobado mediante el Decreto Legislativo Nº 613 originalmente atribuía expresamente a la Contraloría General del Perú la competencia en materia de fiscalización de la gestión y utilización de los bienes y recursos naturales, del mismo modo que establece las distintas acciones a adoptarse por las instituciones públicas y privadas relacionadas con la problemática ambiental, con miras a lograr la racionalidad en su aprovechamiento y tipificando delitos

contra la ecología; disposición que en la parte pertinente ha sido materia de reciente abrogación. En el mismo orden de ideas, se encuentra es el caso colombiano cuyo artículo 267 de la Carta de 1991 establece tal competencia.

Corresponde, pues, a los Organismos Superiores de Control, implementar y profundizar esta tendencia, pues, en gran medida, las acciones que adopten sobre los recursos naturales y conservación del medio ambiente harán depender el destino de la humanidad, procurando la armonía entre el desarrollo y la ecología.

En este contexto, el estudio del ámbito de acción de las EFS y la identificación de los "sujetos controlables", por sus características, se encuentra condicionado al análisis de las normas de carácter específico vigentes en cada país, labor que requerirá de un adicional esfuerzo de investigación en el futuro.

En resumen: en el control administrativo-financiero están comprendidos todos cuanto gerencien recursos o bienes a cargo del Estado, sin que se admitan "zonas inmunes" o carentes de fiscalización. El control debe ser integral.

Al margen de ello, la experiencia nos ha demostrado la conveniencia que el ámbito de fiscalización sea prefijado a nivel constitucional y de modo enunciativo; adicionalmente resulta altamente conveniente facultar, conforme a los ejemplos seguidos por España y Costa Rica, a algún organismo de orden constitucional para dirimir, con vistos a la Carta Magna y de modo inobjetable aquellos conflictos de competencia que ineludiblemente surgirán, pues siempre subsistirá la secular pugna entre las instancias administrativas-controladas y la fiscalización.

V. Formas típicas de la fiscalización superior

Las modalidades adoptadas por la fiscalización superior son identificadas bajo diversas expresiones por la doctrina hacendaria, las cuales suelen plasmarse en los respectivos ordenamientos nacionales de las EFS.

Entre las categorías utilizadas comúnmente a nivel iberoamericano, tenemos las de control externo e interno así como las de control preventivo, concurrente y posterior, respecto de las cuales debemos precisar que, no obstante su clara distinción a nivel conceptual, la realidad normativa muestra una diversidad de tonalidades y mezclas que simbolizan la gran complejidad derivada del desarrollo aislado de cada realidad de fiscalización.

Como pautas teóricas que nos faciliten el análisis asumimos, siguiendo los lineamientos brindados por algunos especialistas, que la matriz básica para el análisis del control administrativo-financiero radica en los posibles momentos en que puede actuar la fiscalización.

Desde que la acción fiscalizadora actúa sobre la función gubernativa, los posibles momentos para su actuación los encontraremos obviamente en relación con las etapas por las que transcurre la aludida gestión, desde su concepción hasta su ulterior ejecución. Aquellos estudios efectuados coinciden señalando dos instantes de acción: la fiscalización durante el proceso de gestación de un acto administrativo y hasta antes de que este sea ejecutado (control previo o a priori); y la fiscalización ejecutada con posterioridad a su conclusión (control ex-post o a posteriori).

Cabe puntualizar que estas categorías, por lo general, suelen aparecer matizadas con las de control interno y externo, de tal suerte que se generan, teóricamente, cuatro subcategorías:

- Control previo interno,
- Control previo externo,
- Control posterior interno, y
- Control posterior externo.

Como hemos apreciado, el control administrativo-financiero puede actuar de modo posterior o previo, de tal manera que su objeto de evaluación estará constituido, en algunas oportunidades, por actividades o actos ya realizados y concluidos, pero en otros casos, también lo serán proyectos de actuación ya objetivados, respectivamente.

Los aspectos medulares de la Declaración de Lima sobre las líneas básicas de la Fiscalización aprobada en el IX Congreso Mundial de EFS, realizado en Perú el año 1977, precisan meridianamente una línea divisoria entre ambas formas de actuación, afirmando que si "el control se lleva a cabo antes de la realización de las operaciones financieras o administrativas, se trata de un control previo, de lo contrario, de un control posterior".

Al margen de esta dicotomía central, no puede pasarse por alto alguna normatividad positiva, tal como la ecuatoriana (Decreto N° 1429, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control) y la peruana (Decreto Ley N° 19039, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control), que identifican una tercera variante en esta materia, constituida por una nueva categoría denominada "control concurrente" o "concominante" conceptuando en estos términos a la revisión efectuada conjuntamente con el cumplimiento de los actos fiscalizados. Sin embargo, para algunos tratadistas –con los cuales coincidimos– el denominado control concurrente, por sus propias características, bien puede ser considerado como una especie de control preventivo; por ejemplo, tal es el parecer de Silva Cimma (1976: I), quien señala: "en el instante en que ,l se produce, el acto no ha llegado aún a perfeccionarse y, por lo tanto, se da el fin querido con el examen previo que no es otro que el acto no llegue a celebrarse si adolece de un vicio de legalidad". En todo caso, el control concurrente se encuentra necesariamente entrelazado con el control ejercido al

interior de las entidades, fase con la cual encuentra una lógica correspondencia, y por lo tanto carece de la identidad necesaria como para configurar una categoría propia.

Resulta necesario recordar que en esencia ambos momentos de la fiscalización constituyen manifestaciones temporales de la función estatal de control y, como tal, expresan medios destinados a coadyuvar con el racional uso de los recursos públicos y el cumplimiento de los objetivos y metas programadas. Por lo cual, tales controles mantienen entre ellos necesariamente una relación teórica y práctica de complementariedad, compensando recíprocamente sus respectivas ventajas y desventajas dentro de una determinada estructura de control administrativo-financiero; condición que fuera realzada en el Congreso Mundial de EFS de 1953, afirmando que el "(...) control previo debe complementarse con la organización de un control a posteriori adecuado".

De ningún modo la fiscalización preventiva de las EFS puede tener como objeto de control los meros propósitos de actuación de la administración financiera, sino mas bien se ejerce exclusivamente sobre proyectos de actuación debidamente materializados. Esto es, sobre actos administrativos o financieros con fines y contornos definidos pero aún carentes de él (los) requisito (s) formales para su perfeccionamiento y ejecución.

Siendo esta peculiaridad una de sus principales características resulta fácilmente comprensible que el control previo sea configurado en las legislaciones como una etapa más en el proceso de toma de decisiones de la administración, por lo cual cobra singular importancia para su establecimiento, la dimensión temporal.

En tal sentido, el control preventivo, aparece plasmado mediante determinados actos desestimatorios o estimatorios de la EFS, bajo la forma de una visación, refrendación, toma de razón, informe o dictamen. Estos actos presentan en común el efecto de posibilitar a la instancia de fiscalización vetar los proyectos de actuación administrativa o financiera sujeta a su revisión. Huelga decir que cuando la EFS emite parecer aprobatorio –de acuerdo con los criterios de evaluación predeterminados–, dicho proyecto de actuación proseguirá hasta su ejecución integral, mientras que cuando se produce el veto, por lo general, aquella queda frustrada mientras el extremo observado no sea superado. Empero, en este último caso, las legislaciones consideran aún la posibilidad de que el acto observado sea ejecutado, si el estamento ejecutor insiste expresamente en ello, a lo que se adiciona, algunas veces, la ratificación de otro organismo, que puede ser la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema (caso de Panamá), o el Poder Ejecutivo (en los casos de Venezuela, El Salvador y Chile).

En tales extremos, las legislaciones asignan primacía a la insistencia del órgano administrador por sobre el criterio, no vinculante, de la EFS, atendiendo

fundamentalmente a que el órgano administrador, por su propia característica, es quien asume la responsabilidad por el acto examinado y de otro lado a que para la EFS su actuación en vía de control previo no impide la verificación posterior que ella misma puede realizar sobre el acto observado durante su generación.

El desarrollo y la expansión que la fiscalización preventiva ha alcanzado en la legislación hacendaria, particularmente en la legislación de Latinoamérica, se fundamentada en sus innegables conveniencias:

1. Coadyuva a la eficacia de la función fiscalizadora al evitar que su actuación realizada exclusivamente a posteriori, sobre actuaciones administrativas y financieras trascendentes, por lo lato de sus plazos y la rigurosidad de sus procedimientos, concluyan con póstumas observaciones o tardíos intentos de sanción.

   Esta posibilidad, siempre latente, cobra mayor significatividad cuando se trata de evaluar acciones administrativas y financieras de gran envergadura y con fases de ejecución sumamente breves que son tan comunes dentro de la dinámica fluida de la gerencia contemporánea. En tales casos, una intervención exclusivamente a posteriori difícilmente tiene éxito en corregir desviaciones oportunamente, induciendo, por el contrario –casi con exclusividad– a la determinación de responsabilidades; con lo cual se atenúa, cuando no pasa desapercibida, la función correctiva y asesora del control.

2. Apoya y confirma el principio de seguridad jurídica al impedir que surjan luego de la dación de determinadas acciones administrativas o financieras los comunes cuestionamientos con las consiguientes dudas, intranquilidad y distorsiones en la gestión pública acerca de la regularidad de dichos actos.

   En efecto, cuando una acción administrativa o financiera es sometida satisfactoriamente a algún mecanismo de fiscalización preventiva, resultando estimada como regular por la EFS, entonces se le refuerza considerablemente su presunción de corrección, y con ello, de antemano debilita cualquier posibilidad de observación inoficiosa que sobre ellas se pueda pronunciar.

3. Permite a la EFS una mayor influencia en la formulación de la voluntad gerencial del Estado, alcanzando nivel de órgano asesor o cooperante para las instancias administrativas y financieras del poder constituido.

   En este sentido, la continuidad y coherencia de los pareceres expedidos por la EFS a través de los actos de control preventivo configuran precedentes ilustrativos y en cierta forma vinculantes para la formulación del criterio de las instancias gerenciales, quienes ineludiblemente debieran concordar a ellos sus acciones.

No obstante los señalados aspectos favorables al control preventivo, el consabido desajuste entre las instancias administrativas y las de fiscalización han originado que se realcen otros tantos caracteres débiles de tal modalidad de control, en la búsqueda de relegar las competencias de la EFS a un rígido papel de fiscalización posterior. Para ello, se señalan las siguientes debilidades:

1. El control realizado en forma preventiva no resulta técnicamente satisfactorio porque en ella la EFS no dispone del tiempo suficientemente amplio de examen como para comprender los criterios de efectividad, eficiencia, economía, rentabilidad, etc; y por su parte, al prolongar la gestión hacendaria por la incorporación de una etapa adicional al proceso gubernativo, priva al Estado de la fluidez necesaria para la toma de decisiones.

   La observación enfoca el aspecto que habíamos enunciado sobre la aparente antinomia entre la necesaria fluidez requerida por la gerencia administrativo-financiera y el término necesario para que la EFS evalúe dicho proyecto de actuación. Sin embargo, esta aseveración desconoce que, como será apreciado en su oportunidad a través de los ordenamientos de las Américas, España y Portugal, reconociendo esta debilidad cada Estado la atempera creando o diseñando algunos mecanismos de simplificación para dicho trámite, que van desde la determinación de un breve plazo a la EFS para que evalué su parecer (tal como lo recomendara la Declaración de Lima sobre Líneas Básicas de la Fiscalización –IX INCOSAI, artículo 3– sobre una adecuada estructuración de la fiscalización previa), establecer la presunción de aprobación cuando transcurre el plazo previsto sin haberse emitido la EFS su parecer, hasta delimitar claramente los criterios a ser examinados por la EFS, reduciéndolo, generalmente, al de la legalidad.

2. Se le imputa también interferir en el ejercicio de la función gubernativa que por su naturaleza intenta plasmar su determinado programa político, convirtiendo con tal facultad a la EFS en una instancia de decisión política.

   La alegada transformación de la función de control en instancia de decisión política, no guarda correspondencia real con la práctica en los países que han establecido mecanismos de control preventivo. Porque en tal supuesto, la EFS, a diferencia de las instancias gubernativas, se limita a emitir un pronunciamiento en torno a un proyecto de actuación pero exclusivamente con vista a determinado criterio que le faculta la normatividad, el mismo que por lo general se restringe a su adecuación al marco legal previsto o a certificar la provisión de fondos para costear el proyecto de actuación. Pero en ningún caso su pronunciamiento evaluará aspectos de intencionalidad gubernativa o materias coyunturales de oportunidad o conveniencia política. La EFS es una instancia técnica y no política, aún cuando sus decisiones tengan eventualmente implicancias de ese orden.

Además, el control a priori adopta otros caracteres que descartan esta posible debilidad, tales como su selectividad (operar exclusivamente para determinados actos y no para toda la actividad estatal) y, por otro lado, se ha establecido en algunas legislaciones el carácter no vinculante del pronunciamiento contralor cuando la instancia gubernativa insiste en su proyecto de actuación y así lo ratifica otra instancia estatal.

La experiencia demuestra que el problema fundamental no radica en la existencia misma del control previo, sino más bien en el cómo y dónde debe ser efectuado. Las debilidades analizadas carecen de la virtualidad suficiente como para sustentar la posibilidad de su eliminación, sino solo nos recomiendan adoptar la cautela necesaria para diseñarlo de tal modo que asegure a la gerencia administrativa-financiera los niveles de agilidad y fluidez indispensable para la toma y ejecución de sus decisiones.

En la Legislación iberoamericana, encontramos hasta tres (3) tendencias relativas a la intensidad y estructura de las facultades de las EFS para el ejercicio del control previo.

La concepción más amplia del control preventivo se caracteriza por otorgar a la misma EFS facultades suficientes para que –ejerciendo su autonomía funcional– lo estructure y delimite.

En este orden de ideas encontramos el caso del ordenamiento legal panameño, cuyo propia Carta constitucional (art. 276, inc. 2) autoriza a la EFS a determinar mediante resolución escrita de su titular, los casos en los que ejercerá el control previo sobre los actos de manejo y en los que solo efectuará el posterior. Desarrollando esta pauta la Ley Orgánica de la Contraloría General panameña y a más de reiterar este principio, establece puntualmente algunos casos en los que asume competencias mínimas de control a priori; tales son por ejemplo, sobre las garantías constituidas por los contratantes con el Estado (art. 51) y en órdenes de pago (art. 73), la viabilidad jurídica de los empréstitos a contratar por los municipios e instituciones autónomas o semiautónomas (art. 46); los actos que impliquen desembolsos de fondos o que afecten el patrimonio público (art. 45); sobre la puesta en circulación de documentos o títulos de la deuda pública (art. 48); del mismo modo que los actos de devolución de sumas pagadas al Tesoro por conceptos de gravámenes tributarios (art. 41).

Otra orientación está representada en las legislaciones de las Américas, España y Portugal que consagran la exclusividad del control previo a cargo de las propias administraciones, dando lugar a la modalidad de control interno preventivo o control previo interno. De tal suerte que la función de fiscalización preventiva se delega a los propios órganos ejecutores, escindiéndola de la competencia de las EFS. En tal planteamiento encontramos los ordenamientos boliviano, hondureño y nicaragüense.

La última tendencia mayoritaria en las legislaciones de las Américas, España y Portugal consagran la categoría del control externo preventivo pero delimitando cautelosamente aquellos actos de la administración que serán posibles de tal control (factor cantidad), y por la especificación de los criterios de valoración y evaluación a ser considerados en el desarrollo de tal función (factor calidad).

Dentro de este planteamiento, la adopción de mecanismos de control preventivo lleva aparejada la necesidad de establecer enunciativamente aquellos proyectos de actuación administrativa o financiera que la EFS deberá someter a su revisión; de tal manera que el legislador sujeta a la instancia contralora una relación de proyectos de actos respecto de los cuales deberá emitir opinión anteladamente a su ejecución por la administración.

Las legislaciones al señalar aquellos actos a ser revisados muestran una cierta preferencia por determinados proyectos, entre los cuales tenemos: 1) Los proyectos de operaciones de endeudamiento externo (El Salvador, Guatemala, Venezuela, Perú, etc.); 2) Proyectos de presupuestos públicos (Uruguay); 3) Los proyectos de actos administrativos-financieros que impliquen egresos del Tesoro (caso de los ordenamientos de Argentina, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; y, 4) Los contratos onerosos que celebre el Estado (caso de Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Venezuela y Perú –en relación con los presupuestos adicionales de obra–).

La segunda regulación característica de esta tendencia, versa sobre los objetivos y criterios que exclusivamente van a ser tomados en cuenta por la EFS al efectuar su evaluación preventiva, y consecuentemente serán los únicos válidos para sustentar un veto u observación de los proyectos de actuación.

Con más constancia se reitera el criterio de la Legalidad, entendido en su sentido más amplio como la contrastación de conformidad del acto revisado con las Leyes y la Constitución. Con tal mira, la fiscalización preventiva se concreta al análisis del proyecto de actuación respectivo, desde el punto de vista de su adecuación formal y sustancial a la norma constitucional o legal pertinente. Entre los ordenamientos incursos en esta tendencia tenemos a Nicaragua, Venezuela, El Salvador, Chile, Uruguay y Ecuador, para cuyo efecto, las EFS de Chile y Panamá se encuentra legitimadas procesalmente para impugnar la constitucionalidad de norma con fuerza de ley ante los Órganos de control constitucional respectivos.

VI. El resultado del control

Los actos de fiscalización, por su propia naturaleza, producen diversos efectos. Aragón Reyes (1990: 10), nos dice con plena razón que "[d]e todo control puede decirse, con carácter general, que el resultado forma parte del

control mismo, en cuanto que este no se contrae a la mera actividad de comprobación".

Si bien el control al ponerse en funcionamiento produce algún efecto, principalmente disuasivo en los controlados; ello no es lo sustancial en el control administrativo-financiero. Esencialmente esta variante del control requiere para cubrir su ciclo, arribar a una conclusión acerca de los actos evaluados.

Habíamos expresado que en el sustrato de la idea de control se halla como presupuesto básico la concepción de dos sujetos: el contralor y el controlado; y, siendo así, el resultado del control conlleva al pronunciamiento de esta función.

Tal pronunciamiento puede materializarse en varias formas, por ejemplo, si este fuera en vía de control preventivo, entonces se concretaría en la detención o prosecución del procedimiento que se trate a través de la observación o aprobación. Más cuando el pronunciamiento proviene de acciones de control posterior, el resultado cobra formas más ricas.

Si la decisión final es positiva para el objeto controlado, concluye con una aprobación que de ninguna manera representa la ineficacia del accionar de fiscalización. La detección de irregularidades o desfases no es la razón de ser del control, sino la evaluación, de acuerdo a determinados criterios predispuestos, acerca del grado de corrección con que la administración financiera es guiada.

Cuando el resultado de la evaluación es negativo para el acto revisado, el pronunciamiento de la EFS tiene que traducirse –necesariamente– en afectar la continuidad o virtualidad del acto observado o de sus consecuencias y en el deslinde de responsabilidades correspondientes por la gestión observada. Estas consecuencias derivan ineludiblemente de la función de control, puesto que si se le privara la posibilidad de extraer las debidas conclusiones de sus propias y objetivas evaluaciones se le relegaría a un plano pasivo de fedatario de incorrecciones.

VII. La función de juzgamiento en las EFS de las Américas, Portugal y España

Las Entidades Fiscalizadoras Superiores de las Américas, España y Portugal denotan el contar con un atributo que prima facie aparece como consustancial a sus funciones, puesto que como hemos visto, si el control en su accionar evalúa la regularidad de los actos de los administradores de los bienes y recursos públicos pronunciándose expresamente sobre su consistencia o invalidez, según sea el caso, no es menos cierto que también corresponde establecer las acciones correctivas, que pueden ser específicamente la declaración de responsabilidades.

Esta función de juzgamiento se viabiliza cuando se ejerce una pretensión de responsabilidad, término que se concreta en dos vertientes: la primera, en la sanción pecuniaria, o, la segunda, la administrativa. Sobre la primera tiene como origen en múltiples legislaciones, la obligación de rendir cuentas por parte de los gestores del patrimonio público en forma periódica. Clásico ejemplo, es el juicio de cuentas.

Alternativamente, la responsabilidad pecuniaria o financiera, también puede provenir de auditorías u otras acciones de control que evalúen integralmente la conducta funcional de los agentes controlados.

Resulta predominante en el ordenamiento jurídico consultado la tendencia de establecer un sistema de fiscalización abierto, de tal suerte que se posibilite el accionar de la EFS mediante un abanico de opciones para dicho fin; en contraposición a los sistemas cerrados por medio de los cuales la verificación de las cuentas conlleva automáticamente el enjuiciamiento de los responsables [distinción establecida por Fernández Victorio y Camps (1976: 23)].

Esta función también puede desarrollarse a través de diversas vías, que pueden llegar a confundirse con los propios actos de fiscalización, en tanto que en otros supuestos sí adoptan formas definidas como pueden serlo mediante fases procesales, donde se actúan pruebas, formulan descargos y se establecen las responsabilidades.

Además existen procedimientos establecidos exprofesamente para fincar responsabilidades respecto a hechos que denotan indicios de incorrección, mas no surgen directamente de actos de fiscalización (auditorías, exámenes especiales, etc.)

La legislación de las Américas, España y Portugal nos muestra que el ejercicio de la función de juzgamiento conduce a una diversidad de conceptos. Con la finalidad de individualizar aquellos caracteres que como principio delinean la función de juzgamiento de cuentas o de responsabilidades de las EFS del sistema de tipo cerrado, señalaremos: a) Poseer una secuencia de fases ordenadas; b) Tener una tramitación específica diferente a los actos de fiscalización propios; c) A través suyo la EFS ejerce una pretensión de iresponsabilidad pecuniaria o administrativa contra las personas vinculadas al manejo de recursos públicos; d) Concluir con una decisión declaratoria de responsabilidad pecuniaria o no del procesado, así como disponer la aplicación de la sanción administrativa correspondiente.

Otro aspecto general cuya precisión es necesaria por anticipado es la naturaleza jurídica de la "función jurisdiccional" del juzgamiento a cargo de la EFS.

En este punto, ateniéndonos al parecer de las autorizadas opiniones de José Dromi, Pascual Sala (Presidente del Tribunal de Cuentas de España) y el maestro uruguayo Eduardo Couture, el elemento tipificante de la función

jurisdiccional es el carácter definitivo o irrevocabilidad de la resolución emitida (cosa juzgada), como afirman Fonseca, Beramendi, Cuya y Morón (1991: 66). En tal sentido, solo algunos de estos procedimientos a cargo de las EFS cumplen la condición suficiente para poder ser calificados como jurisdiccionales; verbigracia, el caso del juicio de cuentas español cuya sentencia final solo es recurrible en casación ante la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, emana claramente que denominar como "función jurisdiccional" a la función de juzgamiento de las EFS, podría resultar una inconveniente generalización, por cuanto no todas las leyes nacionales dotan de tales facultades jurisdiccionales a las EFS.

Una aproximación a la legislación comparada revela que existen, en torno a este tema, dos grandes grupos de EFS: el primero, integrado por las que ostentan atribuciones legales de juzgamiento de cuentas o de responsabilidades y el segundo, por aquellas cuyas facultades se agotan con el ejercicio de la función inspectiva.

Dentro del primer grupo, existen EFS que legalmente están facultadas para establecer responsabilidades de orden administrativo o civil, o ambas, pero cuyas leyes orgánicas no señalan un proceso específico, lo cual, obviamente, no descarta que dicha facultad se haya legislado en normas de diverso rango. El análisis de los procesos que aquí se incluyen se limita a algunos casos regulados expresamente en las leyes orgánicas de EFS de Las Américas, España y Portugal, siendo estos: el juicio de cuentas, el proceso de determinación de responsabilidades, el juicio administrativo de responsabilidad, el sumario administrativo, el procedimiento de resolución de glosas y las averiguaciones administrativas.

1. El juicio de cuentas

El juicio de cuentas es el proceso típico a través del cual se evalúa la gestión o conducción administrativo-hacendaria, conforme a un criterio jurídico-contable, y se decide lo relativo a la responsabilidad patrimonial del respectivo agente o funcionario frente al Estado.

Con base en ello, se infiere en que el juicio de cuentas está orientado a la determinación de la existencia o no de responsabilidad pecuniaria de los empleados o agentes estatales, derivada del cumplimiento defectuoso o negligente de deberes funcionales, o sencillamente del incumplimiento de los mismos, que se evidencian a través del examen de las cuentas que deben rendirse ante las EFS.

El estudio del juicio de cuentas nos conduce siempre a la rendición de cuentas que es, en general, una obligación inherente a todo aquel que administra recursos o bienes ajenos y que, en el ámbito estricto de la fiscalización

superior, opera respecto de funcionarios o agentes del Estado encargados de la percepción, administración, custodia o disposición de fondos públicos.

La rendición de cuentas consiste en la acreditación por parte del responsable de la forma en que ha ejercido su función, respecto de los fondos o bienes sobre los que recae su accionar, trátese de recaudación, pago, custodia, etc. Por ello, supone siempre la existencia de un ente destinatario de las cuentas y la de un sujeto pasivo obligado a rendirlas.

Históricamente, la figura del juicio de cuentas tiene como antecedente secular a las legislaciones de España y de Portugal, polos de expansión que luego fueron irradiados hacia el resto de la América Latina.

La etapa previa al juicio de cuentas está constituida por el examen de cuentas, en el que se revisan los comprobantes y documentación sustentatoria del gasto o ingreso autorizado y; ejecutado en su aspecto legal, contable y documental; procediendo luego el organismo fiscalizador, si fuere el caso, a reparar las cuentas por haber encontrado evidencias de posibles infracciones u omisiones en su presentación y al mismo tiempo obligar al cuentadante o rindente a contestar los cargos y ofrecer las pruebas que estime conveniente para desvirtuarlos.

Respecto de este tema, resulta útil la lectura del artículo 107 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República de Chile, según el cual "en caso de formularse reparos a las cuentas, se iniciará el juicio correspondiente". La Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas de Guatemala, en su artículo 22 señala, por su parte, que "terminado el examen y glosa de una cuenta, se enviará el expediente con la providencia respectiva al Tribunal de Cuentas para la iniciación del juicio".

Finalmente, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Panamá, señala la facultad de esta de "juzgar las cuentas (...) cuando surjan reparos al momento de su rendición o a consecuencia de investigaciones realizadas".

La última parte de la norma citadas (art. 22 de la Ley Orgánica de la EFS de Panamá) nos recuerda que, conforme al estudio del derecho comparado, la rendición de cuentas, concebida como un procedimiento formal periódico, no es la única vía que conduce al juicio de cuentas, sino que también existen otros mecanismos a través de los cuales las EFS pueden detectar irregularidades y, por su mérito, instaurar juicios de cuentas. Un ejemplo de esto es el artículo 129 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de Chile que establece que "si de los sumarios que sustancie la Contraloría se dedujere responsabilidad civil del funcionario en relación con los bienes que administra o custodia, sus conclusiones serán consideradas como suficiente examen de cuentas para los efectos del juicio de cuentas".

El proceso se inicia a partir de la instauración formal del juicio, el cual es diferente al acto de fiscalización propio, puesto que en él se ejercerá ya una pretensión responsabilizatoria y su ejecución se constriñe a la comprobación de un hecho que reviste visos de irregularidad que ha sido preliminarmente establecido (el reparo) en el examen de cuentas. Además, concluye con una resolución definitiva declaratoria o no de responsabilidad pecuniaria, en su caso.

El juicio de cuentas, al igual que los demás actos de determinación de responsabilidades, reviste formas que garantizan el derecho de defensa.

El juicio de cuentas presenta claras etapas que pueden reducirse a tres principales: de promoción o inicio, de prueba o verificación y de resolución. Estas tres etapas aparecen claramente diferenciadas en el mayor número de países.

Resulta interesante mencionar los casos de Guatemala, Panamá y Chile que presentan tres alternativas diferentes a la organización de un juicio de cuentas.

En efecto, en el caso de Guatemala, al lado de la Contraloría de Cuentas se ha creado un Tribunal de Cuentas, que es el órgano que sustancia el juicio de cuentas en el que aquella asume calidad de parte. Otra variante es el caso Panameño, en el que mediante la Ley N° 32 de 1984, se crea dentro de la Contraloría General de dicho país una jurisdicción compuesta por Juzgado y Tribunal de Cuentas. En Chile, en cambio, la Ley Organizativa de la Contraloría General de la República autoriza al Contralor y Sub-Contralor a oficiar de Segunda y Primera Instancia, respectivamente, en el juicio de cuentas.

2. El proceso de determinación de responsabilidades en la legislación peruana

El Proceso de Determinación de Responsabilidades vigente en el Perú, constituye un procedimiento administrativo de naturaleza no jurisdiccional, a través del cual se juzgan las responsabilidades de los funcionarios o servidores del Estado y se establecen las sanciones consiguientes por los actos administrativos o funcionales realizados con inobservancia o violación de las normas jurídicas, vinculadas a la ejecución de los presupuestos del Sector Público y la gestión y utilización de los recursos o bienes públicos.

Si una vez concluida una acción de fiscalización (auditoría, examen especial, etc) a cargo de la EFS y elaborado el informe pertinente, subsisten observaciones que incidan sobre el incumplimiento o incorrecta aplicación de leyes, disposiciones reglamentarias o normas que regulan las actividades del ente bajo examen, el Contralor General dispone la apertura del Proceso de Determinación de Responsabilidades, así como la notificación del Pliego de Reparos a las personas comprendidas en este.

No todas las acciones de control posterior externo dan lugar a la apertura de dicho proceso, por cuanto las observaciones que no conllevan el incumplimiento de normas legales formuladas por la comisión fiscalizadora, pueden ser aclaradas por los funcionarios de la entidad examinada en el momento en que se lleva a cabo la auditoría o bien superadas mediante la adopción de acciones correctivas.

Los reparos consignados en el correspondiente pliego son -objeto de descargo por los funcionarios directivos, gerenciales o servidores de las entidades sujetas a la competencia de la Ley de Control, según los casos, comprendidos en el proceso. A ellos se les concede el plazo de 30 días para que puedan absolver los reparos y presentar los documentos y pruebas adicionales de descargo, incluyendo las evidencias de los correctivos dispuestos.

Con posterioridad a esta etapa, se emite resolución de Contralor en la cual se establecen las infracciones incurridas por los funcionarios o empleados en el ejercicio de sus funciones, disponiéndose igualmente las sanciones a que hubiere lugar; pudiendo ser estas: amonestación, multa, suspensión del cargo sin goce de haber de 30 a 180 días, remoción o destitución. Los rindentes pueden impugnar la resolución mediante un recurso de reconsideración, ante el propio Contralor General.

Al expedirse una nueva resolución reconsiderando los puntos que deben ser materia de modificación o anulación, esta se convierte en definitiva, no siendo susceptible en adelante de recurso alguno ante otras autoridades en la vía administrativa, y solo puede contradecirse en la vía judicial, ante la Corte Suprema de Justicia. En caso de que declare responsabilidad pecuniaria, el obligado debe depositar a la orden del Tesoro Público el monto por el que se le hubiere declarado responsable, dentro de los diez (10) días siguientes de notificado; pudiendo la EFS utilizar la vía coactiva en caso de incumplimiento.

3. El juicio administrativo de responsabilidad en la legislación argentina

La Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas de la Nación prevé el denominado Juicio Administrativo de Responsabilidad, que se instaura a raíz de denuncias o por presunción de un acto u omisión susceptible de generar perjuicio al patrimonio del Estado. El Tribunal de Cuentas de la Nación actúa de oficio y promueve el juicio administrativo cuando lo considera oportuno.

El trámite de este proceso prevé, una fase inicial, denominada sumario, que puede estar a cargo del organismo de quien dependa el presunto responsable o del Tribunal de Cuentas, atendiendo a la importancia del asunto o sus particulares características.

Concluido el sumario, el Tribunal puede resolver su archivo, ampliación o citación de los presuntos responsables, a fin de que efectúen sus descargos en un plazo de 20 días prorrogables. Las pruebas que se actúan son la instrumental, informativa, testimonial, pericial y reconocimiento de lugares.

Posteriormente, previo dictamen de un Contador Fiscal, el Tribunal pronuncia la resolución definitiva que puede ser absolutoria o condenatoria. En este último caso, se fija la suma a ingresar por el responsable.

Debe destacarse que al valorar el daño producido al erario el Tribunal no aplica el principio nominalista, sino que se actualizan los montos de acuerdo al índice de precios al consumidor más los intereses legales, desde el momento de la comisión del hecho hasta el dictado de la resolución definitiva y, a partir de entonces, hasta la fecha de pago. La jurisprudencia del Tribunal, asimismo, ha excluido en los casos de faltantes de bienes muebles, la indexación en la determinación de los valores, utilizándose, más bien, el valor vigente en el mercado, con una amortización, si se trata de elemento usado.

En lo que respecta a esta modalidad de juzgamiento, la Ley de Contabilidad prevé el recurso de revisión como único medio impugnatorio de la resolución del Tribunal y puede ser interpuesto en el plazo de diez años.

Las resoluciones condenatorias se ejecutan, tratándose de agentes públicos procediéndose al descuento de las remuneraciones de los responsables, más los intereses y previas las intimaciones pertinentes.

En relación a los demás deudores, el cobro se formaliza a través de la Procuraduría del Tesoro de la Nación, revistiendo carácter de título ejecutivo la fotocopia autenticada de la resolución condenatoria expedida por el Tribunal.

4. El sumario administrativo en la legislación chilena

El Título VIII de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de Chile establece el proceso denominado Sumario Administrativo.

El Sumario Administrativo se instaura cuando, en el ejercicio de auditorías o labores inspectivas específicas, la EFS detecta infracciones al ordenamiento jurídico o verifica una actuación dolosa o negligente, con infracción de los deberes estatutarios.

El Sumario comprende a los funcionarios presumiblemente responsables de las irregularidades anotadas, es secreto y se tramita por escrito. A ,l, se agregan las declaraciones, documentos y piezas que sirven de prueba de los hechos investigados.

El proceso se cierra, de acuerdo al artículo 134 de la Ley de Organización y Atribuciones mencionada, una vez que se haya agotado la investigación, previos los careos y ratificaciones a que hubiere lugar.

Los cargos resultantes son comunicados personalmente a los afectados, a quienes se concede un plazo a fin de que presenten sus alegaciones. Una vez producidos los descargos o al vencimiento del plazo concedido, el investigador dicta una vista fiscal que precede a la fase resolutoria del proceso.

Si al concluirse un Sumario se determina que deben aplicarse medidas disciplinarias, la EFS propone su adopción a la administración activa.

La propia EFS aplica las medidas disciplinarias tratándose de infracciones de normas relativas al uso de vehículos motorizados de propiedad del Estado.

Algunas de las causas que dan lugar a este tipo de proceso son: el pago indebido de subsidios, sustracción de especies, apropiaciones de fondos y anomalías en la administración de recursos.

Resulta pertinente, asimismo, señalar que las conclusiones de un sumario administrativo pueden ser consideradas mérito suficiente para la instauración de un juicio de cuentas, cuando se haya evidenciado responsabilidad civil de los funcionarios.

5. El procedimiento de resolución de glosas en la legislación de Ecuador

En Ecuador, la Ley de Administración Financiera y Control ha dotado a la Contraloría General del Estado de amplias facultades en la determinación de responsabilidades, que se extienden a las de orden civil y administrativo.

En efecto, el inciso 17 del artículo 303 de la norma citada, señala como atribución de la EFS: "Establecer responsabilidades individuales administrativas en quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta ley; responsabilidades civiles, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, y presunciones de responsabilidad penal mediante la determinación de hechos incriminados por la Ley (...)". Por su parte, el artículo 13 del Reglamento de Responsabilidades y 377 de la Ley de Administración Financiera y Control, respectivamente, precisan que la declaración de responsabilidades administrativas e imposición de sanciones de esta clase, estarán a cargo del ministro de Estado o la autoridad nominada de la entidad u organismo de que dependa el servidor.

Acorde con ello, el artículo 277 de la acotada, establece que, si en el ejercicio de la auditoría interna se hallasen hechos generadores de responsabilidad civil, el auditor debe informar a la Contraloría General, a fin de que esta practique los exámenes especiales que permitan el deslinde respectivo. Similar precepto se repite en el artículo 286 que establece la obligatoriedad de las firmas privadas contratadas por la EFS para la realización de auditorías, de notificarle los hechos presumiblemente generadores de responsabilidades civiles o administrativas, para la práctica de un examen especial sobre el asunto.

Cuando se ejecuta una acción fiscalizadora por la EFS, o tal como se indicó, por los órganos de control interno de esta o por firmas privadas contratadas, y de su práctica surgieran indicios de responsabilidad civil, el servidor de la Contraloría que ejecute las funciones de control formula un memorándum de antecedentes que, entre otros y de manera especial, deberá contener el concepto y monto del perjuicio ocasionado por los sujetos de responsabilidad, consignándose en dicho concepto el daño emergente del acto u omisión, intereses y, de haberlo, el lucro cesante de acuerdo con la naturaleza de la entidad y siempre que pueda ser objetivamente cuantificado.

La glosa en que se expresa el monto del perjuicio que da lugar al procedimiento, es comunicada al servidor comprendido, quien deberá contestarla y probar sus afirmaciones en el plazo de sesenta días.

Efectuado el análisis de las pruebas, se comprende en el proceso a servidores o terceros, si aparecieran indicios de su responsabilidad, a quienes se emplazará por el indicado plazo.

La resolución que confirme o desvirtúe de manera total o parcial las glosas se pronuncia en el plazo de ciento ochenta días. Dicha resolución puede ser rectificada, ser objeto de recurso de revisión o reconsideración que conoce el Contralor General; asimismo, puede ejercitarse recurso ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo, en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la resolución.

El conocimiento del recurso es encomendado al Contralor General quien, en el plazo de 90 días, dicta una nueva resolución que confirma, revoca, modifica o sustituye la revisada.

Finalmente, debe añadirse que la responsabilidad que se establece mediante este proceso, se hace extensiva a terceros que no sean funcionarios públicos, cuando han intervenido o coadyuvado al perjuicio irrogado a la entidad u organismo que se trate. Este es el caso de los beneficiarios de desembolsos indebidos o ilegales o de contratistas con el Estado que no han cumplido las estipulaciones contractuales.

6. Las averiguaciones administrativas y el procedimiento de reparos en la legislación de Venezuela

Conforme a principios admitidos en materia de fiscalización, plasmados en muchos ordenamientos nacionales, la Contraloría General de la República de Venezuela ha sido facultada para actuar con discrecionalidad en el ejercicio de su función fiscalizadora de los recursos públicos. En este sentido, dicha EFS puede tomar conocimiento de irregularidades a través de su actuación de oficio o denuncias formuladas por autoridades públicas o por particulares.

En orden a los actos de determinación de responsabilidades, la Ley Orgánica reguladora de la actividad de esta EFS, ha previsto un modo típico a través del cual se investiga y deslinda responsabilidad proveniente de la presunción de la existencia, de errores, omisiones o negligencias de los funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo, intervengan en el manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a control. Esta modalidad recibe el nombre de Averiguación Administrativa.

Este proceso también puede ser instaurado por los órganos de control interno de cada organismo o entidad, tal como lo prevé, la Ley Orgánica de la Contraloría General, Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público y el Reglamento Especial N° 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Venezuela. En este caso, debe participarse a la EFS el inicio del proceso de Averiguación Administrativa.

Un análisis de este proceso revela que existe una etapa en que se practican una serie de diligencias orientadas al esclarecimiento de los hechos investigados. Si tras la práctica de estas primeras actuaciones aparecieran indicios contra alguna persona, la EFS ordenará su comparecencia en el plazo de diez días, oportunidad en que se le tomará declaración, y se le impondrán los cargos.

Durante el proceso también se practican todas las diligencias probatorias, sean declaraciones, presentación de informes o documentos, experticias (pruebas periciales) y, en general, cualesquier medio que conduzca a la aclaración de los hechos que motivaron la apertura de la Averiguación Administrativa.

Conviene anotar al respecto que la Averiguación instaurada por la EFS, solo persigue la investigación de hechos que pudieran acarrear responsabilidad administrativa, pues tratándose de responsabilidades de orden civil o penal, se limita a remitir los antecedentes a las autoridades competentes.

Sin embargo, la ley concede valor probatorio a toda prueba ejecutada por la Contraloría, mientras no sea contradicha en el debate judicial, incluyendo la confesión prestada ante dicha EFS, siempre que reúna los requisitos contemplados en el Código de Enjuiciamiento Criminal.

La sustanciación de este proceso concluye mediante auto expreso que declara el sobreseimiento, en caso de que los hechos investigados no generen responsabilidad a cargo de la persona comprendida. Asimismo, puede declararse la respectiva absolución o declaración de responsabilidad administrativa. El plazo para la culminación del proceso es, según el artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de la EFS de Venezuela, de 3 meses de vencido el último lapso que se hubiere dado para contestar los cargos.

Si la EFS declara la responsabilidad administrativa del procesado, es el jerarca competente quien aplicar la sanción pertinente, inclusive la de

destitución, que puede acarrear la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por el término de 3 años.

Cabe precisar que, si bien las averiguaciones cumplen la finalidad de señalar responsabilidades administrativas, en cambio cuando se trata del establecimiento de responsabilidad pecuniaria derivada de la rendición de cuentas de ingresos, egresos y bienes, la EFS de Venezuela, luego de un previo examen y calificación está facultada a formular reparos.

El reparo es un medio de establecimiento de responsabilidades civiles en el sistema de control venezolano y se formula cuando existen indicios de errores o deficiencias en las cuentas rendidas por los empleados o agentes del Estado obligados, que eventualmente pueden ser causa de daño a bienes, fondos o ingresos del erario nacional.

Una vez formulado el reparo es notificado, permitiéndose, desde dicho momento, el acceso al expediente por parte del directamente interesado en el asunto.

La persona notificada puede optar por contestarlo, en el plazo de treinta días, más el término de la distancia, calculado a razón de doscientos kilómetros por día.

En el escrito de contestación del reparo, puede consignarse toda razón de hecho y de derecho que se estime oportuna para la defensa y prueba de las razones afirmadas. Por su parte, el funcionario encargado de la sustanciación puede también requerir cualesquier informe o documento que precise para resolver el asunto.

Seguidamente, la fase resolutoria del proceso se materializa en la expedición de la decisión de la EFS que puede ser confirmatoria, reformatoria o revocatoria del reparo. Esta decisión agota la vía administrativa. Contra ella puede interponerse el recurso de revisión, reconsideración o el de plena jurisdicción, este último ante el Poder Judicial en el plazo de 45 días de notificada la resolución.

En caso de no contestarse el reparo, as¡ como cuando se haya resuelto el mismo, agotándose de esta manera la vía administrativa, los autos se remiten al Ejecutivo Nacional para su respectiva cobranza administrativa o judicial, etapa en que la decisión de la EFS está revestida de mérito ejecutivo.

VIII. La potestad de sanción de las EFS de las Américas, Portugal y España

En el pasado se discutía si debiera o no dotarse a las EFS de facultades de imposición de sanciones a funcionarios o agentes del Estado, por desconocer

o quebrantar los preceptos jurídicos que rigen el accionar de las estructuras gubernamentales en sus respectivos países.

Referirse en la actualidad ha dicho asunto, no hace más que evocar la esencia misma de la fiscalización superior cuyo desarrollo, generalmente, está rodeado de un signo de contradicción. Para sus detractores, provoca un sentimiento de rechazo ante sus potestades "casi omnímodas", así como su queja por la pasividad frente al creciente fenómeno de la inmoralidad pública; sin embargo, para otros, sus defensores, es un instrumento valioso de protección ciudadana, en la medida en que sus tareas contribuyen a que los recursos públicos se administren de conformidad con los principios de legalidad, efectividad, eficiencia y economía.

Es por ello que la imposición de sanciones está relacionada con varios factores, el más importante de los cuales es el contenido ,tico del rol que desempeñan las EFS y que las convierte en medios idóneos de moralización del accionar de la Administración Pública, en una época en que la corrupción está de moda y las formas cleptocráticas se reproducen a la sombra del poder oficial en los países.

Sobre el tema de la corrupción no está de más recordar la sentencia formulada por el poeta Alexander S. Pope, citado por Fonseca, Beramendi, Cuya y Morón (1991: 72), hace más de un siglo: "vista tan frecuente, resulta familiar por su cara; al principio la soportamos, luego la aceptamos y, finalmente, caemos en sus brazos".

Antiguamente no se admitía la posibilidad de asignar potestad de sanción a las EFS, por cuanto imperaba el criterio de que la potestad sancionadora era una atribución propia de la autoridad jerárquica. Este razonamiento, aplicado al campo específico de la fiscalización, y llevado a un extremo, hacía imposible un efectivo control, porque cualquier entrabamiento de la labor de una EFS no podía ser sancionado, sino por el mismo jerarca; solución que, al parecer, no reportaba demasiados beneficios si este, siendo (como es) parte de la gestión, objeto de la acción contralora, no se mostraba expedito y drástico, de acuerdo con el requerimiento formulado.

Aún más, tratándose de transgresiones a las normas jurídicas reguladoras de la administración, percepción o disposición de los recursos públicos por parte de los funcionarios o agentes del Estado (y no simplemente la desobediencia de estos o el entrabamiento de la labor de una EFS), la aplicación del principio según el cual solo el jerarca puede imponer sanciones nos conduce a la formulación de las siguientes interrogantes: ¿Debe también en estos casos confiarse a que la autoridad máxima procese al responsable, y según lo halle aplique razonadamente una sanción? ¿O será mejor que un ente externo, ajeno al accionar de la gestión (de la que forma parte el autor del acto irregular) determine la existencia de responsabilidad y solo encargue a la respectiva autoridad administrativa la imposición de una sanción, de acuerdo

a lo que crea conveniente? y finalmente, ¿no será más conveniente que la EFS misma sancione directamente al responsable del acto irregular y sus resoluciones sean ineluctablemente aplicadas?

La importancia de tales interrogantes llevó en los distintos países a replantear el tema en su momento, en el entendido de que las posibles respuestas debían tener en cuenta el pernicioso fenómeno de la corrupción administrativa, que a veces ha involucrado a los más altos jerarcas de instituciones públicas, precisamente quienes tienen a su cargo la aplicación de sanciones a sus subordinados que cometieron actos irregulares, igualmente reprochables a los suyos; costumbre de antigua data que, para erradicarle en 1824, había obligado a Simón Bolívar a expedir en el Perú un Decreto, en virtud de cuyas disposiciones quedaba sujeto a la pena capital todo "funcionario público, a quien se le convenciere en juicio sumario de haber malversado o tomado para sí de los fondos públicos de diez pesos arriba (...)".

Por ello, se admite ahora en doctrina, y esto ha sido plasmado en un apreciable número de legislaciones nacionales, la potestad de sanción a cargo de las EFS, la que se considera un natural complemento funcional y un mecanismo necesario para una fiscalización superior efectiva.

Silva Cimma (1976, I: 90) expresa al respecto que "un órgano de control externo no podrá desarrollar su acción en plenitud si no se le dota del imperio necesario para imponer sanciones cuando la circunstancia y el interés público lo requieran (...)".

Del mismo modo, en España, con ocasión de discutirse el texto de la vigente Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de dicho país, afirmaba Fernández Victorio y Camps (1977: 160) que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a dicha EFS era de suyo importante, pues sin ella "se le relegaría a un segundo plano, de actuación ineficaz y sin relieve de ninguna clase frente a la administración, ante la que necesita de toda la fuerza coercitiva para un control externo eficiente del gasto público"; consideración que fuera tenida en cuenta al dictarse la Ley Orgánica (art. 46.1).

Esto último, salvando distancias entre los modelos a los que se adscriba cada EFS, resulta un buen elemento de ilustración; por lo demás, el tema ha sido objeto de tratamiento en los foros internacionales que periódicamente los congregan.

En 1965, en el Congreso Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras Superiores, celebrado en la ciudad de Santiago de Chile, se recomendó que los organismos encargados de la fiscalización superior externa "deben hallarse investidos de todas las potestades necesarias para el eficiente desarrollo de su actividad fiscalizadora de acuerdo con la legislación de cada país. Entre las potestades de las EFS debe hallarse la de aplicar directamente sanciones administrativas a aquellos agentes que incurran en irregularidades en la recaudación, custodia, administración e inversión de los fondos o bienes del Estado".

En teoría, el enfoque de la potestad sancionadora a cargo de una EFS admite una división dual. En virtud de ella, pueden advertirse las sanciones siguientes:

1. Formales: son aquellas que se imponen contra funcionarios o agentes del Estado que incurren en actos de obstaculización de la función fiscalizadora de la EFS.
2. Sustanciales: son sanciones que se imponen al detectar las EFS, en ejercicio de sus funciones, el incumplimiento, cumplimiento defectuoso o, en general, transgresión a normas legales o reglamentarias de la función pública por parte de los empleados o agentes del Estado.

Debemos admitir al respecto, que las legislaciones nacionales de las Américas, España y Portugal presentan una variedad de facultades a cargo de las EFS, que abarcan desde las potestades de sanción manifestadas tenuemente, hasta aquellas que han sido consagradas de manera amplia. Esto al margen de que las sanciones y procedimientos revistan carácter jurisdiccional o meramente administrativo.

Las sanciones formales, según la mayoría de legislaciones, pueden ser impuestas directamente por la EFS. Ejemplo de ello, encontramos en el artículo 84 inciso k) de la Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas la Nación de Argentina, en cuya virtud dicha EFS puede imponer multas en los casos de "faltas de respeto o desobediencia" (sic) a sus mandatos.

La misma naturaleza reviste la sanción contemplada en el inciso d) del artículo 85 de la misma Ley, según el cual el Tribunal de Cuentas de la Nación puede multar directamente al funcionario moroso o remiso a rendir cuentas.

La legislación brasileña sobre la materia, por su parte, faculta a la EFS a "ordenar la prisión de los responsables que (...) intimados para informar sobre el déficit verificado en proceso corriente de toma de cuenta, procuren ausentarse exprofesamente o abandonen la función o empleo, Comisión o servicios del cual se hallen encargados (...)" (art. 40 inciso III de la Ley del Tribunal de Cuentas de la Unión).

Según veremos a continuación, la potestad sancionadora formal, no es privativa de las EFS organizadas en forma de Tribunal de Cuentas. Entre otras, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Costa Rica establece que si al requerirse informes, datos, declaraciones o copias de documentos en la forma, modo y plazos que estime apropiados, la persona natural o jurídica intimada, incurriera en falta de verdad o inexactitud en los documentos proporcionados, o si se incurriera en negativa o retardación maliciosa en la cooperación debida, será motivo suficiente –agrega el artículo 6 inciso f) de la citada norma– para destituir o separar temporalmente de su empleo al funcionario o empleado remiso o renuente si la corrección la solicita el Contralor y sin perjuicio del juzgamiento del delito en que se haya incurrido.

En la misma orientación, en Colombia, mediante la Resolución Orgánica Nº 07008 del 18 de abril de 1978, la EFS de dicho país dispuso que "los empleados de manejo, los contratistas y los agentes del Gobierno Nacional que no rindan cuenta dentro de los plazos previstos, serán sancionados con multas hasta por un valor de un (01) mes de remuneración por cada periodo en que el cuentadante no presente oportunamente las cuentas de su manejo. La misma sanción se aplicará cuando los obligados por esta resolución a rendir cuentas fueren renuentes a hacerlo y estuvieren separados de sus funciones" (art. 8); añade a continuación el siguiente artículo que, a causa de repetidos o injustificados errores o deficiencias reiteradas en que incurra un empleado en la rendición de cuentas, podrá el Contralor solicitar su remoción, aplicándose la sanción por el jerarca administrativo de quien dependa el sancionado. Si este no procediera a la remoción, la EFS no autorizará giros destinados a remuneraciones del empleado sancionado.

El artículo 89 ab initio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Chile expresa que "si las cuentas no fueren presentadas dentro del plazo legal, o del plazo que otorgue el Contralor, podrá este suspender al empleado o funcionario responsable, sin goce de sueldo, medida que durará hasta que dé cumplimiento a la referida obligación". Asimismo, el citado artículo añade, en su parte final, "(...) el Contralor podrá ordenar que se retengan por quien corresponda las remuneraciones, desahucios y pensiones de aquellos funcionarios que no hayan rendido su cuenta o cumplido reparos de la Contraloría General dentro de los plazos fijados por las leyes y reglamentos respectivos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que esté sujeto el obligado a rendir cuenta".

En la misma línea, la ley de administración financiera y control de la República del Ecuador, en su artículo 294, establece que "el Contralor General, los auditores gubernamentales de la Contraloría y los representantes del Contralor especialmente designados para ello, están facultados para hacer comparecer testigos y exigir declaraciones juradas en las actuaciones que están dentro de las facultades de la Contraloría; podrán también exigir la presentación de documentos", agregando a continuación la norma aludida que "la persona que rehuse comparecer como testigo o rendir declaración o exhibir documentos, cuando así lo exija un funcionario autorizado conforme esta ley, será compelido con apremio personal. La persona que incurra en falso testimonio o perjurio en declaraciones rendidas ante un funcionario autorizado para recibirlas conforme a la ley, quedará sujeta, sin otro requisito, a las acciones y penas que establece la ley".

En El Salvador, igualmente, el Presidente de la Corte de Cuentas está facultado para imponer multas a quienes no rindan cuentas o lo hagan en forma incompleta, atributo reconocido también a la Contraloría General de la República de Panamá que puede sancionar con multa de 50 a 500 balboas, según la gravedad del caso, "al que no rinda oportunamente su cuenta o no exhiba el

estado de la misma al momento de requerirlo", facultad que se extiende hasta la solicitud de sanción del empleado, por el término de un mes, cuando haya sido sancionado anteriormente en 2 oportunidades el mismo año.

Finalmente, la Contraloría General del Perú y su similar de Venezuela, están facultadas expresamente a sancionar de manera directa con multa a los funcionarios o agentes que impidan un ágil funcionamiento de las labores fiscalizadoras de tales EFS.

Los casos expuestos no excluyen la existencia de otros sistemas, acogidos por diversas EFS, según los cuales los organismos fiscalizadores no están facultados a imponer sanciones formales, sino solo a solicitar su imposición a las autoridades de la administración activa de las que dependa el funcionario autor de los actos de obstaculización de la labor fiscalizadora.

De otro lado, las sanciones sustanciales se aplican como consecuencia de haberse hallado en el proceso de fiscalización ordinaria de las EFS, actos generadores de responsabilidad administrativa por parte de funcionarios o agentes del Estado, por transgresiones a las normas que regulan el uso, custodia o administración de fondos públicos. En otros casos la sanción se impone luego de un proceso investigatorio expresamente instaurado para la aclaración de un hecho denunciado en forma pública o particular.

En ambas hipótesis, la sanción puede resultar de la instauración, posterior al evidenciamiento del hecho, de un proceso más o menos formal a cargo de la misma EFS, que concluye en una resolución sancionatoria. Esto al margen de si este proceso y la resolución que de él resulte tengan el rango de acto jurisdiccional.

Un ejemplo claro de sanción sustancial a cargo de una EFS surge de la lectura del artículo 5 inciso 17 de la Ley Orgánica de la Corte de Cuentas de El Salvador, según el cual es atribución de dicha EFS: "Imponer multas que se harán efectivas en forma gubernativa, hasta de doscientos colones por faltas cometidas o por negligencias en el cumplimiento de las leyes o reglamentos que regulen la contabilidad, la liquidación de tasas y contribuciones, la percepción, la custodia, la distribución, el pago, la entrada y la salida de los fondos y bienes públicos (...)".

Una norma similar figura en el inciso k del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría de Cuentas de Guatemala que le faculta a imponer sanciones económicas de uno a doscientos quetzales a los funcionarios o empleados públicos y de las instituciones autónomas y descentralizadas que incurran en negligencia o incumplimiento de las leyes, reglamentos o disposiciones fiscales.

Por su parte, la EFS de Argentina, en virtud del artículo 126 de la Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas de la Nación, está

facultada a imponer sanciones pecunarias a los funcionarios o agentes del Estado que, sometidos a juicio administrativo de responsabilidad, se evidencie que hayan incurrido en procedimientos administrativos irregulares.

La Contraloría General del Perú puede también imponer, previo proceso, sanciones sustanciales en uso de la facultad que le confiere el artículo 16 de su Ley Orgánica. Según esta norma, corresponde al Contralor General "aplicar la sanción que determine la ley de acuerdo con la resolución declaratoria de responsabilidad", pudiendo esta ser de multa, suspensión sin goce de haber, remoción o destitución del funcionario o servidor público.

En cuanto a la Contraloría General de la República de Chile se connota que si en el juicio de cuentas se evidencia responsabilidad de infracción administrativa por parte de funcionarios públicos, de la que no procediera condenar pecuniariamente, se podrá aplicar alguna de las medidas disciplinarias contempladas en el Estatuto Administrativo que no importe expiración de funciones (art. 116 de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República de Chile).

En el tema de la determinación de responsabilidades y aplicación de sanciones sustanciales, las legislaciones nacionales han seguido criterios distintos que, aunados a la falta de estudios integrales, dificultan realizar un enfoque unitario sobre la materia. Demostración de ello es que, por ejemplo, en el caso de la EFS del Ecuador, de acuerdo al artículo 377 de su Ley Orgánica, el Contralor General impone sanciones administrativas solo si la autoridad nominadora de la entidad u organismo de que dependa el servidor que incurrió en responsabilidad no lo haya hecho, o cuando aquellos funcionarios hubieran dado lugar a la responsabilidad administrativa.

Un proceder distinto al anterior, puede ser apreciado en el caso del Tribunal de Cuentas de la República Oriental del Uruguay, el cual ejerce funciones dictaminadoras previas a la imposición de sanciones, cuando se trata de responsabilidad de carácter administrativo; facultad que está reservada, según dicha norma, a la administración, luego del sumario o investigación que esta formule (art. 581 de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera).

Finalmente, en el caso de la EFS de la República de Venezuela, cabe afirmar que, de acuerdo al artículo 84 de su Ley Orgánica, su actuación concluye al determinar la responsabilidad de los funcionarios o agentes del Estado, debiendo aplicarse la sanción por el jerarca competente, quien debe informar al Contralor General sobre dicho asunto en el plazo de 30 días. Este proceder difiere del trato dispensado a las denominadas sanciones formales, que sí puede imponer directamente esta EFS.

IX. Estatuto de los personeros de las EFS

1. La dirección institucional

Fundamentalmente debido a las diversas corrientes históricas que han recorrido las Américas, España y Portugal, el control administrativo-financiero es desarrollado por organismos con diseño diversificado; cuyas distinciones se muestran externamente en la funcionalidad netamente administrativa de la EFS o en su carácter para jurisdiccional. Cuando se trata del primer caso, la Entidad de Fiscalización Superior adopta un diseño básicamente de tipo unitario, a diferencia del segundo caso, cuando adopta el diseño de un organismo colegiado.

Además de las razones históricas apuntadas, a efectos de ubicar un diseño adecuado de las EFS los legisladores han tomado en consideración, otros criterios, como –por ejemplo– la necesidad de rodear a la gestión fiscalizadora y a sus instancias directivas de las garantías elementales de inamovilidad e independencia, en aras de fortalecer su autonomía institucional. En tal virtud, las normas vigentes nos evidencian algunas particularidades alrededor de temas como el periodo de ejercicio del cargo, los requisitos para acceder a los cargos de máximas autoridades de la fiscalización, la estructura del estamento directivo e incluso, sobre el procedimiento de selección de los máximos cargos de la fiscalización.

Tales aspectos fueron tratados en el VI Congreso Latinoamericano (Guatemala, 1981), recomendándose que la designación, plazo del ejercicio del mandato, remoción e inamovilidad de los titulares de las EFS debían también establecerse en el máximo nivel normativo jerárquico así como que su designación debía efectuarse de tal forma que les otorgue la máxima autonomía para el desempeño del cargo.

Si bien la especificidad de nuestra temática no debe hacernos perder de vista que estos asuntos corresponden a la propia esencia de la teoría democrática de la representación de sus autoridades, por lo cual su discusión se remonta al propio nacimiento del Estado, tampoco se puede soslayar que este caso cobra singular trascendencia porque se trata de estatuir la representación del cuerpo social a cargo de la vigilancia de los actos financieros y administrativos del resto de organismos del poder constituido.

Las interrogantes formuladas por la filosofía política aristotélica (s/f: Cap. XII, 182) sobre las magistraturas, en general, cobran respecto a las máximas autoridades de control (Contralor General, Contador Mayor, una actualidad y resonancia especial. Meditemos si es que acaso "[l]os poderes deben conferirse con carácter vitalicio, por largos plazos, o según otro sistema". "Es preciso que un mismo ciudadano pueda ser reelegido muchas veces, o podrá serlo solo

una vez quedando para siempre incapacitado para optar a él"; y en cuanto a su composición De qué miembros se han de componer? "Quien los nombrará?" "En que forma se han de designar?". Continuando la reflexión, concluyendo que "(...) es preciso conocer todas las soluciones posibles de estas diversas cuestiones, y aplicarlas enseguida según el principio y la utilidad de los diferentes gobiernos".

2. Estructura de la dirección institucional

Como una primera aproximación al tema señalaremos que en las Américas, España y Portugal los organismos denominados bajo el epígrafe genérico de EFS, aparecen concretados bajo dos diseños diferenciados: Tribunales de Cuentas y Contralorías Generales, que responden a dos concepciones y corrientes históricas, salvo el caso del Comité Estatal de Finanzas cubano cuya *ratio esendi* se encuentra en el aspecto ideológico imperante en sus esferas gubernamentales y no, propiamente, en razones históricas.

Por una parte, las EFS llamadas "Tribunales de Cuentas" enfatizan el aspecto de la jurisdicción contable, respondiendo a la idea básica de una fiscalización con facultades jurisdiccionales-privativas y particularizan su carácter de fuero en razón de la materia especializada de la rendición de las cuentas públicas. Atiende a la necesidad de reconocer en la función de fiscalización potestades jurisdiccionales (sus decisiones adoptan forma de resolución, previa la deliberación entre sus miembros, y en su composición existen, generalmente, funcionarios cuyas funciones rememoran a los jueces y fiscales), aún cuando, muchas veces, formalmente no se trate de un estamento estatal integrado al Poder Judicial ordinario. Tal es la raíz de organismos como el Tribunal de Cuentas español y portugués, así como de sus primigenios enclaves en América generados mediante la Ordenanza Primera de Contadurías (24 de Agosto de 1605) se establecieron los Tribunales de Cuentas en Lima, Santa Fe y México.

A su vez, las EFS del tipo "Contralorías Generales" (implicantes de las designadas como Contralorías Generales stricto sensu, las Oficinas de Auditoría, etc.), enfatizan la fiscalización sobre la etapa de la ejecución presupuestal y en la evaluación de gestión, siguiendo las pautas del control de caja, ingresos y egresos, con lo cual crea las condiciones teóricas razonables para el desenvolvimiento de instituciones como el control preventivo y para adoptar como instrumento principal de acción a la auditoría, en sus diversas manifestaciones. Tal concepción encuentra históricamente impulso en la influencia que las ideas del control norteamericano ha proyectado en las Américas, actualizadas con las conclusiones de la Misión Kemmerer (denominada así en razón a su Presidente estadounidense Edwin Walter Kemmerer) que recorrió gran parte del continente propugnando, entre otras propuestas de reforma administrativa, el establecimiento de una entidad autónoma de fiscalización con

dirección unitaria. En ello guardaba concordancia con la imagen proyectada por el General Accounting Office de los EE. UU.

Sin embargo, este distingo ha ido superándose paulatinamente, de la mano con la forja de la teoría e institucionalización de la función estatal de control administrativo-financiero; primero, entremezclándose y, luego, fusionándose como objetivos comunes en el accionar de organismos con denominaciones diferentes. Como apreciaremos a continuación.

En las Américas, España y Portugal, aparecen como casos de EFS del tipo colegiado, las de Argentina, España y Portugal (Tribunales de Cuentas), Brasil (Tribunal de Cuentas de la Unión), El Salvador (Corte de Cuentas de la República), República Dominicana (Cámara de Cuentas), Uruguay (Tribunal de Cuentas), Antillas Neerlandesas (aun cuando la EFS se denomina Contraloría General, característica de las unitarias, esta se integra de un Presidente y dos miembros quienes resuelven los asuntos de modo colegiado y por mayoría de votos) y Surinam (Oficina de Auditoría).

A su turno presentan EFS con dirección del tipo unitario los casos de Bolivia (Contraloría General), Colombia (Contraloría General de la República), Costa Rica (Contraloría General de la República), Cuba (Comité Estatal de Finanzas), Chile (Contraloría General de la República), Ecuador (Contraloría General del Estado), Honduras (Contraloría General de la República), México (Contaduría Mayor de Hacienda), Nicaragua (Contraloría General de la República), Panamá (Contraloría General de la República), Perú (Contraloría General), Puerto Rico (Oficina de Contralor), República Dominicana (Contraloría General), Surinam (Oficina de Auditoría) y Venezuela (Contraloría General de la República). Cabe agregar que no obstante que dentro de la concepción unitaria de dirección de una EFS, se encuentra la idea de que todas las atribuciones teóricamente conferidas a la entidad son conducidas, supervisadas y de responsabilidad de un órgano máximo con poder de decisión: el Contralor General; también tiene presencia el cargo del Subcontralor, quien en algunas legislaciones gracias a sus competencias propias contribuye de manera importante a la concreción del funcionamiento institucional unitario.

En el tránsito entre estas conformaciones que nuclean la competencias inherentes a la fiscalización administrativa-financiera en torno a un solo órgano, existe la presencia a nivel americano de otra variedad para su conformación: el establecimiento para el mismo efecto de dos organismos en los cuales se distribuyen las competencias (inspectivas y de juzgamiento) inmersas en el control. Esta es la situación de República Dominicana, con su Contraloría General (destinada a fiscalizar el ingreso debido y la inversión de fondos públicos) y la Cámara de Cuentas (competente para conocer, revisar y aprobar todas las cuentas generales y particulares del Estado); el régimen de Paraguay donde existe la Contraloría Financiera de la Nación (organismo del Poder Ejecutivo encargado de controlar la gestión de todas las reparticiones públicas) y el Tribunal de Cuentas (competente para conocer los juicios

contencioso-administrativos y las cuentas de inversiones del presupuesto general de la Nación); y el caso de Guatemala, donde actúan simultáneamente la Contraloría General de Cuentas (encargada de fiscalizar los ingresos y egresos y, en general, de todo interés hacendario público) y su correspondiente Tribunal de Cuentas (facultado para ejercer las funciones judiciales en materia de cuentas).

Como se puede apreciar existe un sector mayoritario de las Américas, España y Portugal decidido por el diseño de EFS con dirección unitaria. En ellos, las decisiones de fiscalización emergen de una acción singular, induciendo a la celeridad y economía procesal para su adopción y a la concentración de la responsabilidad de la gestión fiscalizadora. No obstante, por su propia estructura suele apuntarse como factor adverso el riesgo de acercarse a la personalización del accionar de control; tal debilidad colisiona con la esencia democrática del Estado y sus instituciones.

Precisamente, se concibe como una alternativa de control intraórgano en el más alto nivel organizacional de la estructura unitaria de la EFS, la existencia del cargo de una segunda autoridad, genéricamente denominada Sub-Contralor, a quien, por lo general, se atribuyen competencias propias –no delegadas del Contralor– y, en otros casos, incluso algunas legislaciones nacionales (por ejemplo, Antillas Neerlandesas, Costa Rica, Honduras, Panamá y Surinam), establecen la elección mediante el mismo procedimiento tanto al Contralor como al Sub-contralor con la intención clara de dotarle de un mayor grado de estabilidad.

3. El proceso de selección del personero

La manera como acontece la selección de las máximas autoridades de fiscalización administrativa y financiera resulta ser la pauta liminar suficiente para propiciar la necesaria autonomía personal de las instancias decisorias titulares de una EFS.

No se encuentra alejado de la realidad Loewenstein (1976: 297) cuando nos habla de la "experiencia general socio-psicológica, según la cual el detentador de un cargo permanece obligado a la persona responsable de su nombramiento (...), el favorecido está expuesto a la tentación humana de pagar su deuda desempeñando su cargo de forma condescendiente".

Por ello, la serie concatenada de fases conducentes a la individualización del (los) ciudadano(s) idóneo(s) para asumir los cargos de máximos representantes de la EFS tienen como base la apreciación objetiva del cumplimiento de aquellos requisitos establecidos normativamente para el efecto.

Como referencia especial destaca la EFS de China nacionalista, según su Constitución de 1947, denominada "Control Yuan", que tiene la particularidad frente a sus pares de Iberoamérica y de otras latitudes, que sus miembros son

elegidos por el pueblo. Es una experiencia singular que no tiene símil en las Américas, España y Portugal.

Pareciera incontrovertible que dentro de una experiencia democrática perfecta, las autoridades encargadas de la fiscalización administrativo-financiera sobre las otras instancias públicas, a las cuales el pueblo, mayoritariamente, elige (nos referimos a los Órganos Ejecutivo y legislativo) debieran ser electas –igualmente– por el cuerpo social.

Si el pueblo elige a los integrantes del organismo legislativo –máxima instancia de fiscalización– del mismo modo como al ejecutivo, que como sector administrador constituye el principal –no único– objeto de fiscalización administrativa y financiera; entonces, cómo puede privarse capacidad al elector para la selección de la autoridad superior de fiscalización (EFS), y por el contrario dejar librado tal acto a las propias entidades fiscalizables, vía procedimientos directos o indirectos.

Pero algunas consideraciones tales como la inminente vinculación política en esta elección, el no asegurar este procedimiento la selección de personalidades con calificaciones técnicas para el ejercicio de la función de fiscalización o simplemente la aprensión a las decisiones del cuerpo social, han conducido a que la legislaciones nacionales de América, España y Portugal se caractericen uniformente por establecer procesos de selección apartados de la participación directa ciudadana.

Como veremos dentro de este orden de ideas, los procesos de selección aplicados presentan algunas modalidades que pueden reducirse con fines metodológicos a la designación emanada directamente del ánimo decisorio de un Órgano del Estado (tradicional poder), sea este el Congreso o el Ejecutivo, o a través de designaciones complejas donde concurren las voluntades coincidentes de dos Órganos de Estado. Precisándose que aún en el caso de designaciones simples, es conveniente que en el proceso de selección el sistema jurídico prevea algunos diseños de control intraórganos tales como la refrendación ministerial, la aprobación por el Consejo de Ministros (en el caso de designaciones a cargo del Órgano Ejecutivo) y el sistema de mayorías calificadas (en el caso del designaciones a cargo del Órgano Legislativo), pues solo así se propician ciertos niveles de reflexión y racionalidad en la toma de decisiones.

3.1. La designación simple por el Órgano Ejecutivo

La designación de la autoridad de control administrativo-financiero por parte del Órgano típicamente administrador tiene un grado de presencia marginal en la legislación iberoamericana. Citemos el caso de Portugal, donde el Presidente del Tribunal de Cuentas es nominado por el Presidente de la República y sus jueces por el ministro de Finanzas, así como el caso cubano y paraguayo.

Los pocos casos de este tipo ilustran respecto a la limitación argumental en su favor; su principal sustento se encuentra en la idea de que la ejecución presupuestal y hacendaria, así como las tareas de gestión pública, competen exclusivamente al Órgano Ejecutivo y el control de tales acciones por ser la etapa final del proceso de administración se hallaría inmerso en el ámbito del ejecutivo.

Por el contrario, la experiencia nos ha evidenciado que no puede haber control en la administración de las rentas públicas, cuando el funcionario encargado de cumplir tal función depende su origen y su actividad del ejecutivo.

Sobre el particular, Fernández-Victorio y Camps (1977: 26) señala que: "(...) El simple planteamiento de la cuestión nos releva de mayores explicaciones. Quien juzga, quien enjuicia, no puede en ningún momento depender de la persona o ente enjuiciado o juzgado. No es legal, pero tampoco sería ‚tico". Y en el mismo sentido, el Dr. Walter A. Etchandy (1977: 283) comentando acerca del Tribunal de Cuentas de Uruguay, plantea: "(...) La designación de los miembros de esas entidades por los jefes de Estado o por el Poder Ejecutivo no es recomendable, porque va contra el principio según el cual el nombramiento de las personas que han de controlar a la Administración, no debe depender de esta (...)".

3.2. La designación simple por el Órgano Legislativo

A diferencia de los escasos ordenamientos jurídicos que atribuyen al Poder Ejecutivo la designación simple, un numeroso sector de ordenamientos de las Américas, España y Portugal que consagran la designación simple, radican esta potestad en el Congreso o en una de sus Cámaras.

Para el efecto, reconocen en el Congreso un nivel máximo de fiscalización de la gestión administrativa y financiera del Estado trasuntada en acciones como la aprobación presupuestal, así como en la revisión y aceptación de la Cuenta General. Dentro de esta concepción, la EFS desempeña sus funciones en auxilio del Congreso suministrándole criterios y los resultados de sus evaluaciones. Del mismo modo, encontraría correspondencia con la concepción democrática según la cual el origen de toda función gubernamental radica en el mandato popular, en cuyo nombre se gestiona el patrimonio público y es ante él que se debe rendir las cuentas de sus actos.

Tal mecanismo de designación puede ser apreciado en las legislaciones de Colombia (con la modalidad señalada en su artículo 141 de la Constitución, según la cual la elección compete al pleno del Congreso), Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Panamá, Uruguay y Venezuela.

3.3. La designación compleja

Un tercer grupo de legislaciones han diseñado mecanismos ad hoc para que la selección de la máxima autoridad de control surja de la coincidencia de

voluntades entre dos organismos diferentes. En su favor se afirma que las decisiones importantes del Estado son adoptadas en mejores condiciones si se derivan del debate y de la contrastación de opiniones entre sectores distanciados en cuantos intereses o concepciones que cuando se adoptan en una decisión unívoca.

Esta forma de designación –a su vez configurantes de un caso de control interórganos– necesita contar con la coincidencia electiva de dos polos de decisión, que la casuística ha identificado como al Órgano Ejecutivo y al Congreso, y viceversa.

La selección vía designación compleja reúne las manifestaciones de voluntad coincidentes de organismos del poder constituido, emitidas en diferentes momentos, asumiendo la primera carácter de iniciativa o de nominación y la segunda carácter confirmatorio o ratificatorio, con lo cual concluye el proceso.

Aquellos Estados cuyas normas jurídicas prevén esta modalidad son: Antillas Neerlandesas, Argentina, Bolivia, Chile, EE.UU., Honduras, México, Nicaragua, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Surinam; teniendo la iniciativa de nominación el Órgano Ejecutivo en: EE.UU., Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana, mientras que corresponde similar rol al Órgano Legislativo en las Antillas Neerlandesas, Bolivia, México y Surinam. Además entre estas modalidades comunes bien vale realzar el sistema seguido por las Antillas Neerlandesas, Bolivia, Honduras, México, Nicaragua, Perú y República Dominicana, según el cual la nominación se hace múltiple conteniendo varias alternativas (dos o tres candidatos), permitiendo que la segunda declaración de voluntad derive de un cotejo de aptitudes y no la simple ratificación de la propuesta única.

Finalmente, queremos llamar la atención sobre el margen de creatividad para el diseño que esta materia permite a los legisladores, comentando el sistema brasileño consagrado en su Carta Política de 1988, por el que confluyen la designación compleja (tres vocales del Tribunal de Cuentas de la Unión son electos por el Presidente de la República con aprobación del Senado Federal) y la designación simple a cargo del Órgano Legislativo (seis son electos por el Congreso Nacional).

4. Condiciones para acceder al cargo de personero

La libertad decisoria de las instancias políticas que participan en el proceso de selección de las máximas autoridades de las EFS, además de transitar por un proceso determinado, se halla sujeta a determinadas exigencias especiales que deben acreditar el o los postulante(s). A su vez, su establecimiento supone, la previsión legislativa de las condiciones mínimas de idoneidad requeridas para el cargo con pretensión de capacidad.

Por lo mismo estas reglas, requisitos o condiciones establecidas para la designación de tales altos funcionarios tienen que encontrarse en directa relación con las características de la función a ejercer. Tal es la naturaleza de los requisitos para acceder al cargo.

En nuestro caso, las particulares potestades y responsabilidades encomendadas a las máximas autoridades de fiscalización ameritan la exigencia de requisitos inusuales y, en la mayoría de los casos, adicionales respecto de otros funcionarios gubernamentales, que hagan presumir la idoneidad del candidato.

La legislación iberoamericana contempla reiterada e indistintamente los siguientes requisitos específicamente para acceder al cargo de máximo representante de las EFS:

1. Aptitudes personales
    a) nacionalidad (Antillas Neerlandesas, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela);
    b) ciudadanía (Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Puerto Rico, República Dominicana y Uruguay);
    c) edad mínima;
    d) solvencia económica (póliza de seguridad en Costa Rica y no estar en quiebra en Argentina);
2. Aptitud técnica
    e) título profesional: principalmente en materia de Contabilidad o Auditoría, como en Brasil, Honduras, México y República Dominicana; en Derecho, como en Brasil, Colombia, Chile, Honduras, México y República Dominicana; en Economía, como Brasil, Colombia, Honduras, México; en Finanzas, como Brasil, Colombia, República Dominicana; en Administración Pública, como en Brasil, Honduras y México; simplemente un título de educación superior, como en Ecuador, Nicaragua, Panamá y Perú; o como el caso Español que requiere la elección entre "Censores del Tribunal de Cuentas, Censores del Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles (...)";
    f) un periodo concreto de ejercicio profesional; (Argentina, Brasil, España, Guatemala);
    g) experiencia en el Sector Público (Colombia, Perú);

3. Aptitud moral

   h) moralidad incuestionable (Brasil, El Salvador, Guatemala, Honduras, México);

   i) no presentar antecedentes judiciales (Nicaragua, Perú);

   j) inexistencia de sanciones administrativas y cuentas pendientes de rendir (Ecuador, Guatemala, Nicaragua);

4. Creencias

   k) no ser dirigente político (Perú);

   l) conciencia laica (México).

5. Periodo de mandato en el cargo de titular de la EFS

Un elemento que asegura la consistencia, permanencia en la actividad fiscalizadora superior lo constituye el periodo de mandato de su(s) respectivo(s) titular(es). En este sentido su desempeño funcional se ve reforzado con el establecimiento de un periodo que propicie el alcance de una evolución suficiente en los planes y programas trazados para la conducción institucional, de tal forma que permita seguridad en sus logros, alejando esta permanencia de otros factores exógenos como los político-partidarios.

Con el propósito de apreciar las relaciones existentes entre los periodos de las máximas autoridades de fiscalización y del régimen administrativo, objeto del quehacer fiscalizador, resulta necesario confrontar el mandato del funcionario fiscalizador con el de los sujetos fiscalizados, fundamentalmente.

Evaluando la legislación de los Organismos Superiores de Control de las Américas, España y Portugal encontramos sintéticamente una dicotomía en cuanto a su duración, la misma que se advierte de la siguiente manera: tendencia a la indeterminación temporal del mandato y la tendencia a la determinación temporal del mandato.

La tendencia al mandato indeterminado temporalmente se haya en los ordenamientos de las EFS de Antillas Neerlandesas, Argentina, Brasil, Chile y Nicaragua, cuyos regímenes carecen de un término preciso para la conclusión del mandato de sus máximos representantes, y solo fenece el cargo si se incurre en las causales previstas en la norma. En concreto, el carácter común a estas regulaciones es que dichos cargos no están sujetos de antemano a un periodo previsto para la conclusión del mandato, lo cual les otorga el carácter indeterminado, sin plazo; siendo los únicos factores conducentes a la conclusión del mandato la conducta del propio funcionario, su capacidad para el desempeño del cargo o una edad límite para ejercerlo.

Por ejemplo, en el caso de las Antillas Neerlandesas los titulares de la Contraloría General son retirados solo a solicitud de estos, cuando sean

condenados por Comisión de delito, por declaratoria de quiebra, hayan obtenido suspensión de pagos, cuando hayan sido encarcelados por deudas o sometidos a curatela. En el caso argentino, los miembros del Tribunal de Cuentas de la Nación conservan su condición mientras observen buena conducta y capacidad; en Nicaragua el nombramiento es por término indefinido, operando la remoción solo por culpa grave, dolo o incapacidad permanente. En Brasil, los Ministros del Tribunal de Cuentas de la Unión cesan en sus cargos al cumplir los 70 años de edad.

Tal tendencia busca asegurar a los representantes máximos de la fiscalización administrativa y financiera niveles sustanciales de inamovilidad para su accionar y liberarlos de cualquier sesgo de estrechez a su gestión, aún sacrificando el principio de renovación periódica, característico de toda autoridad del poder constituido.

El segundo esquema del mandato con determinación temporal se tipifica por la inclusión legislativa de un plazo final para la cesación en funciones de la máxima autoridad de la EFS. De tal forma, tanto las autoridades seleccionadas y el cuerpo social, conocen la fecha precisa del término del periodo desde el mismo momento de la asunción del cargo.

Con base a las legislaciones que regulan el funcionamiento de las EFS de las Américas, España y Portugal dentro de esta tendencia, consideramos que el periodo del mandato de sus máximas autoridades oscila entre tres años (El Salvador), diez años (Bolivia y Puerto Rico) hasta quince años (EE.UU.), datos que para encontrar su real trascendencia debemos relacionarlo con el periodo gubernativo de los representantes de los tradicionales Poderes Públicos, especialmente el Administrador; pues solo así podemos entender sus íntimas vinculaciones.

El análisis preliminar de este tipo de nexos permite descubrir tres posibles relaciones:

1. El periodo de mandato de los máximos representantes de la EFS resulta coincidente con el periodo del Gobierno Nacional (GN), tal como es el caso de Ecuador, República Dominicana (cuatro años) y Panamá, Uruguay y Venezuela (cinco años).

   Este supuesto ha merecido críticas en razón a la influencia que el factor político podría ejercer en la elección de los titulares de las EFS por la coincidencia entre el inicio y término de la función fiscalizadora y de la gubernativa. Se considera que la relación expuesta brinda oportunidad para que la intencionalidad político-partidaria influya en la elección de los máximos representantes de las EFS. Aun cuando puede discutirse la validez de dicha posición, como ejercicio teórico, resulta indudable que una opinión definitiva solo podrá adoptarse con vista a la objetiva realidad de cada país.

2. El periodo de mandato de los máximos representantes de la EFS resulta inferior al del periodo del Gobierno Nacional, tal como es el caso de El Salvador (tres años de la EFS y cinco del GN) y Guatemala (cuatro años de la EFS y cinco del GN).

3. El periodo de mandato de los máximos representantes de la EFS es superior al del periodo gubernativo nacional, como acontece en los casos de Bolivia y Puerto Rico (diez años de la EFS y cuatro del GN); Costa Rica (ocho años de la EFS y cuatro años del GN); EE.UU. (quince años de la EFS y cuatro del GN); España (nueve años de la EFS y cuatro del GN); Honduras (cinco años de la EFS y cuatro del GN); México (ocho años de la EFS y seis del GN); y, Perú (siete años de la EFS y cinco del GN).

Por consiguiente, de la revisión legislativa efectuada, concluimos en la existencia predominante de la orientación de consolidar a los máximos personeros de las EFS de las Américas, España y Portugal en sus cargos por periodos prolongados (equivalentes o mayores al periodo gubernativo nacional). Tal tendencia se encuentra respaldada en el necesario principio de la inamovilidad e independencia que fuera recomendado en el Segundo Congreso Mundial de EFS (Bélgica, 1956).

Asimismo la tendencia prevaleciente se delinea por la siguiente dualidad:

1. El establecimiento de un periodo prolongado de mandato que excede el de la finalización del periodo presidencial, en el cual convergen las modalidades de mandato temporalmente indeterminado y el determinado con mayor periodo al del Gobierno Nacional. De esta manera, la EFS bajo un mismo programa puede efectuar el control tanto de la administración gubernativa saliente, sus cuentas y gestión, así como respecto de la administración entrante. Del mismo modo resulta conveniente que la actuación del Titular de la EFS se prolongue más allá de la finalización del periodo presidencial, para que el Poder Legislativo pueda disponer de un órgano conocedor de la administración saliente, con miras al estudio de las cuentas y de su gestión administrativa.

2. La nominación diferenciada temporalmente de los personeros de las EFS y la elección presidencial, para alejar a la primera de las contingencias propias de las elecciones políticas. Así se considera valedero que la nominación del titular de la EFS no debe tener lugar al mismo tiempo que la elección presidencial, para conservar a aquella institución distante de la efervescencia política y de la posibilidad de una relación que pueda interpretar su elección como un aspecto integrante del proceso político que tienen los países en épocas preelectorales.

A fin de completar el perfil ideal de la inamovilidad del titular de la EFS, resulta de capital importancia además, consagrar constitucionalmente los mecanismos de su remoción, a fin que solo pueda ser materializada por el Poder Legislativo o por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. A este

planteamiento, se añade otro, según el cual la separación del cargo debe efectuarse necesariamente con base en causales determinadas en la Constitución del país respectivo.

Conclusiones

1. El análisis comparativo de los ordenamientos jurídicos reguladores de la fiscalización financiero-administrativa ha sido inducida y desarrollada de modo práctico a través de las actividades de armonización llevada a cabo por organizaciones internacionales asociativas de las EFS, cuyos acuerdos y recomendaciones han presupuesto contrastes entre los ordenamientos de sus diversos asociados.

   En esta vía han sido enfocados y aclarados los temas trascendentes para la fiscalización superior: la identificación por el aspecto funcional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (al margen de la estructuración exógena que brindan) y el reconocimiento como problemas comunes a la fiscalización superior de las limitantes presupuestales, los conflictos de competencia con otros organismos de control, los cotidianos intentos de los organismos administradores por establecer zonas exentas de control o por limitarle sus atribuciones inherentes a su función (generalmente las facultades de control preventivo, así como de procesamiento y de juzgamiento de responsabilidades) en razón al común intento del poder constituido por desligarse del control y de este por asegurar la regulación del primero; y el régimen particular para sus funcionarios y servidores. Aspectos que han merecido recomendaciones puntuales para regular de mejor forma a las EFS.

2. La realidad constitucional evidencia la existencia de complejos vínculos de complementariedad entre el binomio "poder-control", derivada de los diferentes desdoblamientos del ejercicio del poder (en verdad, el poder es uno, pero asume diversas particularidades según la función estatal que desarrolle, teniendo los tradicionales: jurisdiccional, legislativo y ejecutivo) y a la carencia de unidad para referirnos a las variables del control. No puede existir poder (entendido como función) sin control, ni control sin funciones específicas.

3. Falta avanzar hacia una concepción integral de la función estatal de control, pues tanto alguna doctrina como las legislaciones tienden a la desconexión y el recíproco desconocimiento de las diversas tres variantes del control institucionalizado de las funciones estatales: el político (control político), el jurídico (control jurídico sobre la función legislativa) y el administrativo-financiero (control administrativo-financiero); lo cual determina adversamente que se entiendan como si fueran diversas sus finalidades, caracteres y alcances, aún cuando pese a la diversidad de medios y de sus organismos titulares, mantienen esencial unidad en la base.

Dicha esencial unidad se trasunta en la común necesidad en: que en toda variante del control exista una relación interpersonal patente en que una persona diferente al actuante se encargue de su verificación (contralor y controlado); que el órgano de control debe ostentar una situación funcional garante de la objetividad en su cometido, tales como la supremacía o jerarquía sobre los sujetos controlados o en niveles de autonomía respecto al resto de organismos; que el accionar de control no se efectúe respecto de determinados organismos per se, sino en la medida de que estos realizan alguna función estatal común (así, por ejemplo, el control financiero-administrativo no se debe contraer a fiscalizar al órgano ejecutivo, sino a los actos de este orden que realice cualquier actor público); y, que el resultado del control integra a la función misma, no debiendo concluir con la simple constatación de los actos del controlado.

4. La realidad de las EFS de las Américas, España y Portugal, requiere que el proceso de constitucionalización iniciado en la región desde antaño y cuya meta primigenia de incorporar la institucionalidad de las EFS en las Cartas Constitucionales ha alcanzado mayoritaria acogida, sea enriquecido con una segunda meta: dotar de igual jerarquía jurídica a las principales características de la función fiscalizadora, como son, su autonomía (en sus diversas manifestaciones), ámbito de fiscalización, atribuciones y potestades esenciales, estatuto de sus titulares; de tal suerte que, el control financiero-administrativo esté sometido, fundamentalmente, a normas de origen propiamente constitucional.

5. La autonomía de las EFS, entendida como aquel estatuto que le permite autogobernarse, tanto en el frente interno como externo, de manera que no mantenga una relación de determinación o condicionamiento con algún otro órgano o autoridad distinto del poder constituido, requiere estar estrechamente vinculado con el proceso de constitucionalización mencionado, por cuanto el poder constituyente resulta ser la única instancia valedera para delinear las características de la fiscalización con objetividad. De otro modo, se dejaría librado el soporte funcional (autonomía funcional) y económico (autonomía económica) así como la regulación del control (autonomía externa) del patrimonio público, a las decisiones de los órganos del poder constituido, quienes de una u otra forma son objeto de control, por lo cual resultarían tener intereses en conflicto con la autonomía y eficiencia en la actitud fiscalizadora.

   El análisis de la normativa de las EFS revisadas muestran significativos avances y logros dirigidos a consagrar la autonomía económica y funcional, esfuerzos que necesitan intensificarse y extenderse al resto de la región.

6. El control administrativo-financiero se ejerce sobre todos cuando gerencien recursos o bienes a cargo del Estado y no sobre determinados entes, según sea su naturaleza jurídica; por lo cual deben estar

comprendidos en la categoría de "controlable" o "fiscalizable" (ámbito de control) los estamentos de la organización estadual, así como a los entes privados que gerencien dichos bienes y recursos. Aunque la experiencia de la región demuestra la común pretensión de sectores de intereses por crear "zonas inmunes" o "carentes de fiscalización" (como, por ejemplo, tratándose de la gerencia de los recursos y bienes de la defensa nacional, de la actividad empresarial del Estado y a cargo de los particulares o tratándose del control sobre el medio ambiente). En principio, el control debe ser integral, sin que ello implique que los instrumentos y criterios para efectuar la fiscalización sean homogéneos para todos.

Para dilucidar los citadas pretensiones, la experiencia demuestra la conveniencia que, de un lado, el ámbito de fiscalización sea prefijado de modo enunciativo en los textos legales de jerarquía; y, del otro, facultar, extendiendo los ejemplos seguidos por España y Costa Rica, a algún organismo de orden constitucional para que con vistos a la normativa, dirima de modo inobjetable aquellos conflictos de competencia que ineludiblemente surgirán respecto a su ámbito de fiscalización.

7. A la luz de los ordenamientos y las experiencias de fiscalización analizados, las razones históricas y de énfasis funcional primigenias causales del diverso diseño entre las EFS de tipo unitario y de tipo colegiado que se mantiene en la región, han ido superándose paulatinamente, de la mano con la forja de la teoría e institucionalización de la función estatal de control administrativo-financiero; fusionándose las funciones inspectivas sobre la ejecución presupuestal con la de juzgamiento de cuentas y de gestiones como objetivos comunes a la fiscalización, aunque inmersos en el accionar de organismos con denominaciones diferentes.

   Si bien una mayoría de ordenamientos regionales acogen el diseño de EFS del tipo unitario (implicantes de las designadas como contralorías generales, las oficinas de auditoría, etc.), ello dista de representar actualmente una priorización de la función inspectiva de la ejecución presupuestas sobre la de juzgamiento de gestiones o cuentas, sino solo muestra el impulso que las ideas norteamericanas para el diseño de la EFS ha proyectado por las Américas.

8. El estatuto de los máximos representantes de las EFS está conformado por: a) Proceso de selección; b) Requisitos para la elección; c) Duración del mandato; y d) Causales de remoción; materias que deben ser esclarecidas en los ordenamientos, teniendo como objetivo crear las condiciones personales necesarias para que sus atribuciones sean desarrolladas con autonomía.

9. La estructuración del proceso de selección de las autoridades representantes de las EFS como pauta liminar básica para propiciar la necesaria autonomía personal de las máximas instancias decisoras de la entidad, ha

seguido en la región tres modelos de selección, todos a cargo de organismos del poder constituido. Tales son: a) la designación emanada directamente del ánimo decisorio de un Órgano del Estado (tradicional poder), sea este el Congreso o el Ejecutivo, y b) a través de designaciones complejas, donde concurren las voluntades coincidentes de dos órganos de Estado, cuya incidencia es mayoritaria en los ordenamientos vigentes.

En todos los casos, preexiste el ánimo que esta designación emane de una decisión debidamente meditada, en cuanto la libertad decisoria de los órganos electores se haya regulada por tener que evidenciar determinadas aptitudes y actitudes en el candidato, del mismo modo que el elegido garantice por sus condiciones personales y que el proceso le permita a este nacer con las condiciones necesarias de autonomía frente a los otros organismos del Estado, aún cuando participen en su designación.

10. La regulación del periodo de mandato de los titulares de las EFS dada en la región tiene como meta específica propiciar el alcance de una evolución suficiente en los planes y programas trazados para la conducción institucional, de tal forma que asegure sus logros y alejando esta permanencia de otros factores exógenos como los político-partidarios.

    Por ello se presentan como tendencias fundamentales en esta materia: a) La consagración de periodos prolongados de mandatos que exceden el de la finalización de un periodo gubernativo, orientación en la cual convergen tanto las legislaciones que establecen mandatos temporalmente indeterminado (sine die) como aquellas que directamente determinan mandatos con mayor periodo al del Gobierno Nacional. De esta manera, la EFS bajo un mismo programa puede efectuar el control tanto de la administración gubernativa saliente así como respecto de la administración entrante y el Congreso –en cumplimiento de su función fiscalizadora– puede auxiliarse con un órgano conocedor de la administración saliente, con miras al estudio de las cuentas y de su gestión administrativa; y, b) La nominación diferenciada temporalmente de los personeros de las EFS y la elección presidencial, alejando a la primera de las contingencias propias de las elecciones gubernativas, esencialmente política-partidarias y de la posibilidad que una relación coetánea pueda interpretar aquella designación como integrante del proceso político.

11. Los ordenamientos revisados muestran la institucionalidad que el control preventivo, previo o a priori –como forma típica de la fiscalización– ha alcanzado, fundamentalmente, entre las competencias de las EFS de América Latina. Su experiencia ha demostrado atendiendo a sus insoslayables bondades, que el asunto fundamental en esta materia no radica en la existencia misma del control previo, sino más bien en el cómo y dónde debe este ser efectuado; puesto que sus debilidades solo nos recomiendan adoptar la cautela necesaria para diseñarlo de tal modo que

asegure a la gerencia administrativa-financiera los niveles de agilidad y fluidez indispensable para la toma y ejecución de sus decisiones.

Para tal efecto, mayoritariamente, las legislaciones de la región han ideado como características: consagrar la categoría del control externo preventivo pero delimitando cautelosamente aquellos actos de la administración que serán posibles de tal control (factor cantidad), y por la especificación de los criterios de valoración y evaluación a ser considerados en el desarrollo de tal función (factor calidad), del mismo modo que dando la posibilidad de ejecución de los proyectos de actuación aún cuando sean observados en vía de control preventivo, siempre que el ejecutor insista en ello y otro organismo lo ratifique.

12. La legislación de la región ratifica como última fase del proceso de fiscalización la obtención de un resultado luego de la evaluación practicada; vale decir, que el resultado forma parte del control mismo, en cuanto que este no se contrae ni limita a la mera actividad de comprobación o de fedatario.

13. La legislación regional ha asumido plenamente que las EFS, para el mejor cumplimiento de su función, necesitan de la fuerza coercitiva para un control externo eficiente del gasto público, puesto que de otro modo se le estaría relegando a un segundo plano, de actuación ineficaz y sin relieve de ninguna clase frente a la administración activa.

14. El proceso de control, cuando detecta incorrecciones y responsabilidades, ingresa a la fase de juzgamiento cuya naturaleza jurídica aún presenta dificultades conceptuales para su delimitación y armonización con otros principios también vigentes como la unidad jurisdiccional.

    Independientemente del distingo de la naturaleza jurídica jurisdiccional, para-jurisdiccional o simplemente administrativa de dichos actos, se encuentra una mayoritaria tendencia en identificar como función de juzgamiento a los actos de las EFS que: a) Poseen una secuencia de fases ordenadas; b) Tienen una tramitación específica diferente a los actos de fiscalización propios; c) A través suyo la EFS ejercen una pretensión de irresponsabilidad pecuniaria o administrativa contra las personas vinculadas al manejo de recursos públicos; d) Concluir con una decisión declaratoria de responsabilidad pecuniaria o no del procesado, así como disponer la aplicación de la sanción correspondiente; denominando a dicho proceso: juicio de cuentas (nombre tradicional vigente, por ejemplo, en España, Portugal, Brasil, Chile, El Salvador, Panamá, Portugal, Guatemala); proceso de determinación de responsabilidades (Perú); juicio administrativo de responsabilidad (Argentina); sumario administrativo (Chile); procedimiento de resolución de glosas (Ecuador); las averiguaciones administrativas y el procedimiento de reparos (Venezuela).

Bibliografía

ARAGÓN REYES, Manuel. "El control parlamentario como control político". En: *Homenaje a Héctor Fix Zamudio. Derecho Constitucional*. UNAM, México, 1990; ARISTÓTELES. *La Política*. Universo. Lima; AYASTA GONZALEZ, Julio. *El Derecho Comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*. RJP. Lima, 1991; BRYCE, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Española, Madrid, 1952; CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Derecho Comparado*. Tomo I, Madrid 1981; ESCOBEDO, Ronald. *Control fiscal en el Virreinato peruano. El Tribunal de Cuentas*. Alhambra, España, 1986; ETCHANDY, Walter. "El Tribunal de Cuentas de la República Oriental del Uruguay". En: *La Contraloría General de la República 1927-1957*. 50 años de vida institucional. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho-Universidad de Chile, 1977; FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, Servando. *El control externo de la actividad financiera de la Administración Pública*. Nº 39, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977; FONSECA, Oswaldo; BERAMENDI, Gustavo; CUYA, Jorge; MORÓN, Juan Carlos. "La fiscalización superior en América Latina". En: *Revista Horizontes.* Edición Extraordinaria, Lima, 1990; GALEOTTI, Serio. *Introduzzione alla Teoría del Controlli Costituzionali*. Giuffre-Milán, 1963; GAMA BARROS. *La Curia portuguesa.* Madrid, 1929; INSTITUTO LATINOAMERICANO EN CIENCIAS FISCALIZADORAS. *Compendio de legislación de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de América Latina y del Caribe*. II Tomos, Lima, 1990; LAZO GARCÍA, Carlos. "Antecedentes históricos del Tribunal Mayor y Audiencia Real de Cuentas del Virreinato del Perú". En: *Revista Horizontes.* Nº 08, setiembre-diciembre, Lima, 1986; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Segunda edición, Colección Demos, Ariel, Barcelona, 1976; LOITSBERGER, E. *Criterios de control*. Berlín, 1974; MENDIZÁBAL ALLENDE, R. "El Tribunal Mayor de Cuentas". En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* España, 1969; OLIVARES M., Gustavo y VILLEGAS DEL S., Gustavo. "El poder contralor". Revista: *Themis*, Nº 13, Lima; OLLERO, Carlos. *El Derecho Constitucional de post-guerra" (Apuntes para su estudio)*. Librería Bosch, Barcelona, 1949; SCHWATZ, B. y WADE, H.W.R. *Legal control of Government (Administrative Law in Britain and the United States)*. Clarendon Press Oxford, Oxford University Press, 1972; SILVA CIMMA, Enrique. *Control público*. 2 tomos, Caracas, 1976; TRIBUNAL DE CUENTAS. *Documentación comunitaria y legislación estatal y autonómica*. Civitas, Madrid, 1988.

CAPÍTULO II

La auditoría jurídica. El control de legalidad de la gestión pública confiado a las entidades fiscalizadoras superiores

La auditoría jurídica. El control de legalidad de la gestión pública confiado a las entidades fiscalizadoras superiores

"Lejos de ver entre el Derecho y el *management* una relación antinómica, creemos firmemente que el mutuo reconocimiento, entre ambos, es la condición (obviamente no suficiente) de la transformación cualitativa y sostenible de nuestras administraciones públicas. Es un grave error la actitud de menosprecio y marginación del Derecho manifiesta en tanto 'modernizadores administrativos' que viven una grave confusión intelectual: habiendo aprendido que 'no se cambia la administración por decreto' creen que es posible cambiarla al margen del derecho". (Joan Prats i Catalá, en *Derecho y management en las administraciones públicas. Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas)*".

I. Introducción

El jurista Manuel Aragón, afirma con justicia que el control es un elemento clave inescindible de la concepción moderna de constitucionalismo del Estado democrático y social(1), donde se aprecie la noción de Constitución bien equilibrada. Ciertamente no nos resulta concebible un real constitucionalismo si no descansa en la existencia y efectividad de los controles, a través de una compleja división y limitación del poder, con la misión de afirmar un régimen pluralista y efectivo. Dentro de esta amplia familia de controles, tenemos como los más característicos, a los controles: jurídico, político, social y financiero; jurisdiccional, parlamentario y administrativo, entre otros.

El presente ensayo tiene por finalidad proponer una nueva perspectiva de cómo las Entidades Fiscalizadoras Superiores pueden ejercer su tarea de control del entorno legal (control jurídico) que le ha sido confiada desde sus inicios. Consideramos la necesidad de explorar una nueva perspectiva, por dos finalidades fundamentales: para adecuar el control de legalidad a un

(1) ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder*, p. 38.

contexto contemporáneo caracterizado por una gerencia pública en adaptación constante hacia el nuevo desafío que le importa la relación inversa entre la demanda social insatisfecha y la constante escasez de recursos, y, por otro lado, para que la pervivencia de la evaluación de legalidad constituya un factor proactivo sin retraer a la administración hacia el apego formal a las normas poco eficaces, económicas o eficientes.

Tenemos actualmente un entorno administrativo cuyo factor de legitimación frente a la sociedad gradualmente se ha desplazado del mero origen democrático –tesis de la validez– hacia la necesidad de cumplir cierto nivel mínimo de eficacia en los cometidos públicos.

Dentro de este contexto, las estructuras administrativas y su propia relación con la sociedad civil vienen siendo revisadas y actualizadas para alcanzar éxitos en áreas temáticas como las siguientes: hacer más productivo el gasto público, articular mejor la organización estatal a todo nivel, estimular la creatividad organizacional, desenvolver capacidades para gerenciar complejidades, reconstruir su sistema de información, establecer y emplear mecanismos de autoevaluación, lograr una administración comprometida con los objetivos de la democracia contemporánea (valores, apertura a la participación ciudadana, transparencia, cultura democrática institucional para enfrentar la corrupción administrativa, etc.).

Para afrontar estos nuevos retos de acción, la gerencia pública cada día más se ve en la necesidad de emplear estrategias de gestión ad hoc, tales como: la supresión de procedimientos o trámites que no importen valor agregado a la secuencia, eliminar paradigmas formalistas, aunar la acción administrativa a cometidos institucionales específicos, en suma, desatender aspectos inherentes a la validez formal para concentrarse a la obtención de resultados.

Como puede apreciarse, el control posterior y su principal método de acción (la auditoría) no pueden estar al margen de estas revisiones, particularmente para analizar su metodología de trabajo, enfoques y objetivos.

En el tema que nos ocupa, por su valor insustituible para asegurar la indispensable sujeción de las actuaciones gubernativas al principio de subordinación positiva de la Administración a la Ley, la auditoría de legalidad ha sido la principal tarea encomendada a las EFS desde su creación.

Quizá la forma tradicional como ha sido ejercido durante mucho tiempo el control de legalidad por nuestras EFS nos permite identificar con mayor facilidad la necesidad de revisar su enfoque. ¿Quién de nosotros no ha escuchado a algún auditor que frente a la pregunta del auditado acerca del porqué de la formulación de una observación de legalidad, escudarse en el argumento de que "la ley así lo dice", sin argumentar acerca de las bondades para la gestión de lo dispuesto por la norma, o sobre la importancia o trascendencia

de aquella exigencia legal. Más grave es el caso del auditor que pretende satisfacerse de la legalidad de cualquier actividad administrativa exclusivamente analizando la regularidad del procedimiento seguido para su generación, sin apreciar otros aspectos de fondo.

Pero también este ejercicio tradicional e insuficientemente reflexivo del control jurídico ha propiciado algunos defectos crónicos en la auditoría gubernamental, como aquel de considerar válido recomendar al final del proceso el cumplimiento de una determinada normativa inobservada, como si ello no debiera darse por supuesta en virtud del propio carácter imperativo del sistema jurídico.

La mayoría de las veces estos ejemplos esconden una sola actitud del auditor: una búsqueda del mero cumplimiento de la norma según las propias interpretaciones del auditor o el apego a la regularidad, pero desvinculada de cualquier apreciación de la misión, objetivos o metas de las entidades.

En suma, este ensayo sintetiza algunas reflexiones y consideraciones de cómo pensamos que la auditoría de legalidad puede ser reorientada para alcanzar una actitud proactiva y contributiva para la gestión pública; dejando de lado errores y esquemas frecuentes que la han caracterizado como factor entrampador, conservador y adverso a un contexto evolutivo, además de poco apropiado para sistemas jurídico-administrativos inconexos o en forma de archipiélago.

II. El control de legalidad como actividad tradicional de las EFS

Con total acierto, la Declaración de Lima aprobada por la VI Asamblea General de la Incosai(2), calificó al control de legalidad como la tarea más tradicional de las EFS, reconociendo con ello que desde los orígenes mismos de las entidades a cargo de la fiscalización administrativo-financiera (cualquiera sea la vertiente existente: anglosajona, escandinava o europea continental) fue considerada a la ley positiva como el primigenio criterio valorativo para medir la actuación gubernativa.

En ese momento inicial de la evolución del control gubernamental, el mayor fundamento del control de legalidad reposaba en el principio de juridicidad sobre el cual fue estatuido el Estado moderno, lo cual –a la vez– consagraba al control gubernamental como garantía para que el poder constituido obedezca la normativa jurídica en materia hacendaria. Solo con posterioridad han aparecido otras posibilidades valorativas de los actos gubernativos, como

(2) "La Declaración de Lima sobre las líneas básicas de la fiscalización", fue aprobada por la IX Incosai realizado en Perú, en 1977. El texto que se utiliza en este ensayo es la versión multilingüe impresa para el XII Incosai en 1998.

son el mérito, la conveniencia, los resultados, eficiencia, etc. cuyo espacio, instrumentos y grado de aceptabilidad legislativa, aún se debaten en medios académicos[3].

Precisamente la legalidad pervive, no obstante las arremetidas a favor de otros criterios de medición, por cuanto conserva como principal factor favorable, su carácter objetivado; esto es, el ser un factor preexistente, de origen externo –tanto respecto del ente controlante como del controlado–; por gozar de una presunción de validez, que lo hacen poco discutible como criterio de evaluación; y por el que en todo caso, una vez asumido, su resultado es susceptible de someterse a la verificación necesaria y sustentación objetiva[4][5].

Dentro de este marco contextual, podemos definir al control de legalidad como aquel "que busca y persigue que los actos de la Administración controlada se ajusten a las disposiciones de la ley, o si se quiere en términos más amplios y tal vez más precisos, de las normas jurídicas que regulan la marcha de la Administración, sean estas normas la Constitución, las leyes y aun los reglamentos"[6].

Así entendido, podemos caracterizar a este control, a través de sus siguientes notas inherentes a su naturaleza: ser un control intraadministrativo, la oficialidad en su impulso, permanencia de su actuación, objetividad de análisis, su rol de control concreto y de resultado necesario.

Es un control intraadministrativo en la medida que se inicia, ejecuta, concluye y sus efectos recaen sobre objetos que se encuentran dentro del quehacer de la propia Administración; a diferencia de los controles que se

(3) El elemento "criterio" en las observaciones ha sido tradicionalmente asimilado a la existencia de una norma jurídica necesariamente, sin embargo, esta es solo una de sus principales manifestaciones. En puridad, criterio es toda norma o estándar técnico-profesional que permite al auditor tener la convicción de que es necesario superar una determinada situación a fin de mejorar la gestión; en tal sentido, pueden desempeñar tal rol: las normas técnicas, las opiniones de expertos, indicadores de gestión, índices de desempeño de años anteriores, o de entidades comparables, pautas de control interno, recomendaciones de auditorías anteriores o criterios de probidad administrativa.

(4) Precisamente todas las alternativas de criterios para desarrollar la labor de control, conllevan como factor deficitario la carencia de carácter objetivo, factor que le reviste de su carácter técnico, pues al carecerse de referentes concretos, universalmente aceptables y mensurables objetivamente siempre será susceptible de cuestionamiento o debate por ingresar o dejarnos al borde de juzgar oportunidades, modelos u opciones políticas. Para ampliación puede leerse con provecho SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Ante la reforma de las funciones del Tribunal de Cuentas". En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 31, 1981, p. 639.

(5) Un factor limitativo de la eficacia de los mecanismos de control gubernamental es tener una indefinición sobre los criterios a seguir para medir la gestión administrativa y financiera. Precisamente este factor le caracteriza por la superposición de múltiples procedimientos y criterios orientados al mismo objetivo, con pretendida autosuficiencia y, a veces, con posturas excluyentes, que son ejecutadas simultáneamente. De hecho, sucede con frecuencia que frente a cualquier acción administrativa o financiera confluyen actitudes de control dirigidas a medir su legalidad, su eficacia, su economía, o su regularidad contable, lo cual configura un escenario propicio para que exista una proporción inversa entre la cantidad de unidades de control y la calidad de protección suministrada en pro de una gestión pública adecuada y proba.

(6) SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público*, p. 46.

caracterizan por provenir desde fuera de la Administración activa (control jurisdiccional, social o político). Se trata de un control sujeto al principio de oficialidad, por cuanto es iniciado por la decisión propia del órgano controlante, quien es el que decide qué controla, cuándo controla y bajo qué criterios controla; sin que para realizar su labor tenga que sujetarse al planteamiento de acciones previas o reclamos de sujetos legitimados para el efecto (como sucede, por ejemplo, con el control jurisdiccional sobre la Administración). Como bien afirma Iturriaga, "naturalmente esta labor fiscalizadora no puede pretender ser llevada a cabo como una revisión absoluta y total de la generalidad de los actos administrativos, tanto desde un punto de vista jurídico-administrativo formal como desde la inmensidad de contenidos materiales posibles, los que supondría una pretensión omnicomprensiva inalcanzable"(7). Esta diferencia hace surgir en el control intraadministrativo un necesario "juicio de relevancia", por medio del cual el sistema debe analizar técnica y anticipadamente el modo, la manera y la estrategia para abordarlo desde su inicio a fin de centrarse en aspectos "importantes" y evitar orientarse a otros poco trascendentes. Por su lado, en el control administrativo a iniciativa de parte es innecesario este juicio de relevancia por cuanto es sustituido por el interés del legitimado para solicitar el control, por el que se reputa de por sí trascendente todo aquel proceso de control promovido en la debida forma por los sujetos facultados.

Desde otro punto de vista, es un control permanente por cuanto su actuación se produce de modo continuado y sistemático, a todo nivel, y potencialmente sobre todos los actos sometidos a su ámbito de actuación; a diferencia –por ejemplo– del control jurisdiccional por excepción, ya que se constriñe exclusivamente a aquellos actos para los cuales se solicita su actuación. A su vez, se trata de un control objetivo ya que quien lo ejerce se limita a ser un órgano verificador de las limitaciones preexistentes según criterios indisponibles para él mismo. Por su parte, en su versión posterior, el control de legalidad se caracteriza por ser un control jurídico concreto (dada su aplicación solo a partir de casos reales), ya que mediante él, la EFS enjuicia hechos y actos específicos según las normas jurídico-positivas que lo disciplinan y, por lo tanto, no actúa como un control abstracto que mide a las normas mismas siguiendo los criterios jurídicos que puedan existir para valorarla, como acontece, por ejemplo, cuando se trata de la labor de control jurisdiccional sobre la Administración.

Finalmente, estamos frente a un caso de control de resultado necesario, a diferencia del control político, por cuanto obligatoriamente su inicio conlleva la emisión de un juicio o resultado cuando se aprecia contradicción –irresoluble en la vía interpretativa– entre el acto analizado y el parámetro empleado.

(7) ITURRIAGA NIEVA, Rafael. *La auditoría de legalidad*, p. 37.

En suma, se trata de una de las modalidades que adopta el control jurídico para limitar el accionar del poder público. Para calificar como control jurídico a la labor de estas EFS nos resulta poco relevante que para verificar la corrección de una acción administrativa financiera se recurra al empleo de técnicas presupuestarias o contables, ya que esta operación material conforma el propio control de legalidad, como parte del proceso de identificación del supuesto de hecho previsto por el sistema jurídico para analizar su congruencia con el caso real materia del control(8).

Una primera aproximación al fenómeno del control jurídico a cargo de las EFS nos conduce a diferenciar el control de legalidad a priori del control de la legalidad *ex post*, tomando como factor distintivo: el momento en el cual el control actúa respecto del acto controlado. Entre ambas, el control de legalidad posterior es aquel que ha tenido mayor desarrollo doctrinario y práctico en la región, a la vez que ha sido influido por el desarrollo de la auditoría como técnica analítica, de tal suerte que autores y legislaciones suelen referirse a él también como "auditoría de legalidad".

Por otro lado, la evolución regional del control de legalidad atribuido a las EFS lo ha conducido a diversos tratamientos que podemos sintetizar en tres niveles, del modo siguiente:

1. Regímenes en los que el control de legalidad de las EFS constituye una atribución de fiscalización sobre la Administración en grado absoluto, esto es, que es apto para comprender a todos los actos de la Administración controlada.

   En estos casos podemos extraer como rasgo común que la tarea de abordar el control de legalidad por parte de estas EFS, configura una perentoriedad máxima, puesto que somete potencialmente a su comprensión y evaluación cuanto acto de la Administración Pública haya sido emitido, reforzando con ello su rol garantista del deber de subordinación al ordenamiento jurídico de la Administración. Ello, obviamente no excluye que el ordenamiento contemple otros factores de medición de la gestión pública, al lado de la legalidad. Entre los Estados que pertenecen

(8) "(...) Por ello, está destinado a verificar si el supuesto de hecho sometido a análisis coincide con el previsto en la norma que resulta de aplicación, de manera que sea posible extraer de tal supuesto de hecho las debidas consecuencias jurídicas". BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Parlamento, presupuesto y tribunal de cuentas*, p. 27.

a este grupo podemos mencionar a: los modelos de EFS de Chile[9], Colombia[10], Argentina[11], Perú[12], principalmente.

2. Regímenes en los que el control de legalidad de las EFS constituye una atribución de fiscalización acotada a determinados actos, esto es que su ejercicio queda circunscrito a algunas decisiones públicas en razón de la materia, entre los que son incluidos preferentemente los actos de Administración Financiera, los relativos a la gerencia de caudales, fondos o bienes de la Administración Pública.

Este último caso, es particularmente el español[13], donde por su ámbito de competencias, el control de legalidad viene delimitado exclusivamente a la actividad económica y financiera del Sector Público, entendida como el conjunto de los actos de administración dirigidos a la gestión del patrimonio público, a la obtención de ingresos, a la realización de gastos por parte de los entes públicos y al adecuado reflejo contable de todas esas operaciones. Por ello manifiesta Ordoqui, que:

> "[N]o toda actividad administrativa está sujeta a la fiscalización y control de los OCEX sino tan solo aquella que se refiere a la actividad hacendística de los entes públicos y, en consecuencia, el control de legalidad que realizan los Órganos de Control Externo ha de ceñirse también a estas materias", y concluye señalando que "(...) en definitiva, el ámbito de control de los OCEX no es extensible a toda actividad administrativa de las entidades públicas, sino que debe recaer sobre su actividad hacendística

(9) En el caso chileno, desde la propia Carta Constitucional se expresa: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República, ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración (...)" (art. 87).

(10) La Ley 42/93 "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", establece al respecto, que "para el ejercicio del control fiscal, se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes" (art. 9); y específicamente define al control de legalidad como "la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables" (art. 11).

(11) La Constitución argentina indica que la Auditoría General de la Nación "(...) tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y de auditoría de toda la actividad de la Administración Pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuere su modalidad de organización"; universo que es reforzado en la ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, al afirmar que: "Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros" y que una de sus principales funciones es la de "[r]ealizar auditoría financieras, de legalidad, de gestión, y examen especial de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control" (art. 118).

(12) La Constitución peruana indica que es función de la Contraloría General supervisar "la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control" (art. 82); aspecto que es corroborado cuando en la ley de desarrollo se define al Control de legalidad como "la revisión y comprobación de la aplicación de las normas legales, reglamentarias y estatutarias y su evaluación desde el punto de vista jurídico". (Primera Disposición Final del Decreto Ley N° 26162, Ley del Sistema Nacional de Control).

(13) La Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas afirma que "[l]a función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas tiene carácter externo, permanente y consultivo y se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiero del Sector Público a los principios de legalidad, eficacia y economía en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos" (art. 27).

y, en consecuencia, el control de legalidad que les corresponde dentro del ejercicio de sus funciones fiscalizadoras debe referirse también al marco legal regulador de esa actividad"(14).

3. Regímenes en que las potestades de pronunciamiento del control de legalidad las EFS se diseñan de modo implícito, sin considerar como factor preponderante la opinión sobre la legalidad de la actuación, aun cuando el criterio jurídico aparezca continuo y espontáneamente durante su ejercicio.

En este caso singular hemos calificado al ordenamiento boliviano, que al plantear las características funcionales de la auditoría externa la califican como una actividad "independiente e imparcial" y que "en cualquier momento podrá examinar las operaciones o actividades ya realizadas por la entidad, a fin de calificar: la eficacia de los sistemas de administración y control interno, opinar sobre la confiabilidad de los registros contables y operativos, dictaminar sobre la razonabilidad de los estados financieros, y evaluar los resultados de eficacia y economía de las operaciones" (art. 16 de la Ley de Administración y Control Gubernamentales).

De tal modo, se orienta a que el análisis del encuadre legal de determinada actuación del poder público, bajo esta modalidad ocupe un rol de simple insumo o medio para la medición de los niveles de eficacia y de la economía de las operaciones, por lo que se ubica a la legalidad en un contexto de servicio al control económico-financiero, sin que quien ejerce el control se encuentre en aptitud para calificar exclusivamente la juridicidad de los actos administrativos.

Precisamente este último nivel asignado al control de la legalidad ejemplifica un sentimiento de reacción frente al modo como se ha venido ejerciendo o se le ha venido percibiendo por parte de diversos operadores gubernamentales y sectores doctrinales.

Con acierto, el jurista chileno Pantoja Bauza, desde su perspectiva nacional pero en una opinión aplicable a cualquier realidad americana, realiza un serio enjuiciamiento del cómo se ha ejercido el control de legalidad tradicionalmente por las EFS, presentándole como un factor negativo, entrampador, antievolutivo y preponderante para el mantenimiento del legalismo administrativo:

> "[L]a idea de la legalidad como fuente de legitimidad y como única vía de ofrecer estabilidad y permanencia a los sectores regulados por la autoridad, llevó al recargo del ordenamiento jurídico, dando origen al legalismo"(15).

(14) ORDOQUI URDACI. *El alcance de las funciones fiscalizadoras y del control de legalidad de los OCEX*, p. 66.

(15) PANTOJA BAUZA, Rolando. *El Derecho Administrativo, clasicismo y modernidad*, p. 208.

"[S]in duda, esta orientación que la Contraloría General dio a sus funciones de control externo prestó un gran servicio al país, ya que afianzó las conocidas bases de probidad y fiel desempeño funcionario que caracterizaba al país, pero, para los efectos que aquí interesan, en el reemplazo de la voluntad funcionaria por la voluntad legal, hiperdesarrolló la importancia de la visión normativa al interior de la Administración Pública, transformándola en el núcleo de la acción fiscalizadora (...)"(16).

"[N]adie puede discutir seriamente la importancia que asume dentro de la organización institucional del país el respeto al ordenamiento jurídico por parte de las autoridades del Estado-administración, en cuanto a las facultades de que son depositarias no responden al ejercicio de un poder individual sino de una potestad institucional objetivada en las normas que rigen su actuar.

Pero con igual o mayor convicción, pocas personas podrán aceptar también un crecimiento desmesurado de la normativa reguladora de la Administración, sea por la vía de la proliferación normativa o de la interpretación administrativa, con las consiguientes dificultades de acceso a su conocimiento, y con el peligro real, ya demostrado, de que ese elemento proposicional se transforme en un peso aplastante para la autoridad, o que la sobredimensión de las exigencias formales alcance tal tamaño que las obligue a preocuparse más de lo legal que del actuar, de la justificación antes que de la acción, del estudio de la regularidad de los medios antes que del logro de los fines que deberían alcanzar en beneficio del país"(17).

En fin, sintetiza nuestro autor este cuestionamiento, compartido por muchos, al control de legalidad, ejercido bajo un informe tradicional, con la siguiente afirmación:

"[A]quellos postulados en que la capacidad funcionaria se medía por la estricta observancia de la Constitución y de la ley, a las formas jurídicas, no importando lo que se hace, sino cómo se hace; aquella óptica que incubó la burocracia y consagró el lema de quien nada hace nada teme. Si se cumple con el horario de trabajo, se es buen funcionario, aunque no se trabaje. Si se observa el ítem presupuestario, se es honesto, aunque el gasto no se justifique"(18).

Es obvio reconocer que cuando los organismos de control llevaban a cabo sin reflexión suficiente su control de legalidad, tendían a sustentar sus verificaciones en el mero cumplimiento de las normas existentes (las cuales, por lo general, adolecían de carencias importantes) sin tener demasiado en cuenta la

(16) Ibídem, p. 210.
(17) Ibídem, pp. 215-216.
(18) Ibídem, pp. 216-217.

calidad sustancial de la gestión. Les era difícil reparar a quien había cumplido las normas aplicables aun cuando no hubiera alcanzado resultados favorables en su gestión o estos fueran desfavorables o contrarios al interés general.

III. Actuación pública y juridicidad: una visión contemporánea

No cabe duda que, actualmente transitamos en el ámbito internacional por un replanteamiento de la noción de Administración Pública que está siendo presidida por las ideas de calidad, eficiencia y de resultados. En función de esta visión, la validación de cualquier sistema de administración, entendido en sentido micro o macroadministrativo, se percibe como una cuestión de calidad en el logro de las metas proyectadas. Podríamos decir sin temor a equivocarnos que en cuanto a la Administración Pública se refiere estamos dejando la etapa contemplativa de consolidar formas democráticas para ingresar a la fase de exigencia de viabilidad democrática, sobre la base de sus resultados obtenidos.

La gobernabilidad, entendida internacionalmente como la capacidad para el ejercicio de la autoridad, administración y control, referida a la gerencia de los recursos sociales y económicos de un país en aras de su desarrollo, ha pasado a ser un indicador importante para conocer el grado de avance de las organizaciones y la solidez de la gestión para el desarrollo.

Pero este traslado de intereses públicos no solo involucra a la gestión sino también –y ahí nuestro interés– a las actividades de control y de juridicidad.

Los instrumentos, metodología, conceptos, enfoques, objetivos de las acciones de control deben responder también a esta nueva orientación, preocupándonos por convertirlos en elementos facilitadores y no obstructivos, en factores que propicien el equilibrio y no el desbalance con la Administración activa, constituirlas en agentes propulsores de mejoras y no en causa de dubitaciones para diseñar, formular e implantar sanas prácticas gerenciales y, en general, para decidir las funciones de gobierno.

Elemento facilitador Factor de equilibrio Factor propulsor de mejoras	Elemento obstructivo Factor de desbalance Factor de dubitaciones
CONTROL PROACTIVO	**CONTROL SIN VISIÓN**

Sobre este proceso evolutivo que sigue, el control, nos dice el reconocido especialista y consejero del Tribunal de Cuentas de España, Ramón Muñoz Álvarez que:

"Nunca como hoy se han reconocido los defectos de una administración burocratizada, de un control que pone demasiado énfasis en la letra de la ley y en el detalle de los procedimientos" de "un control diseñado para que (...) el gestor evite errores y no cometa fraudes y además adopte decisiones sin pensar demasiado ni asumir responsabilidades (...) en lugar de crear condiciones favorables al compromiso y a la responsabilidad"(19).

Sobre este móvil contexto es que debemos analizar contemporáneamente la relación entre control fiscal y la legalidad administrativa, en la perspectiva de identificar cuál es la importancia del aspecto normativo para la gestión gubernamental y para el control.

De común, podemos afirmar que el ordenamiento legal mantiene con la gestión gubernativa un doble rol: es su fundamento de validez pero a la vez, la legalidad es un instrumento de gobierno.

1. En un primer momento, la legalidad sirve de fundamento para la validez de la gestión gubernativa, pues como su cause ordenador le da conformidad a aquellas decisiones efectuadas a su amparo y priva de legitimidad a aquellas que se excedan de la órbita autorizada (desautorizando desvíos de poder, abusos de autoridad, afectaciones irregulares, etc.).

El principio de sujeción de la Administración a la legislación, denominado propiamente como "vinculación positiva de la Administración a la Ley", exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo desde este, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario. De tal modo, todas las actividades de una autoridad administrativa deben ceñirse a reglas preestablecidas que les permitan fundamento, no bastando una simple relación de ausencia de contradicción con la normativa.

De ahí tenemos, que la relación que vincula a la Administración con la ley es más estricta, y acaso contrapuesta a la relación que se establece entre la ley y el comportamiento de los particulares, donde rige la pauta que "se puede hacer todo lo que no está prohibido expresamente".

Si en el Derecho Privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el Derecho Público la relación es precisamente a la inversa; ya que en resguardo a la libertad y derechos ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho un ámbito y un fin predeterminado. Más bien, sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Como se puede apreciar, las competencias públicas mantienen una situación precisamente adversa ya que debiendo su creación y subsistencia a

(19) MUÑOZ ÁLVAREZ, Ramón. "La importancia de la terminología". En: *Revista de Control Fiscal*. N° 131. Contraloría General de la República. Caracas, 1996.

la ley, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado.

Con acierto el jurista argentino José Roberto Dromi señala que mientras en:

> "[L]a actividad privada se puede hacer todo lo que no está prohibido, en la actividad administrativa solo se puede hacer lo que está permitido. En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción. Se exige, además, una relación de subordinación. O sea, que para la legitimidad de una acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento".

Sin embargo, servir la ley como fundamento de validez a la actividad gubernativa no implica que gobernar sea permanentemente el mero cumplimiento de las normas y reglas jurídicas y que deje de ser una gestión de recursos y objetivos. Como bien expresa Joan Prats, la nueva concepción de gestión gubernativa:

> "[H]a abandonado el concepto y la técnica de la planificación normativa y la rígida separación entre planificación y ejecución que de ella se derivaba, anticipando así el camino que actualmente comienza a recorrer el Derecho Administrativo al revisar la teoría tradicional de la programación de la Administración por la ley y abandonar el correspondiente concepto de la administración como ejecución normativa para sustituirlo por la idea básica de disposición de recursos (humanos, financieros, tecnológicos) para fines, en marcos normativos determinados y en entornos diversos, pero cada vez más cambiantes y complejos. La Ley ya no solo es norma abstracta y general que contiene en sí la ratio de toda futura decisión administrativa sino que es también apoderamiento a cada particular Administración de un ámbito de decisión propio y autónomo, aunque racionalmente diferente en cada caso, por la propia contingencia antes aludida de la nueva racionalidad organizativa"[(20)].

Indudablemente hoy en día, no resiste mayor análisis la hipótesis implícita en todo el Derecho Administrativo tradicional, de la predeterminación de la administración por la ley.

En efecto, la actuación gubernativa actual no puede analizarse exclusivamente bajo el criterio que sus decisiones solo actualizan, mediante la aplicación *secundum legem* de las alternativas decididas por anticipado por el legislador. La riqueza de las posibilidades y retos de la acción gubernativa hacen necesario un nuevo enfoque[(21)].

(20) Ibídem, p. 107.

(21) Adviértase que esta idea de la predeterminación normativa como base de la ejecución administrativa, derivaba necesariamente en una noción simplista del control de legalidad, puesto que siendo la decisión ejecutiva solo una afirmación *secundum legem* del programa ya previsto por el legislador; obviamente la tarea de su control, consistiría nada más que en reconstruir mentalmente

En el fondo de este debate se encuentra el margen de discrecionalidad con que deben contar la gerencia pública para adaptarse a la variable realidad que requiere transformar. Si bien la vinculación positiva del administrador a la ley, otorga seguridad; también produce limitación a la discrecionalidad que precisamente conlleva flexibilidad, eficiencia, y adaptabilidad(22).

Con mayor precisión, apreciaremos esta situación, cuando argumentando la necesaria regulación de la actividad administrativa, se ha caído frecuentemente en la sobrerregulación de la actividad, en la dispersión normativa, o normando la conducta de los agentes públicos desde una visión procesal (plazos, documentación o formalidades) y no desde los fines, metas, objetivos o resultados que se buscan obtener.

2. Una segunda relación, no menos importante entre el sistema jurídico y la gestión gubernativa, es que la normativa también sirve de instrumento de gobierno a través de los cuales sus programas políticos y aspiraciones de voluntad cobran exigencia general, impersonal e imperativa para toda la colectividad.

Por ello, es que la normativa administrativa muestra una dinámica propia, distinta de los demás ordenamientos jurídicos, lo cual proyecta sobre las actividades de fiscalización una permanente vocación hacia el cambio razonado, la sustitución y, acaso, el decaimiento de las disposiciones administrativas, que no se condicen con la normal técnica legislativa seguida en otros ordenamientos. Actuar, sin advertir esta característica, hacen que la fiscalización proyecte una visión retrospectiva de la realidad y no proactiva.

Conforme establecen las Normas de Auditoría Gubernamental peruanas (3.20) la evaluación del cumplimiento de las normas es importante debido a que:

> "[L]os organismos, programas, servicios, actividades y funciones gubernamentales ejecutores del Presupuesto Público, se crean generalmente por norma expresa y sus competencias, presupuestos, limitaciones están sujetas a disposiciones legales y reglamentarias de un modo más específico que las que rigen en el Sector Privado. Dicha normativa establece, entre otros aspectos, qué debe hacerse, quién debe hacerlo, las metas y objetivos por alcanzar, la población que se va a beneficiar, cuánto y en qué deberá gastarse".

Basta con reconocer que la actividad pública está sujeta a las normas jurídicas y, a los valores que ellas explícita o implícitamente proponen, para

---

el decurso seguido por el gerente, con apoyo de la técnica jurídica adecuada, para determinar su grado de sujeción a ella.

(22) Cabe anotar que existe una doble consideración de la discrecionalidad: Aquella de incidencia negativa, cuando por estar aunada al monopolio decisional y a la carencia de transparencia, suele ser oportunidad propicia para la corrupción; y la positiva, que permite resultados benéficos, cuando a ella se apareja: transparencia, cotejo de pareceres, respeto a los derechos de los administrados, entre otros factores.

afirmar que los aspectos jurídicos siempre serán elementos ineludibles entre los criterios objetivos a tener en cuenta por las EFS.

IV. El Derecho y la auditoría: visión del control de legalidad como control de cumplimiento

Las diversas tareas que comprenden el control gubernamental requieren del apoyo del sistema jurídico, que de ordinario se materializa a través de sus servicios legales propios en cada uno de los siguientes aspectos:

1. Para desarrollar la cobertura normativa suficiente para el desenvolvimiento de sus competencias y delimitar el alcance de su posibilidad de acción.
2. Para realizar el análisis legal necesario para cada auditoría (durante el proceso de la auditoría, pero con particular énfasis en su planeamiento y en la determinación y selección de los criterios necesarios para generar las observaciones durante la ejecución del trabajo de campo).
3. Para el análisis, identificación, sindicación, exigencia y/o ejecución de las responsabilidades funcionales, cuando la EFS tiene atribuidas una o más de dichas funciones.
4. Para el asesoramiento legal necesario para la toma de decisiones institucionales.
5. Para la generación de la normativa de control, incluso técnica.
6. Para realizar el seguimiento cotidiano a la normativa del entorno del ámbito de control y realizar el diagnóstico de su grado de incidencia sobre sus tareas.
7. Para el seguimiento al cumplimiento de las medidas correctivas en materia de responsabilidad.
8. Para realizar la evaluación del funcionamiento de las unidades del Sector Público, que tengan preponderancia de acción jurídica.
9. Para la defensa de los servidores a cargo del control gubernamental, que fueren sujetos de proceso por actos propios del correcto ejercicio de sus funciones.

En sentido propio, toda auditoría gubernamental, sea financiera, de obra o de programas, comprende necesariamente –aunque en diversos grados– una verificación de la observancia de las disposiciones legales, por lo cual el control de la legalidad constituye normalmente uno de los objetivos específicos en las actividades de control financiero u operacionales que se practican a las dependencias y entidades del Sector Público. El sistema jurídico aporta el criterio a través de cuyo contraste podrá realizarse el control[23].

(23) Grosso modo, el control gubernamental para el cumplimiento de sus fines evaluativos aplica alternativa o conjuntamente los siguientes criterios del control:

En estos casos, la evaluación del cumplimiento legal aparece como un objetivo general o específico, dentro de cualquier auditoría. Tomando como marco de referencia la clasificación planteada por la Intosai al clasificar a las auditorías en auditorías de regularidad y las operacionales (o de gestión), podemos afirmar que la auditoría jurídica mantiene presencia en ambas.

El control de legalidad lo podemos aplicar en las auditorías de regularidad, con la finalidad de satisfacer su objetivo de "valorar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables"(24), para lo cual:

> "El auditor debe diseñar acciones y procedimientos de fiscalización que ofrezcan una garantía razonable de que se detecten los errores, las irregularidades y los actos ilícitos que pudieran repercutir directa y sustancialmente sobre los valores que figuran en los estados financieros, o sobre los resultados de la auditoría de regularidad".

El control de legalidad o "examen del cumplimiento legal" variará de acuerdo con el tipo de auditoría que se vaya a realizar, de tal modo que:

En las auditorías financieras: se orientará a proporcionar una garantía razonable para la detección de aquellos actos ilegales que tengan un efecto, directo o indirecto, suficiente en los estados financieros.

En las auditorías de economía y eficiencia: se orientará a examinar el cumplimiento de la legislación que pueda afectar de manera significativa a la adquisición, gestión y uso de los recursos, y a la cantidad, calidad, oportunidad y costo de los productos y servicios generales y servicios generales suministrados; y.

En la auditoría de gestión se deberá revisar aquella legislación relativa a los objetivos y planes o actividades de la entidad, así como evidenciar si los planes y actividades puestos en práctica han seguido la legislación vigente.

Desde este punto de vista, el control de legalidad tradicional consiste en cotejar una determinada acción financiera, administrativa, económica o de otra índole intraadministrativa, escogida dentro de una muestra, con la normativa legal que la vincula, para comprobar cómo han sido realizada según las disposiciones jurídicas que le son aplicables. A eso se le refiere comúnmente como el examen de cumplimiento legal.

Este enfoque ha sido seguido tradicionalmente, teniendo como sus principales argumentos en su favor el de constituir un análisis objetivo y por constituir un medio para asegurar la subordinación administrativa de los agentes

1. La corrección (auditoría de cumplimiento): en lo numérico (contable) y en la aplicación de normas (control de legalidad).
2. La rentabilidad: el cumplimiento de objetivos y fines en la gestión, en la auditoría operativa o de gestión.

(24) Normas 39 c) y 131 d) de las Normas de Auditoría de la Intosai.

públicos. En cuanto a la objetividad de este análisis se afirma que esta visión reúne un alto grado de neutralidad, ya que al emplear como criterio analítico una norma legal previa, ajena e indisponible tanto para el evaluado como para el evaluador, aleja al examen de cualquier subjetividad.

Al tenerse como parámetro de medición la normativa objetivada, el juicio de valoración del auditor queda sometido a razones más estables y sujeto a las reglas de verificación, en mayor nivel que cuando se realiza el control de oportunidad o de gestión, que por su propia naturaleza comporta asumir como criterios aspectos valorativos opinables(25).

Adicionalmente abona en favor del control de legalidad, la necesidad de las autoridades superiores de asegurarse que los niveles inferiores de la administración sigan las orientaciones impartidas por la jerarquía, según sus competencias, y, en la cúspide por la Constitución y la ley.

Pero contemporáneamente este modo de ejercer el control de legalidad se ha visto afectado por cuatro factores, que le son adversos:

1. El escaso desarrollo metodológico del control de legalidad que le impide aparecer con utilidad para la moderna gestión pública que se concentra en la búsqueda de resultados más que en formas(26). Con mucho acierto Iturriaga(27) afirma que "durante muchos años la auditoría jurídica ha tenido una presencia a todas luces menor, tanto en lo referente a la organización de los órganos fiscalizadores de cuentas como en el producto de su trabajo (los informes)", remarcando que esa menor intervención "no puede ser valorada como una característica propia de la auditoría pública sino como una carencia de la misma".
2. Por valorar por igual el cumplimiento de normas sustantivas (legalidad material) y adjetivas (legalidad formal), con especial énfasis en la segunda, a tal punto que por ejemplo, la propia Declaración de Lima de 1977, se refiere al control de legalidad como un "un control formal" a diferencia de otras modalidades que se agrupan bajo el nombre de "control de realizaciones".
3. Por concentrarse en las acciones y olvidarse del análisis de las omisiones administrativas, circunstancia que es derivación del simplismo de considerar que el análisis de legalidad se agota en el mero cotejo de los preceptos normativos (particularmente los restrictivos o prohibitivos) contra

(25) A este factor aluden ARAGÓN, M. "El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico". En: *Constitución y control del poder*, (p. 92) y BIGLINO, P. en su "Parlamento, presupuesto y Tribunal de Cuentas", p. 23; separata de la *Revista de las Cortes Generales.* Nº 37, primer cuatrimestre, 1996.

(26) Es curioso anotar que decisiones administrativas pueden ser conformes con el ordenamiento vigente, y por ende no cuestionadas por el control de legalidad, pero totalmente ineficaces, ineficientes, antiéticos, antieconómicas e incapaces de aportar a la obtención de resultados. (Ej. Adquisición de bienes suntuarios o defectuosos), así como actos ilegales desde el punto de vista formal pero legítimos en su objetivo y finalidad.

(27) ITURRIAGA, Rafael. Ob. cit., p. 37.

los hechos realizados. Por ello, generalmente el control de legalidad tradicional no comprende el análisis de los casos en que no se agotan las posibilidades legales para defender o proteger el interés público, y,

4. Por los diversos problemas estructurales internos que el sistema jurídico administrativo posee, que afectan la interpretación, y dificultan la subsistencia de la visión tradicional del control de legalidad. Entre ellos, podemos mencionar:

   a) La deficiente técnica legislativa del Derecho Administrativo (mala concordancia, derogaciones tácitas, superposición de ordenamientos legales, supervivencia de normas antiguas ineficaces pero formalmente vigentes (obsolescencia normativa), discrepancia entre generadores de normas, legislación por referencia o remisiones sucesivas.

   b) Multiplicidad de generadores normativos para la Administración (órganos sectoriales, entes rectores sistémicos, órganos de tutela o especialidad, etc.), tribunales administrativos descoordinados, etc.

   c) Incorporación de decisiones gubernativas permanentes (creación o supresión de organismos u órganos, reconocimiento o privación de derechos laborales o de cualquier índole, asignación de atribuciones a entidades estatales o decisiones tributarias) en normas de naturaleza provisorias, como son las leyes presupuestarias, de financiamiento o decretos de urgencia. Tal situación deriva en conflictos interpretativos sobre vigencia o extinción de tales normas.

   d) Empleo de conceptos jurídicos indeterminados para establecer directrices de conducta a sus agentes y público creando inseguridad jurídica y propiciando interpretaciones no uniformes e imprecisas.

   e) Persistencia de los generadores normativos por establecer exigencias formales a los agentes públicos de ciertos medios, procesos o secuencias burocráticas en vez de optar por definir y conminar a alcanzar los objetivos que ellos persiguen, e incluso algunos sin analizar la necesaria concordancia de esos procesos con la misión.

      De tal suerte que tales procedimientos administrativos deben ser realizados rutinariamente, sin sentido de su finalidad e incluso contrariando determinados contextos, cuando existen otras vías más efectivas para alcanzar las mismas metas[28].

(28) Precisamente esta impropiedad intenta ser evitada para la ordenación del control interno, cuando las directrices para las Normas de Control Interno de la Intosai disponen: "Cuando las normas y principios específicos de control interno se estipulan por vía legislativa, la legislación no debe ser excesivamente restrictiva. Debe ofrecer a la dirección la flexibilidad necesaria para modificar los procedimientos a medida que se altere el entorno operacional. De lo contrario puede ocurrir que los controles internos queden desafasados y resulten ineficientes, antes de que pueda enmendarse la legislación. Es preciso revisar y ajustar periódicamente los aspectos particulares de una estructura de control interno para que armonicen con el entorno cambiante de la institución.

f) La ausencia de reconocimiento positivo de la pérdida de eficacia de disposiciones administrativas cuya motivación fáctica o jurídica ha desaparecido; careciendo de actualidad.

En verdad, este enfoque del control de legalidad tradicional olvidó que para su existencia pacífica requería de su criterio valorativo (la normativa) tres condiciones indispensables:

a) La claridad suficiente, de tal modo que aquella disposición cuyo cumplimiento se exige posea las características mínimas de aplicabilidad (ej. su publicidad, un texto sin imprecisiones que permitan una doble interpretación, la posibilidad real de cumplimiento, etc.), que brinden a los auditados su cumplimiento sin problemas. De otro modo, frente a la diversidad interpretativa terminaría permanentemente el control fiscal imponiendo a posteriori sus pareceres a las demás entidades gubernativas o, en el supuesto más grave, que ante casos de vacíos normativos o de actos discrecionales, exigir que el auditado haya seguido la opción considera acertada por el auditor a posteriori, aunque ambas sean igualmente posibles. En cualquier caso, la actuación del auditor bajo estos cánones, genera por inducción una administración respaldada en la EFS, y termina entrampando a la gerencia.

Actualidad del contenido y sentido de la norma que se exige, esto es, que al momento de la evaluación, la orientación de la normativa preexistente continúe en concordancia y "sintonía" con el sentido global y principios que sigan la regulación de la materia, así como acorde a los retos de la realidad administrativa, que permita al auditor exigir su cumplimiento sin el riesgo de pretender obligar al cumplimiento de alguna normativa impracticable, obsoleta o que –de modo sobreviniente– haya devenido de modo claro en ilegal o inconstitucional, cuando lo más adecuado sería postular una actualización de la normativa, mediante una modificación legal; pues de otro modo, frente a la contradicción normativa, el control fiscal terminaría teniendo un sentido antievolutivo.

La legitimidad administrativa o económico-financiera de la norma cuyo cumplimiento se verifica, a fin de que el control sea realmente útil y no ritual.

Un sistema jurídico administrativo que responda a la concepción de la Administración como ejecutor de la voluntad legal y, por ende, sujeto a restricciones y por mandatos legales, y no una Administración Pública que favorezca la gerencia y la creatividad administrativa.

Entre nosotros, la situación imperfecta de la normativa vigente hace necesario ser cauteloso con el control de legalidad, entendido como una mera exigencia irreflexiva de su cumplimiento, a tal punto que así ha sido reconocido por la propia normativa positiva en el diseño de la regulación del control de legalidad de la Administración a cargo de la Defensoría del

Pueblo. En efecto, la Ley Nº 26520, artículo 25 faculta al Defensor del Pueblo a que si:

> "(...) llegase al convencimiento, como consecuencia de la investigación, que el cumplimiento riguroso de una norma legal o de lo resuelto en un procedimiento administrativo ha de producir situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, deberá poner el hecho en conocimiento del órgano legislativo y/o administrativo competente para que adopte las medidas pertinentes".

En todo caso, ahora para asumir el rol del control de legalidad asignada a las EFS no basta la pacífica confrontación entre el texto de las normas jurídicas y los actos sometidos a control, esto es una labor de comprobación de la corrección, de la regularidad o del cumplimiento legal, sin que el auditor contemple algún valor agregado a su análisis ni un compromiso con los objetivos permanentes de la Administración Pública. Quienes asumen esta tarea deben ser concientes que en definitiva no son "jueces administrativo" sino verdaderos "evaluadores de la Administración".

Solo con carácter provisorio –que luego ampliaremos– podemos afirmar que la auditoría jurídica configura una tarea de especialistas que debe proponerse no analizar las decisiones administrativas desde las normas mismas, sino analizar ambos: los hechos y a las normas mismas, con los contextos (de la norma y de la decisión adoptada) y con los valores que la normativa aspira a consagrar.

De tal modo, tal análisis puede superar las múltiples dificultades que plantea el subsistema jurídico gubernamental a través de una interpretación creativa que desentrañe y balancee: la intención del legislador, la intención del ejecutor, la mutación normativa, otorgando el significado más razonable al precepto según el contexto decisional acaecido, entre otros aspectos.

V. Aportes para una delimitación conceptual

Superada la noción de control de legalidad, existen en el ambiente de las Entidades Fiscalizadoras Superiores diversas denominaciones para referirse a ideas más o menos semejantes que surgen en la provechosa relación entre el derecho y la auditoría.

Nos referimos a las voces[29] de "auditoría de legalidad", "auditoría a situaciones jurídicas", "auditoría a los servicios jurídicos", "auditoría legal", "auditoría jurídica", "auditoría de juridicidad" y "auditoría a la gestión legal".

(29) Conscientemente empleamos la voz auditoría y no control, por cuanto nos referimos a la técnica que es empleada para las evaluaciones *ex post* y no a la función o al cometido mismo que en sentido integral ejerce las EFS.

Para algunos la voz "auditoría legal" viene a ser sinónima de auditoría de juicios o de la auditoría al servicio jurídico de una empresa, esto es, concentran dicho concepto al control sobre áreas orgánicas, procesos o temas específicos, siempre de preponderancia legal, dentro de la problemática pública.

Por su parte, otros la definen como un subsistema al interior de la auditoría integral, caracterizada por adoptar con variada intensidad el criterio jurídico-normativo, como factor de medición de la conformidad de aquellas decisiones sometidas a análisis(30), comprendiendo –por ejemplo– la auditoría a los contratos, a la conducción de los procesos judiciales, coactivos, auditoría a los actos unilaterales de contenido jurídico, auditoría a los procesos gerenciales de recursos humanos, etc.

Algunas propuestas de denominación que muestran lo complejo de definir esta auditoría(31), son las siguientes:

Para L. Martel, la auditoría jurídica:

> "(...) consiste en una constatación de la validez, licitud de los títulos jurídicos y de las convenciones de la empresa en el marco de su funcionamiento o de las relaciones con los proveedores, clientes. Estado sobre el plan jurídico, fiscal y social. Permite apreciar por un coeficiente de seguridad las convenciones así como la eficacia de los supuestos jurídicos, habida cuenta de los objetivos del jefe de la empresa".

Por su parte, Jean Paul Ravalec, afirma que la auditoría jurídica (a la cual agrega la social) es:

> "(...) aquella que consiste en inventariar la situación jurídica y social de la empresa, en controlar su conformidad a las normas jurídicas además de verificar la sinceridad y la calidad de la información jurídica y social, la eficacia de estas manifestaciones a través de operaciones, de procedimientos y de la organización a fin de mejorar la seguridad y la eficacia de la conducción jurídica y social".

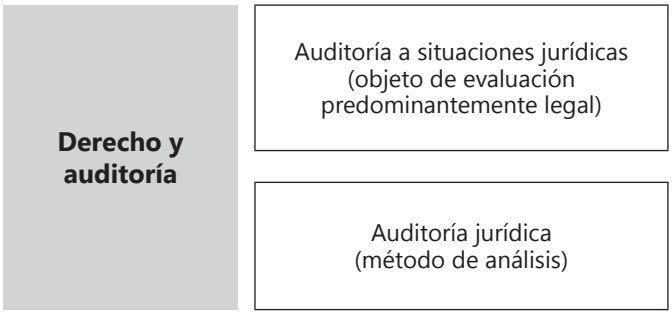
Por nuestra parte, consideramos importante plantear una propuesta operativa de nomenclatura que sirva para fines pedagógicos. Así, tendríamos que el conjunto de las relaciones entre la auditoría, como metodología de análisis de la realidad, y el sistema jurídico, se descomponen en dos componentes.

En este conjunto de relaciones, podemos ubicar como sus dos componentes, que más bien son reducciones de la realidad para fines operativos y

(30) A esta tendencia se acoge la Ley del Sistema Nacional de Control, cuando conceptúa el control de legalidad como: "la revisión y comprobación de la aplicación de las normas legales, reglamentarias y estatutarias y su evaluación desde el punto de vista jurídico".

(31) Las presentes definiciones las podemos encontrar en el libro de Jean Paul Ravalec "L. Audit Social et juridique", De Les Guides, Montchrestien, París, 1986; tomadas del texto de Héctor Pedro O. Charry, *La Auditoría Jurídica*.

no fenómenos totalmente diferenciados e independientes uno del otro, a la "Auditoría jurídica" y a la "Auditoría a situaciones jurídicas".



En esta propuesta, la "Auditoría jurídica"[32], enuncia al conjunto de procedimiento y técnicas debidamente ordenadas para comprender la realidad administrativa, que emplea los elementos jurídicos como criterios de medición de la acción administrativa, pero a partir de los contextos reales que en ella convergen, además de comprender en su análisis a la calidad de la propia normativa vigente basándose en los objetivos valorativos que ellas misma intentan representar o aspirar.

Este contenido de la Auditoría jurídica intenta satisfacer el alcance y el propósito señalado por la Intosai como exigencia para toda información producida por un examen de la conformidad a las leyes y reglamentos vigentes, según señala el punto 146 de sus Normas de Auditoría[33].

Por su lado, tenemos a la "Auditoría a situaciones jurídicas", que se refiere a la evaluación que se realiza sobre objetos (áreas, procesos o actos) de contenido predominantemente legal (ej. contrataciones, unidades de asesoramiento jurídico, licitaciones, etc.), pero como es obvio no emplea como exclusivo criterio de apreciación el normativo, sino que acude también a los de eficacia, eficiencia, economía, transparencia, etc.

VI. Perspectiva contemporánea de la auditoría jurídica

Resulta irremediable concluir que –contemporáneamente– la auditoría jurídica no solo consiste en verificar que las dependencias gubernamentales

(32) La sustitución de la voz "legalidad" por la de "juridicidad", también tiene en su favor enunciar que el análisis no se realiza desde la norma legal, sino con criterios jurídicos, que bien puede sobreponerse a la primera.

(33) Dicha norma establece: "El examen de la conformidad a las leyes y reglamentos vigentes reviste una importancia particular en la fiscalización de los programas públicos, ya que los responsables de adoptar las decisiones deben saber si se han respetado las leyes y reglamentos, si sus resultados son conformes a los objetivos propuestos y, en su defecto, qué modificaciones se consideran necesarias".

cumplan regularmente con las disposiciones vigentes, ya que ni el control ni la legalidad son fines en sí mismos, sino también constatar la legalidad de su actuación en términos de valores más trascendentes (eficiencia, transparencia y eficacia), y que los intereses públicos que representa hayan sido puestos a salvaguarda o defendido adecuadamente, desde el punto de vista jurídico.

Es decir, de la mera verificación del apego al marco legal de los actos y procesos públicos, es necesario trascender a la evaluación del correcto funcionamiento jurídico de los principales procesos en cualquier ente público, con el objetivo general de apoyar el progreso del área examinada hacia posiciones jurídicas más sólidas y eficientes, en búsqueda de seguridad.

La auditoría jurídica trasciende del mero cumplimiento del marco jurídico (formal o material) desestimando la obsesión por las formas, que es propia de la falta de especialización en el tema, ya que no solo se propone verificar si las dependencias gubernamentales cumplen regularmente con las disposiciones vigentes, sino también constatar la adecuación jurídica de su actuación en función de eficiencia y eficacia, y que los intereses públicos que representa se hayan puesto a salvaguarda o defendido adecuadamente desde el punto de vista jurídico.

Es decir, además de la mera verificación del apego al marco legal se revisa el correcto funcionamiento jurídico del órgano del ente público.

En este orden de ideas, el alcance de la auditoría de juridicidad debe ser más profundo abarcando el grado de cumplimiento del marco jurídico de una entidad o dependencia, así como de sus objetivos de creación y la existencia y suficiencia de los instrumentos jurídicos que le permitan asegurar la legalidad de sus actuaciones.

En un primer momento, el auditor jurídico consideraba que su labor se agotaba solo con la verificación del cumplimiento de las decisiones administrativas con la normativa determinada, por ejemplo, de los contratos suscritos o resoluciones adoptadas. Era el "examen de cumplimiento legal", a que alude Couret[34], o la "auditoría de conformidad" a que se refiere Charry[35].

Pero, como anotamos con anterioridad, el ejercicio inapropiado de esta visión del control jurídico conllevó a efectos adversos, como por ejemplo, caer en el paradigma de la auditoría concentrada exclusivamente en la legalidad de los procedimientos[36] e incluso inducir a la resistencia a

(34) COURET, Alain. "Las auditorías de eficacia. La auditoría jurídica".

(35) CHARRY, Pedro. "Consideraciones acerca de la auditoría jurídica". En: *R.A.P.*, Nº 214, 1996, p. 19.

(36) La verificación del cumplimiento de los procedimientos por las entidades es un aspecto a tener en cuenta en la auditoría de legalidad, fundamentalmente para comprender el ambiente de control interno, salvo recurrencia del incumplimiento, particularmente tratándose de aquellas disposiciones procesales que tienden a dar transparencia a su gestión o resguardar derechos a los administrados frente a la entidad, pero se haya desprestigiada por el reduccionismo que ha sido objeto la auditoría de legalidad entendida como auditoría de procedimientos, particularmente en estructuras administrativas sobrereguladas y burocratizadas.

los cambios administrativos (cuando se exige el cumplimiento de normativa decaída o en obsolescencia).

Luego, el auditor consideró limitado este propósito del control de legalidad, y se interrogó por la posibilidad de brindar a los auditados opinión acerca de la calidad de la propia normativa vigente (que antes impávidamente exigía cumplir) y hasta del nivel de seguridad o de riesgo inherente, que en términos de juridicidad, representaban las omisiones o decisiones administrativas adoptadas, mediante la evaluación del nivel de riesgo jurídico de sus opciones seguidas.

Para finalmente, intentar examinar la calidad y oportunidad jurídica de las opciones seguidas por los gestores públicos, entre las diversas posibilidades jurídicas ofrecidas por la legislación (examen de la calidad legal de la toma de decisiones), o de sus propios instrumentos jurídicos vigentes (examen de suficiencia de instrumentos jurídicos).

A partir de este enfoque temático, recupera vigor el desarrollo de la auditoría jurídica, trascendiendo de la tarea de confrontación de meras regularidades a la que había sido reducida, para ubicarse en el examen jurídico de las decisiones estatales, en sus aspectos medulares y proactivos, sobreponiéndose a las propias normas para analizar contextos.

Características de la auditoría jurídica

1. Vincula hechos y normas con sus respectivos contextos.
2. Integra la apreciación los valores (eficacia, eficiencia o transparencia) a través de la exigencia legal que intenta evaluar.
3. Analiza no solo la sujeción al marco jurídico de una actuación administrativa, sino la idoneidad del funcionamiento de la entidad desde la perspectiva jurídica.
4. Analiza tanto actos positivos como omisivos en relación con los cometidos administrativos.
5. Auditoría comprometida con cometidos administrativos.
6. Verifica las restricciones legales (prohibiciones, impedimentos, etc.) y además el adecuado ejercicio y empleo de las posibilidades jurídicas de acción.
7. Concentrarse en evaluar el cumplimiento de normas sustantivas y dedicarse a las procesales, solo cuando se trate de garantizar la transparencia y el debido proceso.
8. Proyecta su acción al futuro, en vez de mantenerse en la crítica al pasado.

En este orden de ideas, el alcance de la auditoría jurídica se nos presenta más profundo que el tradicional control de legalidad, ya que abarca las posibilidades de alcanzar sus objetivos de creación y analizar la existencia y suficiencia de los instrumentos jurídicos que le permitan asegurar la juridicidad de sus actuaciones.

De tal modo, su objetivo general es aportar información a la entidad para su progreso hacia posiciones jurídico-institucionales más sólidas y eficientes; evaluando si los intereses institucionales están resguardados desde el punto de vista legal, buscando su mejoría y, por ende, de la gestión gubernamental.

De este modo, la revisión objetiva y profesional de la legalidad de las actuaciones aspira a comprender como objetivos:

1. Evaluación de la conformidad jurídica de las decisiones administrativas: vincula acto con el conjunto normativo que lo disciplina y ordena, analizándolos con tres contextos (decisional, de la norma reguladora y de la misión institucional), pero no desde la norma ni desde el acto mismo.

   Con lo cual se sobrepone a la mera constatación neutra de aspectos puntuales, agregando un valor: busca satisfacerse que la empresa posee una posición jurídicamente favorable y eficiente(37). A ello, se debe anotar la prevención que debe tener el auditor legal sobre el nivel de claridad que ostenta la regulación y la actualidad del sentido y contenido de la normativa, así como identificar desde el programa de auditoría que el criterio normativo cuyo cumplimiento vaya a comprobar tenga la relevancia suficiente para comprometer legalmente intereses públicos(38).

   De tal modo, mediante la auditoría de legalidad debe analizarse no solo de la regularidad de cada operación, sino también que los intereses de la entidad están correctamente resguardados desde el punto de vista legal.

2. Evaluar e identificar situaciones de riesgo jurídico en las operaciones efectuadas u omitidas que puedan afectar en el corto, mediano o largo

(37) En su interesante trabajo, el Dr. Hugo Raúl Jenefes del Tribunal de Cuentas de la Provincia del Chaco (Argentina) establece coincidentemente como grandes temas del control de juridicidad de las EFS, entre otros, "c) el análisis del orden jurídico administrativo como un elemento integrador que relaciona la norma legal con la situación de hecho y con sus consecuencias; d) la necesaria valoración de circunstancias y su estructuración en la manifestación de voluntad de la administración. Esa voluntad traducida en actos para la satisfacción de los intereses generales. A través del Derecho, el Estado realiza y garantiza la paz social y la justicia. Si esas circunstancias surgen de la norma, seguramente la tarea del intérprete habrá de resultar más fácil. Pero el silencio normativo no autoriza a despreciar estos elementos; e) No debe perderse de vista que la discrecionalidad comporta un ámbito de mayor libertad y que se concreta sustancialmente en las posibilidades de elegir entre alternativas distintas, por la ponderación de intereses también distintos".

(38) A esta variante apuntan las Normas Internas de Fiscalización del Tribunal de Cuentas español cuando en el rubro II. 2. Tipos de Fiscalización, conceptúa como finalidad de la fiscalización de cumplimiento la de "comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias a que está sometida la entidad a fiscalizar", agregando que "la comprobación se referirá al cumplimiento de aquella normativa que se estime relevante para emitir un juicio sobre el mismo".

plazo de la institución indagando por la seguridad de las acciones administrativas que se ejecutan.

Se trata de evaluar el grado de seguridad de las acciones emprendidas por la gerencia y de las opciones decisionales adoptadas por la entidad sobre una determinada materia, a fin de corregir oportunamente deficiencias o ubicar las decisiones más seguras en términos de una desprotección patrimonial o perjuicios económicos potenciales. Así, el auditor jurídico, luego de efectuar su labor estará en condiciones de informar qué situaciones son susceptibles de generar reclamos, litigios o sancionar, y que hacer para corregirlas. Por ejemplo, si se trata de analizar un contrato se debe descartar que exista un cocontratante sin representatividad, haya desequilibrio en las prestaciones, carencia de garantías o cláusulas de salvaguarda, otorgamiento de privilegios contractuales injustificados, cautelar que exista previsibilidad de ejecución contractual, o en otros casos, evitar que existan contingencias judiciales no reveladas, o que incluso mediante la reducción de riesgo pueda mejorarse su posición institucional (cuando se identifiquen cobranzas no realizadas, inadecuadas estrategias judiciales seguidas para hacer valer las pretensiones judiciales o administrativas de la entidad, o el seguimiento de procesos judiciales o administrativos antieconómicos en función de un costo beneficio adverso a la entidad, etc.).

3. Evaluar la suficiencia legal de la toma de decisiones para alcanzar su finalidad, en términos de su eficiencia, oportunidad, o eficacia. Esto es analizar por el ejemplo, el sustento de las decisiones o la calidad del asesoramiento recibido, la verificación de la conveniencia de la actuación discrecional en referencia al marco jurídico a fin de verificar si los intereses públicos confiados a la entidad han sido correctamente resguardadas desde el punto de vista jurídico, o si por el contrario, existen omisiones legales, o conductas que en principio se encuentran ajustadas a ley pero resultan inadecuadas, antieconómicas, o poco transparentes. Se trata de preguntar sobre la calidad y la oportunidad de las elecciones efectuadas: "calidad de la elección entre las diversas posibilidades ofrecidas por el Derecho"[39].

   Es apropiada para evaluar el resultado de las decisiones discrecionales que la normativa faculta a la Administración y detectar verdaderos desvíos de poder que muchas veces se esconden bajo la simulación formalista del cumplimiento superficial de la norma

4. Evaluar la calidad de los instrumentos jurídicos vigentes promoviendo su actualización, a fin de señalar aquellas disposiciones obsoletas, contrarias a disposiciones superiores, o inaplicables frente a determinadas realidades, que obstaculizan la gerencia pública, o las que no han cubierto

(39) CHARRY, Pedro. "Consideraciones ...". Ob. cit., p. 20.

> el cometido previsto cuando se aprobaron; frente a las cuales no cabe al auditor postular su mero cumplimiento, ni contentarse con ser un pasivo verificador de tal situación. Por el contrario, debe promover revisiones o su actualización en beneficio del perfeccionamiento, cobertura y puridad del ordenamiento de la Administración Pública.

Cabe precisar que en todos los casos, se trata de un examen en concreto de las normas, en virtud de la experiencia administrativa, y no de un juzgamiento en abstracto de los instrumentos jurídicos vigentes, aspecto alejado de las funciones de las EFS(40).

Como bien señala la EFS colombiana: "(...) para que su ejercicio sea eficaz, el control de legalidad no debe limitarse a comparar las situaciones observadas con lo prescrito en la normatividad que las rige y reportar los incumplimientos, sino también cuestionar disposiciones que pueden, con el transcurso del tiempo, ser obsoletas, inaplicables o inoperantes"(41).

Es bueno que el auditor tenga presente que el consenso internacional de las EFS, ha establecido a este respecto que no solo:

> "(...) los responsables de adoptar las decisiones deben saber si se han respetado las leyes y reglamentos", sino también debe considerarse que tienen la expectativa fundada de conocer si los resultados de tales cumplimientos "(...) son conformes a los objetivos propuestos, y en su defecto, qué modificaciones se consideran necesarias"(42).

En esta orientación, el aporte del control de legalidad de la EFS también consiste en proporcionar, a las instancias generadoras de las normas, elementos de reflexión e información validada en auditoría a través de los cuales el gobierno puede comparar los resultados de alguna disposición con los objetivos perseguidos al momento de su creación. Hacia tal objetivo se orientan algunos de los ordenamientos técnicos más modernos de la región.

A esta posibilidad de la auditoría de legalidad se refiere el Documento Técnico N° 01 de la Auditoría General de la Nación Argentina, cuando afirma como uno de sus objetivos:

> "(...) determinar (...) en qué medida la referida reglamentación permite que los programas y proyectos del ente se cumplan de manera económica y eficiente".

Para dicho efecto dispone que sus auditores deben:

(40) Aisladamente encontraremos entidades habilitadas para colaborar con esta función nomofiláctica en la facultad reconocida expresamente a las EFS de Chile y Panamá para inclusive observar la constitucionalidad de leyes de la República y cuestionarlas ante los órganos de control normativo respectivos.

(41) "Manual para el ejercicio del control de legalidad", p. 8.

(42) Ítem 146 de las Normas de Auditoría aprobados por la Intosai.

"(...) verificar si la normativa que regula a la entidad es económica, eficiente y eficaz, como así también si la misma resulta racional, congruente, actualizada y ajustada a la realidad".

Con análoga perspectiva, la Contraloría General de la República de Colombia consideró como uno de los objetivos para sus informes de control de legalidad, el de:

"d) Adelantar o promover las modificaciones o creaciones de la normatividad aplicable a la entidad, de tal manera que se logre el marco jurídico más adecuado"(43).

Como también afirman las Normas de Auditoría Gubernamental para la República de Panamá:

"Los auditores formularán recomendaciones cuando el resultado de los análisis permita concluir que: a) Las disposiciones legales, reglamentarias y normativas constituyen limitaciones para el eficiente y efectivo funcionamiento de los entes y sus actividades. (...)"(44).

A este mismo objetivo apuntan las Normas de Auditoría Gubernamental para el ejercicio del control posterior en Bolivia aprobadas por la Contraloría General de ese país, cuando afirman respecto de la auditoría a los Sistemas de Administración y Control Interno, que:

"(...) el incumplimiento de la normatividad o disposiciones legales debe ser analizado por el auditor, para establecer si se trata de una típica responsabilidad administrativa o si es generado por lo inadecuado de la norma o disposición legal, caso en el cual debe formular además las recomendaciones pertinentes para corregirla o mejorarla"(45).

Obviamente, el auditor realiza esta recomendación al comprobar lo adverso de la normativa –particularmente la originada por el mismo ente auditado– y proponiendo lo pertinente para superar tal situación, pero sin quebrantar la igualdad frente a la ley entre las entidades públicas, inclusive para la promoción de cambios y adecuación del marco jurídico para la asignación y uso de los recursos públicos.

Para el Sector Público, esta actitud de la auditoría en conjunto, significa apoyar al progreso de la entidad hacia una posición jurídica institucional más sólida y eficiente, superando el rol de mero verificador de procesos y pasivos testigos de inobservancias ineludibles, con lo cual se comprometen por omisión con el descrédito de la gobernabilidad del sistema.

(43) Manual de Informes, Título II: Informes de Control de Legalidad; aprobado mediante Resolución Orgánica Nº 3504 del 19/08/1994.

(44) Norma 212.01.

(45) Norma 2.05 "Auditoría a los Sistemas de Administración y Control Interno".

VII. La distorsión contemporánea de la auditoría jurídica: la auditoría a los procedimientos

Como hemos analizado, por improvisación de los analistas, celeridad en la actividad o simplicidad en la comprensión, se produjo un reduccionismo de la auditoría de legalidad a un simple examen de contraste entre normativa y hechos. Esta primera distorsión, a la cual se viene haciendo frente cada día con mayor influencia, se agrega otra que afirma que la auditoría jurídica se agota cuando se contrastan hechos con los preceptos que disciplinan el procedimiento seguido para su generación.

Si bien el procedimiento (por ejemplo, la secuencia de una licitación o de un concurso público) es la vía indispensable para derivar una decisión administrativa, por cuando otorga a la ciudadanía previsibilidad, seguridad, espacio para ejercer sus derechos de defensa y de intervención en asuntos públicos, por el otro lado, a la Administración le acrecienta las posibilidades de adoptar decisiones acertadas y, en términos técnicos, más económicas, transparentes y eficientes.

Pero para los cometidos del control dentro de un enfoque de gestión, resulta indispensable responderse las siguientes preguntas:

¿Para opinar sobre la razonabilidad y bondad jurídica de una gestión, basta haber analizado el curso seguido para su generación?

¿Por ejemplo, el auditor puede darse por satisfecho para opinar sobre la juridicidad de una adquisición si evaluamos el cumplimiento de plazos, la suficiencia de la documentación alcanzada por los postores, las formalidades de las bases, o el cumplimiento de las publicaciones en la licitación?

Definitivamente, la respuesta negativa –con la que presentimos coincidir con ustedes– nos indica que el control a los procedimientos es un aspecto parcial de la auditoría jurídica que, indudablemente, no agota su extensión y más bien debiera ser complementario, dentro de la secuencia de procedimientos mínimos de un programa, luego de otras pruebas principales que sí apuntan a medir una gestión. En verdad, de ordinario, solo deben ameritar atención aquellos aspectos procesales que apunta a otorgar transparencia y seguridad a las operaciones o garantías a los administrados.

Lo expuesto no intenta descartar utilidad a la auditoría de procedimientos, como una perspectiva de interés para el auditor gubernamental en entidades cuyas manifestaciones son generadas mediante normas de derecho público y más aún tratándose de aquellos procedimientos de actuación relevantes por asegurar exigencias de objetividad y transparencia. Pero no la sobredimensionemos ni creamos que con ella agotamos las posibilidades de la evaluación jurídica.

Más bien, resulta oportuno explicar en este rubro, las posibilidades constructivas que presenta la auditoría jurídica, ya que no se trata de realizar una mera verificación de la sujeción de la actuación administrativa al procedimiento, sino también de la suficiencia de este para asegurar la buena marcha de la administración.

Como bien consignan las Normas españolas de Auditoría del Sector Público[46] las auditorías de procedimientos:

> "(...) consisten en el estudio exhaustivo de un procedimiento administrativo de gestión financiera con la finalidad de proporcionar su descripción completa, detectar sus posibles deficiencias o, en su caso, su obsolescencia y proponer las medidas correctoras pertinentes o la sustitución del procedimiento de acuerdo con los principios generales de buena gestión" (art. 2.1.11).

Por lo que en esta auditoría "deberá verificarse el grado en que la normativa reguladora del procedimiento examinado se acomoda a los criterios de objetividad y transparencia y resulta adecuada para el mejor cumplimiento de los resultados" (art. 5.6.2.).

En ese orden de ideas de circunscribir el control de procedimientos al factor trascendencia, la Auditoría general de la Nación argentina tiene establecido que en cuanto al control del cumplimiento, por parte de la entidad, de las disposiciones que regulan procedimientos, que:

> "El auditor deberá dar énfasis al control del cumplimiento de las normas que tienden especialmente a organizar, dar publicidad y transparencia a la gestión de la entidad, como así también de aquellas que establezcan pautas que aseguren a los administrados las garantías del debido proceso y las referidas a los requisitos esenciales que deben contener los actos administrativos"[47].

VIII. Auditoría a situaciones jurídicas: auditoría de juicios

Es la evaluación de operaciones, procesos o unidades gubernativas efectuada –fundamental o sustancialmente– empleando la auditoría de juridicidad, como tarea independiente para comprender el estado jurídico de la entidad.

Los principales asuntos o procesos susceptibles de ser analizados con provecho por esta visión de la auditoría de legalidad, son:

(46) Normas de Auditoría del Sector Público aprobadas por la Intervención General de la Administración del Estado, y ordenadas a publicar mediante Resolución del 01/09/1998.

(47) Auditoría legal, Documento Técnico N° 01, AGN, p. 4.

La actuación general de las unidades administrativas a cargo de la función de asesoramiento jurídico o generación normativa.

El análisis de la calidad de la normativa jurídica dictada, con particular utilidad respecto de entes de naturaleza rectora normativa (apreciar su utilidad, la técnica legislativa empleada, el proceso de generación, la adecuación legal).

Análisis del flujo de información jurídica existente, la compilación y difusión (publicidad y comunicación de las decisiones).

Revisión de los procedimientos recursales seguidos contra cualquier acción administrativa.

Análisis de decisiones administrativas ejecutivas (por ejemplo, cobranzas coactivas, multas, etc.)(48).

Análisis de los contratos celebrados (verificación de competencia de las partes, equilibrio de prestaciones, idoneidad de las garantías, cláusulas de salvaguarda, eliminación de riesgos contractuales, supervisión de ejecución de prestaciones, etc.).

Análisis de sistemas remunerativos y pactos colectivos, cuando se trate de negociación colectiva.

Análisis de la gestión de defensa de los intereses públicos en procesos judiciales, arbitrales y administrativos.

Análisis de la gestión de procedimientos administrativos, con particular incidencia, sobre los registrales de inscripción y disciplinarios internos a los funcionarios públicos.

Pero no se trata de crear un compartimento apartado para la auditoría de situaciones jurídicas, por cuanto solo se trata de variada intensidad de concurrencia con otros criterios para analizar determinada actividad gubernativa. Así, cuando se aborde cualquiera de los aspectos anteriores que demandan una gran preponderancia del criterio legal para la evaluación, ameritarán la coadyuvancia de otras disciplinas, como la contable, informática, economía, ingeniería, etc.

(48) Son aspectos fundamentales a ser analizados en cualquier acto administrativo:

a) Control de competencia: Consiste en verificar si la actuación administrativa se asienta en la órbita de atribuciones de su emisor. Se analiza la materia de que se trate, en el tiempo, en el territorio, o en el nivel. Puede concluir a convalidación de actos administrativos, a su nulidad o a usurpación de funciones.

b) Control de motivación: Consiste en verificar los fundamentos de derecho a cuyo amparo se emite el acto. Permite evaluar la normativa habilitante para adoptar la decisión.

c) Control de comprobación: Consiste en verificar los presupuestos de hecho que motivan la decisión administrativa (causa); esto es los hechos invocados por la autoridad para actuar (Ej. Análisis documentario de cuadro de necesidades o inexistencia de *stock* para una adquisición).

d) Control de discrecionalidad: Consiste en verificar si la actuación discrecional ha respetado sus límites, esto es, los linderos fijados legalmente y la racionalidad de la decisión (no pueden ser procederes ilógicos, antieconómicos o ineficientes).

Dentro de este marco conceptual, la evaluación a la gestión de defensa de los intereses públicos comprometidos en procesos judiciales, arbitrales o administrativos, comúnmente denominada de modo abreviado, "Auditoría de juicios", configura una subespecie de los varios escenarios posibles de la amplia gama de auditoría a situaciones jurídicas.

Pero más aún, está presidida por las características de la auditoría integral, por emplear como criterio de análisis de las operaciones: la eficiencia, eficacia, economía y no solo la legalidad e incidir en el análisis de riesgos en la toma de decisiones o en la carga procesal.

Sus puntos de atención son:

Control interno de las áreas a cargo de la conducción de la defensa de los intereses judiciales de las entidades.

Composición, organización y desempeño operativo de la unidad en relación con la demanda de servicios de esta naturaleza en la entidad, comparada con otras alternativas para satisfacerla menos onerosas o más seguras.

Control de la entidad sobre los servicios de asesoramiento externo contratados.

Relación entre el costo y beneficio de las acciones de defensa judicial.

Composición de la carga procesal y sus causas, a fin de evitar su reiterancia.

Grado de avance de los procesos judiciales y cumplimiento de metas obtenidas de forma periódica, particularmente en los procesos de deslinde de responsabilidades y de las reversiones a favor de la entidad.

Incidencia financiera de la defensa legal (contingencias, calidad de cobranzas iniciadas o pendientes, y efectuar las recuperaciones).

La gestión procesal seguida por los representantes de los intereses de la entidad en procesos judiciales, en particular el agotamiento de los medios procesales efectivos posibles en favor de la posición de la entidad, la idoneidad de los medios procesales elegidos en relación con sus pretensiones, la suficiencia del fundamento y la pertinencia de los argumentos manifestados por el representante de la entidad, en sus demandas, recursos, alegatos, medios de defensa, etc. Debe recordarse que para este examen no constituye un parámetro absoluto de medición, el éxito o la derrota ante los estrados judiciales de la posición de la entidad, pues para ello confluyen diversos factores además de la calidad de la actuación de la defensa.

IX. Pautas para realizar la auditoría jurídica

Establecidas las premisas básicas para la ejecución de la auditoría jurídica, consideramos importante plantear en secuencia algunos consejos que han

sido extraídos de la práctica, y que en pocos casos ya han sido consolidados en documentos técnicos de la región, con la finalidad de orientar a los auditores sobre la debida ejecución de esta técnica en cualquier auditoría.

No debemos olvidar que la expectativa puesta en las labores de las entidades de fiscalización superior, demanda de los auditores el despliegue de sus destrezas para afrontar de mejor manera los retos del control jurídico de la Administración Pública. En particular, respecto al universo de la legalidad administrativa y financiera, ya que:

> "(...) Al ser la legislación aplicable muy prolija, no se debe esperar que el Auditor revise toda la normativa que tenga alguna relación con la entidad auditada. Se debe esperar que el Auditor decida de forma responsable y razonada el cumplimiento de qué normas se deben revisar"(49).

La frondosidad del universo normativo administrativo susceptible de verificación, torna imposible una expectativa de alcance completo, de tal suerte que la selectividad que importa la necesidad de contar con una acción procesal de parte del afectado, para iniciar el control jurídico de la normativa; es homologada con la exigencia al auditor jurídico de iniciar su actividad previo un análisis metódico y ordenado.

1. Fase de planeamiento

En la fase de planeamiento, el auditor de legalidad se orienta a elaborar un diagnóstico que le permita:

1. Interiorizarse en el objeto y alcance de la auditoría; y particularmente;
2. Captar, conocer y aprehender el marco jurídico de la entidad, sus objetivos, metas y, fundamentalmente, las posibilidades y limitaciones de acción de sus autoridades.

Para ello, el auditor debe realizar un acopio de los elementos generales y específicos que componen el marco jurídico vigente de la entidad durante el periodo que se ha planificado auditar (leyes de creación, régimen presupuestario, reglamentos de organización y funciones, manuales, doctrina, etc.) y de aquel contexto legal y reglamentario en el cual se inscriben la entidad y la actividad examinada.

Luego el auditor debe abocarse al estudio del régimen jurídico de la actividad a auditar, particularmente de aquella que establece sus objetivos, fines y competencias, identificando los procesos seguidos para ejercer las competencias principales, así como aquella que regula la captación de bienes y

(49) Norma 5.6.4. de las Normas de Auditoría del Sector Público aprobadas por la Intervención General de la Administración del Estado de España.

recursos, su aplicación y sus restricciones. En particular debe atender a los siguientes aspectos:

1. La identificación de datos importantes como institución (fecha de inicio de actividades, objeto principal, relación con la Administración Pública, niveles de tutela o supervisión a que está sujeta, ubicación sectorial etc.).
2. La naturaleza del patrimonio y régimen legal aplicable;
3. Hechos, negocios y prácticas de orden jurídico que pudieran tener efecto en las operaciones de la entidad.
4. Reglamentos y directivas de los sistemas de administración financiera y otros órganos rectores o reguladores.
5. Disposiciones referidas a posibilidades y limitaciones para la ejecución de gastos.
6. Identificar aquella "legislación importante" que pudiere aportar como punto de control o cuyo cumplimiento pueda ser relevante para analizar la gestión institucional, (con incidencia en la vigencia y aplicabilidad de las leyes y disposiciones de su entorno y la normativa interna), en la revisión de manuales de procedimientos, informes de auditoría interna, informes de consultoría legal recibidos por la entidad y material publicado acerca de la entidad)(50).
7. Identificar a los funcionarios y empleados que tuvieren participación, en una u otra forma, con el asunto o actividad sujeta a examen, para estar en condiciones de posteriormente analizar su grado de posibles responsabilidades.
8. Conocer las habilitaciones presupuestales previstas y las exigencias presupuestales establecidas en la normativa para la entidad, dentro del alcance previsto para la auditoría, identificando las disposiciones legales que limiten o dirijan la naturaleza y el monto de los gastos a ejecutarse.
9. Identificar los controles presupuestarios vigentes sobre la entidad, y restricciones presupuestales que les sean aplicables, evaluando la diversa normativa en materia presupuestal (Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, Ley Anual de Presupuesto –niveles de autoridad para adquisiciones de bienes y servicios, normas de austeridad, etc.–, normativa presupuestal específica para la entidad, la emitida por la Dirección Nacional de Presupuesto Público y la Contaduría Pública de la Nación y normas emitidas por la propia entidad relativas a la ejecución del presupuesto).

(50) Al realizar esta labor se procederá a revisar las consultas que la entidad pudiera haber realizado a su asesoría legal, a sus consultorías externas, e incluso a la Contraloría General a fin de detectar áreas, procesos o asuntos susceptibles de auditar.

10. Indagar sobre litigios, reclamos y gravámenes que constituyan su universo litigioso.

Finalmente, en esta fase de planeamiento es conveniente que sinteticen todos aquellos aspectos que constituyan riesgos de detección de irregularidades y riesgos de control, desde el punto de vista del marco jurídico, con la finalidad de facilitar su proceso de entendimiento.

2. Fase de programación

En esta fase, el auditor jurídico, con base en los elementos de juicio obtenidos en la fase anterior, prepara el programa adecuado a la acción de control que le cabe realizar. En este momento es conveniente tener en cuenta la recomendación de la Intosai, en el sentido que:

> "Los encargados de la planeación de la auditoría deben informarse de las exigencias de conformidad aplicables a la entidad fiscalizada. Dada la diversidad de leyes y reglamentos aplicables a una auditoría específica, el auditor debe determinar, a su juicio profesional, qué leyes y reglamentos pueden influenciar significativamente los objetivos de su labor"(51).

Para dicho efecto, pueden considerarse al plantear los procedimientos mínimos las siguientes pautas:

1. En primer lugar, el auditor debe identificar:
   a) Los procesos, las acciones o decisiones de gerencia cuyo apego al ordenamiento va a verificar, en relación con los objetivos generales y el alcance de la auditoría.
   b) Distinguir dentro de la regulación de estos procesos, acciones o decisiones aquellas exigencias de cumplimiento contenidas en normas disposiciones legales obligatorias de aquellas facultades discrecionales, o de las normas que establecen meras finalidades, por cuanto ambas ameritan procedimientos diferentes.
   c) Aquellos aspectos de la regulación de esos procesos, acciones o decisiones que posean de por sí una finalidad, o efecto relevante, en términos de eficiencia, eficacia, transparencia, o economía, deslindándola de los meramente formales.
   d) Aquellas características y elementos de riego que pueden afectar el área o proceso auditado, y los tipos potenciales de incumplimientos significativos asociados a ellos, a fin de estar en capacidad de diseñar procedimiento de auditoría que posibiliten identificar irregularidades que puedan derivar en indicios de actos ilícitos.

(51) Norma 147 de auditoría del Intosai.

2. Luego de identificados estos aspectos, el auditor debe diseñar procedimientos de auditoría y pruebas de cumplimiento (muestras) que provean una evidencia del cumplimiento de las exigencias importantes, así como una seguridad razonable de:

   a) Detectar posibles errores, irregularidades y actos ilegales que puedan afectar los recursos de la entidad auditada; y,

   b) Que los procesos y operaciones estén libres de hechos observables derivados del incumplimiento de normas.

3. El auditor debe analizar el marco legal de la entidad para advertir durante la ejecución de la auditoría si: a) le permite una adecuada protección de sus intereses jurídicos; y, b) sus facultades están acordes con la misión de la entidad.

3. Fase de ejecución

Durante la fase de ejecución, el auditor jurídico debe considerar los siguientes aspectos:

1. La evaluación debe permitir determinar la gravedad de incumplimiento que se evidencie, y la adecuación al resto de la legislación de la norma que sirve de parámetro de medición.

2. El auditor debe considerar el contexto general en el que se materializó la irregularidad (circunstancias previas, actuaciones posteriores, opiniones consultadas, transparencia de la ejecución, etc.). Si en una auditoría está en condiciones de determinar si un incumplimiento significativo a una disposición se produjo por razones exógenas a la voluntad del funcionario y no por esta causa, deberá describirlo así en el informe.

3. El análisis debe acopiar información sobre el perjuicio o disfunción efectivos que el apartamiento legal ha podido o puede originar a la gestión. Generalmente, el efecto es el impacto económico, pero también puede ser expresado en términos de tiempo, recursos, fiabilidad de las cuentas, regularidad de las operaciones, o algún otro.

   Permanentemente, el auditor debe ser consciente de la posibilidad real de que se produzcan actos no adecuados perfectamente a la previsión normativa contenida en la legislación, y que es menester que su aporte se satisfaga no con hallazgos que tengan como efecto a la propia exigencia normativa, sino con la detección y reporte de actos ilegales con incidencia relevante para la gestión.

   Aun cuando considere que el incumplimiento no tuviere incidencia financiera o en la gestión integral, el auditor procederá al reporte si considerara que el incumplimiento hubiere sido intencionado o fuere reiterado.

4. Si el acopio de información no permite al auditor reunir informaciones probatorias suficientes para evaluar si ha habido incumplimiento, no deberá formular opinión negativa en este extremo.

5. Al relevar información sobre las causas de sus observaciones debe precisar si los agentes actuaron excediendo competencias legalmente conferidas, o si desempeñó su función sin ejercer en toda su extensión sus atribuciones.

6. Analizar los errores o irregularidades evidenciados por el auditor, a fin de distinguirlos de los hallazgos e informar sobre su probable ilegalidad, y el criterio técnico-jurídico para ello.

7. Analizar, en la definición del hecho a observar, si se trata de un caso de actuación reglada de los funcionarios o de aquellos en que la legislación vigente le confiere discrecionalidad para definir ciertos aspectos de las operaciones, en cuyo caso el auditor no puede interferir.

   Acertadamente, las normas de auditoría gubernamental del Perú establecen que:

   "Cuando la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, el auditor no puede cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno o por los resultados adversos que la decisión conllevó a la entidad".

8. Realizar un análisis de la factibilidad de exigencia para satisfacerse en aquellos casos extremos en los cuales la administración plantee la imposibilidad fáctica de cumplir determinada exigencia normativa con efecto significativo. Dicho análisis consisten en ponderar con suficiente criterio gerencial si la exigencia normativa era cumplible por la autoridad frente a determinado contexto real, para lo cual el auditor deberá seguir el parámetro del gerente diligente y advertido, y que el cumplimiento debido no signifique mayores costos a la entidad de aquellos razonables tolerables por la normativa para cumplir los fines de su aprobación. Por ejemplo, cuando una norma exige determinados documentos de gestión a una entidad de escasa organización y presupuesto. A este aspecto se refieren las Normas de Auditoría Gubernamental del Perú, cuando al definir el elemento "criterio" de las observaciones se le refiere como:

   "(...) la norma o estándar técnico-profesional, alcanzable en el contexto evaluado, que permiten al auditor tener la convicción de que es necesario superar una determinada acción u omisión de la entidad, en procura de mejorar la gestión".

4. Fase de elaboración del informe

1. Al formular las recomendaciones, el auditor debe tener presente la posibilidad alternativa de proponer: la creación de disposiciones para aspectos sujetos a la discrecionalidad o la espontaneidad de los servidores; o la corrección a la normativa existente, si el análisis de auditoría le permite concluir que las disposiciones legales, reglamentarias y normativas cuyo cumplimiento ha sido evaluado:

   a) Constituyen limitaciones para el eficiente o efectivo funcionamiento de los entes y sus actividades o impidan una gestión transparente(52).

   b) Si las operaciones pueden ser mejoradas en su nivel de eficiencia, efectividad, economía y transparencia, con otras opciones diferentes desde el punto de vista financiero o técnico a las consagradas por la normativa vigente.

2. Tener cuidado en el empleo de los términos "ilegal", "indebido", "incumplimiento", "inobservancia", por cuanto cada uno de ello tiene incidencia distinta por aludir a consecuencias diferentes.

3. Con el objetivo de permitir a las autoridades institucionales una base informativa cierta para evaluar la importancia de los incumplimientos que se revelan, de sus consecuencias, y de sus causas, para así inducirlos a emprender oportunamente las acciones correctivas más apropiadas, el auditor, al redactar una observación, debe precisar, lo siguiente:

   a) Indicar el contexto dentro del cual se han identificado los casos de incumplimientos a la normativa detectados. Reconociendo –si fuere el caso– las dificultades o circunstancias adversas en las que se desenvolvieron los responsables de la gestión auditada.

   b) Describir la disposición o parte de ella que ha sido incumplida, y las bondades que hubiese alcanzado la gestión con su apego a la normativa.

   c) Describir en términos cuantitativos las pruebas practicadas para determinar este hallazgo y la incidencia que tiene ese incumplimiento en el volumen de las operaciones analizadas, a fin de ofrecer al lector una relación clara entre la frecuencia y las consecuencias del incumplimiento con el universo de operaciones o con la cantidad de casos examinados.

(52) En cualquier caso, debe tenerse cautela en incurrir en diferencia de trato con otras autoridades que por no haber sido auditadas sigan vinculadas al cumplimiento de la normativa, ni implica una excusa para promover su incumplimiento, puesto que la modificación, finalmente, será definida por otro organismo.

Todas estas sugerencias se orientan al debido cumplimiento de la Norma de Auditoría 181 del Intosai, que propone a los auditores que:

"Al informar sobre los casos de irregularidades o incumplimientos de las leyes y reglamentos, los auditores deben procurar que los resultados se reflejen adecuadamente. El alcance del incumplimiento puede ser referido al número de casos examinados o cuantificados en términos monetarios".

4. Cuando el auditor considera que determinados actos de incumplimiento no tienen significación suficiente para incluirlos en el informe, deben –en todo caso– comunicarlos al auditado, preferiblemente por escrito, refiriendo la comunicación en el informe y documentándola en los papeles de trabajo.

5. Frente al hallazgo de un incumplimiento, cabe tener presente la indicación considerada en las Normas Internas de Fiscalización del Tribunal de Cuentas de España(53), sobre la inviabilidad de recomendar el mero cumplimiento de disposiciones legales. La exigencia e imperatividad de cumplimiento que las normas jurídicas conllevan, hacen caer en irrelevancia o en facilismo, que la auditoría, al detectar una irregularidad, recomiende a la entidad, el mero cumplimiento de lo ya previsto en las normas. En ese sentido, las normas mencionadas consideran que:

   "La obligación de cumplir la normativa se dará por supuesta. En consecuencia, las recomendaciones no podrán limitarse a instar a la entidad fiscalizada al cumplimiento de sus obligaciones legales".

   En tal sentido la creatividad y prudencia del auditor debe llevar a plantear recomendaciones orientadas a evitar la reiteración de los hechos observados, siendo inconducente proponer –como si ello fuera innovador– que el auditado proceda a cumplir la norma, o a disponer el cumplimiento de la normativa.

   Lima, octubre de 2000.

Conclusiones

1. Las notas jurídicas relevantes del control administrativo financiero confiado a las EFS, como componente de la categoría de controles del poder público, son: tener un ámbito intraadministrativo; impulso oficial, que le hace inherente el juicio de relevancia de su accionar; tener una actuación permanente y continuada; objetividad de análisis; ser un control concreto; y, tener un resultado necesario.

(53) Normas 152 y 153.

2. El análisis de la legalidad de los actos sometidos a su ámbito es la labor más tradicional de las EFS, y surgió como manifestación de la necesidad de controlar el cumplimiento la relación de subordinación de la Administración a la legalidad. Solo modernamente con la aparición de las tendencias hacia la legitimación de los actos de gobierno y de *management*, han cobrado importancia otros referentes (eficiencia, eficacia, resultados, etc.) para medir a la gestión gubernativa.

3. El análisis de la legalidad posterior como elemento de contraste de la gestión gubernativa, conserva como factores favorables: su carácter objetivado (ser un factor preexistente a la gestión y externo al ente controlado), lo que le da mayores posibilidades de tecnicismo y sustentabilidad, a la vez que lo libra de la subjetividad que es propia de los otros parámetros alternativos.

4. El análisis de la legalidad posterior presenta como principales características:

    a) Ser un control jurídico concreto (en oposición a los controles jurídicos abstractos propio de la judicatura y en la medida que se aplica solo respecto de casos reales); y,

    b) Ser una competencia que no excluye la posibilidad de recurrir al empleo de técnicas presupuestarias, contables o de ingeniería, como parte del proceso analítico para analizar la congruencia de determinado acto con la norma.

5. El Derecho comparado regional presenta tres tendencias para regular la atribución del análisis de la legalidad en las EFS:

    a) Regímenes en los que el análisis de legalidad de las EFS constituye una atribución de fiscalización sobre la Administración en grado absoluto, esto es, que la entidad es apta para comprender todos los actos de la Administración controlada.

    b) Regímenes en los que el análisis de legalidad de las EFS constituye una atribución de fiscalización acotada a determinados actos, esto es que su ejercicio queda circunscrito a algunas decisiones públicas en razón de la materia, entre los que son incluidos preferentemente los actos de administración financiera, los relativos a la gerencia de caudales, fondos o bienes de la Administración Pública.

    c) Regímenes en que las potestades de control de las EFS se estructuran sin considerar como factor preponderante el criterio de legalidad, aun cuando este aparezca continuo y espontáneamente durante su ejercicio.

6. La evolución del Estado contemporáneo, influenciada por las ideas del *management*, y el tradicional control de legalidad, influenciado a su vez por las nociones positivistas y formalistas del Derecho Administrativo,

muestran constantes conflictos de reconocimiento y adaptación dentro de las competencias de las EFS. Estas inadecuaciones se manifiestan palmariamente en la tendencia existente a relegar el aspecto del control de legalidad dentro de las misiones fundamentales de las EFS y sustituirlas por acciones presididas por el análisis de resultados, pero sin advertir que ello resulta imposible sin analizar el entorno del cumplimiento normativo, como lo demuestra el hecho que en las auditorías financieras, de economía y eficiencia, y de gestión (según la tipología aceptada por el Intosai) ocupa papel relevante el componente: análisis de legalidad.

7. Esta falta de adecuación entre el análisis de legalidad tradicionalmente ejercido por las EFS (control de legalidad) y la nueva cultura administrativa del *management* no solo se origina en la incomprensión de este último, sino también de la manera poco prolija como ha venido siendo acometido este control de legalidad. Por ello se le percibe como un aspecto obstructivo a la gestión creativa, un factor de dubitación al momento de acometer innovaciones o de toma de riesgos gerenciales, como un indicador de desbalance en las organizaciones, o, en su caso, como un elemento irrelevante por centrarse en aspectos formales.

8. Las principales debilidades del análisis de la legalidad, bajo el enfoque del control de legalidad han sido:

   a) Caer en el legalismo más que en la juridicidad al momento de identificar incorrecciones, entendiendo que esta actividad se agota con el cotejo de preceptos normativos contra las decisiones adoptadas.

   b) Falta de percepción de la necesidad de gozar de niveles de discrecionalidad razonada de los administradores e insistencia en la noción agotada de la programación anticipada de la gestión por la legislación.

   c) Percibir su acción a partir de la norma vigente y no a partir de la gestión misma, a fin de correlacionar las posibilidades de actualización jurídica.

   d) Concebir que la capacidad de los funcionarios puede medirse por la observancia de la legalidad, sin conexión con otros factores sustantivos que le brinden legitimidad (resultados, eficiencia, eficacia, etc.).

   e) Satisfacer el análisis jurídico con el examen del cumplimiento legal o de conformidad legal, lo cual le hace incidir en las prohibiciones e impedimentos, y no proyectarse a otros aspectos, como por ejemplo, el riesgo jurídico.

   f) Valorar por igual el despliegue de esfuerzos para identificar cualquier incumplimiento normativo, sea afectivo de normas sustantivas o adjetivas, o se trate de acciones u omisiones.

g) Desconocer que el sistema jurídico posee características que dificultan a la gerencia pública ubicarse adecuadamente entre lo permitido o aquello indebido, por factores como: la deficiente técnica legislativa, el carácter fragmentario del Derecho Administrativo, la obsolescencia normativa, persistencia de los generadores de normas por establecer exigencias formales, en vez de definir objetivos o propósitos, la poca claridad normativa, la ilegitimidad económico-financiera de la norma.

h) Haber caído en la distorsión del control de legalidad que es la auditoría a los procedimientos, creyendo que con ello se agota el análisis legal con la verificación de los plazos, las formas, los recaudos, etc.

i) Haber pretendido poder comprender en su accionar simultáneamente todo el ordenamiento jurídico administrativo, sin proponerse analizar la posibilidad de adoptar un juicio de relevancia para ejercer su tarea, con base en criterios objetivos.

j) No advertir que la noción tradicional de la predeterminación normativa como base de toda acción administrativa, derivaba necesariamente en una idea simplista del control de legalidad, puesto que siendo la decisión ejecutiva solo una afirmación *secundum legem* del programa ya previsto por el legislador; obviamente la tarea de su control, consistiría nada más que en reconstruir mentalmente el decurso seguido por el gerente, con apoyo de la técnica jurídica adecuada, para determinar su grado de sujeción a ella.

9. La propuesta de abordar el análisis de legalidad bajo el concepto de la auditoría jurídica se orienta a plantear evolutiva y operativamente su ejercicio a partir del desarrollo alcanzado por la técnica de la auditoría y a la vez evitar las insuficiencias propias del control de legalidad. La auditoría jurídica comprende un conjunto de técnicas y métodos que persigue verificar que las dependencias gubernamentales se encuentren en posiciones jurídicas sólidas, combinando aspectos de eficiencia, eficacia y transparencia, así como que los intereses públicos que representan se encuentren en salvaguarda adecuada.

10. Los objetivos de la auditoría jurídica se concentrarán en:

a) Evaluación de la conformidad jurídica de las decisiones administrativas, pero no desde la norma jurídica misma, sino desde los actos y las exigencias de eficiencia y eficacia en la gestión.

b) Evaluación e identificación de situaciones de riesgo jurídico en las operaciones efectuadas u omitidas que puedan afectar a la gestión o a su patrimonio.

c) Evaluación de la suficiencia legal de la toma de decisiones para alcanzar los objetivos y metas institucionales.

d) Evaluación de la calidad de los instrumentos jurídicos vigentes, promoviendo su actualización.

11. Emprender la auditoría jurídica, como metodología evolucionada del control de legalidad, significa, en principio, acoger pautas derivadas de la auditoría a lo largo del proceso; entendiéndola como un proceso que se desarrollo en las fases de planeamiento, programación, ejecución y elaboración del informe. De tal suerte la auditoría jurídica alcanzará las siguientes características que la diferencian del control de legalidad tradicional:

    a) Vincular hechos y normas con sus respectivos contextos.

    b) Integrar al análisis, la apreciación los valores (eficacia, eficiencia o transparencia) a través de la exigencia legal que intenta evaluar.

    c) Analizar no solo la sujeción al marco jurídico de una actuación administrativa, sino la idoneidad del funcionamiento de la entidad desde la perspectiva jurídica.

    d) Analizar tanto actos positivos como omisivos en relación con los cometidos administrativos.

    e) Auditoría comprometida con cometidos administrativos.

    f) Verificar las restricciones legales (prohibiciones, impedimentos, etc.) y además el adecuado ejercicio y empleo de las posibilidades jurídicas de acción.

    g) Concentrarse en evaluar el cumplimiento de normas sustantivas y dedicarse a las procesales, solo cuando se trate de garantizar la transparencia y el debido proceso.

    h) Proyectar su acción al futuro, en vez de mantenerse en la crítica al pasado.

CAPÍTULO III

Los deberes y los derechos de los funcionarios y servidores auditados

Los deberes y los derechos de los funcionarios y servidores auditados

I. Consideraciones preliminares

La realización de una acción de control gubernamental (auditoría o examen especial) implica el desenvolvimiento de una de las funciones internas del Estado hacia su propia administración, en cuyo despliegue involucra a diversos funcionarios y servidores públicos.

El termino "auditado" es empleado para referirse a aquel que habiendo mantenido vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades sujetas al ámbito del control gubernamental, ejerció funciones en tales entidades que son objeto de supervisión, vigilancia y verificación por medio de alguna técnica del control gubernamental (examen especial, auditoría, etc.). Como se puede apreciar, se trata de un funcionario o servidor público que rinde cuentas al Estado a través de los mecanismos del Sistema Nacional de Control. La noción de auditado no comprende a las personas naturales o jurídicas con relaciones jurídicas de otra índole con las entidades, como son los postores, proveedores, contratistas, subcontratistas, etc. Ellos son terceros frente a la acción de control, no obstante lo cual les alcanza el deber de colaboración con la función de control, que se plasma en la obligación de acudir a los requerimientos de auditor (ej. Rendir declaraciones), dar testimonios y confirmar hechos, y proporcionar información o documentos relacionados con las compras del Estado. Pero en todo caso, este deber de colaboración no los identifica como auditados, ya que está limitado a aquello que fue el vínculo con la entidad pública y con el único propósito de verificar operaciones realizadas con la entidad auditada.

El presente ensayo está dedicado a compendiar y analizar brevemente cada uno de los componentes del estatuto de los auditados, como concepto comprensivo tanto de sus derechos como de sus deberes[1].

(1) Un interesante documento, aunque poco difundido es la denominada "Guía del Auditado" (Apéndice Nº 06 del Manual de Auditoría Gubernamental) que compendia los derechos y deberes de los auditados. Recomendamos su lectura.

Para empezar, debemos hacer una declaración de principio: ni el auditor ni el auditado se encuentran frente a frente para el logro de fines particulares, sino fines públicos. En tal sentido, es indispensable reconocer al auditado una serie de derechos que el auditor deba de respetarlos antes, durante y luego de la acción de control; así como que el auditado deba estar sujeto a una serie de deberes a favor del desarrollo oportuno, adecuado y certero de la auditoría. Tanto sus derechos como los deberes no se disponen para hacer prevalecer su posición individual, sino para mediante su sano equilibrio, lograr el fin público de hacer actuante el *accountability* de los funcionarios y formar la voluntad y la opinión del control gubernamental sobre la gestión pública.

II. Deberes de los funcionarios y servidores auditados

Los deberes que sujetan a los funcionarios y servidores con el control gubernamental los podemos dividir en:

1. Deberes preexistentes a la auditoría, que los sujetan a cánones de buena gestión y transparencia como condiciones previas indispensables para la realización de la auditoría; y,
2. Deberes propiamente exigibles durante una acción de control determinada.

1. Los deberes preexistentes a la auditoría

1.1. Deber de responder por sus acciones

Los funcionarios y servidores públicos están sujetos al deber general de rendición de cuentas de sus acciones, omisiones y gestión de bienes y recursos públicos, por lo cual quedan obligados a responder en el ejercicio de sus funciones, siguiendo la cadena de rendición de cuentas:

a) Todos los funcionarios y servidores responden ante sus superiores jerárquicos hasta el máximo nivel ejecutivo, por conducto regular;

b) Los máximos ejecutivos ante los titulares de las entidades que ejercen tutela (Ej. los proyectos especiales respecto a su matriz), hasta la jefatura del sector, en secuencia jerárquica;

c) Los titulares de los sectores, según la Constitución y la ley, ante el Congreso de la República,

d) Los titulares de empresas públicas ante las Juntas Generales de Accionistas y los Consejos Directivos;

e) Las autoridades universitarias y municipales ante las Asambleas Universitarias y Concejos Municipales;

f) Todos ellos ante la sociedad, mediante los mecanismos de participación política y comunal.

1.2. Deber de transparencia en el ejercicio de la función pública

Es obligación de los funcionarios o servidores públicos desempeñar en forma transparente sus actividades como fundamento para la credibilidad de sus actos. La transparencia en el ejercicio de la función pública involucra:

a) Generar y transmitir información útil, oportuna, pertinente, comprensible, fiable y verificable a sus superiores jerárquicos y a cualquier persona facultada para evaluar sus actividades, como los auditores.

b) Generar información antes, durante y después de la toma de decisiones, sobre su sustentación técnica.

c) Preservar y permitir, en todo momento, el acceso a esta información, tanto a sus superiores jerárquicos como a las personas encargadas del control interno o externo de sus actividades.

d) Evitar conflictos de intereses entre los fines institucionales representados por su actividad en la función pública con otros intereses personales o profesionales.

2. Los deberes concurrentes a la auditoría

2.1. Deber de identificar la acreditación

Los funcionarios auditados tienen como primer deber al inicio de una auditoría identificar plenamente a los auditores acreditados para dicha acción. Para el efecto, deben proceder a:

a) Comprobar la identidad de los miembros del equipo auditor.

b) Verificar la autenticidad de la carta de presentación.

c) Entrevistarse con los auditores para identificar la naturaleza de la auditoría.

2.2. Deber de brindar facilidades materiales para la realización de la auditoría

La realización de la acción de control implica contar con facilidades materiales para su desarrollo, que por la naturaleza in situ del trabajo deben ser proporcionados por la propia entidad auditada. Las reglas prevén que comúnmente las facilidades materiales se contraen a:

a) Dotar de un ambiente físico adecuado y seguro para la ubicación de la comisión (oficina, armario, archivador) que cumplan con exigencias

de seguridad, privacidad y proporcionalidad con la cantidad de personal que conforma la Comisión.

b) Equipo básico de oficina.

c) Hacer conocer los procedimientos regulares para el servicio de fotocopias, uso de vehículos, horarios de trabajo, procedimientos internos, ingreso a zonas reservadas o en feriados, uso de bienes, etc.).

d) Designación de un coordinador con la Comisión.

En ningún caso, la existencia de este deber obliga a los auditados a proporcionar: apoyo a tiempo completo del personal de la entidad, vehículos a tiempo completo, o para uso fuera del horario de actividades, servicio telefónico de larga distancia, alojamiento o alimentación. Dichas facilidades no son exigibles, pudiendo ser solo proporcionadas consensualmente de ameritarlo el caso.

2.3. Respetar el ejercicio de las competencias del control gubernamental

El auditado tiene como primer deber referido a la realización de las auditorías, el de respetar el ejercicio de las competencias constitucionalmente consagradas al Sistema Nacional de Control, por lo cual no caben acciones como las siguientes: diferir el inicio de la acción de control, pretender orientar sus objetivos o áreas a auditar, cuestionar a priori la oportunidad, objetivos o anticipar resultados de la auditoría. Es necesario dejar establecido que si bien no resulta viable pretender unilateralmente adoptar alguna decisión como las mencionadas, cuando se cuenten con motivos fundados y acreditables, los funcionarios y servidores pueden establecer los niveles de coordinación con las autoridades de control para superar o evitar dificultades.

2.4. Proporcionar los datos e informaciones que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o causa de su tenencia, a través del medio más directo, sin más limitación que las establecidas expresamente por la Constitución o la Ley

El control gubernamental fundamentalmente es análisis de información y comprobación documental, por lo que resulta de suyo importante el suministro de la información y documentación que posea la entidad, del modo más amplio. No resultan atendibles, argumentos como la reserva de la información, la necesidad de contar con autoridad superior, que la información no pertenezca a la dependencia del funcionario al cual se le solicita, sino a un tercero o a otra dependencia. Del mismo modo resultan contrarios a este deber, las prácticas indebidas de acumular información (entregar documentación masiva) sin especificidad, de acuerdo a lo requerido por el auditor o injustificadamente generar prórrogas o ampliaciones para hacerlo.

Este deber no solo implica la entrega física de documentación e información con los cuales se cuente, sino también –particularmente respecto a información procesada en sistemas automático de datos– brindar al auditor el acceso a los sistemas para que el mismo obtenga la información que le interese.

Las únicas excepciones para este deber son las reservas consagradas en la Constitución en aspectos tributarios y bancarios (art. 2 inc. 5 Constitución).

2.5. Prestar en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activa que pueda necesitar el control gubernamental, así como facilitarle los medios de prueba que se encuentren en su poder

El deber general de colaboración con el control gubernamental implican para el auditado también la obligación de prestar la asistencia activa para poder reconstruir los hechos, evidenciar las acciones producidas e identificar participaciones u omisiones de los funcionarios: del mismo modo, como ofrecer y facilitar los medios de prueba que existieran, incluso si no hubiesen sido específica y concretamente pedidos por el auditor.

2.6. Concurrir a las citaciones que se realicen y a brindar declaración

Los funcionarios auditados no solo colaboran aportando evidencia documental o informaciones generales al auditor, sino también mediante el testimonio acerca de los hechos que conocieren o hubiesen evidenciado. Por ello, el auditor queda facultado en su proceso de indagación a convocar a los auditados, pedirles sus manifestaciones, preparar actas y rubricarlas conjuntamente.

2.7. Elaborar los estudios, dictamen y opinión técnica especializada que les soliciten dentro de su ámbito funcional

La auditoría también puede requerir, –para dilucidar el carácter debido o indebido de una acción– la opinión especializada acerca de algún hecho o la preparación de un estudio sobre algún aspecto de la gestión que amerita su interés. Al cumplir con este deber, el funcionario público, colabora con el control gubernamental brindándole mayores y más especializados criterios para evaluar las bondades de su gestión.

2.8. Destacar personal especializado, en comisión de servicio a tiempo parcial, para asesorar comisiones de control

La complejidad de los hechos analizados puede conllevar a que se requiera del concurso de personal de la entidad a tiempo parcial para la mejor comprensión de las operaciones sujetas a auditoría. De producirse esta circunstancia, a pedido de los auditores, se podrá destacar personal a la Comisión, a tiempo parcial, en calidad de asesor en el asunto específico.

2.9. Permitir que los funcionarios o servidores tengan acceso a la documentación pertinente, para responder a los requerimientos de una acción de control o de las acciones administrativas y judiciales derivadas de esta

Otro de los deberes que surgen a las autoridades sujetas a la acción de control es la de permitir a sus funcionarios, servidores, pero sobre todo a los exfuncionarios y exservidores, acceso a la entidad, y a la documentación necesaria para absolver los requerimientos de la acción de control. Se trata de una proyección del deber de colaboración, que comprende a otros funcionarios y exfuncionarios, establecido en aras del esclarecimiento de los hechos por parte de los auditores.

3. Los deberes posteriores a la acción de control

El principal deber a la conclusión de la acción de control, es el de implementar las medidas correctivas contenidas en el informe. Como se sabe, a pesar de su denominación general de recomendaciones, las medidas correctivas aparejan vinculación para su destinatario, por lo que debe asegurar su cumplimiento debido, informando al sistema.

III. Los derechos de los auditados

Los principales derechos de un auditado frente al control gubernamental, en el momento del desarrollo del proceso de control son los siguientes:

1. A la continuidad de operaciones de los servicios de la entidad auditada

Un derecho inherente a toda gestión administrativa, es el de continuar sus servicios u operaciones en compatibilidad con el desarrollo de la acción de control. Se trata de establecer una proyección de la regla según la cual el control es un medio y no un fin en sí mismo, en cuya virtud, la naturaleza de los procedimientos a emplearse en la auditoría, –en ningún caso– pueden significar afectar la prestación de servicios o el cumplimiento encomendado a la entidad o dependencia auditada.

Mediante este derecho no se puede pretender impedir el inicio o desarrollo de una acción de control, sino que sus procedimientos o metodologías sean compatibles con la prestación de los servicios de un área o dependencia. Por ejemplo, no resultaría compatible con este derecho que se considere como un procedimiento de auditoría el cierre temporal de un establecimiento o la prestación de un servicio municipal a la comunidad.

La fuente de este derecho se encuentra en el principio de control gubernamental de no interrupción del funcionamiento del ente examinado contenido en la Ley del Sistema Nacional de Control:

"Artículo 9.- Principios del control gubernamental

Son principios que rigen el ejercicio del control gubernamental: (...)

o) La continuidad de las actividades o funcionamiento de la entidad al efectuar una acción de control".

2. A que se presuman lícitos sus actos, salvo prueba en contrario

El derecho a la presunción de inocencia tiene su proyección en las labores de control gubernamental, bajo la forma de la presunción de licitud de los actos administrativos. Esta presunción está establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, del modo siguiente:

"Artículo 9.- Principios del control gubernamental

Son principios que rigen el ejercicio del control gubernamental: (...)

II) La presunción de licitud, según la cual, salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes".

Consiste en la facultad de exigir que los actos u omisiones sujetos a las actividades de control sean considerados legales y transparentes, en tanto no se cuente con evidencia suficiente y pertinente que permita al auditor concluir en la culpabilidad del auditado. Como contrapartida de ello, corresponde la absolución en caso de insuficiencia probatoria, incertidumbre o duda razonable sobre las evidencias de culpabilidad obtenidas. La presunción juris tantum que sirve de sustento a este derecho implica que el auditor debe tener a priori un razonamiento exigido por ley, una predisposición mental o actitud, a favor de la legalidad de los actos.

Por su aplicación, la evaluación de la gestión, debe ser conducida estrictamente por evidencia convincente que le lleve a afirmar lo indebido del acto u omisión, respaldando en ella sus observaciones e informes; excluyendo al auditor la posibilidad de efectuar cuestionamientos por sospechas, falta de descargos, o situaciones análogas. En este mismo sentido, el auditado no podrá ser imputado como presunto responsable en el informe, sino en virtud de pruebas que generen convicción sobre su responsabilidad y siempre que hayan sido obtenidas legítimamente. Por este mismo motivo, la carga de la probanza está en el Estado –en la persona del auditor– por lo que no se le puede imponer al auditado la carga de probar su propia inocencia, como cuando se afirma que sus descargos no demuestran la legalidad de su accionar. Pero esta presunción también impone al control gubernamental, la necesidad de dispensar al auditado un tratamiento como inocente a lo largo del procedimiento de control, por lo que deben ser respetados en todos sus derechos subjetivos, como son al honor, la buena reputación, la dignidad, etc.

3. Derecho al debido proceso de control

El avance de los derechos fundamentales también ha tenido cabida en el proceso de control, cuya ley ha consagrado el derecho al debido proceso de control de los auditados en dos artículos:

"Artículo 9.- Principios del control gubernamental

Son principios que rigen el ejercicio del control gubernamental: (...)

g) El debido proceso de control, por el que se garantiza el respeto y observancia de los derechos de las entidades y personas, así como de las reglas y requisitos establecidos".

Novena.- Definiciones básicas

Constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes

Debido Proceso de Control.- Consiste en la garantía que tiene cualquier entidad o persona, durante el proceso integral de control, al respeto y observancia de los procedimientos que aseguren el análisis de sus pretensiones y permitan, luego de escuchar todas las consideraciones que resulten pertinentes, resolver conforme a la normativa vigente.

Nos encontramos frente al derecho a contar con las garantías debidas. Pero ¿cuáles son estas? Creemos que no pueden faltar: i) El derecho a la no discriminación en el tratamiento administrativo, como por ejemplo, si se otorgaran plazos diferenciados para la presentación de los descargos; ii) El derecho de acceso a la autoridad, por el que el auditado tiene el derecho a exponer sus argumentos directamente ante el auditor; iii) El derecho a participar en procedimiento, presentando información o documentos en cualquier estado del proceso de control y con el correlativo deber de ser evaluados por el auditor; iv) El derecho a probar, que implica que el dictamen u opinión del auditor se emita estrictamente sobre la base de la probanza actuada, la no exigencia de probanza sobre hechos que la Administración debe tener por ciertos o debe actuar prueba de oficio, la facultad de ofrecer y actuar pruebas de parte, la facultad de controlar la prueba de cargo que se pueda actuar (ej. Testimonios de terceros que involucren al auditado), el derecho a que sea valorada la prueba de descargo presentada, el derecho del auditado a no declarar en su contra. V) El derecho a un procedimiento de control sin dilaciones indebidas, como cuando el informe final no es emitido, no obstante haber actuado toda la prueba y concluido el programa de trabajo.

Pero este debido proceso de control presenta una potencialidad mayor cuando se refiere al derecho de defensa mismo.

En principio, el auditado tiene derecho a la comunicación del cargo o del hallazgo con carácter previo a la conclusión de la labor de control, con el

objeto de permitírsele manifestar su posición y buscar levantar la imputación preliminar que el auditor le realiza[2].

Todo proceso de control conlleva cumplir con la fase de petición de descargos a los auditados como una manera de un lado, de mostrar los hallazgos que pudieran haberse determinado preliminarmente por el auditor, y permitir al auditado ejercer su derecho de defensa frente a tales hechos[3]. Para este efecto, el auditado tiene un espacio temporal definido según la naturaleza, los alcances del proceso y la duración prevista para el examen. Es pertinente diferenciar entre la petición de descargos y los requerimientos de información que los auditores están facultados a ejercer, pero en momentos distintos y con disímiles objetivos. Mientras que la petición de descargos la realiza el auditor cuando ya tiene convicción sobre los hechos ocurridos sobre la base de la prueba obtenida y, protege el derecho de defensa del auditado (por lo que puede ser ejercido o no por él), la petición de información es una exigencia indispensable para que el auditor se informe o tome convicción sobre los hechos actuados y respecto al auditado existe un deber de colaboración por lo que debe ser necesariamente absuelto y atendido.

Las normas de auditoría contienen la regla en sentido que la no presentación de descargos por parte del servidor o funcionario, deberá ser revelado en el informe correspondiente. Tal norma no quiere decir que la omisión de descargos sean incluido en el informe como "indicio de culpabilidad", por no corresponder a su naturaleza; sino esta cláusula debe entenderse como una fórmula de salvaguarda para dejar esclarecido que sobre determinado tema, el auditor no ha tenido a la vista las argumentaciones del auditado.

El documento de exigencia de cargos debe satisfacer las características de precisión, claridad, inmutabilidad y suficiencia. Por lo tanto, son infracciones que pueden afectar el derecho de defensa, no solo la ausencia de comunicación de cargos, sino cuando se cursan cargos imprecisos, poco claros, carentes de información concreta sobre la persona como cuando se limitan a ser una relación de hechos sin conexión directa para el destinatario, cuando los hallazgos cursados difieren de los incluidos en el informe final.

Estas exigencias de precisión, claridad, inmutabilidad y suficiencia determinan el mayor o menor respeto por el derecho a las condiciones para la defensa adecuada. Por ejemplo, debe garantizarse al auditado la entrega y

(2) Generalmente, los descargos más importantes para desvirtuar los hallazgos de auditoría, son aquellos referidos a: La presentación de nuevos elementos de juicio que modifique la percepción inicial del auditor, la demostración de haber empleado un criterio erróneo, la existencia de normas específicas no consideradas en la estructuración del criterio de la auditoría, la demostración que el hecho constitutitvo de la observación es imputable a la acción u omisión de otra persona.

(3) Artículo 11.- Responsabilidades y sanciones derivadas del proceso de control. Las acciones de control que efectúen los órganos del Sistema no serán concluidas sin que se otorgue al personal responsable comprendido en ellas, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios y aclaraciones sobre los hallazgos en que estuvieran incursos, salvo en los casos justificados señalados en las normas reglamentarias.

acceso a los documentos y pruebas que se citan en el hallazgo (salvo que el auditado ya cuente con ellos)[4] y también de contar con un plazo razonable para entrega de información o absolución de posiciones, formulación de descargos y alegaciones.

Conocer el contenido del informe resultado de la auditoria, así como los documentos que sirvieron de base para su elaboración (dictámenes e informes previos, etc.).

Constituye derecho de los auditados conocer las apreciaciones conclusivas que el auditor ha presentado respecto de su gestión. El auditado es el primer interesado en conocer sobre los aspectos débiles, observaciones, deficiencias y opiniones que se produzcan acerca de sus funciones. Como tal tiene un derecho a obtener copia de las partes pertinentes del informe final, e incluso, comprende a los documentos sustentatorios o referenciados en el informe, si este se sustentara en otros dictámenes profesionales o técnicos (informes de ingeniería, legales, etc.).

(4) Por ejemplo, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 1199-2003-AA/TC) declaró fundada una demanda de amparo y ordenó que se declare nulo un procedimiento de control por cuando la Comisión Auditora no cumplió con entregar los documentos y pruebas que sustentan el hallazgo pese a que fueron solicitados por el auditado reiteradamente. La posición del Tribunal se resume en que "(...) el Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa del recurrente en la medida en que la omisión de proveer la información que sustentaba los hallazgos que se le imputan no le permitió conocer los términos en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en las infracciones imputadas. Solo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz".

CAPÍTULO IV

Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida

La posición de la Corte Suprema al respecto

Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida

La posición de la Corte Suprema al respecto

I. Planteamiento del tema

Un reciente proyecto de modificación al artículo 15 literal f) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la Republica (Ley Nº 27785) preparado por el Poder Ejecutivo y difundido por la prensa, propone la supresión del carácter de prueba preconstituida a los informes de control y sustituirlo por el deber de las autoridades de "merituar su contenido para las acciones subsiguientes".

Dicha propuesta, explícitamente reemplaza la frase referida a que los informes de control son "prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes", y reemplazarla por la frase "(los informes de control) serán merituados debidamente como material probatorio para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes".

El argumento esencial de esta propuesta de reforma es que la calificación de prueba preconstituida de los informes derivados de una acción de control en cualquiera de sus variedades (en adelante solo "informes de control") sería inconstitucional por cuanto el Tribunal Constitucional ha descalificado las pruebas plenas o tasadas dado que nuestro sistema constitucional sigue el criterio de la libertad de apreciación judicial de todas las pruebas[(1)]. Como se puede apreciar, los autores de la propuesta, asumen que la calidad de prueba preconstituida de los informes de auditoría equivale a dar mérito de prueba plena o de prueba tasada a la opinión profesional del auditor gubernamental y, por ende, que las autoridades destinatarias de las recomendaciones de un informe de auditoría (jueces o autoridades administrativas) no tienen facultad

(1) "En nuestro ordenamiento interno y concretamente en el proceso penal, no existe el sistema de la prueba tasada o prueba plena, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 283 del C de PP, existe la libertad de apreciación por el juez de todas las pruebas, la que deberá efectuarse bajo el criterio de conciencia (Exp. Nº 0010-2002-PI/TC, fund 156-B).

alguna para apreciar el mérito de estos documentos y deben resolver automáticamente con base en ellos. Ello resulta particularmente implicante en aquellos casos en que mediante informes especiales o a través de las recomendaciones contenidas en los informes de control se recomienda el deslinde de responsabilidades administrativas, civiles o penales en algún funcionario. Según esta tesis, el carácter de prueba preconstituida conduciría a que el sindicado debiera ser sancionado directamente –sin admitir prueba de descargo– en la vía administrativa o judicial.

Cierto es que la noción de prueba preconstituida es inusual en nuestra legislación nacional, pero ello no es justificación para que los autores de la propuesta (fundamentalmente auditados) desconozcan los alcances de dicho carácter y procedan a confundirlo con el valor probatorio pleno o tasado como se conoce en la doctrina procesal. Como veremos en este ensayo, la propuesta de reforma constituye la cúspide de una secuencia de equivocaciones suscitadas por el desconocimiento generalizado del carácter de "prueba preconstituida" que la ley atribuye a los informes de control. Para no contaminar el análisis con apreciaciones personales, nos limitaremos a exponer la posición que sobre este tema ha enarbolado correctamente el Poder Judicial cuando al momento de valorar el mérito de algún informe de control ha cumplido con exponer sus propiedades y también sus límites. Por lo tanto, tenemos ya definido en vía jurisprudencial qué es y qué no es una prueba preconstituida.

II. Evolución normativa de la naturaleza de prueba preconstituida de los informes de control

La calificación de prueba preconstituida para los informes derivados de una acción de control surgió con el Decreto Ley N° 26162 de 1992, Ley del Sistema Nacional de Control, cuando dentro de la facultad de declarar responsabilidades y determinar sanciones como consecuencia de las acciones de control, se estableció como atribución de los diversos órganos del SNC:

> "Artículo 16, inciso f).- Considerar que los informes y/o dictámenes resultado de una acción de control emitidos por cualquier órgano del Sistema constituyen prueba pre-constituida para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar".

Lamentablemente por tratarse de un decreto ley no es posible conocer la exposición de motivos o debates del anteproyecto de norma, lo que nos hubiese orientado para reconocer el sentido que con la calidad de prueba preconstituida se quería asignar a los informes de control. Lo que sí vale apreciar es que por la forma en que se redactó la disposición legal, la calidad de prueba preconstituida no resultaba ser un atributo per se y *erga omnes* de todos los informes de control, sino más bien era una atribución de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Sectorial e Institucional considerar como tales a los informes y dictámenes. Por ende, desde

una perspectiva literal no eran los auditados quienes debían asumir que los informes eran prueba preconstituida, sino que eran los integrantes del sistema quienes podían considerarlos así.

Lo que si resulta importante es que este carácter de prueba preconstituida tiene como propósito ulterior el inicio de las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar. Así, parece desprenderse de la frase "constituyen prueba pre-constituida **para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar**". No queda claro si para el legislador por la característica de prueba preconstituida se deberían emprender las acciones recomendadas o solo es que esos informes técnicos tienen como destino ser empleados en los procedimientos que se sucedan. Luego volveremos sobre este efecto de las pruebas preconstituidas.

Reincorporados al régimen democrático, dicho decreto ley fue derogado por la Ley N° 27785 Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que ratificó y precisó el carácter de prueba preconstituida de dichos informes de la siguiente manera:

> "Artículo 16 f).- Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba pre-constituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.
>
> En el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables".

En esta cláusula se supera la imperfección señalada en la norma predecesora y atribuye per se a los informes resultado de las acciones de control el carácter de prueba preconstituida. Cabe resaltar que la norma incorpora dos exigencias –aunque obvias– para que dicho informe adquiera ese carácter preconstituido: i) El informe debe ser el resultado de una acción de control efectuada; y, ii) El informe debe contar con el debido sustento técnico y/o legal.

Como sabemos la NAGU 4.10[(2)] define dicho Informe de control, como:

> "El documento escrito mediante el cual la Comisión de Auditoría expone el resultado final de su trabajo, a través de juicios fundamentados en las evidencias obtenidas durante la fase de ejecución, con la finalidad de brindar suficiente información a los funcionarios de la entidad auditada y estamentos pertinentes, sobre las deficiencias o desviaciones más significativas, e incluir las recomendaciones que permitan promover mejoras

(2) Resolución de Contraloría N° 162-95-GC, publicada el 26 de setiembre de 1995, se aprobaron las Normas de Auditoría Gubernamental (en adelante, "NAGU").

en la conducción de las actividades u operaciones del área o áreas examinadas".

Del mismo modo, las ya mencionadas NAGU también regulan lo referido a la oportunidad del Informe (4.20), características (4.30) y contenido del Informe (4.40), además del Informe Especial (4.50).

En ese sentido, comprendemos que la calidad de prueba preconstituida alcanza a todos los informes consecuencia de una acción de control, incluyendo a los denominados informes especiales que revelan indicios de delitos(3) y responsabilidades civiles(4)(5) y aquellos que solo contienen medidas correctivas de gestión y responsabilidades administrativas. Ellos se emiten en ejercicio de la facultad que le acuerda el artículo 15 literal e) de la misma Ley, por la que es atribución del Sistema "exigir a los funcionarios y servidores públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, identificando el tipo de responsabilidad incurrida, sea administrativa funcional, civil o penal y recomendando la adopción de las acciones preventivas y correctivas necesarias para su implementación".

Claro está, para arribar al informe debe haberse seguido regularmente el procedimiento establecido para su generación y contar con un debido sustento técnico y legal. Por lo tanto, cualquier otro documento proveniente del Sistema Nacional de Control carente de estas condiciones no podrá ser considerado como una prueba preconstituida. Por ello, consideramos conforme a derecho la posición de la Corte Suprema de la República cuando, por ejemplo, descalifica como pruebas preconstituidas las denominadas "Hojas de Recomendación" formuladas de manera unilateral por los órganos del sistema. En efecto, la Corte Suprema(6) ha restado su calidad afirmando que:

(3) Responsabilidad Penal.- Es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

(4) Responsabilidad Civil.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

(5) Para la determinación de la existencia de responsabilidad patrimonial o pecuniaria en un servidor deben concurrir los siguientes elementos: i) La existencia de un daño económico o perjuicio indemnizable a su entidad o al Estado; ii) Una acción u omisión por parte de algún funcionario o servidor público imputable a título de dolo, culpa leve o culpa inexcusable, que constituya un incumplimiento a una normativa expresa y concreta que le prohíbe, le impide o establece como incompatible dicha actitud. (Incumplimiento a un deber funcional explícito); iii) Una relación causal entre la acción u omisión funcional y el efecto dañoso producido en la entidad o en el Estado, o como la propia norma establece, una vinculación de causa adecuada al efecto entre la conducta activa u omisiva que importe un incumplimiento de las funciones y obligaciones por parte del funcionario o servidor público y el efecto dañoso irrigado o la configuración del hecho previsto como sancionable; y, iv) Imposibilidad de recupero del perjuicio indemnizable en sede administrativa, como por ejemplo, si la entidad pudiera resarcir un pago indebido a un proveedor, compensándolo en la liquidación, o frente a una no aplicación de una penalidad por mora, realizar su ejecución al proveedor directamente en sede administrativa.

(6) Cas. Nº 3026-2007-La Libertad.

"'Decimo Primero.- Siendo esto así, se arriba a la conclusión que la citada Hoja de Recomendación es un documento elaborado unilateralmente por el Auditor del demandante, no advirtiéndose de autos al no obrar declaración en contrario, la instauración de proceso de fiscalización, en el que a la recurrente se le hubiese dado la oportunidad de efectuar los descargos correspondientes con la finalidad de desvirtuar cada una de las imputaciones contenidas en dicho informe, conforme lo exige el artículo 32 de la Ley Nº 27444; por lo tanto, se colige que el citado medio probatorio no demuestra, conforme a las exigencias de la ley de la materia, los argumentos que sustentan la pretensión de la actora, menos si no se encuentran respaldados con otras pruebas que corroboren las afirmaciones vertidas, constituyendo simples dichos".

III. La prueba preconstituida dentro de las clasificaciones doctrinarias acerca de la prueba

La doctrina procesal nos informa que el término "prueba preconstituida" fue acuñado por primera vez por el pensador inglés y padre del utilitarismo Jeremías Bentham[7] al desarrollar su quinta clasificación de las pruebas judiciales, diferenciado entre las pruebas instrumentales escritas causales y las pruebas instrumentales escritas preconstituidas.

Para Bentham, las **pruebas instrumentales causales** eran los escritos que no han sido hechos originariamente para esta causa, es decir, con intención directa por parte de su autor que ellas sirvan como prueba jurídica, pero que resultan empleadas en los procesos judiciales (ej. Cartas, registros, asientos contables, etc.). Por el contrario, las **pruebas escritas preconstituidas** serían aquellos escritos hechos con sujeción a ciertas reglas legales, para ser empleados eventualmente y con posterioridad como prueba jurídica, como por ejemplo, un contrato o una declaración testimonial tomada previamente al proceso, la información obrante en los archivos de las dependencias estatales, entre otras.

Como se puede apreciar, esta conceptualizacion originaria de la prueba preconstituida estaba referida a la acción de preconstituir fuentes de prueba con miras a una eventual controversia o quizás para desalentarla. Pero coincidimos con Montero Aroca[8] cuando afirma que esta distinción entre prueba preconstituida y causal "parte de una grave confusión entre fuente y medio de prueba", ya que "(...) todas las fuentes de prueba existen antes del proceso (el documento o la persona que conoce los hechos) y todos los medios de prueba se proponen y practican en el proceso, aunque si puede ser cierto que

(7) BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales, sacado de los manuscritos de Jeremías Bentham*. Madrid, 1835, pp. 31-32. Este libro dedica su Libro IV a analizar diversos aspectos de esta clase de prueba como su utilidad, los objetos sobre los cuales puede recaer, etc.

(8) MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*. Bosch, Barcelona, 1991, p. 208.

la fuente de prueba puede surgir ocasionalmente (la persona que presencia un accidente simplemente porque pasaba por allí) o puede preconstituirse pensando en el proceso futuro (el contrato verbal que se realiza ante testigos".

En opinión que compartimos, Devis Echeandía[9] afirma que según la intención o no de producir un medio de prueba, las pruebas pueden ser preconstituidas o causales, es decir, según se haya tenido la intencionalidad de producir un medio de prueba estaremos frente a pruebas preconstituidas (como el documento en que se hace constar un contrato o la declaración extrajudicial y todas las que se aducen en el curso de un proceso), y las que sus autores no tienen la intencionalidad al crearlas pero llegan a servir como prueba posteriormente en el proceso y entonces son causales (las huellas o rastros, las cosas que sirven de indicios, el arma con que se dio muerte a una persona)".

En ese sentido, la noción de prueba preconstituida queda referida al destino pretendido por sus autores al momento de la creación de este tipo de pruebas, en una suerte de preparación probatoria de explotación posterior y no tanto a saber si son producidos antes del proceso o durante su curso (pues así se evitan confundirse con las denominadas pruebas procesales y las extraprocesales). Por ende, en la prueba preconstituida, por definición no existe una actividad bilateral, sino que es la parte interesada la que propende a su producción.

Ahora bien, no podemos soslayar que existe una diferencia importante –que redundaremos luego en la apreciación de su mérito– entre aquellas pruebas preconstituidas que se preparan por adelantado ante una eventualidad de tener que acreditar un hecho o circunstancia ante terceros o en sede judicial, esto es, con ánimo meramente preventivo, y, por otro lado, tenemos aquellas pruebas preconstituidas en las que su autor o promotor las preparan única y exclusivamente con el fin inmediato de ser utilizadas en un proceso[10]. A estas últimas pertenecen los informes de control, las actas de los verificadores tributarias, los atentados policiales y demás provenientes de autoridades públicas, en los que el mismo que las formula concibe deliberadamente que sean empleadas en el proceso posterior que el mismo se encargara de promover. Por ello, estas clases de pruebas preconstituidas suelen ser vistas con mayor desconfianza por cuanto es la misma parte quien "preconstituye" la evidencia ante la inminencia de un proceso que el mismo va a proponer su inicio y muchas veces, sin el control o intervención suficiente de la otra parte interesada.

Es curioso advertir que ha sido en el Derecho Procesal Penal que la noción de prueba preconstituida ha sufrido los más serios condicionamientos para

(9) DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I, p. 513.

(10) PORZIO, Paula Eugenia. "La actividad probatoria preliminar. ¿Sería necesaria su regulación?". En: <http://www.eldial.com.ar/suplementos/procesal/i_doctrinaNP.asp>.

reconocerse su validez probatoria en el proceso judicial correspondiente. En efecto, de la mano de los principios de verdad material e inmediatez que caracteriza al proceso penal, la preconstitución de pruebas con carácter previo al proceso ha sido restringida hasta condicionarla a los casos en que se cumpla con algunas condiciones, tales como, su necesaria práctica en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decidor, la observancia de los principios de contradicción y publicidad y la necesidad de delimitarlo a los casos en que esos medios de prueba sean irrepetible al interior de proceso mismo (como cuando la probanza de los hechos deben ser asegurados urgentemente debido a su fugacidad)(11). Así, se exige a algunas de las más conocidas pruebas preconstituidas del proceso penal: las actas policiales de incautación, inmovilización, de intervención, resultados de las pruebas alcoholométricas, etc. Atendiendo a esta doctrina es que el artículo 325 del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 297, ha señalado que: "Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código".

Como se puede apreciar, la vertiente penal de las pruebas preconstituidas las asocia con las actuaciones que por su carácter irrepetible pueden formar parte de las pruebas que se presentan en el juicio oral. Pero debemos tener claro que esta vertiente penal de las pruebas preconstituidas no es aplicable a todo el universo de casos, porque como bien ha señalado la Defensoría del Pueblo(12) en el "es evidente que este concepto (de prueba preconstituida en el procesal penal) no resulta aplicable a los informes emitidos como consecuencia de una acción de control".

Desde la perspectiva analizada, debemos concluir que la calidad de "prueba preconstituida" no corresponde a un criterio clasificatorio en función del mérito valorativo de la prueba, del grado de vinculación de su contenido para su destinatario, o sobre la forma cómo debe ser valorado por este. Nada más equivocado es señalar, entonces, que el informe de control como prueba

(11) Esta posición no es compartida unánimemente por la doctrina porque implica una asociación incorrecta entre la prueba preconstituida y la prueba anticipada. Como bien afirman Montero Aroca y otros, referidos a las sentencias del Tribunal Constitucional que sustentan aquella posición:

"El TC parece equipararla (la prueba anticipada) a la prueba preconstituida (p. ej. STC Exp. N° 182/1989 217/1989) lo que no es acertado. El concepto de prueba preconstituida (constatación documental de un hecho representativo a efectos probatorios) es más amplio que el de prueba anticipada y, tal vez, esencialmente distinto (una declaración testifical anticipada no ha de ser considerada, en el momento del juicio, como una prueba documental. La formación de la prueba preconstituida no requiere –a diferencia de la anticipada– intervención de un órgano jurisdiccional, ni constatación formal de irreproductibilidad de la prueba, ni que se respete la contradicción, por todo lo cual su calidad de prueba tampoco se determina del mismo modo que respecto de la prueba anticipada". MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional, III Proceso Penal*. Bosh, 1994, p. 329.

(12) Informe Defensorial N° 96, denominado "Balance a dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública".

preconstituida sea una prueba plena para los procesos judiciales o procedimientos administrativos que se deriven del cumplimiento de la recomendación. Esta posición ha sido esclarecida por suficiente y reiterados fallos de la Corte Suprema de la República, como el siguiente:

> "Décimo: que, de acuerdo a lo establecido en el inciso f) del artículo dieciséis de la Ley Número veintiséis mil ciento sesentaidos, Ley del Sistema Nacional de Control, vigente hasta el veintitrés de julio del dos mil dos, los informes y/o dictámenes resultado de una acción de control, emitidos por cualquier órgano del sistema constituyen prueba preconstituida para iniciar las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar;
>
> Undécimo: Que, en tal sentido, el informe antes referido (en virtud del carácter de prueba preconstituida) constituye un verdadero acto de prueba formalizado con anterioridad al inicio de este proceso y que tiene mérito suficiente para poder demostrar los hechos que constituyeron objeto de su investigación; ello, claro está, no implica otorgar a esta prueba el carácter de prueba absoluta e incontrovertible sino, solo reconocer que salvo la existencia de elementos de prueba que enerven su eficacia su solo mérito basta para que el juez pueda con absoluta convicción establecer el derecho que corresponde a las partes en el proceso. En consecuencia, no existiendo prueba en autos que desvirtúe su validez, es su mérito acreditar las irregularidades en que incurrió el actor en el desempeño de sus funciones (...)"[(13)].

Conforme a esta posición de la Corte Suprema, podemos concluir que calidad de prueba preconstituida del informe de control hace de ella una prueba formalizada con anterioridad al proceso, esto es, posee un carácter preprocesal pero no es una prueba con valor probatorio pleno o definitivo. A diferencia de la prueba pericial constituida dentro del proceso (a pedido de las partes o de oficio siguiendo el criterio judicial), en este caso la ley ya ha decidido de antemano la utilidad de contar con esta prueba en materia de responsabilidad funcional y sustituye la designación judicial del perito por la designación efectuada por la autoridad administrativa, quien se hace responsable de verificar la capacidad técnica de los peritos y del debido procedimiento en su preparación, sujeto a control judicial posterior.

Ahora bien, sin adelantar aún cuáles son las reglas para la apreciación judicial del informe de control y su mérito probatorio, debemos advertir que su

(13) Cas. Nº 935-2005-Ica 24/03/2007. La mismo posición –pero en el ámbito penal– podemos advertir en la Ejecutoria Suprema del primero de febrero de 2005 (Exp. N° 2554-2004-Arequipa), en el que afirmo análogamente que: "Si bien es cierto que el examen de Contraloría General de la República, constituye un medio probatorio, esto no puede considerarse prueba plena y definitiva, puesto que el Juez en su condición de Director del proceso puede incorporar otros medios probatorios a fin de corroborar si fuere el caso, para llegar a una certeza legal para definir la situación jurídica del imputado (seguido contra Mercedes Rodríguez Bustinza y otros por delito de Abuso de Autoridad y otros en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Miraflores)".

utilidad como prueba –conforme a su naturaleza de prueba pericial– versará siempre sobre los hechos que revela y no sobre los criterios de calificación normativa o subsunción jurídica que hagan los auditores respecto a determinadas infracciones. En efecto, su mérito está en poder demostrar cuáles fueron los hechos que constituyeron objeto de su investigación y no en su calificación jurídica, que es objeto de competencia de las autoridades a cargo del proceso y ulterior sanción. Por ello, el informe de control como pericia técnica siempre se limita a revelar hechos debidamente comprobados por el auditor, por lo que su valor radica en esos aspectos fácticos que revela y en la correspondiente opinión técnica sobre ellos, mas no en la calificación jurídica que de ellos realiza (esto es si califica como determinado delito o como una específica falta administrativa) porque la competencia calificadora corresponde a los jueces y a las autoridades de la administración activa, en caso de delitos y faltas respectivamente.

IV. El carácter de prueba preconstituida es independiente de la obligación de implementar las recomendaciones contenidas en el informe sobre deslinde de responsabilidades

Establecido que el carácter de prueba preconstituida conferido por la ley a los informes de control, se refiere al objetivo con el cual se elaboran por el auditor y no a su mérito probatorio, nos queda por entender si las recomendaciones de deslinde de responsabilidades administrativas, civiles o penales[14] tienen carácter obligatorio o no para las autoridades receptoras de los mismos.

En nuestra opinión, conforme a lo que es el consenso internacional en materia de fiscalización superior[15], el carácter obligatorio de los recomendaciones de deslinde de responsabilidades funcionales –como cualquier otra recomendación– queda claramente establecido a partir de entender los alcances de la capacidad de influencia vinculante que posee la administración de control (afincada en el Sistema Nacional de Control) sobre la administración activa, de gestión o auditada. Por un lado, tenemos el deber legal que tienen los titulares de las entidades de implementar todas las recomendaciones planteadas por

(14) Por recomendaciones de deslinde de responsabilidades funcionales, entendemos a las recomendaciones que realiza el auditor con respecto a algún funcionario o servidor para que se proceda a deslindar su responsabilidad administrativa-funcional por algún acto u omisión indebida o para efectuar la denuncia penal por los indicios de delito revelados o la demanda civil por el perjuicio económico irrogado al patrimonio institucional. Por su propia naturaleza no corresponde al control gubernamental –sino a la administración activa– sancionar directamente ni proponer la sanción administrativa que crea aplicable, sino solo sindicar los indicios de responsabilidad y recomendar su procesamiento.

(15) Para una visión comparada de este tema, véase ROQUE CITADINI, Antonio. *El control externo de la Administración Pública*. Edición de la Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, 1999, p. 53 y ss.

el Sistema Nacional de Control[16], y del otro las facultades del Sistema Nacional de Control para proponer recomendaciones vinculantes, supervisar su cumplimiento y sancionar en caso de desatención[17]. Desde esa perspectiva, el informe de control para la entidad receptora, posee naturaleza vinculante, por lo que sus conclusiones y recomendaciones son de seguimiento obligatorio por parte de la administración activa conformando la motivación fundamental de aquellos actos que se dictan en su aplicación.

Nótese que para ello resulta indiferente la calificación de los informes como prueba preconstituida, porque dicho carácter vinculante del informe deriva solo de la especial relación de control existente entre el Sistema Nacional y la Administración Pública activa.

Habiendo establecido que –sobre la base de un informe de control cabalmente realizado– existe la obligación funcional del destinatario de abrir el procedimiento disciplinario aplicable según la recomendación, presentar la demanda o la denuncia correspondiente. Nos queda por apreciar las particularidades de la valoración de este medio probatorio.

(16) Ley Nº 28716

Ley de Control Interno de las Entidades del Estado

Artículo 6.- Obligaciones del Titular y funcionarios

Son obligaciones del Titular y funcionarios de la entidad, relativas a la implantación y funcionamiento del control interno:

e) Disponer inmediatamente las acciones correctivas pertinentes, ante cualquier evidencia de desviaciones o irregularidades.

f) Implementar oportunamente las recomendaciones y disposiciones emitidas por la propia entidad (informe de autoevaluación), los órganos del Sistema Nacional de Control y otros entes de fiscalización que correspondan.

(17) Ley N° 27785, Ley orgánica del sistema nacional de control y de la contraloría general de la República

Artículo 22.- Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

Supervisar y garantizar el cumplimiento de las recomendaciones que se deriven de los informes de control emanados de cualquiera de los órganos del Sistema.

Artículo 32.- Facultades del Contralor General

En el desempeño de su gestión, el Contralor General de la República se encuentra facultado para:

d) Ejercer e impulsar directamente, o en caso de incumplimiento, a través de la autoridad llamada por ley, las acciones pertinentes para asegurar la implementación de las recomendaciones y acciones legales derivadas del proceso de control a cargo del Sistema.

Artículo 42.- Infracciones

Constituyen infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General:

d) La omisión en la implantación de las medidas correctivas recomendadas en los informes realizados por los Órganos del Sistema.

V. ¿El informe de control es requisito de procedibilidad para deslindar responsabilidades funcionales? ¿El informe de control circunscribe el alcance del deslinde judicial?

Un primer aspecto incierto es determinar si es necesario que para cualquier procesamiento por responsabilidad funcional, el pronunciamiento del control gubernamental a través del informe de control, constituye una condición legal necesaria que debe cumplirse, sin la cual no procedería adelantar las investigaciones administrativas. Ciertamente ninguna norma califica al informe de control como un requisito de procedibilidad en tales términos respecto al deslinde de responsabilidades civil, penal o administrativo. No obstante, en algunos casos de apreciación compleja puede resultar altamente conveniente para la autoridad instructora solicitar y contar con esta opinión técnica independiente respecto de los hechos investigados.

En esa línea, respecto al deslinde de responsabilidades penales, el Ministerio Público(18) tiene establecido dos supuestos distintos: i) Si al tiempo de realizar una investigación fiscal hubiere concluido o estuviere aún en curso una acción de control, deberán solicitar sus resultados; y, ii) si no se hubiese realizado alguna acción de control sobre estos hechos, podrá ser solicitado, pero por medio del despacho del Fiscal de la Nación y no por cada fiscal. La Circular en mención establece lo siguiente:

> "(...)
>
> 2. Los Fiscales Provinciales Penales o Mixtos en los casos de denuncias sobre supuesto mal uso de los recursos del Estado, deben solicitar el Informe resultante de la acción de control iniciada o que se encuentre en curso en la Contraloría General de la República o Sistema Nacional de Control, a efecto de ser Incluido en la investigación de su competencia.
>
> 3. En los casos en que los Fiscales Provinciales Penales o Mixtos realicen una investigación y la Contraloría General de la República no haya iniciado una acción de control, canalizarán a través del Despacho del Fiscal de la Nación su solicitud ante el Contralor General de la República a fin de que disponga el apoyo técnico en relación con el asunto materia de investigación".

No obstante, en los casos en los cuales exista un informe de control, no existe subordinación de las autoridades judiciales a su contenido debido a que la competencia investigatoria corresponde al Ministerio Público y al Juez. Es por ello que, por ejemplo, si un informe de auditoria descarta la existencia de responsabilidades funcionales o las haya en determinado sentido, no enervan la capacidad del Ministerio Público y del Juez para poder llegar a conclusiones distintas y hasta contrarias con el debido fundamento. Por ello, estamos de acuerdo con la tesis que sustenta la Corte Suprema cuando indica

(18) Circular Nº 001-2004-MP-FN aprobada por Resolución Fiscalía de la Nación Nº 021-2004-MP-FN, del 08/01/2004.

que el informe de control no circunscribe el ejercicio de la jurisdicción penal ni vinculan al Ministerio Público ni al Poder Judicial:

> "El Informe de Auditoría, por su propia naturaleza, y la denuncia del Procurador, no circunscriben el ejercicio de la jurisdicción penal -no constituyen propiamente requisitos de procedibilidad (...) **El Informe de Auditoría posee un carácter jurídico penal no vinculante al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional** (...) estando al principio de exhaustividad, la sentencia debe motivar como corresponde todos los cargos penales a los que hace referencia el informe de auditoría, y, valorar en toda su dimensión –en relación con las exigencias típicas de los ilícitos acusados– el mérito del Informe de Auditoría, de la pericia contable oficial y de las pericias de parte en relación a la totalidad de cargos materia de acusación fiscal"(19).

Pensar en sentido contrario, implica que la autoridad del Ministerio Público y el Poder Judicial quedarán sometidas a los criterios y opiniones del Sistema Nacional de Control. En ese sentido, las autoridades judiciales mantienen la facultad para apartarse en la sentencia y dictámenes de los alcances del informe de control con la explicación debida de su motivación y bajo su responsabilidad.

VI. Reglas jurisprudenciales para valorar el mérito de un informe de control en sede judicial con ocasión de la sindicación de responsabilidades funcionariales(20)

Conforme a la doctrina jurisprudencial, el informe de control constituye una pericia preprocesal institucional que se elabora por mandato legal para orientar al juez en el deslinde de las responsabilidades incurridas por funcionarios y servidores públicos, concurriendo con las demás pruebas que se actúen en el respectivo proceso para, mediante la apreciación conjunta de todos los medios probatorios, llegar a la conclusión final de la autoridad competente.

Algunas reglas sobre el valor probatoria de los informe de control a partir de los criterios expuestos por la Corte Suprema, son los siguientes:

1. El informe de control tiene eficacia valorativa por sí misma siendo apta para enervar la presunción de inocencia y fundamentar una condena

En principio, compartimos las expresiones del magistrado San Martín acerca de las bondades del mérito del informe de control.

(19) Ejecutoria Suprema de 25/05/2005 recaída en Exp. RN N° 1004-2005-Huancavelica EP 03/06/2005.

(20) Recomendamos leer la investigación realizada por el colega CUMPA TORRES, Marco Antonio. "Apuntes sobre prueba preconstituida". En: <http://www.monografias.com/trabajos61/prueba-preconstituida/prueba-preconstituida.shtml>.

"Por la evidente completitud de su contenido, en tanto realiza las normas de auditoría gubernamental, constituye una información legalmente suficiente para calificarla y, de ser el caso, promover la acción penal y dictar el auto de apertura de instrucción"[21].

Ahora bien, al interior del proceso abierto es innegable que la eficacia valorativa del informe de control es relevante[22], de tal suerte que, es potencialmente apta para enervar la presunción de inocencia del procesado y justificar una condena, en caso haya sido preparado técnicamente y el juez valore favorablemente los alcances de ese medio probatorio[23]. Nótese que el informe es potencialmente apto para fundamentar la sentencia del juez, pero para ello debe convencer al juez de lo acertado de sus conclusiones y de lo adecuado del procedimiento seguido para su preparación. Para ello, el informe de control debe contar con fundamento probatorio suficiente, contener conclusiones claras, firmes y lógicas, no existir otros medios probatorios que le resten eficacia y que dentro del proceso haya atravesado satisfactoriamente el debate contradictorio.

2. El informe de control no limita ni excluye la actuación de otras pruebas para comprobar los hechos del proceso

En la realidad, las autoridades judiciales necesitan corroborar los hechos aportados por el informe de control para validar sus alcances y méritos, Por ello, es que un informe de control no es la prueba única ni menos excluyente dentro del proceso. No es la única prueba de cargo que se pueda aportar, ni obviamente reduce las posibilidades probatorias del afectado.

Uno de los supuestos más comunes es la posibilidad que tiene el juez de pedir otra pericia contable sobre los mismos hechos y el mérito que esta pueda tener respecto al informe de control, sobre todo cuando se arriben a pericias discordantes.

(21) Conviene señalar que de la misma manera en que un fiscal al estimar insuficiente o deficiente el Informe Especial, puede abrir una investigación preliminar directa, o bajo su conducción el titular de la entidad puede determinar iniciar o no el proceso civil o penal o procedimiento administrativo. Como tampoco puede hacerlo el fiscal, el titular de la entidad no puede negar el contenido del Informe, "repetir sus actuaciones o señalar, sin más, que las evidencias o, mejor dicho indicios procedimentales que explique e incorpore el Informe Especial carecen de valor para instar la intervención de la jurisdicción penal". Ibídem, p. 127.

(22) "La Ley del Sistema Nacional de Control señala, que los informes resultados de una acción de control constituyen prueba preconstituida, en consecuencia, tienen eficacia valorativa" (Ejecutoria Suprema del 30/05/2003 emitida por la Sala Penal Transitoria recaída en el Expediente Recurso de Nulidad N° 1285-2002-Lima).

(23) "El informe especial de la Contraloría General de la República tiene el carácter de pericia institucional preprocesal, y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente acompaña la prueba instrumental que justifica sus conclusiones, por lo que en principio es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia" (Ejecutoria Suprema del 07/12/2005 recaída en el Expediente RN N° 3700-2005-Ucayali).

Para algunas posiciones jurisprudenciales resulta indispensable esta pericia contable adicional para corroborar su mérito. Así se mencionó en algún caso que:

> "**Los informes especiales de la Contraloría General de la República deben ser corroborados con un dictamen pericial contable completo**, pues si bien es cierto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control establece que se considera que los informes y/o dictámenes resultado de una acción de control emitidos por cualquier órgano del Sistema constituye prueba preconstituida para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar, es cierto también que la ley no precisa que los indicados informes sean implicantes y excluyentes para los efectos de que sirvan como única prueba determinante para llegarse a alguna determinación"(24).

También en ese mismo sentido, la propia Corte Suprema ha manifestado que:

> "El informe especial emitido por el órgano de auditoría interna de una entidad, no resulta material probatorio suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, al no haberse efectuado durante el proceso una pericia contable"(25).

En este caso, la Corte Suprema hace aparecer como necesaria la colaboración del mérito del informe elaborado por auditores privados.

En nuestra opinión, si bien el informe de control no excluye otros medios probatorios, tampoco debería entenderse como indispensable que para admitir su mérito deba haber una pericia contable que corrobore sus alcances. Ello solo podría resulta admisible, cuando hubiere cuestionamientos razonables por parte de los procesados o el juez tuviere dudas sobre el valor, estructura o calidad del informe de control. De no haber esas circunstancias, bastara que el informe de control haya sido sometido al contradictorio para que el juez pueda apreciar su mérito. Por ello, es que concordamos con otra posición que ha tenido sobre el particular la Corte Suprema:

> "(...) Si bien es cierto los procesados en sus respectivos recursos impugnatorios cuestionan la no realización de una pericia contable, así como el carácter de prueba preconstituida del informe de la CGR, debe tenerse en cuenta que el aludido informe fue sometido al contradictorio, donde los procesados tuvieron la oportunidad de contradecir sus conclusiones y de aportar la prueba de descargo pertinente, lo que con ello, queda claro, que se garantizó su derecho a la defensa y al debido proceso, contemplado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado; a lo que debe agregarse que la sentencia materia de la impugnación, al condenar a los recurrentes, ha tenido como sustento los anexos del citado

(24) Ejecutoria Suprema del 26/04/2002 recaída en el Exp. N° 1329-2001.
(25) Ejecutoria Suprema del 01/10/2004 recaída en el Exp N° 55-2004-RN.

informe, a los que debe agregarse los expedientes técnicos de la obra materia del cuestionamiento; elementos estos que llevan a concluir la comisión de los delito materia de la acusación fiscal"[26].

3. El juez tiene la facultad de apreciar el mérito del informe de control conjuntamente con todos los demás medios probatorios, utilizando su apreciación razonada

El valor probatorio del informe de control será estimado por el juez teniendo en cuenta la competencia profesional de los peritos, los principios y reglas contables o administrativas en que se funda, la suficiencia o insuficiencia que muestre respecto a los cuestionamientos de las partes en el proceso, pero sobre todo en armonía con todo el materia probatorio que se haya actuado en el proceso. Por ello, "(...) el **carácter de prueba preconstituida del Informe Especial de Contraloría General de la República, contrastado con los demás medios de prueba**, es factible de generar convicción y certeza respecto al ilícito materia del proceso"[27].

Ahora bien, si en el acervo probatorio del proceso aparecen otras pruebas (testimoniales, documentales, declaraciones, etc.) que desvirtúen las conclusiones del informe de control, le restará eficacia probatoria, puesto que "la convicción debe partir del análisis global y razonado que se formule del conjunto total de los medios de prueba existentes en la causa"[28] El ejemplo típico de medios probatorios que restan eficacia al peritaje es el de las "pericias discordantes", donde al informe de control se le suma la pericia de oficio pedida por el juez y/o las pericias ofrecidas por las partes, pero con conclusiones contradictorias o incompatibles entre sí, obligando a un mayor análisis al juzgador. Como resulta lógico, en caso de pericias discordantes, el juez puede optar por aquella pericia que se ajuste más razonablemente al conjunto de medios probatorios.

En este caso, la Corte Suprema ha tenido ocasión de establecer que las pericias discordantes restan eficacia al informe de control, como por ejemplo sucedió en el siguiente caso en el que se explicito que:

> "La prueba es un medio u objeto que proporciona al juzgador el convencimiento de la existencia de un hecho. Desde el punto de vista objetivo sirve para acreditar un hecho desconocido; y, desde un punto de vista subjetivo, es la convicción o certeza que tal medio u objeto produce en la mente del juez; sin la existencia de la prueba no es posible dictar resolución judicial alguna que afecte el entorno jurídico de las partes, sobre todo del imputado (...) **Los únicos elementos de cargo que pesan sobre**

(26) Ejecutoria del 24/01/2007 recaída en el Exp. RN N° 3699-2006-Ucayali.
(27) Ejecutoria Suprema del 18/04/2007 recaída en Exp. RN N° 5667-2006-Lima.
(28) VARELA, Casimiro A. *Valoración de la prueba*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 196.

> **los encausados son los Informes Especiales Legales (...)** En autos existen medios probatorios que desvirtúan las imputaciones precitadas, tal como consta del Informe Contable Pericial (...) La pericia contable realizada tuvo como objeto analizar y evaluar los Informes Especiales Legales practicados por la Comisión de Auditoria de la CGR (...) El precitado informe contable concluye que las deficiencias cometidas por el Comité Especial son de índole netamente administrativas y debieron observarse dentro de la misma entidad (...) **En autos no obra prueba suficiente y concluyente que enerve la presunción de inocencia de la que son titulares los procesados"**[29].

En similares términos, la propia Corte Suprema se pronunció sobre otro caso similar:

> (...) Tercero: que el informe de auditoría número cero cero uno-dos mil-mp-ctar-drep-oai, realizado a los estados financieros de la oficina de administración de la Dirección Regional de Educación de Puno correspondiente a los meses de enero a octubre de mil novecientos noventa y nueve, fecha en que las acusadas Aguilar Olivera y Tapia Chávez eran jefa de la oficina de administración y jefa de tesorería, respectivamente, determinó que no se había sustentado con documentos un monto ascendente a veinticuatro mil seiscientos cuarenta y tres nuevos soles; que, sin embargo, este informe ha sido desvirtuado por el peritaje contable de fojas cuatrocientos sesenta y uno, ratificado en el juicio oral, que concluyó que el referido monto se encuentra debidamente justificado con los comprobantes de gastos respectivos, y que solo existe una diferencia de ciento setenta y cinco nuevos soles, de los cuales ciento cincuenta y nueve nuevos soles competen a Aguilar Olivera y dieciséis nuevos soles a Tapia Chávez. Cuarto: que en autos no obra prueba que acredite que las acusadas se hayan apropiado ilegítimamente del dinero dado en custodia en sus condiciones de jefa de administración y jefa de tesorería de la oficina de administración de la dirección regional de educación de Puno, quienes además durante el proceso han contribuido al esclarecimiento de los hechos, por lo que no resulta razonables atribuirle la apropiación de la irrisoria suma de ciento setenta y nueve nuevos soles, tanto más si se ha establecido que el Informe de Auditoria N° 001-2000-MP-CTAR-DREP-OAI fue realizado por Haydee Madariaga Romero, quien fue denunciada por las recurrentes ante el Poder Judicial; **que, en tal virtud, no habiéndose desvirtuado la presunción constitucional de inocencia que les asiste, resulta procedente absolverlas de los cargos formulados en la acusación fiscal**, (...)[30].

(29) Ejecutoria Suprema del 01/03/2005 recaída en el Exp. RN N° 1703-2004-Sullana.
(30) Sala Penal permanente, R. Nº 768-2005 (Puno) de siete de julio de dos mil cinco.

4. El investigado tiene derecho a controlar la incorporación al proceso del mérito probatorio del informe de control

De ordinario, el debido proceso comprende el derecho de controlar la prueba que se actúe en el proceso e incluso el derecho de hacer la crítica de la prueba, esto es, de analizarla y refutarla o destacarla, según se considere pertinente. En el caso de una prueba preconstituida al proceso, este derecho resulta más relevante dado que la misma ha sido elaborada unilateralmente, bajo principio de reserva y sin posibilidad de controlar su producción ni la forma como el auditor valore los argumentos del auditado o las pruebas actuadas para la confección del informe.

Al momento de incorporarle al proceso, el mérito del informe de control puede ser pasible de controlársele a través de la realización de cuestionamientos debidamente fundamentados de tres índoles:

1. Cuestionamientos al aspecto fáctico de las conclusiones (ej. Su eventual falsedad o impropiedad técnica);
2. Cuestionamientos al aspecto técnico del informe pericial (ej. Su inexactitud o contradicción interna).
3. Cuestionamientos al procedimiento de formulación del informe pericial (ej. Carencia de aptitud o neutralidad del auditor para conocer de los hechos objeto de prueba, violación al derecho de defensa, valoración inadecuada de los descargos, etc.).

Pero para ello, los procesados tienen la posibilidad de pedir la comparecencia de los autores de la pericia, presentar pericias de parte, realizar el análisis de la pericia realizada demostrando sus debilidades. Así lo ha determinado la propia Corte Suprema en otro caso, cuando estableció que:

> "(...) Hemos expuesto que este tipo de pericias, típicamente complejas y que demandan un tiempo considerable en su preparación, comúnmente tienen un carácter preprocesal –como es el caso del Informe Especial de Auditoría– o sumarial –como es el caso de la pericia contable policial– por lo que no son reproducibles en juicio oral; tienen el carácter de preconstituidas. Si la parte que la perjudica considera inválida la prueba, o tenga interés en impugnar sus resultados –pretende cuestionar, incluso, la neutralidad y competencias profesional o profesionales que lo han emitido–, deberá solicitar la presencia de los peritos en el juicio, a los efectos de interrogarlos e intentar desvirtuar el informe rendido. De no ser así, si las partes han prescindido de solicitar cualquier ampliación o aclaración en el plenario, el Tribunal –en tanto han sido reproducidos en el acto oral y las partes hayan dispuesto del tiempo suficiente para su estudio, análisis y contradicción– está autorizado a valorarlas como auténticas pruebas,

más sí proceden de un órgano público y oficial, de Organismos Oficiales fiables"[31].

Por lo demás, estas pruebas, por su propia naturaleza, tienen un carácter predominantemente documental. No están basadas en la percepción sensorial del perito –lo que exige su presencia en el acto oral para el necesario juicio sobre la credibilidad de las declaraciones–, sino que expresan el contenido de un pensamiento. La esencia de ellos es el carácter científico de sus conclusiones, por ende, el análisis que será del caso cuestionar será en todo caso su coincidencia científica, su coherencia interna o su amplitud.

5. El valor probatorio del informe de control puede ser corroborado por otros peritos durante el examen pericial

De ordinario, las pruebas periciales requieren de su análisis dentro del proceso para su incorporación al análisis judicial. Para ello, se convoca a una audiencia de entrega y ratificación del dictamen pericial, en la que los peritos exponen sus conclusiones, las partes pueden plantear las preguntas y aclaraciones que consideren necesarias para ser absueltas por los peritos y, en su caso, se produce el debate contradictorio sobre el mérito de dicho medio probatorio. Con este examen se concreta el principio de contradicción –y cuando se hace en el acto oral, sirve para satisfacer los principios de inmediación y publicidad–.

Ha resultado discutida la necesidad de esta audiencia en el caso de los informes de control y el eventual efecto de la inconcurrencia de los auditores que han elaborado dicha prueba. En este caso, la duda radica en determinar si el juez puede fundar la sentencia en este medio probatorio o si por no haber sido examinada, debe ser excluida del material probatorio del proceso. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido[32] como doctrina jurisprudencial –refiriéndose explícitamente a los informes de control, entre otros medios probatorios–, que la regla general es la necesidad de realización de este examen pericial. No obstante ello, la citada doctrina también ha admitido que "la ausencia de la diligencia de examen o ratificación pericial no necesariamente anula lo actuado ni excluye el informe o dictamen pericial del acerbo probatorio", dado que en su opinión resulta razonable exceptuarlo sin mengua del contenido probatorio de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial –que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral– no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo–, con lo que el derecho de defensa no

(31) Ejecutoria Suprema del 18/10/2007 recaída en el Exp. RN N° 1408-2007-Lima Norte.
(32) Acuerdo Plenario Nº 2-2007/CJ-116 (Asunto: Valor probatorio de la pericia no ratificada).

se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, dice el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio. Por ello, concluye afirmando que:

> "En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia –la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento– ni de exclusión de la pericia como medio de prueba".

En este sentido, la privación del mérito probatorio de una pericia no ratificada en el proceso judicial derivará solo de la circunstancia que el dictamen o informe pericial, por su naturaleza– requiera de verificaciones de fiabilidad adicionales en función de que en su aporte predominen aspectos perceptivos y no documentales. Pero por el contrario, cuando sean pericias que contengan aportes documentales mayoritariamente, no corresponderá decretar su validez como prueba.

Ahora bien, el Acuerdo en mención también repara en la circunstancia que sea la parte investigada la que solicite el examen de los peritos –en ejercicio de su derecho de defensa– y que estos no concurran a la citación. En estos casos, la posición de la Corte Suprema es a favor –como regla general– de la privación de mérito probatorio al informe oral, salvo que las objeciones explicitadas por el procesado carezcan de mérito objetivo, sean extemporáneas o alguna circunstancia similar. La posición de la Corte Suprema, se sintetiza en los siguientes:

> "Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los peritos y estos –por cualquier motivo– no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes –debidamente explicitadas– carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularlas, o por ser tardías o extemporáneas".

Lo expuesto no significa que las partes no tengan derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Solo se tiene en cuenta dos aspectos: (1) las características de la prueba pericial –con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales–, y (2) que los principios han de acomodarse a la realidad social –la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia–.

Conclusiones

1. La característica de prueba preconstituida asignada legalmente a los informes de control responde a la noción básica que son elaborados previamente a cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial, pero con el único propósito de ser empleado dentro de estas vías. El efecto vinculante de las recomendaciones del control gubernamental no surge de esta característica, sino del mandato legal que respalda el seguimiento a la aplicación de las recomendaciones de auditoría.

2. Por su propia naturaleza, el informe de control no es un requisito de procedibilidad para poder procesar responsabilidades funcionales, ni tampoco circunscribe el alcance del deslinde a cargo de las autoridades competentes. En ese sentido, las autoridades judiciales y administrativas con competencia para deslindar responsabilidades puede actuar válidamente sin contar con el informe de control y, una vez recibido, pueden ejercitar sus competencias investigadoras o sancionadoras sobre aspectos no considerados en esos informes.

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido algunas reglas para valorar el mérito probatorio de los informes de control cuando su deslinde está a cargo del fuero judicial: i) El informe de control tiene mérito probatorio por sí mismo para enervar la presunción de inocencia y fundamentar una sanción; ii) La presentación de un informe de control respecto a los hechos que se procesan no delimita ni excluye la actuación de otras pruebas –de oficio o a pedido de parte– para comprobar los hechos del proceso; iii) El mérito de un informe de control es apreciable por la autoridad competente valorándolo conjuntamente con todos los demás medios probatorios; y, iv) El servidor procesado tiene derecho a controlar el mérito de la prueba preconstituida a través de examinar al auditor que preparó el informe, el cuestionamiento a la trasgresión del debido proceso durante su desarrollo y cuestionamientos a aspectos técnicos o fácticos del expediente.

4. La verdadera garantía para que los informes de control sean asumidos por las autoridades judiciales y administrativas con competencia para deslindar responsabilidades es que cumplan con los estándares éticos y técnicos tales como independencia, debida diligencia, tecnicismo, probidad y respeto al debido procedimiento de los auditados, exigidos por ejemplo, por las Normas de Auditoría Gubernamental aprobadas por Intosai.

CAPÍTULO V

El principio de autonomía de responsabilidades

Afrontando el dilema de la concurrencia de responsabilidades penal, civil y administrativa en la función pública

El principio de autonomía de responsabilidades

Afrontando el dilema de la concurrencia de responsabilidades penal, civil y administrativa en la función pública

I. Problemática

Uno de los problemas más comunes que se presenta en las entidades públicas cuando se identifican casos de corrupción administrativa, es el de la concurrencia en la tipificación, procesamiento y resolución de los ordenamientos jurídicos penales y administrativos.

Para ejemplificar esta situación, podemos mencionar, la concurrencia de tipificaciones penales y administrativas, para los núcleos centrales de las siguientes conductas cometidas por funcionarios o servidores públicos:

- Utilización o disposición de bienes públicos en beneficio propio o de terceros (art. 28 literal f) del Decreto Legislativo Nº 276 y los arts. 387 y ss del Código Penal).
- El abuso de autoridad (art. 28 literal h) del Decreto Legislativo Nº 276 y los artículos 376 a 381 del Código Penal).
- La percepción de retribución de terceros para realizar u omitir actos del servicio (arts. 22 a) y 28 a) del Decreto legislativo Nº 276 y el artículo 382 del Código Penal).
- La celebración, por sí o por terceras personas, o intervenir directa o indirectamente, en los contratos en su entidad, en los cuales tengan intereses el propio servidor o familiares (arts. 23 e) y 28 a) del Decreto Legislativo Nº 276 y el artículo 397 del Código Penal).

En estos casos, ¿cómo debe proceder la administración instructora? ¿Darle prioridad a la vía penal, por sobre la administrativa, para la investigación y el deslindamiento respectivo? O por el contrario, ¿darle prioridad a la vía administrativa para los mismos fines?

Este es el dilema que pretendemos analizar en esta oportunidad.

II. El principio de autonomía de las responsabilidades

1. La premisa del problema: la relación entre los ordenamientos sancionatorios existentes (penal, civil y administrativo)

La premisa necesaria por la cual aparece el problema de la concurrencia de regímenes de responsabilidades en simultáneo para disciplinar la conducta de los funcionarios y servidores públicos es el debate acerca de la independencia o no del derecho sancionador administrativo respecto del otro régimen de mayor trayectoria en el Derecho, que es el Derecho Penal.

Para aquellos que sostengan la necesaria subordinación del derecho sancionador administrativo al Derecho Penal, obviamente le conducirá a la consecuencia que la concurrencia aparente de consecuencias jurídicas para la responsabilidad, se resolverá por la regla de la preferencia judicial penal. Por su parte para aquellos que sostengan la autonomía de ambos, le conducirán a la consecuencia de la independencia de criterios, valoraciones posibles, consecuencias, y sanciones(1).

Como veremos a continuación, si bien la normativa expresamente ha omitido dilucidar directamente este aspecto del Derecho Administrativo, tenemos que la jurisprudencia como fuente jurídica vía interpretación en casos concretos ha sentado una doctrina uniforme en el sentido de proclamar su afiliación a la Autonomía de Responsabilidades.

El único reconocimiento de esta regla en el derecho positivo, es aquella frase incluida constantemente en las normas sancionadoras que tipifican diversas conductas punibles, refiriendo que tales tipificaciones y procesamientos existen "sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que los mismos hechos puedan generar"(2).

2. El principio de autonomía de las responsabilidades. Concepto

El principio de la autonomía de las responsabilidades lo podemos definir como el régimen jurídico en el cual cada una de las responsabilidades que concurren sobre la conducta de los funcionarios y servidores públicos, mantienen recíproca autonomía técnica, de regulación, de valoración, de calificación y de

(1) Sobre este debate, puede leerse con provecho la obra *Sanciones Administrativas* de Susana Lorenzo; Editorial Julio César Faira Editor, Uruguay.

(2) Esta disposición la encontraremos en el artículo 25 del Decreto Legislativo Nº 276 ("Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan", y el artículo 153 de su reglamento, que indica que: "Los servidores públicos serán sancionados administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civil y/o penal en que pudieran incurrir".

resolución, a cargo de las autoridades a las cuales se les ha confiado la potestad sancionadora.

Los fundamentos de la tipificación administrativa de las conductas punibles son: las finalidades distintas que tienen los ordenamientos administrativos, civiles y penales, aun cuando concurren en la necesidad de proscribir determinadas actitudes y la necesaria ejecutoriedad administrativa que demanda que los asuntos de interés público sean resueltos de manera diligente y aleccionadora, a diferencia de los plazos extendidos que brinda el proceso judicial.

En los términos lúcidos de Brewer Carias, este principio implica para el derecho administrativo sancionador admitir el concurso de sanciones administrativas, civiles y penales por un mismo hecho, que a su vez, configura ilícito penal, civil y administrativo. Nuestro autor afirma:

> "(...) Se admite, por lo tanto, el concurso de sanciones administrativas y penales derivado del concurso de transgresiones administrativas (ilícito administrativo) y penales (ilícito penal) producidas por un mismo hecho. En consecuencia, en principio, si una conducta está regulada en la Ley de Salvaguarda como ilícito administrativo, con su sanción administrativa y también como ilícito penal, con su pena, puede decirse que el concurso de sanciones es perfectamente admisible. Para ello, sin embargo, es necesario que la conducta esté expresamente sancionada en la Ley, con sanción administrativa y sanción penal"(3).

La existencia de este principio implícito en nuestro sistema jurídico sancionatorio ha sido reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, quien frente a las acciones de garantías planteadas por quienes consideraban afectativo de sus derechos constitucionales el procesamiento, la investigación o la sanción en los órdenes civil, penal o administrativo, respectivamente, estableció la afiliación a la doctrina de la autonomía de las responsabilidades públicas, como lo veremos más adelante.

Por otra parte, el Derecho Sancionatorio Administrativo de la región nos muestra también una consecuencia clara con el principio de autonomía de responsabilidades, como veremos en la siguiente relación:

En Chile, el estatuto administrativo establece que:

> "Artículo 115.- La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal, y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos".

(3) BREWER CARIAS, Allan. *La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*. Jurídica Venezolana, 1997, p. 50.

En Venezuela, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público expresa:

> "Artículo 32.- El funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria. La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil".

En Uruguay, las Normas Generales de Actuación Administrativa en la Administración Central, establecen que:

> "Artículo 231.- Las disposiciones que anteceden no obstan al necesario ejercicio de la competencia administrativa, independiente de la judicial, para instruir sumarios y disponer las cesantías que correspondan, con arreglo a derecho y mediante el procedimiento debido, sin esperar fallos judiciales, en los casos claros de conducta incompatible con la calidad de funcionario público, la que será juzgada como grave falta disciplinaria. En tales casos, la autoridad administrativa podrá requerir de la magistratura actuante, los datos que necesite y cuya revelación no afecte el secreto de los procedimientos en curso de ejecución".

En Argentina, el Reglamento de Investigaciones para determinar la responsabilidad patrimonial o disciplinaria (Decreto 1789), establece:

> "Artículo 96.- La substanciación de los sumarios administrativos y la aplicación de las sanciones pertinentes, tendrán lugar con prescindencia de que los hechos que las originen constituyan delito".

Pendiente la causa criminal, no podrá el sumariado ser declarado exento de responsabilidad.

En España, el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, establece que:

> "4. El régimen disciplinario establecido en este Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los funcionarios, la cual se hará efectiva en la forma que determine la Ley".

III. Consecuencias del principio

Sostiene Lorenzo que "la recíproca autonomía de la infracción y sanción disciplinaria respecto del delito y la sanción penal, (...) tiene lugar en tres aspectos: independencia en los procedimientos, en la calificación de los hechos y en las decisiones"(4) En tal sentido, se desprende que para nuestra autora, las consecuencias fundamentales del acogimiento del principio de autonomía de

(4) LORENZO, Susana. Ob. cit., p. 136.

responsabilidades, se encuentran en la viabilidad del procesamiento de ambas investigaciones, en la potestad de apreciar, calificar y ponderar conductas, y en la determinación de acción a seguir respecto de ella, por parte de cada de una de las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Por nuestra parte, afirmamos que el reconocimiento del principio de autonomía de responsabilidades determina para nuestro ordenamiento las siguientes consecuencias:

1. Resulta compatible con el ordenamiento jurídico que concurran una o más responsabilidades por una sola conducta indebida cometida por un funcionario o servidor público.
2. Los procesamientos administrativo y judicial pueden ser continuados en forma autónoma hasta su conclusión, sin perjuicio de la colaboración de la Administración con el Poder Judicial, (salvo mandato expreso en contrario del Poder Judicial). En tal sentido pueden darse los siguientes supuestos:
    a) Que preceda la investigación administrativa y, consciente de que los hechos sean constitutivos de delito, lo comunique al Ministerio Público y continuará el procesamiento administrativo (independientemente del grado de pena administrativa que aplicare).
    b) Que preceda la investigación judicial e informada la autoridad administrativa competente, proceda a ordenar el procesamiento administrativo de la conducta.
3. La calificación acerca de la existencia o no de responsabilidad de los agentes es potestad privativa de las autoridades administrativas (la responsabilidad administrativa) y de las autoridades jurisdiccionales (las responsabilidades penal y civil).
4. Las decisiones (sean de condena, sobreseimiento o de absolución) en alguna de ellas, no excluyen la posibilidad que en otra se pueda aplicar una sanción distinta, en razón de la misma conducta.
5. El principio non bis in ídem, se aplica respecto de cada régimen de responsabilidad (administrativo, civil o penal, respectivamente) y no entre ellos mismos.
6. No existe prejudicialidad ni vía administrativa previa en el análisis de responsabilidad que cada jurisdicción puede conducir (salvo disposición expresa de la ley.

Además de estas consecuencias, la jurisprudencia nacional ha sentado doctrina concordante con estas directrices, como las que a continuación citamos:

- **El procesamiento penal por la misma conducta no conlleva suspensión del proceso o sanción administrativa**

  "(...) Que se debe tener presente que la imposición de una sanción administrativa a un servidor público es ajena y distinta a la responsabilidad penal que este pudiera tener, conforme se infiere del artículo 25 del Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. En consecuencia, la existencia de un proceso penal no conlleva a que la sanción administrativa sea suspendida; más aún cuando de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Supremo Nº 02-94-JUS, texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, concordante con el artículo 13 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial, la obligación de la Administración Pública de abstenerse de seguir conociendo un proceso, y en consecuencia, remitirlo al Poder Judicial, únicamente se da siempre que se susciten cuestiones litigiosas entre dos particulares sobre determinadas relaciones de Derecho Privado que deban ser esclarecidas; situación que no es aplicable al presente caso" (Exp. Nº 885-98-AA/TC-Huánuco, Demandante: Alejandro Cox Vera)[5].

- **La aplicación de una sanción administrativa por una conducta punible penalmente no implica penalizar el ilícito penal, sino solo la falta administrativa**

  "Que, asimismo, debemos resaltar que con la imposición de la sanción administrativa no se ha sancionado al demandante por el presunto ilícito penal en que hubiera cometido, sino por las faltas administrativas en que incurrió al haber cumplido sus obligaciones en el desempeño del cargo". (Exp. Nº 885-98-AA/TC-Huánuco, Demandante: Alejandro Cox Vera)[6].

- **El archivamiento de un proceso penal no afecta el procesamiento administrativo de la conducta**

  "(...) Que en cuanto al argumento del demandante en el sentido que el proceso penal [ha] abierto contra él, por los mismos hechos, ha sido archivado y que por lo tanto no cabría aplicar la sanción administrativa, no tiene asidero legal, por cuanto en virtud de lo establecido en el artículo 25 del Decreto Legislativo Nº 276 concordante con el artículo 153 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 005-90-PCM, los servidores públicos pueden ser sancionados administrativamente por el incumplimiento de normas legales y administrativas en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civil y/o penal en que

(5) En idéntico sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 515-99-AA/TC-Junín, Jorge Edwin Kohler Vivanco.

(6) Ídem.

pudieran incurrir" (Exp. Nº 719-96-AA/TC-Tacna, Basilio Agustín Castro Copa).

"(...) Que, el demandante, al estar comprendido en la carrera pública del profesorado y como tal, ser un servidor público, tiene responsabilidad civil, penal y administrativa por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Que, en tal sentido, la expedición de la Resolución Directoral N° 03104 en virtud de la cual se instaura proceso administrativo al demandante, no vulnera derecho constitucional alguno del mismo, toda vez que en dicho proceso se decidirá si tiene o no responsabilidad luego de merituar sus descargos y las pruebas que considere conveniente presentar, de conformidad con lo establecido en el artículo 168 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa". (Exp. N° 535-96-AA/TC-La Libertad, Julio Bermildo Polo Huacacolqui)[7].

Finalmente debemos aclarar que este principio de autonomía no puede ser interpretado en el sentido que permita inacciones administrativas frente a actos evidentes de responsabilidad civil o penal, que se aprecie en otros fueros. Nada más extraño al objetivo de este principio. Más bien lo diligente en estos casos es que la autoridad administrativa actúe de oficio, en cautela de la función pública.

IV. Excepciones

La aplicación del principio de autonomía de responsabilidad debe ser permanentemente armonizado con criterios de razonabilidad, de tal suerte que no nos conduzca a situaciones adversas a los propósitos que la inspiran. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la rigidez del principio se atempera en dos situaciones excepcionales en aras no solo de la razonabilidad, sino de la necesaria subordinación de la Administración a los criterios concluyente y definitivos del Poder Judicial:

1. Si el Poder Judicial comprueba fehacientemente la inexistencia de los hechos imputados al funcionario, lo cual origina el archivamiento del expediente administrativo o la revisión de lo ya ejecutado. No se trata que el Poder Judicial, emita un fallo simplemente no condenatorio (por prescripción, archivamiento por falta de evidencia, aplicación de algún

(7) En este proceso constitucional, el demandante sostenía la tesis que la apertura de procedimiento administrativo investigatorio afectaba su derecho al debido proceso porque los hechos materia de imputación habían sido investigados por el Poder Judicial y archivados, tanto por la primera como por la segunda instancia. La demanda fue finalmente declarada improcedente por el Tribunal Constitucional.

eximente de punibilidad de conducta, etc.), sino que declare probadamente que los hechos constitutivos de la falta administrativa no han existido.

A esta excepción se refiere el Estatuto Administrativo chileno, cuando establece que "(...) Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía" (art. 115).

Esta posición ha sido la asumida por el Tribunal Constitucional en el caso de un miembro de la Policía Nacional del Perú que fuera sometido simultáneamente a un proceso penal por hurto agravado, y a un procedimiento administrativo por los mismos hechos, habiendo concluido el proceso penal en el archivamiento por absolución, y el procedimiento administrativo en su pase al retiro. Ante dicha situación, el intérprete de la constitución calificó como inconstitucional por arbitrario la pervivencia de la sanción administrativa frente a la absolución de la judicatuta, argumentando que:

"(...) si bien el objeto del proceso penal es distinto del objeto del procedimiento administrativo, que concluyó con el pase a la situación de disponibilidad del demandante, es evidente que en el presente caso existe entre ambos una relación de causalidad, dando que el demandante fue sancionado administrativamente por los mismos hechos que se investigaron en sede judicial, lo que supone que, habiéndose determinado la inexistencia de responsabilidad penal por idénticos hechos a los que motivaron la sanción administrativa, el pase a la situación de disponibilidad dispuesta por la Resolución Jefatural cuestionada haya devenido en arbitraria.

Que, en tal virtud, no puede arguirse, en el presente caso, como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que exista una relación de independencia entre la sanción administrativa, impuesta al demandante respecto de su responsabilidad penal, conforme a lo previsto por el artículo 40 del Decreto Legislativo Nº 745, puesto que, como aparece de autos, especialmente de la Resolución Jefatural Nº 010-JFPSM-HCO/F1 y de la Ejecutoria Suprema expedida por la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, fueron los mismos hechos los que se ventilaron en ambas vías, negándose judicialmente las conclusiones a las que se llegó en la vía administrativa.

Que, una interpretación distinta del artículo 40 del Decreto Legislativo Nº 745, en casos análogos como el presente, llevaría al absurdo de considerar que la inocencia, no ya presunta, sino judicialmente declarada, se

tornase en una declaración lírica para su beneficiario, puesto que poco o nada le serviría a este para enervar los efectos de una sanción administrativa, cuya responsabilidad, judicialmente, después ha sido declarada inexistente;

Que, lo expresado en los fundamentos jurídicos anteriores no significa que este Tribunal Constitucional pretenda enervar la validez, de los alcances previstos en el artículo 40 del Decreto legislativo Nº 745 y, concretamente, el de la distinción de la responsabilidad administrativa y la que pueda constituir una de naturaleza judicial, puesto que, como se ha indicado, en el presente caso, el pase a la situación de disponibilidad del demandante se debió a un hecho que, simultáneamente a la consideración de una falta grave en el orden administrativo, fue considerado como delito, no alegándose para la determinación de tal grave sanción administrativa, ningún otro hecho adicional que pudiera importar una falta"[8].

2. Si el Poder Judicial comprueba la existencia de hechos imputados al funcionario o servidor público, que no han sido probados o sancionados en la vía administrativa.

   Por ello, la normativa laboral pública tiene la previsión de establecer que "La condena penal privativa de la libertad por delito doloso cometido por un servidor público lleva consigo la destitución automática", además de aplicar la pena accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos, en casos que así lo determine la sentencia judicial.

(8) STC Exp. N° 44-98-AA/TC-La Libertad, Wilmer Rojas Ruiz.

CAPÍTULO VI

La responsabilidad patrimonial del servidor público hacia la Administración: el caso peruano

La responsabilidad patrimonial del servidor público hacia la Administración: el caso peruano

I. Relevancia del tema planteado

Pocos términos poseen tan plurales significados como el de "responsabilidad". Nino[(1)] ha llegado a identificar que el Derecho emplea este término hasta en cuatro sentidos diversos. Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un determinado cargo, y en tal sentido, se afirma que el gerente tiene las siguientes responsabilidades. Es empleado como un factor causal de un resultado determinado, en cuyo caso se habla que un funcionario fue responsable de una acción administrativa exitosa. También resulta empleable el término responsabilidad como una determinada capacidad y estado mental, como sinónimo de imputabilidad respecto a alguna acción. Y, finalmente, como una situación en la que su titular resulta moralmente reprochado por una acción u omisión determinada.

A este último sentido es al que nos referimos cuando la Constitución Política (art. 45) indica que "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen". Aquí tenemos un sentido de reproche jurídico por las acciones u omisiones disvaliosas incurridas por quienes la ciudadanía designa para administrar el patrimonio público y tomar en su nombre las decisiones públicas.

A falta de una propia Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos, ha sido la normativa de desarrollo, en particular la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, la encargada de desdoblar las responsabilidades en que pueden incurrir los funcionarios y servidores en cinco categorías recíprocamente autónomas entre sí[(2)]:

(1) NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 2ª edición, ampliada y revisada. Astrea, 1993, pp. 185 y 186.

(2) La calidad autónoma de cada una de estas responsabilidades se haya reconocida en el artículo 243 de la LPAG, cuando establece nítidamente que: "Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación" y que "[l]os procedimientos para la exigencia de la responsabilidad

a) Responsabilidad Política.

b) Responsabilidad penal cuando la conducta incurrida por el servidor o funcionario está prevista y penada en el Código Penal Título XVIII: Delitos Contra la Administración Pública (arts. 361 al 426).

c) Responsabilidad administrativa-funcional que es la exigible en sede administrativa por el Sistema Nacional de Control cuando se incurre en infracciones al marco legal de las entidades y relacionadas a la actuación del funcionario, transgredir principios, deberes y prohibiciones establecidas en normas éticas y de probidad, por realizar actos que persiguen finalidades prohibidas, y por desempeño funcional negligente o para fines distintos al interés público, y además, por desarrollar una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia(3).

d) Responsabilidad disciplinaria a cargo de los titulares y jerarcas de las entidades contra funcionarios y servidores que cometan infracciones tipificadas como faltas administrativas y disciplinarias en los ordenamientos del régimen laboral y estatutario que les resulten aplicables.

e) Responsabilidad civil, pecuniaria, patrimonial, fiscal o económica, que es aquella que busca proteger el patrimonio económico estatal de las afectaciones o perjuicios provenientes de actuaciones u omisiones de sus funcionarios y servidores mediante el ejercicio de una pretensión indemnizatoria ejercida en sede judicial contra sus causantes(4). Aun cuando por su

penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario". En particular, la autonomía de la responsabilidad civil y la administrativa implica que pueden ser concurrentes para permitir procesar y decidir en sede judicial y administrativa de manera independiente, sin considerar que la responsabilidad administrativa es condición o especie de vía previa obligatoria para ejercer la pretensión administrativa (véase al respecto Cas. N° 5615-2009-Lima).

(3) Esta responsabilidad ha sido recientemente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico (Ley N° 29622 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM), encontrándose a cargo de la Contraloría General de la República su investigación, procesamiento y sanción. Al no tener mayor raigambre en nuestro Derecho y haber sido antitécnicamente regulada presenta no pocos problemas de acomodamiento con el resto de normas de responsabilidad de funcionarios, siendo la principal su ausencia de contornos definidos con la responsabilidad disciplinaria que queda a cargo de los titulares de las entidades por el incumplimiento de normas que regulan la actuación de los funcionarios públicos, propiciando superposición de vías al mantener tipificaciones concurrentes. En reconocimiento de esa duplicidad de responsabilidades el reglamento (art. 5) ha incorporado la regla denominada "Prevalencia de la competencia de la Contraloría General para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional" por el cual, el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General, determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad por los mismos hechos que son materia de observación en los Informes, cualquiera sea la naturaleza y fundamento de dichos procedimientos.

(4) Esta responsabilidad comprende, en nuestro país, los supuestos antes atendidos por la denominada "Responsabilidad Contable" que proviene de los juicios o procedimientos de cuentas a cargo de los antiguos Tribunales de Cuentas y que mantiene algún nivel de presencia residual en América Latina. En nuestro país, mantuvo vigencia esa responsabilidad desde el Virreinato (juicio de cuentas) y luego a través del denominado Proceso de Determinación de Responsabilidades que concluía en la determinación de la responsabilidad pecuniaria contemplada en el D. Ley. Nº 19039, hasta su derogatoria por el D. Ley Nº 26162 de 1992.

naturaleza sustantiva la responsabilidad económica aparece diferenciada de las responsabilidades anteriores, no debe perderse de vista que en la práctica el legislador emplea frecuentemente la noción de "perjuicio o daño económico" como factor a ponderarse en las responsabilidades administrativas al momento de graduar la sanción a aplicarse(5) y también en algunas descripciones de la conducta infractora constitutiva de la falta administrativa se considera explícitamente al perjuicio económico como un elemento de la tipificación de la infracción, sin el cual no se configuraría la falta(6).

En esta oportunidad, nos queremos referir a la responsabilidad civil que le resulta imputable al funcionario y servidor público por el perjuicio y daño que infiere al patrimonio público y que le obliga a responder ante la Administración misma con su propio patrimonio(7).

En nuestro sistema, a ella se puede llegar de dos modos: de forma directa u ordinaria y de forma indirecta o de regreso.

La primera es cuando la pretensión de responsabilidad la ejerce de manera directa la Administración respecto del funcionario o servidor responsable porque la acción u omisión de este produjo un menoscabo en el patrimonio público. La segunda, es cuando, el patrimonio estatal ya ha resarcido

---

Dicha responsabilidad cuya naturaleza y sustancia civil-patrimonial resulta indudable, consiste en una modalidad de persecución en vía administrativa de determinados perjuicios o menoscabos económicos calificados como reparos infringidos al patrimonio público por quienes están a su cuidado, administración o disposición, denominados rindentes o cuentadantes (tanto funcionarios como terceros que reciben recursos públicos con cargo a rendirlos). Actuaba esta responsabilidad, a través del procesamiento de las "pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deban rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del Sector Público o, en su caso a las personas o entidades perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector". Véase al respecto el trabajo Notas sobre la responsabilidad contable de Ulpiano L. Villanueva Rodríguez, publicado en Auditoría Pública N° 55 (2011), pp. 11-27.

(5) Por ejemplo, el Reglamento del D. Leg. Nº 276 establece que la gravedad de una falta administrativa se determina entre otras condiciones, por "e) Los efectos que produce la falta" (art. 151, literal e). Algo similar ocurre cuando en materia de infracciones al Código de Ética, el Reglamento considera como uno de los criterios para aplicar la sanción: "10.1. El perjuicio ocasionado a los administrados o a la Administración Pública" (art. 10).

(6) Por ejemplo veamos la falta disciplinaria prevista en el D. Leg. Nº 276:

Artículo 28.- Son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo:

i) El causar intencionalmente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de esta.

(7) Quedan fuera de este trabajo dos hipótesis adicionales de Responsabilidad civil en que pueden incurrir los funcionarios y servidores:

- Aquella externa que se produce cuando con su accionar activo u omisivo infiere perjuicio económico a cualquier administrados mediante actos personales sin conexión o con ocasión del servicio. Ej. El médico de un hospital público que atropella a una persona y le produce daño directo y lucro cesante.

- Aquella interna que se produce cuando con su accionar activo u omisivo infiere perjuicio económico, pero en una activad ajena a su función pública. Ej. El mismo médico si con su vehículo colisiona y daña hasta inutilizarlo a un automóvil de una entidad pública.

a un patrimonio privado afectado directamente por la acción u omisión del funcionario o servidor y, entonces, la entidad inicia una pretensión de regreso contra el patrimonio del agente responsable para resarcirse. Como bien se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia comparadas[8] ambas pretensiones de responsabilidad tienen el mismo principio o razón jurídica: (la protección del patrimonio económico del Estado), persiguen la misma finalidad (reparar o resarcir el patrimonio afectado), están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo (exigen imputación de la conducta con base en el dolo o la culpa del actor), exigen la concurrencia de los elementos axiológicos (daño antijurídico sufrido por el patrimonio estatal, acción u omisión imputable, nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente) y se procesan en la misma vía (judicial).

Por ello, estamos ante dos manifestaciones reguladas por separado de la misma institución jurídica, que aparece en momentos distintos, pero respondiendo a la misma necesidad.

II. La responsabilidad civil directa de los funcionarios y servidores públicos hacia la Administración

En principio, compartimos –por considerar aplicable a nuestro país– el planteamiento de la profesora Ivanega[9] acerca que la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos presenta las siguientes características esenciales: i) es independiente y, debe diferenciarse, de las otras responsabilidades en que puede incurrir el funcionario; ii) debe distinguirse de la responsabilidad contable; iii) Es intrínsecamente a ella la existencia de perjuicio fiscal, iv) El interés jurídico protegido es el patrimonio del Estado; v) El fin que persigue es el resarcimiento de los daños económicos producidos al Estado, es decir, restablecer el equilibrio económico quebrantado; vi) El autor del daño es un agente público; vii) Según el régimen legal aplicable puede ser determinada mediante procedimientos administrativos llevados a cabo por órganos de control; viii) La acción de responsabilidad corresponde al Estado; ix) Debe hacerse efectiva en sede judicial, en cuyo ámbito, decidirá si la persona es o no responsable patrimonialmente. En este sentido, la opción legislativa ha sido que la pretensión de responsabilidad de la administración contra su agente no se tramite en sede administrativa (como sucede con las responsabilidad contable española o la responsabilidad fiscal colombiana) sino en un proceso judicial de indemnización por daños y perjuicios en la que se protegerá el debido proceso del agente y decidirá plenamente la existencia o no de la obligación de resarcir.

(8) Por ejemplo, la Sentencia C-619/02 de la Corte Constitucional colombiana.

(9) IVANEGA, Miriam. *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, febrero de 2003, p. 262 y ss.

Consideramos que podemos definir la responsabilidad civil del servidor o funcionario público hacia la Administración como la que corresponde asumir a tales agentes públicos, por sus acciones u omisiones dolosas o culposas incurridas en el ejercicio de sus obligaciones contractuales (funciones) cuando ocasionan un daño, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento o deterioro cierto, valuable en dinero a los intereses patrimoniales de la Administración, derivándose de ello, la obligación de restituir, reponer, compensar o indemnizar pecuniariamente y a su costa, el patrimonio afectado. Indudablemente la responsabilidad civil del funcionario tiene un objetivo resarcitorio y no punitivo, porque su razón de ser es resarcir los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia del actuar funcional, mediante el recupero o la compensación indemnizatoria.

En este punto, no podemos dejar de compartir la caracterización que de ella hace el profesor Hutchinson, para quien la responsabilidad patrimonial:

> "Se deriva del hecho de la inobservancia de las disposiciones legales o del incumplimiento de los deberes que competen a cada servidor por razón de sus específicas funciones, el que debe ir acompañado de la lesión económica. Consiste en la necesidad jurídica de realizar una prestación económica a favor, en este caso, del ente público, como indemnización, de los perjuicios ocasionados por un agente público a causa de una acción u omisión. El Estado es titular de un patrimonio que la ley ha puesto en sus manos para el cumplimiento de las funciones y servicios públicos, y es lógico que quien haya causado lesión quede vinculado por la necesidad jurídica de reparar este daño"(10).

Podemos hablar de casos emblemáticos de esta clase de responsabilidad cuando existe un faltante de dinero público, la destrucción total de bienes dados en custodia o en administración, el daño parcial o total de bienes asignados para la labor, la percepción indebida u otorgamiento de haberes, asignaciones, bonificaciones, remuneraciones, pensiones, o en montos superiores a los debidos, el faltante de fondos públicos dados para su actividad (ej. viáticos), la omisión de rendición o rendición deficiente de cuentas de fondos dados en efectivo, la deliberada frustración de percepción de tributos o derechos administrativos que devienen en incobrables, el otorgamiento indebido de beneficios económicos o subsidios a terceros sin corresponderles o, no haberlos recuperado oportunamente, el perjuicio a títulos valores en custodia de las entidades, la apropiación de bienes o fondos públicos, el pago de sobreprecios en contrataciones, la ejecución de obras inútiles o innecesarias, o adquisición de productos vencidos o no empleables por la entidad (ej. tecnología inexistente o caduca), entre otras.

(10) HUTCHINSON, Tomas. "Responsabilidad administrativa del funcionario público". En: *Responsabilidad de los funcionarios públicos*. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 172.

Como su denominación lo adelanta, el interés jurídico protegido por esta responsabilidad es la intangibilidad del patrimonio público puesto a disposición, custodia o administración del agente para el desarrollo de sus actividades. De ahí que, cuando se produzca un desmedro o perjuicio imputable a alguno de sus agentes, la Administración queda obligada a resarcirse, previo proceso de determinación de la responsabilidad, con el patrimonio personal de dicho agente. Por ello, puede afirmarse que su finalidad es reparar, restituir o recuperar el patrimonio público afectado, sin conducir ningún propósitivo sancionador

Para su existencia no se requiere que la conducta del agente público se encuadre en alguna tipificación normativa previa de acciones de los servidores, como sucede con la responsabilidad administrativa y la penal, porque se configura por los efectos dañosos que produce en el patrimonio público. Solo basta que dicho efecto sea imputable al agente y que su acción u omisión sea antijurídica, es decir, constituya una transgresión a un principio o a un deber funcional previsto en el régimen legal aplicable a su actividad, sin demandar que la conducta misma esté tipificada de manera previsible en el ordenamiento. Precisamente por este carácter, es de suyo, que la existencia de responsabilidad civil presupone la existencia de responsabilidad administrativa, pero no a la inversa.

Otra peculiaridad es que, si bien la responsabilidad civil del funcionario presupone un deber funcional transgredido, esto es, que la acción u omisión haya sido producida cuando la relación de empleo público estaba vigente, tal circunstancia no es indispensable ni para iniciar ni para obtener el resarcimiento del obligado, como sucede con la responsabilidad administrativa. En este sentido, pese a tratarse de una responsabilidad que tiene su génesis en la relación contractual al tener ocasión u origen en una impropia conducta funcional (de ahí que sea una responsabilidad contractual) con la entidad, su concreción no depende la subsistencia de ese vínculo jurídico. Por ello, la responsabilidad civil subsiste y puede ser exigida aun cuando haya cesado el vínculo de empleo público con la entidad o incluso con toda la Administración Pública.

III. Los presupuestos necesarios para la responsabilidad patrimonial del funcionario y servidor público

Como habíamos advertido con anterioridad, la consagración de la responsabilidad civil imputable a los funcionarios y servidores públicos se produjo en la Ley que regula el Sistema Nacional de Control, en los siguientes términos:

> **Responsabilidad civil.-** Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el

funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico"[(11)].

De su revisión, podemos identificar los siguientes elementos que constituyen sus presupuestos necesarios para su producción:

1. El daño económico indemnizable a la entidad o al Estado.
2. Un incumplimiento de las funciones contractuales o legales de los funcionarios y servidores.
3. Una conducta dolosa o culposa en los funcionarios o servidores que permita la imputación jurídica del incumplimiento.
4. La relación causal entre ese incumplimiento y el daño económico.

1. El daño económico indemnizable a la entidad o al Estado

El primer elemento a considerar es el efecto indispensable: la lesión, el perjuicio o el menoscabo directo al patrimonio o a los recursos de la entidad o del Estado en general, que constituye el núcleo sobre el cual gravita la responsabilidad patrimonial.

Con su producción se consuma la existencia de la responsabilidad civil para su autor y surge el deber de indemnizarlo.

Ahora bien, el daño al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, pero recae siempre sobre cualquier interés patrimonial de la Administración por lo que comprende a todos los bienes, recursos, derechos y créditos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública. Estos pueden resultar afectados por una afectación patrimonial, por la pérdida de una utilidad o derecho o mediante el incremento de gastos a lo que rectamente correspondiera.

Por ilustrar bastante bien el universo de aspectos que puede comprender este daño patrimonial nos permitimos reproducir el artículo 6 de la Ley N° 610 de 2000 de la legislación colombiana, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías:

Artículo 6. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el **menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro** de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del

(11) Definición básica contenida en la Novena Disposición de la Ley Nº 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Conforme a este texto, el daño a los intereses patrimoniales de las entidades puede manifestarse a través del menoscabo, la disminución, el perjuicio, el detrimento, la pérdida, o el deterioro de los bienes, recursos o derechos de las entidades. Ciertamente, no estamos frente a situaciones distintas, sino a una técnica legislativa que permite ilustrar las innumerables formas en que puede aparecer ese perjuicio, permitiéndose una interpretación finalista de ellos, de modo que por posiciones literalistas quede algún perjuicio sin posibilidad de resarcimiento. A modo de esquema, creemos que las maneras más frecuentes en que se manifiesta el daño patrimonial, son las siguientes:

1. El perjuicio patrimonial: la lesión económica directa vinculado a la afectación del patrimonio o la pérdida de una utilidad (ej. pago indebido, no aplicación de una penalidad, prescripción de créditos, pérdida de un bien, etc.).
2. El deterioro patrimonial: afectación patrimonial que obliga a un costo para retornar a la situación debida (colisionar un vehículo o un equipo de la entidad).
3. El detrimento patrimonial por aprovechamiento de bienes o recursos en fines impropios (beneficio propio o de terceros), pero sin afectar la existencia del bien o recurso (ej. empleo de papel, fotocopiadoras, o personal en tareas personales)[12].

(12) Cabe diferenciar, como lo ha realizado la Corte constitucional colombiana (Sentencia C-340/07) entre el simple uso indebido de bienes y recursos públicos del aprovechamiento de estos por parte de funcionarios y servidores. El primero por sí mismo no genera un daño económico resarcible, mientras que el segundo sí. Nos explicamos a través de tres hipótesis distintas:

a) **Uso indebido que genera lesión o detrimento en bienes o recursos públicos**. En esta hipótesis el daño no está representado en el uso indebido per se, sino, precisamente, en el detrimento, disminución o pérdida de los bienes o los recursos públicos. Por ejemplo, el daño producido a una maquinaria del Estado como consecuencia de su utilización en una forma proscrita por los manuales de uso, o eventos no tan fáciles, como podría ser el uso improductivo de recursos públicos, caso en el cual el daño no se da por la mera conducta indebida, sino por el detrimento que la indebida aplicación de los recursos produce en el patrimonio. Los bienes o los recursos dejan de ser útiles, esa pérdida de utilidad es un detrimento patrimonial susceptible de generar responsabilidad económica. En estos casos, las conductas indebidas generan un costo y que el objeto de la responsabilidad es la afectación que ese costo produce en el patrimonio público, y no la mera conducta indebida de usar los bienes del Estado para un fin distinto del propio del servicio público.

b) **El uso indebido puede no generar un detrimento apreciable o significativo en los bienes o los recursos públicos**, pero sí puede traer consigo un aprovechamiento patrimonial para el agente que usa indebidamente los bienes o los recursos del Estado. En esta hipótesis cabría decir que, en estricto sentido, el daño está en el detrimento en los intereses patrimoniales del Estado que se deriva de su aprovechamiento indebido por terceros. No en el uso per se, sino en el aprovechamiento indebido. Tal sería, por ejemplo, el caso del uso sistemático y manifiestamente abusivo de recursos adquiridos a un costo fijo por el Estado, como los servicios de telefonía móvil celular o de

Adicionalmente del contenido de la afectación, para poder imputar ese daño como perjuicio a los responsables debe contarse con otros atributos adicionales:

- **Daño resarcible.-** Conforme lo ha sostenido la doctrina, el daño al patrimonio no puede ser de cualquier índole, sino uno que la Administración no deba soportarlo conforme a derecho, es decir, debe ser un menoscabo indemnizable en su favor. Esta exigencia hace que se excluyan como daños aquellos costos que por su propia naturaleza el patrimonio público le corresponda asumir, como por ejemplo, la asignación de inmuebles públicos para programas de titulación de tierras, el desgaste u obsolescencia de sus bienes por el uso ordinario (ej. maquinaria o bienes), la desaparición de bienes consumibles por su uso previsto (ej. Alimentos en beneficencias, papel de fotocopiadoras, balas e implementos para la policía, medicamentos en servicios de salud), así como los mayores costos que demanda una obra pese a haberse contado inicialmente con un presupuesto menor.
- **Daño cierto, actual y efectivo.-** No cabe hablar de responsabilidad civil si el perjuicio es hipotético, potencial o especulativo. Como afirma la profesora Ivanega, "el daño debe ser cierto, no conjetural ni hipotético, dado que sin certidumbre sobre el acaecimiento del daño no se configura ese elemento"(13).

  La certeza del daño resulta indudable cuando ya es una realidad producida y solo queda cuantificarlo. Eso incluye cuando el daño está ya consumado pero la situación perjudicial y los costos de remediación aún continuarán en el futuro. Por ejemplo, si dolosamente se produjera un incendio que afectara el patrimonio de un laboratorio público cuya recuperación demandara tiempo y costos futuros de investigación.

  Lo que también suscita dudas mayores sobre la certeza o actualidad del daño es cuando estamos frente a un daño futuro pero cierto en función

---

acceso a Internet. En una hipótesis tal, el uso intensivo del acceso a Internet, para fines no laborales, en horarios distintos de la jornada de trabajo, no generaría un costo visible para el Estado, pero si un aprovechamiento susceptible de ser cuantificado, para el agente y resarcido al Estado.

Es claro, también, que en las hipótesis a) y b) la afectación de los intereses patrimoniales del Estado no se produce por el uso indebido, sino que por el detrimento de los bienes y recursos o, eventualmente, su aprovechamiento indebido, o, en general, la afectación de los intereses patrimoniales del Estado, eventos en los cuales serían estos –detrimento, aprovechamiento indebido o afectación– y no aquel –uso indebido– el constitutivo del daño y la fuente de la responsabilidad , y el uso indebido, una modalidad de la conducta dolosa o culposa que da lugar a la responsabilidad.

c) **Finalmente, el uso indebido puede darse en situaciones que, ni generen un detrimento apreciable en los bienes o en los recursos del Estado**, ni produzcan una afectación de sus intereses patrimoniales por el aprovechamiento indebido de tales bienes o recursos. Tal sería el caso cuando se destinan recursos del Estado a fines oficiales distintos de aquel para el que estaban presupuestados, o cuando el uso indebido consiste en una mera infracción de reglamentos, órdenes o directivas, pero sin lesión ni aprovechamiento privado de los recursos públicos. En estos casos, puede existir responsabilidad penal o disciplinaria, pero no responsabilidad económica por ausencia de daño.

(13) IVANEGA, Miriam. Ob. cit., p. 269.

de las reglas de la experiencia y de la ciencia. Pensemos en un expediente técnico elaborado incumpliendo normas elementales de la ingeniería pero que está iniciando su ejecución y, por ende, aún no es posible confirmar si se producirá el daño y cuantificarlo. Nosotros sostenemos que este daño aún no puede ser calificado como un perjuicio porque no cumpliría con la condición que fija la propia definición de responsabilidad civil cuando la define como aquella "en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, (...) **hayan ocasionado** un daño económico a su Entidad o al Estado". En ese sentido, la norma nacional exige que para plantear la responsabilidad civil funcional deba haberse ya ocasionado el perjuicio.

- Daño apreciable económicamente y cuantificado, que se traduce en la expresión numérica de la magnitud del daño que afecta a la Administración. Esta identificación de la magnitud resulta importante para poder plantear el reclamo correspondiente ante la autoridad competente, pero además sirve para, mediante un análisis de costo beneficio, apreciar la medida más adecuada para resarcirse. Resulta indiscutible que la producción del daño debe provocar la búsqueda de su recuperación, pero ello no puede dejar de considerar que el tránsito de la vía del recupero no debería conducir a mayores costos para la administración de los que espera recuperar. En esa orientación, existen legislaciones que han aprobado oficialmente que esta apreciación económica del daño debe tenerse en cuenta para que la Administración pueda decidir la eximencia de la acción judicial de reintegro, si resultara antieconómica dicha vía desde la perspectiva del costo-beneficio, en función de que los gastos causídicos propios de las actuaciones judiciales de recupero sea negativa y termine produciendo un mayor menoscabo al patrimonio público. Por ello, ordenamientos como el argentino, han establecido positivamente un monto mínimo del daño patrimonial, debajo del cual se asume que su recuperación devenga razonablemente antieconómico para el Estado nacional(14).

- Daño al patrimonio estatal o al patrimonio institucional. La Ley de control indica que el daño debe afectar "el patrimonio del Estado o el institucional" como si ambos fueran un mismo elemento patrimonial. Y pareciera que así fuera. En efecto, todo patrimonio institucional conforma el patrimonio del Estado y, a su vez, todo el patrimonio estatal está disgregado en las entidades. Sin embargo, hay casos de difícil resolución para determinar si hay daño resarcible por los funcionarios de una entidad, como son los casos que implican desmedro del patrimonio de su entidad, pero el recíproco incremento patrimonial de otra, de tal suerte que en términos netos no hay perjuicio patrimonial para el Estado. Pensemos en el caso de una entidad que no ejecuta su presupuesto, incumple sus metas y aquel

(14) Por ejemplo, véase la Resolución N° 192/02 de la Sindicatura General de la Nación.

revierte al tesoro público, en el caso de una entidad que pudiendo hacerlo no reclama un crédito que tiene frente a otra dependencia pública y este prescribe, o cuando un inmueble revierte a favor de otra entidad si no es empleado para los fines que le fue afectado.

En todos esos casos, pareciera que hay desmedro en el patrimonio de la primera institución, pero en verdad, no existe un perjuicio para el patrimonio público porque lo que ha operado es una transferencia patrimonial dentro de la Administración, sin haber un beneficio privado. Indudablemente son temas discutibles, pero creemos que solo habrá daño resarcible cuando se pueda hablar de perjuicio al patrimonio público integralmente considerado(15). Ello claro está, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que esos actos pueden determinar.

2. El incumplimiento funcional del funcionario y servidor público

Cuando en la definición de responsabilidad civil dada por la Ley del Sistema Nacional de Control se señala que: "Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve", se alude a dos exigencias conjuntas.

Por un lado, que en el origen del perjuicio haya una acción u omisión del agente que constituya un incumplimiento funcional (acción antijurídica) y, por el otro, que en ese actuar, el agente se desenvuelva en una actuación dolosa o culposa (acción imputable)

Para analizar el deber funcional incumplido debe recordarse que nos encontramos frente a una responsabilidad de naturaleza contractual, en tanto deriva de perjuicios o menoscabos ocasionados por el agente en el desarrollo de obligaciones o deberes funcionales de su relación de empleo público. Precisamente es cuando se incumple alguna de esas obligaciones funcionales es que se produce aquel deber incumplido que se constituye un elemento de la responsabilidad patrimonial del funcionario. Como resulta obvio, no todo incumplimiento al deber de rendición de cuentas de recursos públicos o a normas presupuestales implica automáticamente una responsabilidad económica para el infractor, ya que siempre se requiere además acreditar la existencia de un daño o perjuicio económico al patrimonio de la entidad. Por

(15) Por ello compartimos la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia (Cas. Nº 891-2009-Lima) ante la pretensión de indemnización a favor de la ONPE porque sus funcionarios no realizaron las acciones necesarias para recuperar de la Sunat el monto que se había por concepto de IGV a que tenía derecho. Ahí la Corte Suprema considero que no existía daño al patrimonio estatal porque el recurso dinerario "no había desaparecido a manos de un particular, sino que ingresó a las arcas del fisco vía tributo; y si bien es verdad, vencieron los plazos establecidos por la legislación tributaria para solicitar la devolución de dicha suma afectando a la ONPE al no estar bajo su esfera de dominio, este solo hecho no es suficiente para estimar la existencia de un daño efectivo y real puesto que el dinero sigue estando bajo la esfera de dominio del Estado como un todo".

ejemplo, cuando hay un incumplimiento a una norma de inventarios no necesariamente significa una pérdida patrimonial. Del mismo modo, rendir cuenta de dinero encargado mediante documentos inadecuados no significa necesariamente menoscabo patrimonial, porque el gasto puede haberse ejecutado y solo tratarse de los temas de acreditación.

Si no se ha producido ningún incumplimiento funcional, no es posible hablar de deber de indemnizar a cargo de un agente, por más que exista un perjuicio patrimonial a la hacienda pública. Por ejemplo, no pueden considerarse como actos antijurídicos pagar el servicio prestado a un proveedor cuya relación contractual pueda ser cuestionada, pero se mantiene vigente, pagar a un proveedor que se le ha ordenado un servicio aunque no haya suscrito contrato, pagar el monto de una pensión en tanto no es anulada o dejada sin efecto legítimamente. En esos casos, ni hay pago indebido, ni la acción del funcionario es lícita, por cuanto actúa, respectivamente, al amparo del contrato o del acto administrativo que le fija ese deber de actuación.

Luego de perpetrado el incumplimiento no resulta indispensable que se mantenga la relación funcional vigente, porque su deber de reparar y la pretensión de responsabilidad civil perseguirá al infractor aunque se desligue de la relación funcional voluntariamente o por acción de autoridad.

Ese incumplimiento puede consistir en la transgresión a normas legales que regulan la actuación de los funcionarios en general o aquellas que regulan la actuación funcional específica del cargo al que está asignado el funcionario. Entre las primeras podemos citar las obligaciones de emplear austeramente los recursos públicos y destinarlos para la prestación del servicio público[16] o el de proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados[17], las normas de control interno, entre otras. Son ejemplo, de las normas específicas las que regulan los deberes funcionales de los cargos de contadores, tesoreros, responsables de finanzas y presupuesto, control patrimonial, personal y demás sistemas administrativos.

(16) Decreto Legislativo Nº 276
Artículo 16
Todo empleado está sujeto a las siguientes obligaciones:
c) Salvaguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos, destinándolos solo para la prestación del servicio público.

(17) Código de Ética de la función pública, Ley N° 27815
Artículo 7.- Deberes de la Función Pública
5. Uso Adecuado de los Bienes del Estado
Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados

La antijuridicidad de la acción que busca este requisito no tiene la misma identidad que la exigencia de encuadramiento en una norma expresa (tipicidad) del ilícito administrativo o penal, pues solo se satisface con determinar que el agente haya actuado ilegalmente transgrediendo un deber de conducta contemplado en las normas jurídicas. Sin embargo, la apreciación debe diferenciar el caso de las normas que regulan el acción funcional de manera reglada de las normas que apoderan de capacidad de apreciación (disposiciones discrecionales), en cuyo caso no puede hablarse de decisiones ilegales por el solo hecho de tener una opinión distinta a posteriori ("yo no hubiese decidido eso), sino solo si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia(18).

3. La imputación jurídica del incumplimiento al funcionario o servidor por su actual doloso o culposo

Como habíamos adelantado, resulta necesario que el accionar del agente le sea jurídicamente imputable, esto es, demostrar que su accionar le pueda ser atribuido para que responda por él. Ese elemento es, que en la base de la imputación a algún funcionario o servidor determinado pueda acreditarse que haya incurrido en esa acción u omisión indebida mediante dolo, culpa leve o culpa inexcusable. De ahí, podemos derivar que la responsabilidad civil de los funcionarios no es una responsabilidad objetiva, sino subjetiva, es decir, determinada por el volitivo del discernimiento del agente y no por la existencia objetiva de un perjuicio.

Como se puede apreciar de ello, para responsabilizar civilmente a un funcionario o servidor, no basta que la entidad haya sufrido un menoscabo patrimonial en los términos antes explicados ni que el agente haya incurrido en una acción ilegal, sino que además, debe poder acreditarse su intención de transgredir el ordenamiento jurídico o de deliberadamente no cumplir con una obligación a su cargo (dolo(19)), o si por negligencia grave no ejecuta su obligación (culpa inexcusable)(20) o si omite la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las personas, del tiempo y del lugar (culpa leve)(21). En ellos se subsume, el descuido en el actuar, la omisión consciente, descuido por impericia, la inexcusable negligencia o imprudencia con olvido de las precauciones razonables y posibles, la cual conduce a ejecutar actos que se realizan sin la diligencia debida.

(18) Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29622.
(19) Artículo 1318, Código Civil.
(20) Ídem.
(21) Ídem.

Como lo estableció, en su momento, el Tribunal de Cuentas de la Nación Argentina: "Para perfilar la responsabilidad administrativa del agente público debe mediar culpa del mismo. Se requiere, por lo tanto, una intervención con discernimiento, intención y voluntad, elementos que deben valorarse dentro del marco de circunstancias y en concordancia con los principios que reglan la materia (TC 2,764/1971)"[22], y además que "no basta exclusivamente la existencia de una obligación inherente al empleo y su probable incumplimiento para que de ello se derive una responsabilidad administrativa. Debe verificarse la posibilidad del ejercicio de esas obligaciones y las demás impuestas al funcionario de suerte de poder precisarse si existe culpa o negligencia en concreto; de lo contrario, podrían imputarse culpas por hechos de cumplimiento imposible" TC 732/1971)[23].

Por su parte, el agente público para evitar caer en negligencia debe actuar agotando su deber de diligencia ordinaria, para lo cual –como establece el Tribunal de Cuentas español– no basta con el puntual cumplimiento de los deberes legales o reglamentarios del cargo sino todas las acciones aconsejadas por la técnica si aquellas se revelan insuficientes para evitar un riesgo previsible[24]. La clave se encuentra en la previsibilidad del perjuicio o daño ya que negligente es el que no prevé pudiendo hacerlo o previéndolo no toma las medidas de diligencia posibles para evitarlo, sin que para ello sea obstáculo, las deficiencias de control interno existentes.

Algunos de los casos que ponen en cuestión la necesidad de acreditar esta atribución de imputabilidad, son: la imposibilidad real de cumplimiento de una exigencia normativa ante un contexto determinado y la posibilidad de apreciar la existencia de una irregularidad que requiere especiales conocimientos cuando la agente no los posee pero actúa diligentemente. Este es el caso, por ejemplo, del médico –titular de un hospital– que funcionalmente le corresponde aprobar un expediente para construir una obra pero que contiene deficiencias de ingeniería importantes y que conduce a un dispendio de recursos. ¿Si este médico tomo las previsiones necesarias haciendo revisar el proyecto por todas las instancias técnicas y legales y ninguna de ellas advierten de la irregularidad, puede resultar imputable por este perjuicio económico al patrimonio a la entidad? ¿Debería ser imputado como responsable únicamente quien tenía la especialidad técnica para revisar desde la perspectiva de ingeniería ese proyecto? En el mismo orden de ideas, podemos pensar en un administrador que resuelve un expediente de pensiones en el

(22) Pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la Nación argentina recopilados por MATA, Ismael. La responsabilidad patrimonial del Funcionario". En: *XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad en el ámbito del Derecho Público*. RAP, Año XXXI, Nº 370, p. 108.

(23) Ídem.

(24) CORTELL GINER, Robert. *Supuestos de responsabilidad contable*. Auditoría Pública Nº 50 (mayo 2010), p. 54.

sentido que le propone su asesor legal en un aspecto de controversia jurídica y luego resulta que era un pago indebido, ¿puede ser imputado del perjuicio?

4. La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño patrimonial

El último elemento exigido para la imputación de responsabilidad civil es la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión funcional y el efecto dañoso producido en la entidad o en el Estado, o como la propia norma establece, una vinculación de causa adecuada al efecto entre la conducta activa u omisiva realizada por el agente (que a su vez configura un incumplimiento de las funciones imputable) y el efecto perjudicial para el patrimonio público. "En este aspecto se ha propiciado la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, mediante la cual para calificar un hecho como causa de un determinado evento dañoso es preciso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto afectante era por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio. Solo deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir per se el daño"(25). Por la incorporación de este elemento, se desestima la posibilidad de imputar responsabilidad civil a un agente por la imputación objetiva del resultado por la sola condición de estar al cuidado del patrimonio de la administración.

Nos encontramos en la necesidad de conectar el hecho humano con el daño, y de brindar así una explicación razonable de la concreción de este último como su resultado necesario. En este caso, vincular la acción u omisión funcional con el resultado dañoso producido de modo que la exigencia de responsabilización económica (acción de regreso o de repetición) debe recaer en aquel que realiza la conducta omisiva o activa que la ocasiona. Esto que parece sencillo para diferenciar entre el causante y el agente absolutamente ajeno a las decisiones eficiente que permite el perjuicio, se convierte en claroscuro cuando ingresamos a analizar los procesos decisionales de los hechos observables. Por ejemplo, ante un pago indebido a un contratista, ¿cuál conducta es su causa eficiente? ¿El ingeniero residente que tramitó la valorización y dio opinión favorable?, ¿el supervisor de la obra que dio su opinión favorable?, ¿el que aprobó la resolución de pago? ¿El que giró los cheques y realizó el desembolso? ¿Acaso todos ellos? Ahí se encuentra el meollo del análisis de la causalidad suficiente del daño ocasionado. Lo perfectamente meridiano es que si la conducta no es la causa adecuada del perjuicio, "no procede asignar

(25) IVANEGA, Miriam. Ob. cit., p. 270. En igual sentido, CORTELL GINER, Robert. *Supuestos de responsabilidad contable*. Auditoría Pública Nº 50 (mayo de 2010), p. 55.

responsabilidad si no existe un nexo causal entre las irregularidades probadas y el daño ocasionado al Estado" (TC3, 727/1071)[26].

Por ello, es indispensable que entre ambos elementos exista una vinculación de causa adecuada al efecto, de modo que la acción y omisión funcional sea la causa suficiente, directa e idónea para que se haya producido la lesión en el patrimonio estatal. Solo así, una determinada autoridad puede ser correctamente responsabilizada civilmente y atribuírsele el deber de resarcir algún daño.

Tratándose de una acción positiva del administrado, resulta más o menos sencillo determinar la existencia de la relación de causalidad entre ambos, pues basta simplemente hacer una reconstrucción mental de los hechos y ponderar si el perjuicio o hecho típico se hubiere producido igualmente con la sola acción del administrado. El supuesto más complejo es la determinación de si una omisión satisface la exigencia de causalidad para hacer aplicable la sanción. Para el efecto, es necesario calificar si la omisión realmente es causal del tipo previsto para la sanción, respondiendo a la pregunta ¿si se hubiese realizado la acción omitida con todas las condiciones relevantes del entorno, no se hubiese realizado el estado de cosas perjudiciales?

Como se puede apreciar, un funcionario o servidor público no podrá ser responsabilizado civilmente, no obstante existir perjuicio patrimonial para la administración e incluso haber incurrido en alguna falta administrativa, si esta última no constituye la causa suficiente, directa e idónea para haber producido el menoscabo patrimonial. Así sucederá, si se comprueba que en la configuración del perjuicio económico, ha tenido incidencia determinante otros eventos, tales como: el hecho de la propia administración (por ejemplo, la imposibilidad financiera para pagar una deuda que determina un mayor pago por intereses a cargo del Estado), la conducta de un tercero (por ejemplo, el hurto de un bien patrimonial de la entidad por un tercero, o por acto de subordinados pese a la diligencia del agente responsable de su cuidado, o incluso, la decisión del cuerpo colegiado al cual se pertenece, pero sin haber votado en la sesión respectiva o haberlo hecho en contra), el caso fortuito o la fuerza mayor (daño derivado de un acontecimiento irresistible y ajeno al ámbito dominado por el funcionario).

IV. ¿La pretensión de responsabilidad es la vía principal o subsidiaria para obtener el resarcimiento del patrimonio público?

La situación particular de haber inferido un menoscabo al patrimonio público permite que la Administración legítimamente busque accionar para

(26) Pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la Nación argentina recopilados por MATA, Ismael; La responsabilidad patrimonial del Funcionario". En: *XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad en el ámbito del Derecho Público*. RAP, Año XXXI, Nº 370, p. 108.

propender a su restablecimiento. Ahora bien, cuando la entidad tiene la posibilidad de obtener el resarcimiento por otro medio o de otro patrimonio, ¿necesariamente debe acudir a hacer efectiva la responsabilidad civil de su funcionario o servidor? ¿Puede acudir a ambas vías en búsqueda de resarcimiento o solo a una de ellas? Esta situación se produce por ejemplo, cuando el funcionario o servidor incurre en negligencia y permite la pérdida de un bien asegurado o cuando ha entregado recursos a un contratista sin que corresponda. En ambos casos, tanto el seguro como el patrimonio del contratista son posibles de afectar para obtener el resarcimiento.

Esto nos conduce a reflexionar sobre si en estos casos, la vía de la responsabilidad civil procede alternativamente a las otras formas de resarcirse o solo procede cuando sea imposible recuperar el perjuicio en las otras modalidades, como por ejemplo, si la entidad pudiera resarcir un pago indebido a un proveedor, compensándose en la liquidación, o acudiendo al seguro que protegía el bien contra robos. Lo que sí es seguro, es que la Administración no podría incurrir en enriquecimiento indebido acudiendo a ambos resarcimientos.

Al respecto, resulta importante tener en consideración que para fines del quehacer del control gubernamental se ha contemplado el resarcimiento del patrimonio del funcionario solo cuando no sea posible obtener el recupero de otro modo, en sede administrativa. Así lo ha establecido la NAGU 4.50 *in fine* cuando afirma:

> NAGU 4.50: INFORME ESPECIAL[27]
>
> Cuando en la ejecución de la acción de control se evidencien indicios razonables de la comisión de delito, la comisión auditora, en cautela de los intereses del Estado, sin perjuicio de la continuidad de la respectiva acción de control, y previa evaluación de las aclaraciones y comentarios a que se refiere la NAGU 3.60, emitirá con la celeridad del caso, un informe especial con el debido sustento técnico y legal, el cual se remitirá al Comité de Calidad de la Contraloría General para su revisión, el mismo que podrá recepcionar, por única vez, información adicional de las personas comprendidas en el Informe Especial; haciendo las coordinaciones pertinentes con el Ministerio Público, de ser el caso. **Igualmente, dicho informe será emitido para fines de la acción civil respectiva, si se evidencia la existencia de perjuicio económico, siempre que se sustente que el mismo no sea susceptible de recupero por la entidad auditada en la vía administrativa**.

Esta posición queda ratificada cuando la misma norma dispone que la exigencia de deslinde en vía judicial solo se produzca si no es posible exigir el recupero en sede administrativa por las vías alternativas antes señaladas.

(27) Texto según, R. C. Nº 012-2002-CG.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

(...)

"Tratándose de responsabilidad civil, el perjuicio económico deberá ser cuantificado, señalándose que el mismo no es materialmente posible de recupero por la entidad en la vía administrativa".

V. La consecuencia de la responsabilidad civil: el resarcimiento del patrimonio estatal

Como resulta obvio, la razón de ser de la responsabilidad civil es lograr que el mermado patrimonio estatal, en sus diversas manifestaciones, sea resarcido conveniente a fin de mantener su intangibilidad para alcanzar su aplicación correcta en los fines públicos previstos legalmente.

En función del daño producido, la modalidad resarcitoria tendrá diferente alcance. Por ejemplo, la responsabilidad patrimonial puede dar lugar a un daño directo y de concreta cuantificación, esto es, resulta evidente, como puede ser en un caso de un pago indebido, la perdida, destrucción parcial o total de un bien estatal, la prescripción de acreencias del estado y similares. En estos casos, resulta lógico que el interés patrimonial del Estado se satisfaga con la restitución de lo indebidamente percibido, la devolución del bien apropiado, la reposición del valor del bien destruido totalmente al valor actual, el valor de reparación del bien dañado, más los intereses legales correspondientes desde la fecha del daño[28]. En estos casos, nos encontramos frente al reintegro, restitución o devolución de lo percibido en el mismo estado en que se encontrara.

Pero existen otros casos, más complicados de perjuicios no evidentes o necesarios de ponderación sobre la eficiencia del gasto, como por ejemplo, el perjuicio producido por una mala ejecución de un proyecto de construcción que resulta inservible o la adquisición de bienes que no son aprovechables en fines públicos. En casos como estos, no es apreciable prima facie el perjuicio porque la obra estará físicamente (aunque inútil). En este caso será necesaria una ponderación adicional sobre la eficiencia del gasto, la utilidad pública de la inversión y, por ende, de una estimación valorativa más compleja y detallada de índole técnica y económica para apreciar en qué consistió el perjuicio y poderlo cuantificar.

Esta diferencia de tratamiento no resulta poco relevante, porque da lugar a definir en qué escenario resulta más eficiente obtener el deslinde de responsabilidades y, en algunos ordenamientos, permite a las Entidades

(28) La estructura de los conceptos a ser recuperados y metodología de cálculo fueron tratados por la CGR en su R. Nº 748-91-CG del 18 de diciembre de 1991, cuando estaba vigente la responsabilidad pecuniaria en sede administrativa a través del proceso de determinación de responsabilidades.

Fiscalizadoras Superiores contar con la capacidad de dictar medidas correctivas de recupero u órdenes de reintegro en casos específicos. Como bien afirma al respecto Pantoja Bauza, refiriéndose a estas órdenes de reintegro que "persiguen restituir el faltante o satisfacerlo, recobrando, así, lo que se había perdido o dejado de poseer, lo que importa afirmar que esta Contraloría solo puede dictar ordenes de reintegro cuando el monto de lo debido pueda desprenderse de simples cálculos aritméticos, que no constituyan apreciación estimativa de lo que se debe enterarse en arcas fiscales o en arcas de gobierno respectivo, ya que de darse esa hipótesis (...) debe acudirse ante la Justicia ejerciendo las acciones que procedan"[29].

Los daños directos y de concreta cuantificación motivaron en su origen el reparo[30] y las órdenes de reintegro que los organismos de control podían emitir en sede administrativa para buscar revertir la situación sin necesidad de acudir a la determinación judicial. Acaso esa sea la alternativa más eficiente, previa cautela de un debido proceso, antes que judicializar la pretensión y hacer improbable el recupero del erario público. Actualmente no queda duda que las entidades para pretender el resarcimiento, en todos los casos, deben acudir a la sede judicial y plantear el proceso correspondiente emplazando al funcionario o servidor. Ello si bien garantiza un proceso independiente al implicado, propicia la dilación y en la acción ejemplarizadora en la gestión pública ante casos de perjuicios concretos y determinados.

Por ello, es que no debe perderse de vista que si bien las autoridades no pueden ya determinar responsabilidades pecuniarias de manera unilateral y efectuar descuentos a los servidores y funcionarios sin contar con la aceptación del responsable[31], los componentes del Sistema Nacional de Control sí están autorizados a promover su recupero en sede administrativa a partir de los hallazgos que cursen revelando perjuicios económicos, y de lograrlo, consignarlo como comentarios favorables a la gestión de la entidad[32].

(29) PANTOJA BAUZA, Rolando. "La responsabilidad en la Administración del Estado ante la jurisprudencia administrativa". En: *La Contraloría General de la República 50 años de Vida Institucional (1927-1977)*, Publicación en Conmemoración del Cincuentenario. Departamento de Derecho Público - Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977, p. 229

(30) SILVA CIMMA, Enrique. "El reparo". En: *Revista de Control Fiscal* / Contraloría General de la República. Editorial de la Contraloría General de la República, 125, XXIX-XXX Caracas: (1988-1989), pp. 210-236.

(31) Véase la STC del Exp. N° 719-96-AA/TC (Basilio Agustín Castro Copa) en que se calificó de inconstitucional la determinación por parte de la propia autoridad, con base en un informe de control, de responsabilidad pecuniaria por la pérdida de un camión que conducía en estado etílico y dispuso su descuento por planilla.

(32) NAGU 4.50.
SITUACIONES ESPECIALES
- Cuando se determine la existencia de perjuicio económico que a juicio de la Comisión Auditora sea susceptible de ser recuperado en la vía administrativa, los hechos relativos a dicho perjuicio económico seguirán siendo tratados por la Comisión Auditora y revelados en el correspondiente Informe de la acción de control, recomendándose en el mismo las medidas inmediatas para materializar dicho recupero.

VI. El derecho de la Administración de repetir contra funcionarios y servidores la responsabilidad civil asumida

Como sabemos, es regla común que la Administración asuma el pago de la indemnización a los administrados aun cuando exista falta de personal separable pero en conexión con el servicio, una falta propiamente del servicio, o incluso cuando concurran acumuladamente responsabilidades entre el funcionario y la Administración. Con ello se intenta, de un lado, liberar al administrado-perjudicado en su patrimonio de intentar la indemnización del funcionario (ordinariamente menos solvente que la Administración), pero también, se le evita la dificultosa tarea –sobre todo desde fuera de la organización– de indagar a qué persona o grupo de personas de la entidad le resulta imputable la acción u omisión dañosa.

No obstante, esa facilidad para el administrado, el ordenamiento –amparado en criterios elementales de justicia distributiva– tampoco tiene en mente que el costo deba asumirlo finalmente la Administración, dejando en la impunidad e irresponsabilidad a la autoridad que dolosa o culposamente infirió el perjuicio. Esta es una situación que el ordenamiento resuelve al interior de la organización administrativa estableciendo una suerte de responsabilidad indirecta de los funcionarios y servidores detrás de la responsabilidad directa de la Administración que brinda una cobertura primaria al administrado afectado.

Por ello, los ordenamientos ponen a disposición de la Administración un instrumento de distribución final del perjuicio a través del derecho de repetir en sede judicial contra el funcionario o servidor imputable de la acción u omisión, también denominada *actio de in rem verso*, "acción de reembolso", o "acción de restitución", o "acción de regreso"[33].

Este instrumento impide que el funcionario o servidor se esconda detrás de todos los ciudadanos que con sus impuestos financian las indemnizaciones por sus actos perjudiciales. De este modo, podrían ser reembolsadas las indemnizaciones que se pagan a los afectados por los casos de ejercicio irregular de funciones estatales, tales como: la desaparición o desplazamiento forzado, las heridas o muertes por manejo inadecuado de armamento, la tortura, los contratos ejecutados sin disponibilidad presupuestal, el incumplimiento de derechos laborales de empleados estatales, la mala praxis médica en hospitales estatales, la indebida liquidación o intervenciones en empresas privadas, los actos arbitrarios de decomisos, embargos, incautación de patrimonios, errores

(33) Una variante interesante es el denominado "Llamamiento en garantía" desarrollado en la legislación colombiana, por el cual, atendiendo al principio de economía procesal, se busca que en la misma sentencia en que se decide la responsabilidad de la Administración respecto del administrado, se decida la responsabilidad del funcionario o servidor (denominado "llamado") para con la administración.

registrales, faltas de seguridad o vías de circulación, entre otros supuestos de responsabilidades suficientemente individualizadas separadas del ejercicio correcto del servicios, pero en conexión, con él.

No se trata de hacer efectiva las responsabilidades administrativas o penales que estos hechos pudieran provocar a los autores personales de los actos y que se siguen por su propia vía. Por ello no estamos frente a un instrumento técnicamente sancionador o disciplinario, sobre el funcionario o servidor. Se trata de hacer efectivo el deber de resarcimiento (carácter resarcitorio) que los servidores y funcionarios públicos tienen, por sus acciones u omisiones funcionales, cuando ocasionan dolosa o culposamente un daño económico en vía directa a los ciudadanos, pero en vía indirecta, al patrimonio público, porque es este quien afronta su resarcimiento. De no existir esta vía, o existiéndola no se ejerce, se propiciaría la impunidad funcional, ya que todos estaríamos asumiendo el costo de actuaciones ilegales producidas por autoridades, pese a que están causadas por sus propias acciones deliberadas o culposas.

VII. La presencia de la acción de regreso en el Derecho comparado

La doctrina refiere como un lugar común que la base de esta acción de regreso en el Derecho comparado ha sido la famosa sentencia Laurelle del Consejo de Estado en 1951[34] que superó el inicial estadio en que la Administración asumía las responsabilidades de su personal sin poder distribuir el costo. En este caso, se estableció por primera vez que "si los funcionarios y agentes de los entes públicos no son pecuniariamente responsables ante dichos entes de las consecuencias dañosas de sus faltas de servicio, cosa distinta sucede cuando el daño que ellos han causado a los entes públicos es imputable a sus faltas personales".

Contemporáneamente, la repetición de la responsabilidad que asume la Administración respecto de su personal ha alcanzado nivel constitucional en diversas cartas políticas –sobre todo de América Central y Sudamérica– lo cual nos puede llevar a afirmar que la justicia distributiva que conlleva le permite ser ahora una clave esencial de la responsabilidad de la función pública en nuestros países. En efecto, la encontraremos en los ordenamientos constitucionales de Colombia, Nicaragua, Ecuador, Chile, Uruguay, Brasil, Paraguay y Honduras[35].

(34) Fallo Consejo de Estado del 28 de julio de 1951. Véase en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2000, p. 329.

(35) La Constitución Política de Colombia de 1991 consagra esta institución como postulado esencial del Estado del Derecho, en los siguientes términos:

Artículo 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En los cuales se manifiestan habilitando el reparto o distribución definitiva interno de la carga indemnizatoria, a través de la acción de repetición o

---

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

La Constitución Política de Honduras de 1982 también la contempla de la siguiente manera:

Articulo 324.- Si el servidor público en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de particulares, será civil y solidariamente responsable junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentre, sin perjuicio de la acción de repetición que éstos pueden ejercitar contra el servidor responsable, en los casos de culpa o dolo.

La responsabilidad civil no excluye la deducción de las responsabilidades administrativa y penal contra el infractor.

La Constitución Política de Uruguay de 1997 también mantiene la misma posición, estableciendo que:

Artículo 24.- El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Artículo 25.- Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.

La Constitución Política de Paraguay de 1992.

Artículo 106 - De la responsabilidad del funcionario y del empleado público

Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto.

La Constitución Política de Brasil de 1988.

Artículo 37. La Administración pública, directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipio obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, y también a lo siguiente:

6. Las personas jurídicas de Derecho Público y las de Derecho Privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causen a terceros, asegurando el derecho de repetir contra el responsable en los casos de dolo o culpa.

La Constitución Política de Nicaragua de 2000.

Artículo 131.- Los funcionarios de los cuatro poderes del Estado, elegidos directa o indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo. El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones. También son responsables ante el Estado de os perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo. Las funciones civiles no podrán ser militarizadas. El servicio civil y la carrera administrativa serán regulados por la ley.

La Constitución Política del Ecuador de 2008.

Artículo 11.- EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

La Constitución Política de Chile.-

Artículo 38, inciso 2.- Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

de regreso que la Administración Pública realiza contra las autoridades y demás personal a su servicio por la responsabilidad personal en que hubiesen incurrido.

La diferencia sustancial entre estos ordenamientos radica en el carácter mandatorio o simplemente potestativo de su ejercicio. Mientras que para algunos como Colombia, Paraguay, Brasil, Ecuador, entre otros, su ejercicio es una obligación u deber esencial, para otros (como Uruguay y Nicaragua), se le concibe como una potestad discrecional, a través de la cláusula "podrá repetir"

VIII. Naturaleza jurídica de la acción de repetición

Es importante tener en cuenta que la acción de regreso no importa el traslado automático a la autoridad de la indemnización condenada por sentencia judicial, pues en verdad la indemnización por la actuación indebida ya la sufragó la Administración. Lo que la acción pretende es otorgar a la Administración Pública un mecanismo jurídico para obtener el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares por daños antijurídicos ocasionados, activando la responsabilidad interna que tienen las autoridad frente a la Administración por su actuar doloso, culposo o negligente y, siempre que no existieran, fallas del servicio o causales personales de eximencia de responsabilidades.

Resulta obvio que existirán casos en que no se puede trasladar a alguna autoridad por no habérsele individualizado o no serle imputable al tratarse de fallas del servicio. Pero cuando sea individualizada, personal e imputable la autoría de la acción u omisión indebida generadora de la condena, corresponderá el traslado total o parcial del monto de la indemnización. La Administración no es la aseguradora integral de las acciones de sus autoridades, ni estos son irresponsables en nuestro ordenamiento.

Por esta **acción autónoma, sucesiva y de contenido patrimonial**, corresponde que cualquier entidad estatal condenada en un proceso por la responsabilidad incurrida por sus agentes, repita judicialmente contra un servidor o funcionario autor personal de la acción u omisión, aunque haya dejado de pertenecer al servicio, por el monto indemnizatorio ya pagado, si constata que la causa de la responsabilidad que se le imputó sea una conducta incurrida por este agente, en ejercicio de sus funciones. Existirían dos procesos: el primero, instaurado por la víctima del daño antijurídico contra el Estado; el segundo, luego de la sentencia condenatoria contra este, incoado por el Estado contra el servidor público que actuó con dolo o culpa grave. En tales procesos son distintos los sujetos y diferente la posición del Estado, que en el primero actúa como demandado y en el segundo como demandante. Son también distintas las pretensiones, pues en el primero el actor persigue que se deduzca judicialmente una declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, al paso que en el segundo lo pretendido es el reembolso de lo que hubiere sido pagado como consecuencia de la sentencia condenatoria

del primer proceso, cuando el servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a ello.

Es una **acción autónoma** porque tiene independencia respecto del proceso de responsabilidad en la que el Estado fue condenado, siendo la sentencia condenatoria obtenida en este proceso, solo un presupuesto para su inicio. No es la acción subrogatoria de la administración sobre el derecho indemnizatorio que la víctima tenía frente a la autoridad al servicio de la entidad porque no pretende cobrar la indemnización del afectado. Es un derecho autónoma y de ejercicio directo –dentro de una relación interadministrativa– por parte de la Administración como consecuencia del menoscabo sufrido por tener que afrontar esta condena y que busca restituir.

Es una **acción sucesiva o secundaria**, porque constituye un proceso que se inicia justamente cuando ya existe una condena judicial o extrajudicial previa (Ej., conciliación o arreglo amistoso) y la entidad ha honrado la deuda, buscando reequilibrar la situación patrimonial cargando el perjuicio a quien por acción deliberada o mediante actuar culposo lo produjo.

Finalmente, en nuestro ordenamiento es un **acción a entablarse en sede judicial** en búsqueda que la autoridad judicial determine la existencia del derecho a restituirse patrimonialmente el erario público, la obligación de restitución del servidor y la cuantificación del monto en qué consistirá esa restitución. Para garantizar el debido proceso al servidor o funcionario, no cabe, como por ejemplo en el derecho francés, que la Administración cree esta obligación mediante un acto administrativo ejecutorio y que sea ejecutada de oficio o unilateralmente por la misma administración acreedora. Ello no merma la posibilidad que la Administración pueda agotar en sede administrativo planteamientos voluntarios de restitución frente al funcionario o servidor.

IX. Las condiciones para la procedencia del derecho a repetir en el ordenamiento peruano

El derecho de repetir la indemnización pagada por la Administración se encuentra en el artículo 238.6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto establece claramente:

> "238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución".

De su texto podemos extraer los tres elementos esenciales para su procedencia: la existencia de una condena judicial firme que establezca la obligación de

pago de cargo de la Administración, la conexión causal entre el resultado dañoso y la consumación del daño patrimonial a la Administración caracterizada por el pago efectivo de la obligación declarada. Veamos cada una de ellas.

El primer elemento es **la existencia de una condena firme contra la entidad estatal** emitida por un tribunal nacional o internacional, en vía contencioso-administrativa o en vía ordinaria o un reconocimiento indemnizatorio formalmente realizado, que crean el título obligacional de deudor en determinada entidad pública. No consideramos que difiera la situación obligacional si la deuda que paga la Administración provenga de una condena en sede arbitral o incluso, si la propia Administración se aviene a pagar los daños en vía autocompositiva, como fuere una transacción o conciliación, en la medida que exista el daño comprobado al administrado y este mecanismo busque aminorar el impacto económico de la obligación.

Luego, debemos comprobar **la existencia de una necesaria conexión causal entre la condena contra la entidad y la conducta activa u omisiva** de la autoridad o exautoridad que la origina. Si bien del artículo 238.6 no parece derivarse esa exigencia, ella surge de acuerdo a lo previsto en la Novena Disposición Final de la Ley Nº 27785, según el cual, el funcionario o servidor público asume responsabilidad económica por su actuar doloso, culposo grave e incluso por la culpa leve de sus actuaciones(36). De ahí que esta acción de recupero se active cuando exista comprobadamente una falta personal del funcionario o servidor sobre el cual se pretende repetir. Por ende no aplica, si fuera un supuesto de responsabilidad estatal por acto lícito o por alguna falla del servicio, o, aun existiendo una conducta personal causal de la responsabilidad, ella fuere eximible por caso fortuito, fuerza mayor o la conducta de un tercero. La doctrina se pregunta si para poder ejercer la acción de regreso corresponde previamente realizar el procedimiento disciplinario para determinar dentro de él, la existencia de infracción administrativa y la anotada conexión causal. Ese es el parecer, por ejemplo, de Rivero Ysern(37), para quien "es necesario que previamente haya sido instruido un expediente disciplinario en el que se determine la comisión por el funcionario de una falta grave o muy grave generadora del daño", afirmando que "la actuación de la Administración en vía de regreso está condicionada, por lo tanto, a la instrucción previa de un expediente disciplinario que determine la existencia de una falta grave o muy

(36) Responsabilidad Civil.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

(37) RIVERO YSERN, Enrique. "La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración". En: *Revista de Estudios de la Vida Local*. Año XXXII, enero-febrero-marzo 973, Nº 177, p. 22.

grave a consecuencia de la cual se ha producido el daño. Si la falta no es grave o muy grave no podrá procederse contra el funcionario"[38].

En nuestra opinión, este procedimiento disciplinario no es un requisito de procedibilidad o cuestión previa de imprescindible agotamiento para iniciar la acción de repetición. No solo por el evidente cariz dilatorio de su transcurrir sumado al proceso judicial en el que fue condenada la administración, sino porque la apreciación de la existencia del dolo o culpa del servidor puede sustentarse en otros medios (ej. informes de control, informe legal, o cualquier otro similares) generados en sede administrativa y apreciada, valorados y probados definitivamente por el juez competente dentro del proceso que se instaure. Es más, aun cuando la existencia de la responsabilidad por parte de la autoridad en el procedimiento disciplinario no tiene carácter vinculante para el juez, por lo que parece inoficioso sujetar este proceso a un procedimiento cuya dilucidación no será determinante en el resultado judicial. Por ende, una vez cancelada la obligación, la propia entidad cuyo presupuesto financia el pago de la deuda debe iniciar un procedimiento administrativo interno tendente a determinar si corresponde en el caso concreto promover la acción de repetición analizando la existencia de los elementos de conexidad referidos.

Finalmente, el tercer presupuesto es **el daño al patrimonio administrativo**, consistente en haber realizado el pago íntegro de la condena al afectado, dado que quien responde frente al particular por los actos funcionales, en principio es la Administración y el agente público solo de modo indirecto, a través de esta vía. Para que la administración pueda actuar en vía de regreso, y por ende, ostente legitimidad para obrar, debe haber desembolsado el íntegro del monto establecido judicialmente en su contra. No basta que haya sido condenado a pagarla ni que la haya honrado parcialmente.

A tal efecto, la Administración adoptará la decisión de plantear la acción de repetición en la vía judicial, aunque también es posible, acordar previamente o dentro del proceso judicial, el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.

X. El alegado carácter discrecional u obligatorio de ejercer el derecho a repetir contra el funcionario o servidor

Como vimos al repasar los ordenamientos constitucionales que hacen lugar a este derecho de repetición, una duda que suele tenerse con este instrumento es si su ejercicio constituye una actividad discrecional u obligatoria

(38) Tal es la opción de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado de México, cuyo artículo 31 obliga a que previamente se sustancie un procedimiento disciplinario en el que se compruebe la existencia de una infracción grave.

para la autoridad pública[39], entendiéndose, por tales alternativas, que la interposición de la acción de regreso sea un deber de las autoridades superiores o una acción posible, potestativa, facultativa o meramente probable, como es en Francia, sin admitirse cuestionamiento por su no ejercicio.

En principio, puede parecer a partir de una lectura sencilla de la norma, que nos encontramos frente a un acto discrecional, en la medida que el artículo 238.6 de la LPAG dice que cuando la entidad indemnice a los administrados "podrá" repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio. Pero tan igual como la interpretación literal o gramatical, no es la más adecuada para entender preceptos administrativos, el sentido discrecional de esta norma, tampoco es el más adecuado para entender el alcance de esta norma.

En nuestro entender, si concurren los elementos previstos para la imputación del daño al autor personal y que describimos antes, ninguna autoridad tendría fundamento alguno para no ejercer esta atribución[40], pues la norma no establece una posibilidad, sino una potestad que la Administración no posee antes de la norma. En efecto, si alguna entidad es condenada a pagar una indemnización a un administrado, la causa de ese daño ha sido un actuar imputable a un servidor o funcionario público perfectamente individualizado sin que exista circunstancia alguna de eximencia de responsabilidad y ya ha pagado la indemnización, ¿por qué no habría de interponer la acción de regreso? ¿Qué consideración legal haría que por oportunidad, merito, conveniencia o mero arbitrio no recupere ese menoscabo al patrimonio público? De su lado, la interposición de la acción tiene los principios básicos de moralidad administrativa, de la indisponibilidad de las competencias administrativas, de tratamiento igualitario a todos los funcionarios en la misma situación y sobre el deber de preservar el patrimonio público puesto a su administración. Por ello compartimos las reflexiones del profesor uruguayo Durán respecto

(39) Este debate no es solo nacional sino también internacional, como lo podemos confirmar de la lectura de los siguientes trabajos: SÁNCHEZ MILITAO, Joao Bruno. "El poder-dever do estado no ejercicio do directo de regreso por forca do seu fundamento ético e jurídico" (en: http://jus2.uol.com.br/doctrina/); REBOLLO, Luis Martín. "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos) en: <http://www.ajs.es/downloads/vol09012.pdf>; DOMENECH PASCUAL, Gabriel; "¿Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio?" En: *Revista Indret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril de 2008; BARCELONA LLOP, Javier. "La acción de regreso en la Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 105, p. 37 y ss. y DIEZ SÁNCHEZ; Juan José; "Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos", en La Responsabilidad civil y su problemática actual, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007; SOLER PEDROZA, Israel y JIMÉNEZ, William G. "La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Estado del Arte". En: *Revista Civilizar*, Vol. 9, Nº 16, Universidad Sergio Arboleda, Colombia, enero-junio 2009, pp. 73-89.

(40) La norma nacional es receptora de precepto similar contenido en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 de España (previa a la reforma operada por la Ley 4/1999) y como tal hacemos nuestros la interpretación que sobre ella hacia el maestro Jesús González Pérez en "Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", Madrid, 2000, p. 521, posición que también comparte REBOLLO, Luis Martín en "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)".

a análogo artículo de su Constitución Política, para quien "la acción de repetición es un acto debido" y que no iniciarla cuando existen los presupuestos, constituye "un acto de mala administración"(41).

En nuestra opinión, cuando una autoridad honre la condenada judicial o arbitral de pago de la indemnización por la actuación administrativa, deberá analizar si en la gestación y producción del perjuicio es posible identificar como causa un comportamiento imputable a alguno de sus funcionarios y servidores, en los términos a que se refiere el artículo 238.6. Si existe esta causalidad, como principio estará sujeta al deber, inherente a toda autoridad, de agotar los medios existentes a su alcance para resarcir el patrimonio público.

Ahora bien, como la propia norma habilita a la autoridad a cargo de este análisis, deberá confirmar la constatación de esos elementos externos con la apreciación de los elementos personales que indica el artículo 238.6 de la LPAG, para determinar el inicio de la acción y, en su caso, la ponderación del monto a demandar. Nos referimos a la necesidad de apreciar aspectos personales del responsable, como son: la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad del profesional involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Con ello, la autoridad concluirá el indispensable análisis para decidir el inicio de la acción y, en su caso, modular la pretensión económica a plantear. Por ejemplo, si no hubiera habido intencionalidad en la acción, el funcionario o servidor no tuviera relación con la producción del perjuicio o su responsabilidad profesional no estuviere conectado con el evento dañoso, obviamente no prosperaría la acción, porque precisamente se carecía de algunos de los presupuestos ya señalados en el numeral IV.

XI. El monto económico a repetir contra el funcionario o servidor público

No debe olvidarse que esta acción tiene como una finalidad esencial mantener la indemnidad del patrimonio público que se ve afectado, por tener que indemnizar, anteladamente, a terceros por faltas personales de sus funcionarios o servidores. Por ello, la acción de repetición es una acción de interés público, que sirve para defender el patrimonio público que se conforma para la satisfacción de necesidades colectivas.

Por ello, en principio, la vía de repetición debería comprender el monto de la indemnización pagada por el Estado a los damnificados más las costas y costos del proceso. Esa sería una indemnización integral que los contribuyentes deberíamos esperar. Como bien establece Manzanedo, "como es lógico, el importe de la indemnización entregada al particular límita la cuantía

(41) DURÁN, Augusto. "La responsabilidad hacia la administración en el Derecho Administrativo uruguayo". En: XXXIV Jornadas nacionales de Derecho Administrativo. *La responsabilidad en el ámbito del Derecho Público*. RAP, Año XXI, 2009, p. 89.

de la acción de regreso contra el funcionario, teniendo este límite el carácter de máximo, por lo que la Administración puede repetir por cualquier cantidad, siempre que sea inferior a dicho límite"[42].

No obstante como plantea la doctrina[43], en la práctica pueden distinguirse varias hipótesis y subhipótesis en función de las formas de participación e imputación que se producen en la realidad. Dentro de un amplio abanico de posibilidades, hay dos extremos: aquel en que se acumula una falta personal de servidor o funcionario con una falta del servicio y aquel en que el factor determinante del perjuicio es una conducta activa u omisiva del funcionario en conexión con el servicio.

En el primero de los casos, correspondería una repartición proporcional del monto indemnizatorio entre la autoridad y la administración. Por el contrario, en el segundo corresponderá que la integralidad del perjuicio sea repetida contra el servidor o funcionario estatal. Un supuesto distinto será la coparticipación de varios servidores o funcionarios en la comisión del perjuicio, en cuyo caso, dada la ausencia de solidaridad entre ellos, ameritará plantearse la proporción de la demanda en función de su grado de participación en los hechos, de sus jerárquicas y obligaciones incumplidas. De no ponderar estos elementos y persistir en la indemnización integral, en todos los casos se incurre en el riesgo de inducir a las autoridades a la inacción o ausencia de iniciativa y omitir asumir los riesgos que son propios de todo proceso de administración.

Lo que no está autorizado es determinar el monto a repetir –y menos decidir no iniciar la acción– en consideración a elementos personales del funcionario o servidor, como por ejemplo, su exiguo patrimonio, el monto de remuneraciones percibidas o el temor de conducirlo a la insolvencia[44]. En todo caso, estas serán consideraciones que deben ser materia de probanza y apreciación en sede judicial.

XII. ¿Por qué no se resarce la Administración finalmente de los perjuicios que asume?

Ahora bien, existiendo el instrumento, ¿porque los ciudadanos siguen asumiendo –como si fuera el orden natural de las cosas– con sus impuestos, el costo de los actos ilegales de funcionarios y servidores públicos? ¿Existe

(42) MANZANEDO MATEOS, José Antonio. "La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado". En: *Documentación Administrativa* Nº 82, octubre 1964, p. 44.

(43) ORTIZ ÁLVAREZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Publica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 630 y ss. También puede revisarse al respecto, MODERNE, Frank. "La responsabilidad personal de los agentes públicos y la acción de repetición en el derecho francés", ED, SDA, 2004, p. 465 y ss.

(44) En Colombia (Sentencia C-484/02) la Corte Constitucional declaró inconstitucional el artículo que permitía cuantificar el monto de la pretensión indemnizatoria en función de las condiciones personales del servidor o funcionario público.

voluntad de las autoridades gubernamentales de hacerla cumplir o es un caso más de resistencia pasiva, gremialismo o solidaridad mal entendida, que parece más bien, complicidad? ¿Por qué cuando se paga una indemnización solo cancela el crédito existente y no abren una cuenta por cobrar o por lo menos una cuenta de orden, para recuperar el pago? ¿Dónde están los organismos de control que no detectan estas situaciones?(45).

Lamentablemente esta situación es común en muchos de nuestros países(46). Como bien se afirma a ello contribuyen una serie de factores de la cultura burocrática. El mal entendido carácter discrecional de la acción, la falta de voluntad de los máximos representantes para acometerla, el temor a las represalias futuras en caso iniciar esta acción sobre funcionarios o servidores. Esos factores son resumidos por el profesor Leguina Villa afirmando que: "Es bien sabido que esta última pieza del sistema general de responsabilidad patrimonial –la acción de regreso frente al agente gravemente culpable– no ha funcionado en absoluto, y no hay motivos para pensar que la situación vaya a cambiar sustancialmente en el futuro. La inercia administrativa contraria a esa figura de responsabilidad indirecta de la autoridad o funcionario, las resistencias corporativas y sindicales y los altos costos políticos que, en algún caso, puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición seguirán jugando a favor de la inmunidad patrimonial de los agentes públicos"(47).

El día que los derechos fundamentales de los ciudadanos sean mejor respetados por las autoridades, todos nosotros dejaremos de sufragar las responsabilidades incurridas por autoridades desaprensivas y soberbias, estos últimos asumirán el costo de sus propias acciones irregulares. De seguir así, lo que estamos haciendo, es perpetuar cualquier incentivo para los comportamientos diligentemente respetuosos de los funcionarios y servidores a los ciudadanos y sus derechos fundamentales y para prevenir daños a las personas, a sus patrimonios y a su dignidad.

(45) Un modelo de compromiso en esta acción es el Gobierno de la República de Colombia, que radica la competencia de asesoría, seguimiento e impulso de esta acción de repetición en la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del Ministerio de Justicia y produce instructivos y circulares para su oportuna implementación por todas las entidades estatales como la interesante "Cartilla Instructiva de Acción de Repetición y llamamiento en garantía". En esa misma línea tenemos en Uruguay, el Decreto N° 395/006–Sentencias judiciales, laudos arbitrales o situaciones derivadas del artículo 24 de la Constitución de la República contra el Estado.

(46) La resistencia a su empleo por parte de las organizaciones administrativas ha conducido a proponer su mantenimiento únicamente para casos de actuación dolosa de las autoridades a DOMENECH PASCUAL, Gabriel. "¿Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio?". En: Revista *INDRET*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril, 2008.

(47) LEGUINA VILLA, Jesús. "La responsabilidad patrimonial de la administración, de sus autoridades y del personal a su servicio". En: *Colectivo* "la Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administración Públicas y del Procedimiento Común". Tecnos, Madrid, 1993, p. 408.

Conclusiones

1. La responsabilidad civil del funcionario y servidor público hacia la Administración Pública se encuentra regulado por separado en el régimen de la acción directa de la Administración por el daño producido por acción u omisión funcional y el de la acción de regreso cuando ha debido resarcir a un particular por el accionar funcional indebido.
2. La responsabilidad civil hacia la Administración corresponde asumir a los agentes públicos, por sus acciones u omisiones dolosas o culposas incurridas en el ejercicio de sus obligaciones contractuales (funciones) cuando ocasionan un daño, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento o deterioro cierto, valuable en dinero a los intereses patrimoniales de la Administración, derivándose de ello, la obligación de restituir, reponer, compensar o indemnizar pecuniariamente y a su costa, el patrimonio afectado. Su procesamiento se hace íntegramente en la vía judicial, ejerciendo la Administración la pretensión indemnizatoria y aparejando la evidencia correspondiente.
3. Los presupuestos legalmente exigibles a esta responsabilidad son los comunes en el Derecho comparado: Daño económico resarcible, cierto, actual y efectivo, apreciable económicamente y cuantificado, un incumplimiento funcional del agente que le sea imputable a título de dolo culpa y la relación causal entre el incumplimiento y el daño patrimonial. Nuestro ordenamiento además exige que no sea posible recuperar el perjuicio en sede administrativa mediante otro mecanismo frente a otro patrimonio.
4. El derecho de las entidades a repetir contra los funcionarios y servidores por los perjuicios que estos infieren a los particulares no es de uso frecuente en la realidad peruana pese a que las condiciones se dan y que el ordenamiento lo faculta.

CAPÍTULO VII

El exceso de plazo en el procedimiento administrativo disciplinario

El exceso de plazo en el procedimiento administrativo disciplinario

Con el nombre procedimiento administrativo disciplinario se conoce a aquel procedimiento seguido de oficio por la Administración Pública ejerciendo sus poderes disciplinarios sobre sus funcionarios y servidores públicos por la comisión de faltas graves susceptibles de acarrear las penas de suspensión o destitución.

En estos procedimientos, concordantemente con la naturaleza de ser impulsados de oficio, existe el deber de cargo de la Administración de instruirlo dentro de un plazo determinado y de resolverlo expresamente. La necesaria celeridad y decisión de oficio, obedecen no solo al respeto a los derechos de honor, dignidad y seguridad jurídica de los funcionarios o servidores implicados, sino también al necesario respeto a las reglas de la función pública y del prestigio de sus integrantes.

La conducción de un procedimiento administrativo disciplinario exige de las comisiones y autoridades instructoras extrema y alturada atención con relación a aspectos que, por olvido o negligencia, pueden dar lugar al cuestionamiento judicial con la consecuente anulación de las sanciones –eventualmente– aplicadas a la inconducta de un servidor, por más justa que la pena sea.

Preocupaciones básicas aluden al derecho de defensa y a la observancia de formular que, por excepción, en el procedimiento disciplinario, se muestran como indispensables, como, por ejemplo, la decisión de instauración del procedimiento expedido por la autoridad investida de competencia para ella, comisión instructora constituida por servidores que cuenten con las condiciones prevista en la ley en cuanto a su jerarquía, permitir las alegaciones y vista del expediente al procesado, citación regular al servidor instruido, presencia del acusado o defensor en las actuaciones de las pruebas, etc.

Dejando a la Administración actuar las providencias, conducir el proceso y aplicar las penas, permanentemente estará sujeta al cuestionamiento, administrativo o judicial, por la validez o nulidad de la penalidad aplicada.

Una cuestión que a lo largo del tiempo viene suscitando problemas en la gestión de los procedimientos administrativos disciplinarios, resulta ser el

tiempo en el cual es posible concluir un procedimiento. Obsérvese que la legislación para la conclusión de un procedimiento disciplinario exige un plazo improrrogable de treinta días:

> "El servidor público que incurra en falta de carácter disciplinario, cuya gravedad pudiera ser causal de cese temporal o destitución, será sometido a proceso administrativo disciplinario que no excederá de treinta (30) días hábiles improrrogables"[(1)].

Sobre la alegación de caducidad del procedimiento por exceso del plazo.

A falta de argumentos sólidos de defensa, con frecuencia los servidores procesados se apegan a cualquier elemento que, de algún modo, les pueda servir de planteamiento para evadir la instrucción, no siendo inusual que se califique como violatorio del debido proceso y, por ende, persigan como viciado, si el procedimiento supera el plazo previsto legalmente para su conclusión. A esta figura se le ha venido en llamar extralegalmente la "caducidad del procedimiento administrativo disciplinario"[(2)(3)].

Es más, alguna jurisprudencia en materia de amparo ha asumido esta interpretación estableciendo como criterio hermenéutico a seguir en esta materia que:

> "[E]ste colegiado considera que el aludido proceso seguido a la amparista se ha desarrollado prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento y forma prescrita por la ley, toda vez que no habiéndose observado el plazo perentorio antes indicado, a la fecha de la destitución, había caducado el mismo y, por ende, prescrita la falta imputada, por lo que dicho cese, lesiona sus derechos constitucionales a un debido proceso y libertad de trabajo consagrados en el inciso 3) del artículo 139 e inciso 15 del artículo 2, respectivamente, de la Carta Política del Estado"[(4)].

En verdad estos planteamientos, no son novedosos en el derecho disciplinario comparado, como apreciamos cuando revisamos alguna doctrina extranjera especializada sobre el tema, la cual afirma al respecto :

---

(1) Artículo 163 del Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa y Sistema Único de Remuneraciones.

(2) De plano se puede afirmar que el empleo del término "caducidad" extrapolándolo del artículo 84 del Texto Único Ordenado de la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, resulta inadecuado por cuanto el presupuesto necesario de esta figura es el procedimiento iniciado a instancia de parte (no de oficio como el procedimiento administrativo disciplinario) y opera por la paralización imputada al propio interesado (que no es el caso). Tal como reiteradamente lo ha establecido el Ministerio de Justicia en sendos informes de su Dirección de Desarrollo Jurídico de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos.

(3) Esta tesis es defendida por el autor Esteban Quispe Saravia; en su obra *Procedimiento administrativo disciplinario*. Impresiones Tauro, Arequipa, p. 82 y ss.

(4) En este caso la instauración del proceso fue el doce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, mientras que la Resolución de sanción fue expedida el once de enero de mil novecientos noventa y seis.

> "Não tendo sido cumprido o prazo, nem mesmo com a prorrogação, a autoridade instauradora tem o dever de destituir a comissão, nomeando se outra para prosseguir os trabalhos"(5).

En el mismo orden de ideas se manifiesta José Armando Da Costa, para quien:

> "O processo deverá ser relatado e concluído à autoridade instauradora, para julgamento, no prazo de sessenta dias. Esse prazo, nos casos de força maior, ou em que as circunstâncias o exigirem, poderá ser prorrogado por igual prazo. Não sendo os trabalhos concluídos nessa prorrogação, deverá a comissão ser redesignada para, no lapso de sessenta dias, ultimar essa tarefa"(6).

Por lo tanto, verificándose la superación de los plazos previstos para la conclusión de los procedimientos disciplinarios regulados, necesariamente debe concluirse en la inviabilidad de las actuaciones realizadas, surgiendo la necesidad de designar una nueva comisión –a ser integrada por los mismos u otros miembros– a fin de que sea reiniciada la instrucción del procedimiento disciplinario. Por su parte, otros ordenamientos, ante la misma situación, no han encontrado inconveniente entre mantener la improrrogabilidad del plazo y posibilidad de producirse resoluciones tardías, como por ejemplo el ordenamiento disciplinario uruguayo:

> "Artículo 223.- El vencimiento de los plazos previstos para los procedimientos disciplinarios no exonera a la Administración de su deber de pronunciarse.
>
> No obstante, dichos procedimientos se clausurarán si la Administración no decide sobre el fondo en el plazo de dos años contados a partir de la resolución que dispone la instrucción del sumario (...)".

Pero, del exceso del plazo previsto, no podemos deducir la alegada caducidad del procedimiento y, menos aún, la imposibilidad de resolver el proceso. Abonan a favor de ello, los siguientes argumentos:

1. El plazo máximo para el procesamiento es un plazo de naturaleza ordenatoria y no un plazo fatal.
2. El mandato que el plazo importa está pensado para exigir celeridad a la administración, pero no a generar la caducidad o prescripción de la falta.
3. La caducidad es una figura que surge de la literalidad de la norma, pero no en vía de interpretación.

---

(5) PALHARES MOREIRA, Reis. "Manual do Servidor Público" - Brasília-DF: CTA, 1993, p. 210. Además, afirma el autor que, rebasando el plazo legal establecido para la conclusión del procedimiento disciplinario, deben tenerse como nulo el trabajo realizado por la Comisión.

(6) "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", Brasília-DF: Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 194.

Por ello, a nuestro entender una interpretación correcta del artículo en mención debe ser la siguiente:

- El plazo debe ser computado por días hábiles, y con los siguientes términos: de inicio (notificación de apertura del proceso) y conclusión (notificación de la Resolución que cierra el procedimiento).
- El vencimiento del plazo para procedimiento administrativo disciplinario sin haberse concluido acarrea las siguientes consecuencias:
- Falta de carácter disciplinario para quienes incumplen el plazo instructorio de 30 días. (Texto expreso del artículo 163 del reglamento *in fine*).
- Concluye la competencia de los miembros de la Comisión encargada de la instrucción, debiendo procederse a nominarse otra Comisión, para que retome la instrucción y proponga la decisión correspondiente.
- Fenecen de pleno derecho las medidas cautelares que se hubiesen adoptado contra el procesado (ejm. puesta a disposición de la Oficina de Personal, al amparo del artículo 173 del Reglamento).

CAPÍTULO VIII

La prohibición a la acumulación de cargos públicos remunerados

La prohibición a la acumulación de cargos públicos remunerados

I. Introducción

La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, ha traído un primer debate sobre el alcance de la prohibición a la acumulación de funciones públicas prevista en su artículo 3[(1)(2)]. Dicho precepto establece:

> "Artículo 3.- Prohibición de doble percepción de ingresos
>
> Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado.
>
> Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de las entidades o empresas públicas".

Contrariamente a lo que podría pensarse inadvertidamente, la norma tiene larga data en nuestro Derecho, adquiriendo incluso respaldo constitucional. La prohibición apareció en la Constitución de 1920 (art. 12), que estableció "nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado sea cual fuese el empleo o función que ejerza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por instituciones locales o por sociedades dependientes en cualquier forma del

(1) La norma entra en vigencia el 19 de marzo de 2004, anticipándose al resto de la ley que se encuentra en *vacatio legis* hasta el 2005.

(2) El debate se ha producido incluso desde antes de la aprobación de esta Ley –reconsiderada por el Congreso de la República– ya que el texto originalmente aprobado, fue observado por el Poder Ejecutivo defendiendo una fórmula flexible. En efecto, el proyecto de ley establecía que: "Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, dieta, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. La única excepción la constituye la función docente". Ante ello, el Presidente de la República (observaciones a la autógrafa) apreció la inconveniencia de la fórmula, fundamentando que: i) Impediría contar con funcionarios públicos altamente capacitados y especializados en el desempeño de funciones directivas; y, II) Impediría la percepción de remuneración y asignaciones de carácter no remunerativo.

Gobierno, están incluidos en la prohibición". Luego, la Constitución Política de 1933 (art. 18) ratifica la decisión con el siguiente texto: "Nadie puede percibir más de un sueldo o emolumento del Estado, cualquiera que sea su función o empleo, salvo uno más por razón de la enseñanza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por corporaciones locales o por sociedades dependientes de cualquier forma del Poder Ejecutivo, están incluidos en esta prohibición"(3). Durante su vigencia, fue dictado el Decreto Ley N° 17111 de 15/11/1968, reglamentado luego, por el Decreto Supremo N° 004-69-JC (14/03/1969), disposiciones que no han sido modificadas ni derogadas, pudiendo afirmarse su consecuente vigencia.

Posteriormente, la Constitución Política de 1979 (art. 58), ratificó que: "Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente". A su sombra, fue dictado el artículo 7 del D. Leg. N° 276, Ley de Bases de la Carrera Pública y del Sistema Único de Remuneraciones estableciendo que: "Ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo publico remunerado, inclusive en las empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o de economía mixta. (...) La única excepción a ambos principios está constituida por la función educativa en la cual es compatible la percepción de pensión y remuneración excepcional". En vía reglamentaria, el artículo 139 del D.S. N° 005-90-PCM dispuso que "[m]ientras dure su relación laboral con la Administración Pública, a través de una entidad, tanto los funcionarios como los servidores están impedidos para desempeñar otro empleo remunerado y/o suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública o empresa del Estado, salvo para el desempeño de un cargo docente".

Finalmente, la Constitución Política de 1993 (art. 40), confirma la restricción, declarando que "[n]ingún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente".

En esta evolución, la prohibición reconoció dos límites implícitos: la naturaleza remunerada del cargo público desempeñado y la relación jurídica laboral establecida entre el Estado y el trabajador. Ambas características guardaban correspondencia con una entidad administrativa bajo la personería de Derecho Público, y con un sistema remunerativo único. Sin embargo, perforaron la proscripción del pluriempleo, de un lado, la proliferación del personal regido por el régimen laboral privado, y de otro lado, la desintegración del régimen remunerativo unitario por un sinfín de modalidades e intermediaciones. En este orden de ideas, la aplicación de la prohibición constitucional

(3) El anteproyecto de Constitución elaborado por la Comisión Villarán, contenía un texto con el mismo propósito en los siguientes términos: "Ningún empleado público podrá servir más de un cargo ni percibir más de un sueldo del Estado, salvo las excepciones establecidas por la Ley por motivo de interés público".

prácticamente quedó restringida al personal dentro de la carrera pública y retribuido según el sistema único de remuneraciones.

II. Fundamentos de la prohibición

Nos encontramos frente a una prohibición que ha sido asimilada a las incompatibilidades funcionales, sin serlo verdaderamente, pues a diferencia de ellas, la no acumulación de cargos remunerados es una absoluta incapacidad de goce para generar una segunda relación jurídica retribuida con el Estado. En efecto, se dice que es connatural a la capacidad para establecer una relación de empleo público, que solo pueda ser provista una función pública por alguna persona natural que no ejerza otra función pública o privada con la que sea incompatible legal (prohibición jurídica) o éticamente (por conflicto de interés).

La prohibición de acumulación de cargos o funciones públicas está referida al impedimento absoluto (incapacidad jurídica no eximible) para que un funcionario público, bajo cualquier régimen jurídico, pueda generar voluntariamente una segunda relación jurídica válida con cualquier otra dependencia del Estado. En tal sentido, los elementos conformadores del supuesto son: i) Un funcionario con una relación jurídica de empleo público con una entidad administrativa de nivel nacional, regional o local, que le devenga una retribución, remuneración, emolumento o ingreso, bajo cualquier denominación y fuente de financiamiento; y, ii) Una segunda relación jurídica de fuente voluntaria a establecerse con otra dependencia del Estado. Es importante la voluntariedad, puesto que no está prohibido el cargo accesorio a otro principal o la acumulación inercial de cargos, producido cuando por efecto de una norma el desempeño del primer cargo acarrea ejercer otro que se considera inherente; por ejemplo, el de ministro de Estado de Economía apareja la pertenencia al Directorio de Fonafe y de Proinversión, cargos accesorios al de ministro.

La doctrina plantea como fundamentos para prohibir la acumulación de cargos públicos, entre otros, la ordenación del mercado público, la adopción de un medio para evitar el acaparamiento abusivo de los cargos públicos por el grupo o partido gobernante. Sin embargo los más recurrentes son la necesidad de maximizar el acceso de cargos públicos y el deber de dedicarse a este. Como se sabe, todos los ciudadanos poseen el derecho de participar en los asuntos públicos, y dentro de él, a acceder a los cargos públicos[4] en-

(4) Pacto internacional de derechos civiles y políticos: Artículo 25.- Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 23.- Derechos políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

tendido como la facultad de poder ingresar al servicio público, sin ninguna clase discriminación o privilegio. Si el ordenamiento permitiera a los funcionarios acaparar sin límite los cargos estatales, se reducirían las posibilidades reales que los ciudadanos –particularmente quienes no pertenecen al partido gobernante–, accedieran al servicio público.

Un segundo fundamento empleado para prohibir el pluriempleo radica en el deber de dedicación al cargo. Conforme a esta tesis, esta restricción se sustenta en la necesidad de cumplir el deber de dedicación al cargo del funcionario, que comprende el desempeño de las tareas en el tiempo, forma y lugar establecidos legalmente(5). En ese sentido, no se cumpliría con este deber, si el funcionario pudiera acumular a su tarea original, cuanto cargo o función pública tuviera ocasión, ya que tendría que distraer tiempo, capacidad y esfuerzo intelectual o físico para satisfacer la dedicación a todos ellos, con el consiguiente detrimento en los resultados de la labor.

III. Limitaciones contenidas en la prohibición de acumulación de cargos remunerados

Hasta el momento hemos venido admitiendo como equivalentes tres niveles distintos de prohibiciones: i) La prohibición de acumular cargos o funciones públicas; ii) La prohibición de acumular cargos o funciones públicas remuneradas; y, iii) La prohibición de acumular un segundo ingreso del Estado.

Como bien establece Sayagues Laso(6) hay que distinguir la acumulación de cargos, de sueldos y de funciones públicas, pues son supuestos distintos, que pueden coexistir o no según los casos. La acumulación de cargos apareja generalmente la acumulación de sueldos. Pero esto puede no ocurrir si uno de los cargos es honorario o cuando la acumulación procede, pero a condición de cobrar un solo sueldo. En cuanto a la acumulación de funciones, no siempre implica ejercicio simultáneo de dos cargos públicos.

En nuestro caso, el legislador ha prohibido el segundo ingreso por parte del Estado, lo que comúnmente se denominaba la "doble percepción". Para esto, ha prohibido el segundo ingreso cualquiera sea su denominación, incluyendo expresamente, la remuneración, retribución, emolumento, y las dietas. En este sentido, ha avanzado más que las normas preexistentes, que se satisfacían con prohibir el segundo cargo remunerado, lo cual no incluía cuando se trataba simplemente de una función y no un cargo propiamente, si se retribuía con una contraprestación no remunerativa, o simplemente, si no se percibía una remuneración por este cargo (los denominados ad honórem).

(...)

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

(5) DIEZ, Manual María. *Derecho Administrativo*. Tomo III, Plus Ultra, Buenos Aires, p. 566.

(6) SAYAGUES LAZO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Montevideo, 1953, p. 330.

Para la cabal aplicación de esta disposición debemos clarificar dos aspectos: ¿cuáles son las características jurídicas suficientes en la primera relación jurídica, para imposibilitar un segundo ingreso? y ¿cuáles son las características jurídicas de la segunda relación jurídica para la cual está incapacitado el empleado?

Respecto a la primera pregunta, surge una variedad de supuestos que hacen prácticamente inacabable abordarlo en el presente artículo. Por ejemplo, ¿queda sujeto a la prohibición, quien posee un primer empleo retribuido solo por dietas(7)? (Ej. un miembro de directorio, una comisión o un regidor), ¿está sujeto a la prohibición quien desempeña una función pública, pero recibe retribución a través de una instancia administradora de recursos, o de cooperación técnica, como el PNUD por ejemplo?, ¿comprende a quien ocupa cargo en una empresa del Estado?, etc.

Es importante tener en cuenta, que ninguna de estas preguntas puede responderse en función de las categorías de empleado público previstas en la Ley N° 28175, dado que se encuentra en *vacatio legis*. Por el contrario, deben resolverse en función de la normativa preexistente aún vigente. Lo que sí debemos rescatar es que por encontrarse ahora en una norma independiente al régimen de la carrera pública, su alcance comprende a todo aquel que desempeña una función pública, independientemente de su régimen contractual o legal.

IV. El régimen del segundo ingreso

En principio, debemos tener en cuenta que al haber independizado la prohibición de la doble percepción del desempeño de algún cargo o función pública, ha ampliado el alcance de la restricción para comprender a todos los supuestos que permitirían al empleado un segundo ingreso, sin distinción de la naturaleza jurídica del contrato que lo origine. Por ejemplo, ¿está comprendido en la prohibición que un empleado obtenga un segundo ingreso, a título de retribución o emolumento, por prestar servicios de asesoría a una segunda entidad?(8).

Ahora bien, dentro del ámbito tradicional de esta prohibición se encuentra el desempeño de un cargo adicional remunerado. Por lo tanto, estará impedido de constituir una segunda relación laboral con cualquier entidad pública, que le permita una remuneración, retribución, emolumento, dieta o cualquier tipo de ingreso del Estado. ¿Puede acumular un segundo cargo de naturaleza honorífico? ¿Puede acumular un segundo cargo retribuido, pero

(7) Anotamos que en el presente ejercicio presupuestal rige la prohibición de percibir más de dos dietas en Directorios, según el artículo 25 de la Ley N° 28128, de Presupuesto del Sector Público.

(8) Precisamente una de las razones para la observación era que impedía "que los servidores públicos puedan contratar con el Estado, fuera de su horario normal de trabajo, a través de locación de servicios en los que no existe una relación laboral, y por la que percibe una retribución".

renunciando al ingreso? De pensarse favorablemente a estas preguntas, habría que responderse adicionalmente a cómo se compatibiliza con el deber de dedicación a la función pública, que sustenta la prohibición del pluriempleo.

Otra pregunta por esclarecer es si alcanza la prohibición al caso de los trabajadores de las empresas del Estado que acumulan un segundo ingreso en el mismo ámbito empresarial del Estado. Debemos recordar que el régimen de la actividad empresarial proscribe la acumulación de más de dos cargos en Directorios de empresas del Estado (art. 37 de la Ley N° 24948)[9].

V. Régimen del ingreso adicional permitido excepcionalmente

El artículo bajo comento ha establecido expresamente dos únicas excepciones: la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (01) de los directorios de entidades o empresas públicas.

La excepción de un ingreso adicional por función docente, apareció conjuntamente con la restricción misma. Según el debate constituyente del año 1931, la excepción se sustentó en una doble necesidad: i) La inconveniencia del Estado de privarse de buenos –e incluso insustituibles– docentes, por el solo hecho de ocupar alguna función pública; y, ii) Los exiguos emolumentos de los docentes estatales, que hacia necesario autorizarles al pluriempleo. Se decía incluso –en afirmación totalmente actual– que si la prohibición se aplicara sin excepciones, extensas zonas del país se quedarían sin maestros, pues de ordinario son también profesionales o técnicos en otras dependencias locales. Ahora bien, la situación excepcional debe satisfacer tres exigencias[10].

Por la exigencia de **la actividad docente**, el segundo ingreso autorizado debe provenir del desempeño de funciones docentes estricto sensu cumplidas en una entidad pública (docencia universitaria, escolar, técnica, etc.). Por lo tanto, no está autorizada la percepción de ingresos sí la segunda función fuera de índole administrativo aun en organismos de enseñanza (por ejemplo, labores administrativas en una USE, jefe de división; rector o decano en una Universidad estatal). Por la exigencia de **compatibilidad de regímenes jurídicos**, es necesario también que el régimen jurídico aplicable a la función docente permita su coexistencia con otra tarea. En estricto, no es aplicable

(9) Este artículo establece: "Un miembro de Directorio de una empresa del Estado, cualquiera que sea su modalidad, no podrá pertenecer a mas de dos Directorios. En el caso del Director de Conjunto Empresarial, no podrá pertenecer a mas de un Directorio de Conjunto y se le permite pertenecer, además, a un Directorio e empresa de dicho conjunto. La designación en exceso es nula".

(10) La normativa brasileña agrega para la procedencia del segundo ingreso la exigencia de "correlación de materias", entendida como la necesidad que la labor docente verse sobre alguna materia vinculada con la actividad publica, de suerte que no es procedente la acumulación cuando la función docente verse en materias ajenas al primer cargo. Con este requisito se busca controlar que el segundo empleo no se convierta en un simple medio para la obtención de recursos, y que más bien se preserve como un mecanismo para aprovechar las capacidades publicas, en función de la idoneidad de la persona.

la excepción si por la jerarquía o importancia de la labor docente implica un régimen de dedicación exclusiva o a tiempo completo.

Por la exigencia de **compatibilidad horaria**, debe tenerse presente que el desempeño de la segunda labor no perturbe la dedicación y contracción al servicio requerida por la primera función. Por lo tanto, es posible asumir la función docente simultánea al primer cargo público, solo cuando sea posible atender ambas sin cruces de horarios. Excepcionalmente, el personal bajo el régimen de la carrera pública tiene el derecho a un permiso de hasta seis horas semanales para ejercer docencia universitaria (art. 24 literal h).

No obstante, quedan algunas dudas para su cabal aplicación: ¿Cabe la excepción si la actividad docente y administrativa se cumplen en la misma entidad, por ejemplo, si un servidor de la Sunat desempeña carga docente en el centro de capacitación de la misma entidad? ¿Al docente que a su vez es empleado público, le corresponde percibir en ambos cargos los aumentos otorgados por el Estado? ¿Ampara esta excepción el pluriempleo público en la actividad docente, por ejemplo, ser profesor universitario en varias universidades estatales o incluso, en el ámbito escolar universitario?

La segunda excepción es la de una dieta adicional por participar en un Directorio de las entidades[11] o las empresas públicas[12]. Anteriormente, basado en el Decreto Legislativo N° 276 (art. 56)[13], una vía recurrida para eludir la prohibición constitucional era la percepción ilimitada de dietas en organismos colegiados del Estado (Comisiones, Directorios, etc.) o en empresas del Estado, a partir del cual algunos altos funcionarios acumulaban numerosos e importantes ingresos, eludiendo la literalidad de la restricción. Ahora el artículo, ha previsto el tema limitando a un solo Directorio la posibilidad de acumular ingresos, para permitir la presencia de cuadros valiosos en el Sector Público.

(11) No parece contemplar otras estructuras análogas al Directorio, tales como Tribunales administrativos o Comisiones, que también perciben exclusivamente dietas.

(12) La mención a "empresas públicas", debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 7 del D. Leg. N° 276, Ley de Bases de la Carrera Pública y del Sistema Único de Remuneraciones, que establece como alcance del impedimento a las empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o de economía mixta.

(13) "Las dietas por participación y asistencia a directorios u órganos equivalentes de Empresas e instituciones no tienen naturaleza remuneratoria. Su monto será fijado por decreto supremo".

CAPÍTULO IX

Los órganos autónomos en el Estado peruano

Los órganos autónomos en el Estado peruano

I. Los organismos administrativos independientes como manifestación de la descentralización funcional de la actividad del Poder Ejecutivo

A partir de la última década del siglo pasado, la organización administrativa peruana ha sido objeto de una marcada tendencia hacia la autonomización o autarquización[1] de diversas dependencias del Poder Ejecutivo dando paso al empoderamiento de ciertos niveles de la burocracia administrativa en esos mismos espacios gubernativos, creando organismos públicos descentralizados separados de los ministerios. Si bien todos los organismos públicos descentralizados no tienen similares niveles de autonomía frente a la Administración Central que representan los ministerios, desde los modelos más embrionarios siempre se ha declarado normativamente como consustancial a su naturaleza poseer autonomía funcional, administrativa, presupuestal, financiera, normativa, entre otras variantes.

Este proceso de autonomización por funciones ha provenido tanto de la identificación de nuevos enfoques para la acción administrativa (ej. La regulación económica de servicios públicos), como de la segregación de actividades prexistentes dentro del Poder Ejecutivo respecto de sensibles sectores socioeconómicos, pero siempre ha propendido a la búsqueda de objetivos similares: neutralizar la acción política-partidaria, fomentar la implementación de políticas institucionales de largo plazo, y dar cabida a una burocracia tecnocrática dentro de esa misma organización administrativa.

Pero esta corriente, no pudo alcanzar ese desarrollo sino fuera por el contexto de profunda crisis de legitimidad que afectó y prosigue afectando a la Administración estatal por el manejo partidarista de las instituciones y de los cargos públicos[2] que hicieron necesario buscar mayor credibilidad nacional e

(1) Cretella Jr. define a la "autarquización" como la operación dinámica descentralizadora cuyo término final es la autarquía. CRETELLA Jr., José. *Diccionario de Direito Administrativo*. 5ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 61.

(2) BETANCORT RODRÍGUEZ, Andrés. *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1994.

internacional (inversionistas, organismos multilaterales, terceros países) sobre la calidad de su accionar. Para ello se encontraron interesantes referentes alternativos de organización en las agencias reguladoras estadounidenses(3), en las autoridades administrativas independientes europeas (entre las más conocidas, la francesa(4), española(5), alemana e italiana(6), y los quanquos ingleses), entre otros. En este orden de ideas no deja de ser curioso que la desconfianza en la organización estatal y en la Administración Pública de paso a la creación de organismos autónomos de la acción política como alternativa, de modo que la deslegitimidad del Estado se pretenda corregir con más Estado. Como afirma Vázquez Irizarry,

> "Desconfiamos del gobierno, no le reconocemos legitimidad a sus instituciones y somos escépticos en cuanto a que el interés publico sea beneficiado ¿La solución? Crear una entidad que, aunque es de naturaleza gubernamental, no estará sujeta al tipo de influencia que impide a las agencias trabajar por el bienestar público. Dicho de otro modo, el hastío respecto al gobierno se resuelve con más gobierno"(7).

En cualquiera de estos casos apreciamos formas intensas de la tradicional descentralización funcional por la que se crea un ente público estatal, distinto del Estado nacional –Administración central– pero incardinado en su estructura organizativa, al que se le atribuye el cumplimiento de ciertos cometidos estatales(8).

Como sabemos la conocida descentralización funcional consiste en la asignación de competencias administrativas a una nueva persona jurídica estatal distinta a la Administración central, a la cual se le dota de personería jurídica propia con capacidad para tomar decisiones especializadas en su

---

(3) Véase, FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel. "La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América". En: *Revista Vniversitas*. N° 106, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2003, pp. 177-205.

(4) FERNÁNDEZ ROJAS. Gabriel. "Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia". En: *Revista Vniversitas*. N° 107, Pontifica Universidad Javeriana, Colombia, 2004, pp. 347-372.

(5) FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel. "Las Administraciones Independientes de Regulación y Supervisión en España". En: *Revista Vniversitas*. N° 109, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2005, pp. 419-460. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las Administraciones Independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*. Edit., Tecnos, Madrid, 1994, GARCÍA LLOVET, Enrique. "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho". En: *Revista de Administración Pública*. N° 131, mayo-agosto 1993, pp. 61-118; MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Ministerio de Administraciones Públicas, 2000; POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. "Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes". En: *Revista de Administración Pública*. N° 132, setiembre-diciembre 1993, pp. 117-170; SALA ARQUER, José Manuel. *El Estado neutral: Contribución al estudio de las administraciones independientes*. Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo (coordinador Manuel Aragón Reyes), 1985, pp. 535-560.

(6) PAVANI, Giorgia. "Las Autoridades Administrativas Independientes en Italia". En: *Derecho Administrativo*. Revista Jurídica *on-line* de la Universidad Externado de Colombia, Colombia, n. 1/2001.

(7) VÁZQUEZ IRIZARRY, William. "La era de los órganos autónomos". Colectivo Poder Ejecutivo, SELA 2006, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional Política, Buenos Aires, 2007, p. 43.

(8) MURATORIO, Jorge I. "Centralización, descentralización, concentración, desconcentración. Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados". En: *Colectivo Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*. Jornadas organizada por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. RAP, 2005, pp. 839-857.

ámbito de materia, asignándoseles para su administración exclusiva recursos, personal y patrimonio diferenciados. Con Ortiz, podemos afirmar que los elementos definidores de la descentralización funcional son: creación de una personalidad jurídica nueva y distinta, el reconocimiento al organismo nuevo de una competencia especial exclusiva, la asignación de niveles de autonomía y, no obstante ello, la sujeción al Estado a través de la tutela(9).

En esta estrategia de gestión aparece, de suyo, la cualidad de la autonomía que caracteriza a ese nuevo ente creado por el Estado, entendida como la capacidad de autorregularse para desenvolverse con discrecionalidad dentro del ordenamiento jurídico constitucional y legal sin mantener relación de jerarquía-subordinación, o de mando y obediencia, con la Administración central. En la base de esta autonomía, se encuentra el carácter exclusivo y excluyente con que órgano descentralizado adquiere la competencia descentralizada, de modo que ni siquiera la Administración central puede actuar en el ámbito de las atribuciones materiales conferidas al organismo nuevo, en tanto no modifique el ordenamiento(10).

Pese a la autonomización que esta descentralización representa, la persona jurídica nueva no deja de pertenecer a una estructura general estatal de la cual, en todo momento, forma parte y que está representada no solo por el Estado, sino por el ordenamiento jurídico que rige a este. Por ello, la transferencia de competencias administrativas con autonomía no puede oponerse a la unidad ni a la coherencia con la que debe actuar el Poder Ejecutivo, ya que en puridad solo puede hablarse de autonomía administrativa respecto de otra organización frente a la cual se califica de autónomo.

Por eso, la clave para comprender cómo se conforman los alcances de estos organismos autónomos, es tener clara la relación que guardan con el resto del Poder Ejecutivo y que se califica como **de adscripción y de tutela administrativa**.

En principio debemos recordar que, para una mejor operatividad y eficiencia, la acción administrativa del Gobierno nacional segmenta la sociedad de manera abstracta en unidades temáticas que son denominadas **sectores administrativos**, sobre los cuales ejerce sus actividades de ordenación, fomento, prestación, inspección, etc. Por ejemplo, tenemos tradicionalmente como sectores: a la agricultura, la industria, el turismo, la defensa, las relaciones exteriores, la pesquería, la salud, el turismo, la educación, etc. En la realidad, estos sectores no existen segregados como tal, sino que son categorías analíticas que representan un conjunto de acciones públicas y privadas discrecionalmente ordenadas por el Gobierno para la mejor conducción de la acción pública.

(9) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo*. Tomo I, Biblioteca Jurídica Dike y Editorial Stradtmann, 2002, p. 36 y ss.

(10) Ibídem, p. 342.

A la cabeza de uno o más sectores se encuentran los ministerios que conforman el Poder Ejecutivo. Ahora bien, como los organismos públicos descentralizados también actúan sobre estos sectores, su independencia no los termina de desvincular de la Administración Pública de la cual siguen formando parte, so pena de duplicar esfuerzos. Por ello, surge la necesidad de relacionarlos –pero sin hacerlos dependientes– con los niveles del Gobierno central que son responsables de estos sectores según guarden afinidad temática para que puedan coordinar aspectos de su gestión. De este modo, surgen **la adscripción y la tutela sectorial** como forma especial de relacionamiento acotado entre instancias descentralizadas autónomas y el Gobierno central.

En este sentido, **la adscripción** viene a ser una forma especial de vinculación permanente entre una persona jurídica estatal independiente de Derecho Público (organismo adscrito) y algún organismo de la Administración Pública Central (organismo de adscripción), que se plasma en facultades atenuadas de intervención técnica respecto de su actuación bajo formas de coordinación y control. Tales facultades tienen una incidencia variable en función del grado de autonomía del organismo, pero por lo general consisten en: impartir orientaciones generales pero no mandatos o instrucciones, la fijación y seguimiento de políticas nacionales(11), expedir algunas autorizaciones para sus decisiones, toma de cuentas e informes de gestión, consolidación de presupuestos, evaluaciones financieras o de cuentas de gasto y balances, participar en la designación de sus autoridades superiores, entre otras(12). Con razón la doctrina también le suele llamar "control de adscripción", entendiéndolo como:

> "La consecuencia fundamental de la descentralización funcional (...), el cual es un tipo de control que se establece en el campo administrativo, entre órganos pertenecientes a personas jurídicas distintas y, por lo tanto, sustancialmente distinto al control jerárquico"(13).

Para Bandeira de Mello, la **tutela o control de tutela** como prefiere llamarle, es:

> "El poder que asiste a la administración central de influir sobre ellas con el propósito de adecuarlas al cumplimiento de los objetivos públicos en vista de los cuales fueron creadas, armonizándolas con la actuación administrativa global del Estado"(14).

(11) Por ejemplo, las políticas nacionales de descentralización, igualdad, juventud, pueblos amazónicos y andinos, inclusión social, extensión de tecnología, entre otros que establece el D.S. N° 027-2007-PCM, cuyos indicadores, metas y estrategias para su cumplimiento son fijados por los ministerios, quienes a su vez, hacen el seguimiento y evaluación.

(12) CABALLERO ORTIZ, Jesús. *Los Institutos Autónomos*. Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 76.

(13) BREWER CARIAS, Allan R. *Derecho Administrativo*. 1ª edición, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, 2000, p. 135.

(14) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Derecho Administrativo*. Porrúa, México, 2006, p. 125.

Profundizando el objetivo de esta tutela a cargo de los ministerios al cual se adscriben los organismos independientes son "asegurar el cumplimiento de los objetivos fijados en su acto de creación; armonizar su actuación con la política y programación de gobierno en el correspondiente sector de actividad: velar por la obtención de eficacia administrativa y por la seguridad de su autonomía administrativa, operativa y financiera"(15).

Es necesario considerar que el control de tutela "existe en los casos, forma y modos que la ley establece"(16), de manera que estas técnicas no pueden presumirse o entenderse implícitas porque deben mantener la autonomía que es esencial en la idea de descentralización, pero asegurando un mínimo de coherencia en la acción gubernamental.

Por ello, a diferencia del control por la instancia jerárquicamente superior, el control por adscripción o tutela, tiene que estar expresamente establecido en la ley, "determinándose que es lo que puede hacer el ente titular de esta facultad, sobre el ente descentralizado. No es un control ilimitado sino que, por el contrario, las formas como se debe realizar y los actos sujetos al mismo deben estar expresamente consagrados en la ley"(17). En suma, la tutela del órgano superior debe ser permanente, pero hacerse de manera e intensidad compatible con el grado de autonomía reconocido a la persona descentralizada, porque de lo contrario, estaremos en una interferencia política en la regulación a cargo del organismo.

De este modo, los organismos públicos descentralizados del Poder Ejecutivo se encuentran adscritos desde su norma de creación a un organismo matriz de la Administración Central funcionalmente afín a su objeto y competencia: un ministerio.

Con razón se afirma que si bien el presupuesto de la tutela administrativa es la existencia de una organización descentralizada, la finalidad de la tutela es servir de correctivo a los desvíos de la descentralización, en función del interés general, asegurando la coherencia en la articulación de las relaciones entre los entes públicos sobre la base de la conservación de ciertos poderes de influencia sobre los entes descentralizados.

II. La búsqueda de neutralización de la acción político-partidaria como elemento teleológico en los organismos autónomos

Pese a lo heterogéneo de las materias que les son confiadas, la doctrina ha identificado con claridad que la conformación de organismos administrativos

(15) Ibídem, p. 126.
(16) Ibídem, p. 127.
(17) BREWER CARIAS, Allan R. Ob. cit., p. 135.

autónomos al interior del Poder Ejecutivo tiene como finalidad evidente asegurar en estos temas un alejamiento de la lucha política partidista, ideológica y del proceso político en general que se proyecta –de manera natural– en el nivel presidencial, ministerial y su línea jerárquica subordinada. El elemento finalístico deviene en tan importante que toda la arquitectura normativa empleada en su estructura apunta a ese objetivo, de modo que podemos definir a los organismos autónomos o, en la terminología española, administraciones independientes como lo hace Magide Herrero, en los siguientes términos:

> "Aquellas organizaciones administrativas de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la orbita del Poder Ejecutivo"[18].

Conjuntamente con Pomed[19], podemos afirmar que claramente se observan que todas las administraciones independientes tienen como características comunes: intervenir sobre sectores sensibles, asegurar alejar la acción de la lucha partidista y un ejercicio neutral de la actividad.

En primer término interviene sobre sectores especialmente sensibles para la colectividad como por ejemplo, la regulación de la economía de mercado, servicios públicos y desarrollo de infraestructura, supervisión y vigilancia de actividades privadas, la información y las comunicaciones, actividades científicas y tecnológicas. Sectores respecto de los cuales, el legislador juzga indispensable que sean abordados mediante decisiones predominantemente técnicas (y no políticas), previsibles, estables y sostenibles en el largo plazo, por lo que deben estar al margen de las pugnas de mayorías y minorías políticas coyunturales. Para ello es necesario crear sectores de la administración y dotarles de condiciones especiales o garantías (estatutarias, financieras y funcionales) que favorezcan su neutralidad de esos sectores administrativos frente a las directrices político-gubernamentales del Gobierno. Se trata de contar con instituciones "políticamente neutralizadas" dentro del Poder Ejecutivo o, en otros términos, un "ejecutivo neutralizado políticamente"[20].

De este modo, un organismo autónomo aparece diferenciado del ministerio de la cual ya no depende ni es dirigido, quedando desvinculado –en lo

(18) MAGIDE HERRERO, M. *Limites constitucionales de las administraciones independientes*. INAP, Madrid, 2001, p. 33.

(19) POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. "Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes". En: *Revista de administración pública*. N° 132, setiembre-diciembre 1993, pp. 117-170.

(20) SALA ARQUER, José Manuel. *El Estado neutral: Contribución al estudio de las administraciones independientes*. Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo (coordinador Manuel Aragón Reyes), 1985, pp. 535-560.

fundamental– de la potestad de dirección política que el Gobierno mantiene sobre las demás dependencias del Poder Ejecutivo. De este modo, se busca que el organismo pueda ser conducido técnicamente, sin interferencia política en sus normas, esquemas e intensidades de supervisión, aplique las sanciones que correspondan, planifiquen actividades con un horizonte prolongado de tiempo, entre otros.

Pero no solo se trata de buscar una neutralidad política por razones ideológicas sino, sobre todo, permitir que estas institucionales puedan adoptar decisiones eminentemente basadas en criterios técnicos y sostenibles en el tiempo, dado que se trata de políticas públicas que deben estar dotadas de continuidad y durabilidad, más allá del periodo de gobierno. De esta manera, mientras más crece la neutralización política de una organización administrativa, en esa misma proporción se incrementa el poder tecnocrático en esa institución, por lo que se espera un ejercicio de la función pública con tendencia a hallar soluciones técnicamente eficaces por encima de otras consideraciones ideológicas, de mayorías políticas con visiones parciales propias de las partidos en el gobierno. Con razón, el profesor Pomed afirma:

> "[L]a creación de Administraciones Independientes tiene como efecto neutralizar políticamente un sector de la vida publica, apartarlo de la lucha partidaria propia del Estado de partidos. Sectores en los que se encuentran en juego valores constitucionales relevantes, que legitiman dicho apartamiento y en los que, por lo demás, el componente técnico suele presentar una especial incidencia"(21).

En este sentido, la perseguida neutralidad del organismo autónomo se concreta en una faz negativa y en una faz positiva. La cara negativa resulta ser el alejamiento de las consideraciones eventuales de mayorías y minorías que influyen en el Poder Ejecutivo y que le exigen decisiones inmediatas y coyunturales. Por otro, la cara positiva, la necesidad de sustentar las decisiones administrativas en base al conocimiento científico y tecnológico de los temas, pero sin perder de perspectiva la atención al interés público como corresponde a toda Administración Pública.

En tanto la organización administrativa se mantenga como parte del Poder Ejecutivo, siempre esta búsqueda de independencia estará equilibrada con las relaciones que mantenga con el Poder Ejecutivo a través de su adscripción a algún determinado sector administrativo. Situación distinta sería si esta administración alcanza la categoría de organismos extrapoder o autónomo conforme a la Constitución. Pero en tanto esta ubicación se mantenga, no será posible hablar de una absoluta independencia del organismo, sino de grados de autonomía frente al Gobierno. Por ello, no podemos sino coincidir con Sala Arquer(22) cuando afirma que:

(21) POMED. Ob. cit., p. 161.
(22) SALA ARQUER, José Manuel. Ob. cit., pp. 535-560.

> "La posición jurídica de las administraciones independientes va a quedar, pues, definida, por una tensión entre principios favorecedores de su inmunidad frente al control y dirección del Gobierno, y principios destinados a salvaguardar la unidad de la acción del Estado. De ahí que el resultado de esta tensión consista siempre en una solución de compromiso: no todos los medios de control son legítimos; tan solo cabe una influencia limitada. El problema reside entonces en determinar hasta donde puede llegar esa influencia gubernamental, sin desnaturalizar el carácter propio de esos organismos, y en fijar cuales pueden ser las legitimas garantías de su independencia".

Ello sin olvidar que estas instituciones admiten fórmulas organizativas que las vinculan de un modo atenuado (por medio de la relación de adscripción o de coordinación) para hacer efectivo el principio de unidad de acción pública.

III. Las garantías o técnicas de diseño aplicadas para autonomizar organismos del Poder Ejecutivo

Como hemos afirmado, la creación de organismos autónomos a cargo de funciones administrativas tiene como objetivo fundamental la neutralización política de las actividades de estas organizaciones en aras de contar con decisiones técnicamente fundamentadas e intervenciones concebidas para el largo plazo en sectores altamente sensibles para la sociedad.

Pero como esta búsqueda debe estar de la mano con elementos que justamente propicien que este objetivo se alcance, el ordenamiento jurídico nos brinda un repertorio de instrumentos que permiten, en cierto modo, garantizar alcanzar el logro de este objetivo de las nuevas organizaciones. Estos instrumentos modelan el tipo de adscripción que en cada caso se asigne a ese organismo con respecto al Poder Ejecutivo. No puede soslayarse que resulta una tendencia natural de todo partido político en el gobierno a centralizar y controlar el funcionamiento del Ejecutivo, a contar con funcionarios de su confianza en las principales zonas de la administración para poder llevar a la práctica sus programas y proyectos[23]. A eso se opone esta forma de organización administrativa independiente.

Ante ello surgen las garantías[24] que los sistemas jurídicos prodigan legalmente a estos organismos administrativos para propiciar favorablemente su neutralidad política, que nos permitimos clasificarlas en cuatro:

(23) Véase ALESSANDRO, Martín y GILIO, Andrés. "Cuando el origen importa: presidentes y congresos en la creación de organismos descentralizados en la Argentina (1983-2009)". En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. N° 48, Caracas (octubre de 2010).

(24) Estas garantías que identificamos pueden servir también para comparativamente hacer una medición de los niveles de autonomía de los órganos descentralizados del Poder Ejecutivo, tal como nos plantean ALESSANDRO, Martín y GILIO, Andrés. Ídem.

1. Garantías funcionales

Como la principal manifestación de la descentralización funcional es la asignación de una determinada competencia en exclusiva al nuevo organismo, entonces un primer conjunto de elementos están referidos a asegurar que esa competencia sea ejercida de la manera más autónoma posible. Para ello, el Derecho comparado muestra algunas técnicas, fundamentalmente impeditivas de la injerencia de la Administración Central en las decisiones, como las siguientes:

1. Calificar que la decisión del organismo autónomo agote por sí misma la vía administrativa, siendo únicamente revisable en vía judicial a pedido de los administrados legitimados para ello. No cabe por lo tanto, recurso alguno ante el organismo de adscripción.
2. Establecer que las decisiones del organismo autónomo no son sujetas de aprobación previa ni necesitan de confirmación o ratificación posterior por parte de otra autoridad administrativa.
3. Prohibir a las autoridades de adscripción que puedan revocar de oficio o anular por considerar ilegales, las decisiones de las autoridades autónomas o intervenir formalmente en su desarrollo.
4. Capacidad y flexibilidad para poder organizar internamente su entidad, determinar sus planes y estrategias de acción, reglamentar las leyes que debe aplicar, regular sus servicios y actividades, seleccionar y contratar su personal.
5. Capacidad para poder impugnar en vía judicial –por ejemplo, contencioso administrativo– aquellas decisiones o regulaciones dadas por la Administración Central que consideren que atentan contra su autonomía en procura de reestablecer el orden afectado.

2. Garantías estatutarias

Como una de las formas comunes de tener injerencia es a través del régimen de confianza en la designación y en la remoción de los máximos jerarcas de la entidad autónoma, un segundo conjunto de medidas se plantea respecto de las formas de limitar esta discrecionalidad haciéndola más técnica, retirándole el carácter de confianza y darle más estabilidad a los niveles jerárquicos superiores del organismo. En ese sentido, algunas de las medidas más comunes orientadas hacia ello, son:

1. Creación de una instancia colegiada en el máximo nivel directivo de la entidad, en vez de un órgano unitario.
2. Regular procedimientos abiertos de selección donde se propenda a la libre postulación de los interesados y la competencia pública por méritos.

3. Establecer altos estándares de exigencias para poder ser elegibles para estos cargos en función de los perfiles de idoneidad profesional o técnica esperada para estas tareas, así como a la integridad moral (ausencia de impedimentos o actividades previas incompatibles con estas tareas).
4. Considerar múltiples autoridades como instancias nominadoras para tales cargos, de suerte que nadie tenga el poder de designar a todo el colectivo de directivos. Para ello se suele considerar la articulación del Parlamento, organismos extrapoderes, varios ministros o exigir la aprobación del consejo de ministros.
5. Durante el desempeño del cargo son objeto de un régimen especial de incompatibilidades y prohibiciones para evitarles circunstancias personales, sociales y económicas y demás vinculaciones que puedan afectar o dieren la apariencia razonable de afectar su independencia. Por ejemplo, no gestionar intereses personales ante las autoridades del sector, no recibir otros ingresos o desempeñar actividades no retribuidas en el Estado.

Pero las garantías estatutarias no solo se conciben para el acceso al cargo, sino que también se prolongan durante la continuidad del mandato, impidiendo su libre remoción por el Poder Ejecutivo incluso cuando hay cambios de titulares del sector, entre otros. Algunas medidas usuales son:

1. Aprobación de un periodo preestablecido y fijo de mandato o de ejercicio en el cargo, del cual solo puede ser apartado por alguna causal taxativa calificada normativamente para ello, tales como fallecimiento; incapacidad permanente, renuncia aceptada, impedimento legal sobreviniente a la designación, remoción por falta grave, inasistencia injustificada a sesiones, entre otras. No condice con ello, la remoción por discrepancias políticas con las decisiones, o el pedido de renuncia ante cambio de gobierno o del titular del órgano de adscripción.
2. Tendencia a que el periodo de mandato sea prolongado en el tiempo, incluso mas allá del periodo gubernativo.
3. Considerar que el vencimiento de los mandatos de los máximos jerarcas del organismo sea de manera escalonada y no simultánea, para realizar una renovación gradual del cuerpo directivo.
4. Establecer un procedimiento público y transparente para el retiro anticipado de algún directivo del organismo cuando concurra alguna causal prevista legalmente para ello.
5. Además, se estila regular un régimen restringido de reelección en los cargos directivos.

3. Garantías financieras

Otro de los niveles en que la autonomía queda protegida es mediante el reconocimiento de competencias y atribuciones de independencia

presupuestal frente al Poder Ejecutivo. Cierto es que por el principio de unidad presupuestal, no es posible hablar de un presupuesto separado del resto de las entidades del Estado, pero cuando menos debería contar con:

1. Un régimen que le permita aprobar su propio proyecto de presupuesto y limitar al Poder Ejecutivo la posibilidad de realizar modificaciones a su estructura y composición y explicar sus alcances ante el Congreso de la República.
2. La capacidad de poder contar con sus propias rentas (es común tener ingresos directamente recaudados provenientes de las empresas sujetas a su acción de supervisión) y recaudarlas directamente mediante procedimiento de cobranza expeditivos.
3. La capacidad para poder ser inmune a cualquier recorte presupuestal que la autoridad hacendaria del Poder Ejecutivo pretenda imponerle, salvo que sea en consideraciones de hechos objetivos, en un pie de igualdad con el resto de la administración publica y sin permitirse que esta medida conduzca a una direccionalidad externa sobre sus objetos de gasto.

4. Garantía en la ubicación de organización estatal

La ubicación dentro del organigrama del Estado muestra el grado de adscripción que el organismo mantiene con el Poder Ejecutivo central. La adscripción al Sector con el cual mantiene una vinculación por la materia le expone a la concurrencia continuada en el mercado, lo cual no abona a favor de esa tendencia a la independización. Por ello, se ha intentado aislarlo un grado más estableciendo la adscripción con un ministerio sectorialmente neutro como es la Presidencia del Consejo de ministros. Es el caso de los organismos reguladores y de la agencia de competencia, por ejemplo.

Pero la garantía que consideramos más intensa para poder autonomizar alguna función administrativa del Poder Ejecutivo, se da cuando se convierte a la entidad en un organismo autónomo conforme a la Constitución. Como es lógico, una medida de esta dimensión no la puede tomar el legislador ordinario, sino el legislador constituyente. Por ello, es la forma más radical como una actividad administrativa bajo responsabilidad –hasta ese momento– del Poder Ejecutivo que puede alcanzar el grado máximo de autonomía dentro del estado unitario: extrayéndolo del ámbito de este Poder y convirtiéndolo en un organismo ajeno a los otros poderes del Estado, como una función administrativa por naturaleza, pero especializada al margen de la responsabilidad del Poder Ejecutivo. Es el caso de lo que sucedió en el Perú, con la función de supervisión de los sistemas financiero, bancario y de seguros, con la administración de las reservas del Estado y la emisión de la moneda, o en Ecuador, con las superintendencias de servicios públicos.

No podemos concluir esta revisión, si no manifestamos que estas garantías funcionan a la vez que lo hacen determinados factores reales exógenos y endógenos de la Administración y pueden alinearse o no con el mismo objetivo.

Nos referimos a la voluntad de la clase política gubernativa para mantener los niveles de control y coordinación sobre las instancias autónomas dentro de sus límites permitidos, darle un diseño funcional normativo eficiente (con objetivos precisos y no excesivos, sin funciones superpuestas o con interferencias por parte de otras instancias no autónomas, competencias inspectivas importantes). Y, en el plano interno, la autonomía declarada en las normas debe estar aparejada de una protección legal para el ejercicio de sus facultades, la capacidad para captar y mantener una burocracia tecnocrática competente y con voluntad de ejercer funciones de modo independiente y no de manera sumisa o reclinada en la Administración Central o en otros grupos de interés o presión.

IV. Las escalas de autonomía en los organismos administrativos en la organización estatal peruano

Desde la dación del Decreto Ley N° 17271, denominada la "Ley de Ministerios" en diciembre de 1968, adquirieron identificación positiva los "organismos públicos descentralizados" (art. 20) para referirse a entidades con personería jurídica propia y autonomía definida por ley, generadas por el Estado, cuando se considera que ciertas actividades no pueden cumplirse adecuadamente como un órgano dentro de un ministerio, dándoles prioridad u operatividad, pero adscritas políticamente a un sector del Gobierno Central(25). Desde esa fecha, su desarrollo fue realizando de manera más o menos anárquica según el ímpetu y énfasis que cada sector deseaba descentralizar. No puede dejar de mencionarse que los organismos públicos descentralizadores tuvieron un hito evolutivo importante en la década de los años noventa, en que apareció un número significativo como emblema de un ámbito moderno de la reforma del Estado, dando pie a los organismos reguladores, agencia de competencia, entre otras islas de excelencia de aquellos años.

Pero afirmándonos en los planteamientos del profesor Pomed podemos apuntar que para apreciar el desarrollo de los organismos descentralizados independientes en el Perú, debemos identificar la "escala de independencia" que se ha venido a instituir entre las categorías de organizaciones administrativas existentes en el país(26). Ciertamente existen grados de autonomía

(25) RODRÍGUEZ ARROYO, José. *Introducción al Estudio de la Administración Pública peruana*. S/F (versión mimeografiada).

(26) Cabe tener presente que el desarrollo de estos organismos descentralizados ha tenido una evolución anárquica hasta que con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N° 29158 –LOPE– se ha dado una clasificación a posteriori obligando a un reordenamiento de estos organismos dentro del

que el legislador puede conferir a los organismos independientes, a partir de una decisión valorativa discrecional para configurar el modelo organizativo. Para ello, se tomarán en cuenta criterios técnicos, pero también se incluirán aspectos históricos, culturales y sociales de cada colectividad.

En esa visión, no todas las instancias administrativas descentralizadas califican como independientes y, aun, dentro de ellas, hay algunas con grados que les marcan una distinción importante(27).

Un aspecto común a todos estos organismos públicos descentralizados es que tienen base en una norma con rango de ley, por haberse considerado que estamos en una zona de reserva del legislador. La única participación del Poder Ejecutivo en este proceso de organizaciones es por medio de una opinión técnica previa al anteproyecto de ley de creación, pero de alcance no vinculante, que absuelve la Presidencia del Consejo de Ministros al Congreso sobre la conveniencia de su creación y de sus principales características(28). Por ello, estos procesos de descentralización funcional del Poder Ejecutivo parten de una decisión consagrada mediante una norma con rango de ley y no mediante actuación gubernativa unilateral o decretos presidenciales, como ha sucedido en algunos otros países de la región(29).

Estado peruano. Dicha clasificación se ha producido a través del D.S. N°s 034-2008-2008-PCM, 048-2010-PCM y 058-2011-PCM. Las normas bases de este proceso son las siguientes:

Artículo 28.- Naturaleza

Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional.

Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Públicos Ejecutores, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.
2. Organismos Públicos Especializados, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.

En ambos casos, su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción se acuerdan por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Los Reglamentos de Organización y Funciones respectivos se aprueban por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Disposiciones Transitorias

Segunda.- De la Calificación de las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo

Mediante decreto supremo, en un plazo de noventa (90) días calendario, a partir de la vigencia de la presente ley, la Presidencia del Consejo de Ministros calificará los Organismos Públicos en los términos previstos en el Título IV y en los siguientes noventa (90) días, a las demás Entidades Públicas del Poder Ejecutivo.

(27) Adelantamos que estas escalas de independencia no corresponden a una secuencia cronológica, dado que la más extrema de las independencias (la que corresponde a la fiscalización de las empresas del sistema financiero, bancario y de seguros) data de la década de los años treinta del siglo pasado, mientras que recién en los años finales del siglo aparecieron los organismos reguladores de servicios públicos.

(28) Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.

(29) Respeto a los diversos argumentos para sostener la competencia del Poder Ejecutivo, del Congreso o de ambos concurrentemente para disponer la creación de entidades descentralizadas institucionalmente puede revisarse con provecho CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I, p. 328 y ss.

Han sido las normas legales que han creado al interior del Poder Ejecutivo, entidades con personería jurídica propia y le han atribuido algunos niveles de capacidad autónoma, entre los cuales se menciona usualmente, pero sin asignar un contenido preciso, a la autonomía presupuestal, la administrativa, la funcional, la financiera y la técnica.

Todos tienen en común ser organismos públicos descentralizados del Poder Ejecutivo por estar fuera de su línea jerárquica directa y carecer este de capacidad de mandato directo sobre ellos. Pero entre estos organismos se mantienen ciertas diferencias que pasaremos a anotar.

1. Organismos con nivel primario de autonomía: Organismos Públicos Ejecutores

Un primer eslabón en este proceso de descentralización funcional lo constituyen los Organismos Públicos Ejecutores que son personas jurídicas que actúan bajo reglas de derecho público diferenciadas de la Administración Central dotadas de personería jurídica propia adscritos a algún ministerio y que resultan competentes para adoptar decisiones respecto del ámbito de materias a su cargo, en ejecución de políticas sectoriales.

La decisión de crear un organismo ejecutor se justifica generalmente porque se requiere una entidad con administración propia, debido a la magnitud significativa de sus operaciones o por cuanto se necesita una entidad dedicada a tiempo completo a la prestación del servicio o actividad específica y especializada que no brinda el ministerio.

Por ejemplo, encontramos organismos públicos ejecutores de políticas en materias tan disímiles como los de promoción de la inversión privada (Agencia de Promoción de la Inversión Privada-Proinversión), de la recaudación tributaria (Sunat), de la administración de los bienes del Estado (SBN), de cooperación internacional (Agencia Peruana de Cooperación Internacional-APCI), del servicio archivístico (Archivo General de la Nación-AGN), para la administración del patrimonio cultural documental bibliográfico del país (Biblioteca Nacional del Perú-BNP), la promoción de derechos del discapacitado (Consejo Nacional de Integración de la Persona con Discapacidad-Conadis), la defensa civil (Instituto Nacional de Defensa Civil-Indeci) y el servicio de salud (Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas-INEN), supervisión de transporte de personas, cargas y mercancías (Superintendencia Nacional de Transporte)[30], registros públicos (Sunarp), administración de penales (INPE).

Como su propio nombre lo señala, estos Organismos Públicos Ejecutores[31] constituyen instancias descentralizadas del Poder Ejecutivo, del cual

(30) Ley N° 29380, D.S. N°s 033-2009-MTC y 021-2010-MTC.
(31) Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, artículo 30.

se desprendieron las tareas que ahora desempeñan con algunas expresiones de autonomía. Por ello, las normas que los crean se preocupan en declarar que son personas jurídicas de Derecho Público que ejercen sus atribuciones con autonomía en lo presupuestal, económico, administrativo, funcional y técnico, pero por lo general sin precisar concretamente cuál es el contenido de dichas fases autónomas y menos aún, darle mayores garantías especificas que ellas se concreten.

En cuanto a su competencia nacional, ejecutan las políticas definidas en el sector al que aparecen adscritas (salud, educación, trabajo, vivienda, etc.) por lo que deben seguir sus lineamientos técnicos, aprueban su propios objetivos y estrategias pero de manera coordinada con los órganos de adscripción dentro del marco de la política general de gobierno. En esa línea, nos encontramos básicamente frente a autoridades instrumentales, por el nivel de sujeción a la dirección política del sector.

Por mantener esta relación especial de adscripción, están dirigidos por un Jefe, cuyo cargo es reconocido como un cargo de confianza del titular del sector ministerial. En ese sentido, se aplica la regla general de designación de titulares de organismos públicos descentralizados y de los presidentes y miembros de consejos directivos, que la designación y remoción es aprobada por Resolución Suprema del Presidente de la República, refrendada por el Titular del sector de adscripción, quien a su vez, lo propone al Presidente(32). Ciertamente su autonomía administrativa es limitada y relativa porque sus reglamentos de organización y funciones son aprobados por decreto supremo del sector con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y es en este documento, en que se establece la estructura orgánica de la entidad, sus funciones generales y específicas y las de cada uno de sus órganos y unidades orgánicas y las relaciones de coordinación y control entre órganos, unidades orgánicas y entidades

No obstante tratarse de organismos ejecutores de políticas sectoriales podemos encontrar –en todas ellas– un nivel primario de independencia debido al interés de dar espacio para la neutralización política y tecnificar en algo sus decisiones. Así, sus decisiones no pueden ser objeto de ninguna revisión de oficio por alguna otra instancia del Poder Ejecutivo. Tampoco pueden ser materia de recurso jerárquico o de apelación ante la autoridad ministerial del sector al cual están adscritas. Por lo tanto, el órgano público ejecutor agota la vía administrativa directamente mediante sus decisiones y solo pueden ser controvertidas en sede judicial.

A ello se debe agregar que el diseño de algunos organismos ejecutores aparecen algunas garantías de mayor autonomía que tienden a darle mayor

(32) Artículo 1, Ley N° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos y el artículo 25 numeral 5) de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

grado de estabilidad a la institución a partir de asignarle un periodo de mandato fijo a sus titulares y requisitos de idoneidad para su elegibilidad, como sucede con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat)(33) y la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN)(34).

2. Los organismos administrativos independientes

En el Perú, los organismos administrativos independientes son también conocidos como organismos Públicos Especializados(35) y la Ley declara que poseen un grado mayor de independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su propia Ley de creación y a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, no obstante estar adscritos a una autoridad sectorial (ministerio).

En función de las tareas que se les asignan, pueden manifestarse bajo dos modelos:

1. Los organismos reguladores de servicios públicos y de infraestructura (cabe advertir que en nuestro derecho administrativo, tradicionalmente se reserva el termino "organismo regulador" para aquellos referidos a servicios públicos e infraestructura, sin considerar el concepto amplio con que se originó en las agencias reguladoras norteamericanas)(36). Por ello, es que muchos de los denominados organismos técnicos especializados poseen naturaleza también de agencias reguladoras en diversos sectores económicos bajo los términos señalados.
2. Los organismos técnicos especializados son organismos públicos descentralizados a cargo de planificar, supervisar y ejecutar políticas de Estado que demandan de mayores espacios de autonomía respecto del ministerio del sector, para un ejercicio idóneo de su función.

2.1. Los organismos reguladores

Constituyen las islas de excelencia de la nueva gestión pública de diversos mercados. Son organismos funcionalmente independientes al interior del Poder Ejecutivo, creados para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados de monopolios naturales de alcance nacional o para

(33) Ley N° 24829, D. Leg. N° 501, y Decreto Supremo N° 115-2002-PCM aprobó el Reglamento de Organización y Funciones–ROF. Como elemento singular al Superintendente juramenta el cargo ante el Presidente de la Corte Suprema.

(34) Ley N° 29151, y D.S. N° 016-2010-VIVIENDA.

(35) Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, artículos 31 al 33.

(36) En el derecho norteamericano se diferencia entre agencias reguladoras y no reguladoras. Las primeras son aquellas que ejercen, por delegación del Congreso, poderes normativos y de decisión que afectan a los ciudadanos con los que se relacionen, condicionando sus derechos, libertades o actividades económicas y además, tienen competencia para resolver conflictos entre la propia administración y los ciudadanos o entre los mismos ciudadanos. Por su parte, las agencias no reguladoras están referidas a loo servicios sociales, al reconocimiento de beneficios y ayudas a sectores sociales. Véase, CARBONELL PORRAS, Eloísa y otro. *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de America*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 48.

garantizar el adecuado funcionamiento de mercados nacionales no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional[37] [38]; a dicho efecto, cumplen funciones supervisora (verifica cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas) reguladora-tarifaria, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, y de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Tales organismos son: el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-Ositran, el Organismo Supervisor de la Inversión e Energía y Minería-Osinergmin, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones-Osiptel, y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento-Sunass.

Conforme a su Ley[39], los reguladores "son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de Derecho Público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera".

Como se puede apreciar, se trata de entidades que, no obstante de formar parte del Poder Ejecutivo, están dotadas por el legislador de personalidad jurídica y de un régimen que pretende garantizarles especiales niveles de autonomía no solo respecto de poder político, sino de las empresas privadas y consumidores o usuarios, ambos impactados por la regulación. Dicha autonomía pretende permitir un espacio de análisis técnico y decisiones correctamente sustentadas considerando el interés de todos los grupos concernidos antes mencionados.

Si bien quedan vinculados por las políticas generales del Gobierno nacional modulando la potestad de dirección general que le compete al Poder Ejecutivo sobre los organismos que lo integran, se establece legalmente una relación de adscripción de menor intensidad en comparación con las organismos públicos ejecutores . Ello se ve favorecido porque su vinculación no se establece con el Ministerio del Sector con competencia material sobre los temas regulados, sino con una instancia transversal y multisectorial como es la Presidencia del Consejo de Ministros, que busca no perjudicar lo esencial de la autonomía que los organismos reguladores deben tener respecto de las decisiones gubernamentales de política. Queda claro que la separación del

(37) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios". En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. N° 57, Año XIX, p. 59 y ss.

(38) QUINTANILLA ACOSTA, Edwin. *Autonomía institucional de los organismos reguladores: revisión de literatura*. Escuela de Administración de Negocios para Graduados, 2004, Lima, p. 53 (Serie Documentos de Trabajo Nº 14).

(39) Artículo 2, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.

poder político "no significa aislar a los organismos reguladores del Estado, ya que estos operan en el marco normativo del gobierno y, por ende, deben coordinar sus actividades y políticas con algunas de sus áreas"(40).

Los niveles de independencia se muestran a través de diversos aspectos concretos previstos en su estatuto jurídico por la legislación. De modo general, podemos afirmar que dentro de sus respectivos ámbitos de competencia les han sido reconocidas garantías funcionales, estatutarias y, en algún grado importante, garantías financieras para reforzar su autonomía. Algunas de las principales medidas las enumeramos a continuación:

1. Poseen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos que ejercen de manera autónoma sujetas a la Ley y fundamentado en estudios técnicos debidamente sustentadas, sin estar sujetos a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado en los temas de su competencia (mandato independiente).
2. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias(41),
3. Determinan, acotan y recaudan sus ingresos de aportes directos de las empresas que regulan(42).
4. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.
5. Las decisiones son irrevisables en sede administrativa por otras instancias del Poder Ejecutivo, pues solo son impugnables ante el Poder Judicial.
6. Están dirigidos por un Consejo Directivo (colegialidad al máximo nivel institucional)(43).

(40) QUINTANILLA ACOSTA. Ob. cit., p. 31.

(41) Respecto a la posición constitucional de los organismos reguladores, el Tribunal Constitucional tiene establecido su posición en las sentencias recaídas en los Exp. N° 0005-2003-AI/TC y Exp. N° 0008-2003-AI/TC.

(42) Artículo 10.- Aporte por regulación

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

(43) Artículo 6.- Del Consejo Directivo

6.1 El Consejo Directivo es el órgano de dirección máximo de cada Organismo Regulador. Estará integrado por cinco (5) miembros designados mediante resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas y por el ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada. Por excepción, el Consejo Directivo del Osinergmin tendrá seis (6) miembros.

6.2 El Consejo Directivo estará conformado de la siguiente manera:

a) Dos miembros a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales será el representante de la sociedad civil. Uno de los miembros propuestos por la Presidencia del Consejo de Ministros preside el Consejo Directivo y tiene voto dirimente;

7. Sus miembros son designados para cumplir un periodo fijo de mandato (estabilidad del mandato) de modo que son irrevocables por la autoridad nominadora en función de criterios como la confianza existente o la calidad de sus decisiones(44). En esa misma línea, sus periodos no coinciden con los de la renovación quinquenal de las demás autoridades del Poder Ejecutivo del mismo modo como tampoco los periodos se computan de modo paralelo para todos sus integrantes, sino de modo escalonado, con lo que se gana continuidad institucional(45).

8. Existen requisitos técnicos para dichos cargos normativamente previstos y procedimientos abiertos de postulación, concurso y selección para postular al cargo de Directivo, de modo que se brinda condicionales para la accesibilidad libre a los cargos y designaciones "políticas"(46)(47). En esa misma línea, no solo se prevé requisitos, sino también especiales prohibiciones e incompatibilidades para acceder a esos cargos, para ejercer actividades durante el desempeño del cargo e inhabilitaciones posteriores al cese.

9. Solo pueden ser removidos en caso de causal legalmente establecida e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto

b) Un miembro a propuesta del ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada. En el caso del Osinergmin el Ministerio de Energía y Minas propone a dos (2) miembros, uno de los cuales debe ser profesional especializado en minería.

c) Un miembro a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas;

d) Un miembro a propuesta del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

(44) 6.5. La designación de los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores es por un periodo de cinco (5) años.

Los miembros de los Consejos Directivos pueden ser designados por un periodo adicional.

(45) Decreto Supremo N° 042-2005-PCM.

Artículo 10.- Del proceso de selección y designación de los miembros del Consejo Directivo

La designación a la que se refiere el numeral 6.5 del artículo 6 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos deberá realizarse anualmente, de modo tal que secuencialmente se produzca la renovación de un (1) miembro del Consejo Directivo cada año.

(46) Artículo 7.- Requisitos para ser miembro del Consejo Directivo

Para ser miembro del Consejo Directivo se requiere:

a) Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio.

b) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acreditará demostrando no menos de tres (3) años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva, entendiéndose por tal la toma de decisiones en empresas públicas o privadas; o cinco (5) años de experiencia en materias que configuran el objeto de competencia del organismo regulador; y,

c) Acreditar por lo menos estudios completos a nivel de maestría en materias relacionadas a la actividad objeto de competencia del organismo regulador.

(47) Los procedimientos para la convocatoria, evaluación y selección de candidatos a integrantes de los consejos directivos obran en el Decreto Supremo N° 095-2001-PCM y la Resolución Ministerial N° 444-2005-PCM y la Resolución Suprema N° 355-2006-PCM.

aprobatorio del Consejo de Ministros[48][49][50]. Del mismo modo, se precisa que el cambio de titular del sector no genera la obligación de formular renuncia al cargo, por parte de los miembros del Consejo Directivo.

Aun cuando estas garantías se presentan en la norma, durante los últimos años, han aparecido muestras claras de cierta involución en el grado de autonomía en estas instancias. Como podemos graficar en las modificaciones –para degradar las exigencias– a los requisitos para ser titulares de estos organismos, la no convocatoria a procesos de cobertura de plazas de directivos de los organismos reguladores que lleva a prolongadas vacantes en esos cargos, la eliminación de la exigencia que el gerente general del regulador sea designado por el Consejo Directivo para serlo directamente por el presidente del directorio, la ausencia de selección definitiva por parte del ministro y presidente de entre la terna obtenida mediante concurso publico, la falta de predictibilidad en los procesos de selección que conduce a la falta de candidatos o a la renuncia de los postulantes, entre otros.

---

(48) 6.4 Los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores solo podrán ser removidos en caso de falta grave debidamente comprobada y fundamentada, previa investigación en la que se les otorga un plazo de quince (15) días para presentar sus descargos, de conformidad con lo que se señale en sus respectivos reglamentos. La remoción se realizará mediante resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y del Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada.

En caso de remoción, el Presidente del Consejo de Ministros informará, dentro de los diez (10) días útiles, a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron dicha decisión.

(49) 6.6 Son causales de vacancia del cargo de miembro del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, las siguientes:

a) Fallecimiento;
b) Incapacidad permanente;
c) Renuncia aceptada;
d) Impedimento legal sobreviniente a la designación;
e) Remoción por falta grave; y,
f) Inasistencia injustificada a tres (3) sesiones consecutivas o cinco (5) no consecutivas del Consejo Directivo, en el periodo de un (1) año, salvo licencia autorizada.

En caso de vacancia, el Sector al que corresponda designará un reemplazante para completar el periodo correspondiente.

(50) Artículo 12.- Falta grave

Para efectos de la aplicación de la remoción prevista en el numeral 6.4 y en el literal e) del numeral 6.6. del artículo 6 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, constituyen faltas graves:

a) La condena por comisión de delitos dolosos, con sentencia firme.
b) La obtención o procuración de beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad o influencia.
c) La participación en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada del Organismo Regulador o permitir el uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés.
d) Incumplimiento de sustentar su voto singular o en discordia, en tres (3) acuerdos que haya adoptado el Consejo Directivo en el periodo de un (1) año, en la oportunidad prevista en el numeral 3 del artículo 97 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
e) La realización de actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos.

2.2. Los organismos técnicos especializados

Por otro lado, tenemos dentro de los órganos administrativos independientes a los denominados "organismos técnicos especializados"(51) que constituyen organismos públicos descentralizados del Poder Ejecutivo a cargo de planificar, supervisar, y ejecutar Políticas de Estado que demandan un grado mayor de autonomía respecto del ministerio del sector para un ejercicio idóneo de su función(52).

En esta misma categoría encontraremos otros organismos reguladores de sectores específicos de la actividad privada: uso de agua, actividad portuaria, mercado de valores, minería, hidrocarburos, servicios de salud, transporte público, y la agencia de competencia que vigila el funcionamiento de los mercados.

Las causas que se reconocen como justificativas para demandar esta calificación y grado de autonomía a ciertos organismos públicos descentralizados han sido:

1. Estar a cargo de planificar, supervisar, ejecutar o controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental. Ej. La ONP, EsSalud, Instituto de la Amazonía Peruana, Servicio Nacional de Áreas Protegidas, etc.
2. Ejercer funciones de regulación respecto de sectores sociales o económicos en los que se otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o supervisar el desarrollo de actividades económicas que resulten oponibles a otros sujetos. Ej. Superintendencia de Mercados de Valores (ex Conasev), Ingemmet, Indecopi, Imarpe, OEFA, Sunasa, ANA, ONP, Senasa, etc.
3. Ejercer funciones que inciden sobre atribuciones de otros organismos del sector o del Poder Ejecutivo en general y, por ende, son susceptibles de producir conflictos de intereses. Ej. Ceplan, Servir, INEI, OSCE, Indecopi (en lo que atañe al control de barreras económicas), etc.

(51) Artículo 33.- Organismos Técnicos Especializados

Los Organismos Técnicos Especializados se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de:

1. Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional.

2. Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado.

Los Organismos Técnicos Especializados:

1. Están dirigidos por un Consejo Directivo.

2. Se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias.

3. Su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

(52) El grado de independencia es menor que la atribuida a los organismos reguladores porque estos organismos si deben sujetarse a los lineamientos técnicos del sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias y su política de gasto.

En estos casos, las funciones esenciales de estos organismos deben ser segregadas del resto de la administración o cuando menos, del ministerio del sector por ser incompatibles o entrañar potenciales controversias que afectarían un desarrollo objetivo. De no hacer esta separación funcional se incurre en el riesgo que su ejercicio esté influenciado por otros intereses de la autoridad sectorial ministerial. Por ejemplo, el Indecopi, que controla la imposición de barreras burocráticas por las otras entidades estatales o la imposición de barreras burocráticas, o el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI que reporta las cifras que reflejan la gestión económica del gobierno, o Servir que controla –como gestión– la aplicación de las normas del sistema de personal de las demás instancias gubernativas.

Los principales organismos técnicos especializados con que contamos son los siguientes:

1. Autoridad Nacional del Agua (ANA)[53], es el organismo rector y la máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos encargado de realizar las acciones necesarias para el aprovechamiento multisectorial y sostenible de los recursos hídricos por cuencas hidrográficas, en el marco de la gestión integrada de los recursos naturales y de la gestión de la calidad ambiental nacional, estableciendo alianzas estratégicas con los gobiernos regionales.

2. Autoridad Portuaria Nacional (APN)[54], encargada del desarrollo del Sistema Portuario Nacional, el fomento de la inversión privada en los puertos y la coordinación de los distintos actores públicos o privados que participan en las actividades y servicios portuarios; norma en lo técnico, operativo y administrativo el acceso a la infraestructura portuaria así como el ingreso, permanencia y salida de las naves y de la carga en los puertos sujetos al ámbito de su competencia; los permisos para la navegación comercial de buques; y en lo pertinente a la apertura y cierre de los puertos, remolcaje, recepción y despacho, seguridad del puerto y de las naves.

3. Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (Ceplan)[55], conduce el proceso de construcción de una visión compartida y concertada del futuro del país en un marco unitario y descentralizado, formula el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional, conduce el proceso de planeamiento estratégico y norma las directivas para la formulación de los planes estratégicos multisectoriales, sectoriales, regionales y municipales concertados; y conduce el Subsistema de Seguimiento y Evaluación de la gestión estratégica del Estado en relación con los planes, objetivos, medidas, programas y proyectos prioritarios de desarrollo.

(53) D. Leg. N° 997, Ley N° 29338 y D.S. N° 006-2010-AG.
(54) Ley N° 27943 y D.S. N° 003-2004-MTC.
(55) D. Leg. Nº 1088 y D.S. N° 046-2009-PCM.

4. La Superintendencia de Mercado de Valores (ex Conasev)[56], estudia, promueve y reglamenta el mercado de valores y controla a las personas naturales y jurídicas que intervienen en dicho mercado; regula las actividades de las empresas administradoras de fondos colectivos; vela por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en ellos y la protección de los inversionistas, procurando la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos; y supervisa el cumplimiento de la Ley General de Sociedades por las sociedades anónimas abiertas.
5. Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir)[57], organismo a cargo del sistema de servicio civil en el Sector Público.
6. Instituto del Mar del Perú (Imarpe)[58], es el organismo orientado a la investigación científica, así como al estudio y conocimiento del Mar Peruano y sus recursos, para asesorar al Estado en la toma de decisiones con respecto al uso racional de los recursos pesqueros y la conservación del ambiente marino, contribuyendo activamente con el desarrollo del país.
7. Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (Ingemmet), que otorga Títulos de Concesiones Mineras, administra el Catastro Minero Nacional y el Derecho de Vigencia y Penalidad; así mismo, procesa, administra y difunde la información geocientífica del territorio nacional, a fin de promover la inversión y el desarrollo[59].
8. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)[60], tiene como funciones la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Además, fomenta en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia, resguardando todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología.
9. El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)[61], es el órgano rector del Sistema Estadístico Nacional en el Perú. Norma, planea, dirige, coordina, evalúa y supervisa las actividades estadísticas oficiales del país.
10. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)[62], es el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - Sinefa y tiene la responsabilidad de verificar el cumplimiento de la legislación ambiental por todas las personas naturales y jurídicas. Asimismo, supervisa que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control, potestad sancionadora y aplicación de incentivos en materia ambiental, realizada a cargo de las diversas entidades del Estado, se realice

(56) D. Ley Nº 26126, D. S. N° 038-2007-EF y Ley N° 29782.
(57) D. Leg. N° 1023 y D.S. N° 062-2008-PCM.
(58) D.Leg. N° 95 y D. S. N° 009-2001-PE.
(59) D. S. N° 035-2008-EM.
(60) D. Leg. N° 1033 y D. S. N° 009-2009-PCM.
(61) D. Leg. N° 604, D. S. N°s 043-2001-PCM y 058-2006-PCM.
(62) D. Leg. N° 1013.

de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente, de acuerdo a lo dispuesto jurídicamente en la Política Nacional del Ambiente.

11. Oficina de Normalización Previsional (ONP)[63], tiene a su cargo la administración del Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, así como del Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, Decreto Ley N° 18846; y de otros regímenes previsionales a cargo del Estado, que le sean encargados conforme a ley.
12. La Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Sunasa)[64], esta encargada de registrar, autorizar, supervisar y regular a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, así como de supervisar a las instituciones prestadoras de servicios de salud en el ámbito de su competencia, a fin de velar por el aseguramiento universal en salud y su promoción. Como particularidad de la autonomía de su Consejo Directivo, su estatuto jurídico establece expresamente que "El cambio de los titulares de los sectores señalados en el artículo 10 de la Ley Marco no genera la obligación de formular renuncia al cargo, por parte de los miembros del Consejo Directivo" (artículo 41 del Reglamento).
13. Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp)[65], está a cargo de dictar las políticas y normas técnico-registrales de los registros públicos que integran el sistema nacional; planificar y organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de actos y contratos en los Registros que conforman el Sistema.
14. Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas del Estado (Sernanp)[66], es el ente rector del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sinanpe), está encargada de dirigir y establecer los criterios técnicos y administrativos para la conservación de las Áreas Naturales Protegidas (ANP), y de cautelar el mantenimiento de la diversidad biológica.
15. El Seguro Social de Salud (EsSalud)[67], otorga cobertura a sus asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales.
16. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)[68], organismo a cargo de velar por el cumplimiento y difusión de la normativa de contrataciones, normas el sistema a su cargo, supervisar y fiscalizar los procesos de contratación de las entidades del estado, entre otras.

(63) D. Ley N° 25967, Ley N° 26323 y D.S. N° 61-95-EF.
(64) Ley N° 29344 y D.S. N° 008-2010-SA.
(65) Ley N° 26366 y R.S. N° 135-2002-JUS.
(66) D. Leg. N° 1013, D.S. N° 006-2008-MINAM.
(67) Está catalogada como Entidad Administradora de Fondos Intangibles de la Seguridad Social, pero técnicamente es un organismo técnico especializado adscrito al sector Trabajo conforme a la Ley N° 28006 y su reglamento.
(68) D. Leg. N° 1017 y su reglamento.

17. Consejo Superior del Sistema de Evaluación, Acreditación y Certificación de Calidad Educativa[69].

Las normas de estas personas jurídicas de Derecho Público interno les declaran niveles de autonomía en lo administrativo-funcional, lo técnico, lo económico, entre otros. Pero esta autonomía se manifiesta fundamentalmente en que sus decisiones son irrevisables en sede administrativa por el Poder Ejecutivo, en la capacidad de decidir con autonomía funcional las actividades de su competencia quedando sujetas solo a revisión judicial.

Para ello, se les suele asignar –aunque ello no es uniforme para todos ellos– en el máximo nivel a un Consejo Directivo que alguna de las garantías funcionales y estatutarias ya mencionadas para preservar su independencia asemejándose en estos aspectos a los organismos reguladores.

Por ejemplo:

1. Poseen una representación de varios sectores estatales e incluso con participación del Sector Privado (gremios, colegios profesionales, etc.). Por ejemplo, el Consejo Directivo del Indecopi está integrado por cinco (5) miembros, dos en representación de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno en representación del Ministerio de Economía y Finanzas, uno en representación del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y uno en representación del Ministerio de la Producción. En igual sentido, los Directores de la Superintendencia de Mercado de Valores son designados a propuesta de dos organismos constitucionalmente autónomos (Banco Central de Reserva y la SBS), además de un Director independiente.
2. Tienen un periodo estable de mandato entre uno y cinco años e incluso renovaciones por tercios en algunos casos. Por ejemplo, el Consejo Directivo de OSCE, se encuentra integrado por tres (3) miembros los que serán designados por un periodo de tres (3) años, mediante Resolución Suprema refrendada por el ministro de Economía y Finanzas.
3. Se establecen requisitos especiales para asegurar la idoneidad para acceder al cargo (edad, profesión, años de experiencia, estudios, etc.). Por ejemplo, para ser integrante del Consejo Directivo de Sunasa se debe acreditar ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio como tal, contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional demostrando no menos de tres (3) años de experiencia en un cargo de dirección, entendiéndose por tal la toma de decisiones en empresas o entidades públicas o privadas, incluidos los organismos internacionales; o cinco (5) años de experiencia en materias que configuran el objeto de competencia de la Superintendencia; y, acreditar por lo menos estudios completos de posgrado en materias relacionadas a las actividades y funciones de la Superintendencia.

(69) Ley N° 28740 y su reglamento.

4. Se prevé un proceso de postulación pública y concurso para acceder a ese cargo (Ej. El Consejo Directivo de OEFA está integrado por cinco (5) miembros, de los cuales dos (2) miembros son designados a propuesta del Minam, uno de los cuales lo presidirá y tiene voto dirimente, y tres (3) designados elegidos mediante concurso público. En otro caso, el jefe de INEI es seleccionado por un Comité constituido por representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Economía y Finanzas, luego de un procesos por etapas: postulación y preparación de lista corta por una empresa privada especializada en selección de profesionales, de evaluación documental, curricular, y entrevista personal y propuesta ante la PCM.
5. Se establecen causales de vacancia o remoción particulares para apartarse del cargo, tales como fallecimiento, incapacidad física o legal permanente, renuncia aceptada, impedimento legal sobreviniente a la designación, remoción por falta grave, inasistencia injustificada a sesiones del Consejo Directivo, lo cual impide su libre remoción por el Poder Ejecutivo así como se le sustrae de las contingencias de los cambios de titulares del sector, entre otros. En algún caso –como la Superintendencia de Mercado de Valores– las vacancias son declaradas por el propio Directorio.
6. El periodo de renovación de las autoridades de los Consejos Directivos es escalonado de modo que haya renovación progresiva y evitar el cambio abrupto en el mandato de la autoridad, tal como sucede en Indecopi a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1033 (Cuarta Disposición Final).

3. Organismos materialmente administrativos y constitucionalmente autónomos o extrapoderes

Después de la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo observó la aparición progresiva y sostenida a los textos constitucionales de diversas instituciones o entidades, incorporadas por existir ya en la estructura estatal o fueron creadas primariamente por el constituyente, que coexisten al lado de las funciones esenciales del poder (llamados tradicionalmente poderes públicos) que gozan de un grado máximo de autonomía e independencia, dentro del Estado. Con ello, los constituyentes se fueron apartando de la histórica estructura tripartita del poder creada desde los inicios del Estado moderno, y ha dado paso, a la identificación de funciones nuevas a partir de las tradicionales tareas esenciales del estado y simultáneamente ha creado nuevas organizaciones para su ejercicio con niveles altos de autonomía. A estas organizaciones se les ha venido en llamar "organismos constitucionales autónomos"(70), afirmando su particularidad de autonomía nacida en la Cons-

(70) Esta ha sido la denominación empleada por el constitucionalismo mexicano y peruano a partir de los trabajos de FIX ZAMUDIO, Héctor. *Derecho Constitucional mexicano y comparado*. México, Porrúa, 2005, p. 413.

titución u "órganos extrapoderes"[71], poniendo énfasis en distintas particularidades de su ubicación en la estructura estatal[72].

Para ilustrar esta situación de los organismos constitucionales autónomos, nos parece ilustrativa la noción que recoge con claridad, el artículo 113 de la Constitución Política colombiana, cuando señala:

> "Son Ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial. Además de los órganos que las integran, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

En ese sentido, aparecen los organismos constitucionalmente autónomos como aquellas instituciones creadas por el constituyente de manera permanente sin adscribirlos a ningún otro organismo del Estado y asignándoles competencias esencialmente diferenciadas de las demás por considerarse fundamental dentro del esquema constitucional de derecho. Por su previsión constitucional e importancia, tenemos que su existencia y principales características no resultan disponibles para el poder constituido sino que le son impuestos. Así serán definidas por la Constitución la forma de integración de sus jerarcas (generalmente con la participación colaborativa de varios poderes del estado), sus competencias básicas, los aspectos en que radicara su autonomía y sus mecanismos de responsabilidad y vacancia de los cargos.

La creación de esta categoría de organismos dentro del Estado contemporáneo ha obedecido –afirma Sagüés[73]– a dos razones confluyentes: una de índole técnica y otra política. Tenemos en primer lugar, la característica del Estado contemporáneo hacia la diversificación de funciones y la multiplicación de estructuras estatales, de modo que:

> "Determinadas funciones, otrora aglutinadas en los tres poderes principales, actualmente se subdividen, descentralizan y sincronizan con mayores detalles y especificaciones. Y ello, explica que se programen nuevos sujetos estatales destinados a asumir con mayor idoneidad esos papeles, fuera de los moldes de los tres poderes iniciales"[74].

(71) Esta ha sido la denominación empleada por el constitucionalismo argentino a partir de los trabajos de BIDART CAMPOS, Germán J. *El Derecho Constitucional del poder*. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1967, p. 129; y aparece también en los trabajos de SAGÜÉS, Néstor P. *Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de poder*. Fundación Konrad Adenauer, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2007, pp. 301 a 310, y recientemente de CANDA, Fabián. "Los órganos extrapoderes". Colectivo Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público. Jornadas organizada por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. RAP, 2005, pp. 839-857.

(72) La expresión "órganos extrapoderes" se emplea para enfatizar su ubicación fuera del ámbito de los tres poderes tradicionales del Estado, mientras que la calificación de "organismo constitucionalmente autónomos" acentúa la atribución funcional autónoma con que le depara la constitución.

(73) SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. cit., p. 304.

(74) Ídem.

A esta justificación, debemos agregar –como lo hace el constitucionalista argentino– que la creación de estos organismos constitucionalmente autónomos lleva dentro de si la búsqueda de perfeccionar un mejor control interorgánico sobre algunas funciones estatales, en línea con el esquema de frenos y contrapesos democráticos y también sobre actividades económicas relevantes. Por ello, aparecen aquí organismos a cargo del control constitucional de las normas (Ej. Tribunales constitucionales), controles sobre la hacienda pública y la gestión de la Administración del Estado (Ej. Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo), sobre la función jurisdiccional (Ej. Consejo de la Magistratura), sobre las empresas financieras y bancarias (Superintendencia de Banca y Seguros).

La determinación de los elementos caracterizadores de los organismos constitucionales autónomos y su posición constitucional en la estructura del Estado ha sido desarrollada por el propio Tribunal Constitucional peruano(75) cubriendo el vacío dejado por la Carta Política de 1993 que solo asigna tal calidad a las personas jurídicas estatales que incorpora a su desarrollo.

De este modo, el Tribunal Constitucional ha incorporado la diferencia entre organismos constitucionalmente autónomos estricto sensu y aquellos solo de relevancia constitucional, a partir de señalar que en los primeros deben concurrir tres elementos(76) (77):

(75) Exp. N° 00029-2008-PI/TC-Lima. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Julio Ernesto Lazo Tovar, en representación de 5,639 ciudadanos, contra el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

(76) La sentencia analiza este aspectos en sus fundamentos 4 a 6, del modo siguiente:

A juicio de este Colegiado para que un órgano pueda ser considerado de naturaleza constitucional deben concurrir los siguientes elementos: (a) necesidad, lo que implica que el órgano de que se trate sea un elemento necesario del ordenamiento jurídico, al punto que su ausencia determinaría una paralización de las actividades estatales (aunque sea parcialmente) o produciría una ilegítima transformación de la estructura del Estado. Este elemento también implica que el órgano debe ser insustituible, en el sentido de que sus tareas solo pueden ser realizadas por este y no por otros órganos constitucionales.

Un segundo elemento es la (b) inmediatez, lo que significa que un órgano para ser constitucional debe recibir de la Constitución de manera inmediata y directa sus atribuciones fundamentales que lo hagan reconocible como un órgano que se engarza coordinadamente en la estructura estatal, bajo el sistema de frenos y contrapesos, propio de una concepción contemporánea del principio de división del poder (artículo 43, Constitución).

Un tercer elemento es su (c) posición de paridad e independencia respecto de otros órganos constitucionales. Esto quiere decir que un órgano constitucional para ser tal debe tener, por mandato constitucional, autonomía e independencia, de modo tal que no sea un órgano "autárquico" ni tampoco un órgano subordinado a los demás órganos constitucionales e inclusive a los poderes del Estado.

Siendo ello así, la cuestión de si la regulación por ley orgánica es un elemento para determinar si un órgano ostenta el carácter de constitucional debe ser respondida de manera negativa por una razón fundamental: no todo órgano que se regula por ley orgánica debe ser considerado constitucional, pero sí todo órgano constitucional debe ser necesariamente regulado por ley orgánica. Ello se desprende de la STC Exp. N° 00022-2004-AI/TC (f. j. 20).

(77) Esta caracterización sigue cercanamente la visión maximalista e ideal que elaboro hace algunas décadas Manuel García Pelayo pensando en el Tribunal Constitucional español. Véase, GARCÍA-PELAYO, Manuel. "El status del Tribunal Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Vol. I, Número 1, 1981, pp. 11-34.

1. Necesidad del organismo, de modo que sea insustituible en la estructura del Estado sin que su cometido pueda ser asumido por otro organismo. No basta que aparezca mencionada en la carta, sino que su tarea sea esencial e insustituible en la estructura del Estado(78).
2. Inmediatez constitucional de los aspectos fundamentales de sus atribuciones y funciones esenciales (estatuto funcional creado por la Constitución). Como afirmaba García Pelayo(79), en un recordado trabajo sobre uno de los principales órganos constitucionales autónomos, es característicos de estos organismos, que vengan configurados en su esquema fundamental por el legislador constituyente en aspectos, como su composición, designación de integrantes, estatus institucional, competencias básicas, entre otros.
3. Contar con una posición de paridad, igualdad e independencia reciproca respecto de otros órganos constitucionales, esto es, no están jerarquizados respecto de otros organismos del Estado por lo que cuentan con la máxima autoridad dentro del Estado en los temas de su competencia, es decir, no prevalecen unos a otros. No obstante, por la existencia del principio de unidad del Estado, deben mantener relación de coordinación con las demás organizaciones del Estado y, además, por función del mecanismos de control interórganos quedan sujetos a los instrumentos democráticos de control de sus actos en sede judicial y política(80).

No obstante que la categoría "organismos constitucionalmente autónomos" permite dar una caracterización común a las personas jurídicas creadas por el constituyente con grados de autonomía con respecto a los poderes tradicionales, no podemos dejar de advertir que al interior de ellas, es posible encontrar algunos matices importantes. A efecto de nuestro interés, conviene diferenciar entre los organismos autónomos con funciones originales diferenciadas de los poderes tradicionales, los organismos autónomos creados a partir de dar autonomía a tareas que antes estaban al interior de los poderes legislativo o jurisdiccional y aquellos que ejercen funciones originalmente administrativas pero que son "constitucionalizadas" por decisión del constituyente, a partir de un juicio de conveniencia.

(78) Por ende, no alcanza esta categoría el Banco de la Nación que es mencionado en el artículo XXX de la Constitución, pero sin instituirlo como autónomo constitucional.

(79) GARCÍA PELAYO, Manuel. "El Status del Tribunal Constitucional". En: Ob. cit.

(80) Como bien se afirma, debe destacarse que no obstante su grado de autonomía y su paridad de rango con los otros órganos del poder "las decisiones que sean tomadas por los órganos constitucionales autónomas no sean revisables o controlables, por ejemplo, por el Poder Judicial. Es decir, la autonomía o independencia que se les puede asegurar a dichos órganos no implica que puedan sustraerse del cumplimiento de los principios de legalidad a que se encuentran sujetas todas las autoridades del Estado" CIENFUEGOS SALGADO, David. *Los Órganos Autónomos en el Constitucionalismo Guerrerense*. Revisión y Propuesta, p. 481.

Tenemos los organismos constitucionalmente autónomos en sentido estricto, que están a cargo de funciones especiales del poder distintas desde su inicio a las tradicionales, por ejemplo, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional, etc.

Pero también están los organismos a cargo de funciones conexas a algunas de las tres tradicionales que vienen a ser funciones desgajadas de alguna de los tradicionales poderes del Estado (por ejemplo, Ministerio Público o Consejo de la Magistratura).

Finalmente, están también los organismos constitucionalmente autónomos que materialmente ejercen funciones originalmente administrativas que han sido separadas y luego constitucionalizadas(81), como sucede con la Contraloría General de la República a cargo del control financiero y administrativo de la gestión pública(82), el Banco Central de Reserva a cargo de la administración de las reservas del Estado(83), y la Superintendencia de Banca y Seguros(84), a cargo de la supervisión de los mercados financieros, bancarios y de seguros). A este rubro se refiere García Llovet(85) como los órganos con garantía constitucional de su existencia que en su origen fueron instituciones del poder constituido que el constituyente desea respaldar su existencia autónoma dotándole de un estatuto constitucional mínimo (funciones, autoridades, objetivos). Con propiedad no poseen la paridad de rango que habla la doctrina, dado que por ejemplo, sus decisiones finales son susceptibles de revisión por la forma y por el fondo por el Poder Judicial.

En esta medida, estos "organismos constitucionalmente autónomos" representan el grado máximo de descentralización funcional admisible dentro de cualquier Estado, por lo que le prodiga los mayores niveles de autonomía aceptable: autonomía organizativa, presupuestaria, normativa, técnica y funcional frente a los demás órganos constitucionales y del poder constituido.

Ciertamente el Derecho comparado latinoamericano nos muestra el interesante acrecentamiento de esta categoría a partir de constitucionalizar organismos que ejercen funciones materialmente administrativas, tales como:

(81) Aquí no comprendemos los casos de instituciones públicas referidas por la Constitución pero sin asumir carácter de organismo constitucionalizado (Ej. Banco de la Nación).

(82) Este organismo fue creado inicialmente como una dependencia del Ministerio de Hacienda mediante el D.S. de 26 de setiembre de 1929, luego recogido en la Ley N° 6784.

(83) El Banco Central de Reserva data de 1830 cuando era la Casa Nacional de la Moneda. Para ampliar información sobre la evolución y características de este organismo y su autonomía podemos recomendar leer a MONTEAGUDO VALDEZ, Manuel. *La independencia del Banco Central*. Universidad del Pacifico - IEP - BCRP, Lima, 2010.

(84) La Superintendencia fue creada el 23 de mayo de 1931 bajo la denominación de Superintendencia de Bancos. La finalidad era controlar y supervisar los bancos, empresas que en ese entonces conformaban un sistema financiero pequeño y habituado a la autorregulación.

(85) GARCÍA LLOVET, Enrique. Ob. cit., p. 91.

1. El Concejo Nacional de Planeación en Colombia[86].
2. El Consejo Nacional de Televisión en Chile[87], encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación.
3. Las Superintendencias en la Constitución de Ecuador[88], como organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control sobre diversas actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

V. Las preocupaciones que suscitan los organismos administrativos autónomos

Indudablemente atravesamos una época en que las administraciones independientes están en boga por diversos sectores. Su creación es incesante y aparecen por doquier como símbolo de modernidad. A pesar de ello, su aparición no está exenta de una serie de preocupaciones que nos permitimos resumir en cinco aspectos: el peligro que su creación espontánea, irreflexiva e inercial lleva a perder valor a la calidad de "autónomo" de una organización administrativa convirtiéndolo en un atributo más sin ninguna garantía efectiva que se cumpla o, peor aún, a cuya sombra se produzca la

(86) Artículo 340.- Habrá un Consejo Nacional de Planeación integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales. El Consejo tendrá carácter consultivo y servirá de foro para la discusión del Plan Nacional de Desarrollo.

Los miembros del Consejo Nacional serán designados por el Presidente de la República de listas que le presenten las autoridades y las organizaciones de las entidades y sectores a que se refiere el inciso anterior, quienes deberán estar o haber estado vinculados a dichas actividades. Su periodo será de ocho años y cada cuatro se renovará parcialmente en la forma que establezca la ley.

En las entidades territoriales habrá también consejos de planeación, según lo determine la ley.

El Consejo Nacional y los consejos territoriales de planeación constituyen el Sistema Nacional de Planeación.

(87) Artículo 19.- Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.

(88) Superintendencias

Artículo 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. Las superintendencias serán dirigidas y representadas por las superintendentas o superintendentes. La ley determinará los requisitos que deban cumplir quienes aspiren a dirigir estas entidades. Las superintendentas o los superintendentes serán nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana.

rechazada subordinación jerárquica a las instancias políticas. Por otro lado, tenemos que configurar un cuestionamiento importante, la carencia de una legitimidad democrática de origen a estas autoridades independientes al no tener base electoral directa. En esa misma línea, resulta controvertible que no cuenten con mecanismos de responsabilidad frente a autoridades con base democrática como es el Congreso, quien sigue considerando al ministro de adscripción como al responsable por la gestión del organismo autónomo. Prosiguiendo en esta línea de preocupaciones, podemos afirmar que la consagración de autonomías dentro del Poder Ejecutivo afecta la inmediatez, celeridad y oportunidad con que este Poder puede renovar y actualizar sus políticas publicas acorde con el interés publico que representa.

1. La creación inercial de autoridades independientes y el peligro de las independencias semánticas

El exceso de autonomías económicas y funcionales al interior del Poder Ejecutivo lleva a la desarticulación de políticas sectoriales, propicia un desfase en la asignación de prioridades entre los ministerios y estas autoridades autónomas y, en muchos casos, a la multiplicación de gastos y costos en las actividades internas (sistemas administrativos) entre el ministerio y las autoridades autónomas. La sola existencia de estas autoridades no solo implica incluir una burocracia adicional para aspectos técnicos propios del objeto de su actividad, sino la duplicidad de los costos y gastos por las áreas de apoyo, coordinación y meramente administrativa a su interior (ej. Áreas presupuestales, financieros, publicidad, relaciones publicas, personal). No obstante ello, se suceden con frecuencia la creación de más autoridades independientes por todos los sectores como un símbolo de modernidad y gerencia. Constantemente se oye mencionar en todos los sectores que debe reemplazarse alguna dependencia del ministerio por un nuevo regulador o una superintendencia, afirmando que por ese solo hecho la actividad gubernamental será más eficiente.

La suma de esta situación conduce a que haya un crecimiento inercial de las autoridades independientes, de modo que se torne **intrascendente**, superficial y trivial el atributo "autonomía" para esos órganos. Serán organismos autónomos en el papel, pero serán considerados y se considerarán ellos mismos como dependientes en la práctica. Así lo podemos constatar de las cada vez más entidades declaradas autónomas en lo financiero, presupuestal, normativo, administrativo, funcional, institucional, organizacional y similares, pero sin ninguna garantía en su organización, que ello se produzca realmente. Ello llevará a tener autoridades independientes de baja intensidad o semánticamente independientes, en las que pese a proclamarse normativamente grados de independencia importantes, los organismos no funcionen realmente independientes siendo capturadas por los gobiernos.

2. La carencia de legimitidad democrática y de mecanismos de responsabilidad de los organismos autónomos

Una segunda línea de preocupaciones de estas autoridades independientes radica en su ausencia de una base realmente legítima, en términos democrático-electorales en su configuración.

Su legitimidad será derivada (como muchas autoridades) de la génesis del Poder Ejecutivo elegido, pero se independizan prontamente de esa base de legitimación para quedar aislada de los controles democráticos tradicionales. Curiosamente aquí, parecería que la fuente de legitimidad fuera la elección de donde proviene el Poder Ejecutivo, pero precisamente el origen de los organismos autónomos apuntaba a revertir una situación inversa: la deslegitimación de las autoridades elegidas democráticamente por considerar que era mejor contar en ciertos sectores y tareas con unas autoridades tecnocráticas y políticamente esterilizadas. En cierta manera es correcto afirmar que todos los órganos autónomos –salvo los que han alcanzado nivel constitucional– carecen de bases de legitimidad democrática propia y, por ende, de mecanismos de rendición de cuentas a la representación parlamentaria(89). Como afirma cierta doctrina "la cuestión no es tanto que el Gobierno vea disminuido su nivel de responsabilidad ante las cámaras legislativas como que, de facto, estas entidades quedan exentas de todo control político ejercido por cualquiera de los titulares del poder democrático, Parlamento incluido"(90).

En nuestra opinión –coincidimos en ello con Vázquez Irizarry– la fuente de legitimidad de un órgano autónomo no puede vérsele a partir de su fuente mediata o inmediata en la base electoral. Ella la adquiere ciertamente de modo derivado cuando sus jerarcas son designados, pero fundamentalmente será una legitimidad de ejercicio que se adquiere y mantiene diariamente a través de su tecnicismo, independencia y transparencia con que adopten sus decisiones y guíen su actuar. La legitimidad será de origen técnico y se mantendrá en función de su prestigio ante la ciudadanía.

De este modo, también deberán ser entendidos sus mecanismos de responsabilidad –que no puede ser política a través del congreso– sino técnica y jurídica, a los cuales se debe someter mediante el control judicial, el control ciudadano sobre sus procesos y el control por otras autoridades autónomas (Ministerio Público, Contralorías Generales, Defensoría del Pueblo, etc.). La autonomía de un organismo de este tipo no significa que no tengan que dar cuenta de sus decisiones y de la manera en que desempeñan sus tareas. Por el contrario, deben responder a una intensa rendición de cuentas ante las instancias gubernamentales según los temas que sean de su competencia, pero

(89) VÁZQUEZ IRIZARRY, William. Ob. cit., p. 50 y ss.
(90) SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo I, Iustel, p. 732.

sobre todo a los ciudadanos a través de la información que deben brindar de manera permanente, en la atención a sus reclamos, pedidos y consultas.

3. La independencia afecta al Poder Ejecutivo en su posibilidad de renovar y actualizar políticas públicas

Otra cuestión clave para valorar la existencia de estas instituciones es reconocer que a mayor sea el grado de independencia, mayor será también la limitación a las posibilidades que el Poder Ejecutivo renueve y actualice las orientaciones de las políticas institucionales que involucren a la porción de interés publico confiado a la autoridad independiente. Surge así, una obstaculización a la pronta implementación de nuevas políticas públicas, particularmente en caso de cambios de gobiernos.

Evidentemente, el establecimiento de organismos autónomos constitucionales y de organismos autónomos por mandato legal acarrea –de modo consciente o inconsciente– incorporar instituciones contramayoritarias(91). El esquema de la Administración Pública que no responda al proceso político e incluso a los sentidos definidos por las mayorías electorales, carecen de legitimidad electoral y no dan cuenta de sus actos a los electores. No obstante, por el tecnicismo de sus decisiones implican un ejercicio de racionalización necesaria a las improntas de las mayorías, en ánimo de defender la razonabilidad del sistema y de la defensa de las decisiones conformes al orden legal y constitucional que los sustentan. Bien entendido, ese sentido contra mayoritario –desde la perspectiva de la ciencia política– aspira a limitar la tiranía de las mayorías episódicas en el ejecutivo.

No obstante un exceso de organismos autónomos, un mal diseño o su inclusión en aspectos inconvenientes, conduce a circunstancias evidentes de inequidad. Como ilustra la doctrina, siempre cabría "la posibilidad que al nombrar el cuerpo directivo por términos prologados (...), un primer Ejecutivo esté intencionalmente "congelando" durante dicho periodo una visión particular en detrimento de las que desee incorporar una nueva administración que prevalezca en las elecciones basadas en posturas ideológicas distintas"(92).

Esta preocupación surge porque muchas de las técnicas de protección de la autonomía tienden a afirmar la continuidad de políticas públicas más allá de los cambios de periodos de gobierno. La crítica más frontal a este punto la encontramos en Bandeira de Mello(93) para quien la garantía de inmovilidad de mandatos no debería extenderse más allá del periodo gubernamental. Afirma el mencionado autor que pensar en mantener las gestiones de

(91) ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Autonomías Constitucionales e Instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de las democracia constitucional". En: *Revista Ius et Praxis*. Año 13, N° 2, pp. 223 a 244.

(92) VÁZQUEZ IRIZARRY, William. Ob. cit., p. 51.

(93) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Ob. cit., p. 138.

los organismos independientes a pesar del cambio de gobierno nacional "(...) sería lo mismo que inmovilizar la libertad administrativa del futuro gobierno. Ahora, la temporalidad de los mandatos es de la esencia de la República, para que el pueblo, si lo desea, pueda elegir nuevos gobernantes con orientaciones políticas y administrativas diferentes a las del gobierno precedente".

Prosigue el autor brasileño hincando "si le fuese posible a un determinado gobernante otorgar mandatos a personas de su confianza, garantizándolos por un periodo que sobrepase la duración de su propio mandato, estaría extendiendo su influencia más allá de la época que le correspondía y obstando a que el nuevo presidente imprimiese, con la elección de nuevos dirigentes, la orientación política y administrativa que fue sufragada en las urnas. En última instancia, sería un fraude contra el propio pueblo". Finaliza su afirmación indicando que "obsérvese a que absurdos conduciría una interpretación distinta de la que ahora se presenta como correcta: para prolongar la orientación que quisiese imprimir a la Administración Pública, inhibiendo la llegada de nuevas directrices propias de los que ascendiesen en las elecciones sucesivas, le bastaría al grupo en el poder transformar a los principales sectores administrativos en entidades comandadas por dirigentes con mandatos que sobrepasen el propio periodo. Con esto, incluso derrotados en el pleito electoral, continuarían conduciendo el Estado según los criterios rechazados por los electores y obstaculizando la actuación de quien los sucediese, en antítesis absoluta con la idea de democracia y de República".

4. El énfasis en la autonomización respecto del Poder Ejecutivo brinda ocasión para que se permita la captura del organismo por grupos de interés

Circunstancia especial es la debilidad institucional creada por un énfasis radical puesto en aislar al organismo autónomo de las instancias políticas del Poder Ejecutivo. Nos referimos a que, desvinculados y fuera del alcance de los niveles de adscripción, las entidades independientes son objeto anhelable para determinados grupos de interés de la sociedad, como son los gremios profesionales o comerciales y los propios agentes económicos objeto de la intervención de los organismos autónomos. De esta manera, el organismo ya no representaría una porción del interés público, sino puede ser capturado por un interés privado del grupo que accede a su institución.

Por ello, debe recordarse que la creación de los organismos autónomos busca asegurar **un ejercicio neutral –respecto de la propia administración y de los propios grupos de interés sobre los que actúan– de las funciones asignadas a la organización independiente** de modo que no solo estén distanciados de las decisiones políticas caracterizadas por la inmediatez y se funden más en un respaldo técnico-científico, pero también alejadas de quienes tienen conflictos de interés con su acción de interés publico. En ese

sentido, la regulación de la institución debe atender a que su autonomía no solo sea frente al Poder Ejecutivo y su acción política, sino también respecto a los agentes económicos privados con intereses con competencia con la acción pública que ellos representan.

Conclusiones

1. Indudablemente, nuestra época está marcada por el incremento de la tendencia a dotar de garantías de independencia a los organismos públicos descentralizados al interior del Poder Ejecutivo como una forma organizacional destinada a buscar mejores niveles de tecnicismo, neutralizar la acción política, estabilidad institucional y aplicación de políticas públicas previsibles y de largo plazo. Es una forma en que nuestro Estado intenta reconstruir su legitimidad y credibilidad a partir de diseños que permitan –tanto en el plano interno como en el externo– generar confianza en el tecnicismo de sus decisiones.
2. El proceso de autonomización implica el diseño de organizaciones nuevas pero sin mantener un patrón común. Por el contrario, existe un crecimiento anárquico de estas instituciones en cuya conformación se emplean de modo disímil determinadas garantías o técnicas funcionales, estatutarias, financieras y de ubicación en la organización estatal.
3. En el Perú es posible identificar por el grado de autonomía que el diseño les acuerda, una cierta escala de autonomía en los organismos administrativos independientes que de menor a mayor independencia, son los organismos públicos ejecutores con un nivel episódico o semántico por la condición de confianza de su titular y la sujeción a las políticas del sector), los organismos administrativos independientes (organismos reguladores de servicios públicos y organismos técnicos especializados) aunque sujetos a ciertos vaivenes políticos y, finalmente, el legislador constituyente ha considerado oportuno dotarle del mayor grado de autonomía posible a tres organismos de funciones materialmente administrativas como son el Banco Central de Reserva, la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.
4. La aparición de organismos públicos autónomos en el seno despiertan un conjunto de preocupaciones que deben hacernos reflexionar sobre la necesidad y conveniencia de crear estas entidades de modo exorbitado, así como tener cautela en sus diseños. Las más importantes preocupaciones son que su creación inercial hace que aparezcan autoridades con independencia meramente semántica, la ausencia de mecanismos de responsabilidad pública, la afectación a la posibilidad y necesidad del Poder Ejecutivo de renovar y actualizar determinadas políticas públicas "congeladas" por organismos autónomos, y la posibilidad de captura de estos

organismos por grupos de interés privados o corporativos que llenen el espacio de poder impedido al Poder Ejecutivo.

Bibliografía

ACKERMAN, John M. "Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina". En: *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*. Coordinado por J. Carpizo y C. Arriaga, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nº 523, UNAM, México, 2010; ALESSANDRO, Martín y GILIO, Andrés. "Cuando el origen importa: presidentes y congresos en la creación de organismos descentralizados en la Argentina (1983-2009)". En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Nº 48, Caracas, octubre de 2010; BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1994; CABALLERO OCHOA, José Luis. "Los órganos constitucionales autónomos: Más allá de la división de poderes". Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Nº 30, México, 2000; CABALLERO ORTIZ, Jesús. *Los institutos autónomos*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo Editorial Jurídica Venezolana. 3ª edición ampliada y actualizada, Caracas, 1995; CANDA, Fabián. "Los órganos extrapoderes". Colectivo Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Ediciones RAP, 2005; CARBONELL, Miguel. "Los órganos constitucionales autónomos en la Constitución mexicana". En: LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y VOCOS CONESA, Juan Martín (coordinadores). *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Justificación de los órganos constitucionales autónomos*. Derecho y Cultura. México, Nº 2, invierno de 2000-2001: FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel. "Las Administraciones Independientes de Regulación y Supervisión en España". En: *Revista Vniversitas*. N° 109, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2005; FERNÁNDEZ ROJAS. Gabriel. "Las autoridades administrativas independientes en Francia". En: *Revista Vniversitas*. N° 107, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2004; FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel. "La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América". En: *Revista Vniversitas*. Nº 106, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2003; GIL RENDÓN, Raymundo. "¿Qué son los órganos constitucionales autónomos?". En: *Derecho y Cultura*. Nº 2, México, invierno de 2000-2001; RODRÍGUEZ MANRIQUE, Carlos. "El modelo de agencias públicas. Reinventando las entidades y empresas del Estado peruano". En: *Ius et Veritas*. Año XVI, N° 33; ROSE-ACKERMAN, Susan. "El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el Poder Ejecutivo y el Estado contractual". En: *Revista CLAD Reforma y Democracia*. N° 43, Caracas,

febrero de 2009; SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de poder". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, 2007; GARCÍA LLOVET, Enrique. "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho". En: *Revista de Administración Pública*. N° 131, mayo-agosto, 1993; MELO SALCEDO, Ileana Marlitt. "Los Órganos Autónomos e Independientes". En: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista5>: MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Ministerio de Administraciones Públicas, 2000; PAREJO ALFONSO, Luciano. "Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado: conferencia Cuestiones actuales del derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial". Coordinado por Marina Serrano González, Mariano Bacigalupo Saggese, 2010; PAVANI, Giorgia. "Las Autoridades Administrativas Independientes en Italia". En: *Derecho Administrativo*. Revista Jurídica *on-line* de la Universidad Externado de Colombia, Colombia, N° 1, 2001; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalia. *Los Órganos Constitucionales Autónomos en México*; PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Cuestiones federales que plantea la presencia de los "organismos" independientes en la Constitución*; POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. "Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes". En: *Revista de Administración Pública*. N° 132, setiembre-diciembre 1993; ALA ARQUER, José Manuel. "El Estado neutral: Contribución al estudio de las administraciones independientes". En: *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo* (coordinado por Manuel Aragón Reyes), 1985; SALVADOR MARTÍNEZ, María. *Autoridades Independientes: Un análisis comparado de los Estados Unidos, El Reino Unido, Alemania, Francia Y España*. Ariel, 2002; REIRIZ, María Graciela. "Autoridades administrativas independientes para la regulación y el control de los servicios públicos". En: *Servicio Público y Policía*. Juan Carlos Cassagne (director), Universitas, Buenos Aires, 2006; VÁZQUEZ IRIZARRY, William. "La era de los órganos autónomos". Colectivo Poder Ejecutivo, SELA 2006, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional Política, Buenos Aires, 2007; ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Autonomías Constitucionales e Instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de las democracia constitucional". En: *Revista Ius et Praxis*. Año 13, N° 2.

CAPÍTULO X

El nepotismo municipal como causal de vacancia: Interesantes aportes del JNE

El nepotismo municipal como causal de vacancia: Interesantes aportes del JNE(*)

Todas las personas de actuación pública, y los funcionarios lo son, tienen tres intereses o fines diferentes; los personales, los del partido y los de la Entidad a la cual sirven. En este contexto, siempre "(...) existe el peligro de que los políticos los mezclen y confundan, lo que beneficie a ellos privadamente, o a su partido, con lo que beneficia a la colectividad o al Estado en general. La deontología del político exige que tengan bien claros los tres fines. Los tres son legítimos, pero lo son mientras no se mezclen; es decir, una persona, un político no puede tomar determinadas decisiones que le benefician a él personalmente, o a su partido, con el pretexto de que beneficien a la colectividad. Lo importante es que se distingan esos fines, que el político sepa diferenciar la actividad con unos fines o con otros. Y si uno no es capaz de distinguir entre los diversos fines, no debe ofrecerse para la actividad pública, pues es obvio que esa persona ni puede ocupar un lugar público, ni tampoco lo puede hacer una persona fanatizada y obsesionada con su propio partido, de tal manera que realmente sea incapaz de ver que la sociedad es un todo" (SAVATER, Fernando. *Ética, política, ciudadanía*).

I. Introducción

La proclividad a proteger a nuestros parientes es una actitud plausible en cualquier persona. Casi podríamos decir, que constituye un valor positivo e instintivo propio de los seres humanos. ¿Cómo podríamos calificar a alguien que puesto ante la situación de elegir opta por aquella alternativa que desprotege más a su padre, madre o hijos? ¿O que le perpetúa en una condición desventajosa, por ejemplo, de desempleo? Si bien, en términos generales esta conducta instintiva resulta plausible, cuando se exacerba y exagera, por defecto surge la exclusión hacia todos aquellos que no forman parte de la relación familiar, impidiendo la conformación de instituciones privadas que se basan en la confianza (Ej. sociedades y empresas) y públicas (gobiernos legítimos).

Cuando esa misma situación, la trasladamos a quienes elegimos para desempeñar tareas públicas, les exigimos determinadas virtudes republicanas que le permitan sobreponerse a aquella actitud innata y adoptar decisiones

(*) Ponencia preparada para el I Congreso Nacional de Derecho Municipal "Descentralización y Gobernabilidad" (Arequipa, los días 24, 25 y 26 de junio de 2010).

apegadas al interés general, y por ende, razonables y objetivas en función de la selección del personal por mérito y no por la mera confianza basada en la lealtad familiar. Es exigible a las autoridades públicas ser ejemplares al asignar los puestos de trabajo o los contratos, de modo que estos correspondan a quienes demuestren aptitud y capacidad para cada labor.

La colectividad nacional es muy sensible cuando descubren casos de nepotismo, amiguismo o copamiento partidario en los cargos estatales. Cualquier favorecimiento indebido que permite el ingreso o el mantenimiento en el servicio de parientes, amigos, o militantes partidarios genera un reproche instantáneo que deslegitima la autoridad nepótica, por entender que desconoce el elemental derecho a la igualdad que poseemos todos los integrantes de la colectividad, para dar prioridad a relaciones personales, familiares o partidarias.

A despecho de ello, solo se ha dado tratamiento normativo a la figura del nepotismo a través de la Ley N° 26771 (en adelante, la Ley) y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM (en adelante, el Reglamento), mientras que los favorecimientos partidarios o amicales no han sido abordados aún. Pareciera que hubiere un pacto no escrito para tolerar que todo gobierno que accede al poder –en cualquiera de sus niveles– tuviere derecho a copar con sus militantes o amigos el aparato gubernamental e incluso para asignar a ellos los cargos de confianza teniendo como única exigencia ser amigo o pertenecer a la misma membresía partidaria. O dicho de otro lado, que los contribuyentes tengamos que financiar no solo a la autoridad elegida sino a sus militantes, amigos, seguidores y advenedizos. La carrera pública –no obstante la prédica de diversas autoridades– sigue siendo un objetivo de larguísimo plazo.

Esta situación es posible de encontrar en cualquiera de los tres niveles de gobierno. Sin embargo, el nivel municipal es el más proclive a estas prácticas por un sinnúmero de razones. Ahí tenemos, la estructura legalmente adoptada que impide un suficiente control interno a cargo de los grupos de oposición en el Concejo Municipal, la escasa institucionalidad de la carrera pública que permite vaciar gran parte de los cargos cuando se realizan los cambios electorales, y la proximidad familiar y vecinal a la estructura municipal que hacen difícil dilucidar ambos escenarios.

Pero también, a nivel municipal ha sido un lugar particular en el que se ha diseñado un recurrido e interesante mecanismo de comprobación y sanción del nepotismo incurrido por alcaldes y regidores, absolutamente distinto al previsto para los Gobiernos Central y Regional. En aquel nivel, la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 (arts. 2 y 23) a partir del 28 de mayo de 2003[1] ha incluido la posibilidad de que cualquier ciudadano denuncie directamente el

(1) Ley N° 27972.- Ley Orgánica de Municipalidades
Artículo 22.- Vacancia del cargo de Alcalde o Regidor
El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, en los siguientes casos:
8) Nepotismo, conforme a ley de la materia.

acto nepótico y que con ello provoque necesariamente un procedimiento formal con plazo perentorio destinado a su identificación y sanción, que permite en principio al propio Concejo Municipal resolver el caso también dentro de un plazo fijo y luego, su decisión es susceptible de revisión ante una autoridad segregada de la propia entidad municipal (Jurado Nacional de Elecciones) para resolver de manera definitiva dentro de un plazo también perentorio sobre la existencia o no del nepotismo y una vez confirmado declarar la sanción aplicable (vacancia del cargo), que resulta irrevisable.

Nada de eso sucede en el nivel de Gobierno Central, en el que no existe una vía eficiente para monitorear, resolver y sancionar esta ilicitud.

Dentro de este contexto, el presente ensayo tiene por objetivo analizar la experiencia en el combate contra el nepotismo municipal que libra el Jurado Nacional de Elecciones en los últimos años y a partir de ello, identificar algunos criterios casuísticos que resultan de interés para poder interpretar los alcances de la Ley y su reglamento[2][3].

II. El fundamento para reprochar el nepotismo: ser un conflicto de interés en el que se desvía el poder público a favor de parientes desconociendo el derecho ciudadano de acceso igualitario a la función pública

Para Transparencia Internacional, el nepotismo constituye "una forma particular de conflicto de intereses", que se aplica estrictamente a "una situación

Artículo 23.- Procedimiento de Declaración de Vacancia del cargo de Alcalde o Regidor

La vacancia del cargo de alcalde o regidor es declarada por el correspondiente concejo municipal, en sesión extraordinaria, con el voto aprobatorio de dos tercios del número legal de sus miembros, previa notificación al afectado para que ejerza su derecho de defensa.

El acuerdo de concejo que declara o rechaza la vacancia es susceptible de recurso de reconsideración, a solicitud de parte, dentro del plazo de 15 (quince) días hábiles perentorios ante el respectivo concejo municipal.

El acuerdo que resuelve el recurso de reconsideración es susceptible de apelación. El recurso de apelación se interpone, a solicitud de parte, ante el concejo municipal que resolvió el recurso de reconsideración dentro de los 15 (quince) días hábiles siguientes, el cual elevará los actuados en el término de 3 (tres) días hábiles al Jurado Nacional de Elecciones, que resolverá en un plazo máximo de 30 (treinta) días hábiles, bajo responsabilidad.

La resolución del Jurado Nacional de Elecciones es definitiva y no revisable en otra vía.

Cualquier vecino puede solicitar la vacancia del cargo de un miembro del concejo ante el concejo municipal o ante el Jurado Nacional de Elecciones; su pedido debe estar fundamentado y debidamente sustentado, con la prueba que corresponda, según la causal. El concejo se pronuncia en sesión extraordinaria en un plazo no mayor de 30 (treinta) días hábiles después de presentada la solicitud y luego de notificarse al afectado para que ejerza su derecho de defensa.

En caso de que la solicitud sea presentada al Jurado Nacional de Elecciones, él correrá traslado al concejo municipal respectivo para que proceda conforme a este artículo.

(2) Una primera aproximación dogmática a la figura del nepotismo, la realizamos en nuestro artículo: "Nepotismo, La visión patrimonialista del Estado", publicado en la Revista *Advocatus*, N° 10, julio 2004.

(3) Para la formulación del presente ensayo se han seleccionado y analizado 47 (cuarenta y siete) casos resueltos definitivamente por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones respecto de pedidos de vacancia de alcaldes y regidores basadas en la causal específica de nepotismo: 2010 (3), 2009 (19), 2008 (4), 2007 (3), 2006 (6), 2005 (8), 2004 (4).

en la cual una persona usa su poder público con el fin de obtener un favor, con frecuencia un trabajo, para un miembro de su familia"[4].

Conforme a esta definición, en la base del nepotismo existe un conflicto de interés surgido cuando, la persona que desempeña funciones en cualquier organización administrativa, es influenciada por consideraciones personales al momento de adoptar una decisión en el ingreso de personal. Por esta naturaleza de conflicto de interés calificado, es que la normativa dictada para proscribir el nepotismo constituye una especificidad dentro de otras normas generales que ya lo comprenden. Así sucede, por ejemplo, con la prohibición ética de mantener interés en conflicto contenida en el Código de Ética de la Función Pública (Ley N° 27815)[5] y con el deber de abstención que tienen las autoridades en estos casos (Ley N° 27444, artículo 88)[6]. En verdad estas normas ya contienen dentro de su universo de posibles aplicaciones, la contenida por la regulación específica del nepotismo, de la cual es solo una particularidad, al igual que el amiguismo, el clientelismo político, el copamiento partidario y otras más. De ahí, que deba tenerse cuidado al interpretar las normas sobre nepotismo, puesto que los supuestos aparentemente no contemplados expresamente dentro de ella (por ejemplo, la contratación de familiares del cónyuge o la relación concubinaria) sí caben perfectamente dentro de las normas prohibitivas más generales.

Ahora bien, la definición antes anotada –correcta en esencia– pone énfasis en el surgimiento de la relación funcional (acceso al servicio público) y además, lo vincula exclusivamente a la obtención de un trabajo (relación de subordinación laboral), sin considerar otras variantes de prestación de servicios que también suelen emplearse en nuestro país. Por ello, es necesario hacer las adaptaciones respectivas para fijar el universo de aplicación de esta figura.

Por ello, en nuestro entender ya no es posible hablar de nepotismo únicamente en relación con el ingreso al servicio público, sino también, cuando

(4) TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Libro de Consulta (Source BooK), p. 296.

(5) "Artículos 8.- Prohibiciones éticas del la Función Pública

El servidor público está prohibido de:

1. Mantener intereses de conflicto.-

Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo".

(6) Artículo 88.- Causales de abstención

La autoridad que tenga facultad resolutiva o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución, debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida, en los siguientes casos:

1. Si es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los administrados o con sus representantes, mandatarios, con los administradores de sus empresas, o con quienes les presten servicios.

3. Si personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otra semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquel.

exista toda aquella situación de prestación de servicios, en la que se advierta un quebrantamiento del deber de objetividad, en razón a parentesco. En nuestra opinión, sostenemos que, el acto nepótico debería comprender toda falta de la autoridad, funcionario o servidor público, consistente en usar su posición pública para provocar, defender, participar, inducir, o concretar el contrato, el nombramiento, la clasificación, la reclasificación, la evaluación, el ascenso, la transferencia, favoreciendo a un familiar. Esta extensión resulta adecuada para comprender también los casos en que si bien el familiar ingresa sin injerencia del pariente con autoridad, surgen con posterioridad a su ingreso favorecimientos basados en la sola preferencia familiar.

Como se puede apreciar, por sí mismo el régimen del nepotismo no proscribe la existencia de familiares dentro de una misma organización pública o de un sector de ella, sino que el origen del ingreso del pariente se deba a influencia o decisión del pariente con autoridad administrativa preexistente. No se sanciona un estado de cosas ni se establece una incompatibilidad por razón del parentesco para prestar servicio a alguna entidad(7), sino solo una oposición entre lo que dispone el interés público y el interés personal del funcionario, al momento de seleccionar, designar, evaluar, o ascender personal para su entidad pública.

Otro de los elementos que la definición acoge es que la autoridad nepótica "usa su poder público con el fin de obtener un favor", lo cual resalta indudablemente en la situación de desvío del poder público que significa el nepotismo para la autoridad nominadora. Esto es, un ilícito invalidante de toda acción administrativa, por medio del cual se utiliza la función administrativa para fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico. En este caso, el vicio queda tipificado cuando un acto aparentemente válido en su forma y contenido (contratación, designación, nombramiento, etc.), persigue sin embargo el objetivo torcido y desviado, de privilegiar al pariente como única explicación.

(7) Encontramos una forma distinta de abordar este tema, en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece una incompatibilidad en razón del parentesco entre diversas funciones:

Artículo 198.- Incompatibilidad por razón del parentesco

Hay incompatibilidad por razón del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por matrimonio:

1. Entre Vocales de la Corte Suprema, entre estos y los Vocales Superiores y Jueces de los Distritos Judiciales de la República; así como, con los Secretarios y Relatores de Sala de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de la República y con los Secretarios de Juzgados de los Distritos Judiciales de la República.
2. En el mismo Distrito Judicial entre Vocales Superiores y entre estos y los Jueces, Secretarios y Relatores de Sala y Secretarios de Juzgado; entre Jueces y entre estos y los Secretarios y Relatores de Sala y Secretarios de Juzgado; y, los Secretarios y Relatores de Sala y Secretarios de Juzgado entre sí.
3. Entre el personal administrativo y entre estos y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo Distrito Judicial.

Como sabemos, el desvío del poder juridifica criterios de moralidad administrativa como manera de limitar la discrecionalidad propia de la Administración Pública. En este sentido, la construcción de la teoría del desvío del poder es, por definición, un límite a la acción discrecional, de suerte que impide que en la práctica la decisión de la autoridad, pueda dirigirse a la consecución de un fin de interés privado u otro fin público extraño al previsto por el legislador al asignarle la competencia de nombrar personal.

Cuando la autoridad cede a la tentación del lazo familiar y designa o nombra a un pariente para el desempeño de una función pública, indudablemente, está desviando el poder de nominación o selección que se le ha conferido, con el objetivo de obtener el beneficio o rédito para una persona vinculada.

¿Pero de qué forma afecta el nepotismo a la colectividad? ¿Solo se trata de una noción moral de rechazo por la práctica o hay alguna trasgresión jurídica? En nuestra opinión, la acción nepótica también desconoce directamente el derecho que tienen todos los ciudadanos para tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país[8].

Por su consagración, este derecho contiene la facultad común a todo ciudadano –incluso a las minorías políticas– de tener un acceso abierto a la posibilidad de ejercer tareas públicas siempre que cumpla los requisitos exigidos por la ley, quedando suprimidas las discriminaciones por razón de la religión, ideología, sexo, legitimidad del nacimiento, familiaridad, y cualquier otra preeminencia no justificadas de algunas personas para desempeñar funciones públicas.

En lo que nos corresponde, si bien el derecho a la igualdad es perfectamente compatible con que la ley señale de modo objetivo los requisitos y las condiciones necesarias para ingresar a los cargos y funciones públicas en función de méritos y calidades de los aspirantes, sí se opone directamente a crear mediante norma, pacto colectivo o decisiones unilaterales aventajando a parientes o amigos, por ejemplo.

(8) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 25.-

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 23.- Derechos políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Como resulta obvio, cuando un funcionario comete el acto nepótico, está afectando el derecho de acceso igualitario al servicio público de todos aquellos ciudadanos de cualquier opinión política, ideología, sexo, origen y condición social con las aptitudes y los requisitos necesarios para aspirar a esta función pública.

III. Las autoridades pasibles de incurrir en nepotismo dentro del ámbito del Jurado Nacional de Elecciones

En el régimen legal común, resultan pasibles de incurrir en actos de nepotismo, independientemente del régimen laboral o contractual que les vinculen a las entidades, las siguientes autoridades:

1. Los funcionarios de dirección[9] y/o personal de confianza[10] del Sector Público nacional que –por norma expresa o regulación interna– gozan de facultad de nombramiento y de contratación.
2. Los funcionarios de dirección y/o personal de confianza del Sector Público que por su ubicación organizacional o funcional tengan injerencia directa en los procesos de selección.
3. Los funcionarios de dirección y/o confianza que tengan injerencia indirecta en los procesos de selección.

Tales funcionarios quedan sujetos al régimen laboral que les es propio en caso de incurrir en nepotismo para las respectivas investigaciones y sanciones. Pero en el caso de los alcaldes y regidores de los gobiernos locales existe una vía específica para su procesamiento y sanción.

Dado el alcance funcional del Jurado Nacional de Elecciones, su control sobre el nepotismo en el ámbito municipal comprende únicamente a los alcaldes y regidores. No comprende a otros funcionarios de dirección del propio gobierno local (Ej. gerente municipal), ni al personal de confianza (Ej. asesores del despacho de alcaldía), quienes siguen regulados bajo el régimen común del régimen laboral o contractual aplicable. Obviamente, tampoco alcanza a las autoridades electas de nivel regional (Ej. presidente regional) o nacional (Ej. congresistas, presidente y vicepresidentes) aunque su nominación proviene de elecciones populares.

(9) Aquellos que ejercen la representación general del Estado o la entidad frente a los trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control, o de cuya actividad o grado de responsabilidad dependa el resultado de la actividad empresarial.

(10) Aquellos que en cualquiera de las entidades aludidas laboran en contacto personal y directo con el empleado o con el personal de dirección, teniendo acceso a los secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado, incluyendo a aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones institucionales.

Esta distinción resulta determinada por el hecho de que el nepotismo ha sido calificado, además de una falta administrativa, como una causal de vacancia para los cargos de regidores y alcaldes, siendo que esta consecuencia solo resulta aplicable a tales cargos de naturaleza electoral.

IV. Las conductas constitutivas del nepotismo

El régimen legal peruano califica como elementos materiales o actividades constitutivas del nepotismo **ejercer la facultad de nombrar o contratar** respecto de parientes, **influenciar de manera directa** en el proceso de selección, nombramiento o nominación de sus parientes e influenciar de manera indirecta o por interpósita persona en las mismas acciones administrativas.

Por ello, el nepotismo se constituye cuanto el familiar que tiene capacidad nominadora en la entidad incurre en alguna de las tres conductas antes descritas produciendo un vínculo con su pariente.

En este sentido, si algún pariente ingresa a una entidad pública sin mediar –en absoluto– la participación de su familiar (por ejemplo, si fuera por un concurso público o por un proceso de selección externalizado) no estaría configurado el acto impedido legalmente. En ese mismo orden de ideas, tampoco se produce nepotismo si un alcalde o regidor contrae matrimonio con otra persona que ya está al servicio de la entidad(11), ni cuando se ingresa como alcalde electo a una municipalidad en la que presta servicios un familiar directo(12).

A continuación, veamos cada una de las formas de incurrir en la conducta nepótica:

1. Ejercer facultad de nombrar, contratar o designar a un pariente

En este caso se trata de una prohibición directa al alcalde para que cuando ejerza la facultad de nombrar, contratar o designar personal no la aplique a favor de sus familiares. Pensamos, en principio, que en esta situación solo puede encontrarse el alcalde, por tener a su cargo las tareas administrativas de la entidad. Sin embargo, podemos tener casos excepcionales, en que un regidor también incurra en esta acción, por ejemplo, si siendo alcalde encargado suscribe el contrato o realiza la designación en un cargo de confianza de algún pariente, o si conformando algún comité temático (Ej. Comité

(11) Tercera disposición complementaria y final del Reglamento.

(12) A este supuesto se refiere, el artículo 2 *in fine* del Reglamento, que indica que no configura acto de nepotismo la renovación de contratos de servicios no personales preexistentes (se entiende a la asunción del cargo del funcionario de confianza o de dirección), realizados conforme a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

de vaso de leche) relacionado con el objeto del servicio o contrato propone la contratación de su pariente.

El rasgo esencial en esta hipótesis es un comportamiento activo y decisorio de la autoridad para hacer surgir un vínculo jurídico entre la municipalidad y su pariente. Por ende, no califica como acto nepótico si el alcalde no establece un nuevo vínculo laboral o contractual con su familiar sino que ratifica una relación contractual preexistente a su elección en la misma municipalidad, siempre que su pariente ya tenga la calidad de nombrado o tenga una continuidad en la labor municipal:

> "Que, según lo manifestado en el cuarto considerando de la presente resolución, ha quedado acreditado que la señora Virma Norca Ascencios Ortega se desempeñó como Subgerente de Logística y Control Patrimonial de la Municipalidad Distrital de Carabayllo desde el mes de julio del año 2006, es decir, desde antes que el señor Ortega Salas ocupara el cargo de regidor de dicho Concejo Municipal, razón por la que el acto emitido con la Resolución de Alcaldía N° 012-2007-A/MDC del 4 de enero de 2007, en un nuevo periodo de gobierno municipal en el que ya el señor Ortega Salas ocupa el mencionado cargo, no constituye una nueva designación de Ascencios Ortega, más aún si tratándose del mismo cargo de confianza a ocupar lo que correspondía era en efecto una ratificación; en este mismo sentido debe entenderse la designación de la referida ciudadana en el cargo de confianza de Subgerente del Programa del Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Carabayllo, en tanto hay de por medio una secuencia originada en un periodo de gobierno municipal diferente; actos todos estos en los que por lo tanto no queda acreditado que las designaciones y ratificaciones de la señora Ascencios Ortega como funcionaria de la Municipalidad de Carabayllo se produjeran como consecuencia de injerencia directa o indirecta del señor Jorge Luis Ortega Salas, al verificarse una continuidad en el desempeño de funciones, de modo que no puede acogerse el recurso planteado por el señor Campos Sánchez"[13].

En análogo sentido, tenemos un pronunciamiento emitido en un caso muy similar al anterior:

> "El Jurado Nacional de Elecciones en anteriores casos se ha pronunciado respecto al hecho de que una autoridad municipal ratifique en el cargo a un funcionario con el cual mantiene un vínculo de parentesco. En dichas oportunidades, el Jurado ha señalado que esos hechos no configuran la causal de nepotismo, toda vez que lo que se está realizando es un acto de ratificación y no de designación de un funcionario que ya se encontraba laborando con anterioridad. Así, pues, es posible afirmar sobre la base

(13) R. N° 216-2007-JNE (caso Municipalidad Distrital de Carabayllo).

de los documentos que están a la vista que el Sub Gerente de Servicios Municipales, don Oscar Ricardo Vargas Vargas, tenía la condición de nombrado antes que don Renso Milthon Florencio Quiroz Vargas inicie sus funciones. Así se desprende, entre otros, de los documentos de transferencia 2003-2006 (fojas 870 a 876) que recibió el alcalde al momento de tomar posesión del cargo"[14].

Esta circunstancia excepcional no admite ser calificada como nepotismo en la medida que la actuación decisoria municipal no hace surgir un vínculo nuevo a favor del familiar sino que formaliza algo ya preexistente a su propia gestión en la municipalidad. Situación distinta será evidentemente –y por ende reprochable– si el familiar solo hubiera servido antes en la municipalidad de manera discontinua o intermitente y con la ocasión de advenimiento de su pariente al cargo de alcalde se le genera un nuevo vínculo prestacional[15], se le nombrara o designara en un cargo de confianza.

2. Ejercer injerencia directa en el proceso de selección, designación, nombramiento o contratación de un pariente

El segundo supuesto contemplado es el de la denominada "injerencia directa" en el proceso de selección, contratación, designación o nombramiento del familiar. Con este término se comprende a la acción y efecto de injerir, influenciar, meterse o entrometerse en un asunto ajeno, en este caso, en la contratación o designación del familiar.

Comprende cualquier acción que influencie en la contratación del familiar sin decidirla directamente, porque la competencia de nombrar, contratar o designar es ejercida por otro funcionario distinto al alcalde o al regidor. Con la finalidad de inducir a la mejor comprensión de la prohibición, el artículo 2 del Reglamento, incluye una presunción *juris tantum*, en el sentido que se considera a priori la injerencia directa, cuando el nombramiento, contratación o designación es realizada por algún funcionario de dirección o confianza que ocupa un cargo inferior organizacionalmente al alcalde o de regidor. Aquí, se asume que siendo las relaciones jerárquicas verticales en las entidades, la regla general será asumir que hay injerencia implícita del superior respecto a la autoridad nominadora.

En el caso de un gobierno local, si bien –de ordinario– la responsabilidad de contratar o nombrar trabajadores o locadores de servicios recae en funcionarios distintos del alcalde, este por su ubicación de máxima autoridad administrativa, tiene una aptitud idónea para tener injerencia directa sobre todos los funcionarios subordinados encargados del proceso de contratación,

(14) R. N° 456-2009-JNE (caso Municipalidad Distrital de Samegua).

(15) R. N° 394-2009-JNE (caso Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchita) y N° 194-2007-JNE (caso Municipalidad Provincial de Bongora).

designación, o nombramiento (director municipal, jefe de personal, Director de Administración y Finanzas, jefe de personal o de logística)[16].

Por su parte, la situación de los regidores dentro de la organización edil reviste otro análisis distinto, por cuanto son autoridades no ejecutivas, dedicadas a tareas de deliberación política, representatividad y de fiscalización de la gestión. ¿Pueden en esa condición ejercer injerencia directa sobre la administración para contratar a sus familiares?

A nuestro entender, la situación ha sido entendida y precisada correctamente por el JNE en el sentido de que los regidores sí son pasibles de incurrir en nepotismo, en la modalidad de injerencia directa:

> "10. (...) Tratándose de regidores, no es necesaria la demostración de que estos hayan efectuado la contratación, designación o nombramiento, es decir, la suscripción de los respectivos contratos y actos administrativos de nombramiento o designación, por cuanto es la propia Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, LOM) la que, en su artículo 11, les prohíbe la realización de cualquier acto administrativo o ejecutivo. Así, el nepotismo para el caso de los regidores se ha de demostrar a través de la injerencia que estos pueden haber ejercido sobre los funcionarios encargados de realizar las contrataciones o incluso sobre quien se ubica jerárquicamente por encima de ellas.
>
> 11. El artículo 1 de la Ley N° 26771 es meridianamente claro en señalar que el nepotismo puede ser cometido por la directa contratación, designación o nombramiento del pariente o por medio de la injerencia que un funcionario ha de ejercer sobre aquel otro que tenga la posibilidad de contratar, designar o nombrar, supuesto este último aplicable a los regidores"[17].

En concreto, suelen plantearse en defensa de los regidores dos planteamientos que no son estructuralmente funcionarios públicos (condición exigida por el artículo 1 de la Ley para ser actores del nepotismo)[18] y, por el otro, que no pueden tener injerencia en la gestión edil por cuanto el artículo 11 de

(16) R. N° 410-2009-JNE de 17 de junio de 2009 (caso Municipalidad Distrital de Pachia).

(17) R. N° 137-2010-JNE de 3 marzo de 2010. Ver también la Resolución N° 419-2005-JNE de 27 de diciembre de 2005 y la R. N° 682-2009-JNE de 13 de octubre de 2009 (caso Municipalidad Distrital de Torata).

(18) Este argumento resulta insostenible si advertimos que el reglamento de la Ley de carrera administrativa aprobado por D.S. N° 005-90-PCM considera como funcionario público "al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por la ley" (art. 4).

la Ley Orgánica de Municipalidades[19] les impide ejercer funciones administrativas en la misma municipalidad o empresas municipales.

Al respecto, este argumento confunde el plano normativo con el de la realidad. Es distinto afirmar que los regidores estén impedidos legalmente de realizar actos de injerencia sobre la administración, que en la práctica incumplan este mandato, y en efecto, influencien sobre los órganos administrativos a favor de la contratación de sus familiares. Por ello, el JNE ha manifestado que:

> "12. Lo anterior significa que el JNE admite la posibilidad de que los regidores puedan cometer nepotismo por medio de la injerencia sobre el alcalde o los funcionarios con facultades de contratación, nombramiento o designación.
>
> Consecuentemente con ello, es posible para este Colegiado declarar la vacancia de los regidores por la comisión de nepotismo si se comprueba que estos han ejercido injerencia para la contratación de sus parientes. De este modo, queda descartado el argumento al que usualmente recurren las partes de los procesos de vacancia, según el cual los regidores no pueden cometer nepotismo por carecer de facultades ejecutivas o administrativas, según el artículo 11 de la LOM"[20].

Habiendo establecido la posibilidad de que un regidor incurra en el acto de nepotismo, el JNE ha avanzado en materia de determinar cómo se debe probar la injerencia directa de estas autoridades. Y lo ha realizado, a partir de pruebas indiciarias, mediante algunas circunstancias concordantes, conocidas y probadas que unívocamente le permiten inferir lógicamente la injerencia en esa contratación. Los indicios que le han permitido al JNE establecer la existencia de injerencia han sido comúnmente el conocimiento que el regidor ha tenido de la relación contractual o laboral entre la municipalidad y su pariente, sumado al incumplimiento al deber de vigilar la ilegalidad de esta acción como agente fiscalizador de los actos de la corporación municipal.

(19) Artículo 11.- Responsabilidades, impedimentos y derechos de los regidores

Los regidores son responsables, individualmente, por los actos violatorios de la ley practicados en el ejercicio de sus funciones y, solidariamente, por los acuerdos adoptados contra la ley, a menos que salven expresamente su voto, dejando constancia de ello en actas.

Los regidores no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, sean de carrera o de confianza, ni ocupar cargos de miembros de directorio, gerente u otro, en la misma municipalidad o en las empresas municipales o de nivel municipal de su jurisdicción. Todos los actos que contravengan esta disposición son nulos y la infracción de esta prohibición es causal de vacancia en el cargo de regidor.

Para el ejercicio de la función edil, los regidores que trabajan como dependientes en el sector público o privado gozan de licencia con goce de haber hasta por 20 (veinte) horas semanales, tiempo que será dedicado exclusivamente a sus labores municipales. El empleador está obligado a conceder dicha licencia y a preservar su nivel remunerativo, así como a no trasladarlos ni reasignarlos sin su expreso consentimiento mientras ejerzan función municipal, bajo responsabilidad.

(20) R. N° 137-2010-JNE de 3 de marzo de 2010 (caso Municipalidad Distrital de Pampa Hermosa).

En efecto, el JNE ha establecido la prueba indiciaria de la injerencia de los regidores en términos como los siguientes:

> "13. Ahora bien, es claro que la injerencia o el ejercicio de la presión que los regidores ejercen sobre los funcionarios municipales o el alcalde para la contratación, nombramiento o designación de sus parientes no va a quedar plasmado, por su propio carácter ilícito, en un documento expreso. En esa medida, el JNE debe recurrir, en tanto Supremo Intérprete de la legislación electoral, a una serie de elementos que otorguen indicios razonables sobre la realización de la injerencia.
>
> 14. Así, el primero y más importante de estos elementos es, sin duda alguna, **el ejercicio de su deber de fiscalización, señalado en el inciso 4 del artículo 10 de la LOM**. Esto significa que los regidores tienen la obligación de vigilar la legalidad de las contrataciones, nombramientos y designaciones municipales y, consecuentemente, denunciar aquellos actos administrativos que se opongan al ordenamiento jurídico. Precisamente, un acto contrario a la ley que debe ser denunciado por lo regidores es el ingreso de sus propios parientes para laborar para la municipalidad. Entonces, es lógico que existiendo un grado de parentesco, en los términos que señala la ley, así como un irrenunciable deber de fiscalización de la labor municipal que les asiste, los regidores están en la obligación de conocer de dichas contrataciones, nombramientos o designaciones y oponerse expresamente a ellas.
>
> 15. En definitiva, puede alegarse que la ausencia de oposición a la contratación, nombramiento o designación del pariente del regidor se deba al desconocimiento de su realización, en la medida que dichos actos dependen de la administración municipal que en último término recae en la persona del alcalde. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que tal argumento de defensa, por parte de los regidores, supone al mismo tiempo el reconocimiento de la deficiente función de fiscalización que imperativamente está obligado a cumplir según la LOM. No obstante, para que tal defensa sea válida, es necesario que el examen a realizar por parte del JNE comprenda, además de la ausencia de oposición, a otros elementos concomitantes, como son: a) la proximidad del parentesco, b) contravención de la normativa infralegal sobre contrataciones, nombramientos y designaciones, c) justificación técnica de la idoneidad del contratado, nombrado o designado, d) cercanía o coincidencia domiciliaria, e) funciones asignadas al contratado, nombrado o designado y f) escasa extensión territorial y superficie geográfica. La enunciación de estos criterios comportan una escala de análisis de la actuación del regidor y su apreciación debe realizarse de manera conjunta con la existencia o no de oposición de su parte.
>
> 16. En el presente proceso, dado que está acreditado el vínculo de parentesco y la realización de labores municipales por parte de los hijos del

regidor, debe proceder a analizarse si este expresó su oposición a la contratación o, en caso contrario, desconocía tales hechos. No obra en parte alguna del expediente escrito del regidor dirigido al alcalde manifestando su oposición por la contratación de sus hijos, incluso ni en el escrito de fecha 5 de octubre de 2009 ni en la audiencia pública de vista de la causa del 17 de noviembre de 2009, realizada en la sede de este Jurado; así, el regidor cuestionado o su defensa, han alegado desconocer dichas contrataciones o demostrado ejercer su oposición a ellas apenas fueron conocidas.

17. Asimismo, vista la inexistencia de oposición, tampoco puede alegarse razonablemente el desconocimiento de dichas contrataciones en la medida en que existe un estrecho grado de parentesco entre el regidor y los favorecidos con el nepotismo (primer grado: hijos); Pampa Hermosa es un distrito de la provincia de Ucayali y departamento de Loreto con escasa extensión territorial y mínima población; y, finalmente, de la observación de la Consulta en Línea del Reniec, puede apreciarse que el regidor Arturo Vargas Pinedo y su hijo Luis Arturo Vargas Fernández tienen la misma dirección domiciliaria (calle Bolognesi s/n, cdra. 1), mientras que con el otro hijo, Fernando Vargas Fernández, existe una cercanía domiciliaria importante (calle Bolognesi, s/n cdra. 2).

18. Como ha podido apreciarse, varios son los elementos que permiten al JNE concluir que el regidor Arturo Vargas Pinedo tuvo conocimiento directo e inmediato de la contratación de sus hijos en la Municipalidad Distrital de Pampa Hermosa y no realizó oposición alguna, configurándose de este modo el acto de nepotismo que amerita la declaración de su vacancia"[21].

En esa línea de interpretación, la constatación de la injerencia directa de un regidor queda establecida por la probanza del conocimiento que el regidor ha tenido de la relación contractual o laboral entre la municipalidad y su pariente y su simultáneo incumplimiento al deber básico de vigilar la legalidad de esta acción como agente fiscalizador de la corporación municipal. Como aspectos concomitantes que aportan a la convicción de la injerencia se tendrá también la proximidad del parentesco entre ambos[22], la contravención de la normativa procedimental sobre contrataciones, nombramientos y designaciones que resulten aplicables, la calificación técnica e idoneidad del con-

(21) R. N° 137-2010-JNE de 3 de marzo de 2010 (caso Municipalidad Distrital de Pampa Hermosa). Este criterio fue conformándose paulatinamente por el JNE a partir de la R. N° 315-2009-JNE del 8 de mayo de 2009 (caso Municipalidad Provincial del Cusco) y reiterado, entre otras, en la R. N° 738-2009-JNE (Municipalidad Distrital de Samegua).

(22) En la R. N° 410-2009-JNE se estableció que: "En términos generales puede sostenerse que los alcaldes (y también los regidores, aunque de manera indirecta) deben tener sumo cuidado en la contratación o nombramiento de personal para laborar en la municipalidad, en especial si a estos les une un estrecho grado de parentesco, en la medida en que tanto mayor sea la cercanía familiar tanto mayor es también la exigencia para las autoridades municipales de demostrar el desconocimiento o su no intervención en la contratación".

tratado, nombrado o designado, la cercanía o coincidencia domiciliaria entre el regidor y su pariente, las funciones asignadas al contratado, nombrado o designado y la escasa extensión territorial y superficie geográfica que permita inferir un conocimiento de la situación por parte del regidor.

Por ello, si el regidor acredita que habiendo tenido conocimiento del surgimiento de la relación prestacional con su familiar pero cumple con su deber de fiscalización observando o denunciando la contratación, el nombramiento o designación de su pariente, se desvanece la posibilidad de imputarle nepotismo(23).

3. Ejercer injerencia indirecta en el proceso de selección o nombramiento o contratación con quien la norma le prohíbe

El tercer supuesto constitutivo del nepotismo es cuando el alcalde o regidor influencia en el nombramiento, en la contratación o en la designación de su pariente, pero estos actos son realizados en una entidad distinta pero respecto de la cual, por sus funciones, posee la capacidad de influenciar. De este modo, incurren en ella, el alcalde o regidor si se aprovecha de poseer alguna capacidad de influencia objetiva sobre los funcionarios de la otra entidad directamente contratante de su pariente.

Es relevante, a efectos de la configuración de este supuesto, que entre la municipalidad y la entidad que contrata el pariente exista una relación jurídica que le permita influencia basada en la función del alcalde o regidor, por ejemplo, puede ser la relación de tutela que posee la municipalidad respecto de sus organismos públicos descentralizados o a través de su participación en el capital social, como sucede con sus empresas municipales(24), entre la municipalidad provincial con respecto de alguna municipalidad distrital de la jurisdicción.

Por ello, es que no califica como nepotismo si el familiar presta servicios en otra entidad distinta a la del funcionario (ej. Órgano desconcentrado del Gobierno Central o universidad estatal local), siempre que entre ambas entidades no haya posibilidad de influencia o dependencia, aunque la municipalidad en la que el funcionario labora, la subvencione o apoye financieramente.

(23) Véase la R. N° 841-209-JNE de 14 de diciembre de 2009 (caso Municipalidad Distrital de Chacabamba), en la que el regidor demostró que enterado del acto, inmediatamente se opuso y rechazó por escrito ante el alcalde, la contratación de su hermano en la municipalidad. También la R. N° 681-2009-JNE de 13 de octubre de 2009 (caso Municipalidad Distrital de Torata) en la que el regidor se abstuvo de votar en la sesión que definía la contratación e hizo mención de la relación de parentesco).

(24) Han sido casos de este tipo las situaciones de nepotismo planteadas en la R. N° 350-2008-JNE (caso Municipalidad Provincial del Cusco respecto a un organismo público descentralizado municipal) y la R. N° 1262-2006-JNE (caso Municipalidad Distrital de Motupe, respecto de la empresa de agua de la municipalidad), N° 1204-2006-JNE (caso Municipalidad Provincial de Ferreñafe, respecto de la empresa de saneamiento de la circunscripción) y N° 419-2005-JNE y 420-2005-JNE (caso Municipalidad Provincial del Chiclayo).

Nótese que este supuesto no contempla el caso del denominado "nepotismo cruzado" mediante el cual, el alcalde o el regidor concuerda con otra autoridad igualmente impedida, intercambiar favores para contratar a sus parientes recíprocamente para evadir el impedimento directo. Así, si el hijo de un alcalde es contratado por el alcalde de otro distrito, y a cambio, le contrata a la esposa del alcalde distrital.

Finalmente, la probanza de esta forma de injerencia amerita una especial apreciación por parte de la autoridad a partir de una suma de elementos indiciarios sobre la relación de influencia que la autoridad tiene con los funcionarios de la segunda entidad y de la específica injerencia que tuvo de esta contratación. En principio, no bastan por sí solas las declaraciones juradas que pudieran hacer los funcionarios municipales sobre la injerencia que hubiere existido[25].

V. Los familiares impedidos de acceder a la función pública por acción o injerencia del alcalde o regidor

Para calificar como nepotismo, el nombramiento, la contratación o la designación decidida o influenciada por el alcalde o regidor debe recaer sobre alguna persona a la que le vincule una relación de parentesco legal. No se trata de contratar amigos o partidarios, sino parientes civilmente reconocidos como tales. Si bien estas conductas son reprochables y punibles por representar conflictos de interés y desvíos a los procedimientos de selección, no califican como nepotismo propiamente.

En ese sentido, se encuentran impedidos de ingresar a la municipalidad o a cualquiera de sus empresas y entidades, mediando acción directa o injerencia de alcaldes y regidores quienes califican como:

1. Parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad;
2. Parientes hasta el segundo de afinidad;
3. Parientes por vínculo matrimonial.

Desdoblando estas relaciones parentales, podemos afirmar que se encuentran dentro de la prohibición los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, los siguientes:

1. Parientes consanguíneos de primer grado: los padres y los hijos.
2. Parientes consanguíneos de segundo grado: los abuelos, los nietos y los hermanos.
3. Parientes consanguíneos de tercer grado: bisabuelos, bisnietos, tíos y sobrinos.

(25) R. N° 563-200-JNE (caso Municipalidad Distrital de Cuchumbaya).

4. Parientes consanguíneos de cuarto grado: tatarabuelos, tataranietos, primos hermanos y sobrinos nietos[26].

Para estos efectos, el nepotismo también queda configurado cuando la relación se ha establecido con parientes adoptados[27] en la medida que por mandato legal el adoptado adquiere para todos los efectos la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Así, quedará vedada la contratación de un hijo adoptivo. Pero siendo el parentesco consanguíneo el factor determinante del impedimento, este no alcanza a los denominados parentescos sociales tales como el padrinazgo, los compadres ni a los familiares de ambos[28], así como tampoco comprende a familiares fuera de las categorías incluido dentro del parentesco civil.

Por su parte, el parentesco por afinidad es aquel que se produce por razón del matrimonio, y la prohibición respecto al nepotismo alcanza hasta su segundo grado, entre los que se encuentran:

1. Parientes por afinidad en primer grado: suegros, nueras,
2. Parientes por afinidad en segundo grado: los cuñados y los abuelos del cónyuge[29].

Es conveniente tener en cuenta que conforme a la casuística presentada ante el Jurado Nacional de Elecciones el impedimento para contratar o designar parientes por afinidad subsiste aunque se disuelva el matrimonio que lo ha generado. Por ejemplo, si se contrata a la exesposa del alcalde o a los hermanos de este, o si el alcalde contrata a quien fue la esposa de su hermano ya fallecido[30].

Siendo el matrimonio civil el origen del parentesco por afinidad, cabe preguntarse si la contratación del concubino o la concubina o de sus parientes, también ocasionan nepotismo. En verdad, este es un supuesto omitido por el legislador que en otros ordenamientos ha sido incluido, pero ante lo cual el JNE ha tenido ocasión de pronunciarse afirmando que por cuanto la relación concubinaria no produce relación de parentesco conyugal ni tampoco relación de parentesco de afinidad con los parientes de la pareja, tampoco pueden ser objeto imputación de nepotismo. Enfrentado al caso concreto, el pronunciamiento estableció que:

> "La sola existencia de un hijo en común (entre el funcionario contratante y la madre del hijo) no genera entre los padres de este –y, consecuentemente,

(26) El impedimento respecto de los sobrinos nietos fue consolidado en la R. N° 071-2008-JNE (caso Municipalidad Distrital de Asia), superando el criterio anterior establecido en la R. N° 288-2005-JNE (caso Municipalidad Distrital de Paracas) que no lo reconocía entre el parentesco prohibido.

(27) R. N° 738-2009-JNE (caso Municipalidad Distrital de Samegua).

(28) R. N° 288-2010-JNE (caso Municipalidad Provincial de San Román).

(29) R. N° 372-2009-JNE (caso Municipalidad Distrital Nuevo Imperial) que estableció que no estaban comprendidas en el impedimento, la contratación de los primos hermanos del cónyuge de la autoridad, por exceder la relación taxativa antes mencionada.

(30) R. N° 350-2008-JNE (caso Municipalidad Provincial del Cusco).

tampoco entre los familiares de los referidos padres– vínculo de parentesco alguno por consanguinidad o afinidad que permita habilitar legítimamente la aplicación de la causal de vacancia por nepotismo prevista en el numeral 8) del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades"(31).

En otro caso, el jurado ratificó su parecer indicando que:

"(...) al no encontrarse el concubinato dentro de las prohibiciones establecidas en la ley de nepotismo, no resulta procedente extender sus alcances de la misma para incorporarlo, por cuanto ello implicaría transgredir el principio de legalidad que rige al Derecho sancionador, el cual limita el poder punitivo a aquellos hechos o supuestos previamente establecidos de manera expresa en una ley"(32).

Lo propio creemos que corresponde predicar de relaciones de noviazgo que aún no configuran parentesco de afinidad.

Finalmente, la probanza idónea de la relación de parentesco, tanto consanguíneo como por afinidad, corresponderá al mérito de las partidas de estado civil (nacimiento, matrimonio, defunción, etc.)(33) y, complementariamente, las propias declaraciones de las partes involucradas.

VI. Las relaciones prestacionales entre la municipalidad y el familiar constitutivas de nepotismo

El aprovechamiento de los parientes del alcalde o regidores debe hacerse tangible en la producción de una relación de prestación de servicios con la municipalidad. Aquí es cuando se consuma el ilícito susceptible de sanción.

Dicha relación prestacional que surge con la municipalidad puede ser:

1. Contrato de empleo público, bajo el régimen laboral propio de la función pública por así corresponder a las municipalidades; o bajo el régimen privado, si es un organismo público descentralizado o empresa municipal.
2. Contratos de servicios no personales(34); o,
3. Contratos Administrativos de Servicios(35).

(31) R. N° 519-2009-JNE de 18 de agosto de 2009 (caso Municipalidad Distrital de Manantay).

(32) R. N° 156-2007-JNE (caso Municipalidad Distrital de Sayán).

(33) En algún caso, la sola partida de estado civil no resulta ser determinante para descartar o afirmar la relación de parentesco. Así sucede, cuando existen equivocaciones registrales o inscripciones contradictorias y resulta necesario una valoración conjunta de diversos documentos (véase R. N° 865-2009-JNE)

(34) Los favorecimientos a familiares en otros contratos de locución de servicios con las entidades dentro de la Administración Pública tienen su propio tratamiento en la Ley de Contrataciones del Estado, siendo igualmente reprochables pero no a título de nepotismo (véase el artículo 9 de la Ley N° 26850, de Contrataciones y Adquisiciones del Estado).

(35) D.S. N° 075-2008-PCM.

Quinta Disposición Complementaria Final: Prohibiciones en caso de parentesco

4. Designación en cargos de confianza, en actividades ad honórem; o designación como miembros de órganos colegiados.

No resulta relevante distinguir la fuente de financiamiento que sufrague la contraprestación al pariente gastos del contrato, pudiendo ser incluso pagados con fondos de la cooperación internacional, dado que la ilicitud estaría cometida aun cuando la prestación sea a título gratuito, pues lo sancionable no es el beneficio personal o económico que el cargo le produzca al pariente, sino la selección propiciada en razón del parentesco, discriminando a los demás ciudadanos.

Cuando cualquiera de estas relaciones prestacionales surgen con el pariente del alcalde o el regidor se ha consumado el nepotismo, independientemente de su duración[36] o del aprovechamiento económico que le signifique al pariente. El nepotismo es un ilícito de comisión instantánea por lo que se perfecciona en un solo momento, independientemente de sus efectos duración, continuación, o significatividad de sus efectos. Basta el establecimiento de la relación prestacional con el pariente y que en ella haya habido decisión o injerencia del familiar, para que exista nepotismo. Por ello, tampoco resulta relevante para su calificación que la relación jurídica haya sido posteriormente anulada o dejada sin efecto por la autoridad[37], haya renunciado del contratado o vencido el plazo del contrato a la fecha de la denuncia o durante el proceso de vacancia[38].

Si estos eventos acontecen no concluye el procedimiento de vacancia en curso por la figura de la sustracción de materia[39]. Ha dicho expresamente el Jurado Nacional de Elecciones que "resulta irrelevante que el contrato realizado ya no se encuentre vigente para considerarse configurada la causal".

Finalmente, la probanza de la existencia de cualquiera de las relaciones de prestación de servicios entre pariente y la municipalidad podrá acreditarse con las resoluciones de designación, nombramiento o aprobación de contratos, los propios contratos suscritos, los documentos sustentarios de pago (planillas, recibos, etc.), e incluso mediante informes oficiales de las áreas de personal. La existencia de un documento contractual entre la municipalidad y el pariente no resulta una evidencia irrefutable de este segundo requisito, si las partes

---

La prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley N° 26771 es de aplicación en los contratos administrativos de servicios.

(36) En el Caso Municipalidad Distrital de Amarilis (R. N° 009-2008-JNE) se calificó como nepotismo, y por ende fue aplicada la vacancia a un regidor por el contrato de su hermano por cuatro horas de servicios para desempeñarse como conductor de la ceremonia para el festejo del aniversario del distrito.

(37) Este fue el supuesto que se planteó en el caso analizado en las R. Nº 141-2010-JNE (caso Municipalidad Distrital de El Porvenir) y R. N° 09-2007-JNE (caso Provincial de Oyon).

(38) R. N° 076-2008-JNE (caso Municipalidad Distrital de Torata)

(39) Esta posición fue adoptada a partir de las R. N° 209-97-JNE (caso Municipalidad Provincial de Oyón) y consolidada en la R. N° 076-2008-JNE (caso Municipalidad Distrital de Torata). Dicho criterio sustituyó a la posición anterior que era favorable a aplicar la sustracción de materia al proceso de vacancia, si a la fecha de la resolución la Municipalidad se había extinguido por cese la relación laboral con el familiar, conforme se aprecia de la R. N° 067-2004-JNE.

involucradas en el hecho lo rechazan o tachan y no hay documentos complementarios que corroboran esa relación (Ej. planillas, registros de asistencia, etc.)[40].

VII. La metodología para la investigación del nepotismo municipal

Con la finalidad de estandarizar el análisis para la identificación y comprobación fehaciente de la existencia del nepotismo, el JNE ha establecido su propia metodología que comprende tres pasos lógicos secuenciales[41]:

- Verificación de la existencia de la relación conyugal o de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, entre el funcionario y la persona contratada.
- Identificación de la existencia de la relación laboral o contractual entre la entidad a la cual pertenece el funcionario o en el ámbito municipal y la persona contratada.
- Identificación de la injerencia directa o indirecta por parte del funcionario para el nombramiento o la contratación de la persona.

Como se trata de tres elementos secuenciales en el análisis, cada uno es condición para poder pasar al siguiente. Siguiendo esta secuencia analítica, el JNE lleva a concluir que:

> "a) Si no se pudiera verificar la existencia del primer elemento, resulta innecesario continuar con el análisis de los siguientes. Por ende, no se acredita la causal de vacancia por nepotismo.
>
> b) Si se verifica la existencia del primer elemento, pero no el segundo, es innecesario efectuar el análisis del tercero. En consecuencia, tampoco se acredita la referida causal.
>
> c) Si se verifica la existencia de los dos primeros elementos, la causal de vacancia por nepotismo se acreditará en la medida que el tercer elemento sea verificado"[42].

Conclusión

La calificación del nepotismo como causal de vacancia de los cargos electivos a nivel municipal ha aparejado el surgimiento de un mecanismo de

(40) R. N° 347-2009-JNE (caso Municipalidad Distrital de Llaylla).

(41) La metodología apareció por primera vez en la Resolución N° 410-2009-JNE (Caso Municipalidad Distrital de Pachia) y formulada cabalmente en la Resolución N° 658-A-JNE-2009 de 2 de octubre de 2009, (caso Municipalidad Provincial de Huancavelica). Ha sido seguido en repetidas resoluciones como la N° 410-2009-JNE, 865-2009-JNE (caso Municipalidad Distrital de Santiago), la R. N° 141-2010-JNE (caso Municipalidad Distrital de El Porvenir), la R. N° 841-2009-JNE (caso Municipalidad Distrital de Chacabamba), la R. N° 738-2009-JNE (caso Municipalidad Distrital de Samegua).

(42) Ídem.

control a cargo del Jurado Nacional de Elecciones sobre los regidores y alcaldes provinciales y distritales. Dicho control viene generando una muy interesante jurisprudencia para poder comprender los alcances y supuesto comprendidos y excluidos de la regulación nacional sobre esta irregularidad tan sensible para la colectividad.

A diferencia de lo que ocurre a nivel de gobierno nacional y en los gobiernos regionales, este mecanismo conlleva una serie de ventajas para propiciar un eficiente funcionamiento: permitir el acceso ciudadano a la posibilidad de denunciar estas irregularidades y ello aparejar obligatoriamente el inicio de un procedimiento para su verificación y sanción, todas las etapas del procedimiento tienen plazos perentorios para alcanzar su resolución y además, en la cúspide del procedimiento se encuentra un organismo constitucionalmente autónomo que resuelve de modo definitivo estas situaciones.

Nada de ello ocurre en los otros niveles de gobierno, donde hay procedimientos difusos de investigación, sin fechas previsibles para su resolución, los procedimientos concluyen en sede administrativa en las propias entidades, de modo que si la máxima autoridad (ministro, titular de entidad, directorio) la decisión queda neutralizada.

ANEXO I

Declaración de Lima y Declaración de México sobre fiscalización y control

DECLARACIÓN DE LIMA
SOBRE LAS LÍNEAS BÁSICAS DE LA FISCALIZACIÓN

PREÁMBULO

El IX Congreso de INTOSAI reunido en Lima:

- Considerando que la utilización regular y racional de los fondos públicos constituye una de las condiciones esenciales para garantizar el buen manejo de las finanzas públicas y la eficacia de las decisiones adoptadas por la autoridad competente;
- que, para lograr este objetivo, es indispensable que cada Estado cuente con una Entidad Fiscalizadora Superior eficaz, cuya independencia esté garantizada por la ley;
- que la existencia de dicha Entidad es aún más necesaria por el hecho de que el Estado ha extendido sus actividades a los sectores socioeconómicos, saliéndose del estricto marco financiero tradicional;
- que los objetivos específicos de la fiscalización, a saber, la apropiada y eficaz utilización de los fondos públicos, la búsqueda de una gestión rigurosa, la regularidad en la acción administrativa y la información, tanto a los poderes públicos como al país, mediante la publicación de informes objetivos, son necesarios para la estabilidad y el desarrollo de los Estados, en el sentido de los postulados de las Naciones Unidas;
- que durante los anteriores congresos internacionales de la INTOSAI las Asambleas Plenarias adoptaron resoluciones cuya difusión ha sido aprobada por todos los países miembros;

ACUERDA:

- Publicar y difundir el documento titulado "Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización".

I. GENERALIDADES

Artículo 1.- Finalidad del control

La institución del control es inmanente a la economía financiera pública.

El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro.

Artículo 2.- Control previo y control posterior

1. Si el control se lleva a cabo antes de la realización de las operaciones financieras o administrativas, se trata de un control previo; de lo contrario, de un control posterior.
2. Un control previo e. caz resulta imprescindible para una sana economía financiera pública. Puede ser ejercido por una Entidad Fiscalizadora Superior, pero también por otras instituciones de control.
3. El control previo ejercido por una Entidad Fiscalizadora Superior, implica la ventaja de poder impedir un perjuicio antes de producirse éste, pero la desventaja de comportar un trabajo excesivo y de que la responsabilidad basada en el derecho público no esté claramente definida. El control posterior ejercido por una Entidad Fiscalizadora Superior, reclama la responsabilidad del órgano culpable, puede llevar a la indemnización del perjuicio producido y es apropiado para impedir, en el futuro, la repetición de infracciones.
4. La situación legal, las circunstancias y necesidades de cada país determinan si una Entidad Fiscalizadora Superior ejerce un control previo. El control posterior es una función inalienable de cada Entidad Fiscalizadora Superior, independientemente de un control previo ejercido.

Artículo 3.- Control interno y externo

1. Los órganos de control interno pueden establecerse en el seno de los diferentes departamentos e instituciones; los órganos de control externo no pertenecen a la organización de la institución que debe ser controlada. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores son órganos del control externo.
2. Los órganos de control interno dependen necesariamente del director del departamento en cuya organización se crearon. No obstante, deben gozar de independencia funcional y organizativa en cuanto sea posible a tenor de la estructura constitucional correspondiente.
3. Incumbe a la Entidad Fiscalizadora Superior, como órgano de control externo, controlar la eficacia de los órganos de control interno.

Asegurada la eficacia del órgano de control interno, ha de aspirarse a la delimitación de las respectivas funciones, a la delegación de las funciones oportunas y a la cooperación entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el órgano de control interno, independientemente del derecho de la Entidad Fiscalizador Superior a un control total.

Artículo 4.- Control formal y control de las realizaciones

1. La tarea tradicional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores es el control de la legalidad y regularidad de las operaciones.
2. A este tipo de control, que sigue manteniendo su importancia y transcendencia, se una un control orientado hacia la rentabilidad, utilidad, economicidad y e. ciencia de las operaciones estatales, que no sólo abarca a cada operación sino a la actividad total de la administración, incluyendo su organización y los sistemas administrativos.
3. Los objetivos de control a que tienen que aspirar las Entidades Fiscalizadoras Superiores, legalidad, regularidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las Operaciones, tienen básicamente la misma importancia; no obstante, la Entidad Fiscalizadora Superior tiene la facultad de determinar, en cada caso concreto, a cuál de estos aspectos debe darse prioridad.

II. INDEPENDENCIA

Artículo 5.- Independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores

1. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores sólo pueden cumplir eficazmente sus funciones si son independientes de la institución controlada y se hallan protegidas contra influencias exteriores.
2. Aunque una independencia absoluta respecto de los demás órganos estatales es imposible, por estar ella misma inserta en la totalidad estatal, las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben gozar de la independencia funcional y organizativa necesaria para el cumplimiento de sus funciones.
3. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores y el grado de su independencia deben regularse en la Constitución; los aspectos concretos podrán ser regulados por medio de Leyes. Especialmente deben gozar de una protección legal suficiente, garantizada por un Tribunal Supremo, contra cualquier injerencia en su independencia y sus competencias de control.

Artículo 6.- Independencia de los miembros y funcionarios de las Entidades Fiscalizadoras Superiores

1. La independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores está inseparablemente unida a la independencia de sus miembros. Por miembros hay que entender aquellas personas a quienes corresponde tomar las decisiones propias de las Entidades Fiscalizadoras Superiores y representarais, bajo su responsabilidad, en el exterior, es decir, los miembros de un colegio facultado para tomar decisiones o el Director de una Entidad Fiscalizadora Superior organizada monocráticamente.
2. La Constitución tiene que garantizar también la independencia de los miembros. En especial no debe verse afectada su independencia por los sistemas establecidos para su sustitución y que tienen que determinarse también en la Constitución.
3. Los funcionarios de control de las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben ser absolutamente independientes, en su carrera profesional, de los organismos controlados y sus influencias.

Artículo 7.- Independencia financiera de las Entidades Fiscalizadoras Superiores

1. Hay que poner a disposición de las Entidades Fiscalizadoras Superiores los medios financieros necesarios para el cumplimiento de las funciones que les incumben.
2. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores tienen que poseer la facultad, llegado el caso, de solicitar directamente del organismo encargado del presupuesto estatal los medios financieros que estimen necesarios.
3. Los medios financieros puestos a disposición de las Entidades Fiscalizadoras Superiores en una sección especial del presupuesto tienen que ser administrados por ellas bajo su propia responsabilidad.

III. RELACIÓN CON PARLAMENTO, GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

Artículo 8.- Relación con el Parlamento

La independencia otorgada a las Entidades Fiscalizadoras Superiores por la Constitución y la Ley, les garantiza un máximo de iniciativa y responsabilidad, aun cuando actúen como órganos del Parlamento y ejerzan el control por encargo de éste. La Constitución debe regular las relaciones entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el Parlamento, de acuerdo con las circunstancias y necesidades de cada país.

Artículo 9.- Relación con el Gobierno y la Administración

La actividad del Gobierno, de las Autoridades Administrativas subordinadas y las demás instituciones dependientes, es objeto de control por parte de la Entidad Fiscalizadoras Superior. De ello no se deduce ninguna subordinación del Gobierno a la Entidad Fiscalizadora Superior. En particular, el Gobierno asume la plena y exclusiva responsabilidad de las operaciones realizadas por él y de sus omisiones y no puede remitirse a operaciones de control y dictámenes de la Entidad Fiscalizador Superior para su descargo - siempre que no se hayan dictado en forma de resoluciones judiciales ejecutables y firmes.

IV. FACULTADES DE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES

Artículo 10.- Facultad de investigación

1. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben tener acceso a todos los documentos relacionados con las operaciones y el derecho a pedir de los órganos del departamento controlado todos los informes, de forma oral o escrita, que les parezcan necesarios.
2. La Entidad Fiscalizadora Superior tiene que decidir, en cada caso, si es conveniente realizar el control en la sede de la institución controlada o en la sede de la Entidad Fiscalizadora Superior.
3. Los plazos para la presentación de informes y documentos, incluidos los balances, han de determinarse por Ley o, según los casos, por la propia Entidad Fiscalizadora Superior.

Artículo 11.- Ejecución de las verificaciones de control de las Entidades Fiscalizadoras Superiores

1. Los órganos controlados tienen que responder a las verificaciones de control de la Entidad Fiscalizadora Superior, dentro de los plazos determinados generalmente por Ley o, en casos especiales, por la Entidad Fiscalizadora Superior, y dar a conocer las medidas adoptadas en base a dichas verificaciones de control.
2. Siempre que las verificaciones de control de la Entidad Fiscalizadora Superior no se dicten en forma de una resolución judicial firme y ejecutable, la Entidad Fiscalizadora Superior tiene que tener la facultad de dirigirse a la autoridad competente para que adopte las medidas necesarias y exija las correspondientes responsabilidades.

Artículo 12.- Actividad pericial y otras formas de cooperación

1. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores pueden, en asuntos importantes, poner a disposición del Parlamento y de la Administración sus conocimientos técnicos en forma de dictámenes, incluso su opinión sobre proyectos de ley y otras disposiciones sobre cuestiones financieras. La Administración asume toda la responsabilidad respecto a la aceptación o rechazo del dictamen.
2. Prescripciones para un procedimiento de compensación conveniente y lo más uniforme posible, empero, sólo deben dictarse de acuerdo con la Entidad Fiscalizadora Superior.

V. MÉTODOS DE CONTROL, PERSONAL DE CONTROL, INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE EXPERIENCIAS

Artículo 13.- Métodos de control y procedimientos

1. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben realizar su actividad de control de acuerdo con un programa previo trazado por ellas mismas. El derecho de ciertos órganos estatales de exigir, en casos especiales, la realización de determinadas verificaciones, no se verá afectado por aquella norma.

2. Dado que el control en muy pocos casos puede ser realizado exhaustivamente, las Entidades Fiscalizadoras Superiores tendrán que limitarse, en general, al procedimiento de muestreo. Este, sin embargo, debe realizarse en base a un programa dado y en tal número que resulte posible formarse un juicio sobre la calidad y la regularidad de las operaciones.
3. Los métodos de control deben adaptarse continuamente a los progresos de las ciencias y técnicas relacionadas con las operaciones.
4. Es conveniente la elaboración de manuales de control como medio de trabajo para los funcionarios de control.

Artículo 14.- Personal de control

1. Los miembros y los funcionarios de control de la Entidad Fiscalizadora Superior tienen que tener la calificación e integridad moral necesarias para el perfecto cumplimiento de su tarea.
2. En el momento de la selección del personal de una Entidad Fiscalizadora Superior, tienen especial importancia una formación y una capacidad superiores al promedio, así como una experiencia profesional adecuada.
3. Especial atención requiere el perfeccionamiento teórico y práctico de todos los miembros y funcionarios de control de la Entidad Fiscalizadora Superior a nivel interno, universitario e internacional, fomentándolo por todos los medios posibles, tanto económicos como de organización. El perfeccionamiento tiene que exceder de los conocimientos de contabilidad y de los tradicionales jurídico-económicos y abarcar también empresariales, inclusive la elaboración electrónica de datos.
4. Para garantizar una alta cualificación del personal controlador, debe aspirarse a una remuneración concorde con las especiales exigencias profesionales.
5. Si, en determinadas circunstancias, por la necesidad de conocimientos técnicos específicos, no fuese suficiente el propio personal de control, convendría consultar peritos ajenos a la Entidad Fiscalizadora Superior.

Artículo 15.- Intercambio internacional de experiencias

1. El cumplimiento de las funciones de las Entidades Fiscalizadoras Superiores se favorece eficazmente mediante el intercambio internacional de ideas y experiencias dentro de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores.
2. A este objetivo han servido hasta ahora los Congresos, los seminarios de formación que se han organizado en colaboración con las Naciones Unidas y otras instituciones, los grupos de trabajos regionales y la edición de publicaciones técnicas.
3. Sería deseable ampliar y profundizar estos esfuerzos y actividades. Tarea primordial es la elaboración de una terminología uniforme del control financiero público sobre la base del derecho comparado.

VI. RENDICIÓN DE INFORMES

Artículo 16.- Rendición de informes al Parlamento y al público

1. La Entidad Fiscalizadora Superior debe tener, según la Constitución, el derecho y la obligación de rendir informe anualmente al Parlamento o al órgano estatal correspondiente, sobre los resultados de su actividad, y publicarlo. Así se garantizan una información y discusión amplias, a la vez que se incrementa la posibilidad de ejecutar las verificaciones realizadas por la Entidad Fiscalizadora Superior.

2. La Entidad Fiscalizadora Superior debe tener la posibilidad de rendir informe sobre hechos de especial importancia y transcendencia entre dos informes anuales.
3. El informe anual tiene que abarcar principalmente la actividad total de la Entidad Fiscalizadora Superior; no obstante, en el supuesto de que existan intereses especialmente dignos de ser protegidos o que estén protegidos por Ley, la Entidad Fiscalizadora Superior debe considerarlos cuidadosamente, así como la conveniencia de su publicación.

Artículo 17.- Redacción de los informes

1. Los hechos enumerados en los informes tienen que representarse de forma objetiva y clara, limitándose a lo esencial. Deberán redactarse de manera precisa y comprensible.
2. La opinión de los departamentos e instituciones controlados respecto a las verificaciones de control de la Entidad Fiscalizadora Superior debe reflejarse de forma adecuada.

VII. COMPETENCIAS DE CONTROL DE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES

Artículo 18.- Base constitucional de las competencias de control; control de las operaciones estatales

1. Las competencias de control de las Entidades Fiscalizadoras Superiores tienen que ser especificadas en la Constitución, al menos en sus rasgos fundamentales, los detalles pueden regularse por Ley.
2. La formulación concreta de las competencias de control de las Entidades Fiscalizadoras Superiores depende de las circunstancias y necesidades de cada país.
3. Toda la actividad estatal estará sometida al control de la Entidad Fiscalizadora Superior, independientemente de que se re. eje, o no, en el presupuesto general del Estado. Una exclusión del presupuesto no debe convertirse en una exclusión del control.
4. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben orientar su control hacia una clasificación presupuestaria adecuada y un sistema de cálculo lo más simple y claro posible.

Artículo 19.- Control de las autoridades e instituciones en el extranjero

Las autoridades estatales y las instituciones establecidas en el extranjero deben ser controladas generalmente por la Entidad Fiscalizadora Superior. Al realizar el control en la sede de dichas instituciones, deben tenerse presentes los límites fijados por el Derecho Internacional; sin embargo, en casos justificados, tales límites deben ser reducidos de acuerdo con la evolución dinámica del Derecho Internacional.

Artículo 20.- Control de los ingresos fiscales

1. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben ejercer un control, lo más amplio posible, de la recaudación de los ingresos fiscales, incluyendo las declaraciones individuales de los contribuyentes.
2. El control de los ingresos fiscales es, en primer lugar, un control de legalidad y regularidad; sin embargo, las Entidades Fiscalizadoras Superiores tienen que controlar también la rentabilidad de la recaudación de impuestos y el cumplimiento de

los presupuestos de ingresos así como, en caso necesario, proponer al organismo legislativo medidas de reforma.

Artículo 21.- Contratos públicos y obras públicas

1. Los recursos considerables que el Estado emplea para contratos públicos y obras públicas justifican un control especialmente escrupuloso de los recursos empleados.
2. La subasta pública es el procedimiento más recomendable para obtener la oferta más favorable en precio y calidad. De no convocarse una pública subasta, la Entidad Fiscalizadora Superior debe investigar las razones de ello.
3. En el control de las obras públicas, la Entidad Fiscalizadora Superior debe procurar que existan normas apropiadas que regulen la actividad de la administración de dichas obras.
4. El control de las obras públicas no sólo abarca la regularidad de los pagos, sino también la rentabilidad de la obra y la calidad de su ejecución.

Artículo 22.- Control de las instalaciones de elaboración electrónica de datos

También los recursos considerables empleados para instalaciones de elaboración electrónica de datos justifican un control adecuado. Hay que realizar un control sistemático del uso rentable de las instalaciones del proceso de datos, de la contratación del personal técnico cualificado que debe proceder, a ser posible, de la administración del organismo controlado, de la evitación de abusos y de la utilización de los resultados.

Artículo 23.- Empresas económicas con participación del Estado

1. La expansión de la actividad económica del Estado se realiza con frecuencia a través de empresas establecidas a tenor del Derecho Privado. Estas empresas deberán estar sometidas al control de la Entidad Fiscalizadora Superior, siempre que el Estado disponga de una participación sustancial - que se da en el supuesto de participación mayoritaria - o ejerza una influencia decisiva.
2. Es conveniente que este control se ejerza a posteriori y que abarque también la rentabilidad, utilidad y racionalidad.
3. En el informe al Parlamento y a la opinión pública sobre estas empresas deben tenerse en cuenta las limitaciones debidas a la necesaria protección del secreto comercial e industrial.

Artículo 24.- Control de instituciones subvencionadas

1. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben disponer de una autorización lo más amplia posible, para controlar el empleo de las subvenciones realizados con fondos públicos.
2. Si la finalidad del control lo exige, éste debe extenderse a la totalidad de las operaciones de la institución subvencionada, especialmente, si la subvención en sí o en proporción a los ingresos o a la situación financiera de la institución beneficiaria, es considerablemente elevada.
3. El empleo abusivo de los fondos de subvención debe comportar la obligación de reintegro.

Artículo 25.- Control de Organismos Internacionales y Supranacionales

1. Los organismos internacionales y supranacionales cuyos gastos son sufragados con las cuotas de los países miembros, precisan, como cada Estado, de un control externo e independiente.

2. Si bien el control debe adaptarse a la estructura y las funciones del correspondiente organismo, sin embargo, tendrá que establecerse en base a principios semejantes a los que rigen el control superior de los países miembros.
3. Es necesario, para garantizar un control independiente, que los miembros de la institución, de control externo se elijan, primordialmente, entre los de la Entidad Fiscalizadora Superior.

DECLARACIÓN DE MÉXICO
SOBRE INDEPENDENCIA DE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES

PREÁMBULO

El XIX Congreso de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) reunido en México, considerando:

- Que la apropiada y e. caz utilización de los fondos y recursos públicos constituye uno de los requisitos esenciales para el adecuado manejo de las finanzas públicas y la eficacia de las decisiones de las autoridades responsables;
- Que la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de Fiscalización (en lo sucesivo Declaración de Lima) establece que las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) sólo pueden llevar a cabo sus cometidos si son independientes de la institución fiscalizada y están protegidas contra influencias externas;
- Que, para lograr ese objetivo, es indispensable para una democracia saludable que cada país cuente con una EFS, cuya independencia esté garantizada por ley;
- Que aunque la Declaración de Lima reconoce que las Instituciones Estatales no pueden ser absolutamente independientes, también reconoce que las EFS deben tener la independencia funcional y organizativa requerida para el cumplimiento de su mandato;
- Que, a través de la aplicación de los principios sobre independencia, las EFS pueden lograr su independencia por diferentes medios, utilizando diversas salvaguardas para alcanzarla;
- Que las disposiciones para la aplicación de los principios que aquí se incluyen sirven para ilustrarlos y se consideran el ideal para una EFS independiente. Se reconoce que actualmente ninguna EFS cumple con todas estas disposiciones para la aplicación y, por tanto, las pautas básicas adjuntas presentan otras buenas prácticas para lograr independencia.

ACUERDA:

- Adoptar, publicar y distribuir el documento titulado "Declaración de México sobre Independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores".

GENERALIDADES

Las EFS generalmente reconocen ocho principios básicos, derivados de la Declaración de Lima y de las decisiones adoptadas en el XVII Congreso de la INTOSAI (en Seúl, Corea), como requisitos esenciales para la correcta fiscalización del sector público.

Principio N° 1.- La existencia de un marco constitucional, reglamentario o legal apropiado y eficaz, así como de disposiciones para la aplicación de facto de dicho marco

Se requiere legislación que establezca, de manera detallada, el alcance de la independencia de la EFS.

Principio N° 2.- La independencia de la Autoridad Superior de la EFS, y de los "miembros" (para el caso de instituciones colegiadas), incluyendo la seguridad en el cargo y la inmunidad legal en el cumplimiento normal de sus obligaciones

La legislación aplicable especifica las condiciones para las designaciones, reelecciones, contratación, destitución y retiro de la autoridad superior de la EFS y de los "miembros" en las instituciones colegiadas, quienes son:

- designados, reelectos o destituidos mediante un proceso que asegure su independencia del Poder Ejecutivo. (ver ISSAI-11 Pautas Básicas y Buenas Prácticas Relacionadas con la Independencia de las EFS);
- designados por períodos lo suficientemente prolongados y fijos como para permitirles llevar a cabo su mandato sin temor a represalias; e
- inmunes frente a cualquier proceso por cualquier acto, pasado o presente, que resulte del normal cumplimiento de sus obligaciones según el caso.

Principio N° 3.- Un mandato suficientemente amplio y facultades plenamente discrecionales en el cumplimiento de las funciones de la EFS

Las EFS deben tener atribuciones para auditar:

- la utilización de los dineros, recursos o activos públicos por parte de un receptor o beneficiario, cualquiera sea su naturaleza jurídica;
- la recaudación de ingresos (rentas) adeudadas al gobierno o a instituciones públicas;
- la legalidad y la regularidad de la contabilidad del gobierno o de las instituciones públicas;
- la calidad de la administración e información financiera; y
- la economía, e. ciencia y eficacia de las operaciones del gobierno o de las instituciones públicas.

Excepto cuando la ley requiera específicamente que lo haga, las EFS no auditan la política del gobierno o la de las instituciones públicas, sino que se limitan a auditar la implementación de la política.

Si bien las EFS deben respetar aquellas leyes aprobadas por el Poder Legislativo que les sean aplicables, mantienen su independencia frente a toda directiva o interferencia de los Poderes Legislativo o Ejecutivo en lo que concierne a:

- la selección de los asuntos que serán auditados;
- la planificación, programación, ejecución, presentación de informes y seguimiento de sus auditorías;
- la organización y administración de sus o. cinas; y
- el cumplimiento de aquellas decisiones que, de acuerdo a lo dispuesto en su mandato, conlleven la aplicación de sanciones.

Las EFS no deben participar, ni dar la impresión de participar, en ningún aspecto, de la gestión de las organizaciones que auditan.

Las EFS deben asegurar que su personal no desarrolle una relación demasiado estrecha con las organizaciones que audita, de modo de ser y parecer objetivas.

Las EFS deben tener plenas facultades discrecionales para cumplir con sus responsabilidades, deben cooperar con los gobiernos o instituciones públicas que procuran mejorar la utilización y la gestión de los fondos públicos.

Las EFS deben utilizar normas de trabajo y de auditoría apropiadas, y un código de ética, basados en los documentos oficiales de la INTOSAI, la "International Federation of Accountants" u otras entidades reguladoras reconocidas.

Las EFS deben presentar un informe anual de actividades al Poder Legislativo y a otros órganos del Estado según lo establezca la Constitución, los reglamentos, o la legislación, el cual debe ser puesto a disposición del público.

Principio N° 4.- Acceso irrestricto a la información

Las EFS deben disponer de las potestades adecuadas para tener acceso oportuno, ilimitado, directo y libre, a toda la documentación y la información necesaria para el apropiado cumplimiento de sus responsabilidades reglamentarias.

Principio N° 5.- El derecho y la obligación de informar sobre su trabajo

Las EFS no deben estar impedidas de informar sobre los resultados de su trabajo de auditoría. Deben estar obligadas por ley a informar por lo menos una vez al año sobre los resultados de su trabajo de auditoría.

Principio N° 6.- Libertad de decidir el contenido y la oportunidad (momento) de sus informes de auditoría, al igual que sobre su publicación y divulgación

Las EFS tienen libertad para decidir el contenido de sus informes de auditoría.

Las EFS tienen libertad para formular observaciones y recomendaciones en sus informes de auditoría, tomando en consideración, según sea apropiado, la opinión de la entidad auditada.

La legislación específica los requisitos mínimos de los informes de auditoría de las EFS y, cuando procede, los asuntos específicos que deben ser objeto de una opinión formal o certificación de auditoría.

Las EFS tienen libertad para decidir sobre la oportunidad de sus informes de auditoría, salvo cuando la ley establece requisitos específicos al respecto.

Las EFS pueden aceptar solicitudes específicas de investigación o auditoría emanadas del Poder Legislativo en pleno, o de una comisión del mismo, o del gobierno.

Las EFS tienen libertad para publicar y divulgar sus informes una vez que dichos informes han sido formalmente presentados o remitidos a la autoridad respectiva como lo exige la ley.

Principio N° 7.- La existencia de mecanismos eficaces de seguimiento de las recomendaciones de la EFS

Las EFS presentan sus informes de auditoría al Poder Legislativo, a una de sus comisiones, o al directorio de la entidad auditada, según corresponda, para la revisión y el seguimiento de las recomendaciones específicas sobre adopción de medidas correctivas.

Las EFS tienen su propio sistema interno de seguimiento para asegurar que las entidades auditadas sigan adecuadamente sus observaciones y recomendaciones, así como las del Poder Legislativo, una de sus comisiones, o las del directorio, según corresponda.

Las EFS remiten sus informes de seguimiento al Poder Legislativo, una de sus comisiones, o al directorio de la entidad auditada, según corresponda, para su consideración y para que adopten las medidas pertinentes; incluso cuando las EFS tienen su propio poder legal para el seguimiento y aplicación de sanciones.

Principio N° 8.- Autonomía financiera y gerencial/administrativa, al igual que disponibilidad de recursos humanos, materiales y económicos apropiados

Las EFS deben disponer de los recursos humanos, materiales y económicos necesarios y razonables; el Poder Ejecutivo no debe controlar ni supeditar el acceso a esos recursos. Las EFS administran su propio presupuesto y lo asignan de modo apropiado.

El Poder Legislativo o una de sus comisiones es responsable de asegurar que las EFS tengan los recursos adecuados para cumplir con su mandato.

Las EFS tienen derecho a apelar directamente ante el Poder Legislativo si los recursos que les fueron asignados resultan insuficientes para permitirles cumplir con su mandato.

ANEXO II

Normas sobre control y responsabilidad de funcionarios públicos

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

LEY N° 27785
(Publicada el 23/07/2002)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I
ALCANCE, OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Artículo 1.- Alcance de la ley

La presente Ley establece las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República como ente técnico rector de dicho Sistema.

Cuando en ella se mencione los vocablos Sistema, Contraloría General y Ley, se entenderán referidos al Sistema Nacional de Control, a la Contraloría General de la República y a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, respectivamente.

Concordancia:

- Constitución Política del Perú, publicada el 30.Dic.1993, artículo 82.

Artículo 2.- Objeto de la ley

Es objeto de la Ley propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad

de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación.

Concordancia:

- Constitución Política del Perú, publicada el 30.Dic.1993, artículo 82.

Artículo 3.- Ámbito de aplicación

Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen.

Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes:

a) El Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sus respectivas instituciones.

b) Los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria.

c) Las unidades administrativas del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público.

d) Los Organismos Autónomos creados por la Constitución Política del Estado y por ley, e instituciones y personas de derecho público.

e) Los organismos reguladores de los servicios públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización.

f) Las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que este participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación.

g) Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren.

En estos casos, la entidad sujeta a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema.

Concordancia:

- Directiva N° 003-2010-CG/GOCI. "Disposiciones para el uso del Sistema Paracas y registro de información para los jefes de los Órganos de Control Institucional", aprobada por la Resolución N° 222-2010-CG, publicada el 25.Ago.2010.

Artículo 4.- Control de recursos y bienes del Estado fuera del ámbito del sistema

Las entidades que, en uso de sus facultades, destinen recursos y bienes del Estado, incluyendo donaciones provenientes de fuentes extranjeras cooperantes, a entidades no gubernamentales nacionales o internacionales no sujetas a control, se encuentran obligadas a informar a la Contraloría General, sobre la inversión y sus resultados, derivados de la evaluación permanente que debe practicarse sobre tales recursos.

Dichos recursos y bienes serán administrados por los beneficiarios de acuerdo a la finalidad o condición de su asignación, para cuyo efecto se utilizarán registros y/o cuentas especiales que permitan su análisis específico, asimismo, en sus convenios o contratos se establecerá la obligación de exhibir dichos registros ante la Contraloría General, cuando esta lo requiera.

Los órganos del Sistema deberán prever los mecanismos necesarios que permitan un control detallado, pudiendo disponer las acciones de verificación que correspondan.

Concordancia:

- Comunicado Oficial N° 05-2008-CG[1]. "Aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 27785", publicado el 20.Ene.2008.

Artículo 5.- Especialidad de la norma

Las disposiciones de esta Ley, y aquellas que expide la Contraloría General en uso de sus atribuciones como ente técnico rector del Sistema, prevalecen en materia de control gubernamental sobre las que, en oposición o menoscabo de estas, puedan dictarse por las entidades.

CAPÍTULO II
CONTROL GUBERNAMENTAL

Artículo 6.- Concepto

El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.

El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente.

Concordancias:

- Directiva N° 002-2009-CG/CA. "Ejercicio del control preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Órganos de Control Institucional - OCI", aprobada por Resolución N° 094-2009-CG, publicada el 21.Ago.2009.

(1) Mediante el citado comunicado, la Contraloría General de la República recuerda a las entidades sujetas a control, incluidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley N° 27785 que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de dicho dispositivo, las entidades que, en uso de sus facultades, destinen recursos y bienes del Estado, incluyendo donaciones provenientes de fuentes extranjeras cooperantes, a entidades no gubernamentales nacionales o internacionales no sujetas a control, deberán tener en cuenta lo siguiente:

1. La entidad sujeta a control deberá realizar una evaluación permanente de los recursos transferidos o asignados.
2. Los destinatarios de los recursos y bienes deben administrarlos conforme a la finalidad o condición para los que fueron asignados.
3. Los destinatarios de los recursos o bienes utilizarán registros y/o cuentas especiales que permitan su análisis específico; debiéndose incluir en los convenios la obligación de exhibir dichos registros ante la Contraloría General de la República.
4. Los órganos del sistema podrán disponer las acciones de verificación que correspondan.

- Directiva N° 002-2010-CG/OEA. "Control previo externo de las prestaciones adicionales de obra", aprobada por Resolución N° 196-2010-CG, publicada el 23.Jul.2010.
- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008, artículo 7.

Artículo 7.- Control interno

El control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Su ejercicio es previo, simultáneo y posterior.

El control interno previo y simultáneo compete exclusivamente a las autoridades, funcionarios y servidores públicos de las entidades como responsabilidad propia de las funciones que le son inherentes, sobre la base de las normas que rigen las actividades de la organización y los procedimientos establecidos en sus planes, reglamentos, manuales y disposiciones institucionales, los que contienen las políticas y métodos de autorización, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección.

El control interno posterior es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor, en función del cumplimiento de las disposiciones establecidas, así como por el órgano de control institucional según sus planes y programas anuales, evaluando y verificando los aspectos administrativos del uso de los recursos y bienes del Estado, así como la gestión y ejecución llevadas a cabo, en relación con las metas trazadas y resultados obtenidos.

Es responsabilidad del Titular de la entidad fomentar y supervisar el funcionamiento y confiabilidad del control interno para la evaluación de la gestión y el efectivo ejercicio de la rendición de cuentas, propendiendo a que este contribuya con el logro de la misión y objetivos de la entidad a su cargo.

El Titular de la entidad está obligado a definir las políticas institucionales en los planes y/o programas anuales que se formulen, los que serán objeto de las verificaciones a que se refiere esta Ley.

Concordancias:

- Ley N° 28716. Ley de Control Interno de las Entidades del Estado, publicada el 18.Abr.2006, artículos 1, 5 y 3ª disp. comp. y final.
- Resolución N° 320-2006-CG. Normas de control interno, publicada el 03.Nov.2006. Fe de erratas publicada el 16.Nov.2006.
- Resolución N° 458-2008-CG. Guía para la implementación del Sistema de Control Interno de las Entidades del Estado, publicada el 30.Oct.2008.
- Directiva N° 04-2007-CG/GDES. "Rendición de cuentas de los titulares de las entidades", aprobada por Resolución N° 332-2007-CG, publicada el 12.Oct.2007, num. 4, inc. 4.1.2.
- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008, artículos 5 inc. b), 7 y 20 inc. a).

- Directiva N° 002-2009-CG/CA. "Ejercicio del control preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Órganos de Control Institucional - OCI", aprobada por Resolución N° 094-2009-CG, publicada el 21.Ago.2009.
- Directiva N° 002-2010-CG/OEA. "Control previo externo de las prestaciones adicionales de obra", aprobada por Resolución N° 196-2010-CG, publicada el 23.Jul.2010.

Artículo 8.- Control externo

Se entiende por control externo el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos, que compete aplicar a la Contraloría General u otro órgano del Sistema por encargo o designación de esta, con el objeto de supervisar, vigilar y verificar la gestión, la captación y el uso de los recursos y bienes del Estado. Se realiza fundamentalmente mediante acciones de control con carácter selectivo y posterior.

En concordancia con sus roles de supervisión y vigilancia, el control externo podrá ser preventivo o simultáneo, cuando se determine taxativamente por la presente Ley o por normativa expresa, sin que en ningún caso conlleve injerencia en los procesos de dirección y gerencia a cargo de la administración de la entidad, o interferencia en el control posterior que corresponda.

Para su ejercicio, se aplicarán sistemas de control de legalidad, de gestión, financiero, de resultados, de evaluación de control interno u otros que sean útiles en función a las características de la entidad y la materia de control, pudiendo realizarse en forma individual o combinada.

Asimismo, podrá llevarse a cabo inspecciones y verificaciones, así como las diligencias, estudios e investigaciones necesarias para fines de control.

Concordancias:

- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008, artículos 5 inc. b), 7 y 20 inc. a).
- Directiva N° 002-2009-CG/CA. "Ejercicio del control preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Órganos de Control Institucional - OCI", aprobada por Resolución N° 094-2009-CG, publicada el 21.Ago.2009.

Artículo 9.- Principios del control gubernamental

Son principios que rigen el ejercicio del control gubernamental:

a) La universalidad, entendida como la potestad de los órganos de control para efectuar, con arreglo a su competencia y atribuciones, el control sobre todas las actividades de la respectiva entidad, así como de todos sus funcionarios y servidores, cualquiera fuere su jerarquía.

b) El carácter integral, en virtud del cual el ejercicio del control consta de un conjunto de acciones y técnicas orientadas a evaluar, de manera cabal y completa, los procesos y operaciones materia de examen en la entidad y sus beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, las metas cualitativas y

cuantitativas establecidas, su vinculación con políticas gubernamentales, variables exógenas no previsibles o controlables e índices históricos de eficiencia.

c) La autonomía funcional, expresada en la potestad de los órganos de control para organizarse y ejercer sus funciones con independencia técnica y libre de influencias. Ninguna entidad o autoridad, funcionario o servidor público, ni terceros, pueden oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de sus funciones y atribuciones de control.

d) El carácter permanente, que define la naturaleza continua y perdurable del control como instrumento de vigilancia de los procesos y operaciones de la entidad.

e) El carácter técnico y especializado del control, como sustento esencial de su operatividad, bajo exigencias de calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio; considerando la necesidad de efectuar el control en función de la naturaleza de la entidad en la que se incide.

Concordancias:

- Resolución N° 177-2007-CG. Guía para la auditoría de obras públicas por contrata, publicada el 28.May.2007.
- Resolución N° 195-88-CG. Normas públicas que regulan la ejecución de obras públicas por administración directa, publicada el 27.Jul.1988.
- Directiva N° 009-2011-CG/OEA. "Registro de información sobre obras públicas del Estado - Infobras", aprobada por Resolución N° 335-2011-CG, publicada el 24.Nov.2011.
- Resolución N° 532-2005-CG. Guía para la auditoría de las contrataciones y adquisiciones del Estado, publicada el 12.Ene.2006.
- Resolución N° 431-2007-CG. Guía para la auditoría a los arbitrios municipales, publicada el 20.Dic.2007.
- Directiva N° 07-99-CG/SDE. "Lineamientos para la auditoría al Programa del Vaso de Leche por los órganos de auditoría del Sistema Nacional de Control y sociedades de auditoría designadas, en el ámbito de los Gobiernos Locales", aprobada por Resolución N° 118-99-CG, publicada el 17.Oct.1999.
- Resolución N° 118-99-CG. Guía de examen especial para el Programa del Vaso de Leche, publicada el 17.Oct.1999.
- Resolución N° 027-2008-CG. Lineamientos para el control de los programas sociales, publicada el 30.Ene.2008.

f) La legalidad, que supone la plena sujeción del proceso de control a la normativa constitucional, legal y reglamentaria aplicable a su actuación.

g) El debido proceso de control, por el que se garantiza el respeto y observancia de los derechos de las entidades y personas, así como de las reglas y requisitos establecidos.

h) La eficiencia, eficacia y economía, a través de los cuales el proceso de control logra sus objetivos con un nivel apropiado de calidad y óptima utilización de recursos.

i) La oportunidad, consistente en que las acciones de control se lleven a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido.

j) La objetividad, en razón de la cual las acciones de control se realizan sobre la base de una debida e imparcial evaluación de fundamentos de hecho y de derecho, evitando apreciaciones subjetivas.

k) La materialidad, que implica la potestad del control para concentrar su actuación en las transacciones y operaciones de mayor significación económica o relevancia en la entidad examinada.

l) El carácter selectivo del control, entendido como el que ejerce el Sistema en las entidades, sus órganos y actividades críticas de los mismos, que denoten mayor riesgo de incurrir en actos contra la probidad administrativa.

ll) La presunción de licitud, según la cual, salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes.

m) El acceso a la información, referido a la potestad de los órganos de control de requerir, conocer y examinar toda la información y documentación sobre las operaciones de la entidad, aunque sea secreta, necesaria para su función.

n) La reserva, por cuyo mérito se encuentra prohibido que durante la ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último.

Concordancia:

- Directiva N° 003-2004-CG/SGE. "Normas sobre difusión y acceso a los informes de control gubernamental", aprobada por Resolución N° 061-2004-CG, publicada el 19.Feb.2004.

o) La continuidad de las actividades o funcionamiento de la entidad al efectuar una acción de control.

p) La publicidad, consistente en la difusión oportuna de los resultados de las acciones de control u otras realizadas por los órganos de control, mediante los mecanismos que la Contraloría General considere pertinentes.

q) La participación ciudadana, que permita la contribución de la ciudadanía en el ejercicio del control gubernamental.

r) La flexibilidad, según la cual, al realizarse el control, ha de otorgarse prioridad al logro de las metas propuestas, respecto de aquellos formalismos cuya omisión no incida en la validez de la operación objeto de la verificación, ni determinen aspectos relevantes en la decisión final.

Los citados principios son de observancia obligatoria por los órganos de control y pueden ser ampliados o modificados por la Contraloría General, a quien compete su interpretación.

Concordancias:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 4.

- Directiva N° 02-2006-CG. "Procedimiento de Veeduría Ciudadana en las Entidades", aprobada por Resolución N° 155-2006-CG, publicada el 27.May.2006.
- Resolución N° 374-2006-CG. Guía para el desarrollo de las Veedurías Ciudadanas en apoyo a la Contraloría General de la República, publicada el 13.Dic.2006.
- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008, artículo 4.

Artículo 10.- Acción de control

La acción de control es la herramienta esencial del Sistema, por la cual el personal técnico de sus órganos conformantes, mediante la aplicación de las normas, procedimientos y principios que regulan el control gubernamental, efectúa la verificación y evaluación, objetiva y sistemática, de los actos y resultados producidos por la entidad en la gestión y ejecución de los recursos, bienes y operaciones institucionales.

Las acciones de control se realizan con sujeción al Plan Nacional de Control y a los planes aprobados para cada órgano del Sistema de acuerdo a su programación de actividades y requerimientos de la Contraloría General. Dichos planes deberán contar con la correspondiente asignación de recursos presupuestales para su ejecución, aprobada por el Titular de la entidad, encontrándose protegidos por el principio de reserva.

Como consecuencia de las acciones de control se emitirán los informes correspondientes, los mismos que se formularán para el mejoramiento de la gestión de la entidad, incluyendo el señalamiento de responsabilidades que, en su caso, se hubieran identificado. Sus resultados se exponen al Titular de la entidad, salvo que se encuentre comprendido como presunto responsable civil y/o penal.

Concordancias:

- Resolución N° 162-95-CG. Normas de Auditoría Gubernamental (NAGU) - Normas profesionales, publicada el 26.Set.1995.
- Resolución N° 152-98-CG. Manual de Auditoría Gubernamental (MAGU), publicada el 19.Dic.1998.

Artículo 11.- Responsabilidades y sanciones derivadas del proceso de control(2)

Para la determinación de responsabilidades derivadas de la acción de control, deberá brindarse a las personas comprendidas en el procedimiento, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios o aclaraciones sobre los fundamentos correspondientes que se hayan considerado, salvo en los casos justificados señalados en las normas reglamentarias.

(2) Artículo modificado, a partir del 06/04/2011, por el artículo 2 de la Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley General del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, Ley N° 29622, publicada el 07/12/2010. El texto anterior era el siguiente:
"Artículo 11.- Responsabilidades y sanciones derivados de los informes de control
Las acciones de control que efectúen los órganos del Sistema no serán concluidas sin que se otorgue al personal responsable comprendido en ellas, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios y aclaraciones sobre los hallazgos en que estuvieran incursos, salvo en los casos justificados señalados en las normas reglamentarias.

Cuando se identifique responsabilidad administrativa funcional, la Contraloría General adoptará las acciones para la determinación de responsabilidad y la imposición de la respectiva sanción, conforme a las atribuciones establecidas en la presente Ley. Por otro lado, de identificarse responsabilidades de tipo civil o penal, las autoridades competentes, de acuerdo a ley, iniciarán ante el fuero respectivo aquellas acciones de orden legal que correspondan a dichas responsabilidades. En el caso de responsabilidades de naturaleza penal, el jefe del Órgano de Auditoría Interna comunicará sobre las responsabilidades simultáneamente al procurador público para que este último accione cuando el titular de la entidad no haya cumplido con actuar inmediatamente de tomado conocimiento de dichas irregularidades.

La ejecución de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional impuestas por la Contraloría General o el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas son de obligatorio cumplimiento por los titulares de las entidades, en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario, bajo responsabilidad del mismo.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 12.

TÍTULO II
SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

CAPÍTULO I
CONCEPTO Y CONFORMACIÓN DEL SISTEMA

Artículo 12.- Definición

El Sistema Nacional de Control es el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

Su actuación comprende todas las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza al personal que presta servicios en ellas, independientemente del régimen que las regule.

Artículo 13.- Conformación

El Sistema está conformado por los siguientes órganos de control:

a) La Contraloría General, como ente técnico rector.

Cuando en el informe respectivo se identifiquen responsabilidades, sean estas de naturaleza administrativa funcional, civil o penal, las autoridades institucionales y aquellas competentes de acuerdo a Ley, adoptarán inmediatamente las acciones para el deslinde de la responsabilidad administrativa funcional y aplicación de la respectiva sanción, e iniciarán, ante el fuero respectivo, aquellas de orden legal que consecuentemente correspondan a la responsabilidad señalada.
Las sanciones se imponen por el Titular de la entidad y, respecto de este en su caso, por el organismo o sector jerárquico superior o el llamado por ley".

b) Todas las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de las entidades que se mencionan en el artículo 3 de la presente Ley, sean estas de carácter sectorial, regional, institucional o se regulen por cualquier otro ordenamiento organizacional.

c) Las sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la Contraloría General y contratadas, durante un periodo determinado, para realizar servicios de auditoría en las entidades: económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros.

Concordancia:

- Resolución N° 063-2007-CG. Reglamento de las sociedades de auditoría conformantes del Sistema Nacional de Control, publicada el 24.Feb.2007, artículo 3.

Artículo 14.- Regulación del control

El ejercicio del control gubernamental por el Sistema en las entidades, se efectúa bajo la autoridad normativa y funcional de la Contraloría General, la que establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos correspondientes a su proceso, en función a la naturaleza y/o especialización de dichas entidades, las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución.

Dicha regulación permitirá la evaluación, por los órganos de control, de la gestión de las entidades y sus resultados.

La Contraloría General, en su calidad de ente técnico rector, organiza y desarrolla el control gubernamental en forma descentralizada y permanente, el cual se expresa con la presencia y accionar de los órganos a que se refiere el literal b) del artículo precedente en cada una de las entidades públicas de los niveles central, regional y local, que ejercen su función con independencia técnica.

Concordancias:

- Ley N° 28716. Ley de Control Interno de las Entidades del Estado, publicada el 18.Abr.2006, artículo 10.
- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008.
- Directiva N° 002-2009-CG/CA. "Ejercicio del control preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Órganos de Control Institucional - OCI", aprobada por Resolución N° 094-2009-CG, publicada el 21.Ago.2009.

CAPÍTULO II
ATRIBUCIONES DEL SISTEMA

Artículo 15.- Atribuciones del sistema

Son atribuciones del Sistema:

a) Efectuar la supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado, el cual también comprende supervisar la

legalidad de los actos de las instituciones sujetas a control en la ejecución de los lineamientos para una mejor gestión de las finanzas públicas, con prudencia y transparencia fiscal, conforme a los objetivos y planes de las entidades, así como de la ejecución de los presupuestos del Sector Público y de las operaciones de la deuda pública.

Concordancia:

- Resolución N° 157-99-CG. Guía de Auditoría al Estado de la Deuda Pública y su correspondiente Guía del Auditado, publicada el 18.Dic.1999.

b) Formular oportunamente recomendaciones para mejorar la capacidad y eficiencia de las entidades en la toma de sus decisiones y en el manejo de sus recursos, así como los procedimientos y operaciones que emplean en su accionar, a fin de optimizar sus sistemas administrativos, de gestión y de control interno.

c) Impulsar la modernización y el mejoramiento de la gestión pública, a través de la optimización de los sistemas de gestión y ejerciendo el control gubernamental con especial énfasis en las áreas críticas sensibles a actos de corrupción administrativa.

d) Propugnar la capacitación permanente de los funcionarios y servidores públicos en materias de administración y control gubernamental. Los objetivos de la capacitación estarán orientados a consolidar, actualizar y especializar su formación técnica, profesional y ética. Para dicho efecto, la Contraloría General, a través de la Escuela Nacional de Control, o mediante Convenios celebrados con entidades públicas o privadas, ejerce un rol tutelar en el desarrollo de programas y eventos de esta naturaleza. Los titulares de las entidades están obligados a disponer que el personal que labora en los sistemas administrativos participe en los eventos de capacitación que organiza la Escuela Nacional de Control, debiendo tales funcionarios y servidores acreditar cada dos años dicha participación.

   Dicha obligación se hace extensiva a las Sociedades de Auditoría que forman parte del Sistema, respecto al personal que empleen para el desarrollo de las auditorías externas.

e) Exigir a los funcionarios y servidores públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, identificando el tipo de responsabilidad incurrida, sea administrativa funcional, civil o penal y recomendando la adopción de las acciones preventivas y correctivas necesarias para su implementación. Para la adecuada identificación de la responsabilidad en que hubieren incurrido funcionarios y servidores públicos, se deberá tener en cuenta cuando menos las pautas de: identificación del deber incumplido, reserva, presunción de licitud, relación causal, las cuales serán desarrolladas por la Contraloría General.

f) Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.

   En el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables.

g) Brindar apoyo técnico al Procurador Público o al representante legal de la entidad, en los casos en que deban iniciarse acciones judiciales derivadas de una acción de control, prestando las facilidades y/o aclaraciones del caso, y alcanzando la documentación probatoria de la responsabilidad incurrida.

Los diversos órganos del Sistema ejercen estas atribuciones y las que expresamente les señala esta Ley y sus normas reglamentarias.

CAPÍTULO III
ÓRGANOS DEL SISTEMA

Artículo 16.- Contraloría General

La Contraloría General es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como, contribuir con los Poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía para su adecuada participación en el control social.

No puede ejercer atribuciones o funciones distintas a las establecidas en la Constitución Política, en esta Ley, las disposiciones reglamentarias y las normas técnicas especializadas que emita en uso de sus atribuciones.

Artículo 17.- Órgano de Auditoría Interna

Las entidades comprendidas en los incisos a), b), c) y d) del artículo 3 de la presente Ley, así como las empresas en las que el Estado tenga una participación accionaria total o mayoritaria, tendrán necesariamente un Órgano de Auditoría Interna ubicado en el mayor nivel jerárquico de la estructura de la entidad, el cual constituye la unidad especializada responsable de llevar a cabo el control gubernamental en la entidad.

El Titular de la entidad tiene la obligación de cautelar la adecuada implementación del Órgano de Auditoría Interna y la asignación de recursos suficientes para la normal ejecución de sus actividades de control.

El citado Órgano mantiene una relación funcional con la Contraloría General, efectuando su labor, de conformidad con los lineamientos y políticas que para tal efecto establezca el Organismo Superior de Control.

Concordancias:

- Ley N° 29555. Ley que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuesto de los Órganos de Control Institucional a la Contraloría General de la República, publicada el 13.Jul.2010.
- Resolución N° 220-2011-CG. Modifica el Reglamento de los Órganos de Control Institucional y aprueba versión actualizada, publicada el 19.Ago.2011.
- Comunicado Oficial N° 03-2008-CG. Fortalecimiento de los Órganos de Control Institucional y la encargatura de su jefatura, publicado el 12.Ene.2008.

- Directiva N° 007-2003-CG/PL. "Procedimiento para la formulación, seguimiento y registro de encargos de acciones de control posterior a los Órganos de Control Institucional", aprobada por Resolución N° 432-2003-CG, de 19.Dic.2003.
- Directiva N° 007-2011-CG/PEC. "Lineamientos de política para la formulación de los Planes Anuales de Control de los Órganos del Sistema Nacional de Control - año 2012 y formulación y evaluación del Plan Anual de Control de los Órganos de Control Institucional para el año 2012", aprobada por Resolución N° 321-2011-CG, publicada el 11.Nov.2011.
- Directiva N° 002-2005-CG/OCI-GSNC. "Estructura y contenido del informe anual emitido por los jefes de los Órganos de Control Regional y Local ante el Consejo Regional o Concejo Municipal", aprobada por Resolución N° 549-2005-CG, publicada el 30.Dic.2005.
- Directiva N° 003-2010-CG/GOCI. "Disposiciones para el uso del Sistema Paracas y registro de información para los jefes de los Órganos de Control Institucional", aprobada por Resolución N° 222-2010-CG, publicada el 25.Ago.2010.

Artículo 18.- Vinculación del Jefe del Órgano de Auditoría Interna con la Contraloría General

El Jefe del Órgano de Auditoría Interna mantiene una vinculación de dependencia funcional y administrativa con la Contraloría General, en su condición de ente técnico rector del Sistema, sujetándose a sus lineamientos y disposiciones.

En el desempeño de sus labores, actúa con independencia técnica dentro del ámbito de su competencia.

Concordancia:

- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008, artículo 15.

Artículo 19.- Designación y separación del Jefe del Órgano de Auditoria Interna(3)

La Contraloría General, aplicando el principio de carácter técnico y especializado del control, nombra mediante concurso público de méritos a los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna, y hasta un veinticinco por ciento (25%) de los mismos, por designación directa del personal profesional de la Contraloría General.

Los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna pueden ser trasladados a otra plaza por necesidad del servicio. La Contraloría General regula la separación definitiva del Jefe

(3) Artículo modificado por el artículo único de la Ley N° 28557 publicada el 28/06/2005. El texto anterior era el siguiente:
Artículo 19.- Designación y separación del Jefe del Órgano de Auditoría Interna
La designación y separación definitiva de los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna, se efectúa por la Contraloría General de acuerdo a los requisitos, procedimientos, incompatibilidades y excepciones que establecerá para el efecto.
Las entidades sujetas a control proporcionarán personal, recursos y los medios necesarios para el ejercicio de la función de control en dichas entidades, de acuerdo con las disposiciones que sobre el particular dicte la Contraloría General.

del Órgano de Auditoría Interna de acuerdo a las causales, procedimientos e incompatibilidades que establezca para tal efecto, atendiendo al régimen laboral prescrito en el artículo 36.

Las entidades sujetas a control proporcionarán personal, recursos y los medios necesarios para el ejercicio de la función de control en dichas entidades, de acuerdo con las disposiciones que sobre el particular dicte la Contraloría General.

Concordancia:

- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008, artículos 24 y 37.

Artículo 20.- Sociedades de auditoría

Las sociedades de auditoría, para efectos de esta Ley, son las personas jurídicas calificadas e independientes en la realización de labores de control posterior externo, que son designadas por la Contraloría General, previo Concurso Público de Méritos, y contratadas por las entidades para examinar las actividades y operaciones de las mismas, opinar sobre la razonabilidad de sus estados financieros, así como evaluar la gestión, captación y uso de los recursos asignados.

El proceso de designación y contratación de las sociedades de auditoría, el seguimiento y evaluación de informes, las responsabilidades, así como su registro, es regulado por la Contraloría General.

Concordancias

- Resolución N° 063-2007-CG. Reglamento de las sociedades de auditoría conformantes del Sistema Nacional de Control, publicada el 24.Feb.2007. Fe de erratas publicada el 05.Mar.2007. Modificada por Resolución N° 388-2007-CG, publicada el 16.Nov.2007; Resolución N° 460-2008-CG, publicada el 30.Oct.2008; Resolución N° 058-2009-CG, publicada el 09.Jul.2009; Resolución N° 173-2009-CG, publicada el 02.Dic.2009, y Resolución N° 258-2010-CG, publicada el 05.Oct.2010.
- Directiva N° 001-2003-CG/CE. "Registro de sociedades para la designación y contratación de auditorías en las entidades sujetas a control", aprobada por Resolución N° 250-2003-CG, publicada el 12.Ago.2003. Fe de erratas publicada el 15.Ago.2003. Modificada por Resolución N° 367-2003-CG, publicada el 31.Oct.2003; Resolución N° 144-2004-CG, publicada el 29.Abr.2004, y Resolución N° 566-2004-CG, publicada el 08.Ene.2005.
- Resolución N° 388-2007-CG. Lineamientos para el proceso de reinscripción en el Registro de Sociedades Calificadas para la Designación y Contratación de Auditorías en las Entidades Sujetas a Control, publicada el 16.Nov.2007.
- Resolución N° 461-2008-CG. Instructivo para el proceso de designación de sociedades de auditoría a través de concurso público de méritos, de 28.Oct.2008. Modificada por Resolución N° 038-2011-CG, publicada el 04.Feb.2011; Resolución N° 269-2011-CG, publicada el 12.Oct.2011, y Resolución N° 091-2012-CG, publicada el 22.Mar.2012.

Artículo 21.- Ejercicio funcional

Los órganos del Sistema ejercen su función de control gubernamental con arreglo a lo establecido en la presente Ley y las disposiciones que emite la Contraloría General para normar sus actividades, obligaciones y responsabilidades, siendo su cumplimiento objeto de supervisión permanente por el ente técnico rector del Sistema.

Concordancia:

- Directiva N° 003-2010-CG/GOCI. "Disposiciones para el uso del Sistema Paracas y registro de información para los jefes de los Órganos de Control Institucional", aprobada por la Resolución N° 222-2010-CG, publicada el 25.Ago.2010.
- Resolución N° 070-2001-CG. Sistema de Auditoría Gubernamental (SAGU), publicada el 13.Jun.2001.
- Resolución N° 267-2008-CG. Modifica denominación del Sistema de Auditoría Gubernamental (SAGU) por la de Sistema de Control Gubernamental, publicada el 5.Jul.2008.
- Directiva N° 09-2001-CG/B180. "Uso del Sistema de Auditoría Gubernamental - SAGU (ahora Sistema de Control Gubernamental) por entidades, órganos de auditoría interna comprendidas en el Sistema Nacional de Control y sociedades de auditoría designadas", aprobada por Resolución N° 070-2001-CG, publicada el 13.Jun.2001.
- Directiva N° 04-2002-CG/GDE. "Procedimiento para el registro de la ejecución de acciones de control de la Contraloría General de la República en el Sistema de Auditoría Gubernamental - SAGU (ahora Sistema de Control Gubernamental), aprobada por Resolución N° 216-2002-CG, de 20.Set.2002. Modificada por Resolución N° 145-2006-CG de 17.May.2006; Resolución N° 143-2008-CG de 14.Abr.2008, y Resolución N° 445-2008-CG de 28.Oct.2008.

TÍTULO III
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

CAPÍTULO I
ATRIBUCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Artículo 22.- Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

a) Tener acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos; así como requerir información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades; siempre y cuando no violen la libertad individual.

b) Ordenar que los órganos del Sistema realicen las acciones de control que a su juicio sean necesarios o ejercer en forma directa el control externo posterior sobre los actos de las entidades.

c) Supervisar y garantizar el cumplimiento de las recomendaciones que se deriven de los informes de control emanados de cualquiera de los órganos del Sistema.

Concordancia:

- Directiva N° 014-2000-CG/B150. "Verificación y seguimiento de implementación de recomendaciones derivadas de informes de acciones de control", aprobada por Resolución N° 279-2000-CG, publicada el 30.Dic.2000.

d) Disponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata, por el Procurador Público de la Contraloría General o el Procurador del Sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal(4).

Asimismo, ejerce la potestad para sancionar a los funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones contra la administración referidas en el subcapítulo II sobre el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

e) Normar y velar por la adecuada implantación de los Órganos de Auditoría Interna, requiriendo a las entidades el fortalecimiento de dichos órganos con personal calificado e infraestructura moderna necesaria para el cumplimiento de sus fines.

f) Presentar anualmente al Congreso de la República el Informe de Evaluación a la Cuenta General de la República, para cuya formulación la Contraloría General dictará las disposiciones pertinentes.

Concordancia:

- Directiva N° 013-2001-CG/B340. "Disposiciones para la auditoría a la información financiera y el examen especial a la información presupuestaria preparada para la Cuenta General de la República por las entidades del Sector Público", aprobada por Resolución N° 117-2001-CG, publicada el 28.Jul.2001.

g) Absolver consultas, emitir pronunciamientos institucionales e interpretar la normativa del control gubernamental con carácter vinculante, y de ser el caso, orientador. Asimismo establecerá mecanismos de orientación para los sujetos de control respecto a sus derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades previstos en la normativa de control.

h) Aprobar el Plan Nacional de Control y los planes anuales de control de las entidades.

i) Efectuar las acciones de control ambiental y sobre los recursos naturales, así como sobre los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la Nación, informando semestralmente sobre el resultado de las mismas y sobre los procesos administrativos y judiciales, si los hubiere, a las comisiones competentes del Congreso de la República(5).

(4) Segundo párrafo incorporado, a partir del 06/04/2011, por el artículo 3 de la Ley N° 29622 publicada el 07/12/2010.

(5) Inciso modificado por el artículo único de la Ley N° 28422 publicada el 17/12/2004. El texto anterior era el siguiente:

Concordancia:

- Resolución N° 470-2008-CG. Guía de Auditoría Ambiental Gubernamental y sus primeros tres apéndices, publicada el 01.Nov.2008.

j) Emitir opinión previa vinculante sobre adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras, que conforme a ley tengan el carácter de secreto militar o de orden interno exonerados de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa.

Concordancia:

- Directiva N° 007-2001-CG/B140. "Emisión de opinión previa en adquisiciones y contrataciones con carácter de secreto militar u orden interno exoneradas de licitación, concurso público o adjudicaciones", aprobada por Resolución N° 046-2001-CG, publicada el 20.Abr.2001.

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

Concordancia:

- Directiva N° 002-2010-CG/OEA. "Control previo externo de las prestaciones adicionales de obra", aprobada por Resolución N° 196-2010-CG, publicada el 23.Jul.2010.

l) Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior(6).

Concordancia:

- Resolución N° 052-2010-CG. Reglamento para la emisión del informe previo establecido por el literal l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, publicada el 23.Feb.2010. Modificada por Resolución N° 029-2011-CG, publicada el 30.Ene.2011, y Resolución N° 286-2011-CG, publicada el 21.Oct.2011.

ll) Designar de manera exclusiva, Sociedades de Auditoría que se requieran, a través de Concurso Público de Méritos, para efectuar Auditorías en las entidades, supervisando sus labores con arreglo a las disposiciones de designación de Sociedades de Auditoría que para el efecto se emitan.

m) Requerir el apoyo y/o destaque de funcionarios y servidores de las entidades para la ejecución de actividades de control gubernamental.

n) Recibir y atender denuncias y sugerencias de la ciudadanía relacionadas con las funciones de la administración pública, otorgándoles el trámite correspondiente

---

i) Efectuar las acciones de control ambiental y sobre los recursos naturales, así como sobre los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la Nación, informando periódicamente a la Comisión competente del Congreso de la República.

(6) Por disposición del artículo 1 de la R.C. N° 052-2010-CG publicada el 20/02/2010, se aprueba el "Reglamento para la Emisión del Informe Previo establecido por el literal l) del artículo 22 de la Ley N° 27785".

sea en el ámbito interno, o derivándolas ante la autoridad competente; estando la identidad de los denunciantes y el contenido de la denuncia protegidos por el principio de reserva[7].

Concordancias:

- Ley N° 29542. Ley de Protección al Denunciante en el Ámbito Administrativo y de Colaboración Eficaz en el Ámbito Penal, publicada el 22.Jun.2010.
- Directiva N° 006-2011-CG/GSND. "Sistema Nacional de Atención de Denuncias", aprobada por Resolución N° 184-2011-CG, publicada el 20.Jul.2011.
- Resolución N° 359-2007-CG. Guía del procedimiento del Servicio de Atención de Denuncias y los Cuadernos de Trabajo, publicada el 24.Oct.2007.

ñ) Promover la participación ciudadana, mediante audiencias públicas y/o sistemas de vigilancia en las entidades, con el fin de coadyuvar en el control gubernamental.

Concordancias:

- Directiva N° 02-2006-CG. "Procedimiento de Veeduría Ciudadana en las Entidades", aprobada por Resolución N° 155-2006-CG, publicada el 27.May.2006.
- Resolución N° 374-2006-CG. Guía para el desarrollo de las Veedurías Ciudadanas en apoyo a la Contraloría General de la República, publicada el 13.Dic.2006.
- Directiva N° 010-2006-CG/SG. "Registro de Veedores Ciudadanos", aprobada por Resolución N° 375-2006-CG, publicada el 13.Dic.2006.
- Directiva N° 03-2007-CG. "Funcionamiento de las brigadas ciudadanas de la Contraloría General de la República - Brigadas CGR", aprobada por Resolución N° 273-2007-CG, publicada el 25.Ago.2007.
- Directiva N° 05-2009-CG/PSC. "Procedimientos de registro, procesamiento y verificación de las denuncias y atención de las sugerencias ciudadanas referidas a la ejecución de proyectos de inversión pública y mantenimiento de infraestructura bajo la modalidad de núcleos ejecutores", aprobada por Resolución N° 192-2009-CG, publicada el 23.Dic.2009.

o) Participar directamente y/o en coordinación con las entidades en los procesos judiciales, administrativos, arbitrales u otros, para la adecuada defensa de los intereses del Estado, cuando tales procesos incidan sobre recursos y bienes de este.

p) Recibir, registrar, examinar y fiscalizar las Declaraciones Juradas de Ingresos y de Bienes y Rentas que deben presentar los funcionarios y servidores públicos obligados de acuerdo a Ley.

Concordancias:

- Directiva N° 02-2002-CG/AC. "Procesamiento y evaluación de declaraciones juradas de ingresos y de bienes y rentas de autoridades, funcionarios

(7) Por disposición de la Resolución N° 184-2011-CG publicada el 20/07/2011 se aprueba directiva "Sistema Nacional de Atención de Denuncias".

y servidores públicos, así como información sobre contratos o nombramientos remitidas a la Contraloría General", aprobada por Resolución N° 174-2002-CG, publicada el 12.Set.2002.

- Directiva N° 004-2008-CG/FIS. "Disposiciones para el uso del sistema electrónico de registro de declaraciones juradas de ingresos y de bienes y rentas en línea", aprobada por Resolución N° 082-2008-CG, publicada el 27.Feb.2008.
- Directiva N° 08-2008-CG/FIS. "Disposiciones para la fiscalización de declaraciones juradas de ingresos y de bienes y rentas", aprobada por Resolución N° 316-2008-CG, publicada el 9.Ago.2008.

q) Verificar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones sobre prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos y otros, así como de las referidas a la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento de personal en el Sector Público en casos de nepotismo, sin perjuicio de las funciones conferidas a los órganos de control.

Concordancias:

Normas sobre incompatibilidades funcionales:

- Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11.Abr.2001, artículo 241.
- Ley N° 27588. Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, publicada el 13.Dic.2001.
- Ley N° 28024. Ley que regula la gestión de intereses en la Administración Pública, publicada el 12.Jul.2003.
- Decreto Supremo N° 005-90-PCM. Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, publicado el 18.Ene.1990, artículos 134, 135, 136, 137 y 138.
- Decreto Supremo N° 019-2002-PCM. Reglamento de la ley que estableció prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, publicada el 8.Mar.2002, artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8.

Normas sobre nepotismo:

- Ley N° 26771. Ley que establece prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público, en casos de parentesco, publicada el 15.Abr.1997.
- Decreto Supremo N° 021-2000-PCM. Reglamento de la ley que establece prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público, en casos de parentesco, publicado el 30.Jul.2000. Modificado por el Decreto Supremo N° 017-2002-PCM, publicado el 8.Mar.2002.

- Decreto Supremo N° 034-2005-PCM. Disponen otorgamiento de declaración jurada para prevenir casos de nepotismo, publicado el 7.May.2005.

r) Citar y tomar declaraciones a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos materia de verificación durante una acción de control, bajo los apremios legales señalados para los testigos.

s) Dictar las disposiciones necesarias para articular los procesos de control con los Planes y Programas Nacionales, a efecto de visualizar de forma integral su cumplimiento, generando la información pertinente para emitir recomendaciones generales a los Poderes Ejecutivo y Legislativo sobre la administración de los recursos del Estado, en función a las metas previstas y las alcanzadas, así como brindar asistencia técnica al Congreso de la República, en asuntos vinculados a su competencia funcional.

t) Emitir disposiciones y/o procedimientos para implementar operativamente medidas y acciones contra la corrupción administrativa, a través del control gubernamental, promoviendo una cultura de honestidad y probidad de la gestión pública, así como la adopción de mecanismos de transparencia e integridad al interior de las entidades, considerándose el concurso de la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil.

u) Establecer los procedimientos para que los titulares de las entidades rindan cuenta oportuna ante el Órgano Rector, por los fondos o bienes del Estado a su cargo, así como de los resultados de su gestión.

Concordancias:

- Directiva N° 04-2007-CG/GDES. "Rendición de cuentas de los titulares de las entidades", aprobada por Resolución N° 332-2007-CG, publicada el 12.Oct.2007, num. 4, inc. 4.1.1.
- Directivas N°s 08 y 09-2006-CG/SGE-PC. "Lineamientos preventivos para las entidades del Estado sobre transferencia de gestión" y "Lineamientos para el control de la transferencia de gestión en las entidades del Estado", aprobadas por Resolución N° 372-2006-CG, publicada el 09.Dic.2006.
- Resolución N° 373-2006-CG. Guía Técnica de Probidad Administrativa - "Transferencia de Gestión", publicada el 09.Dic.2006.
- Resolución N° 288-2008-CG. Modifica definición de Autoridad Ejecutiva Superior en las Directivas N°s 08 y 09-2006-CG/SGE-PC y en la Guía Técnica de Probidad Administrativa sobre "Transferencia de Gestión" aprobada por la Resolución N° 373-2006-CG, publicada el 19.Jul.2008.

v) Asumir la defensa del personal de la Institución a cargo de las labores de control, cuando se encuentre incurso en acciones legales, derivadas del debido cumplimiento de la labor funcional, aun cuando al momento de iniciarse la acción, el vínculo laboral con el personal haya terminado.

w) Establecer el procedimiento selectivo de control sobre las entidades públicas beneficiarias por las mercancías donadas provenientes del extranjero.

x) Ejercer el control de desempeño de la ejecución presupuestal, formulando recomendaciones que promuevan reformas sobre los sistemas administrativos de las entidades sujetas al Sistema.

y) Regular el procedimiento, requisitos, plazos y excepciones para el ejercicio del control previo externo a que aluden los literales j), k) y l) del presente artículo, así como otros encargos que se confiera al organismo Contralor, emitiendo la normativa pertinente que contemple los principios que rigen el control gubernamental.

z) Celebrar Convenios de cooperación interinstitucional con entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Las atribuciones antes señaladas no son taxativas, comprendiendo las demás que señale esta Ley y otros dispositivos legales.

Concordancias:

- Resolución N° 563-2005-CG. Establece criterios para la determinación de la situación actual de las recomendaciones registradas en el Sistema de Información del Proceso de la Acción Correctiva - Infoprac, publicada el 05.Ene.2006.
- Resolución N° 074-2006-CG. Opiniones legales que emita la Gerencia de Asesoría Técnico Legal tienen carácter vinculante para todos los órganos del Sistema Nacional de Control, publicada el 11.Mar.2006.

Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.

Concordancia:

- Decreto Legislativo N° 1017. Ley de Contrataciones del Estado, publicada el 04.Jun.2008, artículo 41 num. 41.5.

Artículo 24.- Carácter y revisión de oficio de los informes de control

Los informes de control emitidos por el Sistema constituyen actos de la administración interna de los órganos conformantes de este, y pueden ser revisados de oficio por la Contraloría General, quien podrá disponer su reformulación, cuando su elaboración no se haya sujetado a la normativa de control, dando las instrucciones precisas para superar las deficiencias, sin perjuicio de la adopción de las medidas correctivas que correspondan.

Artículo 25.- Fiscalización por el Poder Legislativo

El Congreso de la República fiscaliza la gestión de la Contraloría General.

Concordancia:

- Reglamento del Congreso de la República, publicado el 30.May.1998, artículo 5.

CAPÍTULO II
ORGANIZACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Artículo 26.- Designación del Contralor General

El Contralor General de la República es designado por un periodo de siete años, y removido por el Congreso de la República de acuerdo a la Constitución Política.

El Contralor General de la República está prohibido de ejercer actividad lucrativa e intervenir, directa o indirectamente en la dirección y/o gestión de cualquier actividad pública o privada, excepto las de carácter docente.

Concordancias:

- Constitución Política del Perú, publicada el 30.Dic.1993, artículo 82.
- Reglamento del Congreso de la República, publicado el 30.May.1998, artículo 6.

Artículo 27.- Jerarquía del Contralor General

El Contralor General de la República es el funcionario de mayor rango del Sistema, y goza de los mismos derechos, prerrogativas y preeminencias propias de un ministro de Estado. No está sujeto a subordinación, a autoridad o dependencia alguna, en ejercicio de la función.

En el ejercicio de sus funciones, solo puede ser enjuiciado, previa autorización del Congreso de la República.

Artículo 28.- Requisitos para ser Contralor General

Son requisitos para ser Contralor General de la República:

a) Ser peruano de nacimiento.

b) Gozar del pleno ejercicio de los derechos civiles.

c) Tener al tiempo de la designación, no menos de 40 años de edad.

d) Tener título profesional universitario y estar habilitado por el colegio profesional correspondiente.

e) Tener un ejercicio profesional no menor a 10 años.

f) Tener conducta intachable y reconocida solvencia e idoneidad moral.

Artículo 29.- Impedimentos para ser Contralor General

Son impedimentos para ser Contralor General de la República:

a) Adolecer de incapacidad física o mental, grave y permanente debidamente comprobada.

b) Haber sufrido condena por la comisión de delito doloso, tener mandato de detención definitiva en instrucción en la que se le impute dicha comisión o haber incurrido en delito flagrante.

c) Haber sido declarado en quiebra, aunque se hubiese sobreseído el procedimiento respectivo.

d) Haber sido destituido por sanción disciplinaria de cargo público, cesado en él por falta grave o inhabilitado para el ejercicio de la función pública.

e) Tener cuentas pendientes de rendición con la Administración Pública o con empresas que integran la Actividad Empresarial del Estado.

f) Tener juicio pendiente con las entidades sujetas a control, cualquiera sea su naturaleza.

g) Haber sido durante los últimos cinco años Presidente de la República, Ministro de Estado, Congresista de la República y/o titular de Organismos Autónomos, entidades descentralizadas o de los Gobiernos Regionales y/o Locales.

Artículo 30.- Vacancia en el cargo de Contralor General

El cargo de Contralor General de la República vaca por:

a) Muerte.

b) Sobrevenir cualquiera de los impedimentos a que se refiere el artículo 29 de esta Ley.

c) Renuncia.

d) Cumplir 70 años de edad.

e) Incurrir en falta grave, prevista en la Ley y debidamente comprobada.

Corresponde al Congreso de la República declarar la vacancia.

Artículo 31.- Faltas graves del Contralor General

A los fines del inciso e) del artículo 30, se considera falta grave del Contralor General de la República:

a) La acción u omisión dolosa en que incurra en el ejercicio del cargo y que haya ocasionado daño al patrimonio del Estado.

b) El abandono del cargo, que se configura por la inasistencia continuada e injustificada a su Despacho por más de quince días útiles.

c) La infracción de las prohibiciones e incompatibilidades que la Ley señala.

Artículo 32.- Facultades del Contralor General

En el desempeño de su gestión, el Contralor General de la República se encuentra facultado para:

a) Determinar la organización interna, el cuadro de asignación de personal y la escala salarial de la Contraloría General.

b) Planear, aprobar, dirigir, coordinar y supervisar las acciones de la Contraloría General y de los órganos del Sistema.

c) Dictar las normas y las disposiciones especializadas que aseguren el funcionamiento del proceso integral de control, en función de los principios de especialización y flexibilidad.

d) Ejercer e impulsar directamente, o en caso de incumplimiento, a través de la autoridad llamada por ley, las acciones pertinentes para asegurar la implementación de las recomendaciones y acciones legales derivadas del proceso de control a cargo del Sistema.

e) Solicitar información y documentación a las autoridades de las entidades encargadas de cautelar la reserva tributaria, secreto bancario, reserva de identidad u otras establecidas legalmente, respecto a las entidades, su personal, y personas jurídicas y naturales comprendidas o vinculadas a acciones de control, así como cualquier información que considere pertinente para el cabal cumplimiento de sus funciones; conforme lo establece la presente Ley.

   El personal de la Contraloría General tendrá acceso restringido a la información y documentación a que se refiere el párrafo precedente, encontrándose, quienes accedan a los mismos, impedidos de revelarlos, bajo responsabilidad administrativa, civil y/o penal, salvo que la misma sirva para sustentar el inicio de acciones legales por parte de la Contraloría General o para atender requerimientos formulados por autoridades conforme a la Constitución Política y/o la Ley.

f) Representar a la Contraloría General en los actos y contratos relativos a sus funciones, frente a todo tipo de autoridades y entes nacionales o extranjeros.

g) Establecer las políticas, normas laborales y procedimientos de administración de personal de la Institución, incluyendo las disposiciones sobre el secreto profesional que deberá guardar dicho personal respecto a la información a que hubiere accedido por la naturaleza y extensión de labor desempeñada.

h) Presentar u opinar sobre proyectos de normas legales que conciernan al control y a las atribuciones de los órganos de auditoría interna.

i) Requerir los documentos que sustenten los informes de los órganos de auditoría interna o sociedades de auditorías designadas, los cuales están en obligación de guardar por un periodo de 10 años, bajo responsabilidad.

j) Expedir el Reglamento de Infracciones y Sanciones, con facultades coactivas. Asimismo podrá nombrar a los ejecutores coactivos que para tal efecto sean necesarios.

Concordancias:

- Resolución N° 367-2003-CG. Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría General, publicada el 31.Oct.2003. Modificada por Resolución N° 017-2004-CG, publicada el 17.Ene.2004; Resolución N° 219-2004-CG, publicada el 26.May.2004; Resolución N° 374-2006-CG, publicada el 13.Dic.2006; Resolución N° 063-2007-CG, publicada el 24.Feb.2007; Resolución N° 041-2012-CG, publicada el 28.Ene.2012, y Resolución N° 155-2013-CG, publicada el 01.Mar.2013.
- Directiva N° 001-2004-CG/SG. "Lineamientos para la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría General", aprobada por Resolución N° 021-2004-CG de 19.Ene.2004.
- Directiva N° 006-2004-CG/SG. "Lineamientos para la aplicación del procedimiento de ejecución coactiva".
- Directiva N° 007-2004-CG/SGE. "Procedimiento para la notificación de actos administrativos derivados de la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría General".
- Directiva N° 008-2004-CG/SGE. "Procedimiento para el control de multas y el fraccionamiento de deuda administrativa".

- Directiva N° 009-2004-CG/SGE. "Procedimiento para la evaluación e imposición de sanciones por parte de los órganos evaluadores y comités sancionadores permanentes".
- Resolución N° 271-2004-CG. Arancel de gastos y costas procesales de los procedimientos coactivos de la Contraloría General de la República, publicada el 30.Jun.2004.

k) Presentar ante el Congreso de la República, un Informe Anual sobre su gestión, proponiendo recomendaciones para la mejora de la gestión pública, así como para la lucha contra la corrupción.

l) Emitir Resoluciones de Contraloría, que constituyen precedente de observancia obligatoria y de cumplimiento inexcusable.

m) Establecer políticas y procedimientos de control de calidad, conducentes a brindar confiabilidad sobre los resultados de la Auditoría Gubernamental.

n) Las demás que le señala esta Ley y otros dispositivos legales.

Las facultades enumeradas en este artículo son delegables en servidores y funcionarios o auditores contratados por la Contraloría General, con excepción de las indicadas en los incisos a), c), d), e), f), g), h), j) y k) de este artículo.

Concordancias:

- Ley N° 28716. Ley de Control Interno de las Entidades del Estado, publicada el 18.Abr.2006, artículo 11.
- Resolución N° 563-2005-CG. Establecen criterios para la determinación de la situación actual de las recomendaciones registradas en el Sistema de Información del Proceso de la Acción Correctiva - Infoprac, publicada el 05.Ene.2006.

Artículo 33.- Designación y funciones del Vicecontralor General

El Vicecontralor General de la República es el segundo funcionario en rango del Sistema. Es designado por el Contralor General de la República, estando prohibido de ejercer actividad lucrativa e intervenir, directa o indirectamente en la dirección y/o gestión de cualquier actividad pública o privada, excepto las de carácter docente.

Reemplaza al Contralor General en caso de ausencia o impedimento temporal y ejerce las funciones que este le delega. En caso de vacancia queda interinamente a cargo del Despacho mientras se nombra al titular. Las normas reglamentarias establecen sus funciones, así como los requisitos e impedimentos para ocupar dicho cargo.

CAPÍTULO III
RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Artículo 34.- Autonomía económica

La Contraloría General goza de autonomía económica, administrativa y financiera para el cumplimiento eficaz de sus funciones, en cuya virtud, elabora, aprueba y ejecuta su

presupuesto anual en el monto que corresponda a sus necesidades institucionales, para su aprobación por el Congreso de la República.

La atención de requerimientos de acciones de control no programadas que deban ejecutarse por razones de interés nacional, demandará la asignación de los correspondientes recursos presupuestales adicionales.

Para garantizar el cumplimiento de sus objetivos institucionales, la Contraloría General se encuentra exonerada de la aplicación de las normas que establezcan restricciones y/o prohibiciones a la ejecución presupuestaria. La modificación de lo dispuesto en este párrafo requerirá de expresa mención en una norma de similar rango a la presente Ley.

Artículo 35.- Financiamiento del presupuesto

El presupuesto de la Contraloría General se financia con recursos del Tesoro Público y demás fuentes de financiamiento, incorporados al mismo por el Titular del Pliego, estableciendo mediante Resolución de Contraloría, la normativa relativa a la administración de sus recursos.

Son recursos de la Contraloría General:

a) Los que genere como consecuencia de la prestación de servicios de capacitación técnica, venta de publicaciones y otros compatibles con su función.

b) Los que reciba en donación o en virtud de convenios de cooperación técnica nacional y/o internacional.

c) Los ingresos que generen la inscripción, designación y supervisión de sociedades de auditoría, cuyos montos serán fijados por la Contraloría General.

d) Los montos recaudados por concepto de aplicación de sanciones impuestas por la Contraloría General.

e) Los ingresos que genere el cobro de los derechos de tramitación y evaluación por el ejercicio del control previo establecido por Ley.

f) Otros que se establezcan por Ley.

CAPÍTULO IV
RÉGIMEN DE PERSONAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Artículo 36.- Régimen laboral

El personal de la Contraloría General se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada. La administración de personal se regirá por lo normado en la presente Ley, el Reglamento Interno de Trabajo y demás disposiciones dictadas por el Contralor General de la República.

Concordancias:

- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008, artículo 14.

- Resolución N° 077-99-CG. Código de Ética del Auditor Gubernamental del Perú, publicada el 08.Jul.1999.
- Resolución N° 430-2008-CG. Normas de conducta y de desempeño del personal de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Institucional, publicada el 25.Oct.2008.

Artículo 37.- Política remunerativa

La política remunerativa y beneficios de toda índole de la Contraloría General serán aprobados por el Contralor General conforme al artículo 34 de la presente Ley.

CAPÍTULO V
DESCONCENTRACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL

Artículo 38.- Órganos desconcentrados

La Contraloría General cuenta con Oficinas Regionales de Control como órganos desconcentrados en el ámbito nacional, con el objeto de optimizar la labor de control gubernamental y cuyo accionar contribuirá activamente con el cumplimiento de los objetivos del proceso de descentralización del país; encontrándose facultada para establecer Oficinas adicionales, en ejercicio de su autonomía administrativa y de acuerdo con el avance gradual del referido proceso.

Dichos órganos desconcentrados tienen como finalidad planear, organizar, dirigir, ejecutar y evaluar las acciones de control en las entidades descentralizadas bajo su ámbito de control. Las competencias funcionales y su ámbito de acción, serán establecidos en las disposiciones que para el efecto emita la Contraloría General.

CAPÍTULO VI
CONTROL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL

Artículo 39.- Órganos de auditoría interna

Sin perjuicio de las Inspectorías Generales del Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea, y de la Policía Nacional, cuyas competencias se circunscriben a asuntos netamente castrenses y disciplinarios, dichas Instituciones contarán dentro de su estructura organizativa con un Órgano de Auditoría Interna encargado de efectuar exclusivamente el control de la gestión administrativa, económica y financiera de los recursos y bienes del Estado asignados, de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Control.

Artículo 40.- Designación y funciones de los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú[8]

La designación y separación definitiva de los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú se efectúa conforme a lo previsto en el artículo 19.

CAPÍTULO VII

SUBCAPÍTULO I [9]
POTESTAD PARA SANCIONAR POR INFRACCIONES AL EJERCICIO DEL CONTROL

Artículo 41.- Facultad sancionadora

En cumplimiento de su misión y atribuciones, la Contraloría General tiene la facultad de aplicar directamente sanciones por la comisión de las infracciones que hubieren cometido las entidades sujetas a control, sus funcionarios y servidores públicos, las sociedades de auditoría y las personas jurídicas y naturales que manejen recursos y bienes del Estado, o a quienes haya requerido información o su presencia con relación a su vinculación jurídica con las entidades.

Dicha facultad se ejerce con observancia de los principios de legalidad y debido procedimiento.

Concordancias:

- Resolución N° 367-2003-CG. Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría General, publicada el 31.Oct.2003. Modificada por Resolución N° 017-2004-CG, publicada el 17.Ene.2004; Resolución N° 219-2004-CG, publicada el 26.May.2004; Resolución N° 374-2006-CG, publicada el 13.Dic.2006; Resolución N° 063-2007-CG, publicada el 24.Feb.2007; Resolución N° 041-2012-CG, publicada el 28.Ene.2012, y Resolución N° 155-2013-CG, publicada el 01.Mar.2013.
- Directiva N° 001-2004-CG/SG. "Lineamientos para la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría General", aprobada por Resolución N° 021-2004-CG de 19.Ene.2004.
- Directiva N° 006-2004-CG/SG. "Lineamientos para la aplicación del procedimiento de ejecución coactiva".

(8) Artículo modificado por el artículo único de la Ley N° 28557 publicada el 28/06/2005. El texto anterior era el siguiente:
Artículo 40.- Designación y funciones de las Jefaturas de los Órganos de Auditoría Interna de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
Las Jefaturas de los Órganos de Auditoría Interna de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional son designadas por el Contralor General de la República.
Las Jefaturas de los Órganos de Auditoría Interna para el cumplimiento de sus funciones de control, responden directamente al Contralor General de la República, con arreglo a las normas del Sistema Nacional de Control.
Debiendo, para su separación del cargo, sujetarse a lo previsto en el artículo 19 de la Ley.

(9) Denominación adicionada, a partir del 06/04/2010, por la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29622, publicada el 07/12/2010.

- Directiva N° 007-2004-CG/SGE. "Procedimiento para la notificación de actos administrativos derivados de la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría General".
- Directiva N° 008-2004-CG/SGE. "Procedimiento para el control de multas y el fraccionamiento de deuda administrativa".
- Directiva N° 009-2004-CG/SGE. "Procedimiento para la evaluación e imposición de sanciones por parte de los órganos evaluadores y comités sancionadores permanentes".
- Resolución N° 271-2004-CG. Arancel de gastos y costas procesales de los procedimientos coactivos de la Contraloría General de la República, publicada el 30.Jun.2004.

Artículo 42.- Infracciones

Constituyen infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General:

a) La obstaculización o dilatación para el inicio de una acción de control.

b) La omisión o incumplimiento para la implantación e implementación de los Órganos de Auditoría Interna o la afectación de su autonomía.

c) La interferencia o impedimento para el cumplimiento de las funciones inspectivas inherentes al control gubernamental.

d) La omisión en la implantación de las medidas correctivas recomendadas en los informes realizados por los Órganos del Sistema.

e) La omisión o deficiencia en el ejercicio del control gubernamental o en el seguimiento de medidas correctivas.

f) La omisión en la presentación de la información solicitada o su ejecución en forma deficiente o inoportuna, según el requerimiento efectuado.

g) El incumplimiento en la remisión de documentos e información en los plazos que señalen las leyes y reglamentos.

h) Cuando las personas naturales o jurídicas privadas que mantengan relaciones con entidades sujetas al Sistema no acudan a un requerimiento o no proporcionen información y documentación a los representantes de la Contraloría General, a efecto de permitir la verificación de operaciones y transacciones efectuadas con la entidad auditada, con excepción de aquellas cuya relación se derive de operaciones propias realizadas con las entidades asociadas.

i) Incumplir con mantener al día sus libros, registros y documentos, ordenados de acuerdo a lo establecido por la normativa, por un periodo no menor de 10 años.

j) Incumplimiento de los requisitos para la designación de Sociedad de Auditoría.

k) Cuando el personal de las Sociedades de Auditoría incurra en manifiesto conflicto de intereses con los deberes que le impone las normas de auditoría.

l) La pérdida temporal o definitiva de la condición de hábil de la Sociedad de Auditoría o de alguno de los socios, en el Colegio de Contadores Públicos y otros Organismos conexos a labores de auditoría en los que se encuentren inscritos.

m) El incumplimiento, resolución o rescisión de contrato celebrado con una Sociedad de Auditoría.

n) La suscripción directa de contratos con entidades comprendidas en el ámbito del Sistema, por servicios de auditoría y otros con infracción del Reglamento de Designación de Sociedades.

o) Cuando la Sociedad de Auditoría incurra en incompatibilidad sobreviniente que la inhabilite para continuar con el contrato celebrado con la entidad y no lo informe a esta.

p) La presentación de documentación de procedencia ilícita para lograr el registro y/o la participación en los Concursos Públicos de Méritos.

q) La contratación de Sociedades de Auditoría, cuando estas estén incursas en incompatibilidad permanente para contratar con el Estado.

Concordancia:

- Resolución N° 459-2008-CG. Reglamento de los Órganos de Control Institucional, publicada el 30.Oct.2008, anexo publicado el 01.Nov.2008, artículo 18.

Artículo 43.- Sanciones(10)

La Contraloría General aplicará, según la gravedad de la infracción cometida, las siguientes sanciones:

a) Amonestación.

b) Multa.

c) Suspensión del Registro de Sociedades de Auditoría.

d) Exclusión definitiva del Registro de Sociedades de Auditoría.

El Reglamento de Infracciones y Sanciones establece el procedimiento, formalidades, escalas y criterios de gradualidad y demás requisitos de aplicación. La imposición de las sanciones no exime a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, las presuntas infracciones contra la normativa legal en el desarrollo de los procesos de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cometidas por personas naturales o jurídicas, identificadas por los órganos del Sistema Nacional de Control, deben ser informadas al Consejo Superior de

(10) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28396 publicada el 25/11/2004. El texto anterior era el siguiente:
Artículo 43.- Sanciones
La Contraloría General aplicará, según la gravedad de la infracción cometida, las siguientes sanciones:
a) Amonestación.
b) Multa.
c) Suspensión del Registro de Sociedades de Auditoría.
d) Exclusión definitiva del Registro de Sociedades de Auditoría.
El Reglamento de Infracciones y Sanciones establece el procedimiento, formalidades, escalas y criterios de gradualidad y demás requisitos de aplicación.
La imposición de las sanciones no exime a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, adjuntando copia de lo actuado, a fin de que según corresponda aplique las sanciones que la ley le confiere.

Artículo 44.- Carácter de exigibilidad de la multa

La sanción de multa se impone a los obligados cuando incurran en las infracciones establecidas en esta Ley, conforme a la escala y criterios que determine la Contraloría General, teniendo por finalidad propender a que las obligaciones inherentes a la gestión pública y al control gubernamental, sean cumplidas por los obligados de modo correcto, oportuno, eficiente, económico y transparente. Su cobro se efectúa a través del procedimiento de ejecución coactiva.

Las multas impuestas, si fuera el caso, serán descontadas en planilla por la entidad, hasta el 30% de la remuneración o pensión devengada por el infractor, con base a la obligación exigible coactivamente, establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, el cual tiene mérito ejecutivo.

SUBCAPÍTULO II[(11)]
PROCESO PARA SANCIONAR EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

Artículo 45.- Competencia de la Contraloría General

La Contraloría General ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema.

La referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3, salvo las indicadas en su literal g).

Son exceptuadas las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 5.

Artículo 46.- Conductas infractoras

Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan

(11) Subcapítulo II incorporado, a partir del 06/04/2010, por el artículo 1 de la Ley N° 29622 publicada el 07/12/2010.

el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen.

Entre estas encontramos las siguientes conductas:

a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.

b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.

c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.

d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 66.

Artículo 47.- Tipos de sanciones

1. Las infracciones de responsabilidad administrativa funcional que fueron referidas en el artículo 46 dan lugar a la imposición de cualquiera de las siguientes sanciones:
   a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno (1) a cinco (5) años.
   b) Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, sin goce de remuneraciones, no menor de treinta (30) días calendario ni mayor de trescientos sesenta (360) días calendario.
2. El reglamento especificará las sanciones a imponer para cada conducta constitutiva de responsabilidad administrativa funcional.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículos 14 y 15.

Artículo 48.- Gradación de las sanciones

Las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son graduadas de acuerdo a los siguientes criterios:

a) La reincidencia o reiterancia en la comisión de las infracciones.

b) Las circunstancias en las que fue cometida la infracción.

c) Grado de participación en el hecho imputado.

d) Concurrencia de diversas infracciones.

e) Efectos que produce la infracción.

f) Gravedad de la infracción cometida.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 20.

Artículo 49.- Independencia de responsabilidades

La responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes.

Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad para procesar administrativamente y sancionar al funcionario o servidor público que hubiera incurrido en responsabilidad administrativa funcional, salvo disposición judicial expresa en contrario.

Artículo 50.- Registro de sancionados

La Contraloría General remite al Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido la información sobre las sanciones impuestas, cualquiera que esta fuera, para su incorporación.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 21.

Artículo 51.- Procedimiento para sancionar

El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional a los infractores a quienes se refiere la presente Ley está constituido por dos (2) instancias.

La primera instancia, a cargo de la Contraloría General, está constituida por un órgano instructor y un órgano sancionador. Ambos poseen autonomía técnica en sus actuaciones. El órgano instructor lleva a cabo las investigaciones y propone la determinación de las infracciones y las sanciones ante el órgano sancionador. Este último, mediante resolución motivada, impondrá o desestimará las sanciones propuestas.

La segunda instancia, a cargo del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, resuelve las apelaciones contra las decisiones del órgano sancionador.

El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios de legalidad y debido proceso, así como a los demás principios de

la potestad sancionadora de la administración establecidos en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Concordancias:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, Título IV, Capítulos I y II.
- Directiva N° 008-2011-CG-GDES. "Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional", aprobada por Resolución N° 333-2011-CG, publicada el 22.Nov.2011.

Artículo 52.- Órgano instructor

El órgano instructor lleva a cabo las actuaciones que conducen a la determinación de responsabilidad administrativa funcional, observa el derecho de defensa y asegura el debido proceso administrativo.

Concordancias:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 44 y 6ª disp. compl. final.
- Directiva N° 008-2011-CG-GDES. "Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional", aprobada por Resolución N° 333-2011-CG, publicada el 22.Nov.2011, numeral 5.4.2.

Artículo 53.- Funciones del órgano instructor

Corresponde al órgano instructor las siguientes funciones:

a) Iniciar los procedimientos administrativos de determinación de responsabilidad administrativa funcional a partir de los informes emitidos por los órganos del Sistema.

b) Efectuar las investigaciones solicitando la información y la documentación que considere necesarias para el ejercicio de las mismas, actuando las pruebas que considere pertinentes y evaluando los descargos presentados.

c) Emitir pronunciamientos en los cuales señale la existencia o inexistencia de infracciones administrativas funcionales y, según sea el caso, presentar la propuesta de sanción ante el órgano sancionador.

Las entidades públicas, sus funcionarios y las personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al caso materia de investigación están obligadas a atender cualquier requerimiento efectuado por el órgano instructor, sea que se trate de documentos, información u opinión necesarios para el esclarecimiento de los hechos.

El órgano sancionador, a propuesta del órgano instructor, podrá disponer que las entidades separen del cargo al servidor o funcionario público, mientras dure la investigación

y hasta que se emita el pronunciamiento sobre la existencia de responsabilidad administrativa funcional, siempre que se respete el derecho de defensa de aquel.

Concordancias:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 45.
- Directiva N° 008-2011-CG-GDES. "Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional", aprobada por Resolución N° 333-2011-CG, publicada el 22.Nov.2011, numeral 5.4.2.

Artículo 54.- Órgano sancionador

Concluida la fase instructora, el órgano sancionador, sobre la base de la documentación remitida por el órgano instructor, impone, mediante resolución motivada, las sanciones que correspondan o declara que no ha lugar a la imposición de sanción. El órgano sancionador podrá disponer la realización de actuaciones complementarias siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento.

Concordancias:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículos 46 y 47 y 6ª disp. compl. final.
- Directiva N° 008-2011-CG-GDES. "Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional", aprobada por Resolución N° 333-2011-CG, publicada el 22.Nov.2011, numeral 5.4.3.

Artículo 55.- Recursos de impugnación

Contra la resolución que imponga la sanción cabe recurso de apelación dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir de la fecha de notificación de dicha resolución. De concederse el recurso, el órgano sancionador remitirá los actuados al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículos 34, 35 y 36.

Artículo 56.- Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas constituye la última instancia administrativa en el procedimiento sancionador. Es un órgano colegiado adscrito a la Contraloría General, con independencia técnica y funcional en las materias de su competencia y autonomía en sus decisiones.

La Sala del Tribunal Superior está conformado por cinco (5) miembros, elegidos por concurso público de méritos. Los miembros del Tribunal permanecen en el cargo por un periodo de cinco (5) años. La remoción de los miembros del Tribunal solo puede darse por causas graves debidamente justificadas.

Las entidades públicas, sus funcionarios y las personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al caso materia de investigación están obligadas a atender cualquier requerimiento efectuado por el Tribunal Superior en casos de documentación, información u opinión necesarios para resolver.

Concordancias:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículos 48, 49, 50 y 51.
- Directiva N° 008-2011-CG-GDES. "Procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional", aprobada por Resolución N° 333-2011-CG, publicada el 22.Nov.2011, numeral 5.4.4.

Artículo 57.- Requisitos para ser miembro del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

Para ser nombrado vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, se requiere:

a) Ser mayor de 40 años de edad.

b) Contar con título profesional y colegiatura hábil.

c) Tener experiencia profesional en entidades del sector público o privado –no menor de diez (10) años– o comprobada docencia universitaria por el mismo periodo.

d) Contar, de preferencia, con estudios de especialización en el ámbito de su profesión.

e) No tener filiación política alguna.

f) No encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta.

g) No haber sido sancionado penalmente.

h) No haber sido sancionado con destitución o despido.

i) Tener conducta intachable y reconocida solvencia e idoneidad moral.

j) Tener estudios de especialización en Derecho Constitucional, administrativo, laboral o gestión de recursos humanos.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículos 52, 53, 54, 55 y 56.

Artículo 58.- Funciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

Corresponde al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas las siguientes funciones:

a) Conocer en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra la resolución de sanción impuesta por el órgano sancionador.

b) Revisar la resolución del órgano sancionador pudiendo revocar, confirmar o modificar lo resuelto.

c) Las demás que le sean establecidas en las normas complementarias de la presente Ley, a efectos de garantizarle el adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículos 57, 58 y 59.

Artículo 59.- Carácter de las resoluciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

Las resoluciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas ponen fin a la vía administrativa y contra ellas procede la acción contencioso-administrativa, conforme al artículo 148 de la Constitución Política del Perú.

Concordancias:

- Constitución Política del Perú, publicada el 30.Dic.1993, artículo 148.
- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 48.

Artículo 60.- Prescripción

La facultad para la imposición de la sanción por responsabilidad administrativa funcional, conforme a lo establecido en el presente Subcapítulo, prescribe a los cuatro (4) años contados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. En todo caso, la duración del procedimiento sancionador no podrá exceder los dos (2) años desde que el órgano instructor da inicio a este.

Concordancia:

- Decreto Supremo N° 023-2011-PCM. Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", publicado el 18.Mar.2011, artículo 40.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Segunda.- Regulación transitoria

El proceso integral de control iniciado antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirá por la normativa anterior hasta su conclusión.

Tercera.- Designación de jefaturas de órganos de auditoría interna

La aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 19 y 40 de la Ley, se efectuará en forma progresiva, en función a la disponibilidad presupuestal asignada a la Contraloría General, con arreglo a los procedimientos y requisitos que para el efecto dictará el Órgano Contralor.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Arancel de gastos y costas procesales

La Contraloría General aprobará el arancel de Gastos y Costas Procesales de los Procedimientos Coactivos.

Segunda.- Derogación normativa

Deróganse el Decreto Ley N° 26162, la Ley N° 27066, el Decreto Legislativo N° 850 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 137-96-EF, y los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27312.

Tercera.- Escuela Nacional de Control

La Escuela Nacional de Control, en su condición de entidad educativa, está facultada para otorgar grados académicos de Magíster y de Segunda Especialización en Control Gubernamental, para lo cual queda comprendida en el artículo 99 de la Ley N° 23733, Ley Universitaria. La Contraloría General definirá su funcionamiento académico, administrativo y económico.

Cuarta.- Reserva tributaria y secreto bancario

La Contraloría General de la República formulará ante el juez competente, el pedido de levantamiento de la reserva tributaria y del secreto bancario.

El juez con resolución motivada, siempre que se refiera al caso investigado, resuelve el pedido formulado, en un plazo no mayor a los 15 días de formulada la solicitud; bajo responsabilidad.

Quinta.- Reserva de identidad

Inclúyase dentro de los alcances del literal a) del artículo 47 del Decreto Legislativo N° 861, Ley de Mercado de Valores, los pedidos formulados por la Contraloría General en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso de control determinado.

Sexta.- Apoyo de entidades en el ejercicio del control

La Policía Nacional asignará personal a fin de conformar la Policía Adscrita a la Contraloría General y el Ministerio Público asignará una Fiscalía Provincial Ad Hoc, para que en forma conjunta participen coadyuvando al mejor cumplimiento del control gubernamental.

Asimismo, cualquier entidad sujeta a control por el Sistema deberá prestar la ayuda requerida por la Contraloría General, bajo responsabilidad del Titular.

Sétima.- Control gubernamental en gobiernos locales y entidades públicas en función al presupuesto asignado

La Contraloría General regulará el ejercicio del control gubernamental en los gobiernos locales y entidades públicas, cuyo presupuesto asignado no exceda el importe que será establecido anualmente, en función a parámetros objetivos tales como: índices de pobreza, situación geográfica, capacidad de generar ingresos propios, entre otros.

Octava.- Acogimiento a régimen de excepción para establecimiento de derechos

La Contraloría General se encuentra acogida al régimen de excepción para el establecimiento de derechos de tramitación superiores a una UIT para el ejercicio del control previo establecido por Ley.

Novena.- Definiciones básicas

Constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes:

Autonomía administrativa.- Es la atribución conferida para el dictado de la normativa que regula el funcionamiento de la institución, en cuanto a la elaboración de su estructura organizativa y sobre aspectos logísticos y de recursos humanos.

Autonomía funcional.- Potestad para el ejercicio de las funciones que le asigna la Constitución y la Ley, que implica disposición de la facultad de elaborar sus informes y programas de auditoría, elección de los entes auditados, libertad para definir sus puntos más esenciales de auditoría y de aplicar las técnicas y métodos de auditoría que considere pertinentes.

Autonomía económica.- La seguridad de contar con una asignación presupuestal suficiente que le permita el cumplimiento eficaz de las funciones que le encomienda la Constitución y la Ley.

Autonomía financiera.- Facultad de solicitar directamente al organismo competente los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo al presupuesto anual aprobado por el Congreso de la República, ante quien rendirá cuenta de su ejecución.

Control de legalidad.- Es la revisión y comprobación de la aplicación de las normas legales, reglamentarias y estatutarias y su evaluación desde el punto de vista jurídico.

Control de gestión.- Es la evaluación de la gestión en función de los objetivos trazados y los resultados obtenidos con relación a los recursos asignados y al cumplimiento de los programas y planes de la entidad examinada.

Control social.- Consiste en la participación activa de la ciudadanía en el proceso de gestión y control público, como fuente de información calificada y permanente sobre áreas críticas de la Administración Pública y detección de actos de corrupción.

Contribución.- Las contribuciones constituyen los aportes de las entidades sujetas a control, destinados a coadyuvar al ejercicio del control gubernamental por parte de la Contraloría General, posibilitando la mayor cobertura de sus actividades de control.

Debido proceso de control.- Consiste en la garantía que tiene cualquier entidad o persona, durante el proceso integral de control, al respeto y observancia de los procedimientos que aseguren el análisis de sus pretensiones y permitan, luego de escuchar todas las consideraciones que resulten pertinentes, resolver conforme la normativa vigente.

Economía.- Es la relacionada con los términos y condiciones bajo los cuales se adquiere recursos, sean estos financieros, humanos, físicos o de sistemas computarizados, obteniendo la cantidad y el nivel apropiado de calidad, al menor costo, en la oportunidad y en el lugar requerido.

Efectividad.- Es la referida al grado en el cual un programa o actividad gubernamental logra sus objetivos y metas u otros beneficios que pretendían alcanzarse, previstos en la legislación o fijados por otra autoridad.

Eficiencia.- Es la referida a la relación existente entre los bienes o servicios producidos o entregados y los recursos utilizados para ese fin, en comparación con un estándar de desempeño establecido.

Ética.- Consiste en el conjunto de valores morales que permite a la persona adoptar decisiones y tener un comportamiento correcto en las actividades que le corresponde cumplir en la entidad.

Gestión pública.- Es el conjunto de acciones mediante las cuales las entidades tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, los que están enmarcados por las políticas gubernamentales establecidas por el Poder Ejecutivo.

Identificación del deber incumplido.- Identificación, durante la evaluación de responsabilidades, de la normativa expresa que concretamente prohíbe, impide o establece como incompatible la conducta que se hace reprochable o que exija el deber positivo que el auditado ha omitido.

Proceso integral de control.- Es el conjunto de fases del control gubernamental, que comprende las etapas de Planificación, Ejecución, Elaboración y emisión del Informe y Medidas Correctivas.

Recursos y bienes del Estado.- Son los recursos y bienes sobre los cuales el Estado ejerce directa o indirectamente cualquiera de los atributos de la propiedad, incluyendo los recursos fiscales y de endeudamiento público contraídos según las leyes de la República.

Relación causal.- Consiste en la vinculación de causa adecuada al efecto entre la conducta activa u omisiva que importe un incumplimiento de las funciones y obligaciones por parte del funcionario o servidor público y el efecto dañoso irrogado o la configuración del hecho previsto como sancionable.

Responsabilidad administrativa funcional.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia.

Responsabilidad civil.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

Responsabilidad penal.- Es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

Reserva.- En el ámbito del control, constituye la prohibición de revelar información o entregar documentación relacionada con la ejecución del proceso integral de control, que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último.

Servidor o funcionario público.- Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.

Sistema de control descentralizado.- Constituye el ejercicio del control gubernamental con autonomía técnica, que se desarrolla mediante la presencia y accionar de los Órganos de Auditoría Interna, en cada una de las entidades públicas de los niveles central, regional y local.

Transparencia.- Es el deber de los funcionarios y servidores públicos de permitir que sus actos de gestión puedan ser informados y evidenciados con claridad a las autoridades de gobierno y a la ciudadanía en general, a fin de que estos puedan conocer y evaluar cómo se desarrolla la gestión con relación a los objetivos y metas institucionales y cómo se invierten los recursos públicos.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los trece días del mes de julio de dos mil dos.

CARLOS FERRERO
Presidente del Congreso de la República
HENRY PEASE GARCÍA
Primer Vicepresidente del Congreso de la República
AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA Por lo tanto:
Mando se publique y cumpla.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil dos.
ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República
LUIS SOLARI DE LA FUENTE
Presidente del Consejo de Ministros

REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES PARA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL DERIVADA DE LOS INFORMES EMITIDOS POR LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

DECRETO SUPREMO N° 023-2011-PCM
(Publicado el 18/03/2011)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Ley N° 29622 - Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, se incorporó el subcapítulo II "Proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional" en el capítulo VII del título III de la Ley N° 27785-Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República;

Que, la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622 dispuso que el Poder Ejecutivo conforme una comisión especial integrada por dos (2) representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros, dos (2) representantes de la Contraloría General de la República y un (1) representante del Ministerio de Justicia, encargada de proponer el Reglamento de la referida Ley;

Que, mediante el Oficio N° 001-2011 de fecha 22 de febrero de 2011, la Comisión Especial ha presentado el proyecto de "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control";

Que, resulta pertinente aprobar el Reglamento de la Ley N° 29622 sobre la base de la propuesta presentada por la Comisión Especial;

De conformidad con el inciso 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Ley N° 29622;

DECRETA:

Artículo 1.- Aprueba Reglamento de la Ley N° 29622

Aprobar el Reglamento de la Ley N° 29622 denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", que en Anexo forma parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- Publicación

El presente Decreto Supremo y el Reglamento aprobado por el artículo anterior, serán públicados en el diario oficial *El Peruano,* en el portal del Estado peruano (www.peru.gob.pe) y en el portal institucional de la Presidencia del Consejo de Ministros (www.pcm.gob.pe).

Artículo 3.- Vigencia y refrendo

El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano* y será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecisiete días del mes de marzo del año dos mil once.

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

JOSÉ ANTONIO CHANG ESCOBEDO

Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Educación

REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES PARA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL DERIVADA DE LOS INFORMES EMITIDOS POR LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto

El presente Reglamento establece las disposiciones para el procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional, describiendo y especificando las conductas constitutivas de infracción que se encuentran en el ámbito de la potestad reconocida a la Contraloría General de la República, por la Ley N° 29622 – Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplia las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Cuando en el presente Reglamento se mencionen los términos Contraloría General, Tribunal y Ley, se entenderán referidos a la Contraloría General de la República, al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas y a la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, respectivamente. Asimismo, cuando se mencione el término Informe, se entenderá referido a los Informes de Control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

Artículo 2.- Ámbito objetivo de aplicación

El presente Reglamento regula el procedimiento administrativo sancionador (en adelante, el procedimiento sancionador), aplicable por las infracciones graves y muy graves derivadas de los Informes de Control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, que impliquen el incumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, las normas internas de las entidades, así como de todas aquellas obligaciones derivadas del ejercicio del cargo, conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento.

Artículo 3.- Ámbito subjetivo de aplicación

La potestad sancionadora de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional, se aplica sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes

se refiere la definición básica de la novena disposición final de la Ley N° 27785, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3 de la Ley N° 27785. No se encuentran comprendidas las personas que presten o han prestado servicios en las entidades privadas, entidades no gubernamentales y entidades internacionales, que perciben o administran recursos y bienes del Estado, a que hace referencia en el literal g) del artículo 3 de la Ley N° 27785.

Se encuentran excluidas las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político, cuya responsabilidad administrativo funcional se sujeta a los procedimientos establecidos en cada caso.

Artículo 4.- Principios

La potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios contenidos en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, así como los demás principios del derecho administrativo y principios del control gubernamental previstos en el artículo 9 de la Ley N° 27785, en lo que fuere aplicable. En el ámbito de los indicados principios, se entiende que:

4.1 El derecho de defensa comprende, entre otros derechos y garantías, el derecho a ser notificado y participar del procedimiento sancionador a través de la presentación de escritos, descargos, recursos, pruebas, así como ser asesorado por abogado.

4.2 El principio de conducta procedimental comprende la buena fe procesal que deben mantener las partes en tanto dure el procedimiento sancionador, lo que resulta aplicable tanto para las autoridades, el administrado, los abogados y los auditores.

Artículo 5.- Prevalencia de la competencia de la Contraloría General para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional

El inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General, determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad por los mismos hechos que son materia de observación en los Informes, cualquiera sea la naturaleza y fundamento de dichos procedimientos.

Las autoridades de las entidades deberán inhibirse de efectuar actuaciones previas o iniciar procedimiento por los hechos antes referidos, hasta la culminación del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General y el Tribunal.

Excepcionalmente, antes del inicio del procedimiento sancionador y durante el proceso de control, la Contraloría General o los Órganos de Control Institucional, según corresponda, podrán disponer el impedimento de las entidades para iniciar procedimientos de deslinde de responsabilidades por los hechos específicos que son investigados por los órganos del Sistema Nacional de Control.

TÍTULO II
INFRACCIONES POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

CAPÍTULO I
INFRACCIONES POR INCUMPLIR EL MARCO LEGAL APLICABLE A LAS ENTIDADES Y LAS DISPOSICIONES RELACIONADAS A LA ACTUACIÓN FUNCIONAL DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

Artículo 6.- Infracciones por incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades y disposiciones internas relacionadas a la actuación funcional

Los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas al incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como de las disposiciones internas vinculadas a su actuación funcional, específicamente por:

a) Incumplir las normas que regulan el acceso a la función pública, o, en general, el acceso a las entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, forman parte del Estado, incluyendo aquellas que conforman la actividad empresarial del Estado y las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, sea en beneficio propio o de terceros. Esta infracción es considerada como grave.

b) Incurrir en la contravención al mandato legal que prohíbe la doble percepción de ingresos en el sector público, dando lugar a la generación de perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como muy grave.

c) Incumplir las disposiciones que regulan el régimen de ingresos, remuneraciones, dietas o beneficios de cualquier índole de los funcionarios y servidores públicos. Esta infracción es considerada como grave.

d) Disponer, autorizar, aprobar, elaborar o ejecutar, en perjuicio del Estado e incumpliendo las disposiciones que los regulan, la aprobación, el cambio o la modificación de los planes, estipulaciones, bases, términos de referencia y condiciones relacionadas a procesos de selección, concesión, licencia, subasta o cualquier otra operación o procedimiento a cargo del Estado, incluyendo los referidos a la ejecución de contratos de cualquier índole. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

e) Disponer, autorizar, aprobar o ejecutar, en perjuicio del Estado e incumpliendo las disposiciones que los regulan, la aprobación, el cambio o la modificación o suscripción de adenda a contratos de cualquier índole. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

f) Incumplir las disposiciones que regulan la determinación del valor referencial, dando lugar a precios notoriamente superiores o inferiores a los de mercado, sea en beneficio propio o de terceros, generando perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público. Esta infracción es muy grave

g) Contratar bienes, servicios u obras sin proceso de selección, simulando su realización o de forma fraudulenta, cuando la normativa prevea su obligatoria realización, dando lugar a la generación de perjuicio al Estado, excepto en los casos en que los montos de la contratación correspondan a una adjudicación de menor cuantía. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

h) Incumplir las disposiciones que regulan las causales y procedimientos para la exoneración de los procesos de selección para la contratación de bienes, servicios y obras, en aquellos casos que dicho incumplimiento genere perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

i) Hacer declaración falsa acerca de medición o valoración en obras, adquisición de bienes o de cualquier otro servicio o prestación a cargo del Estado, o acerca de cantidad, peso, medida, calidad o características de mercancías o bienes suministrados a cualquiera de las entidades, generando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

j) Aprobar o ejecutar operaciones o gastos no autorizados por ley o reglamento, o aceptar garantías insuficientes, no solicitarlas o no ejecutarlas cuando estuviera obligado, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

k) Usar los recursos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

l) El incumplimiento funcional que dé lugar a la contaminación o a la falta de remediación del vertido de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza, por encima de los límites establecidos, que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos naturales. Esta infracción es considerada como muy grave.

m) El incumplimiento funcional que dé lugar a que se envenene, contamine o adultere aguas o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al consumo o bienes destinados al uso público, y que causen o puedan causar perjuicio a la salud. Esta infracción es considerada como muy grave.

n) El incumplimiento funcional que dé lugar a que se extraiga o deprede especies de flora o fauna en épocas, cantidades, talla y zonas que son prohibidas o vedadas, o que se utilice métodos prohibidos o declarados ilícitos, o facilitando o alterando irregularmente el respectivo permiso. Esta infracción es considerada como muy grave.

o) El incumplimiento funcional que dé lugar a que se asiente, deprede, explore, excave, remueva o afecte monumentos arqueológicos prehispánicos o que conformen el patrimonio cultural de la nación, conociendo su carácter; o, permite que se destruya, altere, extraiga del país o que se comercialice bienes del patrimonio cultural; o que no se les retorne de conformidad con la autorización concedida. Esta infracción es considerada como muy grave.

p) Autorizar o ejecutar la disposición de bienes integrantes del patrimonio de las entidades, así como la prestación de servicio por parte de ellas, por precios inferiores a los de mercado, cuando dicha disposición no hubiera sido autorizada por disposición legal expresa. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

q) Incumplir las disposiciones legales que regulan expresamente su actuación funcional, generando grave perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o genera grave afectación al servicio público, afectación a la vida o a la salud pública, la infracción es muy grave.

r) Autorizar o ejecutar la transferencia en beneficio propio o de persona natural o jurídica, de los bienes, rentas, importes o valores integrantes del patrimonio de la entidad, sin observancia de las disposiciones legales aplicables al caso, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

CAPÍTULO II
INFRACCIONES POR TRASGRESIÓN DE LOS PRINCIPIOS, DEBERES Y PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN LAS NORMAS DE ÉTICA Y PROBIDAD DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Artículo 7.- Infracciones por trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública
Los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas a la trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública, específicamente por:

Infracción contra el principio de idoneidad

a) Ejercer profesión o prestar servicios en las entidades sin reunir los requisitos requeridos para el puesto o cargo, o haciendo uso de título o grado académico falsos, causando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

Infracciones contra el principio de veracidad

b) Faltar a la verdad o incurrir en cualquier forma de falsedad en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo, generando perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como muy grave.

c) Elaborar, usar o presentar un documento falso o adulterado que sea necesario para probar un derecho, obligación o hecho en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

d) Omitir intencionalmente consignar una declaración que debería constar en documento que le corresponde emitir en el ejercicio de la función o cargo, generando perjuicio o grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como muy grave.

Infracciones contra el principio de lealtad y obediencia

e) Ejercer funciones que no le han sido asignadas, o que corresponden a cargo diferente, en procura de obtener un beneficio personal o para terceros, en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo. Esta infracción es considerada como muy grave.

f) Incumplir la prohibición expresa de ejercer las funciones de cargo o comisión, luego de haber concluido el periodo para el cual se le designó, por haber cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida. Esta infracción es considerada como muy grave.

g) Incumplir los mandatos de inhabilitación para el ejercicio de la función pública o suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, incluyendo aquellos dictados en el marco de los procesos sancionadores por responsabilidad administrativa funcional derivada de los Informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, pese a tener conocimiento de la referida inhabilitación o suspensión. Esta infracción es considerada como muy grave.

Infracción contra el deber de neutralidad

h) Actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. Esta infracción es considerada como muy grave.

Infracción contra el deber de ejercicio adecuado del cargo

i) Ejercer coacción contra personas o recibir beneficios para fines de cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, o para suministrar información privilegiada o protegida, en beneficio personal o de terceros. Esta infracción es considerada como muy grave.

j) Hacer uso indebido del cargo, para inducir o presionar a otro funcionario o servidor público, a efectuar, retrasar u omitir realizar algún acto que le reporte cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales, de negocios, o para socios o empresas de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte. Esta infracción es considerada como muy grave.

Infracciones contra el deber de uso adecuado de los bienes y recursos del Estado

k) Usar indebidamente o dar una aplicación diferente, a los bienes y recursos públicos que le han sido confiados en administración o custodia o que le han sido asignados con ocasión de su cargo o función, o, que han sido captados o recibidos para la adquisición de un bien, la realización de obra o prestación de servicio, cuando de dicho uso o aplicación se obtenga un beneficio personal no justificado o desproporcionado, o sea para actividades partidarias, manifestaciones o actos de

proselitismo. Esta infracción es considerada como muy grave. No está comprendido en esta infracción el uso de los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo.

l) Disponer que una persona particular, utilice bienes, rentas, importes o valores integrantes del patrimonio de las entidades, sin la observancia de las disposiciones legales aplicables al caso. Esta infracción es considerada como muy grave.

m) Disponer que se utilicen, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, aparatos o material de cualquier naturaleza, de propiedad o a disposición de cualquiera de las entidades, o el trabajo de servidores públicos, empleados o terceros contratados por las entidades. Esta infracción es considerada como muy grave.

Infracciones contra el deber de responsabilidad

n) Incumplir, negarse o demorar de manera injustificada e intencional, el ejercicio de las funciones a su cargo, en los procedimientos en los que participa con ocasión de su función o cargo. Esta infracción es considerada como grave.

o) Disponer, aprobar o autorizar la ejecución de actos y/o procedimientos, en ejercicio de las funciones a su cargo, que se encuentren en clara infracción a la ley o al reglamento, generando grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como grave.

Infracciones contra la prohibición de mantener intereses en conflicto

p) Intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, rescisión o resolución del contrato o sanción de cualquier funcionario o servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o tenga relación personal directa, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para terceras personas. Esta infracción es considerada como grave.

q) Intervenir con ocasión de su cargo, en la atención, tramitación o resolución de asuntos que se encuentran bajo su ámbito de actuación funcional, en que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellos de los que pueda resultar algún beneficio para sí mismo, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta infracción es considerada como grave.

Infracción contra la prohibición de obtener ventajas indebidas

r) Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, haciendo uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia. Esta infracción es considerada como muy grave.

s) Aceptar empleo, comisión o ejercer actividad de consultoría o asesoramiento para personas naturales o jurídicas, de carácter privado, conforme a las prohibiciones e impedimentos legalmente establecidos. En caso de haber cesado en el cargo o función, la infracción se configura mientras se mantengan las referidas prohibiciones o impedimentos, conforme a los periodos establecidos legalmente. Esta infracción es considerada como grave.

Infracción contra la prohibición de hacer mal uso de información privilegiada

t) Usar en beneficio propio o de terceros información privilegiada a la que se tuviera acceso por la función que se desempeña. Esta infracción es considerada como grave.

u) Revelar un hecho o circunstancia que deba mantenerse en secreto o reservado, de la que haya tenido conocimiento en virtud del ejercicio de su cargo. Esta infracción es considerada como grave.

CAPÍTULO III
INFRACCIONES POR REALIZAR ACTOS QUE PERSIGUEN FINALIDADES PROHIBIDAS

Artículo 8.- Infracciones por realizar actos que persiguen finalidades prohibidas

Los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas a realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento, específicamente por:

a) Autorizar, disponer o aprobar la contratación de personas impedidas, incapacitadas o inhabilitadas para contratar con el Estado, en adquisiciones de bienes, servicio u obras, administración o disposición de todo tipo de bienes, y/o, prestaciones de servicios de cualquier naturaleza, generando perjuicio para el Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

b) Incurrir en fraccionamiento para la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras, con el objeto de modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, conforme a lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si generó perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

c) Incumplir las disposiciones que prohíben el ejercicio de la facultad de nombramiento o contratación de personal o de acceso a la función pública, en casos de nepotismo. Esta infracción es considerada como muy grave.

CAPÍTULO IV
INFRACCIONES POR EL DESEMPEÑO FUNCIONAL NEGLIGENTE O PARA FINES DISTINTOS AL INTERÉS PÚBLICO

Artículo 9.- Infracciones por el desempeño funcional negligente o para fines distintos al interés público

Los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas a acciones u omisiones que importen negligencia en el desempeño de sus funciones o el uso de estas para fines distintos al interés público, específicamente por:

a) Deteriorar o destruir los bienes destinados al cumplimiento de los fines de la entidad, por su uso inapropiado o distinto al interés público, atribuible a la falta de la debida diligencia en su mantenimiento, conservación u oportuna distribución. Esta infracción es considerada como grave. Si los bienes se encontraban destinados a programas, finalidades sociales o salud pública, la infracción es muy grave.

b) Convalidar o permitir por inacción, conociendo su carácter ilegal, las infracciones graves o muy graves establecidas en la Ley y especificadas en el presente Reglamento, o, la afectación reiterada a las normas que regulan los sistemas administrativos, cuando

se tenga la función de supervisión o vigilancia sobre la actuación del personal a su cargo, siempre que la referida afectación haya generado manifiesto perjuicio para el Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

c) Actuar con negligencia en el gasto público en forma tal que implique la paralización o suspensión de los servicios, obras o operaciones que brinda o que se encuentran a cargo de la entidad. Esta infracción es considerada como grave.

CAPÍTULO V
OTRAS INFRACCIONES POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

Artículo 10.- Infracciones graves y muy graves establecidas en el ordenamiento jurídico administrativo

Son infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional, aquellas conductas expresamente calificadas como tales en normas con rango de ley o decreto supremo, siempre que no tengan carácter laboral.

Artículo 11.- Infracciones leves por responsabilidad administrativa funcional

Los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones leves por las trasgresiones del ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, que no sean constitutivas de las infracciones graves o muy graves especificadas en el presente Reglamento.

TÍTULO III
SANCIONES POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

CAPÍTULO I
OBJETIVOS, TIPOS Y ESCALAS

Artículo 12.- Autonomía de responsabilidades

El procesamiento y las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad civil o penal que pudieran establecerse o determinarse en cada caso.

Solo por disposición judicial expresa se pueden suspender, modificar o eliminar los efectos de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional. En caso la disposición judicial expresa recaiga sobre procedimientos en trámite, aquella determinará su suspensión o la corrección de los actos a que hubiera lugar. En cualquier caso, la suspensión del procedimiento por decisión judicial expresa acarrea la suspensión de los plazos del procedimiento y los plazos de prescripción.

Artículo 13- Objetivos de la sanción

La sanción tiene como objetivos:

a) Orientar la conducta de los funcionarios y servidores públicos

b) Prevenir comportamientos que atenten contra el cumplimiento de obligaciones inherentes a la gestión pública;

c) Prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas; y,

d) Cumplir con su carácter punitivo.

Artículo 14.- Tipos de sanciones

14.1 Los funcionarios o servidores públicos que incurren en responsabilidad administrativa funcional son sancionados con inhabilitación para el ejercicio de la función pública o suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, según corresponda a la gravedad de la infracción en que hubieran incurrido y conforme a los criterios de gradación establecidos en la Ley.

14.2 La inhabilitación para el ejercicio de la función pública, comprende la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el funcionario o servidor infractor, así como la incapacidad legal para obtener mandato, cargo, empleo, comisión de carácter público, para celebrar contratos administrativos de servicios o para el ejercicio de función pública o funciones en general en las entidades.

14.3 La suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, comprende la separación del cargo y la suspensión del goce de remuneraciones, compensaciones y/o beneficios de cualquier naturaleza.

Artículo 15.- Escala de sanciones

Los funcionarios y servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional serán sancionados de acuerdo a la siguiente escala:

a) La infracción grave será sancionada con suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de treinta (30) días calendario y hasta trescientos sesenta (360) días calendario o inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de uno (1) ni mayor de dos (2) años.

b) La infracción muy grave será sancionada con inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de dos (2) ni mayor de cinco (5) años.

Las sanciones para cada una de las infracciones graves o muy graves, por responsabilidad administrativa funcional, se encuentran especificadas en el Anexo del presente Reglamento.

CAPÍTULO II
EJECUCIÓN, REHABILITACIÓN, EXIMENTES Y ATENUANTES

Artículo 16.- Carácter ejecutario de la sanción

Las sanciones por responsabilidad administrativa funcional adquieren carácter ejecutario desde que quedan firmes o causan estado en la vía administrativa. La suspensión de los efectos de la sanción por decisión judicial expresa, también suspende el cómputo de la sanción, debiéndose reanudar conforme a los resultados del proceso judicial o cuando se agoten los efectos de la disposición que hubiera originado dicha suspensión.

Artículo 17.- Rehabilitación

17.1 Los funcionarios y servidores públicos sancionados por responsabilidad administrativa funcional quedarán automáticamente rehabilitados a los tres (3) años de cumplida efectivamente la sanción.

17.2 La rehabilitación deja sin efecto toda mención o constancia de la sanción impuesta por responsabilidad administrativa funcional, no pudiendo constituir un precedente o demérito para el infractor.

17.3 Cuando la sanción hubiera sido la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, la rehabilitación no produce el efecto de reponer en la función, cargo o comisión de la que hubiera sido privado el administrado.

Artículo 18.- Eximentes de responsabilidad

Son supuestos eximentes de responsabilidad administrativa funcional, los siguientes:

a) La incapacidad mental, debidamente comprobada por la autoridad competente.

b) El caso fortuito o la fuerza mayor, debidamente comprobados.

c) El ejercicio de un deber legal, función, cargo o comisión encomendada.

d) La ausencia de una consecuencia perjudicial para los intereses del Estado.

e) El error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.

f) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones, siempre que el funcionario o servidor público hubiera expresado su oposición por escrito u otro medio que permita verificar su recepción por el destinatario.

g) La actuación funcional en caso de catástrofe o desastres naturales o inducidos, cuando los intereses de seguridad, salud, alimentación u orden público, hubieran requerido acciones inmediatas e indispensables para evitar o superar su inminente afectación.

Artículo 19.- Atenuantes de la responsabilidad administrativa funcional

Son atenuantes de la responsabilidad administrativa funcional, los siguientes:

a) La subsanación voluntaria por parte del administrado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento sancionador.

b) La actuación funcional en privilegio de intereses superiores de carácter social, o relacionados a la salud u orden público, cuando, en casos diferentes a catástrofes o desastres naturales o inducidos, se hubiera requerido la adopción de acciones inmediatas para superar o evitar su inminente afectación.

Los atenuantes, además de permitir la reducción de la sanción en la escala correspondiente, podrán dar lugar a calificar la infracción en un nivel menor de gravedad, incluso como infracción leve, caso en el cual, corresponderá su puesta en conocimiento de las instancias competentes para la imposición de la sanción.

Artículo 20.- Reiterancia o reincidencia

La infracción será calificada a un nivel superior de gravedad y/o podrá ser sancionada hasta el límite superior de la escala correspondiente, cuando el administrado tenga

antecedentes no rehabilitados de sanciones impuestas por responsabilidad administrativa funcional por infracciones de igual o mayor gravedad que la nueva infracción que es materia del procedimiento sancionador.

En caso el administrado tenga antecedentes de sanciones por infracciones de menor gravedad no rehabilitados, dicha circunstancia no incrementará el nivel de gravedad en la calificación de la infracción, pero será tomada en cuenta para la graduación de la sanción correspondiente, conforme al artículo 48 de la Ley.

Se consideran como antecedentes del administrado, las sanciones firmes o consentidas que se hubieran impuesto en los tres (3) años anteriores a la fecha en que se inició el procedimiento administrativo.

Artículo 21.- Incorporación de sanciones en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido

Las sanciones por responsabilidad administrativa funcional impuestas por el Órgano Sancionador o por el Tribunal, que hubieran quedado firmes o causado estado, serán remitidas por la Contraloría General de la República al Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, para fines de su incorporación.

TÍTULO IV
PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

CAPÍTULO I
ETAPAS Y PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 22.- Etapas del procedimiento

El procedimiento sancionador, consta de dos etapas: La primera instancia que comprende la Fase Instructiva y Fase Sancionadora; y, la segunda instancia que comprende la tramitación y resolución de los recursos de apelación ante el Tribunal.

Artículo 23.- Primera instancia

23.1 Fase instructiva

La fase instructiva se encuentra a cargo del Órgano Instructor y comprende las actuaciones conducentes a la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes.

La fase instructiva comprende, las actuaciones previas, el inicio del procedimiento sancionador y su desarrollo, culminando con la emisión del pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de infracción por responsabilidad administrativa funcional, en que se propone la imposición de sanción y remite el correspondiente proyecto de resolución, o, se dispone el archivo del procedimiento, según corresponda. En caso la referida notificación deba efectuarse a dos (2) o más administrados, el procedimiento sancionador se entenderá iniciado desde la última notificación.

La fase instructiva tendrá una duración de hasta ciento ochenta (180) días hábiles, pudiendo ser prorrogada por sesenta (60) días hábiles adicionales, a criterio del Órgano Instructor. La decisión de prórroga es comunicada al administrado.

23.2 Fase sancionadora

La fase sancionadora se encuentra a cargo del Órgano Sancionador y comprende desde la recepción del pronunciamiento del Órgano Instructor que propone la imposición de sanción, hasta la emisión de la resolución que decide sobre la imposición de sanción o que la declara no ha lugar, disponiendo, en este último caso, el archivo del procedimiento. La fase sancionadora tendrá una duración de hasta treinta (30) días hábiles.

Artículo 24.- Segunda instancia

La segunda instancia se encuentra a cargo del Tribunal y comprende la resolución de los recursos de apelación, lo que pone término al procedimiento sancionador en la vía administrativa. Los recursos de apelación contra las resoluciones que imponen sanción son resueltos por el Tribunal dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haber declarado que el expediente está listo para resolver.

CAPÍTULO II
DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 25.- Actuaciones previas

Luego de recibido el Informe, el Órgano Instructor efectúa la evaluación pertinente para determinar el inicio del procedimiento sancionador, para lo cual, cuando corresponda, podrá disponer la realización de indagaciones previas. Concluida la evaluación o indagaciones previas, se iniciará el procedimiento sancionador, o, se adoptarán las acciones a que hubiera lugar en caso no corresponda su iniciación.

Artículo 26.- Inicio del procedimiento

El inicio del procedimiento sancionador será notificado por escrito al administrado, indicando:

26.1 Los actos u omisiones que se imputan a título de cargos, consignando las infracciones que pueden configurar;

26.2 Las sanciones que, en su caso, se pudieran imponer;

26.3 El órgano competente para imponer la sanción;

26.4 El plazo para la presentación de descargos, y;

26.5 Otros datos o información que resultara necesaria para el procedimiento.

En la notificación del inicio del procedimiento sancionador se indicará al administrado la puesta a disposición del Informe y su documentación sustentatoria.

El inicio del procedimiento sancionador se comunica a la entidad a que pertenece el administrado y/o a la entidad en que se hubiera cometido la infracción, si fuera el caso. La comunicación a la entidad señala el impedimento para iniciar procedimientos destinados a la sanción de los hechos observados en los Informes que originan el procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría General, debiendo las autoridades de la entidad proceder a la inhibición correspondiente, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 5 del presente Reglamento.

Artículo 27.- Presentación de descargos

Los descargos deberán hacerse por escrito y contener la exposición ordenada de los hechos, fundamentos legales y documentos probatorios que contradicen o desvirtúen los cargos materia del procedimiento o el reconocimiento de la infracción cometida.

Los descargos deben ser presentados dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del inicio del procedimiento sancionador, más el término de la distancia. Dicho periodo puede ser ampliado, hasta por cinco (5) días hábiles adicionales, a solicitud del administrado. La solicitud de ampliación debe presentarse como máximo tres (03) días antes del vencimiento del plazo establecido y se otorga por única vez, para lo cual, se entenderá que el pedido ha sido aceptado a su recepción, salvo denegatoria expresa.

Artículo 28.- Desarrollo del procedimiento sancionador

El Órgano Instructor realizará las actuaciones del caso, evaluando las pruebas aportadas al procedimiento sancionador, así como los cargos efectuados y descargos presentados por el administrado, emitiendo pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de infracciones por responsabilidad administrativa funcional, proponiendo las sanciones que correspondan, o, en su caso, disponiendo el archivo del procedimiento.

El pronunciamiento del Órgano Instructor que propone la imposición de sanciones remitido al Órgano Sancionador dentro de los tres (3) días hábiles de emitido. En caso el pronunciamiento señale la inexistencia de infracción por responsabilidad administrativa funcional y disponga el archivo del procedimiento, aquel es aprobado mediante resolución del Órgano Instructor, la cual es notificada al administrado en el mismo plazo, más el término de la distancia.

Artículo 29.- Tratamiento de hechos constitutivos de responsabilidad penal, civil o administrativa funcional por infracciones leves

En cualquier momento del procedimiento sancionador, si se apreciara que los hechos observados en los Informes contienen indicios de responsabilidad penal o responsabilidad civil, considerando la autonomía de responsabilidades, la instancia a cargo del procedimiento adopta las acciones que fueran necesarias para asegurar la determinación de las referidas responsabilidades por las autoridades competentes.

Asimismo, en caso se apreciaran hechos que puedan dar lugar a responsabilidad administrativa funcional por infracciones leves, la instancia a cargo del procedimiento sancionador, dispondrá su conclusión sin emitir pronunciamiento sobre dichas infracciones, adoptando las acciones para su procesamiento por las instancias correspondientes.

Artículo 30.- Medios probatorios

Los Informes constituyen medios probatorios y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario. Los Informes pueden ser complementados, durante el desarrollo del procedimiento, por otros medios probatorios que resulten idóneos a criterio del Órgano Instructor.

Los medios probatorios de parte son ofrecidos en el escrito de descargo y deben estar vinculados directamente a los cargos imputados al administrado.

Cuando el Informe o demás medios de prueba ofrecidos sean insuficientes para formar convicción, el Órgano Instructor puede ordenar la actuación de la prueba de oficio que considere necesaria. En caso dicha necesidad sea apreciada por el Órgano Sancionador o el Tribunal, aquellos podrán incorporarlas, siempre que no incidan irrazonablemente en la duración del procedimiento sancionador.

Artículo 31.- Pronunciamientos de órganos rectores

La determinación de la responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General y el Tribunal, toma en cuenta, obligatoriamente, los pronunciamientos emitidos por los órganos rectores en el ámbito de su competencia y materia de su especialidad, siempre que aquellos se encuentren referidos o sean de aplicación a los hechos observados en los Informes.

Artículo 32.- Requisitos de las resoluciones

Las resoluciones deberán contener, por lo menos, la siguiente información:

1. El número y fecha de la resolución.
2. La determinación precisa y clara de los hechos constitutivos de infracción y las normas infringidas.
3. La individualización de los presuntos infractores, debidamente identificados.
4. La descripción de los descargos y su correspondiente análisis.
5. La motivación de la resolución en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
6. La ponderación de los criterios de graduación, eximentes y atenuantes que pudieren concurrir.
7. Las sanciones que correspondan aplicar o la declaración de inexistencia de responsabilidad y disposición de archivo del procedimiento.
8. La instancia administrativa u órgano que emite la resolución.
9. La expresión clara y precisa de lo que se ordena cumplir, según sea el caso, y el plazo para tal efecto.

Artículo 33.- Publicación de resoluciones

Las resoluciones que ponen fin al proceso sancionador se podrán publicar en el portal institucional de la Contraloría General.

Artículo 34.- Recurso de apelación

En el procedimiento sancionador únicamente procede el recurso de apelación contra las resoluciones que imponen sanciones, así como contra los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. El recurso de apelación debe interponerse dentro de los quince (15) días hábiles de producida la notificación del acto que se desea impugnar.

Artículo 35.- Trámite del recurso de apelación

35.1 El recurso de apelación se presenta ante el Órgano Sancionador, quien evaluará si el escrito es presentado dentro del plazo establecido y si cuenta con los requisitos establecidos en los artículos 113 y 211 de la Ley del Procedimiento Administrativo

General, contando para el efecto con cinco (05) días hábiles, a cuya finalización lo concede y eleva al Tribunal, conjuntamente con los antecedentes que sustentaron la emisión del acto impugnado; o, declara su inadmisibilidad o improcedencia; comunicando en ambos casos al administrado.

35.2 En caso el recurso de apelación sea presentado fuera del plazo, será declarado improcedente por el Órgano Sancionador. En caso el recurso no cumpla con los requisitos establecidos, se otorgará un plazo de dos (2) días hábiles para la subsanación de las omisiones. De no subsanar las omisiones dentro del plazo indicado, el recurso se tendrá por no presentado, poniéndose los recaudos a disposición del administrado

35.3 La apelación de la resolución que impone sanción suspende su ejecución, conforme a lo indicado en el numeral 237.2 del artículo 237 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

35.4 La resolución del recurso de apelación se notifica al administrado en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, computados desde que se emitió la misma, más el término de la distancia.

Artículo 36.- Improcedencia del recurso de apelación

El recurso de apelación será declarado improcedente cuando:

a) El Tribunal carezca de competencia para resolverlo por tratarse de una materia distinta a las previstas en el presente Reglamento.

b) El recurso sea interpuesto fuera del plazo previsto por este Reglamento.

c) No se acredite derecho o interés legítimo afectado.

Artículo 37.- Queja por defecto de tramitación

En cualquier momento del procedimiento, los administrados pueden formular queja contra los defectos de tramitación, ocurridos en el Órgano Instructor u Órgano Sancionador, la cual es presentada ante el Tribunal, quien la resuelve conforme a lo señalado en el artículo 158 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Las quejas por defectos de tramitación formuladas contra el Tribunal, son presentadas y resueltas por el Contralor General de la República.

Artículo 38.- Recurso de queja

El recurso de queja procede en los casos en que no se conceda el recurso de apelación. En dicho supuesto, el recurso de queja –acompañado de los antecedentes correspondientes– es elevado inmediatamente al Tribunal, quien procederá a su resolución dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

Artículo 39.- Criterios de resolución por parte del Tribunal

El Tribunal al ejercer su competencia en la resolución de los recursos de apelación, considera los criterios siguientes:

a) En caso el acto impugnado se ajuste al ordenamiento jurídico, declarará infundado el recurso de apelación y confirmará la decisión.

b) En caso se advierta en el acto impugnado la aplicación indebida o interpretación errónea de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, así como de los precedentes administrativos o jurisdiccionales de observancia obligatoria, declarará

fundado el recurso de apelación y revocará el acto impugnado o lo modificará, de ser el caso.

c) En caso se verifique la existencia de actos dictados por órgano incompetente o que contravengan el ordenamiento jurídico, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, declarará la nulidad de los mismos, resolviendo sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello, o, en caso contrario, dispone su devolución al órgano correspondiente, para la continuación del procedimiento desde el momento al que se hubiera retrotraído.

Artículo 40.- Prescripción

40.1 La facultad para sancionar por responsabilidad administrativa funcional derivada de los Informes, prescribe a los cuatro (4) años contados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. La prescripción puede ser alegada por los administrados en vía de defensa, para lo cual, las instancias competentes resolverán inmediatamente sin abrir prueba, o pedir alguna actuación adicional a la mera constatación de los plazos vencidos.

40.2 El procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional no puede durar más de dos (2) años, contados desde su inicio. El cumplimiento de dicho plazo determina la conclusión del procedimiento sancionador, respecto de las personas procesadas, debiendo ser alegado en vía de defensa y resuelto inmediatamente por las instancias competentes a partir de la mera constatación del plazo cumplido.

Artículo 41.- Acumulación

Los Informes que contengan observaciones relacionadas a más de un (1) funcionario o servidor público, dan lugar a la acumulación subjetiva originaria del procedimiento sancionador, salvo que, por la complejidad o diversidad de las materias observadas, sea necesario su procesamiento por separado, en cuyo caso, se privilegiará la acumulación por materias que guarden conexión.

Asimismo, durante el procedimiento sancionador, el Órgano Instructor, el Órgano Sancionador y el Tribunal, podrán de oficio o a pedido de parte disponer la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión. Dicha decisión se adoptará mediante decisión inimpugnable, la cual será comunicada al administrado.

Artículo 42.- Régimen de notificaciones

42.1 La notificación se realizará en el domicilio que conste en el expediente o, en el último domicilio que la persona a quien se deba notificar haya señalado en el proceso de control que originó el Informe. Todo cambio del domicilio que consta en el expediente deberá ser informado a los órganos correspondientes del procedimiento sancionador y será efectivo desde la presentación del escrito correspondiente por parte del administrado.

42.2 La Contraloría General regula el régimen de notificaciones, considerando la implementación progresiva del uso de medios electrónicos.

CAPÍTULO III
MEDIDAS PREVENTIVAS

Artículo 43.- Medidas preventivas

A través de decisión motivada, el Órgano Instructor puede proponer al Órgano Sancionador, la separación del cargo del servidor o funcionario procesado, mientras dure el procedimiento sancionador. Para tal efecto, deberá ponderarse la gravedad de los hechos y la posibilidad que sin su adopción se ponga en riesgo el correcto ejercicio de la función pública.

Luego de ser separado el funcionario o servidor público, deberá ser puesto a disposición de la Oficina de Personal o la que haga sus veces en la entidad, para realizar los trabajos que le sean asignados; los mismos que, siendo compatibles con su especialidad y respetando sus niveles de ingresos, no podrán estar relacionados a la materia investigada, ni podrán representar cargos de dirección, directivos superiores, ejecutivos, o cargos de administración.

La medida preventiva de separación del cargo no constituye sanción administrativa y podrá ser levantada por el Órgano Sancionador o el Tribunal, de oficio o a instancia de parte. Las solicitudes para el levantamiento de la medida preventiva, deben ser resueltas en un plazo de quince (15) días hábiles.

La medida preventiva caduca de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone término al procedimiento sancionador en la vía administrativa, o cuando hubiera transcurrido el plazo establecido para la emisión de la resolución en la instancia correspondiente.

La resolución que disponga la aplicación de la medida preventiva o su levantamiento, se comunica a la(s) entidad(es) correspondiente(s), la(s) cual(es) en el plazo máximo de tres (3) días hábiles deberá(n) ejecutar lo dispuesto, comunicando la medida adoptada al Órgano Sancionador. El cumplimiento de la ejecución de la medida preventiva será materia de control posterior por parte del Sistema Nacional de Control.

TÍTULO V
ÓRGANOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

CAPÍTULO I
ÓRGANO INSTRUCTOR Y SANCIONADOR

Artículo 44.- Órgano Instructor

El Órgano Instructor es el encargado de llevar a cabo las actuaciones conducentes a la determinación de la responsabilidad administrativa funcional.

Artículo 45.- Funciones específicas del Órgano Instructor

Corresponde al Órgano Instructor las siguientes funciones específicas:

a) Iniciar el procedimiento sancionador para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los Informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, para lo cual podrá efectuar las actuaciones previas que fueran necesarias.

b) Dirigir y desarrollar el procedimiento sancionador, realizando todas las actuaciones necesarias para el análisis de los hechos, recabando los datos, información y pruebas que sean relevantes para determinar, según sea el caso, la existencia de infracciones sancionables.

c) Emitir pronunciamientos señalando la existencia o inexistencia de infracciones por responsabilidad administrativa funcional, graves o muy graves, proponiendo la imposición de sanción al Órgano Sancionador y remitiendo el proyecto de resolución correspondiente, o, disponiendo el archivo del procedimiento sancionador.

d) Requerir a las entidades públicas, sus funcionarios y personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al caso materia del procedimiento, la documentación, información u opiniones que fueran necesarias para el esclarecimiento de los hechos, incluyendo a los órganos emisores de los Informes o las áreas de la Contraloría General que correspondan.

e) Proponer la adopción de la medida preventiva de separación del cargo.

f) Comunicar los cargos a los administrados, recibir y evaluar los descargos presentados.

g) Adoptar las medidas necesarias para asegurar el deslinde de responsabilidades o encausar su procesamiento en aquellos casos en que aprecie que los hechos observados en los Informes constituyen supuestos diferentes a infracciones graves o muy graves.

h) Las demás que le asigne la Ley, el presente Reglamento y demás normas legales, así como las disposiciones que emita la Contraloría General.

Artículo 46.- Órgano Sancionador

El Órgano Sancionador, sobre la base del pronunciamiento del Órgano Instructor, impone las sanciones que correspondan o declara que no ha lugar a la imposición de sanción.

Artículo 47.- Funciones específicas del Órgano Sancionador

Corresponde al Órgano Sancionador las siguientes funciones específicas:

a) Emitir resolución motivada imponiendo las sanciones que correspondan o declarar que no ha lugar a la imposición de sanción, sobre la base del pronunciamiento y antecedentes remitidos por el Órgano Instructor.

b) Disponer la realización de las actuaciones complementarias que sean indispensables para resolver el procedimiento.

c) Ordenar, a propuesta del Órgano Instructor y mediante resolución debidamente motivada, la medida preventiva de separación del cargo.

d) Evaluar la procedencia y cumplimiento de los requisitos establecidos para el recurso de apelación, elevando, según corresponda, los actuados al Tribunal.

e) Adoptar las medidas necesarias para asegurar el deslinde de responsabilidades o encausar su procesamiento en aquellos casos en que aprecie que los hechos observados en los Informes constituyen supuestos diferentes a infracciones graves o muy graves.

f) Las demás que le asigne la Ley, el presente Reglamento y demás normas legales, así como las disposiciones que emita la Contraloría General.

CAPÍTULO II
TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Artículo 48.- Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Tribunal es el órgano colegiado encargado de conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de apelación contra las resoluciones emitidas por el Órgano Sancionador. Posee independencia técnica y funcional en las materias de su competencia y autonomía en sus decisiones.

Los pronunciamientos que así se determinen expresamente por Sala Plena constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para la determinación de responsabilidad administrativa funcional, debiendo ser públicados en el Diario Oficial *El Peruano*.

Artículo 49.- Conformación del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

49.1 El Tribunal está conformado por su Presidente, los vocales miembros de las Salas y la Secretaría Técnica. Para el desempeño de sus funciones, cada Sala podrá contar con una Secretaría Técnica Adjunta.

49.2 El Presidente del Tribunal es elegido en Sala Plena, por el plazo de un (01) año, renovable por única vez, con el voto de la mayoría simple de sus miembros.

49.3 Los vocales de las Salas son elegidos a través de concurso público de mérito, convocado y dirigido por la Contraloría General, son nombrados mediante Resolución de Contraloría y permanecen en el cargo por un periodo de cinco (5) años. Solo pueden ser removidos por las causas graves, debidamente justificadas, establecidas en el presente Reglamento.

49.4 La Secretaría Técnica es el órgano de apoyo del Tribunal, encargado de la gestión administrativa de la documentación y expedientes que ingresen al Tribunal, así como de proporcionar apoyo técnico a la labor de las Salas.

Artículo 50.- Conformación de las Salas del Tribunal

Las Salas del Tribunal están integradas por los cinco (5) vocales titulares, de los cuales, por lo menos tres (3), deben ser abogados de profesión. El Tribunal podrá contar hasta con cinco vocales alternos por Sala, quienes serán nombrados conforme al procedimiento de acceso, requisitos, criterios de conformación e impedimentos establecidos para los vocales titulares. Los vocales alternos asumirán funciones en caso de ausencia, abstención, vacancia, impedimento o remoción de los vocales titulares, quedando sujetos a las mismas obligaciones, funciones y prohibiciones aplicables a aquellos. En caso de no poder asumir el cargo algún vocal alterno, se podrá requerir la participación de vocales integrantes de otra Sala.

El Tribunal, mediante acuerdo de Sala Plena, considerando criterios de carga procesal u otros de carácter objetivo, podrá conformar o desactivar las Salas que resulten necesarias, conforme a la disponibilidad presupuestal de la Contraloría General.

Artículo 51.- Sala Plena

La Sala Plena estará integrada por los vocales titulares del Tribunal. La Sala Plena aprueba los precedentes administrativos de observancia obligatoria sobre la base de los criterios aprobados por las Salas en las resoluciones que hubieran emitido. Asimismo, establece los lineamientos para el mejor desempeño de las funciones del Tribunal, entre otras atribuciones que le reconocen el presente Reglamento y disposiciones complementarias.

Artículo 52.- Requisitos para ser nombrado vocal

Son requisitos para ser nombrado vocal del Tribunal:

a) Tener, al tiempo de la convocatoria a concurso público de méritos, más de 40 años de edad, con pleno ejercicio de la ciudadanía y de sus derechos civiles.

b) Contar con título profesional universitario y estar habilitado por el colegio profesional correspondiente.

c) Tener experiencia profesional en entidades del sector público o privado –no menor de diez (10) años– o comprobada docencia universitaria por el mismo periodo. El cómputo de los años de experiencia profesional o desempeño de la docencia universitaria, se iniciará a partir de la fecha de obtención del título profesional.

d) Contar, de preferencia, con estudios de especialización en el ámbito de su profesión.

e) No tener filiación política alguna.

f) No encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta.

g) No haber sido sancionado penalmente, presentando el certificado negativo de antecedentes penales.

h) No haber sido sancionado con destitución o despido, presentando, el certificado negativo del Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido o copia autenticada de la sentencia consentida o ejecutoriada en la que se dispone el pago de indemnización por despido arbitrario u de otro documento público en el que la empresa o empleador reconoce que el despido fue arbitrario, según corresponda.

i) Tener conducta intachable y reconocida solvencia e idoneidad moral.

j) Tener y acreditar estudios de especialización en Derecho Constitucional, administrativo, laboral o gestión de recursos humanos.

Para los literales e), f) e i), se podrá presentar declaración jurada sujeta al control posterior respectivo. La Contraloría General emitirá las disposiciones complementarias que fueran necesarias para la mejor aplicación de los requisitos para ser nombrado vocal del Tribunal.

Artículo 53.- Impedimentos para ser vocal

Son impedimentos para ser vocal del Tribunal:

a) Pertenecer o estar afiliado a una agrupación política.

b) Encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta.

c) Haber sufrido condena por la comisión de delito doloso o haber sido sentenciado con reserva de fallo condenatorio, conclusión anticipada, o por acuerdo bajo el principio de oportunidad por la comisión de un delito doloso.

d) Haber sido sancionado con destitución, despido o inhabilitación por medida disciplinaria en alguna entidad o empresa del Estado; o, haber sido despedido en la actividad privada por la comisión de una falta grave, salvo que acredite el despido arbitrario conforme al inciso h) del artículo 52 del presente Reglamento.

e) Encontrarse inhabilitado para el ejercicio de la función pública por sentencia judicial, mandato de autoridad administrativa competente o disposición del Congreso de la República.

f) Adolecer de incapacidad, debidamente acreditada, que lo imposibilite para cumplir con sus funciones.

Artículo 54.- Vacancia en el cargo de vocal

El cargo de vocal del Tribunal vaca por:

a) Muerte.

b) Sobrevenir cualquiera de los impedimentos o carecer de los requisitos para ser nombrado a que se refiere el presente Reglamento.

c) Renuncia.

d) Incurrir en causa grave de remoción, debidamente comprobada.

La vacancia del cargo de vocal del Tribunal se sustancia y declara a través de Resolución de Contraloría. En dicho supuesto se dispondrán las medidas pertinentes para asegurar el funcionamiento del Tribunal.

Artículo 55.- Causas graves de remoción de los vocales

Se consideran causas graves de remoción del cargo de vocal del Tribunal:

a) El abandono del cargo, que se configura por la inasistencia injustificada a tres (3) sesiones consecutivas o cinco (5) alternadas en un periodo de un (1) año, cuando los vocales perciban únicamente dietas por su actuación funcional. En caso los vocales pertenecieran al régimen laboral de la Contraloría General, el abandono del cargo se producirá por la inasistencia injustificada al centro de labores por tres (3) días consecutivos o más de cinco (5) días en un periodo de ciento ochenta días (180) calendario.

b) No informar a la Sala, sobre la existencia de conflicto de interés en una controversia sometida a su conocimiento.

c) Cualquier acción u omisión conducente a obtener ventaja o beneficio indebido, personal o a favor de terceros, con ocasión del ejercicio del cargo.

d) Trasgredir los principios, deberes y prohibiciones de la Ley del Código de Ética de la Función Pública - Ley N° 27815.

La remoción del cargo de vocal del Tribunal por las referidas causales, es independiente y no impide ni limita el procesamiento y sanción de las responsabilidades en que se hubiera incurrido. La Contraloría General emitirá las disposiciones complementarias que fueran necesarias para la mejor aplicación de las causas graves de remoción del cargo de vocal del Tribunal.

Artículo 56.- Causales de abstención

56.1 Los vocales del Tribunal deberán abstenerse de conocer del procedimiento sancionador cuando estén incursos en cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 88 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En estos casos, deberán comunicar, por escrito, la causal de abstención a los demás vocales que integran la Sala, para que, en su caso, aprueben la abstención y convoquen al vocal alterno.

56.2 En los casos que la abstención deba ser planteada por el Presidente del Tribunal, aquel deberá presentarla ante los miembros de la Sala Plena, para la aprobación respectiva y la convocatoria a un vocal alterno, asumiendo la Presidencia, en dicho caso, el vocal más antiguo.

56.3 La obligación de abstención antes señalada, resulta de aplicación a los integrantes del Órgano Instructor y Sancionador, quienes, en cada caso, deberán plantearla ante la instancia que defina la Contraloría General, de acuerdo con lo señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 57.- Funciones específicas del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Tribunal tiene las siguientes funciones específicas:

a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación contra las resoluciones emitidas por el Órgano Sancionador, pudiendo revocar, confirmar, declarar la nulidad o modificar lo resuelto en primera instancia.

b) Disponer la ejecución de los acuerdos de Sala Plena y discutir asuntos de su competencia.

c) Elegir en Sala Plena al Presidente del Tribunal.

d) Proponer la modificación del Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas y sus modificaciones.

e) Proponer las normas y disposiciones que, en Sala Plena, se consideren necesarias para suplir deficiencias o vacíos en la legislación de la materia.

f) Conocer y resolver las quejas por defectos de tramitación y quejas por no concesión del recurso de apelación.

g) Solicitar la información que considere necesaria para resolver los asuntos materia de su competencia.

h) Disponer, a través de acuerdo de Sala Plena, la conformación o desactivación de las Salas del Tribunal, así como la conformación de las Secretarías Técnicas Adjuntas que fueran necesarias, conforme a la disponibilidad presupuestal de la Contraloría General.

i) Adoptar las medidas necesarias para asegurar el deslinde de responsabilidades o encausar su procesamiento en aquellos casos en que aprecie que los hechos observados en los Informes constituyen supuestos diferentes a infracciones graves o muy graves.

j) Las demás que le asigne la Ley, el presente Reglamento y demás disposiciones legales.

Artículo 58.- Funciones del Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Presidente del Tribunal tiene las siguientes funciones:

a) Representar al Tribunal ante cualquier persona natural o jurídica, en el marco de sus atribuciones.

b) Convocar, participar y presidir las sesiones de Sala Plena, emitiendo voto dirimente cuando se requiera.

c) Disponer la ejecución de los acuerdos de Sala Plena y, de ser necesaria, su publicación en el portal institucional de la Contraloría General y en el Diario Oficial El Peruano, cuando constituyan precedentes de observancia obligatoria.

d) Poner en conocimiento de la Contraloría General, con periodicidad trimestral, la situación de los asuntos administrativos y de gestión del Tribunal.

e) Las demás que le asigne la Ley, el presente Reglamento y demás disposiciones legales.

Artículo 59.- Funciones de los vocales

Los vocales del Tribunal tienen las siguientes funciones:

a) Convocar y verificar el quórum de las sesiones de la Sala Plena o de la Sala que integran, cuando se encuentren en ejercicio de la Presidencia de la Sala que corresponda.

b) Asistir, participar y votar en las sesiones de Sala Plena o de la Sala que integran.

c) Resolver colegiadamente los recursos de apelación sometidos a su competencia, y suscribir las resoluciones que emite, bajo sanción de nulidad.

d) Solicitar a la Secretaría Técnica la información que consideren necesaria para resolver los asuntos materia de su competencia.

e) Emitir pronunciamiento, por escrito, respecto de los fundamentos de su voto singular o en discordia en las sesiones de Sala, debiendo formar este parte del pronunciamiento final. El voto singular o en discordia se produce cuando existen discrepancias en la parte resolutiva y/o los fundamentos que sustentan el pronunciamiento final.

f) Instruir a la Secretaría Técnica para la formulación de los proyectos de resolución respecto de los recursos de apelación asignados en los casos que actúen como vocales ponentes.

g) Coordinar con la Secretaría Técnica, aspectos relativos al trámite y resolución de los recursos de apelación y su ejecución, cuando se encuentren en ejercicio de la Presidencia de la Sala.

h) Las demás que le asigne la Ley, el presente Reglamento y demás disposiciones legales.

Artículo 60- Secretaría Técnica

La Secretaría Técnica es el órgano encargado de gestionar y prestar el apoyo técnico y administrativo al Tribunal así como de dirigir la tramitación de los expedientes que se

sometan a conocimiento de este. Constituye el enlace entre el Tribunal y la estructura administrativa de la Contraloría General y demás órganos del Sistema Nacional de Control.

Sus funciones específicas se encuentran desarrolladas en el Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

En caso resultará necesario para el adecuado funcionamiento de las Salas del Tribunal, la Sala Plena podrá disponer la conformación de Secretarías Técnicas Adjuntas, conforme a la disponibilidad presupuestal de la Contraloría General.

Artículo 61.- Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas regula el funcionamiento de los órganos del Tribunal. La modificación del Reglamento acordada por la Sala Plena del Tribunal, será aprobada por Resolución de Contraloría y públicada en el diario oficial *El Peruano* y Portal Institucional de la Contraloría General.

Artículo 62.- Adscripción del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Tribunal se encuentra adscrito orgánicamente a la Contraloría General. Su dependencia de la Contraloría General es solo administrativa. El Reglamento de Organización y Funciones de la Contraloría General determina su ubicación en la estructura orgánica de la institución.

CAPÍTULO III
EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

Artículo 63.- Ejecución de las resoluciones

63.1 Las resoluciones que imponen sanciones emitidas por el Órgano Sancionador o el Tribunal, cuando queden firmes o causen estado, son de cumplimiento obligatorio y ejecutoriedad inmediata para los funcionarios o servidores públicos sancionados, surtiendo plenos efectos desde ese momento y no estando condicionadas a la ejecución o adopción de ninguna medida complementaria o accesoria, debiendo, cuando corresponda, la entidad a la que pertenece el funcionario o servidor público, adoptar las medidas necesarias para su ejecución en el plazo de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad del Titular.

63.2 Las resoluciones que establecen o disponen el levantamiento de la medida preventiva de separación del cargo son de obligatorio cumplimiento desde su notificación al administrado, debiendo además ser comunicadas a la entidad a que pertenece el funcionario o servidor público, para que adopte las medidas necesarias para su ejecución en el plazo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad del Titular.

63.3 La entidad dictará las medidas pertinentes para asegurar la entrega de cargo y la continuidad de las funciones. El administrado sobre el cual recaiga la sanción o medida preventiva deberá cumplir lo dispuesto por la entidad.

63.4 En caso la sanción por responsabilidad administrativa funcional recaiga en funcionarios o servidores que han dejado de prestar servicios en la entidad en que cometieron la infracción, pero que, al momento de la emisión de la resolución, estuvieran

prestando servicios en otra entidad comprendida en el ámbito del Sistema Nacional de Control, la ejecución de la sanción impuesta corresponderá a esta última.

Artículo 64.- Responsabilidad por incumplimiento de las resoluciones

El incumplimiento de los mandatos contenidos en las resoluciones emitidas por el Órgano Sancionador o el Tribunal, se considera infracción muy grave sujeta a responsabilidad administrativa funcional, sin perjuicio de las previstas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República, conforme a sus atribuciones, es la responsable de cautelar el cumplimiento de las resoluciones que imponen sanciones o establecen la medida preventiva de separación del cargo.

Artículo 65.- Efectos de las resoluciones

65.1 Los Titulares de las entidades deben adoptar las medidas en el ámbito de competencia, a consecuencia de las sanciones impuestas por el Órgano Sancionador o el Tribunal, lo que comprende, las acciones de personal que correspondan por el impedimento temporal o inhabilitación para el desempeño de las funciones o prestaciones a cargo de los funcionarios o servidores sancionados.

65.2 Las referidas acciones de personal comprenden, conforme a los términos previstos para su aplicación, el cese, destitución, despido o extinción del contrato, según el régimen laboral o contractual en que se encuentre la persona sancionada.

TÍTULO VI
RÉGIMEN DE LAS INFRACCIONES LEVES

Artículo 66.- Procesamiento y sanción de las infracciones leves

Las infracciones leves derivadas de los Informes, son sancionadas por los Titulares de las entidades conforme al régimen laboral o contractual al que pertenece el funcionario o servidor público.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Aplicación supletoria

En todo lo no previsto en el presente Reglamento, se aplica en forma supletoria lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, así como en las fuentes del procedimiento administrativo que esta última establece.

Segunda.- Aplicación en el tiempo de las infracciones y sanciones por responsabilidad administrativa funcional

Las infracciones y sanciones establecidas en la Ley y especificadas en el presente Reglamento, se aplican a los hechos cometidos a partir de la fecha de entrada en vigencia de este último y la Ley N° 29622.

Tercera.- Emisión de disposiciones complementarias

La Contraloría General dictará las disposiciones complementarias al presente Reglamento que sean necesarias para la implementación de la potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional que le reconoce la Ley, lo que comprenderá, entre otros, las normas para la mejor aplicación de los requisitos para ser nombrado vocal del Tribunal, para el desarrollo de (los) concurso(s) público(s) de méritos para acceder al cargo de vocal, para la implementación progresiva de la potestad sancionadora que le ha sido conferida, para la conformación y funcionamiento del Órgano Instructor y Sancionador, y, el régimen de notificaciones de los actos del procedimiento sancionador.

Asimismo, a través de Resolución de Contraloría se aprobará el Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas y establecerá el régimen de ingresos de los vocales del Tribunal.

Cuarta.- Interpretación de la Ley y el Reglamento

La Contraloría General de la República, conforme a lo señalado en el artículo g) del artículo 22 de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, tiene la atribución para interpretar la Ley, el presente Reglamento y demás disposición complementarias, en aquellos aspectos que no correspondan a los órganos rectores, conforme al artículo 31 del Reglamento.

Quinta.- Infracciones y sanciones para hechos anteriores

La determinación de la responsabilidad administrativa funcional, para hechos cometidos antes de la vigencia de la Ley y el presente Reglamento, se tramitarán conforme al régimen laboral o contractual al que pertenece el funcionario o servidor público comprendido en los Informes de Control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

Sexta.- Conformación del Órgano Instructor y Órgano Sancionador

La Contraloría General establecerá las instancias que asumirán las funciones del Órgano Instructor y Órgano Sancionador, para lo cual tendrá en cuenta criterios de carga procesal, desconcentración funcional o necesidad institucional.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera.- Régimen de aplicación progresiva de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional

La potestad sancionadora reconocida a la Contraloría General y al Tribunal, para el procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional, se aplica de manera inmediata a los Informes emitidos por la Contraloría General, por los hechos cometidos a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29622 y el presente Reglamento.

En el caso de los Informes emitidos por los Órganos de Control Institucional y Sociedades de Auditoría designadas, el ejercicio de la referida potestad, se encuentra condicionada a las etapas y criterios que establecerá la Contraloría General.

Segunda.- Adecuación de procedimientos para infracciones leves

Las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley, adecuan o aplican los procedimientos existentes, conforme a lo señalado en la Ley y el presente Reglamento, en lo concerniente a la competencia asignada al Titular de la entidad para la imposición de sanciones por responsabilidad administrativa funcional en el caso de infracciones leves.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Única.- Modificación y adecuación del Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido

1. Modifícase los artículos 4 y 5, numeral 6.2 del artículo 6 y artículo 7 del Decreto Supremo N° 089-2006-PCM, conforme al texto siguiente:

   "**Artículo 4.- Autoridad competente de inscribir la sanción.** El Jefe de la Oficina de Administración de cada Entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el RNSDD de las sanciones de destitución y despido. La entidad deberá comunicar a la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática - Ongei de la Presidencia del Consejo de Ministros, el nombre de dicho funcionario.

   El procedimiento para la comunicación del nombre del funcionario responsable y para la provisión de las claves y *pasword* de acceso, será aprobado mediante Resolución Ministerial, a propuesta de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática de la Presidencia del Consejo de Ministros.

   Las sanciones por responsabilidad administrativa funcional impuestas por la Contraloría General de la República o Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, serán inscritas directamente en el RNSDD por la instancia que designe la Contraloría General de la República".

   "Artículo 5.- Sanciones que deben inscribirse en el Registro

   Las sanciones que deben de inscribirse en el RNSDD son:

   a) Las sanciones de destitución y despido.

   En el caso de trabajadores comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada, el despido será el producido por causa justa relacionada con la conducta del trabajador, conforme al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

   b) Las sanciones por infracción al Código de Ética.

   c) Las sanciones de inhabilitación que ordene el Poder Judicial.

   d) Las sanciones por responsabilidad administrativa funcional impuestas por la Contraloría General de la República y Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

   e) Otras que determine la Ley".

"Artículo 6.- Sobre las resoluciones del Poder Judicial

(...) 6.2 Asimismo, toda resolución judicial que declare la nulidad, revocación o modificación de la sanción que originó la inhabilitación deberá ser comunicada, en un plazo de 5 días hábiles, al Jefe de la Oficina de Administración de la entidad a la que pertenece el sancionado o a la Contraloría General de la República , según sea el caso, a fin de que dicha autoridad proceda a la anotación respectiva en el RNSDD".

"Artículo 7.- Plazo de inhabilitación

La sanción de destitución o despido acarrea la inhabilitación para ejercer función pública por un periodo de cinco años, la misma que surte efectos a partir del día siguiente de notificada la sanción de destitución y despido al sancionado.

Las inhabilitaciones impuestas por la autoridad judicial se sujetarán al plazo que cada resolución indique, el mismo que tendrá vigencia a partir del día siguiente de notificada la resolución al sentenciado. La rehabilitación, en ese caso, se produce automáticamente al día siguiente de culminado el periodo de inhabilitación.

Las inhabilitaciones impuestas por la Contraloría General de la República o Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativa se sujetarán al plazo que cada resolución indique y surten efectos desde su notificación al sancionado, quedando automáticamente rehabilitadas a los tres (3) años de cumplida efectivamente la sanción".

2. La Presidencia del Consejo de Ministros dispondrá la adecuación de los procedimientos para el uso, registro y consulta del Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, para fines de permitir la remisión directa de la información y la incorporación de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional que imponga la Contraloría General. La referida adecuación considerará la emisión de certificados negativos de sanciones de destitución o despido.

ANEXO
CUADRO DE INFRACCIONES Y SANCIONES APLICABLES POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL DERIVADAS DE INFORMES EMITIDOS POR LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL POR INFRACCIONES GRAVES Y MUY GRAVES

N°	INFRACCIÓN	CALIFICACIÓN	SANCIÓN
INFRACCIONES POR INCUMPLIR EL MARCO LEGAL APLICABLE A LAS ENTIDADES Y LAS DISPOSICIONES RELACIONADAS A LA ACTUACIÓN FUNCIONAL DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO			
1	Incumplir las normas que regulan el acceso a la función pública, o, en general, el acceso a las entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, forman parte del Estado, incluyendo aquellas que conforman la actividad empresarial del Estado y las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, sea en beneficio propio o de terceros.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
2	Incurrir en la contravención al mandato legal que prohíbe la doble percepción de ingresos en el sector público, dando lugar a la generación de perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.

3	Incumplir las disposiciones que regulan el régimen de ingresos, remuneraciones, dietas o beneficios de cualquier índole de los funcionarios y servidores públicos.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
4	Disponer, autorizar, aprobar, elaborar o ejecutar, en perjuicio del Estado e incumpliendo las disposiciones que los regulan, la aprobación, el cambio o la modificación de los planes, estipulaciones, bases, términos de referencia y condiciones relacionadas a procesos de selección, concesión, licencia, subasta o cualquier otra operación o procedimiento a cargo del Estado, incluyendo los referidos a la ejecución de contratos de cualquier índole.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTES: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
5	Disponer, autorizar, aprobar o ejecutar, en perjuicio del Estado e incumpliendo las disposiciones que los regulan, la aprobación, el cambio o la modificación o suscripción de addenda a contratos de cualquier índole.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
6	Incumplir las disposiciones que regulan la determinación del valor referencial, dando lugar a precios notoriamente superiores o inferiores a los de mercado, sea en beneficio propio o de terceros, generando perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años
7	Contratar bienes, servicios u obras sin proceso de selección, simulando su realización o de forma fraudulenta, cuando la normativa prevea su obligatoria realización, dando lugar a la generación de perjuicio al Estado, excepto en los casos en que los montos de la contratación correspondan a una adjudicación de menor cuantía.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
8	Incumplir las disposiciones que regulan las causales y procedimientos para la exoneración de los procesos de selección para la contratación de bienes, servicios y obras, en aquellos casos que dicho incumplimiento genere perjuicio al Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
9	Hacer declaración falsa acerca de medición o valoración en obras, adquisición de bienes o de cualquier otro servicio o prestación a cargo del Estado, o acerca de cantidad, peso, medida, calidad o características de mercancías o bienes suministrados a cualquiera de las entidades, generando perjuicio al Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 90 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 3 años.

10	Aprobar o ejecutar operaciones o gastos no autorizados por ley o reglamento, o aceptar garantías insuficientes, no solicitarlas o no ejecutarlas cuando estuviera obligado, ocasionando perjuicio al Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 90 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 3 años.
11	Usar los recursos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular, ocasionando perjuicio al Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 60 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
12	El incumplimiento funcional que de lugar a la contaminación o a la falta de remediación del vertido de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos naturales.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
13	El incumplimiento funcional que de lugar a que se envenene, contamine o adultere aguas o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al consumo o bienes destinados al uso público, y que causen o puedan causar perjuicio a la salud.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años
14	El incumplimiento funcional que de lugar a que se extraiga o deprede especies de flora o fauna en épocas, cantidades, talla y zonas que son prohibidas o vedadas, o que se utilice métodos prohibidos o declarados ilícitos, o facilitando o alterando irregularmente el respectivo permiso.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años
15	El incumplimiento funcional que de lugar a que se asiente, deprede, explore, excave, remueva o afecte monumentos arqueológicos prehispánicos o que conformen el patrimonio cultural de la nación, conociendo su carácter; o, permite que se destruya, altere, extraiga del país o que se comercialice bienes del patrimonio cultural; o que no se les retorne de conformidad con la autorización concedida.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
16	Autorizar o ejecutar la disposición de bienes integrantes del patrimonio de las entidades, así como la prestación de servicio por parte de ellas, por precios inferiores a los de mercado, cuando dicha disposición no hubiera sido autorizada por disposición legal expresa.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
17	Incumplir las disposiciones legales que regulan expresamente su actuación funcional, generando grave perjuicio al Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico, grave afectación al servicio público, afectación a la vida o a la salud pública.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 5 años.

18	Autorizar o ejecutar la transferencia en beneficio propio o de persona natural o jurídica, de los bienes, rentas, importes o valores integrantes del patrimonio de la entidad, sin observancia de las disposiciones legales aplicables al caso, ocasionando perjuicio al Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 3 años.
INFRACCIONES POR TRASGRESIÓN DE LOS PRINCIPIOS, DEBERES Y PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN LAS NORMAS DE ÉTICA Y PROBIDAD DE LA FUNCIÓN PÚBLICA			
Infracción contra el principio de idoneidad			
19	Ejercer profesión o prestar servicios en las entidades sin reunir los requisitos requeridos para el puesto o cargo, o haciendo uso de título o grado académico falsos, causando perjuicio al Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 90 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 3 años.
Infracciones contra el principio de veracidad			
20	Faltar a la verdad o incurrir en cualquier forma de falsedad en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo, generando perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años
21	Elaborar, usar o presentar un documento falso o adulterado que sea necesario para probar un derecho, obligación o hecho en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo, ocasionando perjuicio al Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
22	Omitir intencionalmente consignar una declaración que debería constar en documento que le corresponde emitir en el ejercicio de la función o cargo, generando perjuicio o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
Infracciones contra el principio de lealtad y obediencia			
23	Ejercer funciones que no le han sido asignadas, o que corresponden a cargo diferente, en procura de obtener un beneficio personal o para terceros, en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 5 años.
24	Incumplir la prohibición expresa de ejercer las funciones de cargo o comisión, luego de haber concluido el período para el cual se le designó, por haber cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
25	Incumplir los mandatos de inhabilitación para el ejercicio de la función pública o suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, incluyendo aquellos dictados en el marco de los procesos sancionadores por responsabilidad administrativa funcional derivada de los Informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, pese a tener conocimiento de la referida inhabilitación o suspensión.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 3 ni mayor de 5 años.

Infracción contra el deber de neutralidad			
26	Actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 5 años.
Infracción contra el deber de ejercicio adecuado del cargo			
27	Ejercer coacción contra personas o recibir beneficios para fines de cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, o para suministrar información privilegiada o protegida, en beneficio personal o de terceros.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 3 ni mayor de 5 años.
28	Hacer uso indebido del cargo, para inducir o presionar a otro funcionario o servidor público, a efectuar, retrasar u omitir realizar algún acto que le reporte cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales, de negocios, o para socios o empresas de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 3 ni mayor de 5 años.
Infracciones contra el deber de uso adecuado de los bienes y recursos del Estado			
29	Usar indebidamente o dar una aplicación diferente, a los bienes y recursos públicos que le han sido confiados en administración o custodia o que le han sido asignados con ocasión de su cargo o función, o, que han sido captados o recibidos para la adquisición de un bien, la realización de obra o prestación de servicio, cuando de dicho uso o aplicación se obtenga un beneficio personal no justificado o desproporcionado, o sea para actividades partidarias, manifestaciones o actos de proselitismo. No está comprendido en esta infracción el uso de los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 3 ni mayor de 5 años.
30	Disponer que una persona particular, utilice bienes, rentas, importes o valores integrantes del patrimonio de las entidades, sin la observancia de las disposiciones legales aplicables al caso.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
31	Disponer que se utilicen, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, aparatos o material de cualquier naturaleza, de propiedad o a disposición de cualquiera de las entidades, o el trabajo de servidores públicos, empleados o terceros contratados por las entidades.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años
Infracciones contra el deber de responsabilidad			
32	Incumplir, negarse o demorar de manera injustificada e intencional, el ejercicio de las funciones a su cargo, en los procedimientos en los que participa con ocasión de su función o cargo.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
33	Disponer, aprobar o autorizar la ejecución de actos y/o procedimientos, en ejercicio de las funciones a su cargo, que se encuentren en clara infracción a la ley o al reglamento, generando grave afectación al servicio público.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.

Infracciones contra la prohibición de mantener intereses en conflicto			
34	Intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, rescisión o resolución del contrato o sanción de cualquier funcionario o servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o tenga relación personal directa, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para terceras personas.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 90 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
35	Intervenir con ocasión de su cargo, en la atención, tramitación o resolución de asuntos que se encuentran bajo su ámbito de actuación funcional, en que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio para sí mismo, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 90 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
Infracción contra la prohibición de obtener ventajas indebidas			
36	Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, haciendo uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 3 ni mayor de 5 años.
37	Aceptar empleo, comisión o ejercer actividad de consultoría o asesoramiento para personas naturales o jurídicas, de carácter privado, conforme a las prohibiciones e impedimentos legalmente establecidos. En caso de haber cesado en el cargo o función, la infracción se configura mientras se mantengan las referidas prohibiciones o impedimentos, conforme a los periodos establecidos legalmente.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 90 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
Infracción contra la prohibición de hacer mal uso de información privilegiada			
38	Usar en beneficio propio o de terceros información privilegiada a la que se tuviera acceso por la función que se desempeña.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 90 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
39	Revelar un hecho o circunstancia que deba mantenerse en secreto o reservado, de la que haya tenido conocimiento en virtud del ejercicio de su cargo.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 90 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
INFRACCIONES POR REALIZAR ACTOS QUE PERSIGUEN FINALIDADES PROHIBIDAS			
40	Autorizar, disponer o aprobar la contratación de personas impedidas, incapacitadas o inhabilitadas para contratar con el Estado, en adquisiciones de bienes, servicio u obras, administración o disposición de todo tipo de bienes, y/o, prestaciones de servicios de cualquier naturaleza, generando perjuicio para el Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
41	Incurrir en fraccionamiento para la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras, con el objeto de modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, conforme a lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.

42	Incumplir las disposiciones que prohiben el ejercicio de la facultad de nombramiento o contratación de personal o de acceso a la función pública, en casos de nepotismo.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
INFRACCIONES POR EL DESEMPEÑO FUNCIONAL NEGLIGENTE O PARA FINES DISTINTOS AL INTERÉS PÚBLICO			
43	Deteriorar o destruir los bienes destinados al cumplimiento de los fines de la entidad, por su uso inapropiado o distinto al interés público, atribuible a la falta de la debida diligencia en su mantenimiento, conservación u oportuna distribución.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
	AGRAVANTE: Bienes destinados a programas, finalidades sociales o salud pública.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 4 años.
44	Convalidar o permitir por inacción, conociendo su carácter ilegal, las infracciones graves o muy graves establecidas en la Ley y especificadas en el presente Reglamento, o, la afectación reiterada a las normas que regulan los sistemas administrativos, cuando se tenga la función de supervisión o vigilancia sobre la actuación del personal a su cargo, siempre que la referida afectación haya generado manifiesto perjuicio para el Estado.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 4 años.
	AGRAVANTE: Perjuicio económico o grave afectación al servicio público.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 3 años.
45	Actuar con negligencia en el gasto público en forma tal que implique la paralización o suspensión de los servicios, obras o operaciones que brinda o que se encuentran a cargo de la entidad.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 180 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
INFRACCIONES GRAVES O MUY GRAVES ESTABLECIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO			
46	Incurrir en cualquier conducta expresamente calificada como grave en normas con rango de ley o decreto supremo, siempre que no tengan carácter laboral.	GRAVE	Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de 30 ni mayor de 360 días, o inhabilitación no menor de 1 ni mayor de 2 años.
47	Incurrir en cualquier conducta expresamente calificada como muy grave en normas con rango de ley o decreto supremo, siempre que no tengan carácter laboral.	MUY GRAVE	Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de 2 ni mayor de 5 años.

APRUEBA DIRECTIVA N° 008-2011-CG/GDES DENOMINADA "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL"

RESOLUCIÓN Nº 333-2011-CG
(Publicada el 22/11/2011)

Lima, 21 de noviembre de 2011.

VISTO, la Hoja Informativa N° 00011-2011-CG/GDES de la Gerencia de Desarrollo, para la aprobación del proyecto de directiva denominada "Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional;

CONSIDERANDO:

Que, en concordancia con el artículo 82 de la Constitución Política del Perú, la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República;

Que, la Ley N° 29622 –Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica le Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplia las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, ha asignado a este Organismo Superior de Control la atribución para procesar y sancionar a los funcionarios y servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional, por la comisión de infracciones graves y muy graves, derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control;

Que, el Reglamento de la Ley N° 29622, denominado: "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los Órganos del Sistema Nacional de Control", aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, ha especificado los supuestos de infracción administrativa funcional y las correspondientes sanciones, desarrollando las normas y garantías del procedimiento sancionador, indicando que corresponde a la Contraloría General de la República la emisión de las disposiciones complementarias necesarias para la aplicación de la potestad sancionadora que le ha sido conferida;

Que, el inicio de actividades del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, requiere de la elaboración y emisión de las normas complementarias necesarias para el ejercicio de la potestad sancionadora, así como, las disposiciones para establecer su relación con el proceso de control; insertándose en el proceso de modernización institucional e implantación del nuevo modelo de gestión de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control, alineado a los objetivos estratégicos de: Lograr un alto nivel de confianza en la ciudadanía, Reorganizar e integrar el Sistema Nacional de Control y la normativa que lo soporta, e, Implantar el nuevo enfoque de control con una definición clara de los productos y servicios brindados;

Que, la modificación de las Normas de Auditoría Gubernamental, aprobada por Resolución de Contraloría N° 309-2011-CG, desde la perspectiva de las normas de control,

ha establecido las pautas y criterios para la relación entre el procedo de control y el procedimiento administrativo sancionador, para su adecuación a los requerimientos de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional, asignada en la Ley N° 29622 y su Reglamento;

Que, para completar el marco normativo que permita el ejercicio de actividades del procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional, se ha elaborado y propuesto la aprobación del proyecto de directiva, denominada "Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativo Funcional", que comprende la regulación complementaria del procedimiento sancionador y criterios aplicables para el ejercicio de la potestad sancionadora, el desarrollo, la descripción y la sistematización de las atribuciones, funciones y normas que rigen el desempeño de los órganos que participan en el procedimiento sancionador, así como señalando y describiendo los principios y derechos reconocidos a las personas comprendidas en el procedimiento;

Que, resulta necesaria la aprobación de la directiva denominada "Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional", que permitirá el ejercicio de la potestad sancionadora conferida a la Contraloría General de la República, en materia de responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves y muy graves;

Que, adicionalmente, conforme a la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 29622, precisada en la Primera Disposición Complementaria Transitoria de su Reglamento, la potestad sancionadora asignada a la Contraloría General de la República resulta de aplicación inmediata a los Informes de Control emitidos por este Organismo Superior de Control, a quien corresponde establecer las etapas y criterios para su aplicación a los Informes de Control emitidos por los Órganos de Control Institucional y las Sociedades de Auditoría designadas;

Que, para asegurar la uniformidad de procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los Informes de Control, corresponde establecer que la potestad sancionadora reconocida a la Contraloría General de la República, también será de aplicación inmediata a los Informes de Control emitidos por los Órganos de Control Institucional (OCI) y Sociedades de Auditoría designadas (SOA), que contengan hechos observados cometidos a partir del 06 de abril de 2011, momento de entrada en vigencia de la Ley N° 29622 y su Reglamento;

De conformidad con las atribuciones establecidas por el artículo 32 de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, así como en la Tercera Disposición Complementaria Final y Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley N° 29622: y la Directiva N° 003-2011-CG/GDES, aprobada por Resolución de Contraloría N° 049-2011-CG, modificada por Resolución de Contraloría N° 224-2011-CG;

SE RESUELVE:

Artículo p**rimero.-** Aprobar la Directiva N° 008-2011-CG/GDES denominada "Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional", cuyo texto forma parte integrante de la presente Resolución.

Artículo segundo.- Establecer que la potestad sancionadora asignada a la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, también se aplicará de manera

inmediata a los Informes de Control emitidos por los Órganos de Control Institucional (OCI) y las Sociedades de Auditoría designadas (SOA), que contengan hechos observados cometidos a partir del 06 de abril de 2011.

Artículo tercero.- Encargar al Departamento de Gestión de Procesos la adopción de las acciones correspondientes para la adecuación del Reglamento de Organización y Funciones de la Contraloría General de la República en concordancia con las instancias, órganos y funciones establecidas en la Directiva aprobada en el artículo primero.

Artículo cuarto.- Encargar al Departamento de Tecnologías de la Información la publicación de la presente Resolución en el portal del Estado peruano (www.peru.gob.pe) y en el portal de la Contraloría General de la República (www.contraloria.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

FUAD KHOURY ZARZAR

Contralor General de la República

LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

DIRECTIVA N° 008-2011-CG/GDES

"PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL"

RESOLUCIÓN DE CONTRALORÍA N° 333-2011-CG

DIRECTIVA N° 008-2011-CG/GDES
"PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL"

1. FINALIDAD

La presente directiva tiene como finalidad implementar el procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional (en adelante, el procedimiento sancionador), estableciendo las disposiciones complementarias requeridas para el ejercicio de la potestad reconocida por la Ley N° 29622 "Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional" (en adelante, la Ley) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 023- 2011-PCM, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control" (en adelante, el Reglamento).

2. OBJETIVOS

- Desarrollar la estructura del procedimiento sancionador y criterios aplicables para el ejercicio de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional por infracciones graves o muy graves en el ámbito de competencia de la Contraloría General de la República (en adelante, la Contraloría General).

- Describir y sistematizar las atribuciones, funciones y normas que corresponden a cada uno de los órganos, fases e instancias que conforman el procedimiento sancionador, así como su relación con los órganos de control y entidades sujetas al Sistema Nacional de Control.
- Enunciar los principios y derechos reconocidos a los administrados en relación al ejercicio de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional.

3. ALCANCE

La presente directiva desarrolla y complementa la regulación del procedimiento sancionador y actuaciones previas requeridas para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional, por la comisión de infracciones graves o muy graves, derivada de los Informes de Control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (en adelante, el Sistema), indicando, además, el tratamiento de los hechos constitutivos de responsabilidad administrativa funcional por infracciones leves, e indicios de responsabilidad penal o civil.

Asimismo, las disposiciones de la presente directiva son de cumplimiento obligatorio para el personal de los órganos de la Contraloría General y de los demás órganos del Sistema Nacional de Control, incluyendo, en lo que corresponda, al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (en adelante, el Tribunal Superior).

También resultan de aplicación a las entidades sujetas al Sistema, sus titulares, y, a los funcionarios o servidores públicos, que ejercen o han ejercido funciones en dichas entidades, con prescindencia de su régimen laboral, contractual, estatutario, administrativo, civil, ad honorem o relación de cualquier naturaleza, quienes adoptan la condición y denominación de administrados cuando estén comprendidos en el procedimiento sancionador.

La Ley y el Reglamento señalan los funcionarios excluidos del alcance de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional conferida a la Contraloría General (en adelante, la potestad sancionadora).

4. BASE LEGAL

4.1 Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

4.2 Ley N° 29622 - Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

4.3 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.4 Reglamento de la Ley N° 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", aprobado por Decreto Supremo N° 023- 2011-PCM.

5. DISPOSICIONES GENERALES

5.1 Definición de procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional

El procedimiento sancionador, comprende los actos y diligencias conducentes a la decisión sobre la existencia de responsabilidad administrativa funcional e imposición de la correspondiente sanción, por la comisión de infracciones graves o muy graves,

derivadas de los Informes de Control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

5.2 Etapas del procedimiento sancionador

El procedimiento sancionador consta de dos (2) etapas: La primera instancia conformada por la Fase Instructiva y Fase Sancionadora; y, la segunda instancia que comprende la tramitación y resolución de los recursos de apelación ante el Tribunal Superior; conforme a la siguiente estructura y elementos:

PRIMERA INSTANCIA

Fase instructiva

- Recepción y verificación de requisitos.
- Programación.
- Procedencia: Evaluación del Informe de Control, Indagaciones previas.
- Inicio y desarrollo del procedimiento: Comunicación de cargos, Recepción de descargos.
- Pronunciamiento.

Fase sancionadora

- Recepción y programación.
- Evaluación del pronunciamiento.
- Resolución.
- Apelación: Evaluación de procedencia y admisibilidad, Concesión.

SEGUNDA INSTANCIA

- Recepción y programación.
- Revisión de resolución impugnada y actuaciones complementarias.
- Resolución.

Los indicados elementos y estructura que conforman las fases e instancias del procedimiento sancionador son desarrollados en la parte pertinente de la presente directiva.

5.3 Principios del procedimiento sancionador

El procedimiento sancionador se rige por los siguientes principios:

5.3.1 Principio del debido procedimiento

Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento que comprende, entre otros, el derecho de defensa, el derecho a presentar escritos y descargos, así como, los derechos para ofrecer y producir pruebas, ser asesorado por abogado y obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

5.3.2 Principio de conducta procedimental

Los órganos que conducen el procedimiento sancionador, los administrados y abogados que participan en el procedimiento sancionador, deben guiarse por la buena fe procesal, el respeto mutuo y la colaboración para el logro de las finalidades del procedimiento. Ninguna disposición del procedimiento sancionador puede interpretarse para amparar conductas contra la buena fe procesal.

5.3.3 Principio de verdad material

Los órganos que participan en el procedimiento sancionador verifican razonablemente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual, adicionalmente al Informe de Control y cuando sea necesario, adoptan las medidas pertinentes, aun cuando no hubieran sido propuestas por los administrados.

Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tienen valor probatorio para el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de sus derechos o intereses, puedan señalar o aportar los administrados.

5.3.4 Principio de celeridad

En el procedimiento sancionador se evitarán actuaciones que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, ponderando los criterios de economía, eficiencia y eficacia, para fines de alcanzar una decisión en los plazos previstos, haciendo uso razonable de los recursos, respetando, en cualquier caso, el debido procedimiento.

5.3.5 Principio de impulso de oficio

El procedimiento sancionador es iniciado, dirigido e impulsado de oficio, debiéndose ordenar la realización o la práctica de las actuaciones que razonablemente sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, o, para el oportuno trámite del procedimiento sancionador, lo que comprende, en su caso, la valoración y declaración de oficio de la prescripción de la potestad sancionadora.

5.3.6 Principio de imparcialidad

Los órganos que participan en el procedimiento sancionador actúan sin ninguna clase de discriminación o preferencia entre los administrados, otorgándoles tratamiento igualitario, actuando en función al ordenamiento jurídico e interés general.

La estructura y componentes del procedimiento sancionador aseguran la imparcialidad en las acciones y decisiones de los órganos participantes. En cualquier caso, los órganos participantes del procedimiento sancionador preferirán las acciones y decisiones que aseguren su imparcialidad.

5.3.7 Principio de transparencia

Los administrados tienen acceso a las actuaciones, documentos e información generada o recopilada en el procedimiento sancionador, pudiendo obtener certificaciones o recabar copias, teniendo el derecho a solicitar y acceder a la lectura del expediente en cualquier etapa del procedimiento sancionador, conforme a lo señalado en la presente directiva y disposiciones legales de la materia.

Asimismo, la estructura y componentes del procedimiento sancionador aseguran que los administrados sean debidamente notificados de las actuaciones efectuadas, conforme a las materias, contenidos y oportunidades establecidas.

5.3.8 Principio de razonabilidad

Las decisiones de los órganos que conducen el procedimiento sancionador mantienen la debida proporción entre el interés público y los medios a emplear, asegurando que estos últimos respondan a lo estrictamente necesario.

Cuando las decisiones comprendan la imposición de sanciones debe asegurarse que la comisión de la infracción no sea más beneficiosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción correspondiente, verificando que sea una medida

estrictamente necesaria en relación al grado de perturbación generada en el ejercicio de la función pública, así como, cautelando la equivalencia entre la medida impuesta y la gravedad del hecho cometido.

En todo caso, para la imposición de la sanción se deberá evaluar:

1. La gravedad de la infracción cometida, considerando el daño al interés público o bien jurídico protegido.
2. El perjuicio causado o efectos producidos por la infracción.
3. La reiteración o reincidencia en la comisión de la infracción.
4. Las circunstancias de la comisión de la infracción.
5. La concurrencia de infracciones.
6. El grado de participación en el hecho imputado.

5.3.9 Principio de presunción de licitud

Para fines del procedimiento sancionador se presume que los administrados han actuado acorde con sus atribuciones, obligaciones, competencias y otros elementos relacionados al desempeño de la función, mientras no se compruebe lo contrario.

Por lo tanto, en el procedimiento sancionador:

1. El pronunciamiento sobre la existencia de infracción por responsabilidad administrativa funcional y la imposición de sanciones requieren de prueba que sea suficientemente incriminatoria.
2. La prueba debe haberse obtenido con respeto de los derechos fundamentales y ser ejecutada conforme a las garantías establecidas en el procedimiento sancionador, lo que comprende la posibilidad de contradicción.
3. La carga de la prueba recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador, comprendiendo, entre otros, la prueba del hecho que configura la infracción, del resultado ocasionado y de la culpabilidad del administrado. La carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponde al administrado que los plantea.
4. Las pruebas son apreciadas en su conjunto, conforme al criterio de libre valoración y sana crítica.

5.3.10 Principio de intimación

La comunicación al administrado de los cargos imputados, debe ser oportuna, clara, precisa y circunstanciada a los hechos imputados y sus consecuencias jurídicas, debiendo el pronunciamiento o resolución en cada fase o instancia del procedimiento sancionador, guardar congruencia entre los cargos imputados y lo decidido.

5.3.11 Principio de non bis in ídem

No se puede imponer sucesiva o simultáneamente dos o más sanciones administrativas, cuando se aprecie identidad de hechos, persona y fundamento, Asimismo, tampoco es posible procesar dos veces por un mismo hecho, a la misma persona y por el mismo fundamento.

El procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional es independiente de la responsabilidad penal o civil que pudiera establecerse por los mismos

hechos y respecto a la misma persona, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes.

5.3.12 Principio de irretroactividad

En el procedimiento sancionador se aplican las infracciones y sanciones vigentes al momento de la comisión del hecho o su culminación en caso sea continuado, salvo que las posteriores le sean más favorables, no afectándose, en ningún caso, las sanciones que hubieran quedado firmes.

5.3.13 Principio de legalidad

La potestad sancionadora conferida a la Contraloría General, comprende el ejercicio de las facultades establecidas para la determinación de las infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional derivadas de los Informes de Control, así como para la imposición de las sanciones establecidas en la Ley y especificadas en el Reglamento.

5.3.14 Principio de tipicidad

Solo las conductas y consecuencias descritas en la Ley y especificadas en el Reglamento configuran las infracciones graves y muy graves y correspondientes sanciones por responsabilidad administrativa funcional en el ámbito de la potestad sancionadora conferida a la Contraloría General.

En aplicación del principio de tipicidad, en el procedimiento sancionador se requiere la adecuación entre el hecho imputado o comprobado y la infracción descrita en la Ley y especificada en el Reglamento, no admitiéndose interpretaciones extensivas o analogías en contra del administrado.

5.3.15 Principio de causalidad

La responsabilidad administrativa funcional en el ámbito de la potestad sancionadora de la Contraloría General, recae en el funcionario o servidor público que, debiendo y pudiendo actuar de manera diligente, realizó la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción grave o muy grave. No se pueden imponer sanciones por acciones u omisiones que no sean imputables a la persona.

5.3.16 Principio de prohibición de *reformatio in peius*

En caso el funcionario o servidor público sancionado recurra o impugne la decisión adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves.

Los principios antes señalados, no limitan su contenido, ni restringen la aplicación de otros principios del Derecho Administrativo, Derecho Administrativo sancionador, principios generales del Derecho y principios de control gubernamental que resulten compatibles con el ejercicio de la potestad sancionadora.

5.4 Órganos del procedimiento sancionador

5.4.1 Gerencia del Procedimiento Administrativo Sancionador de Primera Instancia[1]

La Gerencia del Procedimiento Administrativo Sancionador de Primera Instancia, en adelante la GPAS, es el órgano de la Contraloría General encargado de conducir la

(1) Por disposición del artículo 7 de la Resolución N° 379-2011-CG, publicada el 22/12/2011, se establece que la referencia a la Gerencia del Procedimiento Administrativo Sancionador de Primera Instancia alude a la Gerencia del Procedimiento Sancionador.

supervisión y conducción del desempeño y actividades, así como de gestionar y suministrar los insumos y soporte que requieren el Órgano Instructor y Órgano Sancionador, correspondiéndole las siguientes funciones específicas:

a) Proponer políticas, estrategias y lineamientos para la ejecución del procedimiento sancionador en primera instancia.

b) Coordinar las actividades a cargo del Órgano Instructor y Órgano Sancionador, interactuando con el Tribunal Superior, en lo que corresponda

c) Supervisar y evaluar el desempeño del Órgano Instructor y Órgano Sancionador, sin menoscabo de la autonomía técnica que les ha sido conferida.

d) Revisar la programación de las actividades del Órgano Instructor y Órgano Sancionador, formulando las recomendaciones pertinentes.

e) Hacer seguimiento y monitoreo al cumplimiento y avances en las actividades programadas por el Órgano Instructor y Órgano Sancionador, formulando las alertas correspondientes, así como coordinando las acciones para el desarrollo y corrección del procedimiento sancionador.

f) Estudiar y proponer la dimensión, composición y desconcentración del Órgano Instructor y Órgano Sancionador.

g) Asignar, de manera excepcional, el conocimiento de los Informes de Control a un Órgano Instructor diferente al originalmente competente, considerando criterios de ubicación geográfica, carga procesal, nivel de complejidad u otros elementos objetivos.

h) Inscribir o anotar en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, las sanciones firmes o que hubieran causado estado, así como, las resoluciones judiciales que declaren su nulidad, revocación o modificación, conforme a lo señalado en el artículo 50 de la Ley; comunicando la sanción impuesta al correspondiente Órgano de Control Institucional para el seguimiento y reporte de su cumplimiento.

i) Administrar los sistemas informáticos usados en el procedimiento sancionador.

j) Proponer documentos normativos orientados a mejorar las actividades del Órgano Instructor y Órgano Sancionador.

k) Las demás que le asigne la presente directiva, demás normas legales, y disposiciones que emita la Contraloría General.

5.4.2 Órgano Instructor

El Órgano Instructor es la unidad orgánica de la Contraloría General, encargada de las actuaciones conducentes a la determinación de la responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves y muy graves, identificadas en los Informes de Control, correspondiéndole las siguientes funciones específicas:

a) Conducir y desarrollar integralmente la fase instructiva del procedimiento sancionador.

b) Recibir y evaluar el Informe de Control, pudiendo disponer la realización de las indagaciones previas que fueran necesarias para decidir el inicio del procedimiento sancionador.

c) Iniciar el procedimiento sancionador cuando se aprecie la evidencia de comisión de infracción grave o muy grave, elaborando y comunicando los cargos correspondientes.

d) Calificar, incorporar, disponer la actuación y evaluar los medios de prueba ofrecidos y actuar de oficio aquellos que sean necesarios para el análisis de los hechos y determinación de la existencia de infracción grave o muy grave.

e) Ponderar los elementos de cargo y descargo conjuntamente con la prueba que los sustentan para establecer la subsistencia o insubsistencia de la infracción imputada.

f) Emitir pronunciamiento señalando la existencia o inexistencia de infracciones por responsabilidad administrativa funcional, graves o muy graves, proponiendo la imposición de sanción al Órgano Sancionador y remitiendo el proyecto de resolución correspondiente, o, emitir resolución declarando la inexistencia de infracción y disponiendo el archivo del procedimiento sancionador.

g) Proponer al Órgano Sancionador y notificar al administrado la disposición de la medida preventiva de separación del cargo.

h) Comunicar, en su oportunidad, el impedimento de las entidades para iniciar procedimiento para el deslinde de responsabilidad por los hechos comprendidos en los Informes de Control.

i) Encausar el procesamiento de las infracciones leves que pudiera identificar durante el procedimiento sancionador.

j) Poner en conocimiento de la unidad orgánica que elaboró el Informe de Control u otra competente, la necesidad de evaluar los hechos que puedan configurar indicios de responsabilidad civil y penal.

k) Evaluar de oficio la prescripción de la potestad sancionadora, para decidir el inicio del procedimiento sancionador, o, para ponerla en conocimiento del Órgano Sancionador, luego de iniciado el procedimiento.

l) Solicitar a las entidades, a sus funcionarios y a las personas naturales o jurídicas, la información, documentación u opiniones que se consideren necesarias para la resolución de los asuntos materia de su competencia.

m) Las demás que le asigne la Ley, el Reglamento, la presente directiva, demás normas legales, y disposiciones que emita la Contraloría General.

5.4.3 Órgano Sancionador

El Órgano Sancionador es la unidad orgánica de la Contraloría General, encargada de conducir la fase sancionadora del procedimiento sancionador, que tiene a su cargo la decisión sobre la imposición de sanciones por responsabilidad administrativa funcional, sobre la base de la propuesta remitida por el Órgano Instructor, correspondiéndole las siguientes funciones específicas:

a) Conducir y desarrollar integralmente la fase sancionadora del procedimiento sancionador.

b) Evaluar el pronunciamiento y la propuesta de sanción del Órgano Instructor, disponiendo, en caso fuera estrictamente necesario, la realización de actuaciones complementarias.

c) Estimar la suficiencia del pronunciamiento, poniendo a consideración del Órgano Instructor su revisión o corrección, según sea el caso.

d) Emitir resolución motivada imponiendo las sanciones que correspondan o declarando no ha lugar a su imposición, sobre la base del pronunciamiento y antecedentes remitidos por el Órgano Instructor, considerando, en su caso, los resultados de las actuaciones complementarias.

e) Calificar los recursos de apelación, concediéndolos o declarándolos inadmisibles o improcedentes.

f) Declarar consentidas las resoluciones emitidas que no hayan sido impugnadas dentro del plazo establecido.

g) Disponer, en los casos que correspondan, las medidas preventivas de separación del cargo que le fueran propuestas por el Órgano Instructor.

h) Encausar el procesamiento de las infracciones leves que pudiera identificar durante el procedimiento sancionador.

i) Evaluar y declarar de oficio la prescripción de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional.

j) Poner en conocimiento de la unidad orgánica que elaboró el Informe de Control u otra competente, la necesidad de evaluar los hechos que puedan configurar indicios de responsabilidad civil y penal.

k) Solicitar a las entidades, a sus funcionarios y a las personas naturales o jurídicas, la información, documentación u opiniones que se consideren necesarias para la resolución de los asuntos materia de su competencia.

l) Las demás que le asigne la Ley, el Reglamento, la presente directiva, demás normas legales y disposiciones que emita la Contraloría General.

5.4.4 Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Tribunal Superior es un órgano adscrito a la Contraloría General, encargado de conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de apelación contra las resoluciones emitidas por el Órgano Sancionador, correspondiéndole las siguientes funciones específicas:

a) Evaluar y resolver los recursos de apelación contra las resoluciones emitidas por el Órgano Sancionador, pudiendo revocarlas, confirmarlas, declarar su nulidad o modificarlas.

b) Disponer la realización de las actuaciones complementarias que sean indispensables para la resolución de las apelaciones.

c) Conocer y resolver las quejas por defectos de tramitación y quejas por no concesión del recurso de apelación.

d) Encausar el procesamiento de las infracciones leves que pudiera identificar durante el procedimiento sancionador.

e) Evaluar y declarar de oficio la prescripción de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional.

f) Poner en conocimiento de la unidad orgánica que elaboró el Informe de Control u otra competente, la necesidad de evaluar los hechos que puedan configurar indicios de responsabilidad civil y penal.

g) Emitir pronunciamientos que constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional.

h) Solicitar a las entidades, a sus funcionarios y a las personas naturales o jurídicas, la información, documentación u opiniones que se consideren necesarias para la resolución de los asuntos materia de su competencia.

i) Las demás que le asigne la Ley, el Reglamento, la presente directiva, el Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, demás normas legales y disposiciones que emita la Contraloría General.

5.4.5 Secretaría Técnica del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

La Secretaría Técnica es el órgano del Tribunal Superior, encargado de gestionar y proporcionar el apoyo técnico y administrativo que aquel requiere para su funcionamiento, actuando como enlace entre el Tribunal Superior y la estructura administrativa de la Contraloría General y demás órganos del Sistema Nacional de Control. Es responsable por la dirección de la tramitación de los expedientes que se ponen a conocimiento del Tribunal Superior. Sus funciones específicas se encuentran desarrolladas en el Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

6. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

6.1 Desarrollo del procedimiento sancionador

6.1.1 Fase Instructiva

6.1.1.1 Recepción y registro del Informe de Control

El Órgano Instructor recibe el Informe de Control y procede a su registro, a través del sistema establecido por la GPAS.

Efectuado el registro del Informe de Control, se tendrá por constituido el expediente con la codificación que lo identifica, en concordancia en el numeral 6.2.17 de la presente directiva.

6.1.1.2 Revisión del Informe de Control

Efectuado el registro, el Órgano Instructor procederá a la revisión del Informe de Control, verificando que contenga como mínimo lo siguiente:

1. El nombre de la unidad orgánica u órgano que elaboró el Informe de Control.
2. La fecha de aprobación del Informe de Control.
3. La recomendación para que el Informe de Control, con los recaudos y evidencias documentales correspondientes, sea de conocimiento del Órgano Instructor de la Contraloría General, para fines del inicio del procedimiento sancionador.
4. Los nombres y apellidos y documento de identidad de la persona a quien se ha identificado responsabilidad administrativa funcional. En caso de pluralidad de personas, se deberá consignar los datos de cada una.
5. Los hechos que configuran la infracción identificada, expuestos en forma precisa y ordenada.

6. La indicación de la entidad en que se cometió la infracción, indicándose la condición y vigencia o no del vínculo laboral con la entidad, cualquiera sea su naturaleza o régimen legal aplicable.
7. El (los) cargo(s) desempeñado(s) y periodo(s) de gestión de la(s) persona(s) comprendida(s), vinculados a la observación.
8. El último domicilio personal, procesal u otro registrado en la entidad, que se haya establecido en el proceso de control, respecto a las personas a quienes se hubiera identificado responsabilidad.
9. La presunta infracción grave o muy grave identificada por cada persona, consignándose el respectivo artículo e inciso del Título II del Reglamento de la Ley N° 29622 considerado aplicable.
10. La fecha de ocurrencia de los hechos observados, o de su inicio y fin, en caso fueren de realización continuada.
11. Los anexos relacionados a la identificación de las presuntas infracciones graves o muy graves, ordenados de manera secuencial y concatenados por cada observación.
12. El cumplimiento de los requisitos de forma y procedimiento establecidos para su elaboración por la normativa de control.
13. La correcta foliación.

En caso se hubiera omitido cualquiera de los requisitos indicados, el Órgano Instructor devolverá el Informe de Control a la unidad orgánica que lo elaboró u otra competente, indicando las omisiones detectadas y otorgando un plazo para su subsanación, no mayor a cinco (5) días hábiles, a cuyo vencimiento sin que se hubiera efectuado la subsanación correspondiente se declara la inadmisibilidad del Informe de Control y dispone el archivo del expediente, registrando y comunicando a la unidad orgánica que elaboró el Informe de Control u otra competente. La subsanación de las omisiones se incorpora al expediente.

6.1.1.3 Programación de la fase instructiva

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos del Informe de Control, el Órgano Instructor efectúa y registra la programación de la fase instructiva, considerando los criterios de plazo, carga procesal, capacidad operativa, materialidad u otros criterios que sean establecidos por la GPAS.

La programación comprenderá los tiempos y recursos necesarios para:

1. La evaluación de la procedencia.
2. La realización de indagaciones previas, su inicio y culminación.
3. La determinación del inicio del procedimiento sancionador.
4. La comunicación de cargos.
5. La recepción, registro y evaluación de descargos.
6. La actuación de los medios de prueba.
7. La emisión del pronunciamiento.
8. La proposición de medida preventiva, su elaboración y propuesta al Órgano Sancionador, cuando corresponda.

6.1.1.4 Plazo de la fase instructiva

La fase instructiva tiene una duración de ciento ochenta (180) días hábiles, pudiendo ser prorrogada mediante proveído, por sesenta (60) días hábiles adicionales, a criterio del Órgano Instructor. La prórroga será comunicada al administrado antes de la culminación del plazo ordinario, siempre que se hubiera iniciado el procedimiento sancionador.

El indicado plazo se computa desde la notificación al administrado del inicio del procedimiento sancionador, o con la última notificación cuando esta deba efectuarse a dos o más administrados; salvo que se hubiese decidido la realización de indagaciones previas, en cuyo caso, el plazo se computará desde la fecha de adopción de tal decisión.

La fase instructiva culmina con la emisión del pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa funcional.

6.1.1.5 Evaluación del expediente

Luego de la programación, se evaluará el expediente para establecer el inicio del procedimiento sancionador o su improcedencia, considerando los siguientes criterios:

1. La información y evidencia sobre los hechos observados en el Informe de Control, tienen valor probatorio.
2. Los hechos observados en el Informe de Control deben encontrarse adecuadamente acreditados.

Para fines de la referida evaluación se podrá requerir a la unidad orgánica que elaboró el Informe de Control, las aclaraciones o precisiones que sean necesarias para el análisis de su contenido y evidencia.

6.1.1.6 Indagaciones previas

En caso se requiera contar con mayor sustento o evidencia documental, el Órgano Instructor podrá disponer la realización de indagaciones previas, que permitan acreditar la existencia de la infracción identificada en el Informe de Control y/o su relación con el administrado, comprendiendo cualquier acción que sea necesaria y pertinente para la obtención de documentación adicional relevante.

La decisión de efectuar indagaciones previas consta en proveído del Órgano Instructor, que se incorpora al expediente, debiendo culminar en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, que podrá ampliarse por única vez y por igual periodo, a criterio del Órgano Instructor, guardando las mismas formalidades.

Dicha decisión podrá ser comunicada a la entidad en que ocurrieron los hechos observados, señalando el impedimento para iniciar procedimiento sancionador respecto a los hechos que son comunicados, en caso sea necesario.

6.1.1.7 Inicio del procedimiento sancionador o su improcedencia

Si, efectuada la evaluación del expediente o, en su caso, las indagaciones previas, se apreciara la presunta comisión de infracción administrativa funcional grave o muy grave, el Órgano Instructor, a través de resolución motivada, dispondrá el inicio del procedimiento sancionador, comunicando los cargos correspondientes. La resolución será notificada al administrado, no pudiendo ser objeto de impugnación. Asimismo, el inicio del procedimiento es comunicado a la entidad en que se hubiera cometido la infracción y a la entidad en que labore el administrado.

Para el inicio del procedimiento sancionador se requiere apreciar los siguientes requisitos de procedencia:

1. Competencia material: Los hechos contenidos en el Informe de Control deben configurar infracción grave o muy grave.
2. Coherencia: Los argumentos que fundamentan la identificación de responsabilidades en el Informe de Control, deben ser capaces de generar una convicción razonable sobre la presunta comisión de la infracción.
3. Acreditación: Los hechos observados y responsabilidad identificada deben encontrarse adecuadamente acreditados, considerando, en su caso, la información y documentación acopiada en las indagaciones previas, así como los pronunciamientos emitidos por órgano rectores en la materia.

La ausencia de alguno de los requisitos de procedencia, acarrea la declaración de improcedencia de iniciar procedimiento sancionador y disposición de archivo del expediente. La improcedencia por falta de coherencia o acreditación, no impide que el mismo hecho pueda ser materia de otro Informe de Control.

6.1.1.8 Comunicación de cargos

La comunicación de cargos forma parte de la resolución de inicio del procedimiento sancionador y se notifica de manera conjunta, de acuerdo a la normativa sobre notificaciones que aprueba la Contraloría General. La comunicación debe ser oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada a los hechos imputados y sus consecuencias jurídicas, conteniendo por lo menos lo siguiente:

1. La indicación del(os) acto(s) u omisión(es) que se imputa(n) a título de cargos.
2. La(s) infracción(es) que puede(n) configurar el(los) acto(s) u omisión(es) señalado(s).
3. La sanción que se pudiera imponer por la infracción imputada, conforme al rango especificado en el Reglamento.
4. El órgano competente para imponer la sanción.
5. El plazo para la presentación de descargos.
6. Otros datos o información que resultaran necesarios para el procedimiento sancionador.

En la comunicación de cargos también se indicará al administrado la puesta a disposición del Informe de Control y documentación sustentatoria, para fines que formule los descargos que considere oportunos.

6.1.1.9 Comunicación de inhibición a la entidad

El inicio del procedimiento sancionador se comunica a la entidad en que ocurrieron los hechos, señalando el impedimento de la entidad para iniciar procedimiento sancionador por los mismos hechos. La indicada comunicación comprende el señalamiento de los hechos y administrados comprendidos.

La entidad se encuentra obligada a informar al Órgano Instructor sobre las acciones adoptadas a consecuencia de la comunicación del impedimento, en el plazo que se otorgue para dicho efecto.

6.1.1.10 Recepción de descargos

Los descargos se presentan de manera individual, conforme a las disposiciones para la forma de escritos, debiendo contener:

a) La exposición ordenada de los hechos, fundamentos legales y documentos probatorios que contradicen o desvirtúan los cargos materia del procedimiento sancionador o el reconocimiento de la infracción cometida.

b) El señalamiento del domicilio para la recepción de notificaciones, o, dirección electrónica para la misma finalidad, en cuyo caso se considerará que se encuentra autorizado el uso de dicho medio, conforme al numeral 20.4 del artículo 20 de la Ley N° 27444.

c) El ofrecimiento de medios de prueba que se estimen pertinentes.

Los descargos se presentan dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del inicio del procedimiento sancionador, más el término de la distancia. El administrado puede solicitar, por única vez, la ampliación de dicho plazo, hasta por cinco (5) días hábiles adicionales, lo que debe pedirse como máximo tres (3) días antes del vencimiento del plazo ordinario. La denegatoria de la ampliación debe ser expresa. En caso la solicitud no sea respondida al día siguiente de su presentación, se entenderá automáticamente concedida.

En el escrito de descargos se podrán efectuar los pedidos de prescripción o caducidad, así como el planteamiento de los eximentes y atenuantes de responsabilidad que se consideren aplicables, acompañando u ofreciendo, en cada caso, los medios de prueba correspondientes.

La presentación extemporánea del escrito de descargos no obliga a la evaluación de su contenido, ni deberá dar lugar a retraso en la emisión del pronunciamiento.

6.1.1.11 Pronunciamiento

a) Requisitos para la emisión del pronunciamiento

El Órgano Instructor, previamente a la emisión del pronunciamiento, deberá cuando menos:

i) Verificar que en el procedimiento sancionador se haya brindado la garantía del derecho de defensa al administrado.

ii) Ponderar los elementos de cargo y descargo conjuntamente con la prueba que los sustentan, para establecer la subsistencia o insubsistencia de la infracción imputada.

iii) Evaluar la tipificación, antijuridicidad, calificación y graduación de la sanción a proponerse en relación a los cargos comunicados.

El pronunciamiento del Órgano Instructor deberá estar fundamentado y señalar la existencia o inexistencia de la comisión de infracciones por responsabilidad administrativa funcional, grave o muy grave, proponiendo la imposición de sanción al Órgano Sancionador y remitiendo el proyecto de resolución correspondiente dentro de los tres (03) días hábiles de emitido. En caso se determine la inexistencia de infracción, deberá emitirse la resolución correspondiente, disponiendo el archivo del proceso sancionador, la cual es emitida y notificada al administrado en el mismo plazo.

b) Remisión del pronunciamiento

El pronunciamiento que propone la imposición de sanción será remitido al Órgano Sancionador mediante comunicación escrita, conjuntamente con el expediente, indicándose:

1. Número de expediente.
2. El nombre, apellidos, número de documento de identidad y domicilio del administrado.
3. La(s) infracción(es) tipificada(s) por la(s) cual(es) se propone sanción.
4. La cantidad de folios del expediente sancionador. 5. La firma del responsable del Órgano Instructor.

6.1.1.12 Reevaluación posterior del pronunciamiento por devolución del Órgano Sancionador

En caso de devolución del expediente por el Órgano Sancionador debido a error sustancial o insuficiencia en el pronunciamiento, el Órgano Instructor evaluará los argumentos de la indicada devolución, adoptando las acciones correspondientes y elaborando, según sea el caso, un nuevo pronunciamiento o ratificando el contenido del pronunciamiento original.

El nuevo pronunciamiento reemplaza al pronunciamiento original, debiendo ser remitido al Órgano Sancionador, cuando señale la existencia de responsabilidad administrativa funcional, acompañando el correspondiente proyecto de resolución. En caso contrario, cuando de la reevaluación se aprecie la inexistencia de responsabilidad administrativa funcional, se emitirá la resolución correspondiente, culminando el procedimiento sancionador.

La ratificación del contenido del pronunciamiento original, conjuntamente con el expediente del procedimiento, es remitida al Órgano Sancionador con las aclaraciones o ampliaciones necesarias respecto a su fundamentación, para la emisión de la resolución correspondiente conforme a su competencia.

6.1.2 Fase sancionadora

6.1.2.1 Recepción y programación

El Órgano Sancionador recibe el expediente del Órgano Instructor que contiene el pronunciamiento sobre la existencia de responsabilidad y proyecto de resolución correspondiente, registrándolo y procediendo a la programación para su resolución.

La programación de la fase sancionadora, considera la carga procesal, capacidad operativa, prioridades, duración de la fase instructiva y demás criterios objetivos, debiendo comprender todos los actos necesarios para la resolución del procedimiento, su secuencia, tiempos y recursos estimados.

La programación de la fase sancionadora considerará cuando menos los tiempos y recursos necesarios para:

1. La evaluación del pronunciamiento.
2. La realización de actuaciones complementarias, su inicio y culminación.
3. El estudio de la suficiencia de la propuesta de sanción. 4. La emisión de la resolución.

Los expedientes que reingresen del Órgano Instructor serán programados con la prioridad correspondiente.

6.1.2.2 Plazo de la fase sancionadora

La fase sancionadora comprende desde la recepción del pronunciamiento del Órgano Instructor, hasta la emisión de la resolución que impone la sanción correspondiente o declara que no ha lugar a su imposición.

Esta fase tiene una duración de hasta treinta (30) días hábiles, contados desde la recepción del pronunciamiento.

6.1.2.3 Evaluación del pronunciamiento del Órgano Instructor

Para establecer la suficiencia del pronunciamiento, el Órgano Sancionador procederá a su evaluación, conjuntamente con el expediente del procedimiento sancionador, determinando, en su caso, la necesidad de realizar actuaciones complementarias o si corresponde su devolución al Órgano Instructor por error sustancial o insuficiencia en el pronunciamiento.

Cuando a juicio del Órgano Sancionador, las pruebas contenidas en el Informe de Control, las ofrecidas por el administrado, o las que se actuaron en la fase instructiva, no sustenten la responsabilidad atribuida al administrado conforme a los argumentos expuestos por el Órgano Instructor, se podrá ordenar las actuaciones complementarias que sean estrictamente indispensables.

En caso de error sustancial o insuficiencia en el pronunciamiento, el expediente se devolverá al Órgano Instructor, mediante comunicación escrita debidamente sustentada, para la reevaluación del pronunciamiento.

El error sustancial se produce por defecto en la individualización del infractor o en la calificación de la infracción, en tanto que la insuficiencia en el pronunciamiento es determinada en función de la coherencia o corrección lógica de su fundamentación.

En todos los casos, la evaluación de la suficiencia en el pronunciamiento apreciará la debida fundamentación que sustente la sanción propuesta y la resolución que corresponda.

6.1.2.4 Resolución del procedimiento sancionador

Establecida la suficiencia del pronunciamiento, el Órgano Sancionador emite resolución motivada, señalando la existencia o inexistencia de la infracción, así como imponiendo la sanción correspondiente o declarando no ha lugar a su imposición, según corresponda.

La resolución solo podrá pronunciarse sobre los hechos materia del pronunciamiento emitido por el Órgano Instructor, debiendo ser notificada al administrado, y comunicada su emisión a las entidades a las cuales se hubiera informado el inicio del procedimiento.

6.1.2.5 Requisitos de la resolución del Órgano Sancionador

La resolución que emite el Órgano Sancionador, además de los requisitos mínimos establecidos en la presente directiva, deberá contener:

1. Los hechos e infracciones imputadas al inicio del procedimiento y las consideradas en el pronunciamiento del Órgano Instructor.
2. Resumen de los descargos formulados por el administrado.

3. La descripción y valoración de las pruebas que sirvan para sustentar la decisión.
4. Los fundamentos de la decisión sobre la comisión de infracción grave o muy grave pasible de sanción, considerando los cargos y descargos formulados u otros elementos de juicio.
5. La declaración de existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa funcional.
6. Los criterios de graduación de la sanción, los supuestos eximentes y atenuantes que pudieran concurrir.
7. La sanción que corresponda aplicar por la responsabilidad administrativa funcional establecida, o, en caso contrario, la declaración de no ha lugar a su imposición y disposición de archivo del procedimiento.
8. La caducidad de la medida preventiva, en los casos de declaración de no ha lugar a la imposición de sanción.
9. La(s) entidad(es) a la(s) cual(es) deba(n) comunicarse la decisión del Órgano Sancionador.

6.1.2.6 Recurso de apelación

El recurso de apelación tiene como objeto que el Tribunal Superior revise en segunda y última instancia administrativa, la resolución emitida por el Órgano Sancionador, pudiendo revocar, confirmar, declarar la nulidad o modificar lo resuelto.

Asimismo, el recurso de apelación puede presentarse contra los actos que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, o, aquellos que dispongan la medida preventiva de separación del cargo, o, contra la decisión del Órgano Sancionador que deniega los pedidos de prescripción o caducidad.

El recurso de apelación debe interponerse en el plazo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución impugnada, salvo los plazos u oportunidades establecidos para la impugnación de la medida preventiva o la denegatoria de los pedidos de prescripción o caducidad. Si el recurso es presentado fuera de plazo será declarado improcedente.

La presentación del recurso de apelación contra la resolución que impone sanción, suspende los efectos de esta última. En los demás casos, la impugnación no suspende los efectos o ejecución de las decisiones adoptadas o medidas dispuestas, salvo disposición en contrario del Tribunal Superior.

En caso no se interponga el recurso de apelación en el plazo correspondiente, mediante resolución, el Órgano Sancionador declara consentida la sanción impuesta, notificando a la persona sancionada y comunicando a la GPAS conforme a lo señalado en el numeral 6.2.7 de la presente directiva.

6.1.2.7 Trámite del recurso de apelación

a) Admisión del recurso de apelación

El recurso de apelación se presenta ante el Órgano Sancionador, quien evalúa en el plazo de cinco (5) días hábiles el cumplimento de los requisitos de admisibilidad, luego de lo cual lo concederá elevando el expediente al Tribunal Superior; en caso contrario, lo declarará inadmisible o improcedente, procediendo a notificar tal decisión al administrado.

b) Requisitos para la admisibilidad del recurso de apelación El recurso de apelación debe contener los siguientes requisitos:

1. Estar dirigido al órgano que emitió el acto administrativo que se desea impugnar, señalando el número del expediente, la sumilla, el lugar y fecha del escrito.
2. Identificación del administrado, debiendo consignar sus nombres y apellidos completos, domicilio y número de documento nacional de identidad o carné de extranjería.
3. En caso de actuar mediante representante, se indicará dicha condición e identificará a quien representa, acompañando el poder respectivo.
4. El petitorio, que comprende la expresión concreta de la pretensión formulada.
5. Los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la impugnación.
6. La firma del administrado o de su representante.
7. La firma de abogado habilitado por el correspondiente colegio profesional, debiendo consignarse el registro correspondiente.

La omisión de los requisitos señalados los incisos 1, 2, 3, 6 y 7, deberá ser subsanada por el administrado en el plazo de dos (2) días hábiles computados desde el día siguiente de haber sido requerido por el Órgano Sancionador. Este plazo suspende el plazo de la tramitación del recurso de apelación. Transcurrido el plazo antes indicado, sin que se hubiere subsanado la omisión, el recurso se tendrá por no presentado, declarándolo inadmisible por el Órgano Sancionador, quien pondrá los recaudos a disposición del administrado.

c) Improcedencia del recurso de apelación

El recurso de apelación será declarado improcedente cuando:

1. El Tribunal Superior carezca de competencia para resolverlo por tratarse de una materia distinta a las previstas en la Ley, el Reglamento y la presente directiva.
2. El recurso sea interpuesto fuera del plazo.
3. No se acredite derecho o interés legítimo afectado
4. Se impugne la resolución que declara la inexistencia de infracción.

d) Concesión del recurso de apelación

Admitido el recurso o subsanadas las omisiones, el Órgano Sancionador lo concederá a través de resolución, elevando lo actuado ante el Tribunal Superior conjuntamente con el expediente para la resolución de la impugnación formulada, notificando la concesión al administrado.

6.1.2.8 Recurso de queja por no concesión del recurso de apelación

El recurso de queja procede en los casos en que no se conceda el recurso de apelación, debiendo ser presentado ante el Órgano Sancionador dentro de los cinco (5) días de notificada la resolución de improcedencia o inadmisibilidad.

En dicho supuesto, el recurso de queja, acompañado del expediente, es elevado inmediatamente al Tribunal Superior, quien procederá a su resolución dentro de los quince (15) días hábiles siguientes. Si el Tribunal Superior declara fundada la queja, conoce inmediatamente del recurso de apelación.

6.1.3 Segunda Instancia - Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

6.1.3.1 Recepción y programación

La Secretaria Técnica recibe, registra y programa los expedientes que sean elevados al Tribunal Superior, así como las quejas por defecto de tramitación, el recurso de queja por no concesión del recurso de apelación y la solicitud de levantamiento de la medida preventiva, dando cuenta al Presidente del Tribunal Superior.

La programación de la segunda instancia considera, entre otros, la carga procesal, capacidad operativa, tiempos y recursos disponibles, debiendo comprender los actos necesarios para la emisión de resolución definitiva.

6.1.3.2 Revisión de la resolución impugnada y actuaciones complementarias

El Tribunal Superior revisará el expediente teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El petitorio y fundamentos de la apelación.

b) La resolución que impone la sanción.

c) El contenido del expediente.

Cuando sea estrictamente indispensable, el Tribunal Superior podrá ordenar las actuación complementarias que estime necesarias.

6.1.3.3 Resolución del recurso de apelación

El Tribunal Superior resolverá el recurso de apelación dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haber declarado que el expediente está listo para resolver.

La resolución que se pronuncie sobre el recurso de apelación, además de los requisitos mínimos establecidos en la presente directiva, deberá contener lo siguiente:

1. Los antecedentes de la controversia del caso que se pone a conocimiento de la Sala del Tribunal Superior, de acuerdo a la documentación recibida por este.

2. La determinación de los aspectos centrales de la materia de impugnación.

3. El pronunciamiento sobre el petitorio del recurso de apelación y los argumentos expresados por el administrado o los que la Sala aprecie de oficio.

4. La decisión de revocar, confirmar, declarar la nulidad o modificar lo resuelto en primera instancia.

5. La entidad(es) a la(s) cual(es) deba(n) notificarse la decisión.

La resolución que resuelve el recurso de apelación es notificada al administrado y a la(s) entidad (es) en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, computados desde su emisión, más el término de la distancia.

6.1.3.4 Criterios resolutivos del Tribunal Superior

La emisión de resolución por el Tribunal Superior tendrá en cuenta los criterios siguientes:

1. Cuando considere que el acto impugnado se ajusta a los hechos considerados probados y al ordenamiento jurídico, declarará infundado el recurso de apelación y confirmará la resolución del Órgano Sancionador.

2. Cuando de los hechos y fundamentos evaluados se establezca la insuficiencia del acto impugnado, o en este se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico y/o de los precedentes administrativos o jurisdiccionales de observancia obligatoria, declarará fundado en todo o en parte el recurso de apelación, revocando el acto impugnado o lo modificara en aquello que corresponda.
3. Cuando verifique la existencia de actos dictados por órgano incompetente, o que contravengan el ordenamiento jurídico, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, declarará la nulidad de los mismos. Sin menoscabo de lo antes señalado, resolverá sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En caso contrario, dispondrá que el procedimiento se retrotraiga al momento anterior a la ocurrencia del vicio de nulidad, devolviéndolo al órgano correspondiente para la continuación del procedimiento.
4. Otros que establezca el Tribunal Superior.

6.2 Normas comunes del procedimiento sancionador

6.2.1 Domicilio

Se entenderá como domicilio para efectos de notificación, aquel ubicado en el territorio nacional que conste en el expediente del procedimiento sancionador o aquel señalado en el proceso de control que originó el Informe de Control. En todo caso, se presume como válido aquel último domicilio señalado por el administrado, en tanto no hubiera sido modificado por aquel.

Cuando el administrado no hubiera señalado domicilio en el territorio nacional o el señalado sea inexistente, para fines del procedimiento sancionador, se tomará como válido el indicado en el documento nacional de identidad.

Al apersonarse al procedimiento sancionador, el administrado deberá señalar su domicilio y autorizar, si lo considera, el uso de medios electrónicos para la notificación de actos y demás resoluciones emitidas en el procedimiento sancionador, conforme a lo señalado en la presente directiva.

Todo cambio de domicilio deberá ser informado a los órganos que tienen a su cargo el procedimiento sancionador y será efectivo desde la presentación del escrito correspondiente.

6.2.2 Forma de los escritos

En el procedimiento sancionador los pedidos y comunicaciones formulados por el administrado deberán efectuarse por medio de escritos, los mismos que deberán comprender como mínimo:

1. Los nombres y apellidos completos, domicilio y número de documento nacional de identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente, acompañando el poder correspondiente.
2. La expresión concreta de lo pedido, incluyendo los fundamentos de hecho y derecho.

3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido. La rúbrica o huella digital del administrado deberá constar en todas las páginas del escrito.
4. La indicación del órgano al cual se encuentra dirigida la petición o comunicación.
5. El señalamiento del domicilio para la recepción de notificaciones, cuando sea diferente al domicilio consignado en el numeral 1.
6. La relación de los documentos y anexos que acompaña.
7. El uso del idioma castellano.
8. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos iniciados.
9. La autorización por abogado habilitado cuando el administrado formule recursos impugnatorios.

En caso de incumplimiento de los indicados requisitos, la unidad encargada de la recepción del escrito, en un solo acto y por única vez, brinda al administrado la oportunidad para subsanar las omisiones observadas, otorgando un plazo máximo de dos (02) días hábiles. Cuando el administrado no subsanara las omisiones observadas al vencimiento del plazo concedido, el escrito se tendrá por no presentado para todo efecto legal, procediendo a su inmediata devolución al administrado.

6.2.3 Resoluciones

Las resoluciones emitidas por los órganos del procedimiento sancionador contendrán la decisión sobre el asunto materia de su competencia, cumpliendo con los requisitos establecidos para cada caso e instancia.

En general las resoluciones deberán contener como mínimo lo siguiente:

1. Lugar, fecha y número de la resolución.
2. Expediente, sumilla de la decisión e identificación del órgano emisor.
3. Identificación del administrado, debiendo consignar sus nombres y apellidos completos.
4. Los antecedentes de la resolución.
5. La motivación de la decisión, en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, señalando los hechos y la fundamentación legal.
6. La decisión y las disposiciones a que hubiera lugar, señalando de manera clara y precisa lo que se ordena cumplir y el plazo otorgado para tal efecto.
7. El órgano encargado de su emisión.
8. La firma del funcionario responsable del órgano emisor.

6.2.4 Aclaración y corrección de resoluciones

Dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la resolución, el administrado puede solicitar a la instancia que la emitió, la aclaración de algún extremo impreciso o dudoso expresado en la resolución, debiendo resolverse dentro de los tres (3) días siguientes. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión o disposiciones

adoptadas. En el mismo plazo para solicitar la aclaración, esta podrá ser efectuada de oficio.

A pedido de parte o de oficio, también se podrá efectuar la corrección de cualquier error material en que hubiera incurrido la resolución.

6.2.5 Resoluciones que ponen término al procedimiento sancionador

El procedimiento sancionador, respecto de la persona comprendida, termina con la emisión de las siguientes resoluciones:

1. Las resoluciones que declaran la inexistencia de infracción por responsabilidad administrativa funcional grave o muy grave, emitidas por el Órgano Instructor.
2. Las resoluciones firmes que imponen sanción o declaran no ha lugar a su imposición, emitidas por el Órgano Sancionador. La resolución es firme cuando no ha sido apelada por el administrado o cuando la apelación ha sido interpuesta fuera del plazo o, de ser el caso, cuando se deniega el recurso de queja correspondiente.
3. Las resoluciones firmes que declaran la improcedencia de la apelación, emitidas por el Órgano Sancionador.
4. Las resoluciones que revocan, confirman o modifican lo resuelto en primera instancia, emitidas por el Tribunal Superior.
5. Las resoluciones que estiman los pedidos de prescripción o caducidad presentados por el administrado, emitidas por el Órgano Sancionador o Tribunal Superior.
6. Las resoluciones que declaran la imposibilidad jurídica de continuar el procedimiento sancionador, emitidas por el Órgano Sancionador o Tribunal Superior como resultado, entre otros supuestos, de la apreciación de oficio de la prescripción, la muerte del administrado, la calificación de la conducta como infracción leve, la desaparición de la norma legal que estableció la infracción.

Las resoluciones del Tribunal Superior son inimpugnables en el ámbito administrativo, procediendo contra aquellas únicamente la acción contencioso administrativa.

Las resoluciones que ponen término al procedimiento sancionador, son notificadas al administrado y entidad(es) correspondiente(s), pudiendo ser públicadas en el portal institucional de la Contraloría General, conforme a las disposiciones que regulan la materia.

6.2.6 Ejecución de resoluciones

Las resoluciones que imponen sanciones, cuando queden firmes o causen estado, son de cumplimiento obligatorio y ejecutoriedad inmediata para las personas sancionadas, surtiendo plenos efectos desde ese momento y no estando condicionadas a la ejecución o adopción de ninguna medida complementaria o accesoria.

En caso la persona sancionada labore o preste servicios en una entidad, aquella deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar la ejecución de la sanción impuesta dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de recibida la notificación, bajo responsabilidad del Titular.

Las resoluciones que disponen la medida preventiva de separación del cargo o su levantamiento, son de obligatorio cumplimiento desde su notificación al administrado, debiendo además ser comunicadas a la entidad a la que pertenece, para que adopte

las medidas necesarias para su ejecución en el plazo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad del Titular, lo que comprende la entrega de cargo y continuidad de las funciones.

En todos los casos, el administrado o persona sobre la cual recaiga la medida preventiva o sanción impuesta se encuentran obligados por las mismas, pudiendo, en caso de incumplimiento, ser sancionados por la comisión de infracción muy grave por responsabilidad administrativa funcional.

En caso la sanción por responsabilidad administrativa funcional o la medida preventiva recaiga en personas que han dejado de prestar servicios en la entidad en que cometieron la infracción, pero que, al momento de la emisión de la resolución, estuvieran prestando servicios en otra entidad, corresponderá al Titular de esta última, disponer y/o adoptar las medidas necesarias para asegurar la ejecución de la sanción impuesta o medida preventiva dispuesta.

6.2.7 Registro y comunicación de sanciones

Las resoluciones que imponen sanciones que hubieran quedado firmes o causado estado, en copia fedateada o certificada, serán remitidas a la GPAS por los órganos emisores, para su comunicación al respectivo Órgano de Control Institucional e inscripción y anotación en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido. Igualmente se deberán remitir las resoluciones judiciales que dispongan la nulidad, revocación o modificación de la sanción impuesta. A partir de la recepción de la indicada información, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, la GPAS deberá:

a) Inscribir las sanciones que hubieran quedado firmes o causado estado en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, conforme a las disposiciones de la materia.

b) Anotar en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido la resolución judicial, que declare la nulidad, revocación o modificación de la sanción impuesta.

c) Comunicar la sanción impuesta al Órgano de Control Institucional competente, para el seguimiento y reporte de su cumplimiento.

6.2.8 Prescripción

La potestad sancionadora para determinar la existencia de conductas infractoras y correspondiente imposición de sanciones, prescribe a los cuatro (4) años, contados desde el día en que la infracción se hubiera cometido o desde que hubiera cesado en caso fuera una acción continuada.

El plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento sancionador, el cual opera con la notificación de dicha decisión al administrado y la correspondiente formulación de cargos por parte del Órgano Instructor, conforme a lo dispuesto en el numeral 233.2 del artículo 233 de la Ley N° 27444.

La suspensión del procedimiento sancionador por decisión judicial expresa o en los casos establecidos en la Ley, el Reglamento y la presente directiva, también genera la suspensión del plazo de prescripción.

La prescripción es apreciada de oficio o alegada por el administrado en cualquier instancia o etapa del procedimiento sancionador. En caso sea alegada, se resolverá sin necesidad de prueba o actuación adicional, por la mera constatación del plazo cumplido, conforme al trámite establecido en la presente directiva

6.2.9 Caducidad del procedimiento sancionador

El procedimiento sancionador no podrá exceder de dos (2) años, contados desde la notificación de su inicio, transcurrido el cual se entenderá por concluido respecto a las personas procesadas, debiendo el cumplimiento de dicho plazo ser alegado en vía de defensa y resuelto a partir de la mera constatación del plazo cumplido.

En ningún caso la suspensión del plazo del procedimiento sancionador, genera la interrupción o suspensión del periodo establecido para la caducidad, la cual operará indefectiblemente a los dos (2) años de iniciado del procedimiento.

6.2.10 Trámite del pedido de prescripción y caducidad

Los pedidos formulados por el administrado para la declaración de prescripción o caducidad, son resueltos por el Órgano Sancionador o Tribunal Superior, dentro de los cinco (05) días de presentados.

En caso los referidos pedidos sean presentados ante el Órgano Instructor, este remite en el día el expediente al Órgano Sancionador, quien lo resuelve conforme a los términos señalados en el párrafo precedente.

La denegatoria del pedido de prescripción o caducidad por el Órgano Sancionador es impugnable ante el Tribunal Superior, conforme al procedimiento establecido para el recurso de queja por no concesión del recurso de apelación. Sin embargo, la denegatoria del pedido por el Tribunal Superior, no es impugnable en la vía administrativa, procediendo la acción contencioso administrativa conjuntamente con la impugnación de la resolución que pone fin al procedimiento sancionador.

El cómputo del plazo del procedimiento sancionador se suspende desde que se presenta el pedido de prescripción o caducidad, hasta su resolución definitiva por el Órgano Sancionador o Tribunal Superior.

6.2.11 Otros supuestos de conclusión del procedimiento sancionador

El procedimiento sancionador, además de los pedidos de prescripción y caducidad, puede culminar por:

a) La evaluación y declaración de oficio de la prescripción de la potestad sancionadora, a cargo del Órgano Sancionador y Tribunal Superior. En caso aquella sea apreciada por el Órgano Instructor, deberá ponerla en conocimiento del Órgano Sancionador para su declaración, acompañando el expediente del procedimiento sancionador.

b) La calificación como infracción leve de la conducta imputada, a cargo del órgano que conduce el procedimiento sancionador, quien adopta las acciones para su puesta en conocimiento de las instancias competentes.

c) La muerte del administrado, la desaparición de la norma legal que estableció la infracción, la aplicación del principio de non bis in ídem, o cualquier supuesto que implique el impedimento legal para continuar el procedimiento sancionador, cuya declaración corresponde al Órgano Sancionador y Tribunal Superior. En caso dichos supuestos sean apreciados o conocidos por el Órgano Instructor, los pone en conocimiento del Órgano Sancionador para su declaración, acompañando el expediente del procedimiento sancionador.

Para el literal c), la imposibilidad jurídica de continuar el procedimiento sancionador es apreciada de oficio o pedido de parte, debiendo, en caso fuera alegada, ser resuelta por el Órgano Sancionador o Tribunal Superior dentro de los quince (15) días de presentada. La resolución de los indicados pedidos se rige, en lo que fuera pertinente, por el régimen para la tramitación de los pedidos de prescripción o caducidad, establecido en el numeral 6.2.10 de la presenta directiva.

6.2.12 Cómputo de plazos en el procedimiento sancionador

Los plazos en el procedimiento sancionador se computan en días hábiles, sin considerar aquellos no laborables del servicio y feriados no laborables de orden nacional o regional. Cuando en la presente directiva no se especifique la naturaleza de los plazos, se entenderán establecidos en días hábiles.

A los plazos establecidos se agrega el término de la distancia entre el domicilio del administrado o ubicación de la entidad en el territorio nacional, respectivamente, y el lugar de emisión o recepción del órgano competente en el procedimiento sancionador. El cuadro de términos de la distancia aplicable al procedimiento sancionador es aquel aprobado por el Poder Judicial.

La suspensión del procedimiento sancionador por decisión judicial expresa o en los casos establecidos en la Ley, el Reglamento y la presente directiva, acarrea la inmediata suspensión del cómputo de su plazo. Igualmente se suspende el cómputo del plazo del procedimiento sancionador en los casos que, excepcionalmente, requiera efectuarse una notificación o comunicación fuera del territorio nacional, reanudándose con la entrega del cargo de recepción al órgano encargado del procedimiento sancionador.

6.2.13 Queja por defecto de tramitación

En cualquier etapa o fase del procedimiento sancionador, el administrado puede formular queja contra los defectos de tramitación, que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente u omisión de los trámites establecidos en la presente directiva, que deben ser subsanados antes de la resolución del procedimiento que se tratase, en la etapa o fase respectiva. La presentación de la queja por defecto de tramitación, en ningún caso suspende la tramitación del procedimiento sancionador y su resolución es irrecurrible.

La queja por los defectos de tramitación ocurridos en el Órgano Instructor y Órgano Sancionador se presenta ante el Tribunal Superior, cumpliendo con los requisitos establecidos para los escritos, citándose el deber infringido y la norma que lo exige, debiendo ser resuelta dentro de los tres (3) días de presentada, previo traslado al quejado, a fin que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado.

La queja por los defectos de tramitación ocurridos en el Tribunal Superior es presentada ante el Contralor General de la República y resuelta por este conforme a los plazos y términos antes señalados.

En caso se declare fundada la queja, la autoridad que emite la resolución dispone las medidas necesarias para la corrección del procedimiento, estableciendo en la misma resolución las acciones pertinentes para el deslinde de las responsabilidades a que hubiera lugar.

6.2.14 Tratamiento de hechos no comprendidos en la competencia del procedimiento sancionador

a) Hechos que configuran indicios de responsabilidad penal o civil

En cualquier momento del procedimiento sancionador, deberá ponerse en conocimiento de la unidad orgánica que elaboró el Informe de Control u otra competente, la necesidad de evaluar los hechos que pueden configurar indicios de responsabilidad penal o civil.

b) Hechos que configuran infracciones leves por responsabilidad administrativa funcional

En caso se apreciaran hechos que puedan dar lugar a responsabilidad administrativa funcional por infracciones leves, la instancia a cargo del procedimiento sancionador, dispondrá su conclusión sin emitir pronunciamiento sobre dichas infracciones, poniéndolos en conocimiento de la unidad orgánica que elaboró el Informe de Control u otra competente.

La conclusión del procedimiento sancionador en ningún caso afectará los hechos que configuran infracciones graves y muy graves. Sin embargo, cuando en un mismo hecho se configure infracción leve, y además grave o muy grave, el procedimiento sancionador seguirá respecto a las infracciones graves o muy graves.

6.2.15 Medios de prueba

a) Finalidad

Los medios de prueba tienen por finalidad acreditar los hechos respecto a la comisión o no de las infracciones por responsabilidad administrativa funcional, fundamentando la decisión de los órganos que tienen a su cargo el procedimiento sancionador.

b) Oportunidad

Los medios de prueba se ofrecen en el escrito de presentación de descargos y deben estar vinculados directamente a los cargos imputados al administrado.

El ofrecimiento de prueba cuya naturaleza sobreviniente se encuentre debidamente acreditada, efectuado con posterioridad a la presentación de descargos, podrá ser tomado en cuenta para estimar la pertinencia de efectuar actuaciones complementarias por el Órgano Sancionador o Tribunal Superior, conforme a su mérito.

En caso los responsables de la elaboración del Informe de Control, antes del inicio del procedimiento sancionador, tomen conocimiento de nueva evidencia sobre los hechos observados, la pondrán en conocimiento del Órgano Instructor para su incorporación al expediente. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento sancionador, la nueva evidencia podrá ser considerada para fines de su incorporación como prueba de oficio.

c) La prueba de oficio

El Órgano Instructor, Órgano Sancionador o Tribunal Superior, pueden disponer la actuación de pruebas de oficio o actuaciones complementarias que resulten necesarias para la emisión de pronunciamiento o resolución, según fuera el caso.

Las actuaciones complementarias deben ser estrictamente necesarias y no incidir de manera significativa en la duración del procedimiento sancionador. Su realización suspende el cómputo del plazo del procedimiento sancionador desde que son dispuestas, hasta su terminación.

d) La valoración de la prueba

Para la emisión de pronunciamiento sobre la existencia de responsabilidad administrativa funcional o sobre la imposición de sanción, todas las pruebas deben ser consideradas en conjunto, conforme al criterio de libre valoración y sana crítica, expresándose en el pronunciamiento o resolución correspondiente las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión adoptada.

e) La contradicción de la prueba

La prueba incorporada o actuada en el procedimiento sancionador puede ser materia de contradicción conjuntamente con el recurso de apelación formulado contra la sanción impuesta. En caso de resoluciones emitidas por el Tribunal Superior, la contradicción de la prueba, se efectúa conjuntamente con la acción contencioso administrativa planteada contra la resolución que pone término a la vía administrativa.

6.2.16 El Informe de Control

El Informe de Control que identifica responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves y muy graves es el insumo básico del procedimiento sancionador que se encuentra en el ámbito de competencia de la Contraloría General y del Tribunal Superior, para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional por los hechos observados en dichos documentos.

El Informe de Control es prueba para fines del inicio, prosecución y resolución del procedimiento sancionador, no requiriendo de actuación y bastando su puesta a disposición del administrado para su incorporación al procedimiento. La información contenida en aquel se presume cierta para acreditar los hechos observados, salvo prueba en contrario, conforme al artículo 30 del Reglamento.

En ausencia de prueba adicional, el Informe de Control posee la capacidad y virtualidad de enervar la presunción de inocencia o presunción de legalidad en la actuación del administrado, para fundamentar una sanción.

6.2.17 Registro y formación del expediente

Para fines del procedimiento sancionador, el expediente comprende la secuencia ordenada de actuaciones, documentos e información relacionada al procedimiento sancionador, incluyendo las referidas a las indagaciones previas o acciones efectuadas antes de su inicio.

El expediente del procedimiento sancionador se constituye con la recepción y registro del Informe de Control por el Órgano Instructor. La formación del expediente comprende la asignación de la codificación única y correlativa que lo identificará durante las diferentes fases del procedimiento sancionador. El Órgano Instructor, Órgano Sancionador y Secretaría Técnica del Tribunal Superior, son responsables por la actualización, conservación y seguridad del expediente, durante su permanencia en la instancia o hasta que sea archivado, para lo cual, revisan los documentos recibidos y verifican que la documentación se encuentre completa, antes de proceder a su incorporación al expediente.

Los folios del expediente serán numerados correlativamente. La corrección en la numeración solo es procedente por autorización expresa del responsable del Órgano Instructor u Órgano Sancionador, o de la Secretaría Técnica del Tribunal Superior, según sea el órgano que conduce el procedimiento sancionador.

Los administrados, sus representantes o su abogado tienen derecho a solicitar el acceso al expediente en cualquier momento del procedimiento sancionador, pudiendo, en ese acto, examinar su contenido en el lugar, oportunidad y horario establecido por el órgano que conduce el procedimiento, pudiendo tomar nota de su contenido y recabar las copias que requiera, pagando el costo de su reproducción, conforme a las disposiciones de la materia. En los casos que, por tratarse de información confidencial, reservada o secreta, no sea posible proporcionar copia al administrado, aquel podrá tomar conocimiento de su contenido a través del acceso directo al expediente.

6.2.18 Medida preventiva

a) Concepto

La medida preventiva comprende la separación del cargo del funcionario o servidor procesado, mientras dure el procedimiento sancionador, implicando su puesta a disposición de la Oficina de Personal o la que haga sus veces en la entidad, para el desarrollo de trabajos o labores compatibles con su especialidad, que no pueden estar relacionados con la materia investigada en el procedimiento sancionador, ni representar cargos de dirección, directivos superiores, ejecutivos o cargos de administración, lo cual, en ningún caso, podrá representar una disminución de sus niveles de ingresos.

La medida preventiva de separación del cargo no constituye sanción administrativa, no impide continuar con el procedimiento sancionador, ni produce indefensión, y, su impugnación solo procede conjuntamente con el recurso de apelación contra la resolución que impone sanción.

b) Criterios de aplicación

La medida preventiva se fundamenta en la gravedad de los hechos imputados, así como, en la posibilidad que, sin su adopción, se ponga en riesgo el correcto ejercicio de la función pública. Para establecer la gravedad de los hechos imputados, conforme al principio de razonabilidad, aquellos deben estar formalmente referidos a infracciones graves o muy graves, en los que, además, la participación de la persona imputada hubiera sido relevante. Asimismo, la estimación de la posibilidad de puesta en riesgo del correcto ejercicio de la función pública, debe considerar el nivel del cargo y relación de las funciones asignadas al administrado, respecto a la infracción imputada.

c) Propuesta

La propuesta de medida preventiva de separación del cargo, debe encontrarse motivada en los criterios establecidos para su imposición, pudiendo ser presentada por el Órgano Instructor desde antes del inicio del procedimiento sancionador y hasta la emisión del pronunciamiento sobre la existencia de infracción, caso en el cual, la propuesta debe constar en el pronunciamiento dirigido al Órgano Sancionador.

d) Imposición, caducidad y levantamiento

La disposición de la medida preventiva corresponde al Órgano Sancionador, mediante resolución motivada que es emitida dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la propuesta del Órgano Instructor. En caso dicha propuesta conste en el pronunciamiento

del Órgano Instructor, aquella será estimada en la resolución que impone sanción o declara no ha lugar su imposición.

El administrado puede solicitar ante el Órgano Sancionador o Tribunal Superior el levantamiento de la medida preventiva en cualquier estado en que se encuentre el procedimiento, cuando las circunstancias y fundamento que ameritaron su imposición hubieran variado en función a hechos y consideraciones sobrevinientes, debiendo ser resueltas en un plazo de quince (15) días hábiles, siendo la decisión inimpugnable. El levantamiento de la medida preventiva también podrá ser efectuado de oficio, cuando hubieran desaparecido los fundamentos y circunstancias que ameritaron su disposición.

La medida preventiva caduca de pleno derecho cuando se emite o queda firme la resolución que pone término al procedimiento sancionador en la vía administrativa, o cuando hubiera transcurrido el plazo establecido para la emisión de la resolución en la instancia correspondiente.

e) Notificación

La resolución que dispone la medida preventiva debe ser notificada conjuntamente con el inicio o después de iniciado el procedimiento sancionador. La notificación de la resolución corresponde al Órgano Instructor, salvo que el pedido conste en el pronunciamiento que establece la existencia de infracción por responsabilidad administrativa funcional, en cuyo caso, la notificación será efectuada directamente por el Órgano Sancionador.

En cualquier caso, la resolución que dispone la medida preventiva o su levantamiento, se comunica a la(s) entidad(es) correspondiente(s), la(s) cual(es) en el plazo máximo de tres (03) días hábiles deberá(n) ejecutar lo dispuesto, comunicando la medida adoptada al Órgano Sancionador. El cumplimiento de la medida preventiva es materia de control por parte del Sistema, constituyendo su incumplimiento infracción muy grave por responsabilidad administrativa funcional.

6.2.19 Acumulación del procedimiento sancionador

Los Informes de Control que contengan observaciones relacionadas a más de un (1) funcionario o servidor público, generan la acumulación subjetiva originaria del procedimiento sancionador, salvo que, por la complejidad o diversidad de las materias observadas, sea necesario su procesamiento por separado, en cuyo caso, se privilegiará la acumulación por materias que guarden conexión.

Asimismo, durante el procedimiento sancionador, el Órgano Instructor, el Órgano Sancionador y el Tribunal Superior, podrán de oficio o, a pedido de parte, disponer la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión. Dicha decisión se adoptará mediante decisión inimpugnable, la cual será comunicada al administrado.

6.2.20 Reiterancia y reincidencia

Para el ejercicio de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional conferida a la Contraloría General:

a) La reiterancia se configura por la comisión de sucesivas infracciones, sin tener la condición de sancionado. Esta circunstancia es apreciada al momento de la graduación de la sanción que corresponde imponer.

b) La reincidencia se configura por la comisión de nuevas infracciones, luego de haber sido sancionado por responsabilidad administrativa funcional.

En caso de reincidencia, la infracción será calificada a un nivel superior de gravedad y/o podrá ser sancionada hasta el límite superior de la escala correspondiente, cuando el administrado tenga antecedentes no rehabilitados de sanciones impuestas por responsabilidad administrativa funcional por infracciones de igual o mayor gravedad que la nueva infracción que es materia del procedimiento sancionador.

Asimismo, en caso el administrado tenga antecedentes de sanciones por infracciones de menor gravedad no rehabilitadas, dicha circunstancia no incrementará el nivel de gravedad en la calificación de la infracción, pero será tomada en cuenta para la graduación de la sanción.

En ambos casos, para estimar la reiterancia o reincidencia, se consideran como antecedentes del administrado, las sanciones firmes o consentidas que se hubieran impuesto en los tres (3) años anteriores a la fecha en que se inició el procedimiento sancionador.

6.2.21 Rehabilitación

Los funcionarios y servidores públicos sancionados por responsabilidad administrativa funcional quedan automáticamente rehabilitados a los tres (3) años de cumplida efectivamente la sanción.

La rehabilitación deja sin efecto toda mención o constancia de la sanción impuesta por responsabilidad administrativa funcional, no pudiendo constituir un precedente o demérito para el infractor, ni tampoco ser considerada para estimar la reiterancia o reincidencia del administrado.

Cuando la sanción hubiera sido la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, la rehabilitación no produce el efecto de reponer en la función, cargo o comisión de la que hubiera sido privado el administrado.

6.2.22 Eximentes de responsabilidad

Para el ejercicio de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional conferida a la Contraloría General, son eximentes de responsabilidad:

a) La incapacidad mental, debidamente comprobada por la autoridad competente.

b) El caso fortuito o la fuerza mayor, debidamente comprobada.

c) El ejercicio de un deber legal, función, cargo o comisión encomendada.

d) La ausencia de una consecuencia perjudicial para los intereses del Estado.

e) El error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.

f) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones, siempre que el funcionario o servidor público hubiera expresado previa a la acción u omisión imputada, su oposición por escrito o por cualquier otro medio que permita verificar su recepción por el destinatario.

g) La actuación funcional en caso de catástrofe o desastres naturales o inducidos, cuando los intereses de seguridad, salud, alimentación u orden público, hubieran

requerido acciones inmediatas e indispensables para evitar o superar su inminente afectación.

Los eximentes son planteados por los administrados, a quienes corresponde la carga de la prueba. La configuración del eximente no afecta la tipicidad del hecho imputado, generando únicamente la desaparición de su antijuridicidad y consiguiente merecimiento de sanción en el caso concreto, implicando, cuando sea debidamente comprobado, la emisión de pronunciamiento de inexistencia de infracción, o, la declaración de no ha lugar a la imposición de sanción. En caso del Tribunal Superior, la apreciación del eximente, acarrea la revocación de la resolución que impuso sanción y declaración de no ha lugar a su imposición al administrado.

La configuración parcial del eximente, no libera de responsabilidad al administrado, pero debe ser considerado para la graduación de la sanción, conforme al principio de proporcionalidad.

6.2.23 Atenuantes de responsabilidad

Para fines del ejercicio de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional conferida a la Contraloría General, sin menoscabo de la aplicación del principio de proporcionalidad, son supuestos atenuantes de la responsabilidad, los siguientes:

a) La subsanación voluntaria por parte del administrado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento sancionador.

a) La actuación funcional en privilegio de intereses superiores de carácter social, o relacionados a la salud u orden público, cuando, en casos diferentes a catástrofes o desastres naturales o inducidos, se hubiera requerido la adopción de acciones inmediatas para superar o evitar su inminente afectación.

Los atenuantes, además de permitir la reducción de la sanción en la escala correspondiente, podrán dar lugar a calificar la infracción en un nivel menor de gravedad, incluso como infracción leve únicamente para la aplicación de la sanción, lo que, en ambos casos, es puesto a consideración en el pronunciamiento emitido por el Órgano Instructor. Tratándose de una infracción calificada como leve, corresponderá la imposición de la mínima sanción posible en el ámbito de la Contraloría General.

La reducción en el nivel de gravedad de la infracción, únicamente modifica el rango de la sanción aplicable, sin afectar la tipicidad del hecho imputado, conforme a las escalas establecidas en el artículo 15 del Reglamento.

6.2.24 Concurso de infracciones

Para fines del ejercicio de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional conferida a la Contraloría General, se considera que:

a) En caso un mismo hecho configure más de una infracción por responsabilidad administrativa funcional, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.

b) En caso concurran varios hechos que deban considerarse como infracciones independientes por responsabilidad administrativa funcional, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.

En ambos casos, la gravedad de la infracción, se estima, por su calificación formal como grave o muy grave, por el rango temporal de las correspondientes sanciones, y, por el tipo de sanciones aplicables, considerando que la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, siempre es más grave que la sanción de suspensión temporal en el ejercicio de las funciones.

6.2.25 Normas de competencia

En el procedimiento sancionador, la competencia para conocer de los Informes de Control se rige por las siguientes normas:

a) Corresponde al Órgano Instructor de cada Macro Región de Control, el conocimiento de los Informes de Control elaborados por la Macro Región y sus Oficinas Regionales de Control, por los Órganos de Control Institucional que pertenecen a su ámbito de competencia de control o por las Sociedades de Auditoria respecto a entidades ubicadas en dicho ámbito de competencia.

b) Corresponde al Órgano Instructor de la Sede Central de la Contraloría General, el conocimiento de los Informes de Control elaborados por las unidades orgánicas de la Sede Central, por los Órganos de Control Institucional que pertenecen al ámbito de competencia de control de dichas unidades orgánicas o por las Sociedades de Auditoria respecto a entidades ubicadas en el referido ámbito de competencia.

c) Excepcionalmente, podrá asignarse el conocimiento de los Informes de Control, a un Órgano Instructor diferente al originalmente competente, considerando criterios de ubicación geográfica, carga procesal, nivel de complejidad u otros elementos objetivos, que sean objeto de evaluación y debida justificación en cada caso, por la GPAS.

7. DISPOSICIONES FINALES

7.1 Aplicación supletoria

En todo lo no previsto en la Ley, el Reglamento, la presente directiva y disposiciones complementarias emitidas por la Contraloría General, se aplica en forma supletoria lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, así como en las fuentes del procedimiento administrativo que esta última establece.

7.2 Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas establece los procedimientos internos, régimen de funcionamiento y ejercicio de las competencias específicas del Tribunal Superior, conforme a lo señalado en la Ley, el Reglamento y la presente directiva.

7.3 Interpretación de las disposiciones que rigen el procedimiento sancionador

La Contraloría General de la República interpreta las disposiciones de la Ley, el Reglamento, la presente directiva y demás normas complementarias, conforme a la atribución señalada en el artículo g) del artículo 22 de la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

7.4 Vigencia

La presente directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

8. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

8.1 Inicio de actividades de las instancias desconcentradas

La Contraloría General establecerá la constitución, oportunidad de funcionamiento y criterios para el inicio de actividades de los Órganos Instructores y Órganos Sancionadores de las Macro Regiones de Control.

Hasta la implementación de las referidas instancias, la competencia para conocer de los Informes de Control, en todos los casos, corresponderá al Órgano Instructor y Órgano Sancionador de la Sede Central.

8.2 Programación y registro hasta la implementación del sistema informático

Los órganos a cargo del procedimiento sancionador registrarán y efectuaran la programación de los expedientes y de los actos necesarios para su procesamiento, conforme a lo señalado en la presente directiva. Para tal efecto y en tanto no se instale el aplicativo informático que permita el registro, programación y seguimiento de los expedientes, la GPAS brindará los formatos correspondientes y dictará las pautas para su ejecución y monitoreo.

8.3 Adecuación del Reglamento de Organización y Funciones

El Departamento de Gestión de Procesos adoptará las acciones correspondientes para la adecuación del Reglamento de Organización y Funciones de la Contraloría General de la República, en concordancia con las instancias, órganos y funciones establecidas en la presente directiva.

En tanto se produzca la referida adecuación, la Gerencia de Responsabilidades hará las veces y asumirá las funciones de la Gerencia del Procedimiento Administrativo Sancionador de Primera Instancia (GPAS).

8.4 Régimen de notificaciones

La Contraloría General regula el régimen de notificaciones para el procedimiento sancionador, considerando la implementación del uso de medios electrónicos para la notificación de actos y diligencias o para la presentación de actuaciones que corresponden a los administrados.

Hasta la emisión del indicado régimen de notificaciones, el trámite de notificación de los actos y diligencias en el procedimiento sancionador, o, la presentación de actuaciones que corresponden a los administrados, se rigen por las disposiciones pertinentes de la Ley N° 27444, en tanto no se contrapongan a lo señalado en la presente directiva.

ANEXO III

Jurisprudencia constitucional sobre control y responsabilidad de funcionarios públicos

RECOMENDACIONES DE LOS INFORMES DE CONTROL NO DEBEN CONTRAVENIR EL DERECHO AL DEBIDO PROCEDIMIENTO

STC Exp. N° 588-2000-AA/TC-SAN MARTÍN

CASO: Federico Saturnino Tinta Junco

SENTIDO DEL FALLO: Fundada la demanda e infundada la excepción de agotamiento de la vía previa

> **SUMILLA:** *En el presente caso, el Tribunal Constitucional refiere que una vez prescrito el plazo legalmente establecido para que la Administración ejercite su facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos que emite, debe hacerlo mediante el proceso contencioso-administrativo. En este sentido, señala que la recomendación realizada por la Contraloría General de la República ha generado la vulneración del derecho al debido proceso del recurrente.*

En Lima, a los veintinueve días del mes de noviembre de dos mil, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Acosta Sánchez, Presidente; Díaz Valverde, Vicepresidente; Nugent, Aguirre Roca, Rey Terry, Revoredo Marsano y García Marcelo, pronuncia sentencia:

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Federico Saturnino Tinta Junco contra la Resolución expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas doscientos treinta y nueve, su fecha dieciséis de mayo de dos mil, que declaró improcedente la acción de amparo de autos, incoada contra la Universidad Nacional de San Martín.

ANTECEDENTES

El demandante, alegando violación a los derechos constitucionales relativos a la libertad de trabajo y a la legítima defensa consagrados en los incisos 15) y 23) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, interpone acción de amparo contra la Universidad Nacional de San Martín, representada por don Marco Armando Gálvez Díaz, en su calidad de Rector de dicha casa de estudios, con el objeto de que se declare la no aplicación de la Resolución Rectoral N° 077-99-UNSM/CU-R, de fecha tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, la misma que en el segundo artículo de su parte resolutiva deja sin efecto la Resolución N° 218-96-UNSM/R, de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis, en virtud de la cual se promovió al demandante como profesor principal de la universidad demandada. Asimismo, solicita que se disponga que dicha universidad se abstenga de efectuar descuentos a sus haberes correspondientes a la categoría de profesor principal.

El demandante manifiesta que ingresó en la docencia universitaria como profesor auxiliar, contratado el diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y siete; posteriormente, mediante la Resolución N° 565-90-UNSM/CO, del veintiséis de noviembre de

mil novecientos noventa, fue nombrado como profesor asociado a tiempo parcial, y mediante la Resolución N° 390-91-UNSM/CO, del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y uno, fue ascendido a la categoría de profesor asociado a tiempo completo. Por último, a través de la Resolución N° 218-96-UNSM/R del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis, fue promovido a la categoría de profesor principal en la Facultad de Ciencias de la Salud. Sin embargo, mediante la resolución cuestionada, se resolvió, entre otros, dejar sin efecto la resolución que lo promovía como profesor principal, argumentando que no cuenta con el grado de maestro o doctor y que no evidencia haber efectuado estudios para obtener dichos grados. Sobre el particular, el demandante señala que su nombramiento como profesor principal tiene como fundamento la Decimoprimera Disposición Transitoria del Estatuto de la Universidad, en virtud de la cual se exceptuaba de la exigencia de ostentar el grado de maestro o doctor, para la promoción a la categoría de profesor principal, para aquellos profesores que a la fecha de dación del Estatuto hubiesen tenido la categoría de asociados, considerando tal categoría "(...) como requisito para y en el momento de la ratificación respectiva".

El Rector de la Universidad Nacional de San Martín contesta la demanda señalando que la expedición de la resolución cuestionada en autos, obedece al cumplimiento de la recomendación de la Contraloría General de la República, contenida en el Informe N° 139-98-CG/APC, toda vez que se había tomado conocimiento de una irregularidad en el nombramiento del demandante como profesor principal, al no cumplir con los requisitos señalados en el artículo 48 de la Ley N° 23733.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación, contesta la demanda proponiendo la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, toda vez que el demandante ha interpuesto la demanda sin haber cumplido con emplear los recursos que le franquea el Decreto Supremo N° 02-94-JUS. Asimismo, señala que en el presente caso no se ha violado derecho constitucional alguno, más aún cuando la mencionada universidad no ha efectuado ningún descuento en los haberes del demandante quien percibe como remuneración la que corresponde a un profesor principal.

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín Tarapoto, a fojas ciento cincuenta, con fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda, considerando que el demandante debió impugnar la decisión cuestionada en la vía administrativa.

La Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, a fojas doscientos treinta y nueve, con fecha dieciséis de mayo de dos mil, falla confirmando la apelada, por considerar que el demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa y que la presente vía procesal no es la adecuada, sino la acción contencioso-administrativa, por cuanto no existe violación o amenaza de un derecho fundamental. Contra esta resolución, el demandante interpone Recurso Extraordinario.

FUNDAMENTOS

1. Que la presente acción de garantía, pretende que se disponga la no aplicación de la Resolución N° 077-99-UNSM/CU-R, en virtud de la cual se dejó sin efecto legal la Resolución N° 218-96-UNSM/R, por la que se promovía al demandante a la categoría de profesor principal, por considerar que se han violado los derechos constitucionales relativos a la libertad de trabajo y legítima defensa.
2. Que, con relación a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, si bien es cierto que el demandante sigue percibiendo como remuneración la que corresponde a un profesor principal, tal como lo ha manifestado en su escrito de fojas

cincuenta y dos, y que ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221 del Código Procesal Civil, constituye una declaración asimilada; debe tenerse presente que al haberse dejado sin efecto legal la resolución que lo nombraba como profesor principal, ello acarreaba de inmediato una limitación en la participación en el gobierno de la universidad. En consecuencia, en el presente caso resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 28 de la Ley N° 23506.

3. Que a la fecha de expedición de la Resolución N° 218-96-UNSM/R, esto es, al veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis, se encontraba vigente el artículo 110 del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, que facultaba a la Administración Pública a declarar la nulidad de las resoluciones administrativas dentro de un plazo de prescripción de seis meses, contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidas.
4. Que, teniendo en cuenta que la Resolución N° 218-96-UNSM/R constituye cosa decidida, toda vez que no se encuentra acreditado en autos que haya sido impugnada en forma alguna, se entiende que a la fecha de expedición de la Resolución N° 077-99-UNSM/CU-R, esto es, el tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, había transcurrido en exceso el plazo de seis meses para declarar la nulidad de la Resolución N° 218-96-UNSM/R, del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis. Asimismo, es necesario resaltar que no resulta aplicable el plazo de tres años para declarar administrativamente la nulidad de resoluciones administrativas a que se refiere la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26960, publicada el treinta de mayo de mil novecientos noventa y ocho, modificatoria del artículo 110 del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, toda vez dicha disposición solo es aplicable a los actos administrativos emitidos con posterioridad a dicha fecha.
5. Que, si bien es cierto que la expedición de la resolución cuestionada en autos obedece al cumplimiento de la Recomendación N° 8, contenida en el Informe N° 139-98-CG/APC, emitido por la Contraloría General de la República, en la que se señala que el Consejo Universitario "Disponga la anulación de los nombramientos irregulares de docentes al grado de Profesores Principales, sujetándose estrictamente a lo establecido en la normativa legal correspondiente", y que ello, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso f) del artículo 16 del Decreto Ley N° 26162, constituye prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales a que hubiere lugar; debe resaltarse que dicha disposición no puede contravenir el derecho a un debido proceso, ya que si administrativamente ya había prescrito la facultad de la Administración Pública para declarar la nulidad de sus resoluciones, tiene expedito su derecho para hacer efectiva la recomendación dada por la Contraloría General de la República, a través del proceso judicial correspondiente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica;

FALLA

REVOCANDO la Resolución expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas doscientos treinta y nueve, su fecha dieciséis de mayo de dos mil, que, confirmando la apelada, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda; y, reformándola, declara **INFUNDADA** la citada excepción y **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, ordena la no aplicación de la Resolución N° 077-99-UNSM/CU-R a don Federico Saturnino Tinta Junco. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS. ACOSTA SÁNCHEZ; DÍAZ VALVERDE; NUGENT; AGUIRRE ROCA; REY TERRY; REVOREDO MARSANO; GARCÍA MARCELO

PARTICIPACIÓN COADYUVANTE DE LA FISCALÍA EN LA LABOR DE CONTROL GUBERNAMENTAL NO LE IMPIDE EJERCER LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

STC Exp. N° 011-2003-AI/TC-LIMA

CASO: Fiscal de la Nación

SENTIDO DEL FALLO: Infundada la demanda de inconstitucionalidad

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional establece que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas por el recurrente ya que la participación coadyuvante del Ministerio Público en las labores de control gubernamental no atenta contra su autonomía. Asimismo, refiere que su participación contribuye a optimizar el control de la actividad gubernamental.*

En Lima, a los 7 días del mes de noviembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia con el voto singular del magistrado Bardelli Lartirigoyen

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación, doña Nelly Calderón Navarro, contra la segunda parte del inciso f) del artículo 15 y la Sexta Disposición Final de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de agosto de 2003, se interpone la presente acción de inconstitucionalidad contra la segunda parte del inciso f) del artículo 15 y la Sexta Disposición Final de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. A juicio de la demandante, el inciso f) del artículo 15 de la Ley impugnada es inconstitucional, pues afecta la autonomía del Ministerio Público. Alega que dicha disposición crea un "caos jurídico y duplicidad de funciones", pues si el Ministerio Público decidiera intervenir en una acción de control a cargo de la Contraloría General de la República, ya no podría intervenir posteriormente, dificultándose el ejercicio de su atribución constitucional de investigar los delitos y su condición de titular de la acción penal.

Aduce que la Sexta Disposición Final de la Ley afecta la autonomía e independencia del Ministerio Público, pues le ordena asignar una Fiscalía Provincial ad hoc para el control gubernamental que estará a cargo de la Contraloría General de la República. Considera que es potestad exclusiva del Ministerio Público la creación o supresión de fiscalías

especializadas, y que los poderes Legislativo y Ejecutivo carecen de facultades para intervenir en la actividad del Ministerio Público.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que se la declare infundada, pues, a su juicio, la demandante ha efectuado una interpretación errada de las normas impugnadas, llegando a la equivocada conclusión de que son inconstitucionales. Sostiene que si bien el Ministerio Público goza de autonomía, esta no significa autarquía funcional, de modo que el legislador "(...) en ejercicio de sus atribuciones, y haciendo uso del medio idóneo para ello, ha considerado que el Ministerio Público **coopere** de manera oportuna y eficaz con la labor de control que ejerce la Contraloría General". Alega, asimismo, que la participación del Ministerio Público en el sistema nacional de control "(...) no es en calidad de ente subordinado, sino más bien como coadyuvante de la labor general de control, entendida en un sentido amplio y dentro de un esquema destinado a **proveer eficiencia** en la investigación de determinados delitos cometidos en agravio del Estado, manteniendo plenamente el fiscal la titularidad de la acción penal y demás atribuciones del Ministerio Público".

Por otro lado, refiere que las disposiciones impugnadas "(...) no limitan las atribuciones del Ministerio Público, ya que dicho órgano es quien conduce, desde el inicio, la investigación del delito, aun cuando actúe paralelamente con una acción de control en ejecución, de acuerdo con las atribuciones que la Constitución Política y su Ley Orgánica le han asignado". A su juicio, con dichas disposiciones se brinda "**sustento normativo para que el propio Ministerio Público**, **a través de los mecanismos que estime pertinentes**, **y siempre dentro de la autonomía e independencia que su propia Ley Orgánica regula**, **cree una Fiscalía Provincial ad hoc que permita cooperar con el control gubernamental**".

Finalmente, alega que no es exacto que se vulnere la autonomía del Ministerio Público, dado que: "El Congreso de la República es el **Poder del Estado competente para dictar la Ley Orgánica del Ministerio Público**, **así como para modificarla o derogarla mediante otra ley orgánica**. En este sentido es precisamente **mediante una ley orgánica que se ha establecido la coordinación de instituciones autónomas como la Contraloría General de la República y el Ministerio Público**".

Realizada la vista en audiencia pública, la causa quedó expedita para la emisión de la sentencia.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. Se ha interpuesto acción de inconstitucionalidad contra la segunda parte del inciso f) del artículo 15 y la Sexta Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

   El inciso f) del artículo 15 de la Ley N° 27785, declara que:

   "(...) En el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables".

   En tanto que la Sexta Disposición Final de la misma Ley expresa que:

   "La Policía Nacional asignará personal a fin de conformar la Policía Adscrita a la Contraloría General, y el Ministerio Público asignará una Fiscalía Provincial ad hoc,

para que, en forma conjunta, participen coadyuvando al mejor cumplimiento del control gubernamental.

Asimismo, cualquier entidad sujeta a control por el Sistema deberá prestar la ayuda requerida por la Contraloría General, bajo responsabilidad del Titular".

§2. Inciso f) del artículo 15 de la Ley N° 27785

2. A juicio de la demandante, el inciso f) del artículo 15 de la Ley N° 27785 es inconstitucional porque establece que "(...) no corresponderá iniciar investigación sobre presunta comisión de delito en los casos en donde se haya emitido informe derivado de acciones de control donde haya intervenido el Ministerio Público" (por lo que) "la denuncia que se formule, dejaría de ser prueba constituida". Considera que dicha disposición "(...) bajo el criterio que el Ministerio Público ya ha intervenido, impid(e) que este realice sus investigaciones, de conformidad con las atribuciones que le confiere nuestra Carta Magna, una vez que se formule la denuncia (...)", lo que lesionaría la autonomía que la Constitución reconoce al Ministerio Público.
3. El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. En efecto, la expresión "no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables" –"en el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional"–, es un mandato legal que debe entenderse como circunscrito al ejercicio de las atribuciones de los órganos que forman parte del Sistema Nacional de Control.

   Es decir, la interpretación que se efectúe de la segunda parte del inciso f) del artículo 15 de la Ley N° 27785 no puede realizarse de manera asistemática, aislada o descontextualizada, sino dentro del sentido del conjunto en el que la disposición está inserta. Así, si mediante dicha disposición se regula una de las atribuciones del Sistema Nacional de Control, cuyo ámbito de actuación solo "comprende todas las **actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades** y alcanza al personal que presta servicios en ellas [art. 12 de la Ley N° 27785]", no es pertinente extraer de allí un sentido interpretativo que trascienda ese ámbito de actuación.

   De modo que cuando el dispositivo impugnado establece que "(...) **En el caso** de que los informes generados de una acción de control **cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional**, **no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa**, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables", no puede ni debe entenderse como que aquella presencia [la del Ministerio Público o la de la Policía Nacional, o ambas conjuntamente], impedirá posteriormente que el Ministerio Público profundice o realice nuevas investigaciones, y menos, por supuesto, que ejerza la titularidad de la acción penal.

   La restricción impugnada, de la cual se aduce que es violatoria de la autonomía del Ministerio Público, no tiene como propósito obstruir el ejercicio de las atribuciones de este último órgano constitucional, sino, como antes se ha dicho, regular el ejercicio de las atribuciones de los órganos que forman parte del Sistema Nacional de Control.

   Tampoco dicha disposición limita la atribución del Ministerio Público para iniciar las investigaciones de oficio que pudieran corresponder. La participación del Ministerio Público, a través de su Fiscalía ad hoc, a la que se refiere la otra disposición

impugnada, debe entenderse como coadyuvante para el mejor control de la administración pública. Y ello con absoluta independencia de que, advertida la comisión de un eventual ilícito penal, la investigación y titularidad de la acción penal corresponda –como es, y debe ser, por otra parte– al Ministerio Público, conforme se expresa en el inciso 4) del artículo 159 de la Constitución.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera que debe desestimarse este extremo de la pretensión.

§3. Sexta Disposición Final de la Ley N° 27785

4. Aunque se ha demandado, *in toto*, la inconstitucionalidad de la Sexta Disposición Final de la misma Ley N° 27785, de una lectura de las objeciones respectivas se desprende que la impugnación solo alcanza a una parte de dicha disposición; en concreto, a la que establece que "(...) el Ministerio Público asignará una Fiscalía ad hoc, para que en forma conjunta participe coadyuvando al mejor cumplimiento del control gubernamental".
5. A juicio de la demandante, esta fracción dispositiva es inconstitucional porque, con tal asignación, el control gubernamental quedaría, exclusiva y excluyentemente, a cargo de la Contraloría General de la República. Y agrega que con ella, "(...) se pretende incorporar (...) una Fiscalía Provincial a cargo de la Contraloría General de la República para que participe en sus acciones de control (...)", lo que "atenta contra la autonomía e independencia del Ministerio Público, puesto que es potestad exclusiva determinar la creación o supresión de fiscalías especializadas".
6. El Tribunal Constitucional no comparte los criterios argüidos en la demanda. En primer lugar, cuando se establece que "el Ministerio Público **asignará** una Fiscalía provincial ad hoc para que en forma conjunta participen coadyuvando el mejor cumplimiento del control gubernamental", no se está "incorporando" una Fiscalía provincial, como una dependencia orgánica, a la Contraloría General de la República. El verbo "asignar", en la acepción utilizada por el legislador, y a criterio interpretativo de este Colegiado, significa que el Ministerio Público designará, fijará y, en su caso, nombrará una Fiscalía ad hoc, para que la labor del control gubernamental se optimice.

   Precisamente porque se encarga al Ministerio Público la designación o fijación de esa Fiscalía ad hoc, esta, orgánica y funcionalmente, es y debe considerarse como parte del órgano constitucional denominado Ministerio Público.
7. En segundo lugar, como se ha sostenido en la contestación de la demanda, si el Poder Legislativo es competente para dictar la ley orgánica que regula la estructura y el funcionamiento del Ministerio Público (artículo 106 de la Constitución), es claro que también puede disponer la creación, en el seno del Ministerio Público, de una Fiscalía Especializada en el control gubernamental, sin que por ello se afecte la garantía institucional de la autonomía de dicho órgano constitucional.

Finalmente, el Tribunal Constitucional tampoco considera que la creación de una Fiscalía ad hoc para que participe en las labores de control gubernamental termine "despojando" al Ministerio Público "de su atribución de titular de la acción penal". Ello porque no es el Ministerio Público, en cuanto órgano constitucional, el que resultaría afectado en el ejercicio de la titularidad de la acción penal, dado que la atribución señalada a esta Fiscalía ad hoc, es una **adicional** a la que se tiene establecida en la Ley Orgánica del Ministerio Público. De modo que la participación coadyuvante de la Fiscalía ad hoc en la labor de control gubernamental no le impedirá ejercer la titularidad de la acción penal. A juicio de este Colegiado, la disposición impugnada no importa una eventual

cercenación de esta atribución constitucionalmente garantizada del Ministerio Público (art. 159, inciso 5), sino que constituye, antes bien, una participación conjunta destinada a optimizar el control de la actividad gubernamental. Así, en los casos en los que las labores de control detecten la comisión de un ilícito penal, queda en cabeza del Ministerio Público ejercer la acción penal, como antes se ha dicho.

Por lo tanto, este extremo de la pretensión también debe desestimarse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 15, inciso f), y la Sexta Disposición Final de la Ley N° 27785. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y el archivamiento de los actuados.

SS. ALVA ORLANDINI; AGUIRRE ROCA; REVOREDO MARSANO; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR MAGISTRADO DR. JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN

No comparto, respetuosamente, los fundamentos esgrimidos en la sentencia de autos por mis honorables colegas en mayoría, pues considero que la demanda debe ser estimada, por ello formulo este voto singular aduciendo las razones siguientes:

1. La accionante interpone acción de inconstitucionalidad contra la segunda parte del inciso f) del artículo 15 de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y su Sexta Disposición Final, alegando que ellas contravienen la autonomía del Ministerio Público y sus prerrogativas, concedidas y consagradas en la Constitución.
2. En efecto, las normas cuestionadas vulneran los artículos 158 y 159, incisos 1),4) y 5), de la Constitución Política del Perú, que concedan al Ministerio Público autonomía sin restricción alguna, es decir, independencia interna y externa en el ejercicio de la función fiscal, estableciendo que esta es ejercida por los Fiscales de manera independiente, según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de la institución (artículo 5 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público).
3. De otro lado, la Sexta Disposición Final precisa "(...) que el Ministerio Público asigne una Fiscalía provincial ad hoc para el control gubernamental", lo que significa que se pretende incorporar, vía asignación, una Fiscalía provincial a cargo de la Contraloría para que participe en sus acciones de control, contraviniendo la potestad exclusiva del Ministerio Público de determinar la creación o supresión de Fiscalías Especializadas.
4. La segunda parte del inciso f) del artículo 15 de la Ley Nº 27785 dispone "(...) que no corresponderá iniciar investigación sobre presunta comisión de delito en los casos en que se haya emitido informe derivado de acciones de control donde haya participado el Ministerio Público". Conforme a ello: a) se limita la atribución constitucional del Ministerio Público de iniciar investigaciones de oficio; b) se impide su intervención en casos de comisión de delito cuando haya emitido informe derivado

de acciones de control con participación de la Fiscalía provincial ad hoc, razón por la cual la denuncia que se formule dejaría de ser prueba preconstituida, y c) bajo el criterio de que la Fiscalía ad hoc ya participó, se impide al Ministerio Público que realice sus investigaciones conforme a las atribuciones que le confiere la Constitución, una vez que se formule la denuncia.

5. Es importante destacar que la emplazada está de acuerdo con la inconstitucionalidad que se plantea –según se desprende de la página 39 del escrito de contestación–, pero considera que puede haber una interpretación constitucional a través de una sentencia interpretativa que establezca el correcto sentido constitucional de las normas en cuestión.
6. Por consiguiente,, las normas cuestionadas deben ser expulsadas del ordenamiento legal por su manifiesta inconstitucionalidad, más aún si el Ministerio Público no está sometido y menos aún tiene relación de dependencia con ninguno de los poderes del Estado, por lo que no cabe que estos controlen, dirijan, interfieran o intervengan en su actividad, como lo hacen las normas que se cuestionan en esta demanda. Al Ministerio Público no solo se lo subordina al disponerse la creación de una Fiscalía ad hoc, sino también se lo relega al extremo de considerarlo una entidad coadyuvante, despojándolo de su atribución constitucional de titular de la acción penal.

Por los fundamentos expuestos , mi voto es por que se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales la segunda parte del inciso f) del artículo 15 de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y su Sexta Disposición Final.

SR. BARDELLI LARTIRIGOYEN

OMISIÓN DE PROVEER LA INFORMACIÓN SUSTENTATORIA DE LOS HALLAZGOS QUE SE IMPUTAN LESIONA EL DERECHO DE DEFENSA DEL AUDITADO

STC Exp. N° 1199-2003-AA/TC-LIMA

CASO: Juan José Medina Morán

SENTIDO DEL FALLO: Fundada la acción de amparo

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional señala que la validez de una sanción está condicionada a que se realice dentro de un procedimiento en el que se respete la Constitución, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. En este sentido, precisa que el recurrente consideró vulnerado su derecho a la defensa porque no tuvo conocimiento de la información que sustentaba los hallazgos que se le imputaban.*

En Lima, a los 2 días del mes de agosto de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan José Medina Morán contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 367, su fecha 5 de febrero de 2003, que declara improcedente la acción de amparo de autos

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de setiembre de 2001, el recurrente interpone acción de amparo contra los señores Néstor Arévalo Morán y Maglorio Acevedo Marsano, miembros de la Comisión de Auditoría de la Ex Gerencia Central de la Reforma del Poder Judicial, perteneciente a la Contraloría General de la República, con el objeto que se ordene a dicha comisión la publicación en el diario *El Peruano* de una nota rectificatoria que reinvindique su honor y su buena reputación. Asimismo, solicita que se le brinden las facilidades para acceder a las copias de los documentos que sustentan los hallazgos que le fueron comunicados, y que, luego de ello, se empiece a computar el plazo para la absolución de los hallazgos, alegando que al no haberse puesto a su disposición los documentos solicitados, se han vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso, de defensa y al honor y a la buena reputación.

Los emplazados contestan la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicitan que se la declare improcedente, aduciendo que, conforme se acredita del Memorando N° 14-2001-C6/B392, el recurrente no ha solicitado la publicación

que ahora pretende; y que han cumplido a cabalidad el artículo 5 del NAGU 3.60. Agregan que la violación al debido proceso no se ha configurado, puesto que la demora en la entrega de los documentos solicitados para la absolución de los hallazgos es normal en la Administración Pública.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República contesta la demanda y solicita que se la declare improcedente, manifestando que la notificación al recurrente se hizo mediante edicto en el diario *El Peruano*, debido a su oposición a recibir el cargo de notificación, como se demuestra con el cargo de comunicación de hallazgos de fecha 5 de julio de 2001, la cual le fue notificada en el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, tal como consta en el parte de visitas.

El Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de marzo de 2002, declaró infundada la demanda, por considerar que en el proceso cuestionado en autos no se ha producido ninguna situación que se repute como irregular.

La recurrida revocó la apelada y la declaró improcedente, estimando que en autos no se advierte violación a derecho constitucional alguno, máxime si el recurrente ha resuelto no formular denuncia penal por el delito de abuso de autoridad en contra de los demandados por los motivos de la presente acción.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se ordene a la Comisión de Auditoría de la Ex Gerencia Central de la Reforma del Poder Judicial que publique en el diario oficial *El Peruano* una nota rectificatoria con la finalidad de reivindicar el honor y buena reputación del demandante; así como que se le brinden las facilidades necesarias para acceder a las copias de los documentos que sustentan los hallazgos que le fueron comunicados, y que luego de ello se empiece a computar el plazo para la absolución de los mismos.
2. Conforme consta en autos de fojas 17 y 31 a 33, el demandante, en reiteradas oportunidades, solicitó a la Ex Gerencia Central de la Reforma del Poder Judicial los documentos relacionados con los hallazgos que se le atribuyen, con la finalidad de poder realizar sus descargos ante la Comisión. Sin embargo, tal como consta a fojas 30 y 34, tal pedido no ha sido cumplido hasta la actualidad, impidiéndose realizar sus descargos.
3. La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, está condicionada, en cuanto a su propia validez, a que se respete la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse que la Administración, en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, está obligada ineludiblemente al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, a los derechos fundamentales procesales y los principios constitucionales, como los de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y defensa, entre otros, que lo conforman.
4. El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso, y se proyecta como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

5. En el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa del recurrente en la medida en que la omisión de proveer la información que sustentaba los hallazgos que se le imputan no le permitió conocer los términos en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en las infracciones imputadas. Solo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.
2. Ordenar que se declare nulo el procedimiento administrativo de auditoría N° 08-2001-33297, instaurado contra el demandante, hasta el momento en que se produjo la vulneración del derecho constitucional a que se refiere el fundamento N° 5, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS. BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA

COMPETENCIA PARA DESIGNAR AL JEFE DEL ÓRGANO DE CONTROL INSTITUCIONAL ES DE COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

STC Exp. N° 00005-2006-CC/TC-LIMA

CASO: Contraloría General de la República

SENTIDO DEL FALLO: Fundada la demanda de conflicto de competencia

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional establece que los órganos jurisdiccionales no pueden vulnerar la autonomía de la Contraloría General de la República (CGR) al disponer la reposición de un funcionario como jefe del Órgano de Control Institucional si este fue nombrado por un gobierno regional. En este sentido, precisa que el nombramiento de estos funcionarios es de competencia exclusiva de la CGR.*

En Lima, a los 28 días del mes de marzo de 2007, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de conflicto competencial interpuesta por la Contraloría General de la República contra el Gobierno Regional de Amazonas.

ANTECEDENTES

a) Demanda

Con fecha 12 de octubre de 2006, la Contraloría General de la República interpone demanda de conflicto de competencias contra el Gobierno Regional de Amazonas, solicitando que se declare que es de su exclusiva competencia el designar al Jefe del Órgano de Control Institucional, de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; y que, por consiguiente, se declare la ineficacia de la reposición del CPC Lucio Vallejos como Jefe de Control Institucional efectuada por el Gobierno Regional de Amazonas.

Según refiere, el CPC Lucio Vallejos interpuso proceso contencioso-administrativo contra el Gobierno Regional de Amazonas por haber sido destituido de su cargo de Gerente Regional de Control Interno. Recuerda que dicha destitución se efectuó cuando aún no se encontraba vigente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que establece que la designación de los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna se efectúa por la Contraloría General, norma que, según indica, entró en vigencia antes del inicio del mencionado proceso. Alega que tras culminar dicho proceso con sentencia estimatoria, el CPC Lucio Vallejos fue repuesto

en su cargo desplazando al jefe de Control Institucional, Ing. Ricardo Rivera Saldarriaga, nombrado por la Contraloría General de la República.

Alega que ante dichos hechos y la renuencia del Gerente General del Gobierno Regional de Amazonas, mediante Oficio N° 1443-2005-CG/OCI se dio inicio al proceso sancionador contra el presidente del Gobierno Regional de Amazonas, don Miguel Reyes Contreras; el director regional de Administración, don Víctor Luis Serrano Serrano; y el gerente general del mismo Gobierno, don Liones Edgardo Figueroa, procesos que han quedado frustrados al interponerse diversos procesos judiciales (penales y amparo). Por estas razones, considera que el Gobierno Regional de Amazonas se ha sustraído del ámbito del Sistema Nacional de Control, y que la Contraloría General se ha visto impedida de ejercer el mandato constitucional establecido en los artículos 82 y 199 de la Constitución.

b) Contestación de la demanda

Con fecha 12 de marzo de 2007, el Gobierno Regional de Amazonas deduce la Excepción de Falta de Legitimidad tras considerar que no existe identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y aquellos que forman parte de la relación jurídica procesal. Argumenta que en realidad la demanda de Conflicto de Competencias debió dirigirse contra el Poder Judicial, y no contra el Gobierno Regional de Amazonas, pues fue aquel el que emitió la resolución que repuso a don Lucio Vallejos, en tanto que el Gobierno Regional solo se limitó a ejecutar la sentencia.

Por otro lado, sostiene que, en relación con los procesos judiciales, penales como constitucionales iniciados por las partes, estos han sido consecuencia del reconocimiento o no del fallo judicial que ordenó la reposición del CPC Lucio Vallejos. Igualmente, aducen que el Gobierno Regional de Amazonas no se ha sustraído del ámbito del Sistema Nacional de Control, ya que solo se ha limitado a expedir los actos administrativos necesarios para cumplir lo dispuesto por una resolución judicial.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare la competencia exclusiva de la Contraloría General de la República en la designación del Jefe del Órgano de Control Institucional, de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; y que, en consecuencia, se declare la ineficacia de la reposición del CPC Lucio Vallejos Chávez como Jefe de Control Institucional efectuada por el Gobierno Regional de Amazonas.
2. En sentencia anterior [STC Exp. Nº 0006-2006-PCC/TC, ff. jj. 3-6], el Tribunal Constitucional señaló que para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. El primero implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para accionar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado, gobiernos locales o regionales.

   En cambio, el elemento objetivo precisa que la materia del conflicto tenga una dimensión constitucional, es decir, que se trate de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Constitucional o, prima facie, de las leyes orgánicas respectivas, quedando, de ese modo, excluido de la competencia de este Tribunal cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole, sea por no coincidencia de sujetos, sea por falta de materia constitucional, reconociéndose, así, una reserva de

jurisdicción constitucional de los conflictos de competencia a favor del Tribunal Constitucional.

3. El elemento subjetivo en el presente caso se configura, pues se trata, de un lado, de un órgano constitucional y, de otro, de un Gobierno Regional cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial viene reconocida directamente por la Constitución (artículo 200.3) y por el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, según el cual

   [E]l Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

4. En cuanto al elemento objetivo, el demandante señala que las atribuciones afectadas por el demandado son las previstas en los artículos 82 y 199 de la Constitución; así como en el artículo 19 de su Ley Orgánica. En ese sentido, el elemento objetivo se configura en el presente caso, en la medida en que se trata de una materia de conflicto con una dimensión constitucional clara, derivada de la Carta Fundamental, pero también de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

5. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha distinguido el conflicto constitucional de competencias y el conflicto constitucional de atribuciones [vid. STC Exp. Nº 00013-2003-CC/TC]. Mientras el primero está relacionado con el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales (de acuerdo con los artículos 191, 192 y 197 de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización); el segundo tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales.

6. El Tribunal observa que el conflicto de competencias denunciado se originó en el cumplimiento de una resolución judicial dictada en el proceso contencioso-administrativo seguido por don Lucio Vallejos Chávez contra el Gobierno Regional de Amazonas, mediante el cual se ordenó que se repusiera a este último en el "cargo de Gerente Regional de Control Interno que venía ejerciendo hasta antes de su destitución, cargo denominado actualmente Jefe del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Amazonas (...)". A juicio de la Contraloría General de la República, con la ejecución de dicha resolución judicial, el Gobierno Regional de Amazonas habría ejercido una competencia que es exclusiva de ella, pues de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, corresponde a la referida Contraloría la designación del Jefe del Órgano de Control Institucional.

7. El Tribunal aprecia que cuando se levantó el acta de reposición de don Lucio Vallejos Chávez como Jefe del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Amazonas, esto es, el 13 de octubre de 2005, ya se encontraba vigente el artículo 19 de la Ley N° 27785, hoy modificada por el artículo 1 de la Ley N° 28557, mediante el cual se establece que:

   La Contraloría General, aplicando el principio de carácter técnico y especializado del control, nombra mediante concurso público de méritos a los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna, y hasta un veinticinco por ciento (25%) de los mismos, por designación directa del personal profesional de la Contraloría General.

Los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna pueden ser trasladados a otra plaza por necesidad del servicio. La Contraloría General regula la separación definitiva del Jefe del Órgano de Auditoría Interna de acuerdo a las causales, procedimientos e incompatibilidades que establezca para tal efecto, atendiendo al régimen laboral prescrito en el artículo 36.

Las entidades sujetas a control proporcionarán personal, recursos y los medios necesarios para el ejercicio de la función de control en dichas entidades, de acuerdo con las disposiciones que sobre el particular dicte la Contraloría General.

Igualmente, en el momento en que se efectuó la referida reposición de don Lucio Vallejos Chávez, también se encontraba en vigor el artículo 76 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, según el cual

El Órgano de Control Regional está bajo la Jefatura de un funcionario seleccionado y nombrado por la Contraloría General de la República, mediante concurso público de méritos. Su ámbito de control abarca a todos los órganos del Gobierno Regional y todos los actos y operaciones conforme a Ley.

8. El Tribunal toma nota de que cuando se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, el Legislador previó los posibles problemas que se presentarían de implementarse el artículo 19 de dicha Ley N° 27785, relativa al nombramiento del Jefe del Órgano de Auditoría Interna. La adecuación a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en efecto, fue regulada en su Tercera Disposición Transitoria, estableciéndose que

   La aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 19 y 40 de la Ley, se efectuará en forma progresiva, en función a la disponibilidad presupuestal asignada a la Contraloría General, con arreglo a los procedimientos y requisitos que para el efecto dictará el Órgano Contralor.

   El Tribunal considera que, con relación al Gobierno Regional de Amazonas, la aplicación progresiva del artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República se agotó con el nombramiento del ingeniero Ricardo Rivera Saldarriaga como Jefe del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Amazonas, mediante Resolución de Contraloría N° 314-2003-CG, de 17 de septiembre. Dicho nombramiento se realizó antes de que se repusiera a don Lucio Vallejos Chávez como Jefe del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Amazonas, lo que, como antes se ha dicho, se efectuó el 13 de octubre de 2005.

9. El Tribunal observa, por otro lado, que una vez efectuado el nombramiento por la Contraloría General de la República del Jefe del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Amazonas, al resolverse la demanda contencioso-administrativa presentada por don Lucio Vallejos Chávez, los órganos jurisdiccionales debieron tener presente que, si se expedía una sentencia estimatoria, como al final se hizo, los efectos de la decisión no podían poner en entredicho el nombramiento efectuado por la Contraloría General de la República, pues de otro modo se habría afectado la autonomía de dicho órgano de relevancia constitucional, al ordenarse la reposición de un funcionario laboralmente vinculado al Gobierno Regional de Amazonas, cuando, de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el Jefe del Órgano de Control Institucional depende funcional y administrativamente de la Contraloría.

10. En definitiva, el Tribunal considera que, al levantarse el acta de reposición de fecha 13 de octubre de 2005, y disponerse que don Lucio Vallejos Chávez asumiera la Jefatura del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Amazonas, el Gobierno Regional de Amazonas se atribuyó materialmente una competencia que, de conformidad con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contralpría General de la República, solo corresponde a la referida Contraloría.

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, debe declararse la nulidad del acta de reposición de fecha 13 de octubre de 2005. El Tribunal no considera que dicha declaración de nulidad deba extenderse a la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2005, particularmente en lo expresado en su parte resolutiva, pues esta puede ser integrada por el órgano jurisdiccional que la dictó, en el sentido de entenderse que la reposición definitiva que allí se expresa, dada la situación particular del caso que se resolvió, puede efectuarse en un cargo distinto, aunque de igual nivel.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de conflicto de competencia.
2. Declarar la nulidad del acta de reposición de fecha 13 de octubre de 2005, levantada por el Gobierno Regional de Amazonas.
3. Dejar a salvo el derecho de don Lucio Vallejos Chávez de solicitar la integración de la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2005, en los términos indicados en la parte considerativa de esta sentencia.

Publíquese y archívese.

SS. LANDA ARROYO; GONZALES OJEDA; ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; GARCÍA TOMA, VERGARA GOTELLI

PROCEDIMIENTO PARA REMOVER AL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA DEBE RESPETAR EL DERECHO DE DEFENSA

STC Exp. N° 3159-2006-PA/TC-LIMA

CASO: Carmen Higaona Oshiro

SENTIDO DEL FALLO: Improcedente la demanda de amparo

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional señala que pese a la inexistencia de un procedimiento regulado para este tipo de casos, la Comisión Permanente del Congreso de la República salvó el vacío legal y estableció ciertas etapas orientadas a otorgar el correspondiente derecho de defensa a la recurrente.*

En Lima, a los 9 días del mes de julio de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Bardelli Lartirigoyen

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Higaona Oshiro contra la sentencia emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 946, su fecha 8 de setiembre de 2005, que declara improcedente de la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El 27 de noviembre de 2001, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Congreso de la República a fin de que se declare nula la Resolución Legislativa N° 010-2001 de la Comisión Permanente del Congreso de la República, publicada el 29 de setiembre de 2001, que la remueve del cargo de Contralora General de la República, pues ella, aduce, vulnera sus derechos constitucionales al debido proceso, a la instancia plural, a la igualdad ante la ley y al acceso y ejercicio de la función pública; y como consecuencia de la nulidad declarada se ordene su reposición en el cargo de Contralora General de la República.

El procurador público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Congreso de la República contesta la demanda manifestando que la resolución cuestionada ha sido emitida dentro de un proceso regular y conforme a las facultades establecidas en la Constitución Política del Estado y, específicamente, por el artículo 93 del Reglamento del Congreso de la República y por los artículos 25 y 26 del Decreto Ley Nº 26162, norma que regula el sistema nacional de control, por lo que la demanda debe declararse infundada; argumenta, asimismo, que la acción de amparo no es la vía legal idónea en la que se pueda evaluar, en efecto, la actora ha cometido o no una falta grave

que motive a su remoción por lo que, desde esta perspectiva, la demanda debe declararse improcedente.

El Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 30 de abril de 2004 declara improcedente la demanda considerando que si bien es cierto se ha verificado la vulneración de los derechos constitucionales a la defensa y a la motivación de las resoluciones sancionatorias, también lo es que la pretensión ha devenido en irreparable toda vez que el Congreso ha designado nuevo Contralor de la República.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima se circunscribe a resolver el extremo por el que se declara improcedente la demanda atendiendo al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, sin ingresar al fondo de la controversia confirma la apelada y declara improcedente la demanda, aduciendo que se ha tornado en irreparable la violación de los derechos constitucionales atendiendo a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 6 de la Ley N° 23506.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se declare nula la Resolución Legislativa de la Comisión Permanente del Congreso de la República N° 010-2001, publicada el 29 de setiembre de 2001, mediante la cual se remueve a la demandante del cargo de Contralora General de la República, lo que, según esta aduce, habría vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso legal, a la instancia plural, a la igualdad ante la ley y al acceso y ejercicio de la función pública, así como el principio de legalidad, por lo que solicita la reposición y rehabilitación en dicho cargo.
2. En principio, este Colegiado advierte que la principal pretensión de autos –reposición en el cargo de Contralora General de la República– no puede ser estimada al haber devenido en irreparable, resultando de aplicación el artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional, toda vez que mediante la Resolución Legislativa N° 27542, del 25 de octubre del año 2001, el Congreso de la República nombró, antes de interponerse la demanda, como nuevo Contralor General de la República para los próximos 7 años a don Genaro Matute Mejía, debiéndose resaltar que el cargo al que pretende ser repuesta la recurrente, culminó en junio de 2007.
3. Por ello, resulta también aplicable al caso lo establecido por el fundamento 3 de la STC Exp. N° 1247-2002-AA/TC, caso Luz Áurea Sáenz Arana.

   La demandante fue elegida para desempeñarse en el cargo de Contralora General de la República mediante Resolución Legislativa N° 27294, emitida por la Comisión Permanente.

   Sin embargo, la recurrente alega que se habrían vulnerado el principio de sus derechos al debido proceso legal, el principio de legalidad, instancia plural, igualdad ante la ley y acceso y ejercicio de la función pública, por considerar que a la fecha que ocurrieron los hechos, no existía un procedimiento que regulara la forma cómo debía llevarse a cabo la remoción del cargo de Contralor General de la República.
4. Atendiendo a ello y a la luz de lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que establece que "si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda (...)", este Tribunal estima pertinente emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de autos.

5. Al respecto, que el artículo 101, incisos 1) y 5) de la Constitución dispone que: "Son atribuciones de la Comisión Permanente: Designar al Contralor General de la República; y, las demás que le asigna la Constitución y el Reglamento del Congreso". En ese sentido, el artículo 93 del Reglamento del Congreso establece que: "El Congreso a través de la Comisión Permanente, designa y remueve al Contralor General de la República (...)".
6. Consecuentemente, se aprecia que la Comisión Permanente se encuentra facultada para designar y remover al Contralor General de la República, por lo que la actora fue removida de su cargo por autoridad competente. Por otro lado, e independientemente de que no existe un procedimiento específico para proceder a la remoción de la persona que ocupa el referido cargo, del diario de los debates del Periodo Legislativo 2001-2002, Comisión Permanente, de fecha 24 de setiembre de 2001, que corre a fojas 5 y siguientes, se desprende la existencia de una investigación efectuada por una subsubcomisión acusadora presidida por la señora Elvira De la Puente Haya de Besaccia, cuyo informe final fue visto y aprobado por la Comisión Permanente en sesión del 2 de mayo de 2001. Asimismo, se observa de la transcripción de la primera sesión matinal de la Comisión Permanente de fecha 28 de setiembre de 2001, que obra a fojas 381 y siguientes, que la recurrente fue citada por la Comisión permanente a fin de que hiciera ejercicio de su derecho de defensa, el mismo que lo efectuó en forma personal y también a través de su abogado defensor.
7. En estos términos, queda claro que pese a la inexistencia de un procedimiento regulado para este tipo de casos, la Comisión Permanente salvó el vacío legal (y, por ende, respetó el principio de legalidad) y estableció ciertas etapas a fin de continuar con el ejercicio de su facultad fiscalizadora, otorgando el correspondiente derecho de defensa a la recurrente y respetándose así el derecho al debido proceso y los derechos que forman parte de su contenido esencial.
8. Por ello, no se advierte la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la demandante, por lo que este extremo debe ser desestimado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

SS. ALVA ORLANDINI; GARCÍA TOMA; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR MAGISTRADO DR. JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN

Sin perjuicio del respeto que merece la opinión de mis colegas, no compartiendo el pronunciamiento de la sentencia (S) emitida, por la mayoría, formulo este voto singular discrepante, cuyos fundamentos principales se exponen a continuación expongo :

1. La demanda tiene objeto que se declare nula la Resolución Legislativa de la Comisión Permanente del Congreso de la República N° 010-2001, publicada el 29 de setiembre de 2001, mediante la cual se remueve a la demandante del cargo de Contralora General de la República, lo que habría vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso legal, el principio de legalidad, a la instancia plural, a la

igualdad ante la ley y al acceso y ejercicio de la función pública, así como el principio de legalidad, por lo que solicita la reposición y rehabilitación del cargo.

2. Atendiendo a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que establece que "si luego de presentada cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda (...)", estima pertinente emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de autos.
3. La recurrente alega que el emplazado habría vulnerado su derecho de defensa, pues no había tenido suficiente tiempo para presentar sus descargos. Sin embargo, no aprecio que tal derecho haya sido vulnerado, toda vez que del diario de los debates del Periodo Legislativo 2001-2002, Comisión Permanente, de fecha 24 de setiembre de 2001, que corre a fojas 5 y siguientes, se desprende la existencia de una investigación efectuda por la subcomisión acusadora presidida por la Señora De la Puente Haya Bessaccia, cuyo informe final fue visto y aprobado por la Comisión Permanente en sesión del 2 de mayo de 2001.
4. La recurrente aduce también que la Comisión Permanente no tenía competencia para removerla del cargo de Contralora General de la República, sino el Pleno del Congreso de la República.
5. Al respecto, el artículo 101, incisos 1) y 5) de la Constitución dispone que: "Son atribuciones de la Comisión Permanente: Designar al Contralor General de la República; y [l]as demás que le asigna la Constitución y el Reglamento del Congreso". En ese sentido, el artículo 93 del Reglamento del Congreso establece que "[e]l Congreso a través de la Comisión Permanente, designa y remueve al Contralor General de la República (...)".
6. En tal sentido y, si bien es cierto que la Comisión Permanente se encuentra facultada para designar y remover al Contralor General de la República, sin embargo, considera que era el Pleno del Congreso el que debía autorizar a la Comisión Permanente a abrir la investigación y conducir el proceso en contra de la actora, lo que no ha ocurrrido así.

Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare

FUNDADA la demanda de amparo.

Sr. BARDELLI LARTIRIGOYEN

LA SEPARACIÓN DE UN JEFE DEL ÓRGANO DE CONTROL CORRESPONDE A LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y NO A LA ENTIDAD A LA CUAL CONTROLA

STC Exp. N° 7687-2006-PA/TC-LIMA

CASO: Antonio Arquímides Evangelista Carranza

SENTIDO DEL FALLO: Fundada la demanda de amparo

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional establece que dentro de las funciones de los jefes de auditoría se encuentra la de ser observador dentro de un proceso de selección. En este sentido, señala que la separación definitiva por este motivo corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República.*

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Antonio Arquímides Evangelista Carranza contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 266, su fecha 15 de junio de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de noviembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Municipal Inmobiliaria de Lima S.A. -EMILIMA S.A., solicitando que se deje sin efecto la Carta Notarial N° 028-2005-EMILIMA-GG, de fecha 20 de setiembre de 2005; y que, por consiguiente, se ordene a la institución emplazada que lo reponga en el puesto que venía desempeñando. Manifiesta que la decisión adoptada por la emplazada viola sus derechos al trabajo, a la defensa y al debido proceso, en razón de que a la emplazada no le correspondía la facultad de cesarlo, sino que, dada su condición de jefe de control, ello le correspondía a la Contraloría General.

La emplazada contesta la demanda manifestando que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y su Reglamento no le son aplicables al actor debido a que, en primer lugar, no fue designado por la Contraloría General de la República y, en segundo lugar, que su destitución se debió a la imputación de una falta grave de carácter laboral y no funcional, por lo que su destitución se llevó a cabo en conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 003-97-TR y la Primera Disposición Transitoria, numeral 2.1, de la Resolución de Contraloría N° 114-2003-CG.

El Décimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara fundada la demanda, por considerar que si bien es cierto que el actor se encontraba bajo el régimen laboral privado, existe una ley especial que rige su designación y separación, prevaleciendo esta última frente a la norma general, por lo que su situación debió resolverse conforme lo establece el procedimiento previsto en el inciso 2.1 b) de la Primera Disposición Transitoria de la Resolución de Contraloría N° 114-2003-CG.

La recurrida revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por estimar que este proceso no es la vía adecuada para dilucidar el derecho reclamado, ya que la condición laboral del actor corresponde al Sector Público.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N° 0206-2005-PA/TC, que constituye precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, resulta procedente efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.

2. Con fecha 11 de setiembre de 2005, la emplazada llevó a cabo la Subasta Pública N° 001-2005-EMILIMA, de venta de inmuebles, segunda convocatoria; y mediante los Oficios N°s 538-2005-CG/ZC y 337-2005-MML/OCI se designó al recurrente como observador de dicho proceso. En el curso de la subasta se origina un incidente al intervenir un tercero alegando que el bien materia de subasta se encuentra en proceso judicial, presentando fotocopias simples de dos escritos presentados ante el Cuarto Juzgado Contencioso-Administrativo, a través de los cuales se oponía a dicha subasta pública. Ante tal situación el ahora demandante interviene manifestando que se estaría configurando una estafa si el proceso de subasta proseguía, razón por la cual opinó que se suspenda la subasta hasta que se aclare la situación. A consecuencia del proceder del recurrente, la emplazada decide abrirle proceso disciplinario por faltas graves, sosteniendo que este no estaba facultado para intervenir en dicho proceso; más aún si con su actuación ocasionó un daño a la imagen de la institución.

3. El caso materia de autos se circunscribe a determinar si la supuesta inconducta del actor que conllevó su destitución constituye un comportamiento de origen puramente laboral o si es producto de su actuación funcional como jefe de control de la institución emplazada.

4. En la Carta Notarial de Despido N° 025-2005-EMILIMA-GG, punto 2, se consigna que mediante los Oficios N°s 538-2005-CG/ZC y 337-2005-MML/OCI se designó al recurrente como observador del ya citado proceso de subasta. Siendo así, se concluye que la actuación del actor es consustancial a su ejercicio funcional, toda vez que la obligación de cautelar el control interno del sector gubernamental recae en los jefes de auditoría interna de cada institución. En consecuencia, la participación del actor como observador en el proceso de subasta era en ejercicio de su función conforme a ley.

5. En tal sentido, el supuesto fáctico materia de litis debe ser resuelto de conformidad con el artículo 19 de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control, el mismo que establece que: "La designación y separación definitiva de los Jefes de los Órganos de Auditoría Interna se efectúa por la Contraloría General (...)". Por su parte, el Reglamento de los Órganos de Control Institucional, aprobado por la Resolución de Contraloría N° 114-2003-CG, en su artículo 22, inciso a), establece que la separación definitiva por motivos relacionados con el ejercicio de la función de control se producirá mediante Resolución de Contraloría.

6. En consecuencia, este Colegiado considera que en el caso de autos se ha acreditado la vulneración de los derechos constitucionales referidos al trabajo y al debido proceso, por lo que debe estimarse la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Ordenar a la emplazada que reponga al demandante en el cargo que venía desempeñando.

Publíquese y notifíquese.

SS. LANDA ARROYO; BEAUMONT CALLIRGOS; ETO CRUZ

ACCESO A INFORMACIÓN DE DECLARACIONES JURADAS DE AUTORIDADES DE GOBIERNO

STC Exp. N° 04407-2007-PHD/TC-LIMA

CASO: Francisco Javier Casas Chardon

SENTIDO DEL FALLO: Fundada en parte la demanda de hábeas data

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional señala que no resulta necesaria la difusión detallada de la sección primera de las declaraciones juradas de los funcionarios, no cumpliéndose el subprincipio de necesidad. En este sentido, señala que otorgar información y publicidad detallada de los funcionarios públicos y de sus cónyuges se distanciaría del interés público que se pretende proteger.*

En Lima, a los 14 días del mes de setiembre de 2009, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Francisco Javier Casas Chardon contra la sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

a) Demanda

Con fecha 1 de diciembre de 2003, el recurrente interpone demanda de hábeas data contra el ministro y la secretaria general del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, con la finalidad de que se le entreguen copias de la sección primera de las declaraciones juradas de los diferentes ministros y viceministros que han desempeñado cargos en dicho sector desde el 29 de julio hasta la fecha.

Alega la parte demandante que la negativa de proporcionar dicha información por parte de los funcionarios demandados constituye una vulneración al derecho de acceso a la información pública, toda vez que si bien los demandados pretenden fundamentar el rechazo a la entrega de la información en el derecho constitucional a la intimidad, reconocido en el artículo 2, inciso 7, de la Constitución Política, el sustento se encuentra en normas de rango reglamentario, específicamente el artículo 15 del Reglamento de la Ley N° 27482, que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos, Bienes y Rentas.

Manifiesta el accionante que solo pueden establecerse límites –razonables y proporcionales a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos– a los derechos fundamentales mediante una ley formal. En esa lógica –sostiene– no se evidencia la existencia

de un límite de tal naturaleza en el artículo 4 de la Ley N° 27482, –esta menciona que las declaraciones juradas se registran y archivan con carácter de instrumento público–, dado que dicho límite, al interior del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, se encontraría en la Directiva N° 174-2002-CG, que señala que la sección primera de las declaraciones juradas llevará el sello de confidencial.

Por otra parte, aduce que la entrega de la información contenida en la sección primera de las declaraciones juradas no constituye como alegan las autoridades demandadas, una vulneración al derecho a la intimidad de las personas cuya información se requiere, toda vez que, por ejemplo, el Ministerio del Interior ha cumplido con entregar dicha información.

b) Contestación de la demanda

El Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones contesta la demanda y contradiciéndola solicita que la misma sea declarada infundada, señalando que la primera sección de las declaraciones juradas tiene carácter confidencial y es remitida a la Contraloría General de la República, por lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 7, de la Constitución, dicha información solo puede ser utilizada por los órganos de control institucional o previo requerimiento judicial.

c) Sentencia de primera instancia

Con fecha 10 de junio de 2005, el Décimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara infundada la demanda al considerar que la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública consagrados en el artículo 15B, incisos 5 y 6, de la Ley N° 27806, que consagran como excepciones las informaciones referidas a datos personales cuya publicidad constituya una invasión a la intimidad personal y familiar, así como aquellas consagradas expresamente por la Constitución o una Ley, que sería precisamente la antes mencionada.

d) Sentencia de segunda instancia

La recurrida confirma la demanda al considerar que, si bien la Ley N° 27482 no realizó ninguna distinción respecto a las secciones de las declaraciones juradas a efectos de su publicación produciéndose dicha distinción en una norma reglamentaria, dicha disposición reglamentaria que contempla la diferenciación no resulta arbitraria ni contraviene el derecho constitucional de acceso a la información pública y los artículos 40 y 41 de la Constitución, sino que resulta una restricción proporcional de tal derecho en defensa de otros derechos fundamentales, tales como el derecho de intimidad –el mismo que comprendería el derecho de toda persona a mantener reserva de sus ganancias y logros personales, no pudiéndose exigir su divulgación sin que medie autorización del titular– y el derecho a la integridad personal –dado que la exposición pública del detalle patrimonial de las personas atenta contra su seguridad personal–.

e) Recurso de agravio constitucional

Con fecha 25 de junio de 2007, el recurrente interpone recurso de agravio constitucional señalando que el ámbito del derecho a la intimidad se reduce para el caso de funcionarios públicos. En esa dirección entiende que el artículo 40 de la Constitución establece una injerencia legítima en el ámbito de la intimidad de los funcionarios públicos a los que se refiere la Ley N° 27482.

Con fecha 16 de octubre de 2007, la parte demandante remite un escrito mediante el cual da cuenta, mediante la presentación de la documentación correspondiente, de que había solicitado la misma información que motiva el presente proceso constitucional a otras entidades públicas (Ministerios de Agricultura; Vivienda, Construcción y Saneamiento; Relaciones Exteriores; Salud, Producción e Interior) y que estas habían cumplido con entregar íntegramente la información requerida, lo que confirmaría que las restricciones contenidas en el Decreto Supremo N° 080-2001-PCM resultaba excesivas e irrazonables.

f) *Amicus curiae* del *Open Society Justice Initiative*

Con fecha 21 de noviembre de 2007, el *Open Society Justice Initiative* remite al Tribunal Constitucional sus comentarios respecto del presente caso, con la finalidad de proporcionar un panorama de la legislación y jurisprudencia internacionales y comparada respecto a la publicidad de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos.

En ese contexto, señala que:

> "El principal objetivo de los sistemas de difusión de carácter patrimonial (uno de ellos comprendería la presentación de rentas, activos y pasivos por parte de los funcionarios públicos) es combatir la corrupción".

Sobre la base de dicha afirmación, se sostiene que en vista de la importancia de la lucha contra la corrupción, la publicidad de las declaraciones patrimoniales tiene un valor extraordinario, incluso mayor que los intereses vinculados a la privacidad individual. Esta consideración permite sostener que el interés público en la difusión de la información prevalece sobre los intereses privados, entendidos aquellos intereses sociales como la capacidad de los organismos encargados de velar por la observancia de la ley, la prevención de los conflictos de intereses que entrañen conductas corruptas y, consecuentemente, la confianza en el Gobierno. En esa dirección, resalta que el Tribunal Constitucional de Chile ha sostenido que "(...) el acceso público irrestricto a las declaraciones de bienes es compatible con la protección a la privacidad que otorga la Constitución, ello [es] así siempre que el acceso a las declaraciones por parte de terceros contribuya a la consecución de los propósitos perseguidos por la ley".

Lo expuesto demostraría que existe una tendencia en América Latina ser más transparentes respecto de la obligación de rendir cuentas; tendencia que se hace extensiva a los Estados Unidos. Por otra parte. El documento presentado extrae consideraciones más contundentes cuando afirma:

> "Leyes de declaración de bienes tan minuciosas como las aprobadas por el gobierno federal de los Estados Unidos (**que incluye información sobre los cónyuges e hijos dependientes, siendo esta información pública**) pueden parecer invasivas, pero es precisamente porque son invasivas que tienen la capacidad de desalentar la corrupción y los conflictos de intereses, así como de cimentar la confianza del público en su gobierno. O bien, tal como lo sostuvo un tribunal: 'En la medida en que la normativa fuese menos exigente, disminuiría también su eficacia en la consecución de los objetivos del legislador'".

En ese sentido, considera que la rendición de cuentas mediante la presentación de declaraciones de los funcionarios, para alcanzar los fines de prevención de la corrupción y generación de mayor confianza en el Gobierno, requiere de publicidad; por lo que estima que el sistema de difusión de información patrimonial de Perú "(...) maximizará su aporte hacia la consecución de estos objetivos si se exige que las declaraciones de bienes **se hagan públicas en su integridad –con la posible excepción de determinada**

información sensible en términos de seguridad– y si su contenido es significativo" (el resaltado es nuestro).

FUNDAMENTOS

Precisión de la pretensión

1. Sin perjuicio de realizar una valoración relativa a los mecanismos a través de los cuales puedan establecerse límites al ejercicio de derechos fundamentales tales como el derecho a la libertad de acceso a la información pública, resulta esencial precisar la pretensión por lo que debemos responder la siguiente interrogante: ¿qué información contiene la sección primera de la declaración jurada de funcionarios públicos tales como ministros y viceministros?
2. Al respecto, el anexo del Decreto Supremo N° 047-2004-PCM, que modificó el Formato Único de Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas, el mismo que fuera publicado el 24 de junio de 2004; señala que la sección primera de dicha declaración jurada (la cual ha sido calificada como información reservada) contiene la información siguiente:

   Datos generales del declarante, por ejemplo, el número del Documento Nacional de Identidad, estado civil, dirección y RUC.

   - **Datos del (la) cónyuge**, esto es, su número del Documento Nacional de Identidad.
   - **Ingresos** (tanto en el Sector Público como en el Sector Privado): remuneración bruta mensual (quinta categoría), remuneración bruta mensual por ejercicio individual (cuarta categoría) y otros ingresos mensuales (como bienes arrendados, dietas, entre otros).
   - **Bienes inmuebles del declarante y de la sociedad de gananciales:** tipo de bien, dirección, número de ficha en Registros Públicos y valor del autoavalúo de cada uno de los bienes.
   - **Bienes muebles del declarante y de la sociedad de gananciales:** marca, modelo, año, placa, características y valor de los vehículos y otros bienes, acerca de los que se requiere información sobre sus características.
   - **Ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero del declarante y sociedad de gananciales:** información sobre la entidad financiera, el instrumento financiero y el valor de cada uno.
   - **Otros bienes e ingresos del declarante y sociedad de gananciales:** detalle de los ingresos (del Sector Público o Privado) y bienes.
   - **Acreencias y obligaciones a su cargo**, rubro: detalle de la acreencia u obligación, es decir, tipo de deuda y monto.
3. Ahora bien, con la finalidad de contrastar la información contenida en las secciones primera y segunda de las declaraciones juradas, cabría preguntarnos, entonces, por la información que contiene la segunda sección, a efectos de determinar cuál es la particularidad que ostenta para que sí pueda ser calificada como información pública.
4. Así las cosas, puede advertirse que la sección segunda de las declaraciones juradas de ingresos y de bienes y rentas contiene información del valor total de los ingresos mensuales, bienes y otros; es decir, condensa la información que aparece detallada en la sección primera y que ha sido calificada por los funcionarios demandados, siguiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 080-2001-PCM, como reservada o confidencial.

Las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública y el principio de legalidad

5. Por otra parte, conviene recordar que en anterior oportunidad, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de una pretensión sustancialmente idéntica presentada por el demandante contra el Ministerio de Defensa en la sentencia recaída en el Expediente N° 09944-2005-PHD/TC.
6. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, al considerar que la publicación de la información contenida en la sección primera de las declaraciones juradas constituiría una invasión a la intimidad personal y familiar.
7. Sin perjuicio de dicha consideración, la lectura conjunta de los fundamentos jurídicos 5 y 6 de dicha sentencia pudieran dar a entrever que este Colegiado validó que, vía una norma reglamentaria, se establezca una diferenciación de las secciones de las declaraciones juradas, lo que trajo como consecuencia la exclusión de la publicidad de una de dichas secciones.
8. Ahora, un primer punto consiste en determinar si resulta necesario que el límite al ejercicio de un derecho fundamental se encuentre reconocido en una norma con rango de ley. Y es que, así como la trasgresión al principio de legalidad supone en el ámbito penal una afectación al derecho a la libertad personal generalmente; en el ámbito tributario, una afectación al derecho a la propiedad privada; en el ámbito de la normativa que regula la transparencia en la gestión estatal puede suponer una afectación al derecho de acceso a la información pública.
9. No obstante ello, resulta aceptable alegar en el presente caso la distinción existente entre el principio de legalidad y el principio de tipicidad. Así pues, cuando el Tribunal Constitucional desarrolló dicha distinción en materia sancionatoria, mencionó lo siguiente:

   "El **principio de legalidad** en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N° 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

   (...)

   Sin embargo, *no* debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El **primero**, garantizado por el artículo 2.24 d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El *segundo*, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo reputado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por lo tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos" (STC Exp. N° 1182-2005-PA/TC, fundamentos jurídicos 14 y 15).
10. A juicio de este Colegiado, de ser aplicable la distinción entre los principios antes mencionados en lo relativo a la regulación de las excepciones al ejercicio de los derechos fundamentales, debe resaltarse que lo dispuesto en el reglamento constituye únicamente un desarrollo de lo dispuesto en la norma con rango legal y que de la redacción de esta última debe desprenderse directamente la limitación contenida en el reglamento; sin que sea necesaria una interpretación extensiva –proscrita para el caso de las restricciones de los derechos fundamentales– de la norma legal.

Caso contrario, la conclusión será que se ha trasgredido el principio de legalidad, resultando, en principio, dicha negativa de acceso a la información inconstitucional.

11. En esa dirección, cabe preguntarse si necesariamente toda restricción al ejercicio de un derecho fundamental debe encontrarse expresamente estipulada en una norma con rango de ley. Dicha interrogante trata de plantear el supuesto en el que una norma con rango legal que desarrolle el contenido de un derecho fundamental y, consecuentemente, regule su ejercicio, no contemple la existencia de ningún límite a este –entiéndase, al ejercicio del derecho constitucional–, por lo que en un caso concreto, el admitir el ejercicio irrestricto del derecho pueda implicar la afectación de otro de igual jerarquía (abuso del derecho proscrito en el artículo 103 de la Constitución) y ello pueda terminar siendo atentatorio de otro derecho fundamental.
12. Aquí, como resulta evidente, no puede alegarse la afectación del principio de legalidad en desmedro de un derecho fundamental. Así pues, en tanto que el artículo 51 de la Constitución consagra los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa, en ningún supuesto –incluso en aquellos en los que una norma desarrolle los alcances de los derechos fundamentales– puede admitirse que una norma, por comisión u omisión, transgreda los derechos constitucionales u otras disposiciones constitucionales.
13. En el presente caso, cabe recordar que el artículo 15 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública consagra como excepciones al ejercicio de dicho derecho constitucional, entre otras, las siguientes:

    "**Artículo 15.- Excepciones al ejercicio del derecho**

    El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la siguiente:

    (...)

    c) La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil.

    (...)

    h) La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar (...)

    i) Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución, o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

    Los casos establecidos en el presente artículo son los únicos en los que se pueden limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente ley".
14. Precisamente atendiendo a dicho artículo es que la parte demandada argumenta que el principio de legalidad se cumple en las excepciones antes señaladas, pero no en las normas reglamentarias, de forma tal que incluso el sustento de la renuncia a entregar la información comprendida en la sección primera de las declaraciones juradas solicitadas se encontraría en el derecho fundamental a la intimidad.
15. Lo expuesto, nos conduce entonces a determinar, independientemente de si la norma que clasifica como información reservada la sección primera de las declaraciones juradas tiene rango legal o reglamentario, si es que la información comprendida en la sección primera de la declaración jurada forma parte, en efecto, del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad; y si, de ser el

caso, resulta proporcional la difusión de dicha información en procura de la realización de otros fines constitucionalmente legítimos, como lo son la transparencia en la gestión pública y el propio derecho de acceso a la información.

La información contenida en la sección primera de las declaraciones de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos

16. Una de las informaciones contenidas en la sección primera de las declaraciones juradas lo constituyen aquellas relativas a los ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero tanto del declarante como de la sociedad de ganaciales. Conforme puede advertirse, dicha información guarda una vinculación con el derecho al secreto bancario.
17. Con relación al derecho constitucional al secreto bancario, este Tribunal ha precisado los alcances de la protección constitucional del mismo, cuando señaló que:

"(...) El Tribunal Constitucional ha de precisar que la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad –términos ambos que aquí se utilizan como sinónimos– de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente, público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero".

18. En la misma dirección, se ha pronunciado sobre la finalidad de tutelar constitucionalmente el derecho al secreto bancario, en el sentido que no solamente pretende tutelar un aspecto del derecho a la intimidad, sino que pretende, incluso, tutelar la seguridad e integridad personal, ello atendiendo a los altos índices de criminalidad organizada en nuestro país. En efecto, en anterior jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

"Así pues, mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de 'biografía económica' del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no solo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad" SSTC Nºs 0004-2004-PI/TC, 0011-2004-PI/TC, 0012-2004-PI/TC, 0013-2004-PI/TC, 0014-2004-PI/TC, 0015-2004-PI/TC (acumulados), f. j. 35.

19. Vale preguntarse, entonces, si el colocar el tipo de instrumento financiero, la entidad financiera en la que se encuentra y el valor de cada uno de ellos forma parte integrante o no del derecho al secreto bancario. En síntesis, determinar si el contar con un instrumento financiero constituye una "operación bancaria" protegida mediante el secreto bancario, o si este derecho fundamental tutela solamente las operaciones realizadas con aquel instrumento financiero. En la medida que las limitaciones a los derechos fundamentales deben ser interpretadas de forma restrictiva y que la opción a elegir tendrá consecuencias en el derecho de acceso a la información pública, este Colegiado estima que el derecho constitucional al secreto bancario tutelaría únicamente aquellas operaciones bancarias realizadas, precisamente, con los instrumentos financieros que deberán ser mencionados en la sección primera de las declaraciones juradas, mas no protege los datos del instrumento financiero en sí.
20. Con relación a la información detallada de los bienes muebles e inmuebles de los funcionarios y servidores públicos, este Colegiado considera que, en tanto estos bienes pueden ser registrados y consecuentemente, dicha información goza de publicidad registral y puede ser obtenida mediante dichos mecanismos; la disposición al público de dicho extremo de la sección primera de las declaraciones juradas tampoco constituye una lesión al derecho fundamental a la intimidad personal.

21. Situación similar se produce respecto de los ingresos y bienes provenientes del Sector Público que deberá declarar el funcionario o servidor público, ya que dicha información debe ser de posible acceso a través de los portales de transparencia de la entidad responsable, información que deberá ser completa y actualizada. Así pues, este Colegiado considera que en lo relativo a la difusión de todos aquellos bienes e ingresos provenientes del Sector Público, no se afectaría el derecho constitucional a la intimidad personal.
22. Por lo tanto, este Tribunal estima que la intervención en el derecho a la intimidad personal se produciría respecto a las informaciones de los bienes e ingresos provenientes del sector privado y aquellos bienes muebles no registrables; en tanto que no nos encontraríamos ante informaciones a las cuales puede accederse mediante otras bases de datos públicas, como ocurriría con la información sobre bienes muebles e inmuebles que obre en registros públicos.
23. En esa misma línea, puede sostenerse que las informaciones relativas a los ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero del declarante y sociedad de gananciales, si bien no encuentra respaldo en el derecho constitucional al secreto bancario, sí lo encontraría en el derecho a la intimidad.
24. Atendiendo, entonces, a los dos fundamentos anteriores, debe concluirse que la información relativa a los ingresos provenientes del sector privado y a los instrumentos financieros de las personas que han ostentado calidad de funcionarios o servidores públicos se encontraría protegidas por el derecho constitucional a la vida privada, por lo que deberá establecerse si su difusión o publicidad (entendida como disposición a cualquier persona interesada) resulta una restricción proporcional al derecho a la privacidad en procura de alcanzar fines constitucionalmente legítimos como la transparencia de la gestión pública, la lucha contra la corrupción y el derecho de acceso a la información pública.

Acceso a la información pública y lucha contra la corrupción

25. Del informe presentado en calidad de *amicus curiae* por el *Open Society Justice Iniciative*, se advierte que una de las finalidades principales de la difusión de la mayor cantidad posible de información contenida en las declaraciones juradas de los funcionarios y servidores públicos, es la lucha contra la corrupción.
26. Respecto a este punto, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en anterior jurisprudencia ha considerado que la lucha contra la corrupción constituye un mandato constitucional. Así lo señaló, por ejemplo, en la Resolución de fecha 23 de abril de 2007, recaída en el Expediente N° 0006-2006-PCC/TC: "(...) la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución".
27. Posteriormente, en las SSTC Nºs 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), la lucha o proscripción de la corrupción fue consagrada como principio constitucional, en cuya labor de defensa el Tribunal Constitucional ha adoptado un rol activo. Por ello, menciona lo siguiente:

    "El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción –tanto aquellas vinculada al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil– obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, [a] tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello un directo atentado contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país" (f. J. 55).

28. En ese sentido, este Colegiado reconoce que uno de los mecanismos más efectivos de prevención de la lucha contra la corrupción es la publicación periódica, detallada y completa de los ingresos y rentas de los funcionarios y servidores públicos, ya que, al estar disponible dicha información, los incentivos para malversar los fondos públicos disminuirían considerablemente ante la amenaza de ser descubierto; ya no solamente por las autoridades gubernamentales encargadas de procesar, almacenar y fiscalizar dicha información, o por las autoridades jurisdiccionales correspondientes; sino por cualquier persona interesada en obtener dicha información.
29. Ahora bien, en el presente caso no se encuentra en discusión la necesidad de difundir periódicamente dicha información de los funcionarios públicos, o si esta esté disponible a cualquier persona interesada. El objetivo es determinar si es posible publicar **al detalle** la información contenida en la sección primera de las declaraciones juradas, esto es, si resulta razonable y proporcional para la consecución de los fines de transparencia y lucha contra la corrupción el publicar o almacenar en bases de datos públicas la información detallada de los bienes e ingresos de los funcionarios públicos, información que, en parte, se hace extensible al cónyuge de estos.
30. Sobre este punto, hemos indicado cuáles informaciones comprendidas en la sección primera de las declaraciones juradas pueden ser válidamente difundidas, atendiendo a que dicha información puede ser obtenida mediante la sistematización de otras bases de datos administradas por entidades públicas; y cuáles sí forman parte del derecho a la vida privada. Es sobre este segundo extremo que consideramos pertinente efectuar un análisis en función del test de proporcionalidad.

La aplicación del test de proporcionalidad al caso de autos

31. En reiterada jurisprudencia, este Colegiado ha sostenido que los elementos que conforman el principio de proporcionalidad son: a) adecuación o idoneidad; b) necesidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto; a lo que le antecede la identificación de un fin constitucionalmente legítimo en la medida adoptada.
32. Respecto al fin constitucionalmente legítimo, este ya ha sido identificado y abordado en la presente sentencia, siendo estos fines la lucha contra la corrupción al interior del aparato estatal, la transparencia en la gestión de la Administración Pública y la vigencia del derecho de acceso a la información pública.
33. **Subprincipio de idoneidad.-** Como ya se ha mencionado en el fundamento jurídico 29 de la presente sentencia, este Colegiado estima que el conferir carácter público a toda la información contenida en la sección primera de las declaraciones juradas de bienes y rentas, constituiría una medida idónea para el fortalecimiento de la lucha contra la corrupción, la prevención contra este fenómeno que socava la legitimidad de las instituciones democráticas, así como para promover un mayor grado de optimización de la realización del derecho de acceso a la información.
34. **Subprincipio de necesidad.-** Si bien es cierto que la medida resulta idónea para alcanzar los fines antes mencionados, cabe determinar si no existen otros mecanismos menos restrictivos del derecho a la intimidad y privacidad(1). Respecto a

(1) Respecto al contenido del derecho a la vida privada, el Tribunal Constitucional le ha otorgado un sentido positivo sosteniendo que:
"Por ende, se le considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño" (STC N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 38).

este punto, es conveniente recordar que si bien dicha información ha sido calificada como confidencial o reservada, esta debe ser remitida a la Contraloría General de la República, entidad que según lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley N° 27785 es:

"(...) el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como, contribuir con los Poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía para su adecuada participación en el control social".

Dicha disposición debe ser interpretada sistemáticamente con el artículo 6 de la referida Ley, que concibe al control gubernamental de la siguiente manera:

"**Artículo 6.- Concepto**

El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes".

En ese sentido, podría concluirse que, si lo que se pretende es prevenir la corrupción al interior de la Administración Pública y de cualquier otra entidad que administre recursos del Estado mediante la remisión de dicha información a una entidad encargada de ejercer, precisamente, el control de la transparencia en la gestión pública; dichos fines constitucionalmente legítimos se encontrarían protegidos y, en consecuencia, no resultaría necesaria la difusión detallada de la sección primera de las declaraciones juradas en tanto que en la segunda sección se encontraría la información en términos globales, por lo que la ciudadanía podría advertir la existencia de alguna irregularidad o indicio de malversación de recursos públicos.

No obstante ello, la interpretación del párrafo anterior importaría una limitación por parte de la sociedad civil de coadyuvar con el Estado en las funciones de fiscalización y control del uso de los recursos públicos y la transparencia de la gestión estatal y, en esa medida, se promovería el cumplimiento y la defensa del principio constitucional de proscripción (lo que supone también una labor de prevención), atendiendo a lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución, que señala:

"**Artículo 38**

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación"; en la medida en que esta información no podrá ser obtenida por los particulares, ya que se conservará en poder de las entidades públicas correspondientes.

Es necesario agregar que la información solicitada está referida a personas que han ostentado cargos públicos y que existe un alto interés público en conocer la mayor cantidad de información respecto de tales personas, más aún dados los altos índices de corrupción que aún existen en nuestro país y la lucha frontal contra dicho flagelo que deben realizar tanto el Estado como la sociedad civil. Sin embargo, el otorgar publicidad e información tan detallada de los funcionarios públicos y de sus cónyuges constituye una pretensión que se distanciaría del interés público para

pasar al ámbito de la mera curiosidad, la misma que no encuentra en modo alguno respaldo constitucional(2).

35. Dado que, a juicio de este Tribunal, la difusión de parte de la información contenida en la sección primera de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos no cumple con el **subprincipio de necesidad,** no cabe hacer un análisis del **subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto;** por lo que la demanda debe ser desestimada en este extremo.
36. Sin perjuicio de lo expuesto en los fundamentos en los que se desarrolló la aplicación del test de proporcionalidad, este Colegiado no puede desconocer el hecho de que otro de los fundamentos para denegar la entrega irrestricta de la información contenida en la sección primera de las declaraciones juradas lo constituye el alto grado de criminalidad existente en nuestro país. En efecto, de acuerdo al Anuario Estadístico Policial de 2006(3), en dicho año se presentaron 153.055 denuncias por la comisión de delitos en el ámbito nacional, de las cuales 105.905 corresponden a delitos contra el patrimonio en sus distintos tipos penales. Estos datos constituyen un indicio razonable del grave riesgo para la integridad, seguridad y propiedad de los funcionarios y servidores públicos que supone el colocar a disposición de cualquier persona información detallada de los ingresos, bienes y rentas de personas, más aún si –como ocurre en el caso de los ministros y viceministros– dichas personas dejarán el cargo y tendrán que asumir la defensa de su integridad y propiedad privada por cuenta propia.
37. Por ello, consideramos que el ejercicio de una función o servicio público no puede implicar, en modo alguno, la eliminación de sus derechos constitucionales a la intimidad y a la vida privada, más aún si la difusión de determinada información puede implicar una eventual amenaza o daño a otros derechos fundamentales como la integridad personal y la propiedad privada de las personas cuya difusión de información se pretende.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda.
2. **ORDENAR** la entrega de la información comprendida en la sección primera de la declaración jurada de bienes y rentas e ingresos relativa a todos aquellos ingresos provenientes del Sector Público y los bienes (muebles e inmuebles) registrales de los ministros y viceministros del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que se han desempeñado en el cargo desde la fecha de la solicitud de información hasta la fecha de expedición de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS. LANDA ARROYO; BEAUMONT CALLIRGOS; ETO CRUZ

(2) Ciertamente, en la STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional mencionó:
"No debe confundirse interés del público con mera curiosidad. Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieran saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo.
Este Colegiado ha reconocido la importancia del derecho a la información, pero en estrecha vinculación con su rol democrático, cosa inexistente cuando se está ante un acto de curiosidad".

(3) Ver: <http://www.pnp.gob.pe/estadistica_policial/anuario/anuario2006/anuario2006.pdf>.

NO PUEDEN SER IMPUGNADAS VÍA PROCESO DE AMPARO LAS RESOLUCIONES DE LA CONTRALORÍA QUE AUTORIZAN AL PROCURADOR A INICIAR ACCIONES JUDICIALES CONTRA FUNCIONARIOS

STC Exp. N° 05292-2007-PA/TC-HUAURA

CASO: Sulpicio Ubaldo Mauricio Barzola

SENTIDO DEL FALLO: Infundada la demanda

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional señala que la resolución que autoriza al procurador público a iniciar acciones legales no afecta el derecho al debido proceso de los funcionarios involucrados. Asimismo, refiere que la obligación de resarcimiento al Estado es de carácter contractual y solidaria, y que las acciones correspondientes prescriben a los diez años de ocurridos los hechos que generaron el daño económico.*

En Lima (Huacho), a los 18 días del mes de setiembre de 2008, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Sulpicio Ubaldo Mauricio Barzola contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 220, su fecha 7 de setiembre de 2007, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de marzo de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Contraloría General de la República a fin de que se declare inaplicable la Resolución de Contraloría N° 537-2005-CG, del 16 de diciembre de 2005, que autoriza al Procurador Público a iniciar acciones legales contra los presuntos responsables comprendidos en el Informe Especial N° 359-2005-CG/EA. Consecuentemente solicita se ordene que la emplazada se abstenga de iniciar acciones legales en su contra por haber sido reincorporado en todos sus derechos a la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión mediante la Resolución Rectoral N° 384-2001-CTG-UH, del 29 de marzo de 2001, debiendo abstenerse de pretender desconocer, impugnar, demandar o denunciar desconociendo el valor legal que tiene la precitada resolución rectoral. Manifiesta que su reincorporación a la referida universidad se realizó en observancia de lo dispuesto en la Ley N° 27437, de manera que cumplir una ley no constituye un acto jurídico ilegal, ni falta administrativa; mucho menos un delito doloso. Agrega que al expedirse la

mencionada resolución rectoral, solo se ha cumplido con la Ley N° 27437, debiendo tenerse presente que el derecho de acción del Estado ha prescrito, habiendo operado la cosa decidida en sede administrativa al haber quedado firme la Resolución Rectoral N° 384-2001-CTG-UH, del 29 de marzo de 2001. Invoca la vulneración de sus derechos al debido proceso y a preservar el nivel alcanzado y/o adquirido (sic) y del principio de legalidad.

El Procurador Público competente contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos y alega que, al haber interpuesto una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el recurrente, que se encuentra en etapa postulatoria, el petitorio está comprendido dentro de la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional toda vez que, al haberla contestado, se acredita la existencia de una vía predeterminada. Sostiene, además, que los hechos alegados, así como el petitorio de la demanda están referidos al control gubernamental, el cual se rige bajo los principios establecidos en la Ley N° 27785.

El Tercer Juzgado Civil de Huaura, con fecha 11 de junio de 2007, declara infundada la demanda, por considerar que en autos no se ha acreditado la violación de los derechos constitucionales invocados.

La recurrida confirmó la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. Conforme al artículo 82 de la Constitución Política del Perú, la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control encargado de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.
2. Por su parte el inciso d) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece que una de sus atribuciones es la de disponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata, por el Procurador Público de la Contraloría General o el Procurador del Sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal.
3. Que el Tribunal Constitucional estima que la emisión de la cuestionada resolución –que autoriza al Procurador Público a iniciar acciones legales contra los presuntos responsables comprendidos en el Informe Especial N° 359-2005-CG/EA– no puede suponer, en modo alguno, violación ni amenaza de violación de ninguno de los derechos invocados por el actor, en tanto constituye –conforme a la normatividad a que se ha hecho referencia *supra*– el ejercicio de una atribución funcional constitucionalmente reconocida a favor de la emplazada, pretendiendo el actor que se limite el derecho de acción de dicha entidad, y se impida el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas.
4. Que además, el argumento del actor que dice que la acción del Estado ha prescrito al haber quedado firme la Resolución Rectoral N° 384-2001-CTG-UH, del 29 de marzo de 2001 –que lo reincorporó a la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión– carece de sustento porque la Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, dispone que la responsabilidad civil "es aquella en la que incurren

los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. **La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico**".

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que el confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y Notifíquese.

SS. MESÍA RAMÍREZ; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO; BEAUMONT CALLIRGOS; CALLE HAYEN; ETO CRUZ; ÁLVAREZ MIRANDA

NO PUEDEN SER IMPUGNADAS VÍA PROCESO DE AMPARO LAS RESOLUCIONES DE LA CONTRALORÍA QUE AUTORIZAN AL PROCURADOR A INICIAR ACCIONES JUDICIALES CONTRA FUNCIONARIOS

STC Exp. N° 00146-2008-PA/TC-HUAURA

CASO: Segundo Eleodoro Martínez Namay

SENTIDO DEL FALLO: Infundada la demanda de amparo

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional señala que la resolución que autoriza al procurador público a iniciar acciones legales no afecta el derecho al debido proceso de los funcionarios involucrados. Asimismo, refiere que la obligación de resarcimiento al Estado es de carácter contractual y solidaria, y que las acciones correspondientes prescriben a los diez años de ocurridos los hechos que generaron el daño económico.*

En Lima, a los 24 días del mes de abril de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Segundo Eleodoro Martínez Namay contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 187, su fecha 15 de octubre de 2007, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de marzo de 2006, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Contraloría General de la República, solicitando que se declare inaplicable la Resolución de Contraloría N° 537-2005-CG, de fecha 16 de diciembre de 2005, que autoriza al Procurador Público a iniciar acciones legales contra los presuntos responsables comprendidos en el Informe Especial N° 359-2005-CG/EA; y que, en consecuencia, se ordene que la emplazada se abstenga de iniciar acciones legales en su contra por haber sido reincorporado con todos sus derechos a la Universidad Nacional "José Faustino Sánchez Carrión" mediante la Resolución Rectoral N° 384-2001-CTG-UH, de fecha 29 de marzo de 2001, debiendo abstenerse de pretender desconocer, impugnar, demandar o denunciar desconociendo el valor legal que tiene la precitada resolución rectoral. Manifiesta que su reincorporación a la referida universidad se realizó en observancia de lo dispuesto en la Ley N° 27437, de manera que cumplir una ley no constituye un acto jurídico ilegal, ni falta administrativa, y mucho menos un delito doloso.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República contesta la demanda señalando que los hechos alegados, así como el petitorio de la demanda, están referidos al control gubernamental, el cual se rige bajo los principios establecidos en la Ley N° 27785; y que la resolución cuestionada ha sido emitida conforme al artículo 82 de la Constitución.

El Primer Juzgado Civil de Huaura, con fecha 31 de julio de 2007, declara infundada la demanda, por considerar que la Resolución de Contraloría N° 537-2005-CG ha sido expedida con arreglo a la Ley N° 27785.

La Sala Superior competente confirmó la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. Conforme al artículo 82 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control encargado de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.
2. Por su parte, el inciso d), del artículo 22 de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece que una de sus atribuciones es la de disponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata, por el Procurador Público de la Contraloría General o el Procurador del Sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal.
3. Teniendo presente ello, este Tribunal estima que la emisión de la cuestionada resolución –que autoriza al Procurador Público a iniciar acciones legales contra los presuntos responsables comprendidos en el Informe Especial N° 359-2005-CG/EA– no puede suponer, en modo alguno, violación manifiesta ni amenaza cierta e inminente de violación de ninguno de los derechos invocados por el actor, en tanto constituye –conforme a la normatividad a que se ha hecho referencia *supra*– el ejercicio de una atribución constitucionalmente reconocida a favor de la emplazada, pretendiendo, el demandante, que se limite el derecho de acción de dicha entidad, y se impida el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas para iniciar acciones en los casos de aparente existencia de daño económico al Estado.
4. De otro lado, el argumento del demandante que señala que la acción del Estado ha prescrito al haber quedado firme la Resolución Rectoral N° 384-2001-CTG-UH, del 29 de marzo de 2001 –que lo reincorporó a la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión–, carece de sustento, porque la Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, dispone que la responsabilidad civil "es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico".
5. Por lo tanto, no habiéndose acreditado la vulneración de algún derecho constitucional, debe desestimarse la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS. MESÍA RAMÍREZ; ETO CRUZ; ÁLVAREZ MIRANDA

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LOS INFORMES PROVENIENTES DE UNA ACCIÓN DE CONTROL

STC Exp. N° 01861-PHD/TC-LIMA

CASO: Roberto Ato del Avellanal

SENTIDO DEL FALLO: Fundada la demanda de hábeas data

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional señala que la aplicación del principio de reserva se circunscribe al momento de la ejecución del control. En este sentido, señala que si esta ha concluido, el funcionario investigado tiene derecho a que se le proporcione la copia del informe especial que sirvió de sustento para la emisión de la resolución adoptada por la Contraloría General de la República.*

En Lima, a los 23 días del mes de setiembre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Roberto Ato del Avellanal contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 382, su fecha 14 de noviembre de 2007, que declaró improcedente la demanda de hábeas data de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de julio de 2006, el recurrente interpone demanda de hábeas data contra el Contralor General de la República, don Genaro Matute Mejía, a fin de que se le proporcione el informe emitido a mérito del examen especial realizado a la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, Zorritos, el cual dio lugar a la expedición de la Resolución de Contraloría N° 152-2006-CG, de fecha 19 de mayo de 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de mayo de 2006. Aduce que la demandada, al no remitirle la información solicitada, vulnera el derecho de acceso a la información pública reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución.

El recurrente manifiesta que la Contraloría, en respuesta a su solicitud de fecha 5 de junio de 2006, le remitió el Oficio N° 462-2006-CG/SGE, mediante el cual se denegaba lo solicitado argumentándose que al estar en proceso de inicio las acciones legales establecidas en dicha resolución, no había cesado la aplicación del principio de reserva que rige el ejercicio de control gubernamental. Agrega que, interpuesto el correspondiente recurso de apelación, este fue desestimado a través de la Resolución de Contraloría N° 211-2006-CG, de fecha 17 de julio de 2006, y por el mismo argumento.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República contesta la demanda alegando que lo pretendido por el recurrente se subsume en la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, y que la información solicitada se encuentra sujeta al principio de reserva.

El Cuadragésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 31 de mayo de 2007, declaró fundada la demanda, por estimar que, al haberse iniciado instrucción contra las personas señaladas en la resolución publicada en el diario oficial *El Peruano*, ya se dio inicio a las acciones legales estipuladas y, por lo tanto, terminó de regir el llamado principio de reserva de control.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por considerar que el recurrente no ha cumplido con el requerimiento previo de reclamar el respeto de su derecho de acceso a la información pública con documento de fecha cierta.

FUNDAMENTOS

1. Mediante la demanda de hábeas data de autos el recurrente persigue que se le proporcione copia del Informe Especial N° 051-2006-CG/ORPI, a mérito del cual se emitió la Resolución de Contraloría N° 152-2006-CG, del 19 de mayo de 2006, así como todos los antecedentes que dieron lugar a la expedición de dicha resolución.
2. El demandante ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 62 del Código Procesal Constitucional, pues obra a fojas 3, 5 y 9 de autos la documentación referida a su solicitud, la que fue rechazada por la entidad demandada.
3. Respecto del denominado principio de reserva alegado por la emplazada, cabe señalar que la **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República**, Ley N° 27785, establece en su artículo 9, inciso "n", el principio de reserva conforme al cual "se encuentra prohibido que **durante la ejecución del control** se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último".
4. En autos obra la Resolución de Contraloría N° 152-2006-CG, del 19 de mayo de 2006, emitida con motivo de las presuntas irregularidades que se habrían cometido en la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar-Zorritos, y que resuelve autorizar a la Procuraduría de la entidad demandada que inicie las acciones legales contra los presuntos responsables. Por la misma naturaleza de dicha resolución se infiere que el procedimiento de control ha concluido, pues solo de esa manera puede la Contraloría iniciar las mencionadas acciones legales. Esto se corrobora cuando en la parte considerativa de la referida resolución se menciona que en un primer momento se "efectuó" un examen sobre las presuntas irregularidades (primer considerando) en dicha Municipalidad, o cuando se dice que "como resultado de la acción de control practicada" (segundo considerando, ab initio).
5. En tal sentido, dado que la reserva se circunscribe al momento de la "ejecución del control" y esta ya ha concluido en el caso de autos, la información solicitada por el recurrente ya no se encuentra bajo el ámbito de la reserva, por lo que debe serle otorgada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas data porque se ha acreditado la vulneración del derecho de acceso a la información pública.
2. Ordenar a la Contraloría General de la República cumpla con proporcionar al demandante la información solicitada.

Publíquese y notifíquese.

SS. MESÍA RAMÍREZ; ETO CRUZ; ÁLVAREZ MIRANDA

IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE AMPARO CONTRA OBSERVACIÓN DEL ÓRGANO DE CONTROL

STC Exp. N° 0226-2010-PA/TC-LIMA

CASO: Santiago Antonio Vilca Arpi

SENTIDO DEL FALLO: Improcedente la demanda de amparo

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda de amparo interpuesta por el accionante, al señalar que no basta que formalmente se exprese que un derecho ha sido afectado, sino que se sustente suficientemente el cumplimiento de este presupuesto procesal.*

Lima, 13 de mayo de 2010

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santiago Antonio Vilca Arpi contra la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 84, su fecha 6 de octubre de 2009, que declara improcedente, *in limine*, la demanda de amparo de autos interpuesta contra la Gerente del órgano de Control Institucional de la Municipalidad Distrital de San Isidro; y,

ATENDIENDO A

1. Que la parte demandante solicita que se declare inaplicable la Observación N° 1, contenida en el Informe de Control N° 004-2007-2-2165, Examen Especial a los Procesos de Selección, Contratación y Administración de Personal, que fuera expedido por la emplazada, alegando que con ello se limita su derecho al logro de mejores condiciones de trabajo y se vulnera el inciso 2) del artículo 28 de la Constitución Política del Perú.
2. Que el Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 16 de febrero de 2009, declara improcedente, *in limine*, la demanda estimando que existo otra vía igualmente satisfactoria para la protección de los derechos constitucionales invocados, constituida por la vía contencioso-administrativa. La Sala Superior competente confirma la apelada, por el mismo fundamento.
3. Que aun cuando el demandante no ha cumplido con adjuntar la cuestionada Observación Nº 1, se desprende de la revisión de autos que lo que pretende es cuestionar lo actuado en sede administrativa por el órgano de Control Institucional de la Municipalidad Distrital de San Isidro respecto de la observación recaída en el Informe de Control Nº 004-2007-2-2165, entidad que se encuentra subordinada al Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República (literal b del artículo 3 de la Ley Nº 27785), para lo cual se alega la vulneración del

inciso 2) del artículo 28 de la Constitución, referido a que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Siendo ello así, se evidencia que la presente demanda carece de sustento constitucional directo.

4. Que, al respecto, en el inciso 1) del artículo 3 del Código Procesal Constitucional, se ha prescrito: "No proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado". Este presupuesto procesal exige que tanto el petitorio como los hechos que sustentan la demanda deben tener incidencia directa en el contenido constitucional protegido de los derechos que se consideran lesionados. De ahí que no basta que formalmente se diga que tal o cual derecho resulta afectado, sino que se sustente suficientemente el cumplimiento de este presupuesto procesal. Por ello corresponde declarar improcedente la demanda.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda. Publíquese y notifíquese.

SS. LANDA ARROYO; BEAUMONT CALLIRGOS ÁLVAREZ MIRANDA

IMPROCEDENTE DEMANDA DE AMPARO CONTRA REQUERIMIENTOS DEL ÓRGANO DE CONTROL

STC Exp. N° 01096-2011-PA/TC-LIMA

CASO: Municipalidad Distrital de Jesús María

SENTIDO DEL FALLO: Improcedente la demanda de amparo

> **SUMILLA:** *En el presente caso el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda de amparo interpuesta por el accionante. Sobre el particular refiere que el ejercicio de la atribución constitucionalmente protegida, consistente en requerir información sobre presuntos hechos irregulares que estarían aconteciendo en la administración de recursos de una entidad, no vulnera el contenido constitucionalmente protegido de los derechos alegados por el demandante.*

Lima, 23 de mayo de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por el Procurador Público Municipal a cargo de los asuntos judiciales de la Municipalidad Distrital de Jesús María contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 316, su fecha 27 de julio de 2010, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 31 de diciembre de 2008 don José Manuel Mesía Herrera, en representación de la Municipalidad Distrital de Jesús María, interpone demanda de amparo contra la Contraloría General de la República, representada por su titular (e), doña Rosa Esther Urbina Mansilla, y la Comisión de Auditoría compuesta por doña Esther Juárez Quispe, doña Rocío Tineo Ramírez y don Ronald Olarte Moreno, a fin de que se ordene el cese del procedimiento de ejecución de acción rápida que viene efectuando la entidad demandada, a través del cual se le imputan varios hechos presuntamente irregulares. Alega que dicho procedimiento no cumple lo dispuesto por las normas de Auditoría Gubernamental, que la acción rápida de control resulta irregular y distinta a la prevista por ley, y que la emplazada se muestra renuente a su pedido de suspensión de la referida acción, de forma tal que se violan sus derechos de petición, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.
2. Que la demandante sustenta la demanda en que la propia demandada designó a la Sociedad de Auditoría Chávez Escobar y Asociados S.C. para efectuar el examen especial a la información presupuestal y financiera de la referida comuna por el ejercicio económico 2007; que como consecuencia de ello, la aludida Sociedad de Auditoría expidió el informe correspondiente y que, sin embargo, mediante el Oficio

N° 379-2008-CG/SE, le comunicó que el referido informe se encontraba en proceso de evaluación. Luego, mediante el Oficio N° 3209-2008-CG/DC se dispuso la acción rápida de control que considera lesiva de sus derechos.

3. Que el Trigésimo Noveno Juzgado Civil de Lima, mediante resolución de fecha 21 de octubre de 2009, declaró fundada la demanda, por considerar que se ha acreditado la violación del derecho a no ser sometido a procedimiento distinto al establecido en la ley, como contenido del derecho al debido proceso, toda vez que la demandada no estaba facultada para iniciar el procedimiento de acción rápida, dado que el hecho sometido a investigación ya había sido objeto de una acción previa y plasmado en el informe contenido en el Oficio N° 379-2008-CG/SE.
4. Que la Cuarta Sala Civil de Lima, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio de la demanda no estaban referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.
5. Que conforme al artículo 82 de la Constitución Política del Perú, la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control encargado de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.
6. Que por su parte, el artículo 20 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, dispone que **el proceso de designación y contratación de las sociedades de auditoría**, **el seguimiento y evaluación de informes**, las responsabilidades, así como su registro, son regulados por la Contraloría General. Asimismo, el literal a) del artículo 22 establece que una de las atribuciones de la Contraloría es "tener acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos; así como requerir información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades; siempre y cuando no violen la libertad individual".
7. Que si bien del tenor de la demanda no se identifica cuál es el acto lesivo, de su contenido fluye que este lo constituye el Oficio N° 3209-2008-CG/DC, del 31 de octubre de 2008, en tanto persigue que se disponga el cese del procedimiento de ejecución rápida que viene efectuando la entidad emplazada y que se inició mediante el referido oficio. De dicho documento, que obra a fojas 12, se advierte que constituye un acto de administración interna y no supone, ni un pronunciamiento definitivo de la demandada, ni tampoco que se haya declarado la responsabilidad de la comuna recurrente.
8. Que en efecto, del aludido documento consta que se manifiesta al alcalde de la comuna recurrente que se requiere obtener información respecto a "(...) presuntos hechos irregulares que estarían aconteciendo en la administración de recursos asignados (...)", razón por la que designa dos personas para quienes solicita se brinde las facilidades del caso para el logro de los objetivos propuestos (sic). A mayor abundamiento, previamente le había comunicado que consideraba pertinente hacer de su conocimiento que el Informe Especial elaborado por la Sociedad de Auditoría se encontraba en proceso de evaluación (sic), conforme se acredita con el documento de fojas 11.

9. Que en ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que el cuestionado oficio –que se limita a requerir información respecto a "presuntos hechos irregulares" que "estarían aconteciendo en la administración de recursos" asignados a la comuna de Jesús María– no puede suponer, en modo alguno, que tenga incidencia en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, en tanto constituye –conforme a la normatividad a que se ha hecho referencia *supra*– el ejercicio de una atribución funcional constitucionalmente reconocida a favor de la emplazada, por lo que la actora no puede pretender que se impida el ejercicio de tales competencias.
10. Que en consecuencia al apreciarse que los hechos cuestionados no inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos que se invoca, la demanda debe ser desestimada en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS. ÁLVAREZ MIRANDA; VERGARA GOTELLI; BEAUMONT CALLIRGOS

ES NULA LA REGLAMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE CONTROL QUE EXCLUYE EL DEBER DEL AUDITOR DE RESPETAR EL DERECHO DE DEFENSA DEL AUDITADO

A.P. Exp. N° 1568-2010-LIMA

CASO: Contraloría General de la República / Manuel Aro Chino

SENTIDO DEL FALLO: Fundada en parte la acción popular

SUMILLA: *En el presente caso se señala que el artículo 11 de la Ley N° 27785, precisa que las acciones de control que efectúen los órganos del Sistema no serán concluidas sin que se otorgue al personal responsable comprendido en ellas, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios y aclaraciones sobre los hallazgos en que estuvieran incursos, salvo en los casos justificados señalados en las normas reglamentarias. Cuando en el informe respectivo se identifiquen responsabilidades, las autoridades competentes adoptarán las acciones para el deslinde de la responsabilidad administrativa funcional y aplicación de la respectiva sanción, e iniciarán, ante el fuero respectivo aquellas de orden legal que correspondan a la responsabilidad señalada. Dicha disposición, busca brindar un efectivo ejercicio del derecho de defensa al personal responsable comprendido en las investigaciones realizadas.*

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Lima, dieciséis de setiembre del dos mil diez

VISTOS; Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, es materia de conocimiento de esta Sala Suprema: a) El recurso de apelación propuesto por el Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República, de fojas noventa y tres, contra la resolución número siete de fojas ochenta y seis, su fecha cuatro de mayo del dos mil nueve, que resolvió declarar Infundada la Excepción de prescripción Extintiva propuesta por su parte; y, b) el recurso de apelación propuesta por el demandante, Manuel Aro Chino, de fojas ciento sesenta y seis, contra la resolución de fecha treinta de octubre del dos mil nueve de fojas ciento dieciséis, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió declarar Infundada la Acción Popular propuesta por el recurrente.

Segundo: Que, respecto a la apelación señalada en el literal a), se observa que el demandado recurrente propuso a fojas treinta y cinco, la excepción de prescripción extintiva, sosteniendo que la Directiva N° 011-2004-CG/GDPC –cuestionada mediante la presente resolución– aprobada por Resolución de Contraloría N° 131-2004-CG del

siete de abril del dos mil cuatro, ha sido publicada el martes trece de ese mismo mes y año, en el diario oficial *El Peruano* bajo la vigencia formal de la Ley N° 24968, Ley Procesal de la Acción Popular bajo cuya fuerza vinculante se ha iniciado el decurso del plazo prescriptorio según la regla del artículo 2122 del Código Civil, teniendo, de acuerdo a dicha regla tres años para demandar la presente acción, plazo que transcurrió en exceso.

Tercero: Al respecto la Sala recurrida indica que el artículo 87 del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, prevé que tratándose del plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contabilizándose al día siguiente de la publicación de la norma; no distinguiendo plazos en función a la categoría de la norma como si lo hacia la ley anterior (Ley N° 24968), lo que facilita el ejercicio de esa acción y elimina una distinción que carecía de objeto. En ese sentido se asume que la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo previsto por el artículo 87 del Código Procesal Constitucional, es así que la excepción de prescripción extintiva ha quedado sin sustento, desestimando la misma.

Cuarto: El recurrente cuestiona ese fundamento señalando que la Sala no ha tomado en consideración lo previsto en la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional, el cual establece que las normas procesales previstas en dicho Código son de aplicación inmediata, sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior los plazos que hubieran empezado. En ese sentido, debe interpretarse que la Directiva N° 011-2004-CG-GDPC aprobada por Resolución de Contraloría N° 131-2004-CG, publicada en el Diario oficial El Peruano el trece de abril del dos mil cuatro, se encuentra sujeta a los plazos de prescripción señalados en la Ley N° 24968 - Ley Procesal de la Acción Popular, en concordancia con lo establecido por el artículo 2122 del CC, que regula el principio de prescripción y caducidad antes de la vigencia de una ley. Por ello, considera que el plazo legal de tres años para interponer una demanda de Acción Popular previsto por el artículo 6, inciso 2) de la Ley N° 24968, ha operado plenamente en la presente causa, toda vez que a la fecha de interposición de la demanda (quince de setiembre del dos mil ocho), se había superado el plazo procesal en más de diecisiete meses, deviniendo en improcedente la presente acción.

Quinto: A fin de dilucidar la presente controversia, es pertinente citar lo establecido en el artículo 87 del Código Procesal Constitucional, el mismo que preceptúa que: "El plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma". Asimismo, debe de examinarse la disposición contenida en el artículo 6 de la Ley N° 24968 y observar si este entra en colisión, para el caso de autos, con el artículo 87 del Código Procesal Constitucional. En ese tenor se aprecia del artículo 6 de la Ley N° 24968 antes citado establecía que: "El derecho para ejercitar la acción popular, de acuerdo al procedimiento contemplado por la presente ley prescribe: 1.- A los cinco años, contra las normas violatorias de la Constitución; 2.- A los tres años, contra las normas que contravienen a la ley".

Sexto: Se observa del caso de autos que la pretensión planteada en la demanda, radica en que la Directiva N° 011-2004-CG/GDPC, aprobada por Resolución de Contraloría N° 131-2004-CG, publicada en el Diario oficial El Peruano el trece de abril del dos mil cuatro, afirmando que transgrede tanto la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, como el derecho de defensa y la dignidad de la persona humana -amparado en el artículo 1 de la Constitución- preceptos que tienen rango constitucional. En tal sentido, se aprecia que la presente demanda de Acción Popular no solo se centra en sostener la ilegalidad del precepto cuestionado sino, además, su constitucionalidad. Ello además debe ser así, dado que la

Acción Popular es un proceso constitucional de competencia exclusiva del Poder Judicial, donde se examinará la infracción de la Constitución y de la Ley -conforme lo prescribe el inciso 5 del artículo 200 de la Norma Fundamental- y no solo de una de ellas. Si este tipo de procesos se centrara solo en la infracción de la ley, entonces carecería de objeto nominado como un proceso constitucional pues aquellos tienen como característica esencial la observancia en su seno de temas de relevancia constitucional y no solo legal.

Séptimo: Conforme a lo antes analizado, podemos concluir que la presente demanda presentada el quince de setiembre del dos mil ocho, contra la Directiva N° 011-2004-CG/GDPC, aprobada por Resolución de Contraloría N° 131-2004-CG, -publicada el trece de abril del dos mil cuatro- se encontraría dentro del plazo de los cinco años que establecía tanto el artículo 6 de la Ley N° 24968, Ley Procesal de la Acción Popular, como lo establecido en el artículo 87 del Código Procesal Constitucional, al sostener la afectación de una norma constitucional. En tal sentido, no se aprecia un conflicto entre ambas normas procesales, como parece sostener el recurrente, siendo que la aplicación de una u otra en nada afectaría el plazo prescriptorio transcurrido, razón por la cual el presente recurso debe desestimarse, en el extremo de la excepción planteada, ello, además, en base al principio pro actione o favor processum, preceptuado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por el cual, los órganos jurisdiccionales, en caso de duda entre continuar o no con el proceso, debe preferir el darle trámite y continuar con el mismo, con el fin de tutelar los derechos fundamentales que podrían encontrarse afectados.

Octavo: En cuanto al recurso de apelación señalada en el literal b) del primer considerando de la presente resolución, se observa del tenor de la demanda y de su recurso de apelación que el actor sostiene que la Directiva materia del presente proceso, se encuentra contraviniendo tanto el artículo 11 de la Ley N° 17785, como la constitución, al no admitir en ninguno de sus preceptos el ejercicio del derecho de defensa.

Noveno: La resolución apelada desestimó la demanda señalando que, de la revisión de la directiva aludida se aprecia que el objeto del procedimiento es el establecer y normar el procedimiento así como las reglas aplicables para la actuación inmediata de la Contraloría General de la República en los casos que, por la singular y relevante naturaleza, materia o incidencia de un presunto hecho irregular, que contenga indicios razonables de comisión de delito o implique grave afectación de los intereses del Estado, lo que determina la necesidad urgente de su intervención rápida y sumaria. Manifiesta, a su vez que, la finalidad del dispositivo es propicia para el ejercicio de un control oportuno y ágil sobre actos u operaciones específicas en las entidades, que aparejen la presunta comisión de delito y/o irregularidades que afecten en forma grave o evidente el interés del Estado, optimizando su capacidad de atención y respuesta institucional en el cumplimiento de sus funciones de control gubernamental y de lucha contra la corrupción administrativa. En consecuencia, ya que la aplicación de la Directiva cuestionada no entraña la aplicación del alguna sanción que afecte de manera definitiva los derechos o intereses, no es posible sostener que con su aplicación se haya de afectar el derecho de defensa. Este es, pues, el razonamiento de la Sala Superior contenido en su sentencia.

Décimo: Al respecto, se aprecia que el derecho de defensa se encuentra establecido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, el cual se constituye en un derecho constitucional de naturaleza procesal, que también forma parte del derecho al debido proceso, el cual se proyecta como la prohibición de indefensión de las partes en el proceso, asi como la contradicción de los actos procesales, permitiéndosele plantear los medios impugnatorios que la ley establece, es decir, que el juez debe garantizar la observancia de ese derecho en todas las etapas procesales e incluso administrativas ya

que su vulneración podría acarrear la nulidad del acto que lo infringe. (Cfr. Expediente N° 6260-2005-HC-TC de fecha doce de setiembre del dos mil cinco, Fundamento Jurídico tercero): Este derecho se extiende a todo procedimiento administrativo y, con mayor énfasis al procedimiento administrativo sancionador.

Décimo Primero: Siendo así, y dado que –como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia– los derechos constitucionales son vinculantes tanto en el ámbito jurisdiccional como en los procedimientos llevados a cabo en sede administrativa, si se observara la infracción de un derecho constitucional, ello podría acarrear la nulidad de la disposición impugnada, siempre que esta no pueda contener un sentido interpretativo acorde con la Ley que lo motiva y con la Constitución.

Décimo Segundo: El artículo 11 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, precisa, en sus dos primeros párrafos que: "Las acciones de control que efectúen los órganos del Sistema no serán concluidas sin que se otorgue al personal responsable comprendido en ellas, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios y aclaraciones sobre los hallazgos en que estuvieran incursos, salvo en los casos justificados señalados en las normas reglamentarias. Cuando en el informe respectivo se identifiquen responsabilidades, sean estas de naturaleza administrativa funcional, civil o penal, las autoridades institucionales y aquellas competentes de acuerdo a Ley, adoptarán inmediatamente las acciones para el deslinde de la responsabilidad administrativa funcional y aplicación de la respectiva sanción, e iniciarán, ante el fuero respectivo, aquellas de orden legal que consecuentemente correspondan a la responsabilidad señalada". Dicha disposición, busca brindar un efectivo ejercicio del derecho de defensa al personal responsable comprendido en las investigaciones realizadas, pues tienen la oportunidad de, además de conocer el procedimiento en curso, presentar las aclaraciones o justificaciones correspondientes.

Décimo Tercero: Como puede observarse del texto de la Directiva N° 011-2004-CG-GDPC, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 131-2004-CG, en ninguno de sus apartados se aprecia que en ella se estipule una cláusula que se refiera a alguna oportunidad que se le debiera brindar al sujeto administrado a fin de que haga sus descargos correspondientes, tal y como lo establece el artículo 11 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, antes citada. Por el contrario, se aprecia que dicho "Procedimiento para la Ejecución de Acciones Rápidas", se trata de un procedimiento administrativo de carácter sumario que regula una investigación que busca ser eficaz sin brindar la información correspondiente o el derecho a ser oído de la persona hallada responsable, la misma que incluso puede ser materia de una acción correctiva –tal y como se estipula en el numeral 7.9 de esa Directiva– de ser el caso.

Décimo Cuarto: Asimismo, se aprecia que dicha directiva indica en su numeral 8.1 de sus disposiciones complementarias que: "Las decisiones y documentos que se emitan como resultado de las Acciones Rápidas, constituyen actos de administración interna de la Contraloría no siendo impugnables en la vía administrativa". Al respecto debemos manifestar que, el artículo 1 de la Ley N° 27444, define a los actos administrativos como "las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, Obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta". Por su parte ese mismo dispositivo preceptúa, como actos que no son administrativos aquellos "(...) actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente asilo establezcan".

Décimo Quinto: Como se aprecia en el caso de autos, el objeto del "Procedimiento para la Ejecución de Acciones Rápidas", previsto en el acápite I de esa Directiva es: "Establecer y normar el procedimiento, así como las reglas aplicables para la actuación inmediata de la Contraloría general de la República en los casos que, por la singular y relevante naturaleza, materia o incidencia de un presunto hecho irregular que contenga indicios razonables de comisión de delito o implique grave afectación a los intereses del Estado, se determine la necesidad urgente de su intervención rápida y sumaria". Asimismo, puede apreciarse que su finalidad es –tal y como lo indica en su acápite II– la de: "Propiciar el ejercicio de un control oportuno y ágil sobre actos u operaciones específicas en las entidades, que aparejen la presunta comisión de delito y/o irregularidades que afecten en forma grave o evidente el interés del Estado. Optimizar la capacidad de atención y respuesta institucional en el cumplimiento de sus funciones de control gubernamental y de lucha contra la corrupción administrativa".

Décimo Sexto: De las disposiciones citadas en el considerando precedente, se observa que aquellas encuentran directa relación con las atribuciones de la Contraloría General de la República, establecidas en el artículo 22 de la Ley N° 27785. En tal sentido, no es posible sostener que las decisiones expedidas en base a dicho procedimiento se refieran a actos de administración interna, dado que no se tratan de disposiciones que regulan su propia organización o funcionamiento, sino que se encuentran vinculados a sus atribuciones legalmente conferidas y como producto de un procedimiento de investigación, que involucra a un tercero, el mismo que no tiene la oportunidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, lo que no solo se encuentra contraviniendo el artículo 11 de la Ley N° 27785 antes citada, sino el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política del Estado, en cuanto se refiere al derecho de defensa del sujeto presuntamente responsable.

Décimo Séptimo: Conforme ha quedado indicado, se puede observar de la resolución administrativa sub examine que aquella infracciona tanto la Ley N° 27785 en los preceptos antes indicados, así como la Constitución en lo que respecta al derecho de defensa. Sin embargo dicha contravención no se produce en cuanto a lo que dispone, dado que ello no ha sido alegado por el recurrente –a excepción de lo establecido en su numeral 8.1 de sus disposiciones complementarias la cual, como ha quedado desarrollado, es incompatible con el artículo 1 de la Ley N° 27444– sino en lo que deja de regular, como es un mecanismo idóneo para que el involucrado pueda ejercer correctamente su derecho de defensa en dicho procedimiento administrativo.

Décimo Octavo: En tal sentido, podemos afirmar que el texto de la Directiva N° 011-2004-CG/GDPC, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 131-2004-CG, no es per se contraria a nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a su contenido –a excepción de su numeral 8.1 de sus disposiciones complementarias– tanto más si aquello no ha sido argumentado expresamente por el recurrente en su demanda de acción popular, siendo contrario a nuestro ordenamiento su omisión respecto a que no regula a lo largo de su texto una adecuada protección del derecho de defensa acorde con la Constitución y con la Ley N° 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República), omisión que, sin embargo, puede ser subsanada por la propia Contraloría dictando las disposiciones pertinentes que incorporen el derecho de defensa al procedimiento administrativo regulado por esa Directiva, en un plazo razonable de treinta días.

Décimo Noveno: Es por esa razón que esta Sala Suprema considera necesario hacer uso de las llamadas sentencias interpretativas, tantas veces usada por el Tribunal Constitucional, a fin de otorgar al presente caso, una solución que no colisione con otros

principios constitucionales siendo "(...) el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional: además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica (...)". (Fundamento Jurídico 35 de la Sentencia expedida en el expediente N° 0010-2002-AI/TC).

Vigésimo: Así, a fin de no producir un vacío normativo en tomo a los procedimientos que ya se hubiesen iniciado con la expedición de la mencionada Directiva, esta Corte Suprema, hace uso de las denominadas sentencias interpretativas, por las cuales, al advertir la infracción a nuestro ordenamiento de la norma materia de examen, se declara solo su mera incompatibilidad y se exhorta al órgano que expidió dicha resolución que, en un plazo adecuado, introduzca lo que es necesario para que desaparezca el vicio declarado.

Vigésimo Primero: En ese sentido, observando la incompatibilidad de la Directiva N° 011-2004-CG-GDPC, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 131-2004-CG, con nuestro ordenamiento legal y constitucional, en tanto omite regular un procedimiento adecuado para la defensa del investigado, se exhorta a la entidad administrativa que la expidió dicte las disposiciones pertinentes para que en un plazo razonable, una vez notificada con la presente resolución, subsane el defecto advertido bajo apercibimiento de declararse su Nulidad.

Vigésimo Segundo: Por tales consideraciones, en aplicación del artículo 364 del Código Procesal Civil y de los artículos 200 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, 81 del Código Procesal Constitucional y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **CONFIRMARON** la resolución apelada número siete de fojas ochenta y seis, su fecha cuatro de mayo del dos mil nueve, que resolvió declarar Infundada la Excepción de prescripción Extintiva propuesta por su parte: y, **REVOCARON** la resolución de fecha treinta de octubre del dos mil nueve de fojas ciento dieciséis, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió declarar Infundada la acción popular propuesta por el recurrente y, **REFORMANDOLA** la declararon **FUNDADA EN PARTE**, en consecuencia, de conformidad con la parte in fine del artículo 81 del Código Procesal Constitucional, se declara la **NULIDAD** de la Directiva N° 011-2004-CG-GDPC aprobada por la Resolución de Contraloría N° 131-2004-CG, en cuanto a lo que dispone en su numeral 8.1 de sus disposiciones complementarias siendo sus efectos a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario oficial "El Peruano"; asimismo, se omite pronunciamiento en cuanto al contenido de sus demás disposiciones, en tanto no han sido alegadas su Nulidad en la presente demanda. Además, esta Sala Suprema **EXHORTA** a la Contraloría General de la República, para que dentro de un plazo razonable no mayor de treinta días expida las disposiciones pertinentes que complementen la omisión incurrida en la Directiva N° 011-2004-CG-GDPC, de conformidad con la parte considerativa de la presente resolución; en los seguidos por don Manuel Arco Chino contra la Contraloría General de la República sobre Acción Popular; **MANDARON** publicar la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* conforme a ley; y los devolvieron.- Vocal Ponente: Távara Córdova.

SS. TAVARA CORDOVA; ACEVEDO MENA; YRIVARREN FALLAQUE; MAC RAE THAYS; ARAUJO SÁNCHEZ

ANEXO IV

Jurisprudencia penal sobre responsabilidad de funcionarios públicos

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

R.N. Nº 661-2009-LIMA

CASO: Albino Bendezú Bendezú y otros

SENTIDO DEL FALLO: No haber nulidad en la sentencia que absolvió a los encausados

> **SUMILLA :** *Si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.*

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, diez de marzo de dos mil diez

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público de la Municipalidad Distrital de San Isidro contra la sentencia de fojas mil setecientos siete del dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que absolvió a Albino Bendezú Bendezú, Isidoro Ramón Tiburcio Morón, Hans Jurgen Fidel Busse León, Luis Obdulio Tagle Pizarro, Augusto Fernando Vásquez Solís, Jorge Cesáreo Vivar Espinoza, Gloria Stuard Becerra Verástegui, Alejandro Walter Arias Torres y Jorge Eduardo Dejo Almeida de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en perjuicio de la Municipalidad de San Isidro; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Procurador Público de la Municipalidad de San Isidro en su recurso formalizado de fojas mil setecientos dieciséis sostiene que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no exige como elemento constitutivo la concurrencia de concierto en la conducta del agente, sino la existencia de interés por parte del funcionario o servidor público, directo o indirecto, en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; que tampoco requiere la existencia de un perjuicio patrimonial, y se diferencia del delito de colusión por no existir la concertación. **Segundo:** Que, conforme a la acusación fiscal de fojas mil doscientos cincuenta y nueve, el Informe Especial número doscientos treinta y siete guión dos mil cinco elaborado por la Contraloría General de la República respecto de las obras ejecutadas por la Municipalidad de San Isidro durante los años mil novecientos noventa y siete, dos mil y dos mil uno, concluyó lo siguiente: los encausados Bendezú Bendezú –ex miembro del Comité de Recepción de Obras– y Tiburcio Morón –ex Director de Obras Públicas e inspector de Obras– aprobaron las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las obras de "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Dos de Mayo y Jorge Basadre", sin contar con solicitud y autorización de trabajos habituales; que se recepcionó la obra con participación del residente de obras sin constatar el metraje realmente ejecutado, con lo que se

favoreció a los contratistas quienes se vieron beneficiados con el pago por metrados no ejecutados ascendente a la suma de doce mil novecientos cuarenta y seis nuevos soles con noventa y un céntimos, contando para ello con la participación del encausado Hans Jurgen Fidel Busse León; que los imputados Tagle Pizarro –ex Director de Desarrollo Urbano y ex Miembro del Comité de Recepción de Obras– y Vásquez Solís –ex Miembro del Comité de Recepción de Obras– favorecieron, directa e indirectamente, a la empresa Constructora Tres Sociedad Anónima contratada por la Municipalidad de San Isidro para la ejecución de la obra "Refuerzo y Señalización Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquesada y Alberto del Campo", para lo cual recepcionaron la misma con la participación del residente de obra en representación del contratista, sin constatar el metraje realmente ejecutado y señalaron que la misma se realizó de conformidad con el expediente técnico y el contrato de ejecución de obra, lo que benefició a la aludida empresa con el pago de metrajes no ejecutados, no obstante que la recepción se efectuó quince meses después de su culminación; que el encausado Vivar Espinoza, en su calidad de ex miembro del Comité de Recepción de la obra "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquesada (cuadras diez y once) y Alberto del Campo (cuadras uno y dos)", con participación del residente de obra en representación del contratista, recibió la misma sin constatar el metraje realmente ejecutado y señaló que se ejecutó de conformidad con el expediente técnico respectivo y el contrato de ejecución de obra, sin formular ninguna observación técnica, pese a que la recepción se efectuó quince meses posteriores a su culminación; que los encausados Becerra Verástegui –ex Directora de Desarrollo Urbano– y Arias Torres –ex Jefe de la División de Obras Municipales–, quienes también integraron el Comité de Recepción de la obra "Refuerzo Asfáltico y Señalización Horizontal en la avenida Canaval y la calle Moreyra y calle Ricardo Ángulo Ramírez (ex calle uno)", aprobaron las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las referidas obras sin contar con solicitud y autorización de trabajos adicionales, así como recibieron las mismas con la participación del residente de obra, sin constatar el metraje realmente ejecutado y ocasionando un perjuicio a la entidad edil ascendente a cincuenta y cinco mil ciento treinta nuevos soles con veinticuatro céntimos; que el encausado Dejo Almeida –ex Jefe de la División de Proyectos–, quien también se desempeñó como Inspector, Asesor y Miembro del Comité de Recepción de las obras "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Dos de Mayo y Jorge Basadre, y la calle Ricardo Ángulo Ramírez" y "Refuerzo Asfáltico, Señalización Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquezada (cuadras diez y once), Alberto del Campo (cuadras uno y dos) y Enrique Canaval y Moreyra", aprobó las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las referidas obras, sin contar con solicitud y autorización de trabajos adicionales, así como recepcionó las obras con participación del residente de obra sin constatar el metraje realmente ejecutado, de suerte que favoreció a los contratistas, quienes se vieron beneficiados con el pago de metrajes no ejecutados; que del informe de la Contraloría se evidencia que en algunas de estas obras se consignaron liquidaciones mayores a los metrados considerados en el expediente técnico, lo que ocasionó a la entidad edil un perjuicio económico de setenta y dos mil trescientos veinticuatro nuevos soles por pago de metrados no ejecutados; que estos hechos se calificaron como delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, vigente al tiempo de la comisión del hecho punible (actualmente previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código acotado). **Tercero:** Que si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público,

sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo –principio de taxatividad–; que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado, sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como pasible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, mediante resolución expresa, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro. **Cuarto:** Que el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo abarca todos los procedimientos de un proceso de contratación pública que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro, en los que se ha de observar los aspectos técnicos contemplados en las bases administrativas; que, en el presente caso, el proceso de selección fue realizado por la Comisión de Recepción y Apertura de Sobres y otorgamiento de la Buena Pro de la Obras y Estudios, designada mediante Resolución de Alcaldía número cero sesenta y dos guión noventa y siete guión ALC/MSI, que otorgó la buena pro a la empresa Constructora Hualcán Sociedad Anónima, según Acta de Evaluación de Propuesta y Adjudicación, y mediante Resolución Directoral número ciento veintitrés guión noventa y siete guión cero cuatro guión DM/MSI emitida por el Director Municipal de la Municipalidad Distrital de San Isidro, conforme se indica en el Informe Especial de la Contraloría General de la República, lo que acredita que ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación, sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. **Quinto:** Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos siete, del dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que absolvió a Albino Bendezú Bendezú, Isidoro Ramón Tiburcio Morón, Hans Jurgen Fidel Busse León, Luis Obdulio Tagle Pizarro, Augusto Fernando Vásquez Solís, Jorge Cesáreo Vivar Espinoza, Gloria Stuard Becerra Verástegui, Alejandro Walter Arias Torres y Jorge Eduardo Dejo Almeida de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en perjuicio de la Municipalidad de San Isidro; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS. SAN MARTÍN CASTRO; LECAROS CORNEJO; PRÍNCIPE TRUJILLO; CALDERÓN CASTILLO; SANTA MARÍA MORILLO

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - PECULADO

R.N. Nº 1646-2008-LIMA

CASO: Miguel Angel Flores Guevara y otros

SENTIDO DEL FALLO: Nula la sentencia que absolvió a los encausados

> **SUMILLA:** *Las bonificaciones y/o incentivos adicionales que se le otorguen a miembros de una Comisión Reorganizadora, sumados a su remuneración no debe exceder el total de ingresos que perciba normalmente el Rector o el Vicerrector, respectivamente, de una universidad pública.*

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

Lima, veintiséis de agosto de dos mil nueve

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior y por la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" –parte civil–, contra la sentencia absolutoria de fojas tres mil setenta y seis, de fecha treinta de octubre de dos mil siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el representante del Ministerio Público al fundamentar su recurso de nulidad a fojas tres mil ciento once, señala que se encuentra debidamente acreditado en autos, con el Informe Especial número cero sesenta y nueve –dos mil uno– CG / B trescientos sesenta y cinco de la Contraloría General de la República, que los encausados como miembros de la Comisión Reorganizadora de la Universidad Nacional "Enrique Guzmán y Valle", aprobaron y dispusieron el pago en su propio beneficio de diversos rubros, bajo el concepto de bonificaciones, por un total de doscientos mil doscientos setenta y seis nuevos soles, sin contar con la aprobación previa del Ministerio de Economía y Finanzas u órgano competente, sin informes técnico legales que lo sustenten, siendo estos irregulares al no tener amparo ni justificación legal; que, se encuentra probado que el Ministerio Público, ofreció y solicitó oportunamente la realización de la pericia contable correspondiente, sin embargo, esta no se llevó a cabo, prescindiéndose de ella por razones ajenas a esta Institución; que los documentos en los que se sustenta la sentencia recurrida se refieren a consultas generales que no se referían expresamente al pago de bonificaciones a los propios miembros de la CORUNE y menos por funciones propias de su gestión, además, las respuestas a dichas consultas en ningún caso autorizaba expresamente al pago efectuado a favor de quienes disponían dicho egreso; por otro lado, la parte civil, al fundamentar su recurso de nulidad a fojas tres mil ciento doce, refiere que no se han valorado debidamente los Informes número cero sesenta y nueve, setenta, setenta y uno, setenta y dos - dos mil uno - CG / B trescientos sesenta y cinco, que respondían al examen especial realizado a la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", correspondiente al periodo de mayo de mil novecientos noventa y cinco a noviembre del año dos mil; que si bien la calidad de estos informes no ha sido corroborado por un peritaje técnico, ello se ha debido a diversas circunstancias; además, estos informes de control por sí mismos tienen calidad de prueba preconstituida, sin embargo, no se ha valorado como tal; que de la elevada suma dineraria abonada por concepto de "honorarios profesionales" y/o "subvención

por la labor realizada como miembros de la Comisión Reorganizadora de la citada entidad universitaria - CORUNE", que resulta ser excesiva en comparación a los niveles remunerativos fijados por las disposiciones legales para las autoridades de las Universidades Públicas, se desprende que efectivamente se ha generado perjuicio económico a la mencionada entidad educativa; que, los encausados contaban con capacidad de disposición respecto a los montos consignados en el presupuesto de la Universidad, por lo tanto tiene calidad de agentes activos del delito, además, dispusieron de ellos sin observar la base legal correspondiente. **Segundo:** Que, se atribuyó a los procesados Manuel Ángel Flores Guevara, Moisés Rosulo Quito Vidal –ambos, Presidentes de la Comisión Reorganizadora–, Amaro Zavaleta García, Luis Eduardo Vargas Soto y Víctor Eduardo Vinces Yacila –miembros de la Comisión Reorganizadora–, que en su condición de funcionarios miembros de la Comisión Reorganizadora de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" – Corune–, haberse aprovechado de sus cargos para dictar actos administrativos afectando los fondos de la referida Institución, para lo cual emitieron resoluciones y efectuaron pagos por concepto de: i) Supervisión de Procesos de Admisión y ii) Supervisión de Programas de Actualización para obtención del Título Profesional, por la suma de doscientos mil doscientos setenta y seis nuevos soles, durante los años mil novecientos noventa y siete a dos mil, careciendo de marco legal que los autorizara a ello, contraviniendo las Leyes del Presupuesto y obteniendo un beneficio propio. **Tercero:** Que, el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil cinco/ CJ–ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, establece que "(...) Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública (...)"; asimismo, señala que: "(...) La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: **a)** existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos; **b)** La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (...) **c)** apropiación o utilización: en el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero; **d)** El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; **e)** caudales y efectos, los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público(...)"; **Cuarto:** Que, en dicho orden de ideas, debe precisarse que en el caso sub exámine, los procesados tenían la condición

de miembros de la Comisión Reorganizadora de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" y es en dicha situación que se les imputó haberse apropiado indebidamente de caudales pertenecientes al Estado, toda vez que autorizaron a través de resoluciones administrativas el pago de bonificaciones bajo los conceptos de Supervisión de Procesos de Admisión y Supervisión de Programas de Actualización, sin haberse precisado en dichas resoluciones el fundamento legal para efectos de autorizar dicho egreso económico; que, si bien al respecto y ante dicho vacío legal, se efectuaron las consultas del caso al Ministerio de Economía y Finanzas, entidad que a través de su Director General de Presupuesto Público dio respuesta a las comunicaciones cursadas, tal como se advierte de los oficios de fojas mil setecientos ocho, mil setecientos nueve y mil setecientos dieciocho, en los que señala que "las Universidades están autorizadas por ley a utilizar sus ingresos propios" toda vez que "la fuente de financiamiento recursos directamente recaudados son administrados por los pliegos que lo generen y se aplican a los programas y proyectos aprobados para ellos en la ley de presupuesto, siendo factible continuar abonando dichas bonificaciones en tanto cuenten con financiamiento debido". **Quinto:** Que, en tal sentido, debe precisarse que si bien existe una respuesta positiva a la consulta efectuada por los representantes de la Comisión de Reorganización de la citada Casa de Estudios, sin embargo, es de advertirse que dicha respuesta tiene un carácter general, toda vez que en dichos oficios se hace referencia a "subvenciones al personal docente y administrativo", en tanto lo que se discute en el presente caso, es si dichos egresos se podían autorizar para hacer pago por concepto de bonificaciones a los mismos miembros de la mencionada Comisión, toda vez que en principio, ellos eran los que autorizaban dichos egresos y, además, las labores que justificaban dichos pagos, se tratarían de acciones propias del cargo que ostentaban y, por ende, sin derecho a reconocimiento económico. **Sexto:** Que, además, si bien en autos se advierte el Informe de Contraloría número cero sesenta y nueve –dos mil uno– CG / B trescientos sesenta y cinco, en el que se da cuenta de una serie de actos irregulares que menoscabaron económicamente a la entidad Universitaria, sin embargo, pese a que se ordenó en autos la realización de una pericia contable, esta no se ha practicado, toda vez que el órgano jurisdiccional –Sala Penal Superior–, no realizó las acciones pertinentes para el logro de tal acción –por ende, no agotó los medios para su realización–, prescindiéndose de dicha pericia por el solo motivo que los peritos designados –subrogados hasta en dos oportunidades– condicionaron su actuación al pago de honorarios, hecho que pudo haber sido manejado y resuelto debidamente por el Tribunal Superior a efectos de lograr tan importante elemento de prueba, que incluso en casos como en el presente, en el que se imputa el delito de peculado, adquiere una especial importancia, además, hubiera servido para poder contrastar lo señalado en el Informe de Contraloría, que por lo demás tiene carácter de prueba preconstituida. **Sétimo:** Que, en dicho orden de ideas, se debe disponer la realización de un nuevo juicio oral, para que otro Colegiado Superior, ordene y disponga que se practique la pericia contable respectiva –y su debida ratificación– a efectos de poder determinarse si efectivamente existió o no perjuicio económico a la entidad Universitaria, así como el hecho de verificar si los pagos realizados por concepto de bonificación para los miembros de la Comisión Reorganizadora tenían sustento legal, pues si bien existen oficios del Ministerio de Economía en ese sentido, sin embargo, se advierte que en estos no se especificaba si dentro de los servidores y funcionarios públicos a quienes se les permitía dicha bonificación se encontraban aquellos quienes también los autorizaban, es decir, los mismos miembros de la Comisión Reorganizadora; debiendo precisarse también en el Informe pericial si las labores que efectuaban en la Supervisión de los Procesos de Admisión y Supervisión de Programas de Actualización, eran labores

propias de su cargo o no; además, deberá establecerse cuál era el nivel remunerativo de los procesados, pues de acuerdo al Oficio número quinientos dieciséis – dos mil – EF / setenta y seis punto diez, de fecha veintisiete de diciembre del año dos mil, cursado por Reynaldo Bringas Delgado, obrante a fojas novecientos cuarenta, en su condición de Director General del Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, ante una consulta efectuada por la Contraloría General de la República, señala: "(...) Si bien la Ley número veinticinco mil setecientos noventa y ocho no ha precisado ni regulado, respecto al vínculo laboral de los miembros de las Comisiones Reorganizadoras, estas deberían ceñirse al Régimen Laboral del Decreto Legislativo número doscientos setenta y seis (...) dado que las atribuciones de dichos miembros implican funciones de responsabilidad que corresponden a un Rector o Vicerrector, conforme lo dispone el artículo dos de la Ley veinticinco mil setecientos noventa y ocho. Siendo pertinente añadir que las bonificaciones y/o incentivos adicionales que se le otorguen a dichos miembros, sumados a su remuneración no debe exceder en ningún caso el total de ingresos que perciba normalmente el Rector o el Vicerrector, respectivamente, de una universidad pública (...)". Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas tres mil setenta y seis, de fecha treinta de octubre de dos mil siete, que absolvió a Miguel Ángel Flores Guevara, Moisés Rosulo Quito Vidal, Amaro Zavaleta García, Luis Eduardo Vargas Soto y Víctor Eduardo Vinces Yacila, de los cargos contenidos en la acusación fiscal, por delito contra la Administración Pública – peculado, en agravio del Estado – Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle"; **MANDARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior; el mismo que debe actuar con celo y celeridad en el ejercicio de sus funciones; debiendo disponerse una debida valoración de la prueba actuada y la realización de la pericia contable respectiva, de acuerdo a la parte considerativa de la presente Ejecutoria; y, los devolvieron.

SS. RODRÍGUEZ TINEO; BIAGGI GÓMEZ; BARRIOS ALVARADO; BARANDIARÁN DEMPWOLF; NEYRA FLORES

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - PECULADO EN FORMA DE MALVERSACIÓN DE FONDOS AGRAVADA

R.N. Nº 4227-2009-PUNO

CASO: Andrés Choquehuanca Huanca y otros

SENTIDO DEL FALLO: Nula la sentencia que absolvió a los encausados

> **SUMILLA:** *La sentencia que ponga término al juicio debe apreciar todos los medios probatorios recaudados, lo cual debe ser producto de la evaluación lógica-jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso.*

SALA PENAL TRANSITORIA

Lima, doce de agosto de dos mil diez.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fecha diecisiete de setiembre de dos mil nueve, de fojas seiscientos noventa y uno; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Biaggi Gómez; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal y, **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el Fiscal Superior fundamenta su recurso de nulidad a fojas setecientos veintiuno, alegando que: i) la Sala Superior al emitir la sentencia absolutoria, no ha valorado adecuadamente los medios probatorios actuados en autos, las cuales son: a) el acta de que sirve de sustento a la Resolución de Alcaldía número ciento cuarenta y cinco-AL-MOH-dos mil tres, que aprueba el incremento del tres por ciento en gastos corrientes para el año dos mil tres, es decir, se modificó el porcentaje de treinta y tres al treinta y seis por ciento, insertándose dicho incremento en las dos últimas líneas por encima de la firma de los regidores y con diferente tinta de lapicero, siendo cuestionada la validez de dicha acta por los mismos Regidores que la suscribieron, conforme obran en las actas de entrevistas sostenida en el mes de octubre de dos mil seis y que motivó la denuncia penal tramitada ante el Juzgado Mixto de la Provincia de Huacané bajo el expediente número cero cero cero uno-dos mil siete; ii) la aplicación distinta y definitiva que se dieron a los recursos del Foncomun destinados para gastos de inversión a gastos corrientes, afectó el cumplimiento de las metas de inversión programadas por la entidad agraviada al no haberse ejecutado proyectos y obras hasta por la suma de doscientos cincuenta y nueve mil trescientos ochenta y dos nuevos soles con noventa y cinco céntimos; iii) la Sala Penal, al absolver a los procesados por el delito de malversación de fondos, ha incurrido en un error, ya que obvió los argumentos expuestos por los propios Regidores de la entidad agraviada, quienes niegan haber aprobado el incremento de tres por ciento en gasto de cuenta corriente en el año dos mil tres, por lo que, al no existir, una adecuada motivación que sustenta la absolución de los procesados, solicita se declare nula la sentencia y se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en la cual se evaluaran las pruebas actuadas, las mismas que llegarían a demostrar la responsabilidad penal de los procesados en el delito que se les atribuye. **Segundo:** Que, fluye de la acusación fiscal obrante a fojas cuatrocientos veintinueve, que los procesados Andrés Choquehuanca Huanca, Roberto Rodolfo Aracayo Valencia y Efraín Pari Ortiz, (en calidad de exalcalde, exgerente Municipal y ex Gerente de Planificación y Presupuesto y Racionalización de la Municipalidad agraviada), que durante el periodo comprendido entre los años dos mil tres a dos mil seis, y teniendo bajo su administración los fondos de la entidad agraviada, han

dado una aplicación diferente a los recursos del Foncomun, correspondiente al año dos mil tres, pues destinaron fondos correspondientes a gastos de inversión destinados para financiar proyectos y obras de transcendencia a gastos corrientes. **Tercero:** Que, conforme a lo establecido por el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, la sentencia que ponga término al juicio debe apreciar todos los medios probatorios recaudados en autos, lo que en buena cuenta debe ser el resultado de la evaluación lógica jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorios incorporados válidamente al proceso. **Cuarto:** Que, del examen de los autos, se ha determinado que no se ha efectuado una debida apreciación de los hechos ni se ha valorado adecuadamente las pruebas actuadas, siendo que se desprende, que la Sala Penal en sus considerandos establece que ha quedado probado con el acta que sirve de sustento a la Resolución de Alcaldía número ciento cuarenta y cinco -AL/MPH-doscientos tres, el incremento del tres por ciento en gastos de corrientes para el dos mil tres, siendo que, ha omitido valorar, el Informe Pericial número cero ochenta y nueve-dos mil siete-CG-ORPU, que obra a fojas dieciocho, (siendo este un medio de prueba pre constituida de conformidad con el artículo quince, literal f) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República-Ley número veintisiete mil setecientos ochenta y cinco); asimismo, dicho informe pericial contiene en su anexo número diecisiete, las declaraciones de los Regidores que participaron en la sesión de consejo efectuada el día veintiocho de agosto de dos mil tres, los cuales son Lidia Condori Condori, Leoncio Oha Humpiri, Gregorio Iquise Vargas, Juan Luque Cano, Pony Morroy Chávez, Edgar Sánchez Guevara, Ramón Luque Paz y Miguel Jalo Poma, quien en forma conjunta coinciden en señalar que no reconocen el acta de consejo aprobando dicho incremento, siendo así, la Sala Penal no ha realizado una debida valoración de estas declaraciones emitidas, las mismas que serán subsanadas en un nuevo juicio oral, en la que además deberá de ordenarse la concurrencia de las personas antes mencionadas; asimismo, deberá solicitar un informe o la remisión del expediente número cero cero cero unodos mil siete del Juzgado Mixto de la Provincia de Huacané, para ver el estado del mencionado proceso, respecto al delito de falsedad ideológica que obra en el tomo III-anexo diecinueve; por otro lado, se observa, que en el Informe Especial número cero ochenta y nueve-dos mil siete-CG-ORPU, emitido por la Contraloría General de la República y el Informe Pericial de fojas seiscientos cuarenta y cuatro, existen discrepancias en sus conclusiones, por lo que, la Sala Penal deberá ordenar la concurrencia de las personas que elaboraron los referidos documentos a fin de que en un nuevo juicio oral se ratifiquen de los mismos, y si es necesario se practique un debate oral entre los mismos; siendo ello así, se ha incurrido en causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis; además, en esas circunstancias, la absolución no importa una razonable y fundada apreciación de los hechos materia de acusación ni consecuentemente se ha realizado una completa y correcta valoración de las pruebas de cargo, por lo que resulta de aplicación el último parágrafo del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fecha diecisiete de setiembre de dos mil nueve, de fojas seiscientos noventa y uno, que absolvió a Andrés Choquehuanca Huanca, Roberto Rodolfo Aracayo Valencia y Efraín Pari Ortiz por el delito contra la Administración Pública-cometido por funcionarios público en su modalidad de peculado en forma de malversación de fondos agravada, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huacané; **MANDARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, tomando en cuenta lo expuesto en la presente Ejecutoria Suprema ; y los devolvieron.

S.S. RODRÍGUEZ TINEO; BIAGGI GÓMEZ; BARRIOS ALVARADO; BARANDIARÁN DEMPWOLF, NEYRA FLORES

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – PECULADOEN FORMA DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

R.N. Nº 5425-2008-MOQUEGUA

CASO: Alberto Raymundo Farah Dawid y otros

SENTIDO DEL FALLO: Nula la sentencia

SUMILLA: *El informe especial elaborado por una sociedad auditora y presentado por la Contraloría tiene carácter de prueba preconstituida.*

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, diez de febrero de dos mil diez.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la señora Fiscal Superior y por la parte civil [Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Moquegua] contra el extremo absolutorio de la sentencia de fojas tres mil doscientos treinta y uno, del trece de octubre de dos mil ocho. Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. De los agravios de los recurrentes

Primero: Que la señora Fiscal Superior y la parte civil en sus recursos formalizados de fojas tres mil doscientos sesenta y ocho y tres mil doscientos ochenta y dos, respectivamente, alegan:

A. Que el extremo de la sentencia recurrida no se encuentra arreglada a ley, ya que en autos existe caudal probatorio suficiente que acredita que los encausados se apropiaron de recursos estatales. Además, dieron una aplicación diferente a los caudales que administraban.

B. Que el Informe Especial presentado por la Contraloría [examen realizado por la Sociedad Auditora Uriol y Asociados Sociedad Civil acerca de los estados financieros y otros aspectos de la gestión en la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro de los periodos mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve] tiene el carácter de prueba preconstituida, por lo que el Colegiado debió valorarlo al momento de resolver, más aún si el juez supremo [ponente de la causa] encontró responsabilidad penal en los implicados, tal como se aprecia en la ejecutoria suprema de fojas dos mil novecientos ochenta y uno.

Que las declaraciones de los acusados –durante la etapa de instrucción y juicio oral– establecen que el incremento de remuneraciones al personal contratado y permanente provenía de recursos del Fondo de Compensación Municipal –en adelante Foncomun–, dinero que debió aplicarse para gastos corrientes y de inversión con fines asistenciales a la población damnificada por el "Fenómeno del Niño" [conforme al inciso uno punto dos, del artículo uno, de la ley número veintiséis mil novecientos treinta y cuatro].

Que está probado que los procesados acordaron el pago de gratificación en planillas adicionales [disposición contraria a la Directiva número cero cero dos guión INAP guión DNPA que regula la formulación, ejecución y evaluación de la planilla única de pago de remuneraciones] y utilizaron la fuente de financiamiento Vigencia de Minas que estaba destinada a ejecutar programas de inversión y desarrollo en sus respectivas circunscripciones [tal como lo señala el artículo uno del Decreto de Urgencia número cero treinta y seis–noventa y cinco].

Que también se demostró la indebida utilización de los fondos estatales al adquirirse acciones de la empresa Agroindustria Omate Sociedad Anónima, sin contar con un análisis de sus cuentas patrimoniales y valorar que en los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve solo obtuvo pérdidas.

Que los comprobantes de pago del último año de gestión –mil novecientos noventa y nueve– sustentan que los acusados decidieron la transferencia de los recursos de gasto de capital a gastos corrientes de la fuente de canon y sobrecanon, cuando tales recursos [según el artículo seis del Decreto Supremo número ochenta y ocho guión noventa y cinco guión EF] solo debían utilizarse en gastos de inversión.

Que la pericia efectuada en autos no refleja la situación real de la Municipalidad agraviada, pues los peritos indicaron que existía una sola cuenta [por lo que no se puede determinar el monto de lo debidamente ejecutado] en tanto que los Regidores señalaron –en el plenario– de forma unánime que existían hasta cuatro cuentas separadas, aperturadas en el Banco de la Nación [Foncomún, Vaso de Leche, Vigencia de Minas, Canon Minero y Sobrecanon].

II. De los cargos

Segundo: Que la acusación fiscal de fojas seiscientos trece atribuye a Alberto Raymundo Farah Dawid [Alcalde], Moisés Gerardo Huaricallo Uribe, Edgar Juan Francisco Porras Callo, Orfilio Mora Todco, Domingo Arnaldo Moreno Rosado, Torcuato Eusebio Bedoya Pastor, Manuel Quispe Huacán, Herbert Pomo Castillo, Bari Efraín Castillo Álvarez, Víctor Álvaro Alarcón Todco [Regidores], Juan Ernesto Berroa Ticona [Administrador] y Pedro Choque Medina [Contador] de la Municipalidad de Sánchez Cerro–Omate–Moquegua que en el periodo de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve ejecutaron en connivencia una serie de actos en perjuicio de la referida Municipalidad, que se advirtieron cuando la Contraloría General de la República designó a la Sociedad Auditora Uriol y Asociados Sociedad Civil para que realizara una auditoría respecto a los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve. Esta precisa lo siguiente:

A. Que los encausados no cumplieron con elaborar el Plan Operativo Institucional que permita conocer el cumplimiento de metas y objetivos previstos así como los resultados esperados, además tampoco llevaron registros que permitan evaluar su gestión de cumplimiento.
B. Que en los registros de la agraviada se encontró que con la Resolución Municipal cero diecinueve guión noventa y ocho / MPGSC y la Resolución de Alcaldía cero cuarenta y seis guión noventa y ocho / MPGSC, el Alcalde y los Regidores de la comuna acordaron y otorgaron un incremento de remuneraciones al personal contratado y permanente del veinte por ciento, a partir del uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, por un monto total de diecinueve mil cuatrocientos noventa y ocho nuevos soles, y en el caso del personal empleado eventual el incremento del treinta y cinco por ciento por una cantidad de un mil novecientos cincuenta y

siete nuevos soles. Respecto al personal obrero eventual se produjo un incremento del cuarenta y tres por ciento por una cifra ascendente a un mil seiscientos setenta nuevos soles. Estas cantidades se aplicaron al gasto del Foncomún, que representa la suma total de veintitrés mil ciento veinticinco nuevos soles, lo que importó una contravención a la ley número veintiséis mil novecientos treinta y cuatro, artículo uno, numerales uno y dos, que señala que el gasto de este fondo en su totalidad debe aplicarse para gastos corrientes y de inversión con fines de asistencia a la población damnificada por el "Fenómeno del Niño".

C. Que los acusados también acordaron el pago de gratificaciones en planillas adicionales que transgredía la Directiva cero cero dos guión INAP guión DNPA, que regula la formulación, ejecución y evaluación de la planilla única de pago de remuneraciones. Efectuaron dichos pagos con la fuente de financiamiento de Vigencia de Minas hasta por la cantidad de cuarenta y nueve mil seiscientos noventa y tres con setenta y ocho nuevos soles, lo cual transgredía el Decreto de Urgencia cero treinta y seis guión noventa y cinco que en su artículo uno establece que el derecho de Vigencia de Minas será utilizado para ejecutar programas de inversión para el desarrollo y no en gastos corrientes.

D. Que, de otro lado, en el año mil novecientos noventa y ocho no se conciliaron los saldos reales con los que aparece en el balance, pues los procesados transfirieron los recursos de gastos de capital a gastos corrientes de la fuente de Canon y Sobrecanon al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, por un monto total de cuarenta y cinco mil ochocientos cincuenta y tres nuevos soles. Ello contravenía el artículo seis del Decreto Supremo ochenta y ocho guión noventa y cinco guión EF, que dispone que tales recursos se utilizarán únicamente en gastos de inversión.

E. Que, con relación al Vaso de Leche –Programa de Apoyo Social–, no se encontró en los estados de ingresos y egresos los gastos efectuados y, en varios casos, no cuentan con la documentación sustentatoria. Además, se acumuló de manera indebida fondos del programa por un monto total de cuatro mil trescientos treinta y ocho nuevos soles en el primer semestre del año mil novecientos noventa y ocho con un destino desconocido. Recién en el siguiente semestre se efectuaron compras por dicha cantidad y se detectaron anomalías en el abastecimiento de insumos, ya que no existió un sistema de control y registro de almacén, así como documentación que evidencie la recepción de parte de los beneficiarios del programa.

F. Que, asimismo, en atención a su posición en la entidad agraviada, ejecutaron de manera indebida gastos por encima del presupuesto destinado al año mil novecientos noventa y nueve hasta por un monto total de setenta y seis mil sesenta y ocho nuevos soles, al transferir los ingresos correspondientes del rubro Canon y Sobrecanon a gastos corrientes, cuando debió transferirse a gastos de inversión.

G. Que, de otro lado, en el balance general del año mil novecientos noventa y nueve, se verifica que no se incluyó material de construcción. Ello se constató en la inspección efectuada en los almacenes Central y Mollojo –material que no estuvo valorizado–. También se descubrió que en los activos fijos adquiridos por la agraviada no existen bienes como: una impresora Canon Bic quinientos, una cámara fotográfica Canon Prime, una antena HF modelo YA guión treinta, antena base, radio transmisor, base móvil sistema VHF guión FM marca Yaesu, un amplificador de sesenta voltios, tres antenas parabólicas, un transmisor TV guión AKU, un cargador frontal, una motoniveladora, un caterpillar, un volquete volvo Diessel mil novecientos noventa

y ocho, un camión Nissan, una compresora, y una camioneta pick up marca Toyota año de fabricación mil novecientos noventa y uno.

H. Que, finalmente, los encausados adquirieron para la Municipalidad agraviada quince mil acciones, de diez nuevos soles cada una, de la empresa Agro Industria Omate Sociedad Anónima, sin contar con un análisis de cuentas patrimoniales de dicha empresa y tener en cuenta que en los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve solo obtuvo pérdidas. Esta conducta originó una disminución del cuarenta por ciento en ese último año. Además, no se estableció el quántum del valor patrimonial de dichas acciones.

III. De los antecedentes

Tercero: Que, previamente, es importante precisar que este Supremo Tribunal ha emitido pronunciamiento hasta en dos oportunidades en la presente causa. Así, la ejecutoria suprema de fojas mil ciento treinta, del doce de agosto de dos mil tres –Tomo III–, declaró nula la sentencia recurrida y ordenó que se lleve a cabo un examen financiero presupuestal y otros aspectos de gestión en la Municipalidad agraviada –fundamento jurídico segundo–, mientras que la ejecutoria suprema de fojas dos mil novecientos ochenta y uno, del treinta de mayo de dos mil siete –Tomo VI–, también declaró nula la sentencia impugnada porque afectó los principios de inmediación y concentración del juicio oral al haber suspendido hasta por treinta días la continuación de la audiencia –confróntese fundamento jurídico tercero y segundo–. En este contexto se llevó a cabo un nuevo juicio oral por la Sala Penal Superior, cuyo fallo ha sido cuestionado nuevamente por la Fiscal Superior y la parte civil. Emitido el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, el estado de la causa es el de dictar la resolución final correspondiente.

IV. De la valoración de la prueba: alegaciones, defectos y omisiones

Cuarto: Que, ahora bien, la señora Fiscal Superior refiere en su escrito impugnatorlo que el Superior Colegiado debió valorar –al momento de resolver– el Informe Especial Uriol –presentado por la Contraloría– ya que tiene el carácter de prueba preconstituida y además la Corte Suprema encontró responsabilidad penal en los implicados –ejecutoria suprema de fojas dos mil novecientos ochenta y uno–. Esta alegación del Ministerio Público, sin embargo, es incorrecta por lo siguiente:

Primero, porque la Sala Penal Superior incorporó como medio probatorio y valoró la pericia contable practicada por la Sociedad Auditora Uriol y Asociados Sociedad Civil, presentada en su oportunidad por la Contraloría General [véase al respecto, el numeral uno, del acápite vigésimo "de la prueba actuada" y los fundamentos jurídicos primero y segundo "de los hechos probados", así como el fundamento jurídico quinto "imposibilidad de juicio de subsunción penal" de la sentencia recurrida]; y,

Segundo, porque este Supremo Tribunal en ningún momento señaló que con dicho informe se acreditaba la responsabilidad penal de los acusados. Este agravio planteado por la señora Fiscal Superior [en el literal "f" de los fundamentos de su recurso de nulidad –fojas tres mil doscientos setenta– y en la oralización de piezas en la sesión de audiencia del seis de octubre de dos mil ocho –fojas tres mil ciento noventa y tres–] y tomado como argumento de evaluación por parte del señor Fiscal Supremo en lo Penal –ver dictamen de fojas diecinueve del cuadernillo–, constituye una lectura inadecuada del fundamento jurídico primero de la ejecutoria suprema del treinta de mayo de dos mil siete, por lo demás, referida a las alegaciones que formulaba el abogado de la Procuraduría Pública Anticorrupción –confróntese fojas dos mil novecientos ochenta y uno–.

Quinto: Que, sin perjuicio de lo expuesto, de la revisión minuciosa de autos se advierte que el Tribunal de Instancia no efectuó una debida apreciación de los hechos atribuidos a los encausados Farah Dawid [Alcalde], Huaricallo Uribe, Porras Callo, Mora Todco, Moreno Rosado, Bedoya Pastor, Quispe Huacán, Pamo Castillo, Castillo Álvarez, Alarcón Todco [Regidores]. También realizó una valoración sesgada e incompleta de los medios de prueba a fin de establecer su inocencia o culpabilidad, por lo que resulta viable declarar la nulidad de la sentencia recurrida.

Sexto: Que, en efecto, la sentencia impugnada se limitó a evaluar, en algunos supuestos, las discrepancias existentes entre el Informe Especial Legal de Uriol y Asociados Sociedad Civil sobre los ejercicios mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, que se practicó a la Municipalidad Provincial Sánchez Cerro–Moquegua [que corre en seis cuadernos acompañados] y el Informe Pericial Contable ordenado mediante ejecutoria suprema de fojas mil ciento treinta, del doce de agosto de dos mil tres –Tomo III–, como en el caso del pago de remuneraciones con la fuente de financiamiento de vigencia de mina. En otros, solo señaló que no se pudo determinar el hecho incriminado, específicamente, en lo referente a la transferencia de los gastos de capital a gastos corrientes de la fuente de canon y sobrecanon, y al gasto efectuado por encima del presupuesto destinado al año mil novecientos noventa y nueve. También, en algunos supuestos, refirió que se trataba de una infracción administrativa y que, en su defecto, debía ser resuelta en esta vía, como es el caso de la conciliación de saldos reales con los que contiene el balance, los pagos de gratificaciones en planillas adicionales y el material de construcción que no está ingresado contablemente. Sin embargo, todo ello debió ser resuelto y aclarado en el juicio oral con la presencia de los peritos que intervinieron en la elaboración de dichos informes.

V. Nuevo juicio oral: diligencias y alcances

Séptimo: Que, en tal sentido, es necesario llevar a cabo un nuevo juicio oral por otro Colegiado, en el que deberán comparecer los señores Raúl Uriol Alva y Elena Uriol Alva a fin de que se ratifiquen y brinden mayores alcances y precisiones acerca del Informe Especial Legal número cero ciento tres guión dos mil guión UA / MPGSC que elaboraron –que se acompañan en seis cuadernos apartes– y que atribuye responsabilidad de los hechos imputados a los encausados. También deberán concurrir al plenario los peritos Carlos Burgos Vargas y César Salinas Linares para que se ratifiquen y expliquen el Informe Pericial Contable practicado a la Municipalidad agraviada –que corre en dos cuadernos separados– y su respectiva ampliación –que también obra en cuerda separada–. Por lo demás, el Superior Colegiado deberá llevar a cabo un debate pericial sobre los puntos contradictorios para tener una mayor certeza y claridad de los cargos formulados en la acusación fiscal, que abarcan el periodo de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve.

Octavo: Que si bien la Sala Penal Superior conoce de la presente causa a partir del veintisiete de marzo de dos mil ocho –fojas dos mil novecientos noventa y siete–, en atención a la Resolución Administrativa número ciento cuarenta y tres guión dos mil cinco guión CE guión PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que incorpora la Provincia General Sánchez Cerro a la competencia del Distrito Judicial de Moquegua –anteriormente la causa se tramitó en el Distrito Judicial de Arequipa–, es importante advertir que los hechos materia de juzgamiento datan de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve, lo que ha dado lugar que se deduzca excepción de prescripción por parte de los acusados.

VI. Incidencia: excepción de prescripción

Noveno: Que, en efecto, el fundamento jurídico octavo de la sentencia recurrida se pronuncia sobre la excepción de prescripción deducida por el encausado Farah Dawid [a fojas tres mil ciento cuarenta y dos, y que la Sala Penal Superior se reservó el pronunciamiento para resolver con el fallo final –ver sesión de audiencia de fojas tres mil ciento cincuenta y siete, del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho–]. Empero, realiza un análisis deficiente en su evaluación, pues no detalla cuáles son los hechos que son materia de prescripción, en tanto y en cuanto la acusación fiscal –ver fojas seiscientos trece, que textualmente refiere: segunda parte del artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal– le atribuye, entre otros cargos, irregularidades en el manejo del Programa de Apoyo Social del Vaso de Leche, así como haber utilizado dinero del Foncomún que debía aplicarse para gastos corrientes y de inversión con fines de asistencia a la población damnificada por el "Fenómeno del Niño".

El delito de malversación de fondos previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve –texto vigente cuando se produjo los hechos imputados– establecía una penalidad máxima de ocho años cuando concurría la circunstancia agravante de que el agente haya dado una aplicación diferente al dinero o bienes que administra, y que eran destinados a fines asistencia o programas de apoyo social. En consecuencia, atendiendo a lo previsto en la parte *in fine* del artículo ochenta del Código Penal –sobre la duplicidad de los plazos de prescripción–, el plazo extraordinario de prescripción –artículo ochenta y tres– y la edad del agente al momento de la realización del hecho imputado –artículo ochenta y uno–, es de inferir que la acción penal, a la fecha, no se encuentra prescrita. Sin embargo, al no existir recurso habilitador que permita a este Supremo Tribunal conocer sobre el fondo de la materia, dicho extremo ha adquirido firmeza; empero, se exhorta a la Sala Penal Superior para que realice una correcta aplicación de las normas legales acerca de los plazos de prescripción.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal y en atención a lo dispuesto por el artículo trescientos y uno del Código de Procedimientos Penales:

I. Declararon **NULA** la sentencia de fojas tres mil doscientos treinta y uno, del trece de octubre de dos mil ocho; en consecuencia, **ORDENARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado teniendo presente lo señalado en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo de esta Ejecutoria, en el proceso seguido contra Alberto Raymundo Farah Dawid [Alcalde], Moisés Gerardo Huaricallo Uribe, Edgar Juan Francisco Porras Callo, Orfilio Mora Todco, Domingo Arnaldo Moreno Rosado, Torcuato Eusebio Bedoya Pastor, Manuel Quispe Huacan, Herbert Pamo Castillo, Bari Efraín Castillo Álvarez y Víctor Álvaro Alarcón Todco [Regidores] por delito contra la Administración Pública–peculado y malversación de fondos, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Sánchez Cerro-Omate y el Estado.

II. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que dicha sentencia contiene; y es materia del recurso.

III. **EXHORTARON** a Sala Penal Superior para que realice una correcta aplicación de las normas legales acerca de los plazos de prescripción, en atención a lo expuesto en el fundamento jurídico noveno; y los devolvieron.

SS. SAN MARTÍN CASTRO; LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; PRÍNCIPE TRUJILLO; CALDERÓN CASTILLO

DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – PECULADO DOLOSO

R.N. Nº 5434-2008-JUNÍN

CASO: Angel Berto Escobedo Castro y otros

SENTIDO DEL FALLO: No haber nulidad respecto de la condena de algunos encausados y en la reserva de juzgamiento; haber nulidad en cuanto a la pena privativa de libertad de un encausado, y nula la sentencia respecto de la absolución de otro encausado

SUMILLA: *El informe de auditoría constituye prueba preconstituida en el juicio y debe ser objeto de debate y valoración probatoria en su integridad.*

SALA PENAL PERMANENTE

Lima veintiséis de agosto de dos mil nueve

VISTOS; de conformidad en parte con lo opinado por la señora Fiscal Adjunta Suprema; interviene como ponente el señor Juez Supremo Robinson Octavio Gonzales Campos; y, **CONSIDERANDO: Primero:** Marco de impugnación: Está constituido por los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia del veinticuatro de noviembre de dos mil ocho de folios tres mil novecientos setenta y seis, por las siguientes personas: i) los procesados Ángel Berto Escobedo Castro, Woober Elías Chávez Campos, Juan Pedro Simeón Amaya, Isaías Constantino Chique Vara, Patricia Roxana De Armero Vicuña y Aníbal Rosales Contreras, en el extremo que los condenó por el delito contra la Administración Pública–peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma, a dos años de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación por el plazo de un año, así como a la suma por concepto de reparación civil de ciento setenta mil nuevos soles que deberán pagar solidariamente Escobedo Castro, Chávez Campos, Simeón Amaya y Chique Vara a favor de la entidad agraviada, y Escobedo Castro, De Armero Vicuña y Rosales Contreras doscientos cincuenta mil nuevos soles también en forma solidaria; ii) el procesado Julián Juan Reynoso Baldeón en cuanto le reserva el juzgamiento; y iii) el Fiscal Superior y el Procurador Público de la Municipalidad agraviada, en la parte que absolvió a Mario Néstor Jaime Monteverde Pomareda de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública – peculado, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma, y asimismo el Fiscal Superior en cuanto a la absolución de Walter David Cortéz Porras. **Segundo:** Hecho histórico imputada: Se atribuye los siguientes hechos: i) a los procesados Monteverde Pomareda, Cortéz Porras, Escobedo Castro, Chávez Campos, Simeón Amaya y Chique Vara, Alcalde y funcionarios de la entidad agraviada, respectivamente, la disposición de aproximadamente ciento sesenta y siete mil tres nuevos soles con veinte céntimos a través de la modalidad de entrega, sin justificación legal ni técnica, de "vales provisionales" en la forma y distribución que hace referencia el dictamen acusatorio –ver folios doscientos cuatrocientos ocho– y el primer considerando de la sentencia recurrida, es así que bajo dicha modalidad se aprecia que Monteverde Pomareda en su condición de Alcalde recibió la suma de cuatro mil ciento ochenta y ocho nuevos soles, del mismo modo Cortéz Porras –Director Municipal– nueve mil ciento setenta y dos nuevos soles con sesenta y cuatro céntimos,

Reynoso Baldeón –Gerente de Administración– mil setecientos noventa y un nuevos soles, Arturo Leonel Pizarro Puente trescientos ochenta nuevos soles, Escobedo Castro –tesorero– mil novecientos diez nuevos soles, al igual que autorizaron (sic), así como Rosales Contreras –Gerente Municipal–, Chique Vara –Director de Administración–, Chávez Campos –Gerente de Administración–, Crisanto Calderón Díaz –Tesorero–, Avellaneda Huamán –Subgerente de Contabilidad–, la entrega irregular de diversas cantidades de dinero a diferentes personas y por motivos injustificados, sin garantizar la recuperación de dichos fondos; y ii) se imputa a Rosales Contreras, Reynoso Baldeón, Pizarro Puente, De Armero Vicuña, Escobedo Castro y Vásquez Puchoc, previa concertación dispusieron de doscientos cuarenta mil nuevos soles de la partida del Fondo de Compensación Municipal sin identificar contablemente su destino oficial, para finalmente repartirse el dinero en efectivo, señalándose ciento doce mil trescientos noventa nuevos soles a Reynoso Baldeón, setenta y cinco mil noventa y dos nuevos soles con sesenta céntimos a Patricia Roxana De Armero Vicuña, veinticinco mil cincuenta nuevos soles a Escobedo Castro, diecisiete mil seiscientos ochenta nuevos soles a Rosales Contreras, nueve mil setecientos ochenta y siete nuevos soles con cuarenta céntimos a Arturo Leonel Pizarro Puente, y bajo la misma modalidad Juan Pedro Simeón Amaya como cajero general habría recibido a través de los llamados vales provisionales una alícuota de los más de ciento sesenta y siete mil nuevos soles, así como facilitó su apropiación al no cumplir con su deber de cautela de estos fondos públicos en su condición de Cajero General. **Tercero:** Fundamentos del recurso de nulidad. Los agravios expresados por los recurrentes consisten en los siguientes: i) Aníbal Rosales Contreras señala en su escrito de folios cuatro mil cuarenta que fueron sentenciados por una Sala que perdió competencia, así como que la recurrida no cumple con las exigencias de una debida motivación y se vulneró el debido proceso al ser condenados como autores cuando fueron procesados como coautores y cómplices primarios; agrega que de lo actuado se evidencia que no tuvo la intención de beneficiarse con el dinero del Estado, pues se utilizó para el beneficio de la institución agraviada, tampoco es sujeto activo del delito de peculado toda vez que dichos fondos no estuvo bajo su custodia, y además no se tuvo en consideración las pruebas de descargo; ii) Patricia Roxana De Armero Vicuña indica en su recurso de folios cuatro mil cuarenta y ocho que la recurrida transgrede su derecho de defensa al haber sido condenada como autora cuando fue instruida como coautora, siendo ello un error conceptual, al igual que lo relativo al dolo en el delito de peculado, pues no es posible el dolo eventual; asimismo, considera errónea la valoración de los medios probatorios, al haberse omitido individualizar la imputación concreta a cada procesado y no apreciar las pruebas de descargo, especialmente la pericia de parte que concluye que el dinero entregado a su persona se encuentra justificado, y que al existir una contradicción con las pericias oficiales debió disponerse un debate; por otro lado, precisa que existe contradicción de los considerandos con el fallo, pues ante los mismos hechos debe aplicarse el mismo derecho, y finalmente denuncia una falta de motivación así como que los magistrados resultan incompetentes para dictar sentencia; iii) Ángel Berto Escobedo Castro, señala en su escrito de folios cuatro mil cincuenta y cinco que existe error de hecho en el considerando sexto que declaró improcedente la tacha contra el informe número uno guión dos mil seis guión OCI, pues en su ratificación anexo correlativo A señala claramente que no existe la firma de su autor, remarcando la falsedad con que ha actuado el auditor interno de la Municipalidad; asimismo, señala errores de la propia sentencia en el considerando quinto, puntos dos, tres y cuatro; para rematar en el punto cinco reiterando su inocencia por duda existente a su favor refrendada con el informe pericial y el acta de confrontación que cita a folios cinco punto uno y cinco puntos dos; iv) Juan Pedro Simeón

Amaya, en su escrito de folios cuatro mil sesenta, igualmente señala que fue instruido como cómplice primario y condenado como autor, además denuncia la ausencia de individualización de los hechos, la falta de una pericia en el denominado hecho número uno, la falta de valoración adecuada de lo actuado y de prueba sobre el empleo privado de los caudales; v) Isaías Constantino Chique Vara en su recurso de folios cuatro mil noventa y tres, al igual que Escobedo Castro, expresa que existe error de hecho al declarar improcedente la tacha que formuló, manifestando que jamás se dijo sobre articulación o articulado, sino que no existe la firma de su autor lo que redunda en perjuicio de su derecho de defensa, y que en el poco tiempo que desempeñó la función pública ordenó las finanzas municipales, asimismo indica que se soslaya a otros funcionarios que también trabajaron en la época y que no se ha demostrado que haya tenido voluntad de apropiación alguna; vi) Woober Chávez Campos a folios cuatro mil ciento tres, señala que los documentos que presentó, especialmente el peritaje de parte de folios tres mil seiscientos siete, sustentan que no se valoró adecuadamente los elementos de descargo, y, por el contrario, favorecieron a las personas que debieron ser condenadas; agrega que lo actuado permite evidenciar que si cumplió con su función de cautela de los fondos públicos, y la recurrida no realiza una debida motivación, pues se limita a señalar generalidades; finalmente, denuncia que a pesar que se quebró el juicio oral por excederse en la suspensión de la audiencia, la Sala no la declaró nula; vii) Julián Juan Reynoso Baldeón en su escrito de folios cuatro mil ciento dieciséis también cuestiona la reserva de su juzgamiento; viii) Por su lado, el Fiscal Superior en su escrito de fundamentación de folios cuatro mil ciento diecinueve cuestiona el extremo que absuelve a Monteverde Pomareda y Cortéz Porras, pues en su condición de Alcalde y Gerente de la Municipalidad, respectivamente, resultan también responsables de las irregularidades cometidas, pasando a continuación a realizar una relación de los medios probatorios, pidiendo finalmente se declare la nulidad en este extremo; y ix) El Procurador Público a folios cuatro mil ciento treinta y seis, igualmente cuestiona la absolución de Monteverde Pomareda, señalando que en su condición de Alcalde resulta aún más responsable que los condenados en los hechos investigados. **Cuarto:** Base legal. A manera de introducción es menester precisar que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de "infracción de deber", que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o "relaciones extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento –con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial– explica la existencia del delito de infracción de deber" (Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, dos mil siete, página ciento noventa). En este contexto, el delito de peculado doloso previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal se configura cuando concurren: a) la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo, y los caudales o efectos del Estado; b) la percepción, administración o custodia; c) las modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) el destinatario , para sí o para otro; y e) el objeto de la acción: los caudales o efectos del Estado. **Quinto:** Condición jurídica de los procesados: Partiendo de estas premisas, es menester señalar que los fundamentos esgrimidos por los condenados recurrentes son repetitivos a los expuestos en el juicio oral, los que fueron debidamente apreciados, controvertidos y desvirtuados por los considerandos de la sentencia de mérito, sin que para recurrir hayan sido replicados (naturaleza de los medios impugnatorios). **Sexto:** Que, no obstante esta omisión (cuestionar los fundamentos de la sentencia de mérito), considera este Supremo Tribunal que los sentenciados Escobedo Castro en su calidad de Tesorero de

la comuna agraviada, Chávez Campos y Chique Vara Gerente de Administración y Director de Administración, respectivamente, y Simeón Amaya Cajero General, resultaban ser los responsables de administrar y custodiar adecuadamente los caudales estatales, conforme lo dispone el literal "a" del inciso tres del artículo cincuenta y cuatro y literal "b" del inciso tres del artículo sesenta y uno del Reglamento de Organización y Funciones, y del Manual de Organización y Funciones de la Oficina de Administración, aprobado en mil novecientos noventa y nueve de la Municipalidad agraviada, empero, de autos se evidencia que quebrantaron estos deberes que se originaron por razón de sus cargos, al demostrarse que cometieron las conductas atribuidas en el punto uno de la hipótesis incriminatoria, consistente en que durante el periodo del uno de enero de dos mil tres al treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, indebidamente, a través de "vales provisionales", dispusieron el retiro de diversas cantidades de dinero de los fondos recaudados diariamente en la Oficina de Caja de la Comuna –ver folios cuatrocientos siete al cuatrocientos diez, cuatrocientos treinta y dos al cuatrocientos treinta y ocho, cuatrocientos cuarenta a cuatrocientos cuarenta y uno y cuatrocientos cincuenta y seis; trescientos noventa, cuatrocientos doce, cuatrocientos catorce al cuatrocientos dieciséis, cuatrocientos diecinueve al cuatrocientos treinta y dos; y trescientos noventa y dos, trescientos noventa y ocho, cuatrocientos uno, cuatrocientos cuarenta y dos, cuatrocientos cuarenta y cinco, cuatrocientos cincuenta y siete, cuatrocientos cincuenta y nueve, cuatrocientos sesenta y uno y cuatrocientos sesenta y dos, respectivamente–, las que por cierto no tenían ninguna justificación documentada y además estos títulos valores no se encontraban autorizados para realizar gastos cotidianos, siendo que el monto cobrado, descontando los que fueron objeto de rendición de cuentas, asciende a la suma de ciento sesenta y cuatro mil cuatrocientos diecisiete nuevos soles con treinta y seis céntimos, montos dinerarios que no fueron devueltos a la Municipalidad agraviada ni se rindieron cuentas con los respectivos documentos (válidos) –ver examen especial de folios doscientos setenta, documentos anexados al examen especial de folios doscientos noventa y cuatro a quinientos veintidós, quinta conclusión de la pericia contable ampliatoria de folios tres mil cuatrocientos ochenta y siete, folios ciento veinticinco del libro de arqueo, fotocopiado de folios tres mil quinientos cuarenta y cuatro vuelta, e instrumental de folios tres mil seiscientos treinta y ocho–, y tampoco se evidencia que hayan realizado conductas positivas tendientes a recuperar o cautelar el debido uso de estos dineros desembolsados, a pesar que eran de su plena cognición estas obligaciones institucionales en su condición tanto de funcionarios como servidores públicos, demostrándose de esta forma que estos procesados incumpliendo sus deberes (institucionales) se apropiaron en algunos casos para sí –Escobedo Castro de la suma de mil novecientos diez nuevos soles– y en otros permitieron que terceros se beneficiaran de los caudales estatales; y no habiéndose acreditado que estos fondos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, por cuyo motivo sus conductas en este extremo configuran el delito de peculado previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal. **Séptimo:** Que, por otro lado, también se encuentra, acreditado que los procesados Escobedo Castro –Tesorero–, De Armero Vicuña –Jefe de Obras– y Rosales Contreras –Gerente Municipal–, se beneficiaron de los montos de veinticinco mil cincuenta nuevos soles, setenta y cinco mil noventa y dos nuevos soles con sesenta céntimos y diecisiete mil seiscientos ochenta nuevos soles, respectivamente, provenientes de los doscientos cuarenta mil nuevos soles que fueron retirados de las cuentas correspondientes al Fondo de Compensación Municipal –Finver y Canon Hidroenergético– del Banco de la Nación por Percy Javier Vásquez Puchoc –ver informe especial de folios doscientos cincuenta y cuatro, e informe de folios dos mil ochocientos dieciocho–,

pues estos montos dinerarios les fueron entregados en su calidad de funcionarios y servidores públicos, por cuyo motivo asumieron el deber de su correcta administración, custodia y cautela, sin embargo de autos no se evidencia que hayan cumplido cabalmente con estos deberes asignados, sino que las infringieron al no cumplir hasta la fecha con devolver los citados montos dinerarios confiados ni con efectuar su debida rendición de cuentas –ver informe de folios doscientos setenta, dictámenes periciales de folios dos mil trescientos nueve, tres mil quinientos cincuenta y uno y tres mil cuatrocientos ochenta y siete–, lo que permite suponer que se apropiaron de esos caudales estatales teniendo pleno conocimiento que este proceder tenía contenido penal (dolo), por tal motivo sus conductas se subsumen en el tipo penal de peculado previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal. **Octavo:** Que, respecto a las alegaciones de Rosales Contreras, De Armero Vicuña y Simeón Amaya referente a que fueron condenados por una calidad que no fueron instruidos, no importa una vulneración al principio de congruencia, de defensa ni acusatorio, pues el órgano jurisdiccional está autorizado a determinar la concreta participación de los procesados mientras exista coherencia fáctica y normativa, facultad reconocida en toda su extensión en el punto ocho del Acuerdo Plenario número cinco guión dos mil siete oblicua CJ guión ciento dieciséis, cuando señala que es posible variar el grado de participación del agente por el tribunal de alzada, siempre que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencia jurídicas ni comprometa lesivamente el ámbito de la ejecución penal; asimismo, cabe indicar que la Sala Superior tuvo en consideración la integridad de las pruebas actuadas, conforme se evidencia del segundo considerando de la recurrida referido a los medios probatorios, donde se encuentran detalladas las pruebas de descargo e incluso las pericias contables de parte presentados por los inculpados Escobedo Castro y De Armero Vicuña, las que por cierto carecen de entidad suficiente para enervar la contundencia de las pruebas de cargo, especialmente porque estos dictámenes se sustentaron en documentos que no se encuentran en los archivos de la Municipalidad, por cuyo motivo no pudieron ser objeto de control de veracidad, a través de la técnica de cruce de información con las entidades contraloras correspondientes u otras formas de control (como determinar en qué porcentaje se habría justificado con declaraciones juradas), y considerados en el informe especial que dio origen al presente proceso, y además, que estos documentos sustentatorios carecen de validez al ser irregular tanto los desembolsos efectuados como los gastos realizados. **Noveno:** Aparte, tampoco resulta de asidero la tacha formulada contra el informe de auditoría, pues constituye una prueba preconstituida, debiendo ser objeto de debate y valoración probatoria en juicio en su integridad, y no como se pretende mediante observaciones parciales, que por cierto en nada enerva su contenido probatorio, sobre todo si dicho documento aparece con la firma del auditor –ver folios doscientos noventa y tres–; igualmente, el cuestionamiento al desarrollo de las audiencias de juzgamiento, pues se llevaron dentro los plazos y formalidades señaladas por ley, así como el referente a la competencia del tribunal sentenciador, toda vez que la reconformación de la Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Junín por motivo del nuevo año judicial, en modo alguno deslegitima a este Colegiado continuar conocimiento el juzgamiento hasta su etapa final (sentencia), tanto más si las partes procesales no cuestionaron oportunamente la idoneidad e imparcialidad de sus integrantes; por lo que las condenas impuestas por el Colegiado Superior se encuentran arreglados a Derecho. **Décimo:** Que, en lo concerniente al extremo que absuelve a Monteverde Pomareda, cabe indicar que la Sala Superior no efectuó una adecuada apreciación de los hechos y valoración de las pruebas actuadas, pues este en su condición de Alcalde de la comuna agraviada ostentaría una posición dominante en la administración, máxime si sería el titular del pliego por disposición legal y reglamentaria, por ende, la autoridad máxima de la Municipalidad y la

más interesada en la correcta administración de los fondos públicos; en consecuencia, habría incurrido en "infracción de deber" al haber permitido el desembolso de dinero vía "vales provisionales" y no haber tomado ninguna medida para su recuperación, por cuyo motivo su conducta tendría contenido penal, y resulta necesario que en un nuevo juzgamiento se dilucide correctamente su situación jurídica. **Décimo Primero:** Que, el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra el extremo absolutorio de Walter David Cortez Porras resulta improcedente, pues lo realizó extemporáneamente –ver folios cuatro mil ciento diecinueve–, al formularlo recién mediante el escrito de fundamentación del nueve de diciembre de dos mil ocho cuando la sentencia se dictó el veinticuatro de noviembre del mismo año, esto es, vencido el plazo de veinticuatro horas a que hace referencia el artículo doscientos ochenta y nueve del Código de Procedimientos Penales. **Décimo Segundo:** Dosificación de la pena: Para los efectos de verificar la dosificación de la pena impuesta debe estimarse que las exigencias que determinan su aplicación no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, que constituye un límite al *ius puniendi* en tanto procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que estas en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena -preventiva, protectora y resocializadora-, conforme lo prevé el numeral seis del artículo cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que ha sido recogido en el numeral veintiuno y veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política y en el artículo nueve del Título Preliminar del Código Penal; criterios legales y de razonabilidad que no fueron apreciados adecuadamente por el Colegiado Superior al imponer la sanción penal a los condenados Escobedo Castro, Chávez Campos, Simeón Amaya, De Armero Vicuña y Rosales Contreras, pues atendiendo a sus condiciones personales establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, y especialmente al grave perjuicio patrimonial ocasionado al Estado con sus conductas ilícitas (infracción de deber), deberían ser merecedores de una pena aún mayor, pero al no haber impugnado el representante del Ministerio Público en este extremo y en aplicación del principio de la *non reformatio in peius*, solo corresponde confirmar las penas impuestas a los citados condenados. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto del condenado Chique Vara, pues a diferencia de sus cosentenciados, se le condenó solo por haber dispuesto desembolsos de dinero mediante "vales provisionales" y además que su deber de cautela sobre estos caudales se reduce a un periodo de tres meses, por cuyo motivo el reproche penal no puede ser de la misma magnitud, aún más si no se apropió para sí de dinero alguno del Estado, por lo que atendiendo a los principios mencionados precedentemente, y especialmente al de proporcionalidad concreta y a la humanización de las penas, estima este Supremo Tribunal que corresponde imponerle al citado encausado una pena suspendida, la que resultara suficiente para disuadir que no vuelva a cometer un nuevo delito. En tanto que los montos por concepto de reparación civil y la forma de su pago se encuentran arreglados a Derecho por resultar proporcionales al daño causado al Estado y su naturaleza siempre es solidaria. **Décimo Tercero:** Que, con relación al recurso de nulidad formulado contra la reserva de juzgamiento del procesado Julián Juan Reynoso Baldeón, este Supremo Tribunal considera que lo resuelto por el Colegiado Superior se arregla a ley, pues aún subsisten indicios que permiten inferir acerca de su participación en el evento delictivo que se le imputa en el dictamen acusatorio, consistente a la disposición irregular e indeterminada de vales provisionales por un aproximado de ciento sesenta y siete mil tres nuevos soles con veinte céntimos, a través de la modalidad de entrega sin justificación de "vales provisionales", además porque desempeñando la función de Gerente de Administración de la comuna de Tarma, habría emitido parte de

estos vales así como habría recibido la suma de mil setecientos noventa y un nuevos soles, de cuyos montos se desconocería su destino al no haberse devuelto así como justificado documentadamente su gasto, por cuyo motivo resulta necesario su presencia en el juzgamiento a fin que responda acerca de los cargos formulados en su contra y de esta forma materialice su derecho de defensa. **Décimo Cuarto:** Que, por otro lado, advirtiéndose que en la parte resolutiva de la sentencia recurrida se consigna incompletamente los nombres de los sentenciados Chávez Campos y Chique Vara, por lo que es del caso comprenderlos por sus nombres completos Woober Elías Chávez Campos e Isaías Constantino Chique Vara. Por estas consideraciones: Declararon: **I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veinticuatro de noviembre de dos mil ocho de folios tres mil novecientos setenta y seis, en el extremo que condenó a Ángel Berto Escobedo Castro, Woober Elías Chávez Campos, Juan Pedro Simeón Amaya e Isaías Constantino Chique Vara, por el delito contra la Administración Pública-peculado doloso (no devolución de ciento sesenta y cuatro mil cuatrocientos diecisiete nuevo soles), en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma, y condenó a Ángel Berto Escobedo Castro, Patricia Roxana De Armero Vicuña y Aníbal Rosales Contreras, por el delito contra la Administración Pública-peculado doloso (haberse distribuido de la suma de doscientos cuarenta mil nuevos soles), en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma, asimismo a la pena de dos años de privativa de libertad efectiva impuesta a Ángel Berto Escobedo Castro, Woober Elías Chávez Campos, Juan Pedro Simeón Amaya, Patricia Roxana De Armero Vicuña y Aníbal Rosales Contreras, la inhabilitación impuestas a todos los condenados por el plazo de un año, así como al pago por concepto de reparación civil de ciento setenta mil nuevos soles que deberán pagar solidariamente Escobedo Castro, Chávez Campos, Simeón Amaya y Chique Vara a favor de la entidad agraviada, y doscientos cincuenta mil nuevos soles también en forma solidaria Escobedo Castro, De Armero Vicuña y Rosales Contreras; **II. HABER NULIDAD** en la parte que impuso a Isaías Constantino Chique Vara dos años de pena privativa de libertad efectiva, y reformándola le impusieron dos años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de un año, sujeta a las siguientes reglas de conducta: a) no ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización del juzgado, b) no variar de domicilio sin previo aviso del juzgador, y c) concurrir al local de juzgado cada treinta días a dar cuenta de sus actividades, bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad de la pena de conformidad a lo dispuesto por el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; **ORDENARON** la inmediata libertad del encausado Isaías Constantino Chique Vara, salvo mandato en contrario dictado por autoridad competente; **OFICIARON** para tal efecto vía fax a la Sala Mixta Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín; **III. NO HABER NULIDAD** en cuanto se reserva el juzgamiento a Julián Juan Reynoso Baldeón; **IV. NULA** el extremo de la sentencia que absuelve a Mario Néstor Jaime Monteverde Pomareda de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública – peculado, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma; **MANDARON** se realice un nuevo juzgamiento por otro Colegiado, debiendo tener presente lo expuesto en la presente ejecutoria; **V. NULA** la resolución de folios cuatro mil ciento veintisiete en cuanto concede el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior en el extremo que absolvió a Walter David Cortéz Porras por el delito de peculado doloso, e **IMPROCEDENTE** el recurso de su propósito; y, **VI. NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia de recurso; interviene el señor Juez Supremo Neyra Flores por impedimento del señor Juez Supremo Zevallos Soto; y los devolvieron.

SS. GONZALES CAMPOS; BARRIENTOS PEÑA; ROJAS MARAVÍ; ARELLANO SERQUÉN; NEYRA FLORES

ANEXO V

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEBE RESPONDER A PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO

CASO: López Mendoza vs. Venezuela

SENTENCIA DE 1 DE SETIEMBRE DE 2011

(FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

> **SUMILLA :** *En el presente caso la Corte Interamericana señala que el procedimiento sancionador debe desarrollarse sobre la base del derecho de defensa, derecho a recurrir la sanción, presunción de inocencia, derecho a ser oído, deber de motivación y plazo razonable. Asimismo, precisa que la sanción de inhabilitación solo puede ejercerse en sede judicial.*

En el caso **López Mendoza**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces[(1)]:

Diego García-Sayán, Presidente;

Manuel E. Ventura Robles, Juez;

Margarette May Macaulay, Jueza;

Rhadys Abreu Blondet, Jueza;

Alberto Pérez Pérez, Juez, y

Eduardo Vio Grossi, Juez; presente[(2)], además, Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 30, 32, 38 y 61 del Reglamento de la Corte[(3)] (en adelante "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

---

(1) El Juez Leonardo Franco informó al Tribunal que por motivos de fuerza mayor no podía estar presente en la deliberación y firma de la presente Sentencia.

(2) La Secretaria Adjunta, Emilia Segares Rodríguez, informó al Tribunal que por motivos de fuerza mayor no podía estar presente en la deliberación de la presente Sentencia.

(3) Conforme a lo dispuesto en el artículo 79.1 del Reglamento de la Corte Interamericana que entró en vigor el 1 de enero de 2010, "[l]os casos contenciosos que ya se hubiesen sometido a la consideración de la Corte antes del 1 de enero de 2010 se continuarán tramitando, hasta que se emita sentencia, conforme al Reglamento anterior". De ese modo, el Reglamento de la Corte aplicado en el presente caso corresponde al instrumento aprobado por el Tribunal en su XLIX Periodo Ordinario de Sesiones celebrado del 16 a 25 de noviembre de 2000, reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, y que estuvo en vigor desde el 24 de marzo de 2009 hasta el 1 de enero de 2010.

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 14 de diciembre de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República Bolivariana de Venezuela (en adelante "el Estado" o "Venezuela") en relación con el caso Nº 12.668, *Leopoldo López Mendoza,* originado mediante petición recibida en la Comisión el 4 de marzo de 2008 y registrada bajo el Nº 275-08. El 25 de julio de 2008 la Comisión emitió el Informe de Admisibilidad Nº 67/08(4). El 8 de agosto de 2009 la Comisión adoptó el Informe de Fondo Nº 92/09 y lo transmitió al Estado concediéndole un plazo de dos meses para que informara sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión(5). Después de considerar que Venezuela no había adoptado las recomendaciones incluidas en dicho informe, la Comisión decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte. La Comisión designó al señor Paulo Sérgio Pinheiro, Comisionado, y al señor Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, como Delegados, y a la señora Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y a la señora Karla I. Quintana Osuna, Especialista de la Secretaría Ejecutiva, como asesoras legales.
2. La demanda se relaciona con la alegada "responsabilidad internacional [del Estado al] haber inhabilitado al señor López Mendoza (...) para el ejercicio de la función pública por vía administrativa en [supuesta] contravención con los estándares convencionales[;] haber prohibido su participación en las elecciones regionales del año 2008, así como por no haber otorgado las garantías judiciales y protección judicial pertinentes ni (...) una reparación adecuada". De acuerdo con la demanda, "al momento de adoptar la decisión de inhabilitación para el ejercicio de la función pública de[l señor] López Mendoza, el Contralor [General] de la República y, en revisión, la Sala Político Administrativa de[l Tribunal Supremo de Justicia], no elaboraron argumentos adicionales que sustentaran la aplicación de una sanción más gravosa a [una] multa [previamente impuesta], ni (...) ofrecieron argumentos que calificaran el tipo de conducta ilícita y su correspondencia con la imposición de una de las máximas sanciones accesorias".
3. La Comisión solicitó a la Corte que declarara al Estado venezolano responsable de la violación de los artículos 23 (Derechos Políticos), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), conjuntamente con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la

(4) En el Informe de Admisibilidad N° 67/08 la Comisión "[d]eclar[ó] admisible la petición bajo estudio, con relación a los derechos consagrados en los artículos 23, 8 y 25 de la Convención Americana, en conexión con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento". Informe de Admisibilidad N° 67/08 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, apéndices 1 y 2, folio 10).

(5) En el Informe de Fondo Nº 92/09 la Comisión concluyó que "el Estado ha[bía] incurrido en responsabilidad internacional por la violación de los derechos políticos (artículo 23); el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial (artículos 8.1 y 25), conjuntamente con las obligaciones de respeto y garantía y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en la Convención Americana (artículos 1.1 y 2, respectivamente)". La Comisión recomendó al Estado: i) "[a]doptar las medidas necesarias para reestablecer los derechos políticos del señor Leopoldo López Mendoza"; ii) "[a]decuar el ordenamiento jurídico interno, en particular el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal que impone la inhabilitación para la postulación a un cargo de elección popular, a las disposiciones del artículo 23 de la Convención Americana", y iii) "[f]ortalecer las garantías del debido proceso en los procedimientos administrativos de la Contraloría General de la República conforme a los estándares del artículo 8 de la Convención Americana". Informe de Fondo N° 92/09 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, apéndices 1 y 2, folio 51).

Convención Americana, en perjuicio del señor López Mendoza. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación, así como el pago de costas y gastos.

4. La demanda fue notificada al Estado y a los representantes de la presunta víctima, señores Enrique Sánchez Falcón y José Antonio Maes Aponte (en adelante "los representantes"), el 15 de enero de 2010.

5. El 19 de marzo de 2010 los representantes presentaron ante la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante, "escrito de solicitudes y argumentos"), en los términos del artículo 37 del Reglamento. En este escrito hicieron alusión a los hechos señalados en la demanda de la Comisión, ampliando cierta información sobre los mismos y puntualizando su solicitud de declaración de responsabilidad estatal por la violación de los artículos 23.1 b, 23.2, 8.1, 8.4, 24 y 25, en concordancia con los artículos 1.1 y 2, todos de la Convención Americana. Concretamente, los representantes indicaron que al señor López Mendoza no se le reconocieron los derechos a "(i) ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores[;] (ii) (...) no limitar el ejercicio de los derechos políticos, salvo por sentencia definitiva emitida por un juez competente, previo proceso penal[;] (iii) (...) ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones[;] (iv) (...) ser sancionado por los mismos hechos con base en los cuales ha sido previamente sancionado o absuelto por la autoridad competente[,] y (v) a la protección judicial". Además, agregaron que el señor López Mendoza fue víctima de la violación de la igualdad ante la ley. Finalmente, solicitaron diversas medidas de reparación.

6. El 4 de junio de 2010 el Estado presentó su escrito de interposición de excepción preliminar, contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante "contestación de la demanda"), en los términos del artículo 39 del Reglamento. En dicho escrito el Estado interpuso una excepción preliminar denominada por él mismo como "la parcialidad en las funciones que desempeñan algunos de los jueces integrantes de la Corte"[6]. Asimismo, el Estado negó su responsabilidad internacional respecto a la violación de los derechos alegados por las demás partes. Venezuela designó al señor Germán Saltrón Negretti como Agente del Estado en el presente caso.

II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

7. Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2010[7], el Presidente de la Corte (en adelante "el Presidente") ordenó recibir las declaraciones rendidas ante fedatario

(6) El Presidente en funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Alberto Pérez Pérez, emitió la Resolución de 3 de septiembre de 2010 con relación a esta alegada excepción preliminar presentada en la contestación de la demanda. En dicha resolución, inter alia, declaró "que la alegación de falta de imparcialidad en las funciones que desempeñan algunos de los Jueces integrantes de la Corte, presentada por el Estado como excepción preliminar no tiene tal carácter". Asimismo, dispuso que corresponde que la Corte, con su composición íntegra, continúe conociendo plenamente del caso hasta su conclusión. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Resolución del Presidente en funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de septiembre de 2010. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/lopez.pdf>

(7) Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/lopez1.pdf>.

público (*affidávit*) de una testigo propuesta por el Estado y de cuatro peritos, dos propuestos por la Comisión, uno por los representantes y una por el Estado. Además, el Presidente convocó a las partes a una audiencia pública para escuchar la declaración de la presunta víctima, propuesta por la Comisión; de un testigo propuesto por el Estado; y de cuatro peritos, dos propuestos por los representantes y dos por el Estado; así como para escuchar los alegatos finales orales de las partes sobre el fondo y eventuales reparaciones y costas en el presente caso.

8. El 25 de enero de 2011 la Comisión Interamericana informó que el señor Fabián Aguinaco Bravo, perito propuesto por esta, "lamentablemente no c[ontaba] con 'el tiempo necesario para desahogar el [dictamen] requerido'" en la Resolución de 23 de diciembre de 2010 (*supra* párr. 7). En ese sentido, la Comisión "solicit[ó] la sustitución del [señor] Aguinaco Bravo por el [señor] Pedro Salazar Ugarte, (...) para que se refiera al [mismo] objeto del peritaje". Al respecto, mediante nota de la Secretaría de 31 de enero de 2011, se observó que: i) la Comisión presentó su lista definitiva de declarantes el 8 de noviembre de 2010, en la que confirmó la propuesta del peritaje del señor Aguinaco; ii) la resolución de convocatoria a audiencia fue notificada el 23 de diciembre de 2010 y se otorgó un plazo de más de un mes, para presentar la declaración pericial concernida; iii) el 4 de enero de 2011 la Comisión solicitó una ampliación para presentar las declaraciones ante fedatario público de los peritos convocados en la resolución y no hizo mención alguna a la situación del señor Aguinaco, solicitud de prórroga que fue concedida, y iv) no se acreditó una situación clara y específica de fuerza mayor que pudiese justificar dicha solicitud. Por todo lo expuesto, se rechazó la referida solicitud de sustitución.
9. La audiencia pública fue celebrada los días 1 y 2 de marzo de 2011 durante el 90 Periodo Ordinario de Sesiones de la Corte[8], llevado a cabo en su sede, en la ciudad de San José, Costa Rica.
10. Por otra parte, el Tribunal recibió escritos[9] en calidad de *amicus curiae* de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional[10]; *The Human Rights Foundation*[11]; el señor Jorge Castañeda Gutman[12]; el señor Hugo Mario Wortman Jofre[13], y de *The Carter Center*[14]. Estos escritos desarrollaron diversas ideas en torno a las garantías judiciales y los derechos políticos.
11. Mediante nota de la Secretaría de la Corte de 8 de marzo de 2011 se solicitó a las partes que, junto con sus alegatos finales escritos, presentaran argumentos y

(8) A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Paulo Sérgio Pinheiro, Comisionado; Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta; Lilly Ching Soto, asesora, y Silvia Serrano Guzmán, asesora; b) por los representantes: José Antonio Maes, Enrique J. Sánchez Falcón, Carlos Vecchio, Bernardo Pulido Márquez, y Juan Carlos Gutiérrez, y c) por el Estado: Germán Saltrón Negretti, Agente del Estado para los Derechos Humanos; Alexander Elías Pérez Abreu; Luisangela Andarcia, Abogada de la Agencia del Estado, y Mónica Gioconda Misticchio Tortorella.

(9) Además de los *amicus curiae*, el Tribunal recibió otros escritos que no tenían ninguna utilidad para el presente caso y, por ello, no son admitidos ni mencionados en la presente Sentencia.

(10) El escrito fue presentado el 20 de diciembre de 2010 por Jesús María Casal, Lolymar Hernández y José Vicente Haro, presidente y miembros de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, respectivamente.

(11) El escrito fue presentado el 25 de febrero de 2011 por el señor Javier El-Hage, en su condición de Director Ejecutivo de The Human Rights Foundation.

(12) El escrito fue presentado el 1 de marzo de 2011.

(13) El escrito fue presentado el 1 de marzo de 2011.

(14) El escrito fue presentado el 16 de marzo de 2011 por el señor John B. Hardman, en representación de The Carter Center.

documentación de respaldo, en su caso, en relación con diversos temas concernientes al presente caso[15].

12. El 1 y 2 de abril de 2011 los representantes, el Estado, y la Comisión Interamericana, respectivamente, remitieron sus alegatos finales escritos. El 5 y 8 de abril de 2011 los representantes y el Estado, respectivamente, remitieron los anexos a sus correspondientes alegatos finales escritos. Mediante nota de la Secretaría de la Corte de 12 de abril de 2011, siguiendo instrucciones del Presidente del Tribunal, se informó a las partes que disponían de un plazo hasta el 25 de abril de 2011 para referirse específicamente, si lo estimaban pertinente, a la información y anexos remitidos

(15) Para la Comisión Interamericana: a) La Comisión indicó en la demanda que un lapso de 3 años para resolver una demanda presentada ante lo contencioso administrativo no cumple con el criterio de plazo razonable. Se solicitó precisar con más detalle las razones por las cuales se considera excesivo este plazo; b) en su demanda la Comisión alegó que el recurso de nulidad por los hechos relacionados con las donaciones de PDVSA no había sido resuelto a tres años de la fecha de su interposición. A partir de ello derivó violaciones a la Convención. No obstante, en el expediente se observa que este recurso fue contestado el 1 de abril de 2009, antes de la presentación de la demanda a esta Corte. En opinión de la Comisión, ¿persisten aún las violaciones de la Convención en relación con dicho recurso de nulidad? Para la Comisión Interamericana, los representantes y el Estado: c) Teniendo en cuenta el tipo de cambio oficial del dólar americano en la época de los hechos, ¿A cuántos dólares corresponde el valor de las multas impuestas al señor López Mendoza? Igualmente, especificar el cambio oficial a dólares americanos de los montos de las dos donaciones que fueran entregadas a la Asociación Civil Primero Justicia; d) ¿El artículo 105 de la LOCGRSNCF se ajusta a los criterios señalados en los artículos 29.a y 30 de la Convención y en la Opinión Consultiva OC-6 de 1986?; e) Del expediente aportado a la Corte se entiende que la Comisión y los representantes han alegado que por la naturaleza de los procedimientos administrativos estos no brindan garantías semejantes a las de un proceso penal. El Estado ha expresado lo contrario. De tal forma, se solicitó indicar ¿por qué se sostiene que un trámite penal habría brindado más garantías al señor López Mendoza en el presente caso? Asimismo, señalar ¿cuáles fueron, a juicio de la Comisión y los representantes, los hechos concretos con los que se afectaron las garantías judiciales? En concreto, ¿qué recursos administrativos o judiciales no se pudieron presentar? y ¿qué aspecto del derecho a la defensa no se pudo ejercer?; f) ¿Cuáles fueron las dificultades específicas que se presentaron para que los recursos no pudieran cumplir con los estándares del debido proceso?; g) El derecho comparado es una fuente de interpretación en el derecho internacional. Se solicitó a las partes presentar sus argumentos sobre la normatividad y prácticas en otros países de la región, en los que existen espacios no judiciales que permiten imponer medidas administrativas sancionatorias que incluyen la inhabilitación para ejercer cargos públicos o medidas con un sentido similar. A manera de ejemplo, se mencionaron los siguientes: Argentina (artículos 30 y 33 de la Ley Marco Nº 25.164 de Regulación de Empleo Público Nacional), Colombia (artículo 44 del Código Disciplinario Único- competencia de la Procuraduría General de la Nación), Costa Rica (artículo 146 del Código Electoral- Ley Nº 8765), México (artículo 13 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos), Perú (Ley Marco 28175 del Empleo Público y artículo 159 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones) y República Dominicana (artículo 84 de la Ley Nº 41-08 de Función Pública). En este sentido, se requirió ahondar respecto a la interpretación general de lo que esto amerita, en términos de los derechos políticos, como uno de los elementos de interpretación del derecho internacional. Para el Estado: h) ¿cuál es el estado de la denuncia interpuesta ante el Fiscal General de la República respecto a los supuestos intentos de homicidio en contra del señor López Mendoza?; i) precisión de los órganos que pueden declarar la responsabilidad administrativa y los que están facultados a aplicar las sanciones establecidas en el artículo 105 LOCGRSNCF; j) ¿cuál es el estándar probatorio utilizado en la etapa de investigación de la responsabilidad administrativa y de declaración de inhabilitación en el ejercicio de las funciones públicas?; k) garantías procesales esenciales en el proceso específico de declaración de inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas; l) ¿cuáles son las diferencias entre los conceptos de suspensión, destitución e inhabilitación establecidos en el artículo 105 de la LOCGRSNCF?; m) ¿existe alguna norma en la que se indique que el Contralor deberá esperar a que una declaración de responsabilidad quede firme hasta poder declarar la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas?; n) la Convención Interamericana contra la Corrupción establece la obligación de tipificar en el ordenamiento jurídico los actos de corrupción. En este sentido, indicar ¿cuál es la norma en el ordenamiento jurídico venezolano que tipifica las conductas en las que presuntamente incurrió el señor López Mendoza? En caso de que dichas conductas sean delito, indicar ¿por qué no se inició una acción penal en el presente caso en contra del señor López Mendoza? y o) de acuerdo con los hechos del presente caso, al señor López Mendoza se le impuso una multa de un millón doscientos cuarenta y tres mil doscientos bolívares (Bs. 1.243.200,00) por los hechos relacionados con la empresa PDVSA. Por los mismos hechos, consta en el expediente que se le inhabilitó por 3 años. Atendiendo a los criterios de proporcionalidad de la pena, ¿considera el Estado que una multa que fue impuesta por un millón doscientos cuarenta y tres mil doscientos bolívares (Bs. 1.243.200,00) es proporcional, a su vez, a una inhabilidad por 3 años?

por los representantes y por el Estado, en respuesta a las preguntas formuladas por los jueces del Tribunal mediante nota de la Secretaría de 8 de marzo de 2011 (*supra* párr. 11). Se precisó que cualquier otro alegato adicional no sería considerado por la Corte. El 25 de abril de 2011 los representantes, la Comisión y el Estado presentaron sus observaciones.

13. El 10 de mayo de 2011 los representantes presentaron "observaciones" a las observaciones que formulara el Estado respecto a la información y anexos remitidos por los representantes y la Comisión Interamericana como respuesta a las preguntas de los jueces del Tribunal transmitidas mediante nota de la Secretaría de 8 de marzo de 2011 (*supra* párrs. 11 y 12). Mediante nota de la Secretaría de la Corte de 25 de mayo de 2011, se hizo notar que las citadas "observaciones" de los representantes no fueron solicitadas por este Tribunal ni por su Presidente. Sin embargo, el Tribunal admite dichas observaciones únicamente en lo pertinente para determinar, de ser necesario, las costas y gastos en el presente caso.

III. COMPETENCIA

14. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer el presente caso, en razón de que Venezuela es Estado Parte en la Convención Americana desde el 9 de agosto de 1977 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 24 de junio de 1981.

IV. PRUEBA

15. Con base en lo establecido en los artículos 46 y 50 del Reglamento, así como en su jurisprudencia relativa a la prueba y su apreciación[16], la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes en diversas oportunidades procesales, así como las declaraciones de la presunta víctima, los testimonios y los dictámenes periciales rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público y en la audiencia pública ante la Corte, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas por el Tribunal. Para ello, el Tribunal se atendrá a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente[17].

1. Prueba documental, testimonial y pericial

16. El Tribunal recibió la declaración rendida ante fedatario público (*affidávit*) por tres peritos y una testigo:

    a) **Humberto Nogueira Alcalá,** perito propuesto por la Comisión, Profesor Universitario, quien rindió dictamen sobre: i) los límites permisibles y el alcance de los derechos políticos a la luz de los estándares interamericanos e internacionales, y ii) "la compatibilidad del proceso administrativo ejercido por la Contraloría General de la República de Venezuela para imponer inhabilidades públicas a la luz de los derechos consagrados en la Convención Americana";

    b) **Jorge Carpizo,** perito propuesto por los representantes, Profesor de la División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad

(16) Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C Nº 76, párr. 50; caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C Nº 224, párr. 19, y caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C Nº 227, párr. 26.

(17) Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C Nº 37, párr. 76; caso Vera Vera y otra, supra nota 13, párr. 19, y caso Chocrón Chocrón, supra nota 13, párr. 26.

Nacional Autónoma de México, quien rindió dictamen sobre: i) los criterios del Derecho Constitucional comparado, especialmente el Latinoamericano, con relación a los derechos políticos y las restricciones aceptables que pueden ser impuestas; ii) las causales, procedimientos y contenido de las sanciones, y iii) la importancia de la plena vigencia de los derechos políticos para una democracia;

c) **Yadira Espinoza Moreno,** perito propuesta por el Estado, ex Directora General Técnica de la Contraloría General de la República, quien declaró sobre: i) "la labor emprendida por el Estado venezolano contra la corrupción", y ii) "los avances normativos que ha efectuado" al respecto, y

d) **Marielba Jaua Milano,** testigo propuesta por el Estado, Directora General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República, quien declaró sobre: i) "los procedimientos de potestad investigativa y de determinación de responsabilidades seguidos por la Contraloría General de la República en contra del señor López Mendoza", y ii) "los derechos y garantías que [presuntamente] fueron tenidos en cuenta durante dichos procedimientos".

17. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de la presunta víctima, un testigo y cuatro peritos:

a) **Leopoldo López Mendoza,** presunta víctima propuesta por la Comisión, quien declaró sobre: i) "la inhabilitación de que fue objeto para ejercer funciones públicas"; ii) "las [alegadas] condiciones por las que fue impedido de participar en las elecciones regionales de 2008", y iii) "[e]l [alegado] proceso que se enfrentó para combatir dicho hecho";

b) **Christian Colson,** testigo propuesto por el Estado, Abogado representante de la Procuraduría General de la República, quien declaró sobre: su participación en la defensa de la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, así como el objetivo, alcance y efectos de dicho artículo;

c) **Alberto Arteaga Sánchez,** perito propuesto por los representantes, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Central de Venezuela, quien rindió dictamen sobre: i) "el régimen de inhabilitaciones políticas como penas accesorias en la legislación venezolana, a la luz de la Constitución de la República ((...)) de Venezuela, el Código Penal venezolano, la Ley contra la corrupción y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", y ii) "antecedentes y requisitos de aplicabilidad y procedencia" del régimen de inhabilidades";

d) **Antonio Canova González,** perito propuesto por los representantes, Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de las Universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Monteavila, quien rindió dictamen sobre: i) "las restricciones jurídicas admisibles a los derechos políticos"; ii) "el alcance de los derechos políticos en Venezuela a la luz de la Constitución de ((...)) Venezuela", y iii) "los criterios jurisprudenciales fijados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para tales efectos";

e) **Jesús Eduardo Cabrera Romero,** perito propuesto por el Estado, director de la revista de Derecho Probatorio, profesor de pregrado de la Universidad Católica Andrés Bello, ex miembro de la Comisión de Legislación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, ex Presidente de la Comisión para la Automatización del Sistema Registral y Notarial del Ministerio de Justicia, ex Cuarto Conjuez de la

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y ex Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, quien rindió dictamen sobre: "los criterios jurisprudenciales, emanados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relacionados con la diferencia existente entre la inhabilitación política y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, así como la compatibilidad de esta última con la Constitución (...) de Venezuela", y

f) **Alejandro José Soto Villasmil,** perito propuesto por el Estado, Juez de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, quien rindió dictamen sobre: "los procedimientos administrativos para las declaratorias de responsabilidad administrativa", en lo que sea pertinente para el presente caso.

2. Admisión de la prueba documental

18. En el presente caso, como en otros(18), el Tribunal admite el valor probatorio de aquellos documentos remitidos por las partes en la debida oportunidad procesal, que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda.

19. En cuanto a las notas de prensa, este Tribunal ha considerado que podrán ser apreciadas cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso(19). El Tribunal decide admitir los documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, y los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones de las partes y las reglas de la sana crítica.

20. La Corte observa que el Estado cuestionó la prueba remitida por los representantes en cuanto a algunos hechos relacionados con la alegada violación del artículo 24 de la Convención Americana al señalar que "fundament[aron] su denuncia en supuestas declaraciones rendidas ante medios de comunicación social impresos y audiovisuales que no pueden ser consideradas prueba suficiente de violación de los derechos y garantías denunciados, pues se trata de instrumentos que expresan la interpretación que el comunicador social dio a la información suministrada por el entrevistado respecto al asunto, pero que nada indica con certeza que emanaron de quien se dice, ni que su contenido sea cierto", además que "pueden incluso, no ser el fiel reflejo de las aseveraciones del declarante, por lo que no pueden ser consideradas ni siquiera como indicios". Sobre el particular, el Tribunal considera que dichas observaciones se refieren al fondo de la controversia, por lo que la Corte apreciará, en el apartado correspondiente de la Sentencia (*infra* párrs. 190 a 195), la citada prueba en relación con los hechos probados del caso, de conformidad con el objeto del litigio, teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones del Estado y las reglas de la sana crítica.

21. De otra parte, junto con sus alegatos finales escritos los representantes y el Estado remitieron diversos documentos como prueba, los cuales fueron solicitados por el Tribunal con fundamento en lo dispuesto en el artículo 58.b del Reglamento de la

(18) Cfr. caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 140; caso Vera Vera y otra, *supra* nota 13, párr. 22, y caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C Nº 228, párr. 38.

(19) Cfr. caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 15, párr. 146; caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C Nº 223, párr. 40, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 30.

Corte (*supra* párrs. 11 y 12), por lo cual también los incorpora y serán valorados en lo pertinente teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones de las partes y las reglas de la sana crítica.

22. Asimismo, conforme a lo indicado mediante nota de la Secretaría de la Corte de 8 de marzo de 2011, los videos y audios incluidos en el CD caratulado como "Agresiones a Leopoldo López transmitidas por VTV (Canal Oficial del Estado Venezolano)", presentado por los representantes durante el transcurso de la audiencia pública (*supra* párrs. 9 y 11) no fueron incorporados al expediente. El pleno de la Corte consideró que dichos videos y audios no tienen relación con los problemas jurídicos específicos que debe resolver la Corte en el presente caso.

3. Admisión de la prueba testimonial y pericial

23. En cuanto a las declaraciones rendidas ante fedatario público por tres peritos y una testigo; y la de la presunta víctima, un testigo y cuatro peritos presentadas en audiencia pública, la Corte las admite y estima pertinentes en lo que se ajusten al objeto definido por el Presidente del Tribunal en la Resolución que ordenó recibirlos (*supra* párr. 7) y al objeto del presente caso, tomando en cuenta las observaciones formuladas.

24. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, las declaraciones de las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las alegadas violaciones y sus consecuencias[20]. Con base en lo anterior, el Tribunal admite dicha declaración (*supra* párr. 17.a), cuya valoración se hará con base en los criterios señalados (*supra* párrs. 15 y 23).

V. HECHOS DEL CASO

A. Consideraciones previas sobre hechos no incluidos en la demanda

1. Alegatos de las partes

25. Los representantes de la presunta víctima alegaron que en relación con diversos instrumentos internos para la persecución de la corrupción "existe una política de [E]stado selectiva en cuanto a su aplicación" e "instrumentos de persecución política" que "priv[an de sus derechos] a cualquiera que sea disidente al gobierno y tenga aspiraciones claras y un alto índice de posibilidades de ganar elecciones". Así, para los representantes, las investigaciones administrativas contra el señor López Mendoza se habrían iniciado "en plena campaña electoral para elegir alcaldes". Además, citaron un informe de la Comisión Interamericana respecto de Venezuela del año 2009 en el que dicho órgano indicó que:

> ha[bía] recibido alegaciones de que en Venezuela se han creado mecanismos para restringir las oportunidades de acceso al poder de los candidatos disidentes al gobierno. Particularmente, en relación con las últimas elecciones regionales llevadas a cabo en Venezuela en noviembre de 2008, la Comisión recibió información, tanto a través de sus audiencias como de casos particulares que se presentaron para su conocimiento, en la que se señal[ó] que alrededor de 400 personas vieron limitados sus derechos políticos a través de resoluciones administrativas de la Contraloría (...)

(20) Cfr. caso Loayza Tamayo. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C Nº 33, párr. 43; caso Vera Vera y otra, supra nota 13, párr. 23, y caso Chocrón, supra nota 13, párr. 34

adoptadas con fundamento en el artículo 105 de [su] Ley Orgánica (...). Según se señaló, el Contralor de la República decidió inhabilitar a estas personas para optar a cargos públicos alegando que habían incurrido en hechos irregulares en el ejercicio de sus funciones públicas. La información recibida por la Comisión destaca que una gran mayoría de las personas inhabilitadas pertenecían a la oposición política(21). Por su parte, el Estado señaló que "no hay persecución política", pero que "cada vez que se sanciona a un funcionario de un partido político de oposición por razones administrativas, inmediatamente [se dice] que es una persecución política". Añadió que las sanciones "se le han aplicado a los funcionarios públicos (...) de todos los partidos políticos porque la idea es precisamente combatir la corrupción".

2. Consideraciones de la Corte

26. Es jurisprudencia reiterada de la Corte que las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes en los procesos contenciosos ante este Tribunal pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda, mientras no aleguen hechos nuevos a los ya contenidos en ella(22), dado que constituye el marco fáctico del proceso(23). A su vez, puesto que un caso contencioso es sustancialmente un litigio entre un Estado y un peticionario o presunta víctima(24), estas pueden referirse a hechos que permitan explicar, contextualizar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o bien, responder a las pretensiones del Estado(25), en función de lo que aleguen y la prueba que aporten, sin que ello perjudique el equilibrio procesal o el principio del contradictorio, pues el Estado cuenta con las oportunidades procesales para responder a esos alegatos en todas las etapas del proceso. Por otro lado, en cualquier estado del proceso anterior al dictado de la sentencia se podrán señalar al Tribunal hechos supervinientes(26), siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso(27). Corresponde a la Corte determinar en cada caso la necesidad de establecer los hechos, tal como fueron presentados por las partes o tomando en cuenta otros elementos del acervo probatorio(28), siempre que se respete el derecho de defensa de las partes y el objeto de la *litis*.

(21) Cfr. CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre de 2009. Disponible en: <www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm> (último acceso el 1 de septiembre de 2011).

(22) Cfr. caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C Nº 98, párr. 155; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de setiembre de 2010. Serie C Nº 217, párr. 228, y caso Chocrón, *supra* nota 13, párr. 42.

(23) Cfr. caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de marzo de 2005. Serie C Nº 122, párr. 59; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, *supra* nota 19, párr. 134, y caso Chocrón Chocrón, supra nota 13, párr. 42.

(24) Cfr. caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C Nº 213, párr. 49; caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220, párr. 56, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 42.

(25) Cfr. caso "Cinco Pensionistas", supra nota 19, párr. 153; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C Nº 214, párr. 237, y caso Chocrón Chocrón, supra nota 13, párr. 42.

(26) En similar sentido Cfr. caso "Cinco Pensionistas", supra nota 19, párr. 154; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota 22, párr. 224, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 42.

(27) Cfr. "Cinco Pensionistas", supra nota 19, párr. 155; Caso Manuel Cepeda Vargas, supra nota 21, párr. 49, y caso Chocrón Chocrón, supra nota 13, párr. 42.

(28) Cfr. caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C Nº 180, párr. 19; caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 19, párr. 47, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 42.

27. En el presente caso, la Corte constata que no obstante el informe de la Comisión Interamericana de 2009 citado por los representantes (*supra* párr. 25), dicho órgano no incluyó en su demanda ninguna mención específica a otros inhabilitados –distintos al señor López Mendoza– y su situación. La Comisión tampoco refirió hechos concretos sobre el contexto o patrón de la supuesta persecución política en la que se enmarcara el proceso administrativo seguido contra la presunta víctima, ni hizo mención específica a hechos referidos al alegado contexto de "restri[cción de] las oportunidades de acceso al poder de los candidatos disidentes al gobierno".

28. Al respecto, si bien en ocasiones anteriores el Tribunal ha determinado en el fondo la cuestión de si un determinado caso se inserta en un contexto, para llevar a cabo un análisis de ese tipo, es necesario que la Comisión haya aportado información y argumentación específica sobre el particular, cuestión que no ocurrió en el presente asunto en cuanto al alegado contexto o patrón que habría originado las alegadas violaciones en contra del señor López Mendoza. Así, teniendo en cuenta estas razones procesales, el Tribunal considera que no le corresponde efectuar pronunciamiento alguno respecto a hechos alegados por los representantes que no fueron planteados como tales en la demanda de la Comisión.

B. Hechos probados relacionados con las sanciones impuestas al señor López Mendoza

29. El 4 de agosto de 2000 Leopoldo López Mendoza fue elegido por voto popular como Alcalde del Municipio Chacao y reelegido en el mismo cargo el 31 de octubre de 2004, desempeñándose en dicho cargo por ocho años, hasta noviembre de 2008[(29)]. Al finalizar su mandato aspiraba a presentarse como candidato para la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas en las elecciones respectivas. Sin embargo, no pudo presentarse como candidato debido a dos sanciones de inhabilitación que le fueron impuestas por el Contralor General de la República en el marco de dos procesos administrativos. La primera investigación de la que fue objeto el señor López Mendoza se relacionaba con hechos ocurridos mientras desempeñaba un cargo en la empresa Petróleos de Venezuela S.A. (en adelante "PDVSA"), antes de ser Alcalde (*infra* párrs. 40 a 43). La segunda investigación se circunscribió a hechos en el marco de sus actuaciones como Alcalde (*infra* párrs. 65 a 66). Para entender los alcances de dichas investigaciones es necesario precisar la naturaleza de las facultades con las que cuenta la Contraloría. A continuación se señalan los hechos no controvertidos relacionados con esas investigaciones, precisando, en primer lugar, el marco normativo a partir del cual la Contraloría desarrolló las investigaciones respectivas.

1. La Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal

30. La Contraloría General de la República es un órgano con rango constitucional que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, pasó a ser parte del Poder Ciudadano. Este Poder, el cual es ejercido por el Consejo Moral Republicano, está integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. Siguiendo lo

(29) Gaceta Municipal del Municipio de Chacao, Número 5381, noviembre, MMIV: Acta de la Sesión de Cámara Especial celebrada el 6 de noviembre de 2004, contentiva de la Juramentación del Alcalde Reelecto del Municipio de Chacao, Leopoldo López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, anexo 2, folio 98).

dispuesto en el artículo 274 constitucional, la existencia de esta nueva rama del Poder Público tiene entre otras atribuciones la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, y velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público(30). El Contralor General de la República es elegido por el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano o, en su caso, por la Asamblea Nacional, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes(31).

31. De otra parte, la Constitución consagró en su artículo 290 el Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual es definido legalmente como "el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que, integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, interactúan coordinadamente a fin de lograr unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a esta Ley, así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública"(32).

32. En 2001 se adoptó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (en adelante LOCGRSNCF). Esta ley fue adoptada por unanimidad por todos los partidos con representación en la Asamblea Nacional(33) y reformó leyes similares adoptadas en 1975, 1984 y 1995, las cuales ya incluían la posibilidad de la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas como consecuencia de responsabilidad administrativa(34). La LOCGRSNCF de 2001 precisó los funcionarios y personas que estarían sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría(35) y dispuso la posibilidad de imponer sanciones por

(30) Artículo 274 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, Nº 36.860 (expediente de anexos a la demanda, anexo 1, folio 56).

(31) Artículo 279 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *supra* nota 27.

(32) Artículo 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *supra* nota 27 y artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial Nº 37.347 del lunes 17 de diciembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, anexo 1, folio 1419).

(33) El Estado señaló que "la ley fue aprobada por unanimidad por todos los sectores políticos representados en la Asamblea Nacional para ese entonces: Primero Justicia; Movimiento V República –MVR–; Acción Democrática –AD–; Proyecto Venezuela; Comité de Organización Política Electoral Independiente –COPEI–, Patria para Todos –PPT-; Movimiento al Socialismo –MAS–; Convergencia; Un Nuevo Tiempo; Causa R; Alianza Bravo Pueblo; Consejo Nacional Indio de Venezuela, Movimiento Independiente Ganamos Todos; Pueblos Unidos Multiétnicos de Amazonas". Cfr. escrito de alegatos finales del Estado de 1 de abril de 2011 (expediente de fondo, tomo III, folio 1396). Los representantes no desvirtuaron esta información suministrada por el Estado.

(34) Las leyes de 1975, 1984 y 1995 permitían la inhabilitación hasta por 3 años. En esas leyes anteriores el Contralor mantenía "una competencia residual" para imponer la inhabilitación cuando el funcionario no estuviera en la función pública. De lo contrario, una vez declarada la responsabilidad administrativa, era "el jerarca del funcionario declarado responsable" el que imponía la inhabilitación. Cfr. Sentencia Nº 1266 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 6 de agosto de 2008 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 27, folios 584 a 642) y declaración del perito Jesús Eduardo Cabrera Romero en la audiencia pública del presente caso.

(35) Artículo 9 de la LOCGRSNCF: Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República: 1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional. 2. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Estadal. 3. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los Distritos y Distritos Metropolitanos. 4. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y en las demás entidades locales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal. 5. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los Territorios Federales y Dependencias Federales. 6. Los institutos autónomos nacionales, estadales, distritales y municipales. 7. El Banco Central de Venezuela. 8. Las universidades públicas. 9. Las demás personas de Derecho Público nacionales, estadales, distritales y municipales. 10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquellas. 11. Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos, o

actos, hechos u omisiones generadores de responsabilidad administrativa[36]. En dicha ley se estableció que la responsabilidad administrativa generaría una sanción de multa y que el Contralor podría imponer sanciones de suspensión, destitución o inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas[37], a saber:

> Artículo 105: La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un periodo no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes. En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución. Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula.

33. El 9 de julio de 2007 el Contralor General emitió un oficio dirigido a los alcaldes de todo el país respecto a la aplicación de las sanciones establecidas en el artículo 105 de la LOCGRSNCF[38]. De acuerdo con el oficio, la imposición de las sanciones

---

que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto. 12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos. Cfr. artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folio 73.

(36) Artículo 93 de la LOCGRSNCF: Las potestades sancionatorias de los órganos de control serán ejercidas de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Leyes, siguiendo el procedimiento establecido en esta Ley para la determinación de responsabilidades. Dicha potestad comprende las facultades para: Declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios, empleados y obreros que presten servicios en los entes señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, así como de los particulares que hayan incurrido en los actos, hechos u omisiones generadores de dicha responsabilidad; Imponer multas en los supuestos contemplados en el artículo 94 de la presente Ley; Imponer las sanciones a que se refiere el artículo 105 de esta Ley. Cfr. artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, supra nota 29, folio 79.

(37) Capítulo IV de la LOCGRSNCF, titulado "Del Procedimiento Administrativo para la Determinación de Responsabilidades". Cfr. Capítulo IV de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folios 79 y 80.

(38) Cfr. oficio Nº 01-00-00104 de 9 de Julio de 2007 emitido por el Contralor General de la República a los Alcaldes de la República Bolivariana de Venezuela (expediente de anexos a la demanda, anexo 34, folios 1555 a 1558).

de suspensión, destitución o inhabilitación "solo requieren como único y exclusivo presupuesto la declaratoria de responsabilidad administrativa que es el resultado de un procedimiento previo, preparatorio y necesario que permite a quien suscribe aplicar, en atención a la entidad y gravedad del delito cometido alguna de las mencionadas sanciones". El Contralor precisó que "las sanciones en comento, aparte de la pecuniaria a que alude el referido artículo 105 *eiusdem*, se erigen como actos consecuencia, una vez que se comprueba el ilícito administrativo y se determina la responsabilidad administrativa". En este contexto, indicó que:

a) "la sanción de suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo, implica para su destinatario la separación temporal, en las condiciones ya aludidas, del cargo que ocupe para el momento de su ejecución y una vez que se verifique el cumplimiento de la misma, el funcionario podrá reincorporarse al ejercicio de las funciones públicas en las mismas condiciones a las existentes antes de hacerse efectiva esta sanción";

b) "[r]especto a la destitución del declarado responsable, (...) este comporta la ruptura del vínculo o relación laboral existente entre su destinatario y e[l] ente u organismo en el que preste sus servicios para el momento en que es aplicada la medida", y

c) "[p]or su parte, la inhabilitación para al ejercicio de funciones públicas hasta por quince (15) años, trae como consecuencia, al igual que el caso señalado (...) anterior[mente], por una parte, la ruptura o disolución del vínculo laboral que pueda existir para el momento en que se solicita su ejecución y, por [l]a otra, conlleva en cualquier caso la imposibilidad total para desempeñar otro destino público durante el periodo que dure la misma".

34. El Contralor indicó que el incumplimiento de las instrucciones que él imparta respecto a la ejecución de estas sanciones generaría responsabilidad para los funcionarios respectivos y precisó información sobre la consulta del registro de inhabilitados[39].

2. Componentes y etapas del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades

35. El procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades regulado en la LOCGRSNCF está precedido por dos fases, la de actuación de control fiscal y la investigativa[40].

36. La fase de actuación de control fiscal es llevada a cabo por oficinas pertenecientes a la Contraloría General, denominadas "Direcciones", las cuales se dividen por

(39) El Contralor señaló que "para el mejor cumplimiento de las funciones" atribuidas a la Contraloría respecto a la adopción de estas sanciones "la ejecución de esas medidas accesorias a la responsabilidad administrativa" corresponde "a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo del cual dependa el funcionario sancionado". Asimismo, señaló que "tanto el incumplimiento de las instrucciones impartidas por [el Contralor], a los fines de que sean ejecutadas las sanciones disciplinarias impuestas, como la designación de funcionarios que hubieren sido declarados inhabilitados por [la] Contraloría (…), pudieran constituir supuestos de responsabilidad para el (los) funcionario(s) que incumplan los aspectos a que se contrae el (…) Oficio. Por otra parte se (…) inform[ó] que el Registro de Inhabilitados debe ser consultado en la Dirección de Determinación de Responsabilidades de [la Contraloría]". Cfr. Oficio Nº 01-00-00104 de 9 de Julio de 2007 emitido por el Contralor General de la República, *supra* nota 35, folios 1555 a 1558.

(40) Cfr. artículos 77 al 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folio 77.

temas o por tipos de organismos que son fiscalizados[41]. Dicha fase "deviene de los planes operativos o fiscalizadores que realiza la Contraloría (...) en uso de sus potestades, o bien por denuncia o a solicitud de cualquier organismo público [, a través de] exámenes de cuenta, inspecciones, fiscalizaciones [y otros] métodos en procura de determinar los presuntos hechos que pueden dar lugar a un ilícito de carácter administrativo"[42]. Posteriormente, los respectivos "hallazgos o (...) resultados (...) son notificados mediante un informe preliminar al órgano o ente del cual ha sido objeto la auditoría, a los fines de que (...) haga las observaciones [correspondientes]"[43], luego de lo cual la Contraloría "analizará y determinará, a través de un informe definitivo, si las observaciones encontradas en la actuación fiscal se mantienen o pued[e]n culminar en atención a esas consideraciones, para lo cual ese informe (...) es notificado al órgano o ente (...) auditado"[44]. Culminada esta fase, puede comenzar la fase investigativa que "a diferencia de la (...) anterior surge necesariamente (...) cuando [en] esos hechos que ha determinado la Contraloría (...) existen indicios que hacen presumir la responsabilidad administrativa de algunos empleados o funcionarios en el ejercicio de sus funciones"[45].

37. De existir mérito para ello, la fase investigativa se inicia con un auto de proceder emitido por la autoridad de control fiscal competente en el que se describe, entre otros elementos, los actos, hechos u omisiones presumiblemente contrarios a la ley, el monto de los daños causados al patrimonio público y los elementos probatorios recabados durante la respectiva actuación de control fiscal[46]. Una vez que el órgano de control ha realizado todas las actuaciones que estime necesarias dejará constancia de las mismas en el denominado informe de resultados, en el cual "decid[e si] se archiva[n] las actuaciones porque considera que los argumentos fueron lo suficientemente debatidos y aclarados (...), o por el contrario, [si se] entr[a al] denominado procedimiento de determinación de responsabilidades"[47].

38. Luego del informe de resultados, el funcionario que se encarga del proceso administrativo es el Director de Determinación de Responsabilidades[48]. El procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades[49] comprende tres

(41) Al respecto, la Corte observa que en el presente caso, la Dirección de Control del Sector Industria, Producción y Comercio adscrita a la Dirección General de Control de la Administración Descentralizada de la Contraloría y la Dirección de Control de Municipios de la Dirección General de Control de Estados y Municipios remitieron los casos concernientes al señor López Mendoza a la Contraloría. Cfr. acta de de la Dirección de Control de Industria de 11 de julio de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XX, anexo A, folios 7754 y 7755) e informe definitivo de la Dirección de Control de Municipios de 9 de septiembre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXIX, anexo D, folios 11252 a 11255).

(42) Declaración del perito Alejandro José Soto Villasmil en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

(43) Declaración del perito Alejandro José Soto Villasmil, *supra* nota 39.

(44) Declaración del perito Alejandro José Soto Villasmil, *supra* nota 39.

(45) Declaración del perito Alejandro José Soto Villasmil, *supra* nota 39.

(46) Cfr. artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folio 77.

(47) Declaración del perito Alejandro José Soto Villasmil, *supra* nota 39.

(48) Al respecto, la Dirección de Determinación de Responsabilidades llevó a cabo la fase de determinación en los dos procesos en contra del señor López Mendoza. Cfr. auto de inicio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 16 de julio de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XI, anexo A, folios 5529 a 5584) y auto de inicio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 12 de julio de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXIV, anexo D, folios 8648 a 8682).

(49) Cfr. artículos 95 al 111 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folios 79 y 80.

etapas: i) la de inicio o apertura, a través de un auto que se notifica al imputado[50]; ii) la del contradictorio que se extiende hasta la audiencia oral y pública[51], y iii) la decisoria en la que el órgano de control interno o su delegatario procederá a decidir si formula reparo al imputado, declara su responsabilidad administrativa, le impone una multa, lo absuelve o pronuncia el sobreseimiento, según corresponda[52]. En contra de dichas decisiones, "[se] abre la vía recursiva", la cual una vez agotada determina que el acto administrativo en cuestión queda firme[53]. A partir de esta firmeza del acto, el Contralor General de la República se encuentra facultado, en atención a lo establecido en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, para acordar las sanciones accesorias que pueden consistir en la suspensión, la destitución o la inhabilitación (*supra* párrs. 33 y 34).

3. Procedimiento administrativo en relación con la actividad del señor López Mendoza en PDVSA

39. En el año 1998 el señor López Mendoza trabajaba como Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de la empresa PDVSA[54]. Para ese momento era, a su vez, miembro fundador de la Asociación Civil Primero Justicia, organización sin fines de lucro[55].

40. El 24 de julio de 1998 fue firmado un Memorándum de Entendimiento entre la Fundación Interamericana (IAF) y PDVSA dentro del denominado Marco para el Desarrollo de Base (MDB), mediante el cual los grupos desfavorecidos se organizan para alcanzar su bienestar social, cultural y económico[56]. En el marco de dicho memorándum de entendimiento, el 23 de diciembre de 1998 se efectuó una donación en beneficio de la Asociación Civil Primero Justicia por la cantidad de sesenta millones sesenta mil bolívares (Bs. 60.060.000,00), la cual fue otorgada en el marco del Convenio de Cooperación, celebrado entre PDVSA y la IAF, en relación con el Proyecto denominado "Expansión y consolidación de la justicia de paz en los Estados Monagas, Anzoátegui, Sucre y Delta Amacuro: una oportunidad para la equidad en un contexto de crecimiento económico Regional"[57]. Asimismo, se realizó una do-

(50) El auto de apertura deberá ser notificado al imputado, a fin de ponerlo a derecho a los efectos del procedimiento, disponiendo de quince (15) días siguientes a su notificación, para proceder a señalar las pruebas que producirá en el acto público que se fijará mediante auto expreso el día hábil siguiente al vencimiento del plazo antes mencionado, y mediante el cual se indicará que en el décimo quinto (15) día hábil siguiente, tendrá lugar el acto oral y público que se realizará ante el titular del órgano de control interno o su delegatario. Cfr. artículos 99 y 101 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folio 79.

(51) Cfr. artículo 101 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folio 79.

(52) Dicha decisión deberá ser consignada por escrito en el expediente dentro de los cinco (5) días siguientes después de pronunciada de forma oral. Cfr. artículo 103 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folio 79.

(53) Declaración del perito Alejandro José Soto Villasmil, *supra* nota 39.

(54) Cfr. contrato de trabajo por tiempo indeterminado entre PDVSA y el señor López Mendoza de 1 de octubre de 1992 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XIX, anexo A, folio 7666).

(55) Cfr. recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por el señor López Mendoza de 4 de octubre de 2005, Expediente Nº 2005-5251 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXI, anexo B, folio 7967).

(56) Cfr. memorándum de entendimiento entre PDVSA y IAF de 24 de julio de 1998 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XIX, anexo A, folios 7540 a 7544).

(57) Cfr. acta de notaria pública expedida por la señora Antonieta Medoza de López de 23 de diciembre 1998 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XIX, anexo A, folio 7595) y auto de inicio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República de 15 de julio de 2004, Expediente Nº 08-01-06-04-005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XI, anexo A, folios 5534 a 5535).

nación por veinticinco millones de bolívares (Bs. 25.000.000.00) en beneficio de la misma asociación, esta vez para apoyar el proyecto denominado "Educando para la Justicia año escolar 1998-1999", la cual fue entregada el 11 de septiembre de 1998(58).

41. En el momento de las donaciones, la madre del señor López Mendoza, Antonieta Mendoza de López, desempeñaba funciones como Gerente de Asuntos Públicos de la División Servicios de PDVSA(59).

42. Los hechos relacionados con dichas donaciones derivaron en un proceso y las correspondientes sanciones, de multa y de inhabilitación al señor López Mendoza (*infra* párrs. 54, 55 y 58). La imputación general contra la presunta víctima era la de haber incurrido en "conflicto de intereses" en relación con las donaciones mencionadas, dado que se desempeñaba tanto como trabajador de PDVSA y a la vez como miembro de la Junta Directiva de la organización que recibió donaciones de dicha empresa y además su madre fue quien habría autorizado una de las donaciones(60).

3.1. Fase de actuaciones de control fiscal

43. En mayo de 2000 la Gerencia de Auditoría Interna Corporativa de PDVSA elaboró un informe "con el fin de [e]valuar el nivel de cumplimiento de los términos acordados en el Memorándum de Entendimiento celebrado entre [IAF y PDVSA], con énfasis especial en la selección de instituciones donatarias y resultados de los proyectos objeto de donaciones (...) durante los años 1998 y 1999"(61).

44. En el marco de sus facultades, la Dirección de Control del Sector Industria, Producción y Comercio de la Contraloría General de la República (en adelante la "Dirección de Control de Industria") estudió el informe de auditoría mencionado en el marco de la revisión de los aportes de recursos financieros otorgados por PDVSA bajo la figura de donaciones y liberalidades(62). En dicho estudio se verificó la legalidad, racionabilidad y cumplimiento de los términos acordados en el mencionado Memorandum respecto a las disposiciones previstas en la normativa interna de la corporación petrolera. En particular, se analizó el otorgamiento de donaciones y liberalidades a organizaciones no gubernamentales, fundaciones y asociaciones

(58) Cfr. comprobante de pago emitido por PDVSA de 11 de septiembre de 1998 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XIX, anexo A, folio 7874) y auto de inicio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República de 15 de julio de 2004, *supra* nota 54, folio 5537.

(59) Cfr. documento de datos generales del trabajador de la señora Antonieta Mendoza de López (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XIX, anexo A, folio 7661) y auto de inicio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República de 15 de julio de 2004, supra nota 54, folios 5534 a 5537.

(60) Cfr. auto de inicio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República de 15 de julio de 2004, supra nota 54, folios 5549 y 5553.

(61) En este informe la Gerencia corporativa de asuntos públicos se refirió a la posible existencia de un conflicto de intereses. Señaló que "según se desprende de los respectivos documentos de donación, el aporte se ha hecho a una organización que cuenta con una personalidad jurídica distinta a la que corresponde a los miembros de sus directivas". Cfr. informe de auditoría, evaluación del memorándum de entendimiento entre la Fundación Interamericana (IAF) y PDVSA. Años 1998-1999, Informe Nº 2000-006 de mayo de 2000, Expediente Nº 22/001/2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XIX, anexo A, folios 7492 a 7530).

(62) Cfr. revisión de resultados contenidos en el informe elaborado por la Gerencia de auditoría interna de la Dirección de Control del Sector Industria, Producción y Comercio, Expediente N° 22/001/2003 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, tomo XIX, anexo A, folios 7458 a 7489).

civiles durante los años 1998 y 1999, con el objeto de mejorar la administración del convenio[63].

45. El 11 de julio de 2002, funcionarios de la Contraloría General de la República adscritos a la Dirección General de Control de la Administración Descentralizada, en la Dirección de Control de Industria, se reunieron en la Gerencia de Inversión Social adscrita a la Gerencia Corporativa de Asuntos Públicos de PDVSA. Dichos funcionarios indicaron lo siguiente en el acta de fiscalización[64]: i) que no localizaron la aprobación de la donación otorgada a la Asociación Civil Primero Justicia, por la cantidad de sesenta millones sesenta mil bolívares (Bs. 60.060.000,00); ii) que no localizaron documento alguno "en relación a la aprobación, ejecución y seguimiento de los recursos asignados por concepto de donaciones"[65], y iii) que no encontraron la solicitud de donación a PDVSA realizada por la Asociación Civil, pues solo constaba la propuesta de proyecto[66].

3.2. Fase investigativa

46. El 8 de setiembre de 2003 se emitió auto de proceder para el inicio de la potestad investigativa, asentada, en el Expediente Nº 22/001/2003, que tuvo su origen en el marco de las revisiones que llevó a cabo la Dirección de Control de Industria. Para ello se dejó constancia, *inter alia*, que: i) el 14 de mayo de 1998 el señor López Mendoza había aceptado "la 'Declaración sobre Conflicto de Intereses' (...) ante la Junta Directiva de [PDVSA], en la que manifestó no ser Director Principal, ni Suplente, ni funcionario, ni ocupar posiciones directivas, ejecutivas o administrativas en ninguna otra institución, empresa o firma comercial, industrial o financiera"[67], y ii) al momento de las donaciones el señor López Mendoza "era empleado activo en PDVSA y formaba parte de la Junta Directiva de la referida asociación"[68]. Por esta razón la Dirección de Control de Industria concluyó que existían elementos suficientes para formar el expediente administrativo del caso, por lo que ordenó, entre otros aspectos, notificar a aquellas personas a quienes se les atribuyera algún acto, hecho u omisión e incorporar al expediente la documentación probatoria promovida por los interesados involucrados[69].

47. El 12 de setiembre de 2003[70] se notificó al señor López Mendoza dicho auto de proceder, informándole que la Contraloría "se encuentra realizando una investiga-

(63) Cfr. revisión de resultados contenidos en el informe elaborado por la Gerencia de auditoría interna de la Dirección de Control del Sector Industria, Producción y Comercio, *supra* nota 59, folios 7458 a 7489.

(64) Cfr. acta de funcionarios de la Contraloría General de la República adscritos a la Dirección General de Control de la Administración Descentralizada, en la Dirección de Control de Industria de 11 de julio de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XX, anexo A, folio 7754).

(65) Acta de funcionarios de la Contraloría General de la República adscritos a la Dirección General de Control de la Administración Descentralizada, en la Dirección de Control de Industria, *supra* nota 61, folio 7754.

(66) En la aludida acta se dejó sentado que los ciudadanos en ella identificados contarían con diez (10) días hábiles para exponer por escrito y ante la Contraloría General de la República, sus observaciones respecto a los hechos asentados en aquella. Acta de funcionarios de la Contraloría General de la República adscritos a la Dirección General de Control de la Administración Descentralizada, en la Dirección de Control de Industria, *supra* nota 61, folio 7755.

(67) Auto de proceder de la Dirección de Control de Industria de 8 de septiembre de 2003, Expediente Nº 22/001/2003 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, tomo XIX, anexo A, folio 7455).

(68) Auto de proceder de la Dirección de Control de Industria de 8 de septiembre de 2003, *supra* nota 64, folio 7456.

(69) Cfr. auto de proceder de la Dirección de Control de Industria de 8 de septiembre de 2003, *supra* nota 64, folio 7456.

(70) Cfr. Oficio Nº 06-02-780 de la Dirección de Control de Industria de 12 de septiembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 5, folios 252 a 256).

ción sobre los aportes realizados por [PDVSA], por concepto de donaciones y liberalidades, durante los años 1998, 1999, 2000 y 2001" y se le concedía un plazo para promover la prueba que considerara necesaria para su defensa(71). Finalmente, se le comunicó que "se dejar[ía] constancia de los resultados de la investigación (...), en el correspondiente Informe de Resultados, el cual quedar[ía] inserto en el Expediente Nº 22/001/2003"(72).

48. El 31 de octubre de 2003 el señor López Mendoza presentó un escrito en relación con los hechos investigados, en el cual alegó que el órgano de control fiscal no cumplió con el deber de informarlo "de manera específica y clara de los hechos que se le imputan"(73). No obstante, formuló los alegatos que consideró "en torno a los hechos narrados en los oficios de notificación"(74). Además, señaló que no incurrió en ninguno de los supuestos previstos en las "Normas Sobre Conflicto de Intereses", ya que él no obtuvo beneficio por las donaciones ni faltó a su compromiso expresado en la "Declaración Sobre Conflicto de Intereses"(75). Además, aludió a distintos documentos contenidos en el expediente administrativo y consignó los que estimó pertinentes(76).

49. El resultado de la fase de investigación fue el Informe de Resultados de la Dirección de Control de Industria(77). En dicho informe se indicaron los hechos, actos y omisiones investigados, relacionados con tres (3) donaciones efectuadas por PDVSA, dos (2) de ellas a favor de la Asociación Civil Primero Justicia. El informe señaló respecto a la primera donación realizada que(78): i) la donación se llevó a cabo sin que contractualmente se establecieran "la especificación de los objetivos hacia los cuales serían destinados los recursos donados, su uso, propósito y periodo de la donación, manejo de cuentas bancarias, programación de los desembolsos, informes que debía presentar la beneficiaria (donataria), así como las actividades de seguimiento que efectuaría la donante (PDVSA)"(79); ii) la donación fue formalizada por la señora Antonieta Mendoza de López, quien ordenó la solicitud de emisión del cheque y elaboración del documento de donación, existiendo "un vínculo familiar directo entre [ella] (madre) y [el señor] López Mendoza (hijo), (...) quien para la fecha de la donación (23 de diciembre de 1998), se desempeñaba como miem-

(71) Cfr. Oficio Nº 06-02-780 de la Dirección de Control de Industria de 12 de septiembre de 2003, *supra* nota 67, folios 252 y 255.

(72) Oficio Nº 06-02-780 de la Dirección de Control de Industria de 12 de septiembre de 2003, *supra* nota 67, folio 256.

(73) Escrito presentado por el señor López Mendoza de 31 de octubre de 2003, Expediente Nº 08-01-06-04-005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XIV, anexo A, folio 6363).

(74) Además de la presunta violación al derecho de defensa, el señor López Mendoza argumentó que: i) "que no fue él quien (...) recibió [las donaciones], ni directa ni indirectamente", y ii) no "tomó parte o influyó en las donaciones otorgadas a la empresa, ni se benefició de ellas en lo personal, ni favoreció a algún familiar[, por lo que] no incurrió en ninguno de los supuestos de conflicto de intereses". Cfr. escrito presentado por el señor López Mendoza de 31 de octubre de 2003, *supra* nota 70, folios 6359 a 6371.

(75) El señor López Mendoza emitió en fecha 14 de mayo de 1998 la "Declaración sobre Conflicto de Intereses", por ante la Junta Directiva de Petróleos de Venezuela, S.A. en la que manifestó no ser Director Principal, ni Suplente, ni funcionario, ni ocupar posiciones directivas, ejecutivas o administrativas en ninguna otra institución, empresa o firma comercial, industrial o financiera. Cfr. escrito presentado por el señor López Mendoza de 31 de octubre de 2003, supra nota 70, folios 6359 a 6371.

(76) En particular, el señor López Mendoza adjuntó al expediente una copia del presupuesto de donaciones y liberalidades de la empresa PDVSA del año 1999. Cfr. escrito presentado por el señor López Mendoza de 31 de octubre de 2003, supra nota 70, folios 6359 a 6371.

(77) Cfr. informe de resultados de la Dirección de Control de Industria (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XVIII, anexo A, folios 7327 a 7449).

(78) Cfr. informe de resultados de la Dirección de Control de Industria, supra nota 74, folios 7327 a 7449.

(79) Informe de resultados de la Dirección de Control de Industria, supra nota 74, folio 7442.

bro de la Junta Directiva de la [mencionada] Asociación Civil (beneficiaria de la donación)", y iii) que el señor López Mendoza "era empleado activo de PDVSA (Analista de Entorno Nacional) habiendo suscrito (...) la 'Declaración sobre conflicto de Intereses'". Por su parte, respecto a la segunda donación se indicó que: i) dicha donación se llevó a cabo sin que contractualmente se estipularan los requisitos señalados anteriormente, y ii) el señor López Mendoza ejercía un cargo en PDVSA y era miembro de la junta de la Asociación. Por lo anterior, dicho informe concluyó "remitir el (...) Informe de Resultados a la Dirección de Determinación de Responsabilidades, a los fines de que esta dependencia realice la valoración correspondiente"(80).

3.3. Procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades

50. El 15 de julio de 2004 se inició el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en el artículo 96 de la LOCGRSNCF, en virtud de la "ocurrencia de presuntos hechos irregulares", concretamente los siguientes: i) "[p]resunto concierto con los interesados, en la celebración de un contrato, para que se produzca un determinado resultado", ii) "[p]resunta celebración de contratos por interpuesta persona", y iii) "[s]imulación"(81). Por lo anterior, dicho auto de inicio precisó que respecto de las donaciones de PDVSA, la situación expuesta, podría subsumirse en el supuesto generador de responsabilidad administrativa previsto en los numerales 5 y 7 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del 13 de diciembre de 1995, aplicable en el tiempo de ocurrencia de los hechos(82).

51. El 16 de julio se notificó el auto de inicio de procedimiento administrativo al señor López Mendoza(83). En dicho auto "se le[s] imput[aron] presuntos hechos irregulares, con base al resultado de la Potestad Investigativa identificada con el Expediente N° 22-00-2003, y de la documentación probatoria que a los efectos se recabó". Asimismo, se le comunicó que contaban con un plazo para presentar la prueba, así como que se realizaría una audiencia en la que se presentarían los alegatos jurídicos(84). Posteriormente, el 25 de agosto de 2004 el señor López Mendoza presentó

(80) Informe de resultados de la Dirección de Control de Industria, supra nota 74, folio 7442.

(81) Cfr. auto de inicio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 15 de julio de 2004, supra nota 54, folios 5529 a 5584.

(82) Las causales de responsabilidad administrativa de las cuales fue acusado el señor López Mendoza se encontraban previstas en los numerales 5 y 7 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, vigente para el momento de la ocurrencia del hecho. Dichos numerales del artículo 113 disponían: "Artículo 113: Son hechos generadores de responsabilidad administrativa independientemente de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar, además de los previstos en el Título IV de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los que se mencionan a continuación: (...) 5. La celebración de contratos por sí, por interpuesta persona o en representación de otro, con la República, los Estados, los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público, salvo las excepciones que establezcan las leyes. (...) 7. El concierto con los interesados para que se produzca un determinado resultado, o la utilización de maniobras o artificios conducentes a ese fin, que realice un funcionario al intervenir, por razón de su cargo, en la celebración de algún contrato, concesión, licitación, en la liquidación de haberes o efectos del patrimonio público o en el suministro de los mismos". El informe de resultados indicó que igual previsión, la contempla el artículo 91, numerales 4 y 20 de la vigente LOCGRSNCF de 2001. Cfr. auto de inicio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 15 de julio de 2004, supra nota 54, folios 5529 a 5584.

(83) Cfr. oficio 08-01-1048 emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 16 de julio de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 5, folios 257 y 258).

(84) Cfr. oficio 08-01-1048 emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, supra nota 80, folios 257 y 258.

prueba documental para defenderse de las acusaciones recibidas en relación con las donaciones[85].

52. El 5 de octubre de 2004, en el marco de una audiencia ante el Director de Determinación de Responsabilidades, el representante del señor López Mendoza alegó, entre otras cosas, la "violación del derecho a la defensa en la fase de potestad investigativa y solicit[ó la] revocación de la resolución que res[olvió] iniciar el (...) procedimiento, por cuanto no se hizo una imputación clara y específica y se conculcó [el] derecho a la defensa al hacerse la notificación prevista en el artículo 79 de la [LOCGRSNCF] en la cual no se señal[ó] el supuesto generador de responsabilidad, ni que hubiese daño al patrimonio público, por lo que es un acto viciado de nulidad absoluta"[86]. Señaló, igualmente, que en el "informe de resultados no están delineados los elementos que permitan imputar los hechos"[87].

53. El 29 de octubre de 2004 se emitió el auto decisorio por parte de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República[88], mediante el cual se dispuso que:

    Se DECLARA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA de los ciudadanos:

    LEOPOLDO LÓPEZ MENDOZA, (...) por los hechos referidos a:

    CONCIERTO CON LOS INTERESADOS EN LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO PARA QUE SE PRODUZCA UN DETERMINADO RESULTADO, (...) en relación con la donación al Proyecto denominado "Expansión y consolidación de la justicia de paz en los Estados Monagas, Anzoategui, Sucre y Delta Amacuro: una oportunidad para la equidad en un contexto de crecimiento económico Regional" por la cantidad de SESENTA MILLONES SESENTA MIL BOLÍVARES (Bs. 60.060.000.00), hecho generador de responsabilidad contenido en el numeral 7 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, vigente para el momento de la ocurrencia del hecho, actualmente contenido en el numeral 20 del artículo 91 de la [LOCGRSNCF].

    CELEBRACIÓN DE CONTRATOS POR INTERPUESTA PERSONA, (...) en relación con dos (2) donaciones recibidas por la Asociación Civil Primero Justicia, a saber: 1) por la cantidad de SESENTA MILLONES SESENTA MIL BOLÍVARES (Bs. 60.060.000,00) relacionada con el Proyecto denominado "Expansión y Consolidación de la Justicia de Paz en los Estados Managas, Anzoategui, Sucre y Delta Amacuro: una oportunidad para la equidad en un contexto de crecimiento económico regional" y 2) por la cantidad de VEINTICINCO MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 25.000,000,00), relacionada con el Proyecto denominado "Educando para la Justicia (1998-1999)", hechos generadores de responsabilidad administrativa de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 113 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General

(85) El señor López Mendoza presentó la prueba documental conformada por: i) estatutos constitutivos originales de la Asociación Civil Primero Justicia, y modificación y refundición de dichos estatutos, y ii) las "Normas Sobre Conflictos de Interés" contenidas en el Manual de Normas y Procedimientos de Administración de Personal de PDVSA, Casa Matriz. Cfr. escrito de promoción de pruebas presentado por el señor López Mendoza de 25 de agosto de 2004, Expediente N° 08-01-06-04-005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XI, anexo A, folios 5604 a 5607).

(86) Acta de la audiencia pública realizada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades el 5 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XI, anexo A, folio 5828).

(87) Acta de la audiencia pública realizada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades el 5 de octubre de 2004, *supra* nota 83, folio 5828.

(88) Cfr. auto decisorio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 29 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 3, folios 117 a 216).

de la República, vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, actualmente contenido en el numeral 4 del artículo 91 de la [LOCGRSNCF][89]

54. Teniendo en cuenta esta declaración de responsabilidad, dicho auto acordó imponerle a la señora Mendoza de López y al señor López Mendoza una multa por la cantidad de un millón doscientos cuarenta y tres mil doscientos bolívares (Bs, 1.243.200,00) a cada uno. La multa impuesta al señor López Mendoza equivalía a US$ 647.50 dólares, según la tasa de cambio oficial del Banco Central de Reserva de Venezuela vigente al momento de la imposición de dicha multa, conforme a la información confirmada por las partes en sus alegatos finales escritos.

3.4. Recurso de reconsideración

55. El 22 de noviembre de 2004 el señor López Mendoza interpuso un recurso de reconsideración[90], alegando irregularidades en la imputación y la negación irregular de ciertas pruebas.

56. El 28 de marzo de 2005 la Dirección de Determinación de Responsabilidades declaró sin lugar el recurso de reconsideración y confirmó la decisión de 29 de octubre de 2004[91]. El órgano administrativo determinó que para la declaratoria de responsabilidad administrativa se siguió un procedimiento apegado a la normativa legal aplicable, que hubo una correcta apreciación de los hechos y de las pruebas en su conjunto, y de la relación de causalidad entre estas y la actuación del recurrente[92].

3.5. Imposición de la sanción de inhabilitación

57. El 24 de agosto de 2005 el Contralor General emitió la Resolución N° 01-00-000206[93] como consecuencia de la firmeza en sede administrativa de la declaratoria de responsabilidad administrativa confirmada el 28 de marzo del mismo año, imponiéndole al señor López Mendoza la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo de tres (3) años, de conformidad con el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 –vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos– y el artículo 105 de la LOCGRSNCF[94].

(89) Auto decisorio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 29 de octubre de 2004, *supra* nota 85, folios 212 a 213.

(90) Al respecto, indicó que "no existe una imputación específica y clara hacia las personas de Antonieta Mendoza de Lopez y Leopoldo López Mendoza (...). Simplemente existe la narración libre de unos hechos que conciernen a diversas personas, sin que de ella se desprenda clara y específicamente una imputación hacia tales personas, ni con señalamiento alguno del supuesto de hecho normativo que serviría para concretar dicha imputación". "[T]ambién resultó violentado el derecho a la defensa (...) en la misma medida en que, de manera ilegal, se negó la evacuación de la prueba de informe, promovida por esta representación [...]. Otro tanto [habría ocurrido], respecto de las pruebas testimoniales promovidas en su oportunidad y que no se llegaron a evacuar por los obstáculos que puso es[t]e Organismo para su evacuación, de donde pudiera inferirse que no tiene interés alguno en que la verdad (...) brille en este asunto". Recurso de reconsideración de 22 de noviembre de 2004 presentado por el señor Leopoldo López Mendoza ante el Director de Determinación de Responsabilidades (expediente de anexos a la demanda, tomo V, apéndice 3, folios 2620 al 2651).

(91) Cfr. resolución de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 28 de marzo de 2005 (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 218 al 248).

(92) Cfr. resolución de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 28 de marzo de 2005, supra nota 88, folios 218 al 248.

(93) Cfr. resolución N° 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 emitida por el Contralor General de la República (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 14, folios 396 a 400).

(94) El 1 de septiembre de 2005, mediante Oficio N° 08-01-881 de 30 de agosto de 2005, se notificó la resolución al señor López Mendoza. Cfr. oficio N° 08-01-881 emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 30 de agosto de 2005 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 13, folios 388 y 389).

3.6. Recurso de reconsideración

58. El 22 de setiembre de 2005 el señor López Mendoza interpuso un recurso de reconsideración(95) en contra de la resolución que le impuso la referida inhabilitación por 3 (tres) años, alegando "la manifiesta inmotivación del acto recurrido, la cual lo hace violatorio del derecho a la defensa y por ende lo configura como un acto nulo". Al respecto, señaló que no existe en la mencionada Resolución, ninguna alusión a las razones de hecho y de derecho por las cuales el Contralor General consideró la falta a sancionar como de gravedad suficiente para aplicar la sanción de inhabilitación. Igualmente alegó, que no se indicó el motivo por el cual se aplicó la sanción de inhabilitación por un periodo de tres (3) años, que es el término máximo permitido por la Ley, además de haberse obviado el requisito de la entidad del perjuicio causado, exigido acumulativamente por el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, aplicable *rationae temporis*(96).

59. El 9 de enero de 2006 el Contralor General de la República emitió la Resolución N° 01-00-00004 que declaró sin lugar el recurso de reconsideración(97). De acuerdo con dicha resolución, del artículo 105 de la LOCGRSNCF, en concordancia con lo contemplado por el artículo 122 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, "se desprende claramente que la imposición de las sanciones en ellos contempladas, requieren como únicos y exclusivos presupuestos: a) la declaratoria de responsabilidad administrativa del que fuera investigado; y b) que esta haya quedado firme en sede administrativa. En tal sentido, dichas sanciones, son consecuencias jurídicas que según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad, una vez que haya quedado firme en sede administrativa"(98).

3.7. Recurso contencioso-administrativo de nulidad

60. El 4 de octubre de 2005 el señor López Mendoza presentó ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia un recurso contencioso administrativo

(95) Cfr. recurso de reconsideración de 22 de septiembre de 2005 interpuesto por el señor Leopoldo López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, apéndice 3, folios 2728 a 2737).

(96) Cfr. recurso de reconsideración de 22 de septiembre de 2005 interpuesto por el señor Leopoldo López Mendoza, *supra* nota 92, folios 2728 a 2737.

(97) Cfr. resolución N° 01-00-00004 de 9 de enero de 2006 emitida por el Contralor General de la República (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 16, folios 407 a 417).

(98) Igualmente, la Resolución indicó que: "aplicando lo expuesto al caso bajo análisis, podemos apreciar que el acto administrativo impugnado contiene los fundamentos o motivos que sirvieron de base para dictar la decisión a que se contrae el mismo, toda vez que en el aludido acto se señaló, (...) que quien suscribe impuso las sanciones previstas en el artículo 105 de la [LOCGRSNCF], relacionado con el artículo 122 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República". "Aunado a ello, se tiene que dentro de la órbita de discrecionalidad conferida legalmente al Contralor General de la República y a la luz de la documentación remitida por la Dirección de Determinación de Responsabilidades del Órgano Contralor, hubo por parte del mismo, una ponderación de la entidad y la gravedad de las irregularidades por las cuales se declaró la responsabilidad administrativa al recurrente, lo que obviamente, implicó el ejercicio de un poder de análisis, evaluación y apreciación del mérito de las circunstancias (de hecho y de derecho, positivas y negativas) indicadas en los antecedentes del caso, y la magnitud de la conducta asumida por el recurrente en su condición de Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de PDVSA". Resolución N° 01-00-00004 de 9 de enero de 2006 emitida por el Contralor General de la República, *supra* nota 94, folios 412, 415 y 416. Además, mediante oficio Nº 08-01-21 de 11 de enero de 2006 se notificó dicha resolución al señor López Mendoza. Cfr. oficio Nº 08-01-21 de 11 de enero de 2006 emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 18, folios 434 y 435).

de nulidad contra la Resolución del 28 de marzo de 2005[99], que había dejado en firme la declaración de responsabilidad administrativa. En el recurso alegó que: i) el proceso se encontraba viciado, ya que no se le realizó una imputación clara, específica y precisa de los hechos de los que se le acusaba, ya que solo se hizo una "narración libre de unos hechos" sin señalar el supuesto normativo de lo que se le imputaba[100]; ii) que no se le permitió recurrir ciertos actos por considerarse de trámite[101], y iii) no se recaudó la prueba solicitada respecto a los testimonios de personas que tenían conocimiento de los hechos investigados[102]. Posteriormente, el 23 de mayo de 2006 el señor López Mendoza promovió pruebas[103], las que fueron admitidas el 21 de junio de 2006[104].

61. El 12 de julio de 2007 se presentaron informes orales ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia[105]. Los representantes del señor López Mendoza y la representación de la Contraloría General de la República y del Ministerio Público "expusieron sus argumentos" y "consignaron sus conclusiones" respecto al recurso de nulidad interpuesto por la presunta víctima. Posteriormente a la lectura de dichos argumentos y conclusiones, la Sala "ordenó agregarlos a los autos"[106].

(99) Cfr. recurso contencioso administrativo de nulidad de 4 de octubre de 2005 presentado por el señor Leopoldo López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 20, folios 451 a 475). Dicho recurso quedó recogido bajo el Expediente N° 2005-5251 y fue admitido el 1 de febrero de 2006.

(100) "[E]s evidente que la 'manera específica y clara' de informar los hechos que se puedan imputar a una persona –aun en fase 'investigativa'– es señalando de manera expresa cual es el supuesto de hecho normativo en el que se subsumiría la conducta de la persona de que se trate; vale decir, con indicación de la falta que se le imputa, la cual en virtud del elemento tipicidad del principio de legalidad de las faltas, debe estar previamente determinada en la ley". Recurso contencioso administrativo de nulidad de 4 de octubre de 2005 presentado por el señor Leopoldo López Mendoza, *supra* nota 96, folio 460.

(101) "[E]l hecho de que en [el] ordenamiento se haya discutido si los actos de trámite son o no recurribles no puede conducir a concluir que dichos actos no pueden afectar derechos. Es más, tal posibilidad ha sido expresamente considerada por el legislador, al punto de que en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, precisamente pensando en los actos de trámite, se contempló la recurribilidad de los actos que causen indefensión (artículo 85)". Recurso contencioso administrativo de nulidad de 4 de octubre de 2005 presentado por el señor Leopoldo López Mendoza, *supra* nota 96, folio 462.

(102) Además, indicaron que "los funcionarios de ese Organismo Contralor nunca solicitaron los testimonios de personas que tienen perfecto conocimiento de los hechos investigados, tal como se evidencia del propio expediente. Ni siquiera solicitaron el testimonio de la persona que recibió las donaciones hechas por PDVSA a la Asociación Civil Primero Justicia". Recurso contencioso administrativo de nulidad de 4 de octubre de 2005 presentado por el señor Leopoldo López Mendoza, *supra* nota 96, folio 465.

(103) Dichas prueban comprenden: i) "[e]l documento denominado 'Presupuesto de Inversión Social. Resultados. Año 1998', elaborado en enero de 1999"; ii) "[p]ropuesta de 'Expansión y Consolidación de la Justicia de paz en los Estados Monagas, Anzoátegui y Delta Amacuro' de 1998, con informe de seguimiento de octubre de 1999 y otros anexos"; iii) "[m]inuta de la reunión del 29 de marzo de 200[0]"; iv) "[o]ficio[s de la] Directora de SOCSAL, dirigidos a PDVSA para remitirle planes de trabajo a corto plazo y planes de visitas a los solicitantes pendientes, para evaluar o realizar seguimiento de proyectos sociales"; v) "[i]nforme de la Auditoría Interna Corporativa de PDVSA, denominado Evaluación del Memorando de Entendimiento entre la Fundación Interamericana (IAF) y PDVSA Años 1988-1999"; vi) "[n]ota de Cierre de Informe de Auditoría del 22 de mayo de 2001"; vii) "[d]ocumento autenticado de donación [de Bs. 60.060.000.00] efectuada por PDVSA"; viii) "[e]statutos Constitutivos originales de la Asociación Civil Primero Justicia (...) y Modificación y Refundición de dichos Estatutos"; ix) "[l]as 'Normas Sobre Conflictos de interés' contenidas en el Manual de Normas y Procedimientos de Administración de Personal de PDVSA, Casa Matriz", y x) "copia simple de la sentencia N° 940 del 25 de junio de 2003". Cfr. escrito sin fecha consignado por la defensa del señor Leopoldo López Mendoza el 23 de mayo de 2006 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXI, anexo B, folios 8053 a 8057).

(104) Cfr. resolución de 21 de junio de 2006 del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente 2005-5251 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXI, anexo B, folios 8059 y 8060).

(105) Cfr. constancias de 12 de julio de 2007 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXI, anexo B, folios 8077 a 8170).

(106) Constancias de 12 de julio de 2007 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, supra nota 102, folios 8077 a 8170.

62. El 31 de marzo de 2009 se emitió la Sentencia N° 426 por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, declarando sin lugar el recurso de nulidad incoado y, en consecuencia, firme la decisión que declaró la responsabilidad administrativa del señor López Mendoza(107). Al respecto, en dicha sentencia la Sala Político Administrativa dio respuesta a las siguientes controversias: i) cumplimiento de los derechos a la defensa y al debido proceso en las fases de investigación y de determinación de responsabilidad; ii) "falso supuesto de derecho", ya que se alegó que los hechos no podían ser subsumidos bajo "la calificación jurídica de concierto de interesados para producir un resultado", a lo que se respondió efectuando un recuento detallado de los hechos que demostraban dicha calificación(108), así como recalcando que "dicho concierto (...) nada t[enía] que ver con el destino que se le diere a los recursos obtenidos [ya que] la aludida figura [no implica] un necesario provecho económico"(109); iii) "falso supuesto de derecho" por la utilización de la figura de "interpuesta persona", a lo que se indicó que "aun cuando no consta[ba] en los autos una actuación formal específica del [señor] López Mendoza en el otorgamiento de las donaciones[, era posible] concluir que la Asociación Civil Primero Justicia fungió como interpuesta persona suya en la obtención de un propósito que lo involucraba, esto es, que manifiestamente le interesaba formar parte de la Junta Directiva de aquella; lo que denota una actuación contraria a los deberes que le imponía su condición de funcionario de (...) PDVSA" (110); iv) negativa de evacuación de las pruebas de testigos e informes promovidos en el procedimiento administrativo, y v) la aplicación de la sanción pecuniaria(111).

63. El 2 de diciembre de 2004 el Contralor General remitió las actuaciones realizadas en el caso de PDVSA al Ministerio Público(112) para que se efectuara la investigación penal correspondiente, dado que los ilícitos administrativos respectivos podrían relacionarse con algunos tipos penales(113).

(107) Cfr. sentencia de 31 de marzo de 2009 emitida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo X, anexo h, folios 5322 a 5358).

(108) Cfr. sentencia de 31 de marzo de 2009 emitida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 104, folios 5346 a 5348.

(109) Sentencia de 31 de marzo de 2009 emitida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 104, folio 5349.

(110) Sentencia de 31 de marzo de 2009 emitida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, supra nota 104, folio 5351.

(111) "En consecuencia, estima esta Sala que el órgano de Control Fiscal, al imponer la sanción de multa a los ciudadanos Antonieta Mendoza de López y Leopoldo López Mendoza, consideró acertadamente su condición de funcionarios públicos frente al incumplimiento de las normas contentivas de las infracciones que le fueran imputadas. Por tales razones, debe desestimarse el argumento esgrimido por la representación judicial de la parte actora sobre la inconstitucionalidad de la referida norma". Sentencia de 31 de marzo de 2009 emitida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo X, anexo h, folio 5356).

(112) Cfr. oficio N° 01-00-000772 de 2 de diciembre de 2004 (expediente de fondo, tomo IV, anexo C, folios 1665 a 1673).

(113) El Estado informó de varios tipos penales, consagrados en la Ley contra la Corrupción, que podrían relacionarse con los ilícitos administrativos de los cuales fue declarado responsable el señor López Mendoza: artículo 70: "El funcionario público que, al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato u otra operación se concierte con los interesados o intermediarios para que se produzca determinado resultado, o utilice cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin será penado con prisión de dos (2) a cinco (5) años. Si el delito tuvo por objeto obtener dinero, dádivas o ganancias indebidas que se le dieren u ofrecieren a él o a un tercero será penado con prisión de dos (2) a (6) años y multa de hasta el cien por ciento del beneficio dado o prometido. Con la misma pena será castigado quien se acuerde con los funcionarios, y quien diere o prometiere el dinero, ganancias o dádivas indebidas a que se refiere este artículo". Artículo 72: "Fuera de aquellos casos expresamente tipificados, el funcionario público o cualquier persona que por sí misma o mediante persona interpuesta se procure ilegalmente alguna utilidad en cualquiera de los actos de la Administración Pública, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de hasta el cincuenta

4. Procedimiento en relación con algunas decisiones adoptadas por el señor López Mendoza como alcalde de Chacao

64. Tal como fue mencionado, el señor López Mendoza se desempeñó como alcalde del Municipio Chacao (*supra* párr. 30). Cada año los Municipios que integraban el Distrito Metropolitano de Caracas –entre los que se encontraba el Municipio Chacao– le debían transferir a dicho Distrito Metropolitano el 10% de "los ingresos propios"(114). Por otro lado, los Concejos Municipales podían aprobar créditos adicionales al Presupuesto de Gastos, a solicitud de los alcaldes, y para ello se autorizaba a declarar insubsistencias totales o parciales de ciertas partidas presupuestales no utilizadas en su totalidad o utilizadas parcialmente(115).

65. El 28 de octubre de 2002 el señor López Mendoza declaró una insubsistencia parcial de unos créditos presupuestarios(116). Posteriormente, el Concejo Municipal de Chacao aprobó créditos adicionales financiados con los recursos provenientes de la mencionada partida cuya insubsistencia había sido declarada(117). Estos hechos derivaron en un proceso y las correspondientes sanciones, de multa y de inhabilitación en contra del señor López Mendoza. La acusación contra la presunta víctima era la de haber otorgado una finalidad diferente a la que la ley establecía para la partida presupuestaria respectiva.

4.1. Fase de actuaciones de control fiscal

66 El 6 de diciembre de 2002 la Dirección de Control de Municipios se dirigió al Contralor Municipal del Municipio de Chacao solicitando "un [i]nforme detallado sobre el uso dado a los recursos destinados a la Alcaldía Metropolitana de Caracas, según lo previsto en el artículo 22 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y que la Alcaldía del Municipio del Chacao esta[ba] obligada a transferir en [dicho] año, equivalente al 10% de los ingresos propios efectivamente recaudados en el ejercicio fiscal anterior"(118). El 23 de enero de 2003 la Dirección de Control de Municipios reiteró esta solicitud(119).

67. El 9 de septiembre de 2003 la Dirección de Control de Municipios emitió un Informe Definitivo en cumplimiento del Programa de Inspecciones y Fiscalizaciones previsto en el Plan Anual de la Dirección General de Control de Estados y Municipios. El Informe se refirió a los hallazgos siguientes:

    La Alcaldía del Municipio de Chacao debió transferir a la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas Bs. 5.571.686.030,00 durante el año 2002 por concepto del 10% de los ingresos propios efectivamente recaudados (...), sin embargo el monto

por ciento (50%) de la utilidad procurada". Escrito de alegatos finales del Estado, supra nota 30, folios 1603 y 1605.

(114) Cfr. sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente Nº 2005-5124) (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 23, folios 503 a 535).

(115) Cfr. sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folios 503 a 535.

(116) Cfr. oficios DA. 3255.10.2002 y DA. 3253.10.2002 firmados por el señor López Mendoza de 28 de octubre de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXIV, anexo D, folios 8703 y 8705).

(117) Cfr. acuerdo del Concejo Municipal de Chacao (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXIV, anexo D, folios 8706 y 8707).

(118) Oficio Nº 07-02-4457 de 6 de diciembre de 2002 de la Dirección de Control de Municipios (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXVII, anexo D, folio 10693).

(119) Cfr. oficio Nº 07-02-169 de 23 de enero de 2003 de la Dirección de Control de Municipios (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXVII, anexo D, folio 10694).

total transferido fue de Bs. 618.390.427,17 (...). Asimismo se determinó una insubsistencia presupuestaria[120].

68. Con fundamento en dichos hallazgos, el 23 de diciembre de 2003 se dictó auto de proceder, por lo tanto la Dirección de Control de Municipios decidió formar el expediente administrativo del caso Nº 07-02-PI-2003-020 y ordenó notificar a las personas involucradas en los hechos sujetos a investigación[121].

4.2. Fase investigativa

69. El 10 de febrero de 2004 se informó al señor López Mendoza que "la Dirección de Control de Municipios (...) acordó iniciar una investigación con el objeto de verificar las modificaciones presupuestarias efectuadas por el Alcalde del Municipio Chacao durante el ejercicio fiscal 2002"[122]. Se indicó que a los fines de garantizar el derecho de defensa se le otorgaba un plazo de 10 días hábiles contados a partir de la fecha de notificación del respectivo oficio para que promoviera todos los argumentos y actos probatorios para su defensa[123]. El 4 de marzo de 2004 el señor López Mendoza consignó, a través de su abogado, un escrito relacionado con los hechos materia de investigación[124].

70. El 26 de abril de 2004 se emitió el Informe de Resultados[125], en el que se indicaron los hechos, actos y omisiones investigados, relacionados con "la inspección fiscal orientada a verificar las modificaciones presupuestarias efectuadas en la Alcaldía del Municipio Chacao durante el ejercicio fiscal 2002"[126]. De manera particular, se indicó que: i) "el Alcalde del Municipio Chacao (...) declaró una insubsistencia parcial por la cantidad de Bs. 2.743,464.041,57 de los créditos presupuestarios asignados a la Partida 4.07.02.02.04 'Transferencias de Capital a Entidades Federales' pertenecientes al Sector 15 'Gastos no clasificados sectorialmente'"[127]; ii) "[l]a anulación parcial de los créditos presupuestarios asignados a la ya identificada partida, financiaron (...) créditos adicionales (...) aprobados por los Concejales del referido

(120) Además, se señaló que en cumplimiento de lo estipulado en el numeral 5 del artículo 22 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, el cual dispone: "Son ingresos del Distrito Metropolitano de Caracas: (...) El aporte financiero, en cada ejercicio fiscal, de los municipios integrados en el Distrito Metropolitano de Caracas, en proporción equivalente al diez por ciento (10%) del ingreso propio efectivamente recaudado por cada uno de ellos en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior (...), la ordenanza de presupuesto del Municipio Chacao del estado Miranda, para el ejercicio fiscal del año 2002, previó un crédito presupuestario por un monto de Bs. 5.545.000.000,00, a ser transferido al referido Distrito Metropolitano". Informe definitivo de la Dirección de Control de Municipios de 9 de septiembre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXIX, anexo D, folios 11252 a 11255).

(121) Informe de la Dirección de Control de Municipios de 23 de diciembre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXIX, anexo D, folios 11252 a 11255).

(122) Oficio 07-02-160 de 10 de febrero de 2004 emitido por la Dirección General de Control de Municipios de 10 febrero de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo VI, folios 3222 a 3231).

(123) Cfr. oficio 07-02-160 de 10 emitido por la Dirección General de Control de Municipios de 10 febrero de 2004, supra nota 119, folios 3222 al 3231.

(124) En dicho escrito se alegó que la presunta violación al derecho de defensa, por cuanto no se habrían expuesto de manera clara y expresa los hechos que se le imputaban al señor López Mendoza. Cfr. escrito presentado por el señor López Mendoza de 4 de marzo de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo D, folios 11883 a 11887).

(125) Cfr. informe de resultados de 26 de abril de 2004 emitido por la Dirección de Control de Municipios (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo D, folios 11892 a 11937).

(126) Informe de resultados de 26 de abril de 2004 emitido por la Dirección de Control de Municipios, *supra* nota 122, folio 11892.

(127) Informe de resultados de 26 de abril de 2004 emitido por la Dirección de Control de Municipios, *supra* nota 122, folio 11893.

Municipio tal como se desprende de las Actas de Sesión de Cámara"[128]; iii) "los referidos aportes constituyen una obligación legal, (...) razón por la cual no pueden ser utilizados para fines distintos a los previstos, tales como la cancelación de compromisos pendientes de pago, ni para el financiamiento de créditos adicionales y que según la norma, el monto que debió ser transferido es el efectivamente recaudado en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior al vigente"[129], y iv) "la Alcaldía del Municipio Chacao le correspondía transferir a la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas durante el año 2002, presuntamente la cantidad de Bs. 5.344.198.335,21 por concepto del 10% de los ingresos propios efectivamente recaudados en el ejercicio fiscal anterior"[130].

4.3. Procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades

71. El 12 de julio de 2004 la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República emitió el auto de inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades del señor López Mendoza[131]. En dicho auto la Dirección de Determinación de Responsabilidades precisó que "en virtud de que surgen elementos que hacen presumir que los hechos (...) s[on] susceptible[s] de ser sancionados por parte de[l] Máximo Órgano de Control en atención a lo dispuesto en los numerales 21 y 22 del artículo 91 de la [LOCGRSNCF] ac[ordó] el inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96"[132] de dicha ley[133].

4.4. Acción de amparo interpuesta por los apoderados de la presunta víctima

72. El 10 de agosto de 2004 los apoderados del señor López Mendoza presentaron una acción de amparo constitucional para que "se les ampar[ara] (...) frente a la [presunta] flagrante violación de su derecho a la defensa (...) con ocasión de las actuaciones de la Dirección de Control de Municipios y de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, (...) l[a]s cuales versan sobre hechos que habrían ocurrido con motivo de las modificaciones presupuestarias efectuadas por el Alcalde del

(128) Informe de resultados de 26 de abril de 2004 emitido por la Dirección de Control de Municipios, *supra* nota 122, folio 11893.

(129) Informe de resultados de 26 de abril de 2004 emitido por la Dirección de Control de Municipios, *supra* nota 122, folio 11901.

(130) Informe de resultados de 26 de abril de 2004 emitido por la Dirección de Control de Municipios, *supra* nota 122, folio 11894.

(131) Cfr. auto de inicio de 12 de julio de 2004 emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXIV, anexo D, folios 8648 a 8682).

(132) Auto de inicio de 12 de julio de 2004 emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, supra nota 128, folio 8681.

(133) El 9 de agosto de 2004 se notificó al señor López Mendoza "que por auto de fecha 12 de julio de 2004, se acordó el inicio del procedimiento administrativo de Determinación de Responsabilidades, en el cual se le imputa[ban] presuntos hechos irregulares [...] con base al resultado de la Potestad Investigativa [...], y de la documentación probatoria que a los efectos se recabó. Asimismo, se h[izo] de su conocimiento que de acuerdo con lo previsto en el artículo 99 de la [LOCGRSNCF] podr[ía], dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del [...] auto, indicar la(s) prueba(s) que producir[ía] en el acto público a que se refiere el artículo 101 ejusdem. Vencido [dicho] plazo, [la] Dirección fijar[ía], por auto expreso, el décimo quinto (15) día hábil siguiente para que los interesados o sus representantes legales expresen, en forma oral y pública, los argumentos que consideren les asisten para la mejor defensa de sus intereses". Oficio 08-01-1011 de 16 de julio de 2004 emitido por la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República y notificado el 9 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo VI, folios 3236 al 3239).

Municipio Chacao y aprobadas por los miembros del Concejo Municipal de ese Municipio, durante el ejercicio Fiscal 2002"[134].

73. El 25 de agosto de 2004 el Juzgado Superior Séptimo en lo Contencioso Administrativo declaró inadmisible la acción de amparo interpuesta[135] al observar que los oficios, informes y autos emitidos en el caso hasta ese momento[136] eran "actos que se dictan en el transcurso de un procedimiento administrativo en términos no definitivos, esto es, actos de trámit[e] o de sustanciación, no susceptibles de impugnación (...). En consecuencia, siendo que los actos administrativos respecto [de] los cuales alegan los actores la violación de su derecho de orden constitucional no son definitivos y no tienen carácter resolutorio sino de trámite, ya que solo facilitan a la Administración la prosecución de la investigación abierta a los actores, es por lo que este Tribunal los reputa como actos preparatorios de la resolución definitiva que ponga fin a la investigación"[137].

4.5. Continuación del procedimiento administrativo

74. El 31 de agosto de 2004 el señor López Mendoza indicó por medio de su abogado las pruebas documentales que haría valer en la audiencia[138]. El 26 de octubre de 2004 se llevó a cabo la audiencia pública[139]. En el marco de dicha audiencia la defensa del señor López Mendoza presentó varios alegatos de hecho y de derecho[140], referentes, entre otros, al derecho a la defensa, a las competencias presupuestarias de los Alcaldes, a los procedimientos para cambiar de destinación una partida presupuestaria y al hecho de que "en el presente caso, pudiera haber violación al derecho a la [i]gualdad, en virtud de las declaraciones del (...) Contralor (...) aparecidas en el semanario quinto día correspondiente a la semana del 15 al 22 de octubre de

(134) Acción de amparo de 10 de agosto de 2004 interpuesta por el señor López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 8, folio 325).

(135) Decisión de 25 de agosto de 2004 del Juzgado Superior Séptimo en lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 0791-04 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 9, folios 344 a 353).

(136) "[O]ficios Nºs 07-02-164, 07-02-166, 07-02-165, 07-02-163 y 07-02-160, de fechas 10-02-2004 y el Informe de Resultados estampado en el Expediente Nº 07-02-PI-2003-02, así como el auto de inicio de fecha 12-07-2004, dictado en el expediente Nº 08-01-07-04-003, y los oficios de notificación de dicho auto, de fecha 16-07-2004, distinguidos con los Nºs 08-01-1010, 08-01-1014, 08-01-1013, 08-01-1012 y 08-010-1011". Decisión de 25 de agosto de 2004 del Juzgado Superior Séptimo en lo Contencioso Administrativo, *supra* nota 132, folio 351.

(137) Decisión de 25 de agosto de 2004 del Juzgado Superior Séptimo en lo Contencioso Administrativo, *supra* nota 132, folio 351.

(138) En dicho escrito se consignó como prueba: i) "'Carpeta N° 1: Soportes de la Situación del Tesoro Municipal de la Alcaldía de Chacao correspondiente al ejercicio 2002' (...) de la Tesorería Municipal de la Dirección de Planificación y Presupuesto y de la Dirección de Administración Tributaria de la Alcaldía de Chacao", y ii) "Convenio de Transferencia del Cuerpo de Bomberos del Este al Cuerpo de Bomberos Metropolitanos". Escrito del señor López Mendoza de 31 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXV, anexo D, folios 9864 a 9867).

(139) Acta de la audiencia pública de 26 de octubre de 2003 realizada en el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades (expedientes de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXVI, anexo D, folios 10700 al 10754).

(140) El particular, se alegó que: i) "en la Potestad Investigativa llevada por [la] Contraloría General de la República, se le cercenó el derecho a la defensa (...), toda vez que no se les hizo una imputación concreta con respecto a los hallazgos determinados en esa fase"; ii) "esta Contraloría presenta errores conceptuales gruesos, en materia vinculada con las modificaciones presupuestarias, específicamente lo referido a las declaratorias de insubsistencia"; iii) "hay un evidente desconocimiento por [la Contraloría], de las competencias del Alcalde como jefe de la rama ejecutiva"; iv) "en los actuales momentos cursa en el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, un juicio de nulidad por inconstitucionalidad del numeral 5 del artículo 22 de la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas", y v) "en cuanto al uso de los fondos en finalidades distintas a las previstas (...) se cumpli[ó] con los procedimientos establecidos, y los actos fueron emanados de las autoridades competentes". Acta de la audiencia pública de 26 de octubre de 2003, *supra* nota 136, folio 10702.

2004, específicamente al caso del FIEM[141], en el cual de acuerdo a su criterio debería otorgársele el mismo tratamiento"[142].

75. El 2 de noviembre de 2004 la Dirección de Determinación de Responsabilidades emitió el auto decisorio[143]. En dicho auto**,** después de realizar un recuento de los hechos (declaró que: i) "a la luz de las disposiciones constitucionales y legales (...), se desprende la obligación que tiene el funcionario público competente para ejecutar el presupuesto, de realizar dicha actividad atendiendo, por una parte, a la disponibilidad presupuestaria asignada para determinado ejercicio fiscal, y por la otra, a la necesidad de emplear los fondos del Estado en las finalidades que le han sido encomendadas, y no en objetivos diferentes, aunque estos últimos estén relacionados con actividades inherentes a la propia administración"[144], y ii) "a los fines de la procedencia de una eventual declaratoria de responsabilidad administrativa, bastará determinar, en primer término, el cambio de destino de los fondos públicos, y en segundo término, que dicha finalidad sea distinta a la que estaba originalmente prevista, bien sea por ley, reglamento o por acto administrativo, lo cual implica que cualquier violación al carácter limitativo de los créditos presupuestarios, en su aspecto cualitativo, es causa suficiente para declarar la responsabilidad administrativa del funcionario o particular infractor"[145].

76. Teniendo en cuenta lo anterior, en dicho auto se decidió que:

    1. Se declara la Responsabilidad Administrativa de los siguientes ciudadanos: LEOPOLDO LÓPEZ MENDOZA, ANTONIO JIMÉNEZ CABRERA, NELSON YÁNEZ VILLAMIZAR, EVA ELIZABETH RAMOS RAMÍREZ, SHULLY ROSENTHAL WAINTRUB Y THIBALDO COROMOTO AULAR BORJAS, (...) en su condición de Alcalde del Municipio Chacao el primero de ellos y el resto de Concejales de la Cámara Municipal del aludido Municipio[146].

77. Como consecuencia de esta declaración de responsabilidad se le impuso al señor López Mendoza una multa por ocho millones ciento cuarenta mil bolívares (Bs. 8.140.000,00)[147], lo cual equivalía a US$ 4.239,58, según la tasa de cambio oficial del Banco Central de Reserva de Venezuela vigente al momento de la imposición de dicha multa, conforme a la información confirmada por las partes en sus alegatos finales escritos.

(141) "[E]l Presidente de la República, ante una situación deficitaria, (así la calificó el Contralor General de la República en entrevista concedida al Semanario Quinto Día, de la semana del 15 al 22 de octubre de 2004 [...]) definiera como prioritario, pagar los aguinaldos de los trabajadores activos y jubilados, en lugar de destinar los recursos con los cuales se hicieron esos pagos, al Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica (FIEM)". "La respuesta concreta del Contralor fue la siguiente: 'Con el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica (FIEM) hubo un déficit de caja. Te lo expreso en un ejemplo: la República debía honrar gastos por Bs. 2 mil y obtuvo ingresos por Bs. 1 mil; decide si pasa esos 1 mil al FIEM o los utiliza en gastos de funcionamiento. La República decidió esto último'". Acta de la audiencia pública de 26 de octubre de 2003, *supra* nota 136, folio 10746.

(142) Acta de la audiencia pública de 26 de octubre de 2003, *supra* nota 136, folios 10702 y 10703.

(143) Cfr. auto decisorio de 2 de noviembre de 2004 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades (expediente de anexos a la demanda, tomo V, apéndice 3, folios 3240 al 3359).

(144) Auto decisorio de 2 de noviembre de 2004 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, *supra* nota 140, folio 3284.

(145) Auto decisorio de 2 de noviembre de 2004 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, supra nota 140, folio 3288.

(146) Auto decisorio de 2 de noviembre de 2004 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, supra nota 140, folio 3354.

(147) Auto decisorio de 2 de noviembre de 2004 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, supra nota 140, folio 3356.

4.6. Recurso de reconsideración

78. El 22 de noviembre de 2004 el señor López Mendoza interpuso un recurso de reconsideración(148). En dicho recurso alegó que se le había vulnerado, entre otros, su derecho a la defensa así como el principio "non bis in ídem" y el principio de globalidad de la decisión, regulado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, según el cual un acto administrativo decisorio debe resolver sobre todas las cuestiones planteadas en el proceso(149).

79. El 28 de marzo de 2005 se emitió la Resolución que declaró sin lugar el recurso de reconsideración y, en ese sentido, confirmó la decisión de 2 de noviembre de 2004(150). De acuerdo con dicha resolución: i) la Contraloría actuó conforme a derecho, "habida cuenta que la exigencia de enunciar los supuestos generadores de responsabilidad en los cuales, los hechos a que se contrajo la potestad investigativa, pudiesen ser subsumidos a los fines del establecimiento de una eventual responsabilidad administrativa, no constituye un requisito legal para la fase en comento"(151); ii) "no consta en las actas que conforman el expediente, que en fecha anterior el [señor] López Mendoza, (...) en su condición de Alcalde del Municipio Chacao (...), haya sido declarado responsable en lo administrativo por los mismos hechos irregulares y durante el mismo periodo investigado"(152), y iii) "que la afirmación según la cual los recurrentes aducen que el auto decisorio bajo estudio, adolece del vicio de inmotivación, por cuanto no se desprende del mismo elementos que determinen hechos punibles que pudiesen conllevar indicios civiles o penales, es a todas luces errada de conformidad con el análisis que antecede, demostrándose con este, que tal alegato solo puede estar fundamentado en estudios superficiales de la materia de control fiscal"(153).

(148) Cfr. recurso de reconsideración de 22 de noviembre de 2004 interpuesto por el señor López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 3360 al 3399).

(149) Cfr. recurso de reconsideración de 22 de noviembre de 2004 interpuesto por el señor López Mendoza, supra nota 145, folios 3360 al 3399.

(150) Cfr. resolución de 28 de marzo de 2005 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, Expediente Nº 08-01-07-04-003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 10, folios 355 a 385).

(151) Resolución de 28 de marzo de 2005 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, *supra* nota 147, folio 366.

(152) Resolución de 28 de marzo de 2005 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, *supra* nota 147, folio 370.

(153) El 5 de abril de 2005 se notificó la resolución al señor López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 10, folios 384 y 385).

4.7. Imposición de la sanción de inhabilitación(154)

80. El 26 de septiembre de 2005 el Contralor General emitió una resolución(155) mediante la cual indicó que teniendo en cuenta "[l]a gravedad de la irregularidad cometida, sancionada con la declaratoria de responsabilidad administrativa de fecha 2 de noviembre de 2004, [que había quedado en firme el 28 de marzo de 2005], así como la reincidencia de una conducta irregular que ha sido objeto de sanción en los términos aludidos precedentemente", se determinó "imponer al [señor] LÓPEZ MENDOZA, (...), la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo de seis (06) años"(156).

4.8. Recurso de reconsideración

81. El 15 de noviembre de 2005 el señor López Mendoza interpuso un recurso de reconsideración(157), señalando "la manifiesta inmotivación del acto recurrido, lo cual lo hace violatorio del derecho a la defensa y nulo de nulidad absoluta"(158). Además, el señor López Mendoza argumentó que "no existe en la mencionada Resolución, ninguna alusión a las razones de hecho y de derecho, por las cuales el Contralor General (...) considera la falta a sancionar como de gravedad suficiente para aplicar la sanción de inhabilitación y que la inmotivación se hace aún más evidente cuando en la Resolución se obvió por completo el requisito de la entidad del perjuicio causado"(159).

---

(154) Al respecto, el Estado informó que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que el Contralor no puede utilizar las sanciones accesorias de destitución y suspensión en relación con personas elegidas por voto popular y ha establecido que una sanción de inhabilitación solo puede operar cuando se ha finalizado el mandato respectivo. En particular, la Sala Constitucional manifestó que "no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular (...) no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación (...) y la suspensión (...)". Sentencia N° 1.056 de fecha 31 de mayo de 2005 (Contraloría General de la República). Además, la Sala Constitucional ha indicado que "la sanción impuesta no puede entorpecer las funciones del representante popular en el periodo para el cual fue electo [por lo tanto] la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el periodo para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones". Sentencia N° 174 de fecha 08 de marzo de 2005 emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso Cámara del Municipio Sucre del Estado Miranda. Citadas en Sentencia Nº 1266 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 31, folio 639.

(155) Cfr. Resolución N° 01-00-235 de 26 de setiembre de 2005 emitida por el Contralor General de la República (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 12, folios 391 a 394).

(156) Resolución N° 01-00-235 de 26 de setiembre de 2005 emitida por el Contralor General de la República, *supra* nota 152, folios 393 y 394. El 27 de octubre de 2005 se notificó la resolución al señor López Mendoza. En el oficio correspondiente se le informó que "contra dicha decisión podría interponer recurso de reconsideración ante el (...) Contralor (...), en un lapso de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de [la] notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". Asimismo, se indicó que "podr[ía] interponer el correspondiente recurso de nulidad (...) ante el Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de seis (6) meses contados a partir de la fecha de (...) notificación, de conformidad con lo dispuesto en el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia". Oficio Nº 08-01-1074 de 27 de septiembre de 2005 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades (expediente de anexos a la demanda, tomo VI, folios 3468 al 3471).

(157) Cfr. recurso de reconsideración de 15 de noviembre de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, folios 3472 al 3492).

(158) Resolución N° 01-00-00005 de 9 de enero de 2006 del Controlar General de la República (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 16, folio 420).

(159) Resolución N° 01-00-00005 de 9 de enero de 2006 del Controlar General de la República, *supra* nota 155, folio 422.

82. El 9 de enero de 2006 el Contralor emitió una resolución declarando sin lugar el recurso de reconsideración[160]. De acuerdo con el Contralor "el fundamento fáctico de la Resolución impugnada, se apoya en la cita que en tal decisión se realizó, de los particulares en que se fundamentó la declaratoria de responsabilidad administrativa, y que soportan la ponderación efectuada por el Contralor [a] fin de determinar la gravedad de la irregularidad cometida, tal como lo exige el artículo 105 de la [LOCGRSNCF]"[161]. En cuanto al fundamento de derecho, el Contralor observó que "en la referida Resolución, se hizo un expreso señalamiento de las circunstancias de derecho que motivaron la decisión, al indicarse la normativa que establece el presupuesto de la sanción impuesta. Vale decir, el citado artículo"[162].

4.9. Recurso contencioso-administrativo de nulidad conjuntamente con amparo cautelar y suspensión de efectos

83. El 4 de agosto de 2005 el señor López Mendoza interpuso ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia un recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con amparo cautelar y solicitud de suspensión de efectos[163]. En dicho recurso el señor López Mendoza alegó: i) "violación del derecho a la defensa en la fase investigativa"[164]; ii) "[f]also supuesto de hecho al asumir que la declaratoria de la insubsistencia constituyó una actuación simulada"[165]; iii) "falso supuesto de derecho y violación a la presunción de inocencia (...) al asumir (...) un supuesto de responsabilidad objetiva"[166]; iv) "falso supuesto de derecho al asumir que la autorización par[a] gastar contenida en el presupuesto del Municipio de Chacao (...) era un crédito comprometido y causado"[167]; v) "[f]also supuesto de derecho al asumir que en la modificación presupuestaria (...) hubiere habido utilización de créditos presupuestarios para fines distintos a los previstos"[168], y vi)

(160) Cfr. Resolución N° 01-00-00005 de 9 de enero de 2006 del Controlar General de la República, *supra* nota 155, folios 419 a 432.

(161) Además, se indicó que "el acto administrativo cuestionado contiene los fundamentos o motivos que sirvieron de base para dictar la decisión a que se contrae el mismo, toda vez que en el aludido acto se señaló (...) que [se] impuso la sanción de inhabilitación (...), de manera exclusiva y excluyente y sin que mediara otro procedimiento distinto al de determinación de responsabilidades, sobre la base de[l] poder discrecional, según la gravedad de la falta, es decir, dicha sanción es consecuencia jurídica que, según la Ley deriva de la declaratoria de responsabilidad del [señor] López Mendoza. Aunado a ello, se tiene que dentro de la órbita de discrecionalidad conferida legalmente al Contralor (...) y a la luz de la documentación remitida por la Dirección de Determinación de Responsabilidades (...), hubo por parte de esta [a]utoridad, una ponderación [de] la gravedad de las irregularidades por las cuales se declaró la responsabilidad administrativa del recurrente, lo que obviamente implicó el ejercicio de un poder de análisis, evaluación y apreciación del mérito de las circunstancias (de hecho y de derecho, positivas y negativas) indicadas en los antecedentes del caso, y la magnitud de la conducta asumida por el recurrente en su condición de Alcalde del Municipio Chacao". Resolución N° 01-00-00005 de 9 de enero de 2006 del Controlar General de la República, supra nota 155,folios 429 y 430.

(162) Resolución N° 01-00-00005 de 9 de enero de 2006 del Controlar General de la República, supra nota 155, folio 429. Por otra parte, mediante oficio de 11 de enero de 2006 se notificó la resolución al señor López Mendoza. En dicho oficio se indicó que "en contra de la Resolución N° 01-00-000005 (...), podr[ía] interponer el correspondiente recurso de nulidad (...) ante el Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de seis (6) meses contados a partir de la fecha de [la] notificación, de conformidad con lo dispuesto en el aparte 20 del artículo 21 de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia". Cfr. oficio Nº 08-01-24 de 11 de enero de 2006 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 19, folios 448 y 449).

(163) Cfr. recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1560 a 1591).

(164) Recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza, *supra* nota 160, folio 1565.

(165) Recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza, *supra* nota 160, folio 1571.

(166) Recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza, *supra* nota 160, folio 1575.

(167) Recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza, *supra* nota 160, folio 1581.

(168) Recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza, *supra* nota 160, folio 1584.

"violación del principio de la globalidad"[169]. Además, mediante la solicitud de amparo cautelar requirieron que "se orden[ara] al (...) Contralor la desaplicación de[l artículo 105 de la LOCGRSNCF] mientras dur[ara] el juicio de nulidad"[170].

84. El 8 de marzo de 2006 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia emitió sentencia[171] señalando que "al habérseles impuesto a los recurrentes las sanciones de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, efectivamente (...) el amparo cautelar solicitado carecería de objeto"[172]. Así, declaró que "ADMIT[ÍA], sin perjuicio de la verificación por parte del Juzgado de Sustanciación de la Sala, en lo atinente a la caducidad de la acción, el recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido". Agregó que, "[d]e ser procedente su admisión definitiva, el Juzgado de Sustanciación ordenar[ía] la continuación del proceso de conformidad con lo dispuesto en el aparte II del artículo 21, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia". Finalmente, declaró "INADMISIBLE la acción de amparo constitucional cautelar ejercida" e "IMPROCEDENTE la medida de suspensión temporal del artículo 105" de la LOCGRSNCF[173]

85. El 27 de julio de 2006 el señor López Mendoza promovió pruebas[174] y el 29 de marzo de 2007 tuvo lugar el acto de informes orales[175].

86. El 5 de agosto de 2008 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Sentencia N° 912, declaró sin lugar el recurso ejercido[176]. Respecto de los hechos del Municipio de Chacao, la Sala Político Administrativa estableció

(169) Recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza, *supra* nota 160, folio 1587.

(170) Recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza, *supra* nota 160, folio 1588. Además, el 29 de septiembre de 2005 la Contraloría remitió un escrito al Presidente y demás Magistrados de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en atención al recurso interpuesto por el señor López Mendoza. En dicho oficio, la Contraloría señaló que "para la imposición de las sanciones (...) previstas [en el artículo 105 de la LOCGRSNCF], se requiere como única condición que medie una declaratoria de responsabilidad administrativa, de allí que las mismas sean impuestas por el (...) Contralor (...), sin necesidad de procedimiento alguno, ello así tal sanción se entiende como un acto consecuencia que supone el agotamiento previo de un procedimiento administrativo circunscrito dentro de los estándares que informan las reglas del debido proceso". Oficio sin número de 29 de septiembre de 2005 de la Contraloría General de la República (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1595 a 1606).

(171) Cfr. sentencia de 8 de marzo de 2006 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente N° 2005-5124 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 21, folios 477 a 488).

(172) Sentencia de 8 de marzo de 2006 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 168, folio 485.

(173) Sentencia de 8 de marzo de 2006 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 168, folio 487.

(174) Las pruebas sometidas fueron: i) "soportes de la tramitación de la insubsistencia y créditos adicionales a que se refiere la Resolución recurrida"; ii) "soportes de la situación del Tesoro Municipal de la Alcaldía de Chacao correspondiente al ejercicio 2002, (...) emanados de la Tesorería Municipal, de la Dirección de Planificación y Presupuesto y de la Dirección de Administración Tributaria de la Alcaldía de Chacao"; iii) "copia certificada del Acta de la sesión de Cámara Ordinaria, N° 0-80, celebrada el día martes 26 de noviembre de 2002"; iv) "copia certificada de la comunicación N° CMDC/GLI776 de fecha 18/11/2002, contentiva del (...) dictamen del Contralor Municipal de Chacao", y v) "copias de las sentencias de esa Sala Político Administrativa distinguidas con los números 5192 del 27 de julio de 2005 y 968 de 20 de abril de 2006 y de las copias de las transacciones a que llegaran las Alcaldías del Municipio Libertador y del Municipio Baruta con la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, homologadas por dichas sentencias". Escrito de 27 de julio de 2006 presentado por el señor López Mendoza (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1662 a 1665). El 8 de agosto de 2006 el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia admitió las pruebas documentales presentadas por el señor López Mendoza. Cfr. Resolución de 8 de agosto de 2006 del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1678 y 1679).

(175) Oficio de 27 de marzo de 2007 de la Contraloría General de la República (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1692 a 1715).

(176) Sentencia Nº 912 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 6 de agosto de 2008, Expediente Nº 2005-5124 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 23, folios 502 a 535).

los siguientes fundamentos para declarar sin lugar el recurso de nulidad(177) ante su acusación por actos de simulación(178): i) "[el artículo 22 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano] establece como parte de los ingresos del Distrito Metropolitano, el diez por ciento (10%) de los ingresos propios de los Municipios que integran ese Distrito recaudados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior. Así, los Municipios que integran el Distrito Metropolitano –entre los cuales se encuentra el Municipio Chacao– solo pueden disponer del noventa por ciento (90%) de sus ingresos propios"(179); ii) "el aporte del diez por ciento (10%) de los ingresos propios de los Municipios integrantes del Distrito Metropolitano de Caracas, (...) constituye uno de los ingresos establecidos por ley a favor de ese Distrito para el ejercicio de sus competencias" y por ello "es una obligación dineraria (...) respecto a los recursos propios, y su cumplimiento puede ser exigido mediante una acción judicial autónoma"(180); iii) "los Concejos Municipales podían aprobar créditos adicionales al Presupuesto de Gastos, a solicitud de los Alcaldes, con recursos provenientes –entre otros– de las economías en los gastos que se lograran o se estimaran lograr en el ejercicio fiscal, para lo cual la Ley Orgánica de Régimen Municipal autorizaba a declarar las insubsistencias totales o parciales, solo de los créditos presupuestarios de programas, subprogramas, proyectos y partidas que reflejaran economías en los gastos; es decir, partidas no utilizadas en su totalidad o utilizadas parcialmente"(181); iv) "los Municipios pueden aprobar créditos adicionales para cubrir gastos necesarios no previstos o créditos presupuestarios insuficientes, mediante la declaratoria de insubsistencia o nulidad de una partida presupuestaria con el fin de destinarla a la partida correspondiente a dichos gastos (...), tal insubsistencia no es procedente para aquellas partidas dirigidas a cumplir por mandato legal una finalidad específica"(182), como la del 10%; v) la Alcaldía del Municipio de Chacao "debía transferir la cantidad de [c]inco [m]il [q]uinientos [c]uarenta y [c]inco [m]illones de [b]olívares (5.545.000.000,00) (...) al Distrito Metropolitano de Caracas, durante el ejercicio fiscal del año 2001 conforme a lo previsto en la referida norma legal. Sin embargo, la máxima autoridad del aludido Municipio declaró una insubsistencia parcial de los créditos presupuestarios asignados a la Partida Nº 4.07.02.02.04 denominada 'Transferencias de Capital a Entidades Federales', por la cantidad total de [d]os [m]il [s]etecientos [c]uarenta y [t]res [m]illones [c]uatrocientos [s]esenta y [c]uatro [m]il [c]uarenta y [u]n [b]olívares con [c]incuenta y [s]iete [c]éntimos (Bs. 2.743.464.041,57), (...) mediante la Resolución N° 148-02 de fecha 25 de octubre de 2002"(183), y vi) "de la lectura

(177) Sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folios 502 a 535.

(178) El numeral 21 del artículo 91 de la LOCGRSNCF establece que "[s]in perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de lo que dispongan otras Leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación: (…) 21. las actuaciones simuladas o fraudulentas en la administración o gestión de alguno de los entes y organismos señalados en los numeral 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley". Artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *supra* nota 29, folio 78.

(179) Sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folio 517.

(180) Sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folio 519.

(181) Sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folio 521.

(182) Sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folios 521 y 522.

(183) Sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folio 522.

de las actas levantadas en las sesiones Nºs 0-73,0-74, EXT.13 y 0-80 del 31 de octubre, 5, 15 y 26 de noviembre de 2002, respectivamente, se aprecia que el Concejo Municipal de Chacao aprobó créditos adicionales financiados con los recursos provenientes de la partida cuya insubsistencia fue declarada por el Alcalde del indicado Municipio"[184], empleándose así fondos públicos en finalidades diferentes a las establecidas en la Ley.

87. El 5 y 18 de abril de 2005 el Contralor General remitió las actuaciones realizadas en el caso del Municipio de Chacao al Ministerio Público[185] para que se efectuara la investigación penal correspondiente, dado que los ilícitos administrativos respectivos podrían relacionarse con algunos tipos penales[186].

5. Recurso de nulidad y solicitud de amparo cautelar

88. El 21 de junio de 2006 el señor López Mendoza interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia un recurso de nulidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar, alegando la inconstitucionalidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF[187].

89. El 6 de agosto de 2008 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró SIN LUGAR el recurso mediante sentencia N° 1.266[188]. En esta sentencia se hizo un recuento de los antecedentes históricos del artículo 105 de la LOCGRSNCF, se realizó un análisis sobre la compatibilidad de dicha norma con los artículos 42[189] y 65[190] de

(184) Sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folio 532.

(185) Oficios Nºs 08-01-375 y 08-01-407 de la Contraloría General de la República de 5 y 18 de abril de 2005 (expediente de fondo, tomo IV, anexo C, folios 1675 a 1679).

(186) El Estado informó de varios tipos penales, consagrados en la Ley contra la Corrupción, que podrían relacionarse con los ilícitos administrativos de los cuales fue encontrado responsable el señor López Mendoza, a saber: "Artículo 54. El funcionario público que, indebidamente, en beneficio particular o para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, utilice o permita que otra persona utilice bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, o de empresas del Estado cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado, será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años. Artículo 56. El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo, una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público, será penado con prisión de tres meses a tres años, según la gravedad del delito". Escrito de alegatos finales del Estado, *supra* nota 30, folio 1606.

(187) Acción de nulidad por inconstitucionalidad de 21 de junio de 2006 interpuesta por el señor López Mendoza (expedientes de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXIII, anexo C, folios 8379 y 8408).

(188) Sentencia Nº 1266 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 31, folios 584 a 642.

(189) La Sala Constitucional señaló que "[a]tendiendo al contenido de [los artículos 42 y 65 constitucional) es menester señalar que la potestad sancionatoria del Contralor General de la República está referida al ámbito administrativo; es decir, que no es una sanción política (...), en virtud de que la sanción de inhabilitación se ciñe a la función administrativa (...). Esta inhabilitación se extiende a toda función administrativa, incluso las que derivan del cargo de elección popular, en virtud de que la función de gobierno supone necesariamente la aptitud para el ejercicio de funciones públicas. [...] Es de advertir que la sentencia penal a que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela suspende el ejercicio de los derechos políticos, la impuesta en cambio por el Contralor General de la República inhabilita para el ejercicio de funciones públicas, (...) como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público, como sería la restricción derivada de la mayoridad o de los extranjeros para determinados cargos públicos, debiéndose recalcar que es cualquier funcionario público, incluso los de elección popular, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión necesaria tampoco gobernante. Con base en esta distinción, y entendido que son dos inhabilitaciones diferentes que dimanan de varios preceptos constitucionales, cuales son los artículos 42, 65 y 289.3, corresponde a los órganos de la Administración Pública no permitir el ejercicio de cargos públicos a ciudadanos sancionados, es decir no designarlos o no permitir su concurso". Sentencia N° 1266 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 31, folios 635 a 637.

(190) En similar sentido, la Sala Constitucional en la Sentencia N° 1.265 indicó que "el artículo 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo stricto sensu o por un órgano con autonomía funcional,

la Constitución venezolana y posteriormente se respondió a cada uno de los alegatos de inconstitucionalidad sobre la posible violación del derecho a la defensa, el principio de tipicidad, el principio de proporcionalidad y los derechos políticos[191].

6. Hechos vinculados con la solicitud de inscripción como candidato

90. El 21 de julio de 2008 el Consejo Nacional Electoral (CNE) aprobó unas normas para regular la postulación de candidatos a cargos de elección popular en noviembre de 2008. El artículo 9 de dichas normas establece que:

"[n]o podrán optar a los cargos de elección popular (...): 1.- [q]uienes incurran en los supuestos previstos en el artículo 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes de la República[, y] 2.- [q]uienes estén sometidos a interdicción civil o inhabilitación"[192].

91. Previamente, el CNE había recibido del Contralor General de la República un listado de aproximadamente cuatrocientas (400) personas inhabilitadas para ejercer funciones públicas a partir de sanciones administrativas impuestas por su Despacho[193].

---

como es, en este caso, la Contraloría General de la República. Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma solo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos". Sentencia N° 1265 de 5 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de. Escrito de contestación a la demanda (expediente de fondo, tomo I, folio 301) y disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm (último acceso el 1 de septiembre de 2011).

(191) Bajo este lineamiento, la Sala Constitucional se refirió a la compatibilidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF con el artículo 23 de la Convención Americana en la Sentencia Nº 1.270, al señalar que "la sanción accesoria que contempla el artículo 105 de la [LOCGRSNCF], y que impone el Contralor General de la República, no se trata de una inhabilitación política que restrinja el ejercicio de la ciudadanía o de los derechos políticos, sino más bien, dicha potestad prevista en la ley de control fiscal consiste en una limitación legal –no contraria ni a la Constitución ni al (...) Pacto– para el ejercicio de un cargo o una función pública. Aunado a ello, no debe olvidarse que el artículo 23[.2 de la Convención Americana] refiere que se podrá 'reglamentar' los derechos allí contenidos; mientras que sus artículos 30 y 32, cardinal 2 invocan restricción y limitación de los derechos por ley, en razones de interés general, seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, lo cual coincide con el criterio sostenido al respecto por esta Sala (...) Con la suspensión de la ciudadanía y los derechos políticos, a los que hacen referencia los artículos 42 y 65 del Texto Fundamental, subsisten pacíficamente, sin que sean contrarias ni a la Constitución ni a la Convención Americana (...) las limitaciones que mediante ley (en sentido estricto) se establezcan para el ejercicio de cargos públicos, tales como el cumplimiento de requisitos de edad, idoneidad, actitud, aptitud y experiencia para el desempeño de una función pública o el ejercicio de un cargo público. De allí, que constitucionalmente es válido que en protección de un interés superior como es el manejo de la gestión y del patrimonio público, la [LOCGRSNCF] dote a la máxima autoridad de la Contraloría General de la República, órgano integrante del Poder Ciudadano, con la potestad de aplicar, previo procedimiento (...), las sanciones correspondientes y de limitar o inhabilitar para el ejercicio de un cargo público por un periodo determinado al funcionario responsable en lo administrativo, (...) en modo alguno, la constricción de derechos a la ciudadanía ni la negación de los derechos. (...) La sanción de "inhabilitación" para el ejercicio de funciones públicas, entonces, [es] una limitación válida y no contraria a la Constitución, que en modo alguno subvierte lo previsto en los artículos 42 y 65 de la Constitución ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23), toda vez que regula una situación distinta a la prevista en tales normas y no implica el desconocimiento de los derechos políticos del sancionado vinculados con la ciudadanía". Sentencia Nº 1.270 de 12 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Escrito de contestación a la demanda (expediente de fondo, tomo I, folios 306 y 307) y disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1270-120808-04-0143.htm (último acceso el 1 de septiembre de 2011).

(192) Artículo 9 de las "Normas para regular la postulación de candidatas o candidatos a Gobernadora o Gobernador, Legisladora o Legislador al Consejo Legislativo, Alcaldesa o Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, Concejala o Concejal al Cabildo Metropolitano de Caracas, Alcaldesa o Alcalde del Distrito del Alto Apure, Concejala o Concejal al Cabildo Distrital del Alto Apure y Alcaldesa o Alcalde de Municipio, para las elecciones a celebrarse en noviembre de 2008" (expediente de anexos de la demanda, tomo I, anexo 1) y disponible en: http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2008/regionales/documentos/RESOLUCION_NORMAS_DE_POSTULACIONES_VERSION_FINAL.pdf (último acceso el 1 de setiembre de 2011).

(193) El 26 de febrero de 2008 el Contralor consignó dicho listado. De acuerdo con las declaraciones del Contralor ante medios de comunicación, dicha consignación se llevó a cabo con el objeto de "hacer cumplir los mecanismos

92. El artículo 18 de las mencionadas normas sobre postulación señalaba que el primer paso para inscribirse era ingresar por vía electrónica a un sistema automatizado de postulaciones del CNE para llenar una planilla(194). Para tal efecto, el 5 de agosto de 2008 el señor López Mendoza ingresó en el sistema automatizado de postulaciones a través de la página web: www.cne.go.ve del CNE a fin de registrar su candidatura. Según un anexo presentado por la Comisión, el sistema arrojó en la pantalla: "López Mendoza Leopoldo Eduardo. Esta persona se encuentra inhabilitada políticamente (código 8)"(195), mientras que en un anexo presentado por el Estado el sistema electrónico habría indicado que estaba "inhabilitado para ejercer la función pública por la Contraloría General de la República"(196). El señor López Mendoza no pudo diligenciar la planilla electrónica respectiva, lo cual le impidió formalizar la inscripción de su postulación para el cargo de Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas ante la Junta Electoral de dicho distrito(197).

93. Después de la imposición de la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, el señor López Mendoza ha: i) participado en la organización con fines políticos "Movimiento Primero Justicia" (MPJ), en calidad de miembro de la Junta de Dirección Nacional, desde su inscripción hasta el año 2007 donde se designaron nuevas autoridades(198); ii) participado en la organización con fines políticos "Un Nuevo Tiempo Contigo" (UNTC), en calidad de Vicepresidente para la Participación

---

legales con relación al proceso de postulación de candidatos para las elecciones regionales de [23 de] noviembre [de dicho año]". Asimismo, el funcionario explicó que dicha lista "correspond[ía] con los soportes que (...) levant[ó la Contraloría] desde el año 2000 hasta [el] 2008, mediante los cuales se establecen responsabilidades administrativas". Recortes periodísticos que se refieren al acto mediante el cual el Contralor General de la República consignó ante el Consejo Nacional Electoral una lista de 400 personas inhabilitadas para el ejercicio de funciones públicas (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo X, anexo E, folios 5240 a 5244).

(194) Artículo 18 de las "Normas para regular la postulación de candidatas o candidatos a Gobernadora o Gobernador, Legisladora o Legislador al Consejo Legislativo, Alcaldesa o Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, Concejala o Concejal al Cabildo Metropolitano de Caracas, Alcaldesa o Alcalde del Distrito del Alto Apure, Concejala o Concejal al Cabildo Distrital del Alto Apure y Alcaldesa o Alcalde de Municipio, para las elecciones a celebrarse en noviembre de 2008" (expediente de anexos de la demanda, tomo I, anexo 1) y disponible en: http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2008/regionales/documentos/RESOLUCION_NORMAS_DE_POSTULACIONES_VERSION_FINAL.pdf (último acceso el 1 de septiembre de 2011).

(195) El Estado precisó que "la postulación de los candidatos se realiza de forma automatizada a través de la página web del ente comicial que cuenta con una tabla de objeciones, que utiliza desde el año 1973 unos códigos de objeción cuya última verificación se efectuó en el año 2006 (...) si se intenta la postulación de un inhabilitado, la solicitud será rechazada de inmediato, arrojando el código 7 u 8 según corresponda". Cfr. Copia de la solicitud de postulación del señor López Mendoza de 5 de agosto de 2008 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 28, folios 661 y 662).

(196) El Tribunal toma nota que junto al reporte del "Sistema Automatizado de Postulaciones, Elecciones Regionales 2008" remitido por el Estado consta la certificación del Secretario General del Consejo Nacional Electoral en el sentido de que dicho documento "es copia fiel y exacta del original". Copia del resultado del "Sistema Automatizado de Postulaciones, Elecciones Regionales 2008" del Consejo Nacional Electoral frente a la inscripción del señor López Mendoza (expediente de fondo, anexo D, folios 1683 y 1684).

(197) En el acta se señala que "[e]n vista del mensaje que arrojó el sistema automatizado diseñado por el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo al cual el [señor] López Mendoza se encuentra inhabilitado políticamente, fue imposible continuar con los pasos previstos en la normativa para formalizar la inscripción de [su] candidatura (...), para la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas". Acta de 11 de agosto de 2008 firmada en la sede de la Junta Metropolitana Electoral en la que 10 personas dejan constancia que el señor López Mendoza no pudo concretar su postulación frente a la respuesta del Sistema Automatizado del Consejo Nacional Electoral (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 29, folios 663 a 669).

(198) Copia de la Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela de 1 de agosto de 2003 en la que consta el acuerdo de inscripción del "Movimiento Primero Justicia" (MPJ) como partido político (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folios 13659 al 13660) y comunicación de 16 de marzo de 2009 remitida por la Presidenta del Consejo Nacional Electoral al Contralor General de la República (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folios 13653 al 13655).

Ciudadana[199]; iii) ejercido el derecho al voto en los comicios electorales de 28 de noviembre de 2008 y en la consulta de enmienda constitucional de 15 de febrero de 2009, en la cual además fue seleccionado como miembro de mesa[200]; iv) desempeñado como Coordinador Nacional de la organización política "Redes Populares", donde realiza actividades de carácter político[201]; v) presentado la propuesta electoral "TU Todos Unidos"[202], y iv) lanzado el Partido Voluntad Popular[203].

VI DERECHOS POLÍTICOS, GARANTÍAS JUDICIALES, PROTECCIÓN JUDICIAL E IGUALDAD ANTE LA LEY EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

1. Alegatos de las partes

94. Respecto a la presunta violación de los artículos 23[204], 8[205] y 25[206] en relación con los artículos 1.1[207] y 2[208] de la Convención Americana, la Comisión señaló que el

(199) Copia de la Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela de 6 de septiembre de 2006 en la que consta el acuerdo de inscripción de "Un Nuevo Tiempo Contigo" (UNTC) como partido político (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folios 13657 al 13658 y 13661) y copia de la Asamblea Extraordinaria donde se designó el Consejo Consultivo Nacional y la Comisión Organizadora Nacional del Partido Político "Un Nuevo Tiempo Contigo" (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folios 13661 al 13666).

(200) Oficio Nº PRES/2007/N° 0241 de 17 de marzo de 2009 remitido por la Presidenta del Consejo Nacional Electoral al Contralor General de la República, adjuntando las constancias de votación del señor López Mendoza en las elecciones regionales de 23 de noviembre de 2008 y en el referendo de 15 de febrero de 2009 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folios 13667 al 13671). Ver además, copia del portal del Consejo Nacional Electoral en el que consta la habilitación para el voto del señor López Mendoza en el año 2009 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folio 13656).

(201) Copia de nota periodística en la que consta que el señor López Mendoza actuó en calidad de Coordinador de "Redes Populares" (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folio 13684).

(202) Copia de nota periodística en la que consta la presentación de la propuesta electoral "TU Todos Unidos" por parte del señor López Mendoza (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folio 13684).

(203) Copia de notas periodísticas en las que consta el anuncio del señor López Mendoza sobre la creación del Partido Voluntad Popular (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVIII, anexo F, folios 13682 a 13683 y 13689 a 13691).

(204) El artículo 23 de la Convención Americana (Derechos Políticos) establece que:
1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

(205) El artículo 8.1 de la Convención Americana (Garantías Judiciales) establece que:
1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(206) El artículo 25.1 de la Convención Americana (Protección Judicial) establece que:
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

(207) El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que:
Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(208) El artículo 2 de la Convención Americana (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) establece que:
Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus

"objeto del presente caso se centra en la alegada imposición de restricciones al derecho político de postularse a cargos públicos –sufragio pasivo– a presentarse para un puesto de elección popular (...) en ausencia de una condena penal firme dictada por un juez competente". Agregó que el "caso también versa sobre la existencia de presuntos retardos procesales y efectividad de los recursos internos intentados". La Comisión indicó que "no entrará a debatir los hechos y los aciertos y/o errores de valoración que llevaron a los tribunales internos venezolanos a determinar la declaratoria de responsabilidad administrativa" del señor López Mendoza.

95. Los representantes concordaron con los argumentos de la Comisión pero adicionaron diversos alegatos respecto a la presunta violación de las garantías judiciales en los procesos que condujeron a las declaraciones de responsabilidad administrativa. En relación con las irregularidades que se imputaron al señor López Mendoza respecto a unas donaciones efectuadas cuando era funcionario de PDVSA, señalaron que la Contraloría General "fraudulentamente fabricó un procedimiento sancionatorio" y que los hechos presuntamente relacionados con corrupción "fueron, efectiva y satisfactoriamente ejecutados" en el marco de un convenio entre la empresa PDVSA y la IAF. Indicaron que "no se inici[ó] ni tramit[ó] procedimiento alguno a los miembros de la Junta Directiva de PDVSA quienes aprobaron el otorgamiento de los fondos", que la Contraloría "desestimó toda posibilidad de formular algún reparo", que "no hubo daño patrimonial" y que "los fondos fueron utilizados para los fines legítimamente previstos". En relación con los actos objeto de sanción relacionados con acciones desarrolladas como alcalde por el señor López Mendoza, alegaron que "no se refiere[n] en forma alguna a un acto de corrupción o apropiación de fondos", se trataba de "la utilización de fondos públicos que quedaron en una partida presupuestaria producto de una economía en dicha partida, motivo por el cual se dictó un acto administrativo que permitió enviar esos fondos nuevamente al Tesoro Municipal, contando con la aprobación previa de la Contraloría Municipal, (...) para el pago de educadores, bomberos y alumbrado público, entre otros, motivo por el cual se cumplió con los parámetros legales y se dictaron los actos administrativos correspondientes". Agregaron que la Contraloría "haciendo una falsa apreciación de los hechos y una manipulación del derecho fabricó un procedimiento administrativo sancionatorio con la intención clara de producir una nueva inhabilitación".

96. El Estado alegó que "actuó legítimamente y en estricto respeto a los derechos humanos (...) al momento de declarar la responsabilidad administrativa" del señor López Mendoza y al "imponerle, como consecuencia de ello, la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo total de seis años". Asimismo, señaló que "la condena, por juez competente, en proceso penal, (...) no es la única razón por la cual se puede limitar el ejercicio de los derechos políticos" y que es posible hacerlo en relación con "la capacidad civil de los ciudadanos es decir su aptitud, su idoneidad para el ejercicio de funciones públicas".

2. Consideraciones de la Corte

97. A este respecto, la Corte precisa que no es un tribunal penal o una instancia que analiza o determina la responsabilidad criminal, administrativa o disciplinaria de los

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

individuos[209], ya que no es competente para ello. En consecuencia, la Corte no resolverá sobre la culpabilidad o inocencia del señor López Mendoza respecto a las actuaciones irregulares que le fueron imputadas, ya que esto es materia de la jurisdicción venezolana.

98. A continuación, se analizará: i) el derecho a ser elegido; ii) las garantías judiciales en los procedimientos administrativos desarrollados; iii) la igualdad ante la ley, y iv) el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

A. Derecho a ser elegido

99. El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. Luego de reseñar los alegatos de las partes, la Corte determinará si dichas sanciones y sus efectos sobre la presunta víctima son o no compatibles con la Convención Americana.

1. Alegatos de las partes

100. La Comisión alegó que la sanción de inhabilitación para ejercer cargos públicos restringió de manera indebida los derechos políticos del señor López Mendoza, ya que fue impuesta por un procedimiento administrativo y no por "condena, por juez competente, en proceso penal" como lo señala el artículo 23.2 de la Convención Americana, de tal forma que "es únicamente un tribunal judicial en un proceso penal el que puede restringir el derecho" y "cualquier restricción que se derive de dicho proceso deberá guardar estricto respeto a las garantías penales". Agregó que la "Contralor[ía] General y sus respectivas dependencias no son jueces o tribunales penales en sentido estricto y sus decisiones se suscriben al ámbito administrativo". Asimismo, indicó que la presunta víctima "está sujeta a restricciones que prohíben su postulación y nombramiento para cargos públicos[, de manera que] cuando intentó postularse para participar en las elecciones para alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas (...) se materializó su inhabilitación".

101. Los representantes compartieron la argumentación de la Comisión y agregaron que "el artículo 105 [de la LOCGRSNCF] no ha podido establecer la inhabilitación política para ejercer cargos públicos de elección popular, ya que conforme al artículo 30 de la Convención Americana la ley solo puede desarrollar las restricciones ya autorizadas por la Convención Americana y en este caso la única inhabilitación política autorizada es la que pueda imponer un juez competente mediante proceso penal". Asimismo, expresaron "que dicho artículo 105 se configura como una restricción más gravosa que las previstas en la Convención" en violación del artículo 29 de la Convención Americana. En el caso concreto, los representantes alegaron que las "disposiciones constitucionales[, particularmente los artículos 65 y 42,] son claras y compatibles con la Convención Americana al afirmar que la responsabilidad penal, por el manejo de fondos públicos, trae como consecuencia la inhabilitación del condenado, luego de una sentencia firme".

102. El Estado manifestó que el artículo 105 de la LOCGRSNCF "debe interpretarse conforme a los parámetros previstos en el artículo 30 de la (...) Convención, el cual

(209) Cfr. caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, *supra* nota 15, párr. 134; caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, *supra* nota 19, párr. 199, y caso Vera Vera y otra, *supra* nota 13, párr. 93.

precisa el alcance de las restricciones permitidas, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, que pueden ser aplicadas conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Al respecto, señaló que "en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 [de la Convención] y la Constitución (...) de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática". Por lo tanto, el Estado alegó que "[l]o previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, (...) contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral". Argumentó, asimismo, que "la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un lapso determinado, impuesta por el Contralor General de la República, (...) no es una inhabilitación de naturaleza política y, por ende, difiere totalmente de la inhabilitación política (...) que deriva de una condena penal, declarada por un juez a través de una sentencia judicial firme, luego de haber observado el proceso penal". Bajo este lineamiento, el Estado planteó que "la inhabilitación política suspende el ejercicio de todos los derechos políticos del sentenciado, [s]ituación radicalmente distinta a la que ocurre en el supuesto de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, (...) que solo inhabilita al sujeto para el ejercicio de funciones públicas por un lapso determinado, independientemente de la forma de ingreso del funcionario a la misma, la cual (...) puede ser, por nombramiento, concurso, designación o elección popular y, obviamente, como consecuencia de ese impedimento no podr[ía] inscribirse para optar a cargos de elección popular, por cuanto ese es precisamente el mecanismo que le permitiría el ingreso al ejercicio de funciones públicas". Para fundamentar su argumentación, el Estado hizo una extensa exposición sobre la forma en que sus tribunales internos han interpretado las disposiciones legales aplicadas en este caso, así como sobre las normas legislativas sancionadas por otros países en el marco de la lucha contra la corrupción. Asimismo, el Estado alegó que la sanción de inhabilitación que impone el Contralor tiene como objetivo la lucha contra la corrupción y la protección del erario público, lo cual responde a un interés público imperativo.

2. Consideraciones de la Corte

103. La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana. No corresponde, en cambio, que la Corte se pronuncie sobre la interpretación del derecho interno venezolano y, en particular, sobre la compatibilidad o incompatibilidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF con la Constitución de Venezuela(210). Asimismo, la Corte considera que para decidir el presente caso no es necesario realizar un pronunciamiento respecto a los alegatos de derecho comparado presentados por el Estado. Si en el

(210) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 establece en sus artículos 42 y 65 lo siguiente: Artículo 42. Quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía. El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley. Artículo 65. No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito (énfasis añadido). Artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *supra* nota 27, folio 55.

futuro se presentara ante la Corte algún caso en que se haya aplicado una de las normas citadas por el Estado, sería entonces procedente analizarlas a la luz de las disposiciones de la Convención Americana[211].

104. Así pues, refiriéndose específicamente al caso concreto que tiene ante sí, la Corte entiende que este punto debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo.

105. El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país[212].

106. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal". Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente", no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal", en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

107. La Corte estima pertinente reiterar que "el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención[213] y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no solo deben gozar de derechos, sino también de "oportunidades". Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos[214]. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (*supra* párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.

108. En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza.

(211) Por otra parte, este Tribunal considera que la lucha contra la corrupción es de suma importancia y tendrá presente esa circunstancia cuando se le presente un caso en que deba pronunciarse al respecto.

(212) Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Nº 127, párrs. 195 a 200, y Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184, párr. 144.

(213) Cfr. Caso Castañeda Gutman, *supra* nota 209, párr. 143.

(214) Cfr. Caso Yatama, *supra* nota 209, párr. 195.

B. Garantías judiciales respecto a los procedimientos administrativos

109. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado respecto al derecho a ser elegido, el Tribunal procede a analizar la controversia entre las partes respecto a la alegada violación de diversas garantías en los procesos administrativos que se llevaron a cabo tanto para la imposición de la multa como para la inhabilitación para ser candidato.

110. Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana(215). Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas(216).

1. Garantías en la etapa de los procedimientos administrativos que finalizaron en multa

111. La Comisión no desarrolló alegatos específicos en relación con la alegada violación del derecho a la defensa y la presunción de inocencia en relación con la etapa de los procedimientos de responsabilidad administrativa que derivaron en sanciones de multa. Por ello, en los apartados siguientes se analizará la controversia entre los representantes y el Estado respecto a dichas garantías.

1.1. Derecho a la defensa y derecho de recurrir la decisión sancionatoria

1.1.1. Alegatos de las partes

112. Los representantes alegaron que al señor López Mendoza "no se [le] garantiz[ó] el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable", ni "el tiempo y los medios adecuados para la preparación de [la] defensa", ya que solo se le otorgaron "15 días hábiles para aportar pruebas y defenderse" con posterioridad a la imputación. Asimismo, señalaron que "no se garantiz[ó] el derecho [del señor López Mendoza a] ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, [ni] el derecho de interrogar testigos". Además, indicaron que se le negó "el derecho (...) a solicitar la suspensión temporal de las sanciones mientras dur[ó] el juicio de nulidad", que "jamás se realizó la imputación correspondiente" y que "[s]olo fue posible [interponer] un recurso de reconsideración" ante el mismo funcionario que impuso las sanciones.

113. Sobre el particular, el Estado señaló que el procedimiento administrativo, conformado por diversas fases y etapas procesales "ofrec[ió] todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses". Asimismo, agregó que los órganos del Sistema Interamericano no pueden actuar como cuarta instancia en los casos sometidos a su jurisdicción.

1.1.2. Consideraciones de la Corte

114. El Tribunal observa que en la audiencia pública del presente caso, el señor López Mendoza señaló que "nunca [le] dieron la oportunidad para poder presentar [sus]

(215) Cfr. caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C Nº 74, párr. 104, y Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 71.

(216) Cfr. caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C Nº 72, párr. 106, y caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N° 218, párr. 170.

alegatos". De acuerdo con la víctima, los procedimientos administrativos "culminaron con unas multas", sin "s[eguir] los pasos que correspond[ía] dentro de la posibilidad de [ser] escuchad[o]"(217).

115. Conforme al perito Soto Villasmil, "[e]n aras de prevenir o de sancionar los ilícitos de carácter administrativo", el Estado venezolano ha establecido que los respectivos procedimientos de determinación de responsabilidades comprendan una serie de fases en las que, desde el inicio, se "recogen las valoraciones de los argumentos esgrimidos [y las pruebas consignadas] por los interesados legítimos presuntamente responsables (...) a los fines de desvirtuar el presunto hecho al cual se le[s] relaciona". Ello sumado a la posterior "vía recursiva"(218).

116. El Tribunal ha establecido anteriormente que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso(219). Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo(220).

117. De esta manera, el Tribunal observa que en las diferentes fases de los procedimientos administrativos de responsabilidad, se ofrecieron oportunidades y audiencias al señor López Mendoza para la presentación de alegatos y pruebas. En efecto, la víctima tuvo una participación activa en los procedimientos que se siguieron en su contra(221), fue notificado del inicio de los mismos (*supra* párrs. 48 y 70), pudo hacerse representar por abogados, presentó pruebas testimoniales y documentales (*supra* párrs. 61, 75 y 86), interpuso recursos (*supra* párrs. 56, 61, 73, 79 y 84), todo ello obteniendo pronunciamientos en atención a sus solicitudes(222). Así, la Corte considera que no existió violación del derecho a la defensa del señor

(217) Declaración del señor Leopoldo López Mendoza en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

(218) Dictamen del perito Alejandro José Soto Villasmil, *supra* nota 39.

(219) Cfr. caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C Nº 206, párr. 29. Ver mutatis mutandis caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párr. 71; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C Nº 186, párr. 148, y caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C Nº 187, párr. 105.

(220) Cfr. caso Barreto Leiva, *supra* nota 216, párr. 29.

(221) Por ejemplo, a través de un escrito presentado el 27 de julio de 2006 por la representación del señor López Mendoza se allegaron pruebas ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Escrito de 27 de julio de 2006 presentado por el señor López Mendoza, *supra* nota 171, folios 1662 a 1665.

(222) Así, la Corte toma nota que la Dirección de Determinación de Responsabilidades, en su auto decisorio en el caso relacionado con los hechos de PDVSA, respondió a los alegatos de la defensa señalando que "[e]n relación con la reiterada denuncia sobre violación del derecho a la defensa en la fase de potestad investigativa (...) advi[rtió] que no se puede considerar que hubo violación [de la] garantía constitucional de la defensa, en la fase correspondiente a la Potestad Investigativa, porque conforme a lo previsto en el artículo 77 de la Ley que rige [sus] actividades, esta fase tiene por objeto, realizar las actuaciones que sean necesarias a fin de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, determinar el monto de los daños causados al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales, todo lo cual evidencia, que en esta fase, el órgano de control aun no ha formado criterio respecto al carácter presuntamente irregular del hecho investigado y de las consecuencias que de él pudieran derivarse, porque solo, en esa fase, se tiene certeza respecto al hallazgo encontrado durante la auditoría sin que de ella pueda, en esta fase investigativa, determinar las posibles acciones fiscales que eventualmente y previa conclusión de esta fase, se pudieran derivar". Auto decisorio de 29 de octubre de 2004 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, supra nota 85, folio 187.

López Mendoza por parte de las autoridades administrativas y judiciales que se pronunciaron respecto a la imposición de las sanciones de multa.

118. De otra parte, frente al cuestionamiento de la víctima sobre la ausencia de especificación de las imputaciones en su contra, la Corte observa que la prueba obrante en el expediente permite entender que desde la etapa inicial de indagación existía claridad en el tipo de supuestas irregularidades materia de investigación con relación al señor López Mendoza. Así, desde un principio se notificó que la Contraloría realizaba "una investigación sobre los aportes realizados por (...) PDVSA, por concepto de donaciones y liberalidades, durante los años 1998, 1999, 2000 y 2001" (*supra* párr. 48) y que la Directora de Control de Municipios solicitaba "un informe detallado sobre el uso dado a los recursos destinados a la Alcaldía Metropolitana de Caracas" durante el ejercicio fiscal 2002 (*supra* párr. 70)[223]. El Tribunal destaca que, no obstante la declaración de la presunta víctima en el sentido que "nunca hubo señalamiento de daño patrimonial"[224], presentó sus correspondientes escritos de descargo y prueba luego de las respectivas notificaciones (*supra* párrs. 49 y 70), por lo que es posible concluir que el señor López Mendoza, razonablemente, podía tener claridad sobre los hechos materia de investigación que eventualmente podrían comprometerlo.

119. A mayor abundamiento, el Tribunal considera que no es *per se* contrario a la Convención Americana que se establezca en el derecho interno de los Estados que en determinados procedimientos, ciertos actos de trámite no son objeto de impugnación. Adicionalmente, la Corte destaca que los representantes no presentaron alegatos suficientes sobre el impacto adverso que dicha imposibilidad de impugnación pudo tener en el ejercicio del derecho a la defensa del señor López Mendoza[225]. La prueba obrante en el expediente permite concluir que la no impugnación de actos de trámite no afectó la posibilidad de impugnar actos posteriores ni impidió, en su conjunto, la debida defensa respecto a las sanciones de multa que le fueron impuestas a la víctima.

(223) En el Informe de Resultados de la Dirección de Control de Industria se señaló que "[r]esulta incierto que en el Auto de Proceder del 8 de septiembre de 2003, no se hayan mencionado los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se inició la investigación, es decir, esta Dirección de Control cumplió con el ejercicio de la potestad investigativa, en los términos a que se contraen los artículos 77 y siguientes de la LOCGRSNCF. Particularmente, fueron claramente narrados los hechos, actos u omisiones detectados en la actuación de control practicada, así como las normas de orden que presuntamente resultaron inobservadas con las referidas conductas". Informe de resultados de la Dirección de Control de Industria, *supra* nota 74, folio 7380. De otra parte, la Dirección de Determinación de Responsabilidades señaló que "mal podría alegarse que no se precisó la imputación a los fines de ejercer una correcta defensa, ya que en la fase correspondiente a la Potestad Investigativa, solo se señalan los hechos o hallazgos obtenidos de la actuación de control fiscal, sin que esté dado, subsumir esos hechos o hallazgos de auditoría en alguno de los supuestos generadores de responsabilidad administrativa contemplado[s] en el artículo 91 de la [LOCGRSNCF], o en cualquier otro supuesto generador de esa responsabilidad que esté contemplado en otro instrumento legal". Auto decisorio de 29 de octubre de 2004 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, *supra* nota 85, folio 188.

(224) Declaración del señor Leopoldo López Mendoza, *supra* nota 214.

(225) Por ejemplo, el Juzgado manifestó respecto al acto de inicio dictado por la Dirección de Determinación de Responsabilidades "que el mismo no causa indefensión, pues de su contenido es fácil deducir con claridad los hechos imputados a los accionantes, quienes han sido conminados por el órgano de instrucción a presentar pruebas y defenderse en audiencia pública para desvirtuar los hechos y las imputaciones efectuadas. En consecuencia, no existe para este Juzgador indefensión alguna, sin perjuicio de que ante la imposibilidad de promover pruebas, acceder al expediente, no fijación de la audiencia pública, falta de notificación de algún acto de instrucción o la negativa de admisión a algún recurso administrativo, sí pudiera proceder la tutela extraordinaria de amparo constitucional". Decisión de 25 de agosto de 2004 del Juzgado Superior Séptimo en lo Contencioso Administrativo, *supra* nota 132, folios 344 a 353.

120. Por otro lado, la Corte observa que no fue presentada argumentación específica que sustentara que el plazo de 15 días hábiles para aportar pruebas a partir del auto de inicio de la fase de determinación de responsabilidades constituyera, de por sí, una restricción desproporcionada del derecho a la defensa. Así, en el caso concreto, los representantes no demostraron en qué forma dicho periodo limitó la posibilidad de efectuar una defensa adecuada, como sí ocurrió bajo las circunstancias específicas de otro caso ante esta Corte, en el que se probó que un día para que el abogado defensor revisara todo un expediente constituía una violación del derecho a la defensa del imputado(226).

121. Además, el Tribunal considera que no resultan irrazonables los argumentos de las instancias internas venezolanas para no haber tenido en cuenta ciertos testigos propuestos por la víctima en los respectivos procesos de determinación de responsabilidades. En todo caso, la Corte toma nota que los representantes no se pronunciaron en cuanto al alegato del Estado sobre supuestas pruebas testimoniales indicadas por la defensa del señor López Mendoza que pese a la determinación de fechas para ser promovidas, nunca fueron presentadas(227). Finalmente, la Corte observa que el señor López Mendoza tuvo la posibilidad de recurrir las decisiones en su contra y que en la respuesta a los recursos de nulidad interpuestos hubo una valoración judicial de los alegatos de la defensa en relación con la determinación de los hechos y del derecho aplicable en relación con los ilícitos administrativos adscritos y las multas impuestas (*supra* párrs. 57, 63, 80 y 85).

122. Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que no se ha configurado una violación del derecho a la defensa y del derecho a recurrir del fallo sancionatorio del señor López Mendoza, en relación con los procedimientos administrativos que finalizaron en determinación de responsabilidad y sanciones de multa.

1.2. Presunción de inocencia

1.2.1. Alegatos de las partes

123. Los representantes indicaron que la presunción de inocencia involucra el "derecho a la prueba de la culpabilidad" y que, no obstante ello, en el presente caso las imputaciones contra el señor López Mendoza se basaron en una 'responsabilidad objetiva', (...) que no (...) requiere de culpa o dolo para su imposición, sino que es suficiente con la mera tra[n]sgresión del ordenamiento jurídico sobre el manejo de fondos públicos". En este sentido, los representantes cuestionaron que "no

(226) Cfr. caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C Nº 52, párr. 141.

(227) La Dirección de Determinación de Responsabilidades señaló que "[r]especto a las pruebas testimoniales indicadas por la defensa, (...) advi[rtió] que en resguardo al derecho constitucional que les asiste a los imputados [se] fijó en fechas 24 y 29 de septiembre de 2004 (...), la oportunidad para recibir los dichos que a bien tuviesen suministrar los testigos promovidos por la representación de la imputada, sin embargo en ninguna de las fechas indicadas la representación presentó a los testigos promovidos, en consecuencia, quien decide considera, que no habiéndose producido la testimonial, no hay materia sobre la cual pronunciarse". Auto decisorio de 29 de octubre de 2004 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, supra nota 85, folios 199 y 200. Igualmente, al resolverse el recurso de reconsideración se reiteró este criterio al señalarse que "los recurrentes no presentaron para su evacuación, en las fechas fijadas (24 y 29 de septiembre de 2004), los testigos promovidos por ante este Organismo Contralor, siendo esta una obligación en interés del promov[i]ente, por lo tanto quien suscribe, consideró en el auto recurrido (...) que no habiéndose producido las testimoniales, no había materia sobre la cual pronunciarse. De ahí que con su proceder este Organismo Contralor obró conforme a derecho y en modo alguno conculcó el derecho a la defensa que asiste a los recurrentes". Resolución de 28 de marzo de 2005 de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, *supra* nota 88, folio 278.

interes[e] tanto determinar la culpabilidad del procesado, como demostrar la ocurrencia del hecho". De esta manera concluyeron que "[n]o se garantiz[ó] la presunción de inocencia" ya que "iniciado el procedimiento y antes de que siquiera se notifique al imputado sobre el inicio del [mismo], pu[do] ser demandado por los mismos hechos no probados y [que] no ha[bían] podido (...) s[er] desvirtuados, ante los tribunales civiles y penales".

124. Sobre el particular, el Estado se refirió a lo resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencias de 6 y 12 de agosto de 2008, en lo que concierne a la constitucionalidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF. En sus alegatos finales escritos, en cuanto a los recursos interpuestos por los hechos del Municipio Chacao, el Estado indicó que el señor López Mendoza "denunci[ó] de manera infundada, que en la sentencia [concernida], se asumió una posición regresiva respecto al derecho a la presunción de inocencia al convalidar la tesis según la cual los supuestos de responsabilidad administrativa previstos en la LOCGRSNCF y en particular, el relativo al cambio de destino de créditos presupuestarios, son casos de responsabilidad administrativa objetiva en los cuales no es necesario valorar la conducta del incriminado". Así, el Estado alegó el "carácter objetivo del ilícito administrativo" y señaló que los representantes se contradicen "al sostener (...), por una parte que la aludida responsabilidad es de naturaleza subjetiva y por la otra que el mismo supuesto de responsabilidad es de naturaleza objetiva".

1.2.2. Consideraciones de la Corte

125. El Tribunal toma nota que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado sobre la presunción de inocencia en lo que respecta a la aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF en los siguientes términos:

> [s]u contenido esencial es que a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio o disciplinario debe llevarse a cabo una actividad probatoria destinada a comprobar la culpabilidad del funcionario, sin adelantar opinión en cuanto al mérito del asunto. Se trata de un derecho que incide directamente sobre cómo se desarrolla la fase probatoria del procedimiento sancionador. De ese modo, la presunción de inocencia lo que exige es que el acto que declare la responsabilidad administrativa sea el único que determine la inculpabilidad del funcionario investigado(228).

126. Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo señaló que:

> las sanciones contenidas en el artículo 105 (...) deben ser dictadas luego de la sustanciación del procedimiento administrativo respectivo en el que el investigado podrá hacer valer todos los argumentos y medios de prueba que estime pertinente en su defensa y en el que se le garanticen, todas las garantías procedimentales, entre las que se encuentra la presunción de inocencia, por lo que desde su inicio y hasta justo antes de dictarse el acto de responsabilidad administrativa el investigado se presumirá inocente y este es el tratamiento que deberá dársele. Ahora bien, culminada la sustanciación del procedimiento e instrucción del expediente respectivo y determinada la responsabilidad administrativa por la comisión de un ilícito administrativo, se desvirtúa la presunción de inocencia del

(228) Sentencia Nº 1.266 de 6 de agosto de 2008 emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, supra nota 31, folio 633.

investigado, aplicándose las consecuencias jurídicas sancionatorias previstas en el referido artículo 105, (...) sin que ello implique violación a la garantía constitucional de presunción de inocencia, pues esta ya ha sido despejada en dicho procedimiento-garantía(229).

127. En el ámbito penal esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales(230). La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa(231). Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado(232). Además, la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia(233), el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme(234). Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable(235).

128. Así, la Corte observa que en la fase de actuación de control fiscal del procedimiento administrativo cuestionado (*supra* párr. 37) los respectivos órganos de control realizan exámenes de cuenta, inspecciones y fiscalizaciones para determinar los presuntos hechos que pudiesen dar lugar a un ilícito administrativo. De esta manera, la siguiente fase investigativa (*supra* párr. 38) solo surge cuando, derivado de la fase anterior, se concluye que existen indicios que hacen presumir la responsabilidad administrativa de algunos empleados o funcionarios en el ejercicio de sus funciones. El informe de resultados con el que culmina dicha fase supone

(229) Sentencia N° 1.270 de 12 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, supra nota 188, folio 1421.

(230) Cfr. caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo, supra nota 216, párr. 77; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C Nº 170, párr. 14, y caso Cabrera García y Montiel Flores, *supra* nota 21, párr. 182.

(231) Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111, párr. 154 y caso Cabrera García y Montiel Flores, *supra* nota 21, párr. 182.

(232) Igualmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha observado que "[l]a presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado". Naciones Unidas. Comité de Derechos humanos. Observación general N° 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I)), párr. 30.

(233) Cfr. caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C Nº 69, párr. 121 y caso Cabrera García y Montiel Flores, *supra* nota 21, párr. 183.

(234) Cfr. caso Ricardo Canese, supra nota 228, párr. 154 y caso Cabrera García y Montiel Flores, *supra* nota 21, párr. 183.

(235) Caso Cabrera García y Montiel Flores, *supra* nota 21, párr. 184, en el que se cita ECHR, Case of Barberà, Messegué and Jabardo v Spain, Judgment of 6 December 1988, App. N°s. 10588/83, 10589/83, 10590/83, paras. 77 y 91.

también la previa realización de actuaciones que involucran al imputado para debatir y aclarar si corresponde pasar al denominado procedimiento de determinación de responsabilidades que incluye una etapa específica de contradictorio que se extiende hasta una audiencia oral y pública (*supra* párr. 39).

129. En lo que concierne al cuestionamiento de los representantes sobre la vigencia de supuestos de responsabilidad administrativa objetiva previstos en la LOCGRSNCF, el Tribunal observa que un alegato similar fue contestado por la Sala Político Administrativa al resolver el recurso de nulidad interpuesto por la víctima (*supra* párrs. 63 y 85). La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo señaló que "en materia de responsabilidad administrativa no se valoran con el mismo rigor como en el Derecho Penal, el dolo y la culpa, bastando la simple concreción del hecho consagrado en la norma como antijurídico y sancionable, para verificar la responsabilidad del funcionario público". En ese sentido, si bien la Sala apreció que "de las actas del expediente administrativo [se desprendía] la existencia de necesidades justificativas de la aprobación de créditos adicionales, (...) la actuación tanto del Alcalde del Municipio Chacao (...) como de los Concejales que aprobaron los referidos créditos con recursos provenientes de la Partida N° 4.07.02.02.04, los h[izo] responsables 'objetivamente' al estar su conducta incursa en los supuestos establecidos en los numerales 21 y 22 del artículo 91 de la [LOCGRSNCF]". Conforme al Tribunal Supremo de Justicia "pese a la supuesta intención de las autoridades municipales de cubrir otros gastos del Municipio con la autorización de créditos adicionales, la parte recurrente desvió los fondos destinados a la partida correspondiente a la transferencia de ingresos al Distrito Metropolitano de Caracas"(236).

130. Por otro lado, en el presente caso la Corte no encuentra prueba suficiente que le permita considerar que a la víctima se le haya tratado como culpable en las etapas de los procesos administrativos que finalizaron con la imposición de multas. En términos generales, las diferentes instancias de control, desde el inicio de los procedimientos, actuaron respecto al señor López Mendoza como si fuese una persona cuya responsabilidad disciplinaria estaba aún pendiente de determinación clara y suficiente. Tratándose de conductas establecidas como disciplinables, los órganos de control, a través de diferentes fases, se orientaron a analizar la potencial responsabilidad del señor López Mendoza respecto a los supuestos ilícitos administrativos.

131. Por lo tanto, la Corte estima que no se ha comprobado que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención, en perjuicio de la víctima, en relación con la presunción de inocencia en las etapas de los procesos seguidos en su contra que culminaron con la determinación de su responsabilidad administrativa y la imposición de multas.

132. Ahora bien, una vez se han examinado los alegatos respecto a las controversias relacionadas con la imposición de las sanciones de multa, el Tribunal analizará los alegatos presentados por las partes respecto a la presunta violación de garantías judiciales en las etapas de los procesos que finalizaron en sanciones de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

(236) Sentencia de 5 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Exp. Nº 2005-5124) (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXV, folios 12873 y 12874).

2. Derecho a ser oído, deber de motivación y derecho a la defensa en relación con la restricción al sufragio pasivo

2.1. Alegatos de las partes

133. La Comisión argumentó que el señor López Mendoza "se vio sometido sin notificación a la decisión discrecional de una autoridad administrativa qu[e] estaba facultada para imponer en el momento que lo decidiera y sin plazos establecidos, sanciones [accesorias] tan graves como la inhabilitación política, sin motivar su decisión [con argumentos adicionales que sustentaran la aplicación de una sanción más gravosa a la multa y sin definir criterios para la tasación de la pena conforme a la gravedad de la conducta], vulnerando con ello su derecho de defensa". Agregó que "el tipo de defensa y promoción de pruebas, entre otras, instauradas por el agraviado sería sustancialmente diferente al que se pudiera desarrollar al enfrentar una sanción administrativa que imponga una multa económica". Asimismo, la Comisión indicó que "la ausencia de un procedimiento impidió al señor López Mendoza ejercer su derecho a ser oído respecto de la pertinencia y proporcionalidad de la sanción de inhabilitación".

134. Los representantes indicaron que no hubo procedimiento "para determinar la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados –que por cierto (...) eran nulos". En particular, los representantes alegaron que "nunca se notific[ó]" al señor López Mendoza la "eventual posibilidad de ser sujet[o] de la aplicación de una inhabilitación" y que "no exist[ió] oportunidad alguna" de "defen[sa o debate sobre] la gravedad de los hechos [o] entidad del daño". Además, señalaron que resultaba "imposible" que "una persona que no es notificada de la posible aplicación" de sanciones accesorias "supuestamente pueda defenderse en la sustanciación del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, toda vez qu[e] es imposible también que el investigado conozca la entidad del daño y la gravedad de los hechos cuando ambos a[ú]n no han sido determinados". Así, para los representantes "es absolutamente insostenible" señalar que "los procedimientos que culminaron con la declaratoria de responsabilidad administrativa e imposición de multas (...) representan también los procedimientos administrativos de las sanciones de inhabilitación", pues tenían distinta finalidad, motivación, elementos y, además, fueron producidos mucho tiempo después. De esta manera cuestionaron que la imposición de la sanción accesoria "no requier[a] de una sustentación diferente a la ya emitida con anterioridad por el Contralor al declarar la responsabilidad administrativa".

135. Por su parte, el Estado indicó que "para la imposición de la sanción de inhabilitación", "no es necesari[a] la observancia de un procedimiento distinto a aquel en el que se declara la responsabilidad administrativa" dado que "el procedimiento es único" y "posee una naturaleza compleja". Agregó que la víctima "agotó en vía administrativa y en vía jurisdiccional su derecho constitucional a alegar y probar todo lo que tuviese a bien contra la aludida sanción". Respecto a la alegada falta de correspondencia entre la sanción principal y las sanciones interdictivas, el Estado indicó que en la imposición de la sanción "entendida como un todo, es que debe exteriorizarse o motivarse la relación que existe entre el hecho antijurídico y la sanción interdictiva a imponer".

2.2. Consideraciones de la Corte

136. De los alegatos presentados por las partes, la Corte considera que es necesario analizar: i) la alegada falta de notificación de la posible imposición de la

inhabilitación; ii) la presunta necesidad de exponer alegatos y prueba independientes con el fin de garantizar el derecho de defensa, y iii) el deber de motivación del Contralor a la hora de imponer la inhabilitación para ser candidato a un cargo de elección popular.

137. Respecto de la alegada falta de notificación de la posible imposición de una sanción accesoria, el perito Cabrera Romero señaló que no era necesario notificar que se va a imponer, como consecuencia de una declaratoria de responsabilidad administrativa, una sanción de inhabilitación, dado que ello es "una cuestión de ley", porque así lo establece el legislador en el artículo 105 de la LOCGRSNCF(237). En este sentido, la Corte observa que el artículo 105 de la LOCGRSNCF es claro en señalar la posibilidad de que el Contralor imponga alguna de las sanciones accesorias –suspensión, destitución e inhabilitación– como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario público, por lo que, en principio, dicho funcionario que ha sido declarado responsable puede prever que alguna de dichas sanciones le podrían ser impuestas. De tal manera, en un primer análisis no parecería necesaria la notificación específica de la situación planteada, siempre y cuando la persona haya tenido la oportunidad procesal de presentar alegatos y evidencia concreta relacionada con las posibles sanciones y que la decisión que las imponga haya sido adecuadamente motivada.

138. Ahora bien, en lo que concierne a la oportunidad procesal de presentar alegatos y evidencia concreta relacionadas con las posibles sanciones, el artículo 105 de la LOCGRSNCF establece que "[c]orresponderá al Contralor (...) de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento" imponer las sanciones accesorias. Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado que lo anterior implica que la imposición de las sanciones accesorias se da como consecuencia de un "proceso complejo", en los siguientes términos:

> la coletilla: '*sin que medie ningún otro procedimiento*', (...), alude a la atribución de declarar la responsabilidad administrativa del funcionario a través de un procedimiento de naturaleza compleja, pues la atribución de declarar la responsabilidad administrativa est[á] escindida de la potestad de imponer las sanciones que se derivan de esa declaratoria. [Así], la concreción de la responsabilidad administrativa no exig[e] un nuevo procedimiento, pues se trat[a] precisamente de materializar la sanción derivada de la responsabilidad administrativa declarada por el Contralor General de la República, conforme al procedimiento previo estipulado en la ley. (...) De esta manera, se trata de la manifestación en dos actos administrativos de la misma potestad sancionatoria, lo cual configura lo que la doctrina denomina 'procedimiento complejo'.
>
> (...)
>
> [E]l procedimiento complejo configura la manifestación de la potestad sancionatoria en dos fases vinculadas entre sí, en la cual la declaratoria de responsabilidad administrativa es presupuesto necesario de la imposición de la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación; todo tramitado en un procedimiento único (...) porque cada una de esas fases se cumpl[e] de forma independiente y eficaz por sí mism[a]s ante sendos órganos que, en su conjunto, forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal. [De esta manera] la Sala considera que (...) no [se]

(237) Dictamen del perito Jesús Eduardo Cabrera Romero, *supra* nota 31.

transgrede el derecho constitucional al debido procedimiento, el cual necesariamente debe cumplirse para establecer la responsabilidad administrativa. Las sanciones que corresponden a la declaratoria de responsabilidad administrativa no ameritan un nuevo procedimiento porque estas son consecuencias del acto que declara la responsabilidad administrativa(238).

139. Al respecto, la Corte resalta que existe una diferencia importante entre la sanción de multa y la sanción accesoria de inhabilitación para postularse a elecciones, que, como ya se señaló, implica una limitación al sufragio pasivo (*supra* párr. 108). Ahora, si bien la Corte observa que el señor López Mendoza no contó con una etapa procesal entre las declaratorias de responsabilidad y la imposición de dicha inhabilitación en ninguno de los procesos administrativos que se llevaron a cabo en su contra en la que pudiera presentar alegatos y prueba específica sobre las posibles sanciones accesorias que se le podrían llegar a imponer, lo anterior no implica una violación a su derecho a la defensa por ese solo hecho, dado que el señor López Mendoza tuvo la oportunidad de controvertir la entidad de las fallas administrativas o de la gravedad de las irregularidades cometidas a través de recursos posteriores. Por lo tanto, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera que no era necesario que existiera un incidente procesal independiente, en el que se le hubiera dado oportunidad de presentar alegatos o prueba para que se cumpliera con su derecho de defensa frente a la imposición de posibles sanciones accesorias.

140. Respecto al deber de motivación del Contralor, la Corte reitera que la motivación "es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"(239). El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática(240). Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias(241). En

(238) Sentencia Nº 1.266 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,supra nota 31, folios 623 y 624. Asimismo, en una sentencia posterior, dicha Sala indicó que "[n]o es necesario (...) el establecimiento de un procedimiento distinto para la aplicación de la sanción accesoria, pues tanto la sanción principal como la accesoria provienen del mismo ilícito demostrado durante el procedimiento de declaración de responsabilidad y el ente sancionador es siempre la Contraloría General de la República. La situación sería diferente si el ente sancionador invocara un ilícito distinto para sustentar o aplicar la sanción accesoria, ya que en ese caso resultaría indispensable para el órgano sancionador la instauración de un nuevo procedimiento en el cual le garantizase al funcionario investigado su derecho al debido proceso y a la defensa". sentencia N° 1.265 de 5 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 187, folio 5279. Algunos de estos estándares fueron reiterados en la decisión emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de agosto de 2008. Cfr. sentencia N° 1.270 de 12 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 188, folio 1421.

(239) Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, *supra* nota 227, párr. 107; caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C Nº 200, párr. 208, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 118.

(240) Cfr. caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182, párr. 77; caso Escher y otros, *supra* nota 236, párr. 208, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 118. Así lo ha establecido el Tribunal Europeo en el caso Suominen: "[l]a Corte reitera entonces que, de acuerdo con su jurisprudencia constante y en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan" (traducción de esta Corte). Cfr. Suominen v. Finland, N° 37801/97, para. 34, 1 July 2003.

(241) Cfr. caso Yatama Vs. Nicaragua, *supra* nota 209, párrs. 152 y 153; caso Escher y otros, *supra* nota 236, párr. 139, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 118. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. ECHR, Hadjianastassiou v. Greece, Judgment of 16 December 1992, Serie A N° 252, para. 23.

este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad(242). Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

141. En el derecho interno venezolano también se ha establecido el deber de motivar los actos administrativos. Al respecto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana (*infra* párr. 201) dispone lo siguiente:

Artículo 9.- Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto.

Artículo 12.- Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

142. En el presente caso, la Corte observa que mediante Resolución N° 01-00-000206 (*supra* párr. 58), el Contralor expuso las siguientes consideraciones para imponer la inhabilitación por tres años al señor López Mendoza respecto de los hechos relacionados con la empresa PDVSA:

Que mediante auto decisorio de fecha 29 de octubre de 2004 [se] declaró la responsabilidad administrativa, entre otros, del [señor] López Mendoza, (...), en su condición de Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), por los hechos siguientes:

A) Por haberse concertado con la [señora] Antonieta Mendoza de López, (...) con quien existe un parentesco por consanguinidad en línea recta de primer grado (madre) quien se desempeñaba como Gerente de Asuntos Públicos de la División Servicios de PDVSA (...), para que en fecha 23 de diciembre de 1998, esa empresa representada por la prenombrada [señora], efectuara una donación por la cantidad de sesenta millones sesenta mil bolívares (Bs. 60.060.000,00) a favor de la Asociación Civil Primero Justicia, siendo que el prenombrado [señor] López Mendoza, para la fecha de la donación se desempeñaba simultáneamente como funcionario de PDVSA (...). Conducta [e]sta que una vez verificada fue subsumida en el supuesto generador de responsabilidad administrativa previsto en el numeral 7 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría (...), vigente para el momento de ocurrencia del hecho irregular, el cual mantiene tal carácter en el numeral 20 del artículo 91 de la vigente [LOCGRSNCF].

B) Por haber celebrado contrato por interpuesta persona toda vez que para el 11 de septiembre y 23 de diciembre de 1998, fechas en que se formalizaron las donaciones por las cantidades de veinticinco millones de bolívares (Bs.25.000.000,00) y sesenta millones sesenta mil bolívares (Bs. 60.060.000,00) ambas a favor de la

(242) Cfr. caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de setiembre de 2006. Serie C Nº 151, párr. 122; caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"), *supra* nota 237, párr. 78, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 118.

Asociación Civil Primero Justicia, el [señor] López Mendoza, se desempeñaba simultáneamente como miembro de la Junta Directiva de la beneficiaria de las donaciones (Asociación Civil Primero Justicia) y Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de PDVSA, en contravención de las "Normas Sobre Conflicto de Interés" (...). Conducta que una vez verificada fue subsumida en el supuesto generador de responsabilidad administrativa prevista en el numeral 5 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría (...), vigente para el momento de ocurrencia de los hechos irregulares, supuesto que mantiene su vigencia en el numeral 4 del artículo 91 de la actual [LOCGRSNCF].

(...)

Considerando [l]a gravedad de las irregularidades cometidas, las cuales fueron objeto de sanción según consta en el auto decisorio de fecha 29 de octubre de 2004 (...)[243].

143. Por su parte, las consideraciones que el Contralor presentó mediante la Resolución 01-00-235 (*supra* párr. 81) para imponer la sanción de inhabilitación por seis años al señor López Mendoza respecto a los hechos del Municipio Chacao, fueron:

Que mediante auto decisorio de fecha 2 de noviembre de 2004 [se] declaró la responsabilidad administrativa, entre otros, del [señor] López Mendoza, (...), en su condición de Alcalde del Municipio Chacao del Estado Miranda, por el hecho siguiente: Por haber actuado de manera simulada al declarar, mediante Resolución N° 148-02 de fecha 25 de octubre de 2002, (...), una insubsistencia parcial por la cantidad total de dos mil setecientos cuarenta y tres millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil cuarenta y un bolívares con cincuenta y siete céntimos (Bs. 2.743.464.041,57), de los créditos presupuestarios asignados a la partida N° 4.07.02.02.04 "Transferencia de Capital a Entidades Federales", de los cuales no podía legalmente disponer, toda vez que correspondían de pleno derecho a los aportes obligatorios a favor de la Alcaldía Metropolitana de Caracas para el ejercicio fiscal 2001. La situación planteada es violatoria de lo estipulado en el numeral 5 del artículo 22 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas (...).

(...)

La gravedad de la irregularidad cometida, sancionada con la declaratoria de responsabilidad administrativa de fecha 2 de noviembre de 2004, (...), así como la reincidencia de una conducta irregular que ha sido objeto de sanción en los términos aludidos precedentemente[244].

144. Asimismo, la Corte toma nota que como respuesta a los recursos de reconsideración que el señor López Mendoza presentó en contra de las resoluciones que impusieron las respectivas inhabilitaciones, se le respondió en ambos casos que:

(...) de la lectura que se realice a los artículos [105 y 122 de la LOCGRSNCF], se desprende claramente que la imposición de las sanciones en ellos contempladas, requieren como únicos y exclusivos presupuestos: a) la declaratoria de responsabilidad administrativa del que fuera investigado; y b) que esta haya quedado firme

(243) Resolución N° 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 emitida por el Contralor General de la República, *supra* nota 90, folios 397 al 399.

(244) Resolución 01-00-235 de 26 de septiembre de 2005 emitida por el Contralor General de la República, *supra* nota 152, folios 392 y 393.

en sede administrativa. En tal sentido, dichas sanciones, son consecuencias jurídicas que según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad, una vez que haya quedado firme en sede administrativa(245).

(...) que la motivación de los actos administrativos, requiere del cumplimiento de los particulares siguientes:

a) Que se indique expresamente el fundamento fáctico y jurídico en el acto administrativo, lo cual comprende el señalamiento de las circunstancias de hecho y de derecho inherentes al caso concreto. Tales circunstancias se refieren a los particulares que se indican: i) la mención de los elementos de juicio que constan en el expediente y que sustentan la decisión, ii) el análisis de los alegatos formulados por el interesado, y iii) el contenido normativo que fundamenta la decisión.

b) Que, en general, del texto de la decisión se desprendan las razones que sustentan la emisión del acto administrativo, acerca de las cuales no es necesaria una exposición exhaustiva o minuciosa de aspectos o particulares no esenciales al motivo o fundamento jurídico del acto(246).

145. Al respecto, la Corte observa que en las dos resoluciones de inhabilitación el Contralor se concentró en resaltar los hechos por los cuales el señor López Mendoza fue declarado responsable por el Director de la Dirección de Determinación de Responsabilidades (*supra* párrs. 60 y 83). Si bien la Corte considera que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes(247), el Tribunal estima que el Contralor General debía responder y sustentar autónomamente sus decisiones, y no simplemente remitirse a las previas declaraciones de responsabilidad. En efecto, de una lectura de dichas resoluciones, la Corte no encuentra un análisis concreto de relación entre la gravedad de los hechos y la afectación a la colectividad, a la ética pública y a la moral administrativa.

146. Si bien el Estado alegó "el alto grado de afectación que [la] conducta [del señor López Mendoza] tuvo en los valores de la ética pública y la moral administrativa, así como las nefastas repercusiones que su conducta como funcionario público tuvo en la colectividad" (*supra* párr. 103), la Corte observa que las decisiones internas no plasmaron con suficiente precisión este tipo de aspectos. El Tribunal considera que dados los alcances de la restricción al sufragio pasivo implicados en una inhabilitación para ser candidato, el Contralor tenía un deber de motivación explícita de la decisión, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo. El Contralor tenía que desarrollar razones y fundamentos específicos sobre la gravedad y

(245) Resolución N° 01-00-00004 de 9 de enero de 2006 emitida por el Contralor General de la República, *supra* nota 94, folio 412.

(246) Resolución N° 01-00-00005 de 9 de enero de 2006 emitida por el Contralor General de la República, *supra* nota 155, folios 428 y 429.

(247) El Tribunal Europeo ha señalado que: "el artículo 6, párrafo 1 (art. 6-1) obliga a los tribunales a fundamentar sus decisiones; sin embargo, dicho artículo no puede ser entendido como requiriendo que el juez provea una respuesta detallada a cada argumento presentado por las partes (...). El alcance de este deber de fundamentación varía según la naturaleza de la decisión. A su vez, es necesario valorar, inter alia, la diversidad de planteos que un litigante somete a consideración de los tribunales y las diferencias que existen entre los diversos Estados parte con relación a su legislación, reglas de costumbre, opinión legal y a la presentación y redacción de sentencias. Por todo ello cabe afirmar que la pregunta relativa a si un tribunal ha incumplido con su obligación de fundamentación derivada del artículo 6 de la Convención solo puede ser determinada a la luz de las circunstancias de cada caso concreto" (traducción de esta Corte). Cfr. ECHR, case Hiro Balani v. Spain, Judgment of 9 December 1994, Serie A Nº 303-B, p. 8, § 27.

entidad de la falta supuestamente cometida por el señor López Mendoza y sobre la proporcionalidad de la sanción adoptada. Además, la Corte considera que una motivación adecuada para la imposición de la inhabilitación permite verificar que el Contralor ha realizado una evaluación concreta y autónoma, sin remisión a lo determinado por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, respecto a los alegatos y evidencia que dieron origen a la declaración de responsabilidad. Sin una motivación adecuada y autónoma, la sanción de inhabilitación para postularse a un cargo de elección popular opera en forma casi automática, a través de un incidente procesal que termina siendo de mero trámite.

147. Finalmente, la Corte ya ha señalado que el señor López Mendoza tuvo oportunidad de controvertir las consideraciones del Contralor a través de recursos posteriores en los que se rechazaban los argumentos sobre la entidad de las fallas administrativas y la gravedad de las irregularidades cometidas (*supra* párr. 118). Sin embargo, el Tribunal considera que los problemas en la motivación al imponer la sanción de inhabilitación tuvieron un impacto negativo en el ejercicio del derecho a la defensa. La falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una restricción al sufragio pasivo que, como es evidente y este caso lo demuestra, pueden ser notablemente más gravosas que la sanción principal. En este punto, el Tribunal reitera que la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores(248).

148. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación, establecidos en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza.

3. Plazo razonable

149. La Comisión y los representantes alegaron que los recursos contencioso administrativos de nulidad y el de inconstitucionalidad interpuestos por el señor López Mendoza no fueron resueltos en un plazo razonable.

150. El Estado señaló que "el tiempo que el Tribunal Supremo de Justicia (...) demoró en resolver los recursos de nulidad referidos (...), se ajustó al principio de tiempo razonable, considerando la complejidad del caso; la actividad procesal de los interesados así como la actividad de las autoridades judiciales".

151. Teniendo en cuenta esta controversia entre las partes, a continuación se analizarán los siguientes recursos interpuestos por la víctima: i) recursos contencioso administrativos de nulidad respecto de las resoluciones que declararon la responsabilidad administrativa del señor López Mendoza por los hechos de PDVSA y del

(248) Cfr. caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"), *supra* nota 237, párr. 78; caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C N° 193, párr. 153, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 118. Por su parte el Comité de Derechos Humanos consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Hamilton v. Jamaica, Communication N° 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994.

Municipio de Chacao y contra las posteriores declaratorias de inhabilitación, y ii) recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 105 de la LOCGRSNCF, conjuntamente con amparo cautelar ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

3.3. Sobre los recursos contencioso-administrativos de nulidad

3.1.1. Alegatos de las partes

152. La Comisión enfatizó que "no había sido objeto de pronunciamiento" el recurso de nulidad interpuesto por el señor López Mendoza el 4 de octubre de 2005 en contra del acto administrativo que declaró su responsabilidad por los hechos de PDVSA, "a la fecha de presentación de los argumentos sobre el fondo [del caso]", en julio de 2008. De acuerdo con la Comisión, si bien "[n]o existe una norma expresa que señale el lapso para decidir sobre la admisión de este recurso ni sobre el pronunciamiento definitivo[, l]os órganos interamericanos han entendido que la debida diligencia incluye la obligación de llevar a cabo todas las actuaciones necesarias en un plazo razonable". Asimismo observó que "el Estado no indicó que el recurso de nulidad a resolver presentara especial complejidad", y que "no hay evidencia de que la víctima o sus representantes hayan desarrollado una actividad que provoque una demora indebida en la tramitación del proceso". Finalmente, para la Comisión, "el Estado tampoco [habría] demostr[ado] que las necesidades de la tramitación justificar[a]n la duración del proceso". En ese sentido, la Comisión concluyó que "[es] evidente que un recurso que no ha sido resuelto a tres años de la fecha de su interposición (...) no resulta efectivo, [lo cual] gener[a] indefensión en perjuicio [del peticionario]". Agregó que, no obstante "que haya existido un pronunciamiento sobre dicho recurso en abril de 2009, los criterios que llevaron a la Comisión a concluir que hubo una afectación al plazo razonable se mantienen, ya que el Estado no ha justificado la duración del proceso".

153. Respecto al recurso de nulidad interpuesto por el señor López Mendoza el 4 de agosto de 2005 ante la Sala Político Administrativa del TSJ frente a los hechos del Municipio de Chacao, la Comisión resaltó que fue decidido "tres años después de haberse interpuesto". Al respecto observó que el Estado "no indicó de manera específica en qué consistiría la complejidad para resolver [dicho] recurso (...)". Por otra parte, conforme a la Comisión, "el Estado no hizo referencia respecto de la conducta del peticionario, y sobre las diligencia[s] de las autoridades competentes se limitó a remitir un listado de acciones del TSJ sin realizar una construcción argumentativa en torno a ella". Concretamente, respecto del argumento estatal relacionado con la adhesión formulada el 13 de julio de 2006 por una persona a la causa, la Comisión consideró que "la demora de más de dos años luego de tal adhesión para resolver el recurso de nulidad y tres desde su interposición, resulta excesiva".

154. Sobre el recurso contencioso administrativo de nulidad presentado contra la resolución de responsabilidad en el caso de las donaciones de PDVSA, los representantes señalaron que el plazo de tres (3) años, cinco (5) meses y veintiocho (28) días para resolverlo fue "de suyo excesivo, y, por lo tanto no razonable", sobretodo porque "el asunto en discusión no era (...) complejo". Además, para los representantes, "tampoco existe en este juicio contencioso administrativo ninguna circunstancia que evidencie actuaciones dilatorias o negligentes de la parte actora y que sean causa de retardos ocurridos durante el proceso. Y, sin embargo, (...) el Tribunal tardó más [de] tres (3) meses para admitir a trámite la demanda (04-10-2005 a 01-02-2006); y, más de un (1) año y seis (6) meses, desde que el expediente entró

en estado de sentencia, es decir cuando se dijo 'Vistos', hasta que dictó la correspondiente sentencia definitiva (03-10-2007 a 01-04-2009)".

155. Los representantes indicaron, en cuanto al recurso de nulidad interpuesto por los hechos del Municipio de Chacao, que "es obvio que se trató de un juicio sin ninguna complejidad" porque analizar una "resolución municipal no demandaba más que determinar si para dictarla se cumplieron los elementos subjetivos, objetivos y de forma necesarios para ello". Por otra parte, para los representantes "no existe (...) ninguna circunstancia que evidencie actuaciones dilatorias o negligentes de la parte actora y que sean causa de retardos ocurridos durante el proceso. Sin embargo, (...) el Tribunal tardó: más [de] siete (7) meses para admitir a trámite la demanda (04-08-2005 a 08-03-2006); y, más de un (1) año y dos (2) meses, desde que el expediente entró en estado de sentencia, es decir desde cuando se dijo 'Vistos' (es decir, terminada la sustanciación) hasta que dictó la correspondiente sentencia definitiva (25-05-2007 a 06-08-2008)". Adicionalmente, los representantes hicieron notar que "para este momento ya se había producido la primera sanción de inhabilitación (...) dictada por el Contralor (...), [por lo que] existían entonces suficientes indicios de la amenaza que significaba la vigencia del acto administrativo de responsabilidad (...), lo que generaba (...) argumentos suficientes para la suspensión de [é]ste o bien para la desaplicación del artículo 105 de la LOCGR[SNCF]".

156. Por su parte, el Estado indicó, en lo que concierne al recurso contencioso de nulidad interpuesto frente a la declaratoria de responsabilidad por los hechos de PDVSA, que "se trataba de un recurso sumamente complejo debido a que los hechos irregulares fueron cometidos por dos funcionarios públicos (...), a través de una persona jurídica (...), siendo que entre estos dos funcionarios públicos existía un vínculo de consanguinidad de primer grado". Además, conforme al Estado, "en la tramitación del recurso en cuestión hubo una intensa actividad procesal por parte de los interesados y una actividad diligente por parte del órgano jurisdiccional".

157. De otro lado, el Estado refirió que la supuesta tardanza en la decisión del recurso interpuesto por el señor López Mendoza por los hechos del Municipio de Chacao, "deriv[ó del hecho de que el recurso] no solo se interpuso conjuntamente con amparo cautelar, lo que implicó de por sí, un pronunciamiento previo al respecto, sino que además hubo una solicitud de adhesión formulada en fecha 13 de julio de 2006, por [una persona], en su condición de representante legal de [un] Concejal (...), quien solicitó medida cautelar, lo que ameritó nuevos pronunciamientos por parte de la Sala, los cuales no fueron valorados por la Comisión [Interamericana], quien no tomó en consideración la gran actividad procesal desplegada en dicha causa, la cual nunca estuvo paralizada sino en continuo movimiento".

3.1.2. Consideraciones de la Corte

158. La Corte observa que en contra de las resoluciones que declararon la responsabilidad administrativa del señor López Mendoza por los hechos de PDVSA y del Municipio de Chacao este interpuso los respectivos recursos de reconsideración el 22 de noviembre de 2004 (*supra* párrs. 56 y 79). Dichos recursos fueron resueltos 'sin lugar' por el Director Encargado de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Dirección General de Procedimientos Especiales el 28 de marzo de 2005, es decir, 4 meses después de su interposición (*supra* párrs. 57 y 80). Frente a ello, el señor López Mendoza interpuso recursos contencioso administrativos de nulidad ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 4

de octubre y el 4 de agosto de 2005, respectivamente (*supra* párrs. 61 y 84). El 31 de marzo de 2009 y el 5 de agosto de 2008, respectivamente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, declaró sin lugar los citados recursos de nulidad (*supra* párrs. 63 y 87), esto es, después de 3 años y casi 6 meses en el primer caso, y de 3 años en el segundo.

159. Asimismo, el Tribunal constata que frente a las resoluciones que declararon la sanción de inhabilitación del señor López Mendoza por 3 y 6 años, la víctima interpuso recursos de reconsideración el 22 de septiembre y el 15 de noviembre de 2005, respectivamente (*supra* párrs. 59 y 82). El 9 de enero de 2006 el Contralor General declaró sin lugar dichos recursos (*supra* párrs. 60 y 83), esto es, 3 meses y medio, y casi 2 meses después de la interposición de los mismos. Ante ello, el 21 de junio de 2006 el señor López Mendoza interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia un recurso de nulidad conjuntamente con una solicitud de amparo cautelar (*supra* párr. 89). Dicho recurso fue resuelto "sin lugar" el 6 de agosto de 2008 (*supra* párrs. 90), es decir, 1 año y 2 meses después de su presentación.

160. La Corte observa que las partes no presentaron alegatos sobre una presunta violación del plazo razonable respecto a la acción de amparo cautelar con solicitud de suspensión de efectos interpuesta por el señor López Mendoza conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad por los hechos del Municipio Chacao, resuelto después de siete meses por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (*supra* párrs. 84 y 85). Así, el Tribunal observa que las partes han desarrollado argumentos sobre la alegada violación del plazo razonable únicamente en lo que concierne a los recursos contencioso administrativos de nulidad interpuestos por la víctima en contra de las declaraciones de responsabilidad administrativa emitidas por la Dirección de Determinación de Responsabilidades para los casos de PDVSA y del Municipio Chacao.

161. Como se estableció anteriormente, los recursos de nulidad interpuestos por la víctima en contra de las declaraciones de responsabilidad por los hechos de PDVSA y del Municipio Chacao fueron resueltos después de 3 años y casi 6 meses y de 3 años, respectivamente. En orden a determinar si este es un plazo razonable, la Corte, conforme a su jurisprudencia, tomará en cuenta: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales[249], y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso[250]. En este sentido, correspondía a Venezuela justificar, con fundamento en los criterios señalados, la razón por la cual requirió del tiempo indicado para tratar el caso. Si no lo demuestra, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto[251].

(249) Cfr. caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Nº 30, párr. 77; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra* nota 22, párr. 133, y caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C Nº 219, párr. 219.

(250) Cfr. caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C Nº 192, párr. 155; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra* nota 22, párr. 133, y caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), *supra* nota 246, párr. 219.

(251) Cfr. caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C Nº 202, párr. 156 y Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C Nº 209, párr. 244.

i. Complejidad

162. El Estado señaló que los recursos mencionados implicaron hechos irregulares cometidos por funcionarios públicos y, en el caso concreto de los hechos de PDVSA, comprendía a una persona jurídica, el análisis de vínculos de consanguinidad de primer grado entre los implicados y el análisis de la implementación de un convenio (*supra* párrs. 40 a 43). Asimismo, el Estado indicó que uno de los recursos fue interpuesto de manera conjunta con un amparo cautelar que implicó pronunciamientos previos(252), y que frente a la declaratoria de responsabilidad por los hechos del Municipio Chacao hubo una solicitud de adhesión que ameritó nuevos pronunciamientos por parte de la Sala Político Administrativa(253). La Corte considera que estos aspectos involucraban debates técnicos sobre gestión de presupuestos e implementación de convenios, lo cual permite inferir la complejidad de los asuntos a resolver.

ii. Actividad procesal de los interesados

163. Además de lo indicado por el Estado en cuanto a la complejidad del asunto, no se infiere del expediente que el señor López Mendoza haya desarrollado una actividad que provoque una demora indebida en la tramitación del proceso. En consecuencia, la Corte entiende que no hubo en el caso una actuación dilatoria por parte de la víctima.

iii. Conducta de las autoridades judiciales

164. El Estado se limitó a señalar que el órgano jurisdiccional encargado de resolver tuvo una actividad diligente (*supra* párr. 157). De la prueba que obra en el expediente, el Tribunal constata que en el marco de dichos recursos, las autoridades analizaron y admitieron las pruebas promovidas por el señor López Mendoza(254) y tuvo lugar el respectivo acto de informes orales(255). Sobre el particular la Corte resalta que si bien los representantes alegaron que "según la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia la decisión de fondo debía producirse aproximadamente en 10 meses y medio", el artículo 19 de dicha Ley no establece un plazo específico al cual esté sometido dicho tribunal para resolver los recursos que se le someten.

165. En efecto, el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia únicamente refiere el plazo para que, *inter alia*: i) el Juzgado de Sustanciación decida acerca de la admisión o inadmisibilidad de la demanda o recurso; ii) el interesado

(252) Recurso de nulidad de 4 de agosto de 2005 interpuesto por el señor López Mendoza, *supra* nota 160, folios 1562 a 1591.

(253) Escrito presentado por el señor Antonio Jímenez, mediante el cual manifestó "tener interés en el [r]ecurso de [n]ulidad que cursa[ba]" de 13 de julio de 2006 (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1648 a 1655) y Decisión de 24 de octubre de 2006 de la Sala Político Administrativa (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1683 a 1689).

(254) Cfr. escrito de 27 de julio de 2006 presentado por el señor López Mendoza ofreciendo pruebas ante la Jueza de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 171, folios 1662 a 1665. Ver también Resolución de 8 de agosto de 2006 emitida por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 171, folios 1676 a 1677. Ver asimismo, escrito sin fecha consignado por la defensa del señor Leopoldo López Mendoza el 23 de mayo de 2006, *supra* nota 100, folios 8053 a 8057. Ver también la Resolución de 21 de junio de 2006 del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 101, folios 8059 a 8060.

(255) Oficio sin número de fecha 29 de marzo de 2007 de la Contraloría General de la República dirigido a la Presidenta y demás Magistrados de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (expediente de anexos a la demanda, anexo 34, tomo III, folios 1692 al 1715). Ver asimismo, constancia de 12 de julio de 2007 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 102, folio 8081.

apele la resolución de inadmisibilidad; iii) se dé inicio a la relación de la causa; iv) las partes presenten sus informes en forma oral; v) se desarrolle la segunda etapa de la relación de la causa; vi) la eventual contestación de la apelación; vii) el Tribunal Supremo de Justicia o las Salas resuelvan las apelaciones; viii) se presenten pruebas; ix) se lleve a cabo el acto de informes, y x) se presenten recursos de hecho. Inclusive, dicho artículo establece que "[l]a instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un (1) año, antes de la presentación de los informes" (256).

166. De esta manera, aún asumiendo que en promedio los plazos descritos en la Ley Orgánica permitan concluir que un recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo de Justicia debe ser resuelto en 10 meses y medio, la Corte considera que el plazo de 3 años y casi 6 meses y de 3 años resulta razonable frente a la complejidad de los asuntos involucrados (*supra* párr. 163). Además, la Corte constata que el Tribunal Supremo de Justicia promovió diligentemente diferentes actuaciones de las partes.

iv. Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

167. El Tribunal recuerda que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve(257). La Corte observa que si bien el señor López Mendoza tenía un especial interés en la celeridad de la solución de los recursos de nulidad interpuestos para concretar su postulación a las elecciones de noviembre de 2008, en las circunstancias del presente caso, no ha quedado claro que la falta de una decisión rápida sea la que genere afectaciones relevantes a los derechos de la víctima.

168. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ha logrado justificar que el tiempo que el Tribunal Supremo de Justicia demoró en resolver los recursos de nulidad interpuestos por la víctima se ajustan a la garantía del plazo razonable.

3.2. Sobre el recurso de inconstitucionalidad

3.2.1. Alegatos de las partes

169. Si bien la Comisión consideró "razonable que la Sala Constitucional del TSJ haya demorado 2 años en resolver el recurso (...) dada la complejidad de la materia a decidir y el cúmulo de causas acumuladas en el mismo proceso", destacó que "el peticionario intentó oportunamente diversos recursos con el fin de procurar impugnar o solicitar la suspensión de los efectos de [la] norma que le impedía el ejercicio de sus derechos políticos a postularse a cargos de elección popular; esto, en consideración de su intención de [ser] candidato para las elecciones de noviembre de 2008 y teniendo en cuenta que el proceso de inscripción para tal efecto debía realizarse del 5 al 14 de agosto de 2008". De esta manera, para la Comisión "el tiempo transcurrido para resolver en su conjunto los recursos ejercidos no

(256) Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 de 20 de mayo de 2004. Citada en los alegatos finales escritos de los representantes (expediente de fondo, tomo III, folio 1209) y disponible en: http://www.tsj.gov.ve/legislacion/nuevaleytsj.htm (último acceso: 1 de setiembre de 2011).

(257) Cfr. caso Valle Jaramillo y otros, supra nota 247, párr. 155; caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de setiembre de 2009. Serie C Nº 203, párr. 138, y caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra* nota 22, párr. 136.

resulta razonable. Tal situación resulta[ba] aún más relevante si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos e intereses en juego". Así, "[l]a posibilidad de registrar, en agosto de 2008, la postulación de[l señor] López Mendoza para las elecciones de noviembre de 2008 se encontraba relacionada con una decisión oportuna y efectiva de los órganos jurisdiccionales de su país respecto a la compatibilidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF con la Constitución y con la Convención Americana".

170. Por su parte, los representantes señalaron que "hab[í]a una serie de decisiones cautelares sobre la inconstitucionalidad de dicho artículo desde hac[ía] casi 4 años, [pero que] el Tribunal Supremo (...) h[izo] caso omiso [de ellas], (...) permiti[endo] su arbitraria aplicación y ratific[ando] su compatibilidad con la Constitución (...) y con el art[í]culo 23.2 de la Convención Americana". Al respecto, consideraron "de suma importancia destacar que, luego de más de 2 años de haber interpuesto la acción de nulidad en contra del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría (...) y de los actos que (...) impusieron la inhabilitación política, sin haber obtenido un pronunciamiento por parte de la Sala Constitucional, [(...)se] enter[ó] extraoficialmente que debía comparecer a una audiencia para oir a las partes (...), es decir, una convocatoria intempestiva". Posteriormente, "tres días hábiles después de haberse celebrado la audiencia, fue dictada la sentencia 1266 de fecha 6 de agosto de 2008, mediante la cual se materializó la violación definitiva de [los] derechos [del señor López Mendoza], teniendo los magistrados que modificar años de jurisprudencia y de doctrina pacífica constitucional".

171. En cuanto a la acción de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF, el Estado señaló lo siguiente: i) "[e]n lo que atañe a la complejidad del caso, (...) era necesario tomar en consideración factores tales como el alto grado de dificultad en la resolución de una causa particularmente complicada, no solo por la naturaleza del caso sino por la cantidad de demandas interpuestas contra el referido artículo que fueron acumuladas, en una sola". Además "correspondía, a la Sala Constitucional (...), pronunciarse respecto a la constitucionalidad o no del artículo 105 de la LOCGRSNCF, (...), labor esta que se hacía aún más compleja en el caso de funcionarios públicos de elección popular, como lo era el del [señor] López Mendoza"; ii) "[e]n lo atinente a la actividad procesal de los interesados, se observó que si bien [é]stos cumplieron, de manera oportuna, sus cargas procesales durante todo el *iter* procedimental, se evidenció de las actuaciones que cursan en el respectivo expediente, que otros interesados solicitaron intervenir en el aludido procedimiento, o que debido a la identidad de la materia a resolver el órgano jurisdiccional ordenó la acumulación de causas, lo que sin lugar a dudas, motivó un alargamiento justificado de los mismos", y iii) en lo atinente a la actividad de las autoridades, destacó que "mantuvieron una actitud diligente respecto a [la] tramitación, desarrollando en todo momento una intensa actividad, sobre todo tomando en consideración el hecho de que se trataba de casos que estaban en constante movimiento, al extremo que entre una actuación procesal y otra no transcurría mayor tiempo".

172. De esta manera, el Estado concluyó que "si alguna demora hubo en la tramitación del recurso interpuesto por el [señor] López Mendoza, esta se encuentra plenamente justificada, no solo por el cúmulo de interesados que acudieron al órgano jurisdiccional, sino además, por la gran actividad que desplegó el mismo para su resolución".

3.2.2. Consideraciones de la Corte

173. Conforme quedó establecido en esta Sentencia, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la víctima contra el artículo 105 de la LOCGRSNCF fue resuelto después de 2 años y 2 meses aproximadamente. En orden a determinar si este es un plazo razonable, nuevamente la Corte, conforme a su jurisprudencia, tomará en cuenta: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales, y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (*supra* párr. 162).

i. Complejidad

174. El Estado señaló que se trató de "una causa particularmente complicada", "por la naturaleza del caso"; "por la cantidad de demandas interpuestas [y acumuladas en una sola]", y porque se trataba de un caso que involucraba a "funcionarios públicos de elección popular" (*supra* párr. 172). El Tribunal observa que, efectivamente, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor López Mendoza el 21 de junio de 2006 fue acumulada con el expediente de la señora Nidia Gutiérrez de Asencio de 4 de abril de 2006(258). Asimismo, la Corte observa que: i) el 27 de julio de 2006 el señor Juan Bautista Carrero Marrero solicitó intervenir como tercero coadyuvante en la causa; ii) el 7 de noviembre de 2007 se ordenó acumular el expediente con la causa de la señora Rosalba Gil Pacheco; iii) el 19 de diciembre de 2007 se ordenó acumular el expediente con la causa del señor Humberto Bello Bernay; iv) el 4 de junio de 2008 se ordenó acumular el expediente con la causa de la señora Sandra Carolina Alfaro Salazar, y v) el 8 de julio de 2008 se ordenó acumular el expediente con la causa de la señora María Trinidad Ramirez de Egañez(259).

175. Además de ello, el Tribunal considera que el hecho de que el recurso interpuesto por el señor López Mendoza tuviera por objeto la declaración de inconstitucionalidad del artículo de una ley con efectos generales es un factor determinante para caracterizar su complejidad.

ii. Actividad procesal de los interesados

176. El Estado señaló que los interesados "cumplieron, de manera oportuna, sus cargas procesales durante todo el *iter* procedimental". Sobre el particular, el Tribunal considera que del expediente no se infiere que el señor López Mendoza haya desarrollado una actividad que provoque una demora indebida en la tramitación del proceso. En consecuencia, la Corte entiende que no hubo en el caso una actuación dilatoria por parte de la víctima. En lo que concierne a las causas posteriores y las correspondientes acumulaciones, el Tribunal ha valorado lo pertinente en el apartado precedente (*supra* párr. 175).

iii. Conducta de las autoridades judiciales

177. El Estado se limitó a señalar que las autoridades mantuvieron una actitud diligente respecto a la tramitación de la causa, "desarrollando en todo momento una

(258) Cfr. Sentencia Nº 912 de 6 de agosto de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 111, folios 502 a 535.

(259) Descripción del expediente Nº 2006-945 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Demanda de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, así como las Resoluciones en virtud de las cuales se le inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas. Demandante: Leopoldo López, Eva Ramos y otros. Acumulado al expediente 2006-494, demandante Nidia de Atencio (expediente de anexos a la demanda, tomo III, folios 1320 a 1324).

intensa actividad" (*supra* párr. 172). De la prueba que obra en el expediente, el Tribunal constata que en el marco de dicho recurso, el Tribunal Supremo de Justicia tuvo que resolver de manera paralela las solicitudes de amparo cautelar interpuestas conjuntamente con las acciones de inconstitucionalidad adicionales a las del señor López Mendoza. Asimismo, la Corte observa que la Sala Constitucional expidió los correspondientes carteles de emplazamiento; realizó una serie de notificaciones a las personas involucradas en la causa, y convocó y llevó a cabo la audiencia pública(260). Además, la Corte resalta que el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no establece un plazo específico al cual esté sujeto para resolver los recursos de inconstitucionalidad que se le someten (*supra* párr. 165).

iv. Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

178. La Corte observa que si bien en el presente caso el señor López Mendoza tenía un especial interés en la celeridad de la solución del recurso para concretar su postulación a las elecciones de noviembre de 2008, dicha situación en sí misma no habría justificado que las autoridades judiciales sacrificaran el apropiado desarrollo del proceso y la determinación de la constitucionalidad o no de la norma bajo análisis que, en definitiva, tenía efectos generales que transcendían el interés particular de la víctima. Así, el Tribunal resalta que "los intereses de la persona afectada, en que se tome una decisión tan pronto como sea posible, t[ienen] que sopesarse frente a la exigencia de un examen cuidadoso del caso y una celebración apropiada de los procedimientos"(261).

179. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado logró justificar que el tiempo que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia demoró en resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la víctima se ajusta a la garantía de plazo razonable.

4. Protección judicial y efectividad de los recursos

4.1. Alegatos de las partes

180. La Comisión consideró que los recursos interpuestos por la víctima en la jurisdicción interna, "en la práctica, resultaron ineficaces" en virtud de que las decisiones a las que arribaron las distintas instancias judiciales, "desestimando reiteradamente el reclamo relacionado con la compatibilidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF, por razones estrictamente procesales o bajo el fundamento que la misma se encuentra consagrada históricamente en la ley venezolana[,] corroboran la ineficacia de las mismas para ofrecer remedio a la violación" del artículo 23 de la Convención Americana. La Comisión agregó que "tanto la Sala Político Administrativa como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declararon sin lugar los recursos sin proporcionar una respuesta efectiva frente al uso de la vía administrativa para impedir a la víctima el ejercicio de sus derechos políticos".

181. Por su parte, los representantes indicaron que los recursos interpuestos "no fueron remedios judiciales adecuados, pues en las respectivas decisiones el Tribunal

(260) Descripción del expediente Nº 2006-945 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 256, folios 1320 a 1324.

(261) Cfr. ECHR. Case H v. the United Kingdom, Judgment of 8 July 1987, Serie A N° 121, para. 71-86; Case X v. France, Judgment of 31 March 1992, Serie A N° 234-C, para. 32; Case Silva Pontes v. Portugal, Judgment of 23 March 1994, Serie A N° 286-A, para. 39.

Supremo de Justicia inobservó no solo normas constitucionales, sino que además no aplicó correctamente lo dispuesto en el art[í]culo 23.2 de la Convención Americana", evidenciando "una clara denegación de justicia". Además, de acuerdo con los representantes, "ninguno de los recursos judiciales interpuestos" resultó "ser efectiv[o] para lograr el amparo contra los actos violatorios de sus derechos políticos, pues demoraron con exceso la correspondiente decisión; obviaron el 'control de convencionalidad'" y "rechazaron dicho control con el argumento de la primacía del derecho interno por razones de soberanía".

182. El Estado no presentó argumentos específicos sobre la efectividad de los recursos judiciales. Sin embargo, alegó que "no podía considerarse vulnerado el principio del plazo razonable, por lo que no p[odía] decirse que el Estado venezolano vulneró el derecho a un recurso expedito previsto en el artículo 25 de la Convención Americana".

4.2. Consideraciones de la Corte

183. La Corte ha entendido que para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla(262). Por otra parte, al evaluar la efectividad de recursos incoados ante la jurisdicción contencioso administrativa nacional(263), la Corte ha analizado si las decisiones tomadas en aquella han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención(264). El Tribunal no evalúa la efectividad de los recursos interpuestos en función a una eventual resolución favorable a los intereses de la presunta víctima.

184. Al respecto, la Corte observa que los recursos judiciales interpuestos por el señor López Mendoza no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho a ser elegido (*supra* párr. 109) y que pudiera salvaguardar las exigencias mínimas del deber de motivación en los procesos que derivaron en sanciones de inhabilitación (*supra* párr. 149), razón por la cual se vulneró el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1, en relación con los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor López Mendoza.

C. Igualdad ante la ley

1. Alegatos de las partes

185. La Comisión señaló que "en sus escritos sobre el fondo del asunto, el señor López Mendoza alegó por primera vez la vulneración del artículo 24 de la Convención

(262) Cfr. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 24; caso Abrill Alosilla y otros, *supra* nota 16, párr. 75, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 94.

(263) Cfr. caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de setiembre de 2005. Serie C N° 134, párr. 210; caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C Nº 163, párr. 217, y caso Manuel Cepeda Vargas, *supra* nota 21, párr. 139.

(264) Cfr. caso de la "Masacre de Mapiripán". Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 260, párr. 214; caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, *supra* nota 260, párr. 219, y caso Manuel Cepeda Vargas, *supra* nota 21, párr. 139.

Americana[265] en virtud de considerar que había recibido un trato discriminatorio respecto de otras personas que, en el pasado, pudieron postularse a cargos públicos pese a [que] sobre ellos [se había aplicado] una sanción administrativa de inhabilitación para el ejercicio de la función pública". Al respecto, la Comisión precisó que "concluyó en su Informe de Fondo que dicho extremo no había sido debidamente fundamentado en el caso particular y que no contaba con elementos suficientes para considerar que los hechos alegados se encuadraban dentro de los supuestos establecidos" en el mencionado artículo.

186. Los representantes alegaron la presunta violación de la igualdad ante la ley en perjuicio del señor López Mendoza. En ese sentido, indicaron dos supuestos hechos que demostrarían que el señor López Mendoza fue víctima de un trato discriminatorio: i) porque frente a la "liberación de recursos presupuestarios a los fines de atender obligaciones laborales de empleados de la Alcaldía (bomberos, maestros y pensionados entre otros) [no] se le di[o] el mismo tratamiento que [a] la Contraloría, [cuando fue] públic[a] y notori[a] la utilización por parte del Presidente de la República y el Ministro de Finanzas, de los recursos presupuestarios originalmente destinados para aportarlos al Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica". De acuerdo con los representantes, "nada se dijo respecto de ello, convalidándose así una flagrante violación al referido principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley" y, ii) porque "el Consejo Nacional Electoral permitió la inscripción, postulación y proclamó ciudadanos que se encontraban en la misma situación de inhabilitados políticos".

187. Por su parte, el Estado indicó que los alegatos de los representantes se fundamentan en declaraciones de algunas personas ante medios de comunicación, las cuales "no pueden ser consideradas prueba suficiente de violación"[266]. El Estado señaló que el señor López Mendoza "h[izo] referencia a candidatos que se postularon para los procesos comiciales efectuados en octubre de 2004 y diciembre de 2005, [que] no estaban inhabilitad[o]s para el ejercicio de funciones públicas, bien porque los actos administrativos se encontraban en vía administrativa ante la Contraloría General de la República, pendientes de interposición o decisión de los recursos administrativos correspondientes; o porque las sanciones fueron impuestas en fechas posteriores a las de los comicios; o porque el Consejo Nacional Electoral no había sido notificado de las sanciones impuestas o que las personas que se postulaban ya no estaban inhabilitadas para el ejercicio de funciones públicas por haberse cumplido el lapso de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública impuesta". En consecuencia, "para el momento en que fueron celebrados los comicios (...), mal podía el Consejo Nacional

(265) El artículo 24 de la Convención Americana (Igualdad ante la Ley) establece que:
Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

(266) El Estado hizo notar que el respectivo alegato se basó en: i) la declaración del señor Oscar Pérez de 13 de mayo de 2008, emitida en un medio televisivo; ii) "una entrevista publicada el 16 de junio de 2008, en un diario de circulación nacional, donde habría afirmado, que a pesar de estar inhabilitado, el Consejo Nacional Electoral, permitió su postulación para las [e]lecciones de 2004", y la de los señores Régulo Hernández, Gleen Rivas, Cruz Ortiz, Cándido Rodríguez, Tirso Colmenares, Oswaldo Díaz y Justo Hernández, y iii) la entrevista al Rector Principal del Consejo Nacional Electoral, Vicente Díaz, de 12 de mayo de 2008, "en un diario de circulación nacional", en la que sostuvo que "permitió la inscripción y postulación de los [señores] Jenny Cedeño, Gleen Rivas y Antonio Barreto Sira, para las elecciones [de] 2004, a pesar de que estaban inhabilitados". Cfr. Escrito de alegatos finales del Estado, *supra* nota 30, folio 1481.

Electoral impedir sus inscripciones como aspirantes a cargos de elección popular, sobre la base de hechos o situaciones que desconocía por cuanto las causas no estaban firmes en sede administrativa". Así, para el Estado, "[l]a diferencia en los casos señalados es objetiva y razonable pues la distinción parte de supuestos de hecho diferentes, ya que para el momento de la postulación del [señor López Mendoza] la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impuesta se encontraba firme".

188. En síntesis, el Estado indicó que "un trato discriminatorio supondría que el Consejo Nacional Electoral hubie[se] permitido la postulación para el proceso electoral efectuado en noviembre de 2008, de personas que se encontraban en igualdad de condiciones que el [señor] López Mendoza; lo que no sucedió puesto que el ente comicial habría rechazado las postulaciones para cargos de elección popular no solo d[e este] sino de todas las personas que se encontraban inhabilitadas para el ejercicio de funciones públicas".

2. Consideraciones de la Corte

189. Teniendo en cuenta que la violación del artículo 24 no fue alegada por la Comisión Interamericana (*supra* párr. 186), la Corte reitera que las presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda mientras ello se atenga a los hechos ya contenidos en la demanda (*supra* párr. 27) y se realice en el momento procesal oportuno –en el escrito de solicitudes y argumentos–, lo cual ocurre en el presente caso. Esta posibilidad tiene el propósito de hacer efectiva la facultad procesal de *locus standi in judicio* que se les reconoce en el Reglamento del Tribunal, sin desvirtuar por ello los límites convencionales a su participación y al ejercicio de la competencia de la Corte, ni un menoscabo o vulneración para el derecho de defensa del Estado, el cual cuenta con las oportunidades procesales para responder a los alegatos de la Comisión y de los representantes en todas las etapas del proceso. De tal manera, corresponde a la Corte, finalmente, decidir en cada caso acerca de la procedencia de alegatos de tal naturaleza en resguardo del equilibrio procesal de las partes(267).

190. En el presente caso, la Corte constata que en su informe de admisibilidad la Comisión "[d]eclar[ó] admisible la petición (...), con relación a los derechos consagrados en los artículos 23, 8 y 25 de la Convención Americana, en conexión con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento"(268). Posteriormente, en su informe de fondo, la Comisión reseñó expresamente que "en sus alegatos (...) el peticionario aleg[ó] violaciones al artículo 24 de la Convención Americana por la aplicación de un estándar discriminatorio". Conforme a la Comisión, en esa oportunidad los representantes "[s]ustenta[ron su] argumento sobre la base de manifestaciones emitida[s] en medios de comunicación por parte del señor Oscar Pérez" y "en virtud de que iguales circunstancias operaron, entre otros, respecto de los señores Régulo Hernández, Gleen Rivas, Cruz Ortiz, Cándido Rodríguez, Tirso Colmenares, Oswaldo Díaz, Justo Hernández[y] Jenny Cedeño". No obstante ello, la Comisión no concluyó la responsabilidad del

(267) Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 260, párr. 58; caso Vélez Loor, *supra* nota 213, párr. 43, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 134.

(268) Informe de Admisibilidad Nº 67/08, *supra* nota 1, folio 10.

Estado por la alegada violación del artículo 24 de la Convención[269]. En consecuencia, en su demanda –que fija el marco fáctico del caso–, la Comisión no hizo mención a los citados hechos ni a la supuesta violación involucrada (*supra* párrs. 2 y 3).

191. Asimismo, el Tribunal observa que en el escrito de solicitudes y argumentos el señor López Mendoza alegó la supuesta violación de la igualdad ante la ley indicando que el Consejo Nacional Electoral permitió la postulación en los procesos electorales de 2004 y 2005 a ciertas personas que se encontraban sancionadas con inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas (*supra* párr. 187). Además, la Corte toma en cuenta que el Estado indicó que dichas personas "no estaban inhabilitadas para el ejercicio de funciones públicas", justificando dicha afirmación en 4 supuestos, a saber: i) porque los actos administrativos se encontraban en vía administrativa ante la Contraloría General de la República, pendientes de interposición o decisión de los recursos administrativos correspondientes; ii) porque las sanciones fueron impuestas en fechas posteriores a las de los comicios; iii) porque el Consejo Nacional Electoral no había sido notificado de las sanciones impuestas, o iv) porque las personas que se postulaban ya no estaban inhabilitadas para el ejercicio de funciones públicas por haberse cumplido el lapso de la sanción (*supra* párr. 188).

192. Al respecto, el Tribunal destaca que el Estado presentó pruebas orientadas a acreditar que las citadas personas supuestamente inhabilitadas para el ejercicio de funciones públicas no se encontraban en dicha situación con miras a las elecciones de 2004 y 2005, en la medida que sus casos respondían a alguno de los 4 supuestos señalados (*supra* párr. 188 y 192). En ese sentido, consta en el expediente, *inter alia*, el oficio de 22 de noviembre de 2004 remitido por el Contralor General de la República al Presidente del Consejo Nacional Electoral (CNE) en el que se consigna una lista de 118 personas a las que se les impuso la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas[270]. Asimismo, el Estado remitió copia del oficio de 12 de junio de 2006 enviado por el Contralor General de la República a la Rectora Presidenta del Consejo Nacional Electoral (CNE) en el que consta una lista de 54 personas a las que también se les impuso las sanciones de inhabilitación o destitución[271].

193. La Corte entiende que las 118 personas de la primera lista y las 54 de la segunda se encontraban bajo la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, el Tribunal no tiene competencia para decidir si procedía en cado uno de dichos casos el impedimento de postulación a las elecciones realizadas en Venezuela en los años 2004 y 2005. En efecto, la Corte no tiene facultad para decidir si las referidas personas debieron estar impedidas de inscribirse y postular en los citados comicios electorales, en atención a los procedimientos administrativos y judiciales correspondientes a cada uno de ellos. Adicionalmente, el Tribunal hace notar que los representantes no presentaron en su escrito de solicitudes y argumentos la prueba

(269) Informe de Fondo Nº 92/09, *supra* nota 2, folios 12 a 52.
(270) Cfr. Oficio Nº 01-00-000730 de 22 de noviembre de 2004 remitido por el Contralor General de la República al Presidente del Consejo Nacional Electoral (CNE) (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo H, tomo XXXIX, folios 13814 a 13830).
(271) Cfr. Oficio Nº 01-00-000386 de 12 de junio de 2006 remitido por el Contralor General de la República a la Rectora Presidenta del Consejo Nacional Electoral (CNE) (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo H, tomo XXXIX, folios 13807 a 13813).

suficiente que pudiese clarificar la presunta situación de discriminación que se habría configurado con relación a personas que, en la supuesta misma situación del señor López Mendoza, recibieron un trato diferente por parte del Consejo Nacional Electoral en los comicios de los años 2004 y 2005. Así, en las circunstancias específicas del presente caso, no es posible afirmar que el derecho establecido en el artículo 24 de la Convención otorgara al señor López Mendoza la facultad de exigir una misma respuesta del Consejo Nacional Electoral en su caso.

194. En conclusión, el Estado no es responsable por la violación del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana en perjuicio del señor López Mendoza.

D. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

1. Alegatos de las partes

195. La Comisión alegó que "las causas para aplicar la sanción y la gradación de la[s] sanciones no están previamente definidas [de] manera pormenorizada y precisa, lo cual contraviene el principio de tipicidad penal" y "afecta la posibilidad de argumentar sobre la pertinencia y proporcionalidad de la sanción en un procedimiento contradictorio". Sintetizó que la "falta de tipificación permite la discrecionalidad del Contralor General en la imposición de la sanción y afecta la posibilidad [de] someterla a revisión ante órganos judiciales independientes". Por otra parte, la Comisión alegó que "después de la declaratoria de responsabilidad administrativa y la imposición de la sanción de multa, no se prevé una notificación de la posibilidad de que el proceso sancionatorio continúe", y que "la legislación interna no establece un marco temporal para que el Contralor ejerza su facultad discrecional de inhabilitar políticamente", generando una "incertidumbre que tiene serias repercusiones en el ejercicio de las garantías del debido proceso".

196. Los representantes señalaron que la inhabilitación se impone "sin que exista un marco normativo de gradación de la sanción" y "sin definición previa de criterios para la tasación de la pena conforme a la gravedad de la conducta". Indicaron que los conceptos de gravedad y entidad del ilícito "son interpretados y utilizados de manera subjetiva, puesto que en los actos administrativos de inhabilitación [al señor López Mendoza] no se [le] explican las razones ni el mecanismo a través del cual se llegó a determinar su procedencia, menos aún se soportan en acervo probatorio alguno". Precisaron entonces que el "ejercicio del *ius puniendi*" en cabeza del Contralor "es ilimitado, pues este último puede imponer sanciones administrativas cuando así lo considere y después de transcurrido incluso años". Agregaron que el Contralor "puede mantener en suspenso la aplicación de sanciones accesorias, constituyéndose ello en inseguridad jurídica, arbitrariedad y falta de transparencia".

197. El Estado alegó que el artículo 105 "establece en forma expresa tanto las infracciones administrativas" como "las sanciones" y, además, dispone que estas se aplicarán atendiendo a la entidad del ilícito y a la gravedad de la irregularidad. Agregó que "la legalidad de la sanción de inhabilitación (...) no está ni puede estar supeditada al hecho de que esta se encuentre contenida en el mismo acto administrativo que declara la responsabilidad administrativa", pues "ambos pronunciamientos emanan de funcionarios distintos, por lo que no pueden coexistir en un mismo y único acto" y solo "procede después de declarada

la responsabilidad administrativa". Añadió que "visto que las responsabilidades administrativas" del señor López Mendoza "fueron declaradas por el Director de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República", en ese mismo acto declarativo de responsabilidad "no hubiese podido imponer el mencionado funcionario a la (...) víctima la sanción de inhabilitación, sin incurrir en incompetencia manifiesta, toda vez que este únicamente tenía una delegación específica, siendo la aludida sanción de inhabilitación una atribución exclusiva y excluyente del Contralor General". El Estado agregó que "ante la ausencia de un lapso expreso para que el Contralor General (...) imponga las sanciones accesorias", se "ha considerado procedente" aplicar "el lapso general de prescripción de cinco años" señalado en el artículo 114 de la LOCGRSNCF.

2. Consideraciones de la Corte

198. La Corte considera que en el marco de las debidas garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana se debe salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción. Al respecto, la Corte Europea ha establecido que la norma respectiva debe ser: i) adecuadamente accesible(272), ii) suficientemente precisa(273), y iii) previsible(274). Respecto a este último aspecto, la Corte Europea utiliza el denominado "test de previsibilidad", el cual tiene en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber(275): i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma.

199. Al respecto, la Corte observa que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela ha analizado el cumplimiento del principio de legalidad en relación con las sanciones establecidas en el artículo 105 de la LOCGRSNCF. Dicho Tribunal ha precisado que:

> El principio de tipicidad exige una *lex certa* que ofrezca seguridad jurídica a los ciudadanos acerca de las consecuencias gravosas de la infracción administrativa. No obstante, con ocasión de la vigencia matizada del *ius puniendi* del Estado en el

(272) "The law should be both adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct. ECHR, Case Hasan and Chaush v. Bulgaria, Judgment of 26 October 2000, para. 84. Asimismo, en el caso Malone v. The United Kingdom, el Tribunal estableció que "[t]he law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case". ECHR, Case Malone v. The United Kingdom, Judgment of 2 August 1984, Serie A Nº 82, párr. 66.

(273) "The law should be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail". ECHR, Case Maestri v. Italy, Judgment of 17 February 2004, párr. 30. Asimismo, en el caso Malone v. The United Kingdom, el Tribunal señaló que "a norm cannot be regarded as 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able-if need be with appropriate advice-to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail". ECHR, Case Malone, *supra* nota 269, para. 66. Ver también, ECHR, Case Silver and others v. The United Kingdom, Judgment of 25 March 1983, Serie A Nº 61, párr. 88.

(274) "[T]he Court reiterates that a rule is 'foreseeable' if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct". ECHR, Case of Landvreugd v. The Netherlands, Judgment of 4 June 2002, párr. 59.

(275) "The level of precision required of domestic legislation –which cannot in any case provide for every eventuality– depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed". ECHR, Case Hasan and Chaush v. Bulgaria, Judgment of 26 October 2000, párr. 84 y Case Maestri, *supra* nota 270, párr. 30

derecho administrativo sancionador, se ha aceptado estándares deontológicos de conducta que canalizan la verificación de la infracción administrativa a través de la descripción normativa de actos, hechos u omisiones generado[res] de responsabilidad administrativa; de ninguna manera podrían asimilarse a lo que en el derecho penal se denominan "leyes penales en blanco". (...) El hecho es que, en el ámbito administrativo la implementación de lo que la doctrina llama "conceptos jurídicos indeterminados" no está proscrita; antes más, son empleados para la verificación de la gradación de la sanción, pero no de la infracción en sí misma. Se trata entonces de un criterio que ofrece al órgano sancionador un margen de apreciación que no riñe con el principio de tipicidad, pues en él debe llenarse, a través de un examen pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación desde los valores comprometidos en el concepto, las máximas exigidas para justificar el por qué de la sanción impuesta. Lo importante para que no se incurra en el quebrantamiento del principio de tipicidad es que el ilícito o la infracción se encuentren perfectamente definidos, así como también la sanción. (...) En el caso del artículo 105 de la [LOCGRSNCF] se estipula que la declaratoria de responsabilidad administrativa será sancionada con la multa prevista en el artículo 94 de la Ley, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados siguiendo lo dispuesto en el artículo 66 y siguientes del Reglamento de la Ley (...); y que el Contralor impondrá la sanción de suspensión sin goce de sueldo por un periodo no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable en atención a la entidad del ilícito cometido; y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años atendiendo a la gravedad de la irregularidad. Los conceptos jurídicos indeterminados allí expresados ofrecen un margen de apreciación discrecional al órgano de control fiscal para la gradación de la sanción atendiendo a la entidad de la infracción y de sus efectos(276).

200. Frente a lo alegado por las partes en el sentido que el grado de discrecionalidad que puede ejercer el Contralor a la hora de imponer la inhabilitación es desproporcionado y que esto se debe a la presunta falta de un marco normativo para graduar las sanciones principales y las accesorias, la Corte nota que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo señaló lo siguiente en relación con el principio de tipicidad de las sanciones administrativas:

Ahora bien, esta potestad discrecional, para ser legal y legítima es necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal (en este caso la [LOCGRSNCF]), debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente (...) En tal sentido, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige que la medida o providencia a juicio de la autoridad competente debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo cual es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que es inaceptable es pretender la declaratoria de nulidad de una norma general por el solo hecho de contener una potestad discrecional. El control jurisdiccional del acto discrecional podría implicar la nulidad del acto discrecional, si se advierte incompetencia del ente que lo dicte, incongruencia fáctica (falso supuesto de

(276) Sentencia Nº 1.266 de 6 de agosto de 2008 emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *supra* nota 31, folio 633.

hecho), incongruencia teleológica (desviación de poder) o incongruencia formal (vicio de procedimiento). (...) [A]l estar debidamente tipificados en la [LOCGRSNCF], tanto los hechos lícitos (artículos 91 y 92), como las sanciones administrativas (artículos 93, 94 y 105); la potestad discrecional del órgano contralor no es una "norma en blanco", pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica(277).

201. Sobre el particular, la Corte considera que los problemas de indeterminación no generan, *per se*, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca(278). La Corte constata que existen criterios que el Contralor General debe seguir para tomar la decisión de imponer cualquiera de las tres sanciones que consagra el artículo 105 de la LOCGRSNCF (*supra* párr. 33), y que existen parámetros a la discrecionalidad que le concede dicha norma al Contralor.

202. Respecto a lo alegado por las partes sobre la inexistencia de una norma que establezca el término temporal con el que cuenta el Contralor para imponer las sanciones accesorias una vez se haya declarado la responsabilidad administrativa de un funcionario público e impuesto la correspondiente multa, la Corte observa que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, tomando en cuenta la norma general sobre prescripción de las acciones administrativas sancionatorias (establecida en la LOCGRSNCF), en jurisprudencia posterior a los hechos del presente caso, ha señalado un plazo máximo de cinco años para que pueda ser adoptada la sanción de inhabilitación. Dicha Sala determinó que "ante la ausencia de un lapso expreso para que el Contralor General de la República imponga las sanciones accesorias", "debe aplicarse de forma análoga un lapso general de prescripción" (279).

(277) Asimismo, "resalt[ó] que aún en este caso, en el cual la Administración actúa con cierta discrecionalidad, ello no significa que la misma pueda actuar arbitrariamente, ya que su proceder siempre está sometido a los principios de proporcionalidad y adecuación previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los cuales pueden ser resguardados por los órganos jurisdiccionales (...)". Al respecto precisó que "en materia del derecho administrativo sancionador lo que sí está prohibido es que el legislador establezca lo que la doctrina ha calificado como las normas penales en blanco; esto es aquellos casos donde la norma jurídica permite que la Administración sea quien defina la infracción administrativa o que consagre cuáles son las sanciones que puede imponer". La Sala Constitucional agregó que la doctrina ha señalado que "[l]a descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas solo conducen, por lo tanto, a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar". Sentencia N° 1.270 de 12 de agosto de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, supra nota 188, folio 1421.

(278) "A law which confers a discretion is not in itself inconsistent with the requirement of foreseeability, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference". ECHR, Case Olsson v. Sweden, Judgment of 24 March 1988, Serie A no. 130. para. 61 y Case Gillow v. The United Kingdom, Judgment of 24 November 1986, Serie A N° 109, párr. 51.

(279) El artículo 114 de la LOCGRSNCF establece que "[l]as acciones administrativas sancionatorias o resarcitorias derivadas de la presente Ley, prescribirán el término de cinco (5) años, salvo que en Leyes especiales se establezcan plazos diferentes. Dicho término se comenzará a contar desde la fecha de ocurrencia del hecho, acto u omisión que origine la responsabilidad administrativa, la imposición de la multa o la formulación del reparo; sin embargo cuando el infractor fuere funcionario público, la prescripción comenzará a contarse desde la fecha de cesación en el cargo ostentado para la época de ocurrencia de la irregularidad. (...)". Sentencia N° 01516 de 20 de octubre de 2009 (Exp. N° 2005-5270) emitida por la Sala Accidental del Tribunal Supremo de Justicia y disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/01516-211009-2009-2005-5270.

203. En el presente caso la imposición de la inhabilitación al señor López Mendoza por los hechos relacionados con PDVSA ocurrió aproximadamente cinco meses después de que la declaratoria de responsabilidad administrativa quedara en firme(280) (*supra* párrs. 57 y 58), mientras que la inhabilitación por los hechos relacionados con el Municipio Chacao fue impuesta aproximadamente seis meses después de la resolución que dejó en firme la declaratoria de responsabilidad(281) (*supra* párrs. 80 y 81).

204. Al respecto, si bien el tiempo que transcurrió en el presente caso entre la declaratoria de responsabilidad y la imposición de la inhabilitación no fue en sí mismo excesivo, está probado que la norma interna no establecía un término o plazo fijo para que el Contralor ejerciera dicha facultad. La decisión de la Sala Político Administrativa mediante la cual se intentó suplir esta laguna normativa con el término de prescripción de la acción administrativa no cumple con el estándar de previsibilidad o certeza de la norma. En efecto, el "test de previsibilidad" implica constatar que la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que puede ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que puede ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas para evitar abusos(282). La Corte considera que la incertidumbre sobre el plazo dentro del cual se podría imponer las sanciones accesorias establecidas en el artículo 105 de la LOCGRSNCF es contraria a la seguridad jurídica que debe ostentar un procedimiento sancionatorio. Por otro lado, el plazo de cinco años no es razonable para garantizar la previsibilidad en la imposición de una sanción. Constituye un plazo excesivamente prolongado y, por lo tanto, es incompatible con la necesidad de que un procedimiento sancionatorio concluya al momento de determinarse la responsabilidad correspondiente, de tal forma que el imputado no espere por un plazo demasiado amplio a que se determine el tipo de sanción que debe recibir por una responsabilidad que ya ha sido determinada. Además, la falta de un plazo cierto, previsible y razonable puede dar lugar a un ejercicio arbitrario de la discrecionalidad a través de sanciones aplicadas en un momento totalmente inesperado para la persona que ya fue declarada responsable previamente.

205. En consecuencia, al no cumplir con el requisito de previsibilidad y, además, teniendo en cuenta lo señalado en el sentido que el artículo 105 de la LOCGRSNCF permite la restricción del derecho a ser elegido por una autoridad que no es juez

---

hctml (último acceso el 1 de septiembre de 2011) y sentencia N° 00782 de 27 de julio de 2010 (Exp. N° 2008-0871) emitida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00782-28710-2010-2008-0871.html (último acceso el 1 de setiembre de 2011). Citadas en escrito de alegatos finales del Estado, *supra* nota 30, folio 1459.

(280) El 28 de marzo de 2005 se resolvió el recurso de reconsideración que dejó en firme la declaración de responsabilidad administrativa por los hechos relacionados con PDVSA y el 24 de agosto de 2005 el Contralor General de la República emitió la Resolución N° 01-00-000206 que impuso la sanción de inhabilitación por 3 años, *supra* notas 88 y 90.

(281) El 28 de marzo de 2005 se resolvió el recurso de reconsideración que dejó en firme la declaración de responsabilidad administrativa por los hechos relacionados con la Alcaldía Chacao y el 26 de septiembre de 2005 el Contralor General de la República emitió la Resolución N° 01-00-235 que impuso la sanción de inhabilitación por 6 años, *supra* notas 147 y 152.

(282) Al respecto, el Tribunal Europeo ha establecido que "a law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion (...). The degree of precision required of the "law" in this connection will depend upon the particular subject-matter. (...) Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference". ECHR, Case Malone, *supra* nota 269, para. 67 y Case Olsson, *supra* nota 275, para. 61.

penal (*supra* párrs. 107 y 108), la Corte concluye en el presente caso se vulneraron los artículos 8.1, 23.1.b y 23.2, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

VII. REPARACIONES
(APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

206. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana(283), la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente(284), y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado(285).

207. En el presente caso el Estado solicitó de manera general que "se declare sin lugar la demanda interpuesta (...) por la Comisión Interamericana (...), así como las solicitudes de reparaciones y costas, en ella contenidas". Sin embargo, en consideración de las violaciones a la Convención Americana declaradas en los capítulos anteriores, el Tribunal analizará las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como las posiciones presentadas por el Estado *ad cautela*, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas tendientes a reparar los daños ocasionados a la víctima.

208. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados(286). Por lo tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados(287).

209. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la

(283) Este artículo dispone que: "[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

(284) Cfr. caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 7, párr. 25; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 143, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 126.

(285) Cfr. caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C Nº 77, párr. 62; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 143, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 126.

(286) Cfr. caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, *supra* nota 281, párr. 26; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 145, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 128.

(287) Cfr. caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, *supra* nota 20, párr. 294; caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C Nº 211, párr. 226, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 145.

Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho(288).

A. Parte lesionada

210. El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho consagrado en la misma(289). La víctima en el presente caso es el señor Leopoldo López Mendoza, por lo que será considerado beneficiario de las reparaciones que ordene esta Corte.

B. Medidas de reparación integral: restitución, satisfacción y garantías de no repetición

211. El Tribunal determinará medidas que buscan reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, y dispondrá medidas de alcance o repercusión pública(290).

212. La jurisprudencia internacional y en particular de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación(291). No obstante, considerando las circunstancias del caso sub júdice, en vista de las afectaciones al señor López Mendoza y consecuencias de orden inmaterial o no pecuniario derivadas de las violaciones de los artículos 8, 23 y 25 de la Convención Americana, declaradas en perjuicio de la víctima, la Corte estima pertinente fijar las siguientes medidas.

1. Restitución

213. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado "[a]dopt[ar] las medidas necesarias para reestablecer los derechos políticos del señor Leopoldo López Mendoza".

214. Por su parte, los representantes solicitaron la "[r]estitución plena en el ejercicio del derecho político [del señor López Mendoza] a ser electo, según el art[í]culo 23 de la Convención (...), a fin de poderse presentar como candidato en las elecciones que se celebren en la República Bolivariana de Venezuela". En ese sentido, requirieron que se "deje[n] sin efecto las decisiones de inhabilitación dictadas por la Contraloría (...), así como aquellas decisiones dictadas por las distintas ramas del Poder P[ú]blico Nacional en el marco de las inhabilitaciones políticas administrativas". En la misma línea, solicitaron al Tribunal que "requiera al Estado que el Consejo Nacional Electoral permita la inscripción y postulación electoral al [señor] López [Mendoza] para cualquier proceso de elecciones a celebrarse en (...) Venezuela".

215. Sobre el particular, el Tribunal toma nota que en la audiencia pública del presente caso, el señor López Mendoza señaló que "según [la] Contraloría General de la

(288) Cfr. caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C Nº 183; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 146, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 129.

(289) Cfr. caso Bayarri Vs. Argentina, *supra* nota 216, párr. 126; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 147, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 130.

(290) Cfr. caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, *supra* nota 282, párr. 84; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 148, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 132.

(291) Cfr. caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de setiembre de 1996. Serie C Nº 29, párr. 56; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 149, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 134.

República" sus derechos políticos se restablecerían "en el año 2014". Agregó que, en ese sentido, esperaba "liberar[se] de [la] restricción a [dichos] derechos [y tener] la posibilidad de participar libremente en [los] procesos electorales de [su] país"[(292)].

216. La Corte ha señalado que, en las circunstancias específicas del presente caso, se violaron los artículos 23.1.b, 23.2 y 8.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (*supra* párrs. 109, 149, 205 y 206). En consecuencia, el Tribunal declara que el Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia.

217. Asimismo, la Corte declara que el Estado debe dejar sin efecto las Resoluciones N°s. 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de setiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República (*supra* párrs. 58 y 81), mediante las cuales se declaró la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas del señor López Mendoza por un periodo de 3 y 6 años, respectivamente.

2. Satisfacción

218. La Comisión no solicitó a la Corte que ordene al Estado ninguna medida de satisfacción.

219. Los representantes solicitaron que el Estado reconozca su responsabilidad internacional en el presente caso.

220. La Corte estima que la medida solicitada por los representantes usualmente, aunque no exclusivamente, es ordenada con el objeto de reparar violaciones a los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales[(293)] y, en ese sentido, el Tribunal considera que dicha medida no resulta necesaria para reparar la violación constatada en el presente caso.

221. Por otro lado, la Corte estima, como lo ha dispuesto en otros casos[(294)], que el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia:

a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial;

b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y

c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un periodo de un año, en un sitio web oficial.

3. Garantías de no repetición

222. La Comisión solicitó que la Corte ordene al Estado que "[a]decue el ordenamiento jurídico interno, en particular el artículo 105 de la [LOCGRSNCF] que impone la inhabilitación para la postulación a un cargo de elección popular, a las

(292) Declaración del señor Leopoldo López Mendoza, *supra* nota 214.
(293) Cfr. caso Castañeda Gutman, *supra* nota 209, párr. 239.
(294) Cfr. caso Barrios Altos vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C Nº 87, Punto Resolutivo 5.d); caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 158, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 141.

disposiciones del artículo 23 de la Convención Americana". Asimismo, que se ordene "[f]ortale[cer] las garantías del debido proceso en los procedimientos administrativos de la Contraloría (...) conforme a los estándares del artículo 8 de la Convención Americana".

223. En el mismo sentido, los representantes solicitaron que "[s]e le requiera al Estado venezolano la supresión o modificación del art[í]culo 105 de la [LOCGRSNCF y e]l cese inmediato de la imposición de inhabilitaciones políticas administrativas dictadas por el Contralor General de la Rep[ú]blica".

224. Teniendo en cuenta que el Tribunal declaró las violaciones al derecho a ser elegido y a las garantías judiciales (*supra* párrs. 109 y 149), la Corte considera que, como garantía de no repetición, el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar el artículo 105 de la LOCGRSNCF de acuerdo a lo señalado en los párrafos 199, 205 y 206 de esta Sentencia.

225. Sin perjuicio de ello, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico(295). Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana(296).

226. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica(297), el Tribunal Constitucional de Bolivia(298), la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana(299), el Tribunal Constitucional del Perú(300), la Corte Suprema de Justicia de la Nación de

(295) Cfr. caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C Nº 154, párr. 124; caso Cabrera García y Montiel Flores, *supra* nota 21, párr. 225, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 194.

(296) Cfr. caso Almonacid Arellano, *supra* nota 292, párr. 124; caso Cabrera García y Montiel Flores, *supra* nota 21, párr. 225, y caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 164.

(297) Cfr. Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente Nº 0421-S-90), considerando VII.

(298) Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente Nº 2006-13381-27-RAC), apartado III.3 sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

(299) Resolución Nº 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

(300) Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente Nº 2730-2006-PA/TC), fundamento 12 y sentencia Nº 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

Argentina[301] y la Corte Constitucional de Colombia[302], se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

227. En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (*supra* párr. 225), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso.

4. Otras medidas de reparación solicitadas

228. Los representantes "[s]olicita[ron] se acuerde una [m]edida [g]eneral de [r]eparación y no repetición, a los fines de amparar y proteger al importante número de venezolanos que se encuentran en la misma situación de hecho y derecho [aproximadamente 575 personas], a los fines de que se restituya el ejercicio de sus derechos políticos y el Estado se comprometa a no tolerar, admitir y aprobar nuevas herramientas para la persecución y l[í]mite al ejercicio de estos derechos".

229. Respecto a esta solicitud, la Corte considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en este capítulo resultan suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por la víctima[303]. Por otro lado, el Tribunal ha señalado que el supuesto contexto de persecución y generación de obstáculos a los miembros de partidos de la oposición política en Venezuela a través de la aplicación de sanciones administrativas como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas planteado por los representantes no fue incluido por la Comisión en su demanda (*supra* párr. 28), motivo por la cual, por razones procesales, no fue valorado en el fondo del asunto. Así, la Corte reitera que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso y las violaciones declaradas (*supra* párr. 210). Por lo tanto, el Tribunal no se pronuncia respecto a la referida solicitud de reparaciones.

C. Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial

230. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia los conceptos de daño material[304] e inmaterial[305] y los supuestos en que corresponde indemnizarlos.

(301) Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", considerando 6 y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.

(302) Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6.

(303) Cfr. caso Radilla Pacheco vs. México, supra nota 248, párr. 359; caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 267, y caso Cabrera García y Montiel Flores, *supra* nota 21, párr. 247.

(304) Este Tribunal ha establecido que el daño material supone "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso". Cfr. caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C N° 91, párr. 43; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 177, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 150.

(305) El Tribunal ha establecido que el daño inmaterial "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia". Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, *supra* nota 282, párr. 84; caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y

231. La Comisión "consider[ó] pertinente que se reparen las consecuencias de las violaciones cometidas en perjuicio de la víctima mediante el pago de una indemnización como compensación por los daños [materiales y morales] ocasionados en el caso".

232. Los representantes no solicitaron a la Corte que ordene al Estado el pago de un monto específico por concepto de daño material e inmaterial.

233. La Corte observa que no existe prueba sobre el daño material sufrido por el señor López Mendoza y que, respecto al daño moral, la única prueba que obra en el expediente se relaciona con la declaración de la víctima en la audiencia pública. El señor López Mendoza señaló que "no pued[e] ejercer ningún tipo de función pública ante el Estado venezolano, en el nivel local, regional o nacional [y que] fu[e] excluido totalmente de participar como servidor público [y] de poder ejercer [su] derecho político y presentar[se] como candidato a cargo de elección popular". Agregó que "esta carrera política [es su] oficio[y que] estar inhabilitado para un político, para un servidor público, es como quitarle la madera al carpintero (...) o quitarle la posibilidad a quienes se dedican a la justicia de (...) evaluar casos de justicia". De acuerdo con el señor López Mendoza, "una inhabilitación política [implica] sustraer[lo] completamente de [su] oficio, [su] vocación, de trabajar con la gente, de trabajar con la ciudadanía, de construir una esperanza a través de la posibilidad de que sea la gente la que decida". Finalmente, precisó que "a partir del año 2008 (...) no h[a] podido ser un servidor público dentro de la estructura del Estado venezolano[y que, no obstante ello, se] h[a] mantenido con [las] comunidades, (...) organizando la esperanza de un pueblo que quiere una opción de cambio"(306).

234. Considerando que la jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la Sentencia puede constituir *per se* una forma de reparación(307) (*infra* párr. **) y, teniendo en cuenta que en las circunstancias del caso sub júdice el Tribunal no cuenta con otro elemento a valorar adicional a la declaración de la víctima y que los representantes de la víctima no hicieron una solicitud concreta por concepto de daño material e inmaterial, la Corte no determina una medida de reparación pecuniaria al respecto.

D. Costas y gastos

235. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación establecido en el artículo 63.1 de la Convención Americana(308)

236. La Comisión solicitó que el Estado "pag[ue] las costas originadas a nivel nacional en la tramitación de los procesos judiciales seguidos por la víctima o sus representantes en el fuero interno, así como las originadas a nivel internacional en la tramitación del caso ante la Comisión y las que se originen como consecuencia de la

Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227, *supra* nota 13, párr. 185, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 150.

(306) Declaración del señor Leopoldo López Mendoza, *supra* nota 214.

(307) Cfr. caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Reparaciones y Costas, *supra* nota 288, párr. 56; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 149, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 134.

(308) Cfr. caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C. Nº 39, párr. 79; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 192, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 157.

tramitación de la (...) demanda ante la Corte que sean debidamente probadas por los representantes".

237. Los representantes "solicit[aron] que se [pagaran] las costas y gastos en que incurr[ió el señor López Mendoza] con motivo de las gestiones relacionadas con la tramitación de las causas ante la justicia, tanto en la jurisdicción interna como internacional". De acuerdo con el señor López Mendoza, él "debi[ó] incurrir en cuantiosos gastos, principalmente relacionados con los costos de los honorarios profesionales de los abogados que [lo] representaron tanto en los procedimientos administrativos y judiciales internos; como en los procedimientos ante la Comisión Interamericana y [la] Corte Interamericana". Ello, además de los "costos adicionales" en los que habría tenido que incurrir, "tales como: carteles de emplazamiento, copias certificadas, gastos de notificaciones, gastos de envíos expresos, llamadas internacionales, llamadas a celulares, entre otros".

238. Así, en cuanto a los "[p]rocedimientos administrativos y judiciales internos", los representantes indicaron que la víctima habría realizado gastos de: i) Bs. 7.500,00 equivalentes a US$ 1.744,18 por honorarios profesionales en "los dos procedimientos administrativos ante la Contraloría General de la República"(309); ii) Bs. 5.000,00 equivalentes a US$ 1.162,79 por "honorarios profesionales correspondientes a los cuatro procesos judiciales [involucrados en el caso] (un amparo, dos recursos contencioso administrativos y una acción de inconstitucionalidad)"; y iii) Bs. 1.000,00 equivalentes a US$ 232,55 correspondientes a los "[g]astos procesales en los juicios indicados". Con relación a los "[p]rocedimientos ante la C[omisión] y [la] Corte", los representantes señalaron que la víctima habría realizado gastos de: i) Bs. 150.500,00 equivalentes a US$ 35.000 por honorarios profesionales(310) y ii) aproximadamente Bs. 79.980,00 equivalentes a US$ 15.000 por gastos procesales. Dichas cantidades representan un monto total de US$ 53.139,52. Por último, solicitaron a la Corte que "con base en las mencionadas cantidades, reconozca en equidad los montos que por costas y gastos se han ocasionado y se ocasionarán por la defensa de [los] derechos [del señor López Mendoza]".

239. El Estado únicamente señaló que "los boletos de avión [factura Nº 026709] que corresponden a los [señores] José Maes, Antonio Canova, Bernardo Pulido y Moisés Alberto Arteaga Sánchez fueron adquirid[o]s por la Sociedad Anónima Técnica de Conservación Ambiental (Sateca) (...), que actualmente es concesionaria del Municipio Chacao, municipio en el cual el [señor] López [Mendoza] ejerció la función pública como Alcalde". Sobre el particular, los representantes observaron que "[n]o existe nada de extraordinario en que un particular reciba contribuciones por parte de particulares bien sean personas naturales o personas jurídicas, más aún tomando en cuenta lo oneroso que puede convertirse un procedimiento ante el Sistema Interamericano". Además, aclararon que "no es cierto que la Sociedad

(309) Por el procedimiento administrativo (Exp. N° 22/001/2003): Convenio de servicios profesionales de 3 de octubre de 2003 por Bs.6.000.000 (seis millones de bolívares), según el cual "si la decisión preliminar se postergare por un periodo superior a cuatro meses contados a partir del momento de la primera comparecencia del [c]liente a la Contraloría, este pagará la cantidad de dos millones de bolívares (Bs. 2.000.000,00) al concluirse el cuarto mes". (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo I, folios 5360 y 5361). Por el Procedimiento administrativo (Exp. Nº 07-02-PI-2003-020): Convenio de servicios profesionales de 16 de febrero de 2004 por Bs.1.500.000 (un millón quinientos mil bolívares) (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo J, folios 5363 y 5364).

(310) Convenio de servicios profesionales de 16 de febrero de 2009 por US$35.000 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo K, folios 5366 y 5367).

Anónima Técnica de Conservación Ambiental (Sateca) fuese concesionaria de la Alcaldía de Chacao [en el tiempo en el] cual Leopoldo López fue Alcalde[, esto es,] hasta el año 2008, [sino que] Sateca es concesionaria de dicho [M]unicipio solo desde el año 2010 y después de haber cumplido con todos los requisitos [de] la ley y haber sido seleccionada en licitación pública".

240. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable(311).

241. En el presente caso el Tribunal observa que en cuanto a los procedimientos administrativos y judiciales internos, los representantes únicamente remitieron prueba de los gastos por pago de honorarios profesionales respecto de los dos procedimientos administrativos ante la Contraloría General de la República, ascendentes a US$ 1.744,18. Es decir, que no consta en el expediente respaldo probatorio respecto a los montos en que la víctima habría incurrido con ocasión de los citados cuatro procesos judiciales y por concepto de gastos procesales. Sin embargo, la Corte considera que es razonable suponer que durante estos procesos la víctima realizó erogaciones económicas. Por otra parte, con relación al proceso ante el Sistema Interamericano, la Corte observa que el señor López Mendoza y los representantes incurrieron en diversos gastos relativos a honorarios, transporte, servicios de comunicación, viáticos, fotocopias, entre otros(312). Si bien algunos montos no han quedado acreditados en su totalidad(313), el Tribunal puede inferir que en el Sistema Interamericano la víctima y los representantes incurrieron en gastos por un monto aproximado de US$ 11.557,52. Además, si bien los representantes solicitaron US$ 35.000 por honorarios, no presentaron argumentos específicos que permitan analizar la razonabilidad y alcance de dicha solicitud .

242. Teniendo en cuenta los alegatos y observaciones de las partes, así como la prueba aportada, la Corte determina en equidad que el Estado debe entregar la cantidad de US$ 12.000,00 (doce mil dólares de los Estados Unidos de América) a la víctima, por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser cancelada dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia. El señor López Mendoza entregará, a su vez, la cantidad que estime adecuada a quienes fueron sus representantes en el fuero interno y en el proceso ante el Sistema Interamericano. Igualmente, la Corte precisa que en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, podrá disponer el reembolso a la víctima

(311) Cfr. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, *supra* nota 305, párr. 82; caso Chocrón Chocrón, *supra* nota 13, párr. 196, y caso Mejía Idrovo, *supra* nota 15, párr. 161.

(312) Gastos por concepto de pasajes aéreos Caracas-Washington-Caracas para los señores Enrique Sánchez y Leopoldo López Mendoza; pasajes Caracas-Costa Rica-Caracas para los representantes del señor López Mendoza, este y los declarantes requeridos para la audiencia pública del presente caso; servicio de transporte interno en San José, Costa Rica; alimentación en el hotel; servicio de telefonía nacional e internacional, y fotocopias (expediente de fondo, anexo A, folios 1378 al 1390 y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo L, folio 5369).

(313) No consta la factura por concepto de hospedaje correspondiente a los señores Enrique Sánchez, José A. Maes y Alberto Arteaga (expediente de fondo, anexo A, folio 1379).

o sus representantes, por parte del Estado, de los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal.

E. Modalidad de cumplimiento del reintegro de costas y gastos

243. El Estado deberá efectuar el reintegro de costas y gastos directamente a la víctima, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos siguientes.

244. El Estado debe cumplir su obligación mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda venezolana, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

245. Si por causas atribuibles al beneficiario del reintegro no fuese posible el pago de la cantidad determinada dentro del plazo indicado, el Estado consignará dicho monto a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera venezolana solvente, en dólares estadounidenses y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de 10 años el reintegro no ha sido reclamado, la cantidad será devuelta al Estado con los intereses devengados.

246. La cantidad asignada en la presente Sentencia como reintegro de costas y gastos deberá ser entregada a la persona indicada en forma íntegra, conforme a lo establecido en este Fallo, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

247. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en Venezuela.

VIII. PUNTOS RESOLUTIVOS

248. Por lo tanto,

LA CORTE DECLARA:

Por unanimidad, que:

1. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia.
2. El Estado es responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación, establecidos en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 149 de la presente Sentencia.
3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial, establecido en el artículo 25.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a ser elegido, establecidos en los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 185 de la presente Sentencia.

4. El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecida en el artículo 2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a ser elegido, establecidos en los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la misma, en los términos del párrafo 206 de la presente Sentencia.
5. El Estado no violó el derecho a la defensa y el derecho a recurrir del fallo en los procedimientos administrativos que finalizaron en determinación de responsabilidad y sanciones de multa, reconocidos en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 123 de la presente Sentencia.
6. El Estado no violó la garantía del plazo razonable en la resolución de los recursos contencioso administrativos de nulidad interpuestos contra las declaraciones de responsabilidad y sanciones de multa, y el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, reconocida en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos de los párrafos 169 y 180 de la presente Sentencia.
7. El Estado no violó la garantía de presunción de inocencia en los procesos que culminaron en determinación de responsabilidad y sanciones de multa, reconocida en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 132 de la presente Sentencia.
8. El Estado no violó el derecho a la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 24, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 195 de la presente Sentencia.

DISPONE:

Por unanimidad, que:

1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.
2. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo.
3. El Estado debe dejar sin efecto las Resoluciones Nºs 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República, en los términos del párrafo 218 del presente Fallo.
4. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 222 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
5. El Estado debe, en un plazo razonable, adecuar el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de acuerdo a lo señalado en el párrafo 225 de esta Sentencia.

6. El Estado debe realizar el pago de la cantidad establecida en el párrafo 243, por concepto de reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 244 a 248 de la misma.
7. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
8. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Los jueces Diego García-Sayán y Eduardo Vio Grossi hicieron conocer a la Corte sus Votos Concurrentes, los cuales acompañan la presente Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en Bogotá, Colombia, el 1 de septiembre de 2011.

SS. DIEGO GARCÍA-SAYÁN; MANUEL E. VENTURA ROBLES; MARGARETTE MAY MACAULAY; RHADYS ABREU BLONDET; ALBERTO PÉREZ PÉREZ; EDUARDO VIO GROSSI; PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Comuníquese y ejecútese,

SS. DIEGO GARCÍA-SAYÁN; PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

VOTO CONCURRENTE RAZONADO DEL JUEZ DIEGO GARCÍA-SAYÁN

SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA

De 1 de setiembre de 2011

1. El caso resuelto por la Corte se refiere a una víctima perfectamente individualizada, el señor Leopoldo López Mendoza, y a una situación y materia jurídica con un "punto central" identificado por la Corte:

   100. El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.
2. En torno a este aspecto central de la controversia la Corte ha determinado la responsabilidad internacional de Venezuela por la afectación, *inter alia*, al derecho establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según el cual: "[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".
3. Siendo el tema esencial de este caso el derecho del señor López Mendoza a registrar su candidatura para cargos electivos y habiendo la Corte declarado la violación

del derecho a ser elegido, remitiéndose, entre otras, a la estipulación contenida en el artículo 23.2 de la Convención, corresponde complementar la interpretación del Tribunal sobre dicha disposición para los efectos acotados de este caso. El asunto al que se vio enfrentada la Corte en el presente caso guarda relación, también, con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración y sus límites tratándose de restricciones al sufragio pasivo.

4. Por las consideraciones que se exponen en la Sentencia, la Corte ha concluido que en este caso se vulneró el artículo 23.2 de la Convención Americana. Sin embargo, de sustentarse esa conclusión exclusivamente en una interpretación literal de la norma y no ser complementada con una explicación y fundamentación mayor, así como con otras herramientas de interpretación, podría conducir a conclusiones equívocas si se proyectara más allá del caso y para otras situaciones de afectación de derechos políticos. Que, particularmente, podría ser interpretada en un sentido debilitante de capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.
5. De una interpretación no solo literal sino sistemática y evolutiva del artículo 23.2 que, además, incorpore los trabajos preparatorios de la Convención como criterio complementario, se llega en este voto concurrente a un enfoque alternativo. Pero que no por ello lleva a concluir que el derecho del señor López Mendoza a ser elegido no fue violado.

Interpretación comprehensiva del artículo 23.2

6. Es conveniente un análisis adicional sobre las expresiones "exclusivamente" y "condena, por juez competente, en proceso penal" contenidas en el artículo 23.2 de la Convención. En particular para determinar si con ello se excluye totalmente la posibilidad de que se impongan limitaciones para ejercer cargos públicos por vías judiciales distintas a la penal o por vías administrativas, disciplinarias o a través de otros mecanismos. Una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana nos lleva a conclusiones diferentes.
7. La Corte ha efectuado ya, en un caso distinto(314), una determinación sobre el término "exclusivamente" y determinó que debía ser interpretado de manera sistemática con el artículo 23.1 y con el resto de los preceptos de la Convención y los principios básicos que la inspiran. En particular, se estableció que las causales consagradas en dicho artículo no son taxativas sino que pueden ser reguladas teniendo en cuenta variantes tales como las necesidades históricas, políticas, sociales y culturales de la sociedad:

   166. El sistema interamericano [no] impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

(314) Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C Nº 184.

8. El **análisis sistemático**, teniendo en cuenta los elementos del presente caso, apunta, primero, a analizar esta norma de la Convención Americana en relación con otros instrumentos internacionales, universales y regionales, que regulan las restricciones a derechos políticos. Adicionalmente, hace indispensable tomar en cuenta el alcance y repercusión de instrumentos internacionales adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción, todos ellos posteriores a la Convención Americana que data de 1969.
9. En este orden de análisis es de resaltar que en los demás ordenamientos internacionales de protección de derechos humanos no existe referencia específica de los medios o mecanismos por los cuales se puede regular el derecho a presentarse a elecciones o el ejercicio del derecho al sufragio pasivo. No se ha estipulado en el sistema universal ni en los demás sistemas regionales una norma que establezca que los Estados solo pueden restringir el sufragio pasivo por medio de "condena, por juez competente, en proceso penal".
10. En el ámbito universal el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(315) no incluye posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos semejante al artículo 23.2 de la Convención. Sí establece que los mismos no pueden ser limitados por "restricciones indebidas". El Convenio Europeo, en su artículo 3 del Protocolo 1(316), se limita a consagrar la obligación de garantizar "elecciones libres". En algunos casos el Tribunal Europeo sí ha establecido que los Estados Parte pueden establecer requisitos para la presentación de un candidato a elecciones, y que en este ámbito se pueden imponer requisitos más estrictos que en las condiciones para poder votar(317). Por último, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no hay norma parecida al artículo 23.2 de la Convención Americana.
11. El marco conceptual y normativo de las obligaciones internacionales en la lucha contra la corrupción, por su parte, marca ciertas pautas de conducta para los Estados en la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción(318) y de la Convención Interamericana contra la Corrupción(319). En esos ins-

(315) El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "[t]odos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

(316) El artículo 3 del Protocolo Nº 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Derecho a Elecciones Libres) establece que "[l]as Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".

(317) "States enjoy considerable latitude in establishing criteria governing eligibility to stand for election, and in general, they may impose stricter requirements in that context than in the context of eligibility to vote". ECHR, Case of Paksas v. Lithuania, Judgment of 6 January 2001, para. 96, Case Ždanoka v. Latvia, Judgment, of 16 March 2006, para. 115; Case Ādamsons v. Latvia, Judgment of 24 June 2008, para 111; Case Tănase v. Moldova, Judgment of 27 April 2010, para. 156, y Case Yumak y Sadak v. Turkey, Judgment of 30 January 2007, para. 109.

(318) El artículo 30.8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala que la acción penal "no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos".

(319) El Informe Final sobre Venezuela de 25 de marzo de 2010 elaborado por el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), recomendó ajustes a normas penales con base en las normas que establecen restricciones a los derechos políticos por vías no judiciales penales. Cfr. Recomendación 1.2.2. del Informe Final de 25 de marzo de 2010 relativo a la

trumentos se han precisado obligaciones que no se limitan al camino de procesos penales para combatir conductas relacionadas con el fenómeno de la corrupción(320).

12. En cuanto a la **interpretación evolutiva**, esta aproximación ha sido constante tanto en la Corte Interamericana como en el Tribunal Europeo al haberse establecido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales(321). Esta Corte ha utilizado el derecho nacional comparado al tener en cuenta normativa nacional(322) o jurisprudencia de tribunales internos(323) para analizar controversias en casos contenciosos. El Tribunal Europeo, por su parte, también ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados(324).
13. A partir de la información que sobre esta materia consta en el expediente, aparece que en la región existen diversos sistemas sobre imposición de inhabilitaciones a funcionarios públicos que se traducen en restricción al sufragio pasivo: i) sistema político, que consiste en un juicio político a cargo del órgano legislativo, generalmente contra funcionarios de alto rango sindicados de haber cometido faltas o delitos(325); ii) siste-

---

implementación en la República Bolivariana de Venezuela de la Convención, elaborado por el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Decimosexta Reunión del Comité de Expertos. Del 22 al 26 de marzo de 2010. Washington, DC (OEA /Ser.L. SG/MESICIC/doc.248/09 rev. 4).

(320) Por ejemplo, el artículo 8.6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Códigos de conducta para funcionarios públicos) estipula por ejemplo que: "[c]ada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo".

(321) Cfr. caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134, párr. 106. Ver además, ECHR, Case Tyrer v. The United Kingdom, Judgment of 25 April 1978, Series A N° 26, para. 31.

(322) En el caso Kawas Fernández respecto de Honduras, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que "un número considerable de Estados Part[e] de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano". Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C Nº 196, párr. 148.

(323) En los casos Heliodoro Portugal y Tiu Tojín, la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Cfr. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C Nº 186, párr. 111 y Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C Nº 190, párr. 87. Además, en el Caso Anzualdo Castro, el Tribunal utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Cfr. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C Nº 202, párr. 61. Asimismo, en los casos Gomes Lund y otros y Gelman, la Corte tomó en consideración pronunciamientos de altas cortes de la región sobre la prohibición de amnistías en casos de graves violaciones de derechos humanos y sobre la prohibición de someter a referendo el acceso a la justicia de las víctimas de estos casos de graves violaciones. Cfr. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párrs. 163 al 169 y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C N° 221, párrs. 215 al 223.

(324) Por ejemplo en el caso TV Vest As & Rogoland Pensionistparti contra Noruega, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta un documento del "European Platform of Regulatory Authorities" en el cual se realizaba una comparación de 31 países en esa región, con el fin de determinar en cuáles de ellos se permitía la publicidad política pagada o no y en cuáles este tipo de publicidad era gratuita. Cfr. Case TV Vest As & Rogoland Pensionistparti v. Norway, Judgment of 11 December 2008, para. 24. De igual manera, en el caso Hirst contra Reino Unido dicho Tribunal tuvo en cuenta la "normatividad y práctica de los Estados Parte" con el fin de determinar en qué países se permite suprimir el sufragio activo a quien ha sido condenado por un delito, por lo que se estudió la legislación de 48 países europeos. Cfr. Hirst v. United Kingdom, Judgment of 6 October 2005, paras. 33 to 39.

(325) Ejemplos de lo anterior son los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional de la República Argentina, y el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cfr. escrito de alegatos finales de

ma judicial a través de un proceso penal(326), y iii) sistema administrativo, disciplinario o encomendado a la autoridad judicial electoral(327). De ese examen suele concluirse que el uso de un sistema no es excluyente de otro sistema(328). Observando este contexto de derecho comparado se podría decir que estas prácticas jurídicas e institucionales de los Estados Parte se conectan a obligaciones internacionales en el contexto de los principios e instrumentos anticorrupción ya mencionados.

14. La **interpretación teleológica** toma en cuenta la finalidad contenida en los diversos criterios sobre regulación de derechos políticos. En el artículo 23.2 de la Convención se estipulan posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos y se busca, claramente, que no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. Ese es el claro sentido de la norma. El mecanismo de restricción de derechos, pues, tiene que ofrecer suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de las personas, los sistemas democráticos y a la oposición política. Debe entenderse, pues, que el juicio debe ser el más estricto posible, sea cual sea la vía utilizada para efectuar una restricción.

15. En lo que atañe a los **trabajos preparatorios de la Convención** como criterio complementario de interpretación, no se encuentra en ellos debate ni sustentación acerca de los términos "exclusivamente por (...) condena, por juez competente, en proceso penal". Este concepto fue incluido solo en la última discusión del artículo sobre los derechos políticos, por una propuesta del delegado de Brasil(329). El delegado de Colombia y el miembro de la Comisión de Derechos Humanos presentaron objeciones(330). Sin embargo, la enmienda fue aprobada y se hizo la inclusión en el texto definitivo del artículo 23. No consta, sin embargo, la razón o motivación por la que se presentó dicha enmienda ni se conoce del debate. Por ello, no es posible concluir con absoluta claridad cuál fue la intención de los Estados para la incorporación de dicho término en el actual artículo 23 de la Convención Americana.

---

los representantes de la víctima (expediente de fondo, tomo III, folios 1361 y 1362).

(326) Por ejemplo el artículo 43 del Código Penal de Colombia, los artículos 260 y 264 del Código Penal de Argentina o el artículo 24 del Código Penal Federal de México, citados en el dictamen del perito Carpizo. Cfr. Dictamen rendido ante fedatario público (affidávit) por el perito Jorge Carpizo McGregor el 20 de enero de 2011 (expediente de fondo, tomo III, folios 872, 873 y 878).

(327) De acuerdo a esa información, ese sería el caso de Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Perú y República Dominicana.

(328) Es, por ejemplo, el caso de México. Un análisis de la normatividad en ese país permite constatar que se encuentra establecido el juicio político (artículo 110 de la Constitución), el proceso penal (artículo 24 del Código Penal federal de México) y la sanción administrativa o disciplinaria (artículo 13 de la Ley Federal de Responsabilidad de Funcionarios Públicos).

(329) "El DELEGADO DE BRASIL (Sr. Carlos A. Dunshee de Abranches) propuso que al final del numeral 2 se suprimiera 'según el caso' y se agregara 'o condena[,] por juez competente[,] en proceso penal'". Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Acta de la Decimotercera Sesión de la Comisión "I", Doc. 54, de 18 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica, p. 254.

(330) "El DELEGADO DE COLOMBIA (Sr. Pedro Pablo Camargo) opinó que si se agregaba 'en proceso penal' todas las cuestiones políticas iban a quedar sujetas al proceso penal y se denegarían todos los demás derechos comprendidos en el numeral 2. El Miembro de la Comisión de Derechos Humanos (Sr. Justino Jiménez de Aréchaga) señal[ó] que la variante entre el texto del Proyecto y la proposición del Grupo de Trabajo plantearía problemas delicados con los cuales debe tenerse cuidado". Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Acta de la Decimotercera Sesión de la Comisión "I", Doc. 54, de 18 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica, p. 254.

16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término "exclusivamente" contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo que el concepto "condena, por juez competente, en proceso penal" no necesariamente supone que ese sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles.
17. A la luz de una interpretación evolutiva y sistemática del artículo 23.2 y en atención al carácter vivo de la Convención, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones contemporáneas de la evolución institucional, lo crucial es que sea una autoridad de naturaleza judicial, vale decir en sentido amplio, y no restringida a un juez penal. En este caso la sanción no la impuso una autoridad judicial.

Proporcionalidad y previsibilidad en la sanción impuesta

18. Sin perjuicio de que la sanción de inhabilitación no fue dispuesta por una autoridad judicial, en este caso, adicionalmente, la Corte ha establecido la responsabilidad del Estado por la violación al deber de motivación, al derecho a la defensa y a la protección judicial que derivaron en la imposición de la sanción de inhabilitación (párrs. 149, 150 y 185). En efecto, no se ofrecieron argumentos específicos sobre la relevancia del hecho, el grado de responsabilidad y la afectación al patrimonio público que dieran cuenta de una motivación cualitativa y cuantitativa que justificara una sanción de la magnitud de la inhabilitación y su duración. Más allá de ello, sin embargo, y teniendo en cuenta la interpretación ya expresada sobre el artículo 23.2 es, a mi juicio, importante determinar si en el ejercicio de su potestad sancionatoria el Estado se sujetó a los principios de proporcionalidad y previsibilidad.
19. En cuanto a la cuestión de la **proporcionalidad** de la inhabilitación dispuesta por la Contraloría en perjuicio del señor López Mendoza, lo primero que debe señalarse es que tratándose de una restricción del derecho al sufragio pasivo, es decir, del derecho de postular a un cargo de elección popular, tienen que ser mucho más estrictos y acotados los caminos a emplear. Entre otras razones porque en estos casos no solo está en juego la afectación de los derechos de quienes quieren postular sino los intereses colectivos de los electores. No es una situación, pues, igual a la de funcionarios designados, cualquiera que sea la vía de acceso (libre designación o concurso).
20. Como lo he enfatizado líneas arriba, es fundamental que el Estado cuente con mecanismos administrativos eficientes y eficaces para combatir y sancionar la corrupción. No deja de llamar la atención, asimismo, que en el presente caso –en el que no se comprobó penalmente ningún delito cometido por el señor López Mendoza– la sanción "accesoria" sea notoriamente más gravosa que la sanción "principal" (la multa). Especialmente cuando se está en presencia de una persona, como es el señor López Mendoza, quien había hecho de la participación en la vida electoral un proyecto de vida. El alto impacto de la sanción en los derechos políticos del señor López Mendoza le impidió postularse como candidato a la alcaldía Metropolitana de Caracas y, eventualmente, a otros cargos de elección popular.

21. A la luz de los hechos de este caso hay que preguntarse si el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración puede afectar o no el derecho al sufragio pasivo. En otras palabras, si por esa vía se puede impedir que un ciudadano participe como candidato en una contienda electoral. Comparto y suscribo lo establecido por la Corte en cuanto a que a través del ejercicio de tal potestad sancionatoria administrativa no se puede afectar el derecho al sufragio pasivo y que esa función está reservada a una autoridad judicial teniendo en cuenta la dimensión del derecho afectado.
22. Sin embargo, desde mi punto de vista y más allá de este caso, este tipo de restricción no tendría que estar reservada exclusivamente a un juez penal, sino a cualquier autoridad judicial previamente determinada por el ordenamiento jurídico respectivo y que cumpla con respetar y asegurar las garantías establecidas en esta materia.
23. En el mismo tema de la **proporcionalidad**, de lo que consta en el expediente fluye que las conductas que le fueron atribuidas no eran de las más graves. La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (en adelante LOCGRSNCF) establecía que el monto de la multa se determinaba según la gravedad de la falta y la entidad de los perjuicios causados(331). Si bien el Estado alegó que las sanciones no fueron acumulativas y que habría existido reincidencia, la falta de gravedad protuberante en las conductas atribuidas al señor López Mendoza se trasluce en el hecho que las multas que le fueron impuestas no eran de las más altas previstas legalmente. La multa aplicada por los "hechos de PDVSA" se encontraba entre los rangos más bajos de las multas aplicables(332). La multa aplicada en relación con los "hechos de la Alcaldía" se encontraba en un rango intermedio de las multas posibles(333).
24. Se debe tomar en cuenta que tampoco consta que por estos hechos se haya iniciado un proceso penal. La inexistencia de persecución penal permite inferir, precisamente, que las faltas cometidas no podían relacionarse con aquellas conductas más graves, que son las que podrían justificar una sanción como la restricción a los derechos políticos.
25. Por ello, resulta irrazonable la desproporción entre la sanción impuesta como "principal" y las impuestas como "accesorias" (la inhabilitación para ser candidato). Si

(331) El artículo 94 de la LOCGRSNCF establece que quienes resulten declarados responsables, podrán ser sancionados "de acuerdo con la gravedad de la falta y a la entidad de los perjuicios causados con multa[s] de cien (100) a (...) mil (1.000) unidades tributarias, que impondrán los órganos de control previstos en [la] Ley". Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347 del lunes 17 de diciembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, anexo 1, folio 1419).

(332) De acuerdo con el auto decisorio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 29 de octubre de 2004, la multa impuesta al señor López Mendoza fue de un millón doscientos cuarenta y tres mil doscientos bolívares (Bs, 1.243.200,00), esto es, por el equivalente a 168 unidades tributarias (U.T.). En efecto, conforme a dicho auto, el valor de la Unidad Tributaria vigente era de siete mil cuatrocientos bolívares (Bs. 7.400,00). Cfr. Auto Decisorio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República de 29 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la demanda, anexo 34, tomo V, folios 2614 a 2616).

(333) Conforme al auto decisorio de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de 2 de noviembre de 2004, la multa impuesta al señor López Mendoza fue de ocho millones ciento cuarenta mil bolívares (Bs. 8.140.000,00), es decir, el equivalente a 550 unidades tributarias (U.T.). De acuerdo con dicho auto, el valor de la Unidad Tributaria vigente era de catorce mil ochocientos bolívares (Bs. 14.800,00). Cfr. Auto Decisorio de 2 de noviembre de 2004 emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República (expediente de anexos a la demanda, anexo 34, tomo VI, folios 3356).

bien se alega que en el derecho interno no existe relación de dependencia entre la multa y la inhabilitación(334), en las circunstancias específicas del caso –en el que no se expresó, como se señala en la Sentencia, una motivación suficiente de la sanción de inhabilitación– es manifiestamente irrazonable la diferencia entre las multas impuestas como sanción principal al señor López Mendoza (por US$ 1000 y US$ 4000) y la sanción de inhabilitación de la que fue objeto, que implica una restricción para ser candidato durante 6 años. El alto impacto de la sanción en los derechos políticos del señor López Mendoza le impidió postularse como candidato a la alcaldía de Caracas o a otros cargos de elección popular.

26. Los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Como lo ha dicho la Corte Interamericana, "[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte", y constituye "un 'principio' reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano"(335). En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana(336). En este instrumento interamericano se estipuló que entre otros elementos esenciales de la democracia representativa se encuentran el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho así como la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo.

27. En el análisis de la estricta proporcionalidad de la sanción, se debe considerar que no solo está en juego la afectación de los derechos de quienes buscan postular sino también los intereses colectivos de los electores. Ello exige que la restricción deba analizarse con un rigor más estricto cuando se trata de funcionarios elegidos a diferencia de funcionarios designados en la administración en cuyo caso no hay intervención de los ciudadanos en la selección de un funcionario. Ello lleva a concluir, pues, que, en relación con personas elegidas por voto popular o que pretenden postular a ello, las restricciones al sufragio pasivo solo se pueden ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro.

28. Otro aspecto a considerar es el de la **previsibilidad** de la sanción de inhabilitación impuesta. Las partes presentaron alegatos referentes al término temporal con el que cuenta el Contralor para imponer las sanciones accesorias, una vez declarada la responsabilidad administrativa e impuesto la correspondiente multa. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, tomando en cuenta la norma general sobre prescripción de las acciones administrativas sancionatorias (establecida en el artículo 114 de la LOCGRSNCF), en jurisprudencia posterior a los hechos

(334) La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha señalado en su sentencia Nº 1.266 del 6 de agosto de 2008 que: "no es válido [afirmar] que se transgrede la proporcionalidad intra-sanción porque no existe correspondencia entre la sanción principal y lo que ellos denominan accesorias". Sentencia No. 1266 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 6 de agosto de 2008 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo 27, folios 584 a 642). De acuerdo con dicho razonamiento las sanciones de inhabilitación serían consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa y no dependerían de las otras sanciones.

(335) La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A Nº 6, párr. 34.

(336) Organización de los Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Periodo Extraordinario de Sesiones, artículo 3.

del presente caso ha fijado un plazo máximo de cinco años para que pueda ser adoptada la sanción de inhabilitación[337].

29. La inhabilitación al señor López Mendoza por los hechos relacionados con PDVSA ocurrió aproximadamente cinco meses después de que la declaratoria de responsabilidad administrativa quedara en firme[338] (párr. 204), mientras que la inhabilitación por los hechos relacionados con la Alcaldía de Chacao fue impuesta aproximadamente seis meses después de la resolución que dejó en firme la declaratoria de responsabilidad[339] (párr. 204). Si bien el tiempo que transcurrió entre la declaratoria de responsabilidad y la imposición de la inhabilitación no fue en sí mismo excesivo, está probado (párr. 205) que la norma interna no establece un término o plazo fijo para que el Contralor ejerza dicha facultad.

30. La decisión de la Sala Político Administrativa orientada a suplir esta laguna normativa con el término de prescripción de la acción administrativa no cumple con el estándar de previsibilidad o certeza de la norma. Conforme quedó establecido en el párrafo 205 de la Sentencia, el "test de previsibilidad" implica constatar que la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que puede ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que puede ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas para evitar abusos[340]. La incertidumbre sobre el plazo dentro del cual se podría imponer una restricción al derecho a ser elegido no es compatible con la seguridad jurídica en un procedimiento sancionatorio que restringe este tipo de derechos. Por otro lado, el plazo de cinco años no es razonable para garantizar la previsibilidad en la imposición de la restricción pues es un término demasiado prolongado y, por lo tanto, incompatible con la necesidad de que un procedimiento sancionatorio concluya al momento de determinarse la responsabilidad correspondiente, de tal forma que el procesado no espere por un plazo largo para que se determine la sanción que debe recibir por una responsabilidad ya determinada. Además, la falta de un plazo cierto, previsible y razonable puede dar lugar a un ejercicio arbitrario de la discrecionalidad a través de sanciones aplicadas en un momento inesperado para la persona sancionada (párr. 205).

(337) El artículo 114 de la LOCGRSNCF establece que "[l]as acciones administrativas sancionatorias o resarcitorias derivadas de la presente Ley, prescribirán el término de cinco (5) años, salvo que en Leyes especiales se establezcan plazos diferentes. Dicho término se comenzará a contar desde la fecha de ocurrencia del hecho, acto u omisión que origine la responsabilidad administrativa, la imposición de la multa o la formulación del reparo; sin embargo cuando el infractor fuere funcionario público, la prescripción comenzará a contarse desde la fecha de cesación en el cargo ostentado para la época de ocurrencia de la irregularidad. (...)". sentencia N° 01516 de 20 de octubre de 2009 (Exp. N° 2005-5270) emitida por la Sala Accidental del Tribunal Supremo de Justicia y sentencia N° 00782 de 27 de julio de 2010 (Exp. N° 2008-0871) emitida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Citadas en alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, tomo III, folio 1459).

(338) El 28 de marzo de 2005 se resolvió el recurso de reconsideración que dejó en firme la declaración de responsabilidad administrativa por los hechos relacionados con PDVSA y el 24 de agosto de 2005 el Contralor General de la República emitió la Resolución N° 01-00-000206 que impuso la sanción de inhabilitación por 3 años.

(339) El 28 de marzo de 2005 se resolvió el recurso de reconsideración que dejó en firme la declaración de responsabilidad administrativa por los hechos relacionados con la Alcaldía Chacao y el 26 de septiembre de 2005 el Contralor General de la República emitió la Resolución N° 01-00-235 que impuso la sanción de inhabilitación por 6 años.

(340) Al respecto, el Tribunal Europeo ha establecido que "a law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion (...). The degree of precision required of the "law" in this connection will depend upon the particular subject-matter. (...) Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference". ECHR, Case Malone v. The United Kingdom, Judgment of 2 August 1984, Serie A no. 82, para. 67 y Case Olsson v. Sweden, Judgment of 24 March 1988, Serie A no. 130. para. 61.

31. En consecuencia, teniendo en cuenta la interpretación comprehensiva de la norma contenida en el artículo 23.2 de la Convención, al tratarse del derecho de un ciudadano a ser elegido y al no cumplirse con los requisitos de previsibilidad y de proporcionalidad, la restricción determinada por la autoridad administrativa no fue justificada ni compatible con la Convención.

SS. DIEGO GARCÍA-SAYÁN; PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI CASO LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA, SENTENCIA DE 1 DE SETIEMBRE DE 2011 (FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

Introducción

Emito el presente voto concurrente con lo resuelto por la Sentencia indicada en el título, en adelante la Sentencia, y, en particular, en el Declarativo N°1 y en los Dispositivos N°s 2, 3 y 5, todos de sus Puntos Resolutivos(341), a fin de resaltar, primeramente, que así ella pone en evidencia que, de su simple lectura, el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante la Convención(342), resulta claro, sencillo y categórico, particularmente en lo que en autos interesa, a saber, que "el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere" el numeral 1 del mismo, especialmente el concerniente al derecho de "ser elegido (...)"(343), puede ser reglamentado "exclusivamente" por, entre otras causales, "condena, por juez competente, en proceso penal".

Y en segundo lugar, con el presente voto concurrente se pretende llamar la atención acerca de lo estrictamente ajustado a derecho, en la especie, al Derecho Internacional Público(344), que caracteriza a la Sentencia, habida cuenta que el resultado al que ha llegado confrontando(345) lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención tanto con las Resoluciones del Contralor General de la República Bolivariana de Venezuela, en adelante el Estado(346), por las que impuso al señor López Mendoza las sanciones de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, como con lo previsto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de

(341) Ver párrafo 249 de Sentencia.

(342) "La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

(343) "Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

(344) Artículo 3 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícito preparado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): "Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno".

(345) "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial".

(346) Ver párrafos 58 y 81 de la Sentencia.

Control Fiscal, en adelante la LOCGRSNCF, del Estado(347), al amparo de la que aquellas se decretaron, se logra aplicando los métodos objetivo y teleológico de interpretación contemplados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Convención de Viena, es decir, las reglas concernientes a la buena fe, a los términos del tratado, al contexto de esos términos y al objeto y fin(348).

1. Buena fe

La *bona fides* importa partir del supuesto de que los Estados Partes de la Convención efectivamente quisieron celebrarla y, en la especie, incluir en ella el artículo 23.2. En tal sentido, lo que la Sentencia hace es descubrir o escudriñar lo que ellos, en tanto los creadores de la norma, al respecto efectivamente convinieron, estimado que esa voluntad conlleva, conforme al principio *Pacta sunt servanda*(349), la obligación de cumplir lo pactado, incluso con preeminencia de lo que dispongan sus respectivos derechos nacionales o internos(350).

Es por tal motivo que no resultaba procedente invocar en autos la legislación y jurisprudencia nacional del Estado concernido ni de otros Estados también Partes de la Convención y menos aún una pretendida preeminencia del derecho nacional de aquel por sobre el Derecho Internacional(351), como antecedentes para alegar la compatibilidad de aquellas con el artículo 23.2(352), puesto que de lo que se trataba era precisamente determinar si esas legislaciones concuerdan o están conformes a lo prescrito en este último.

2. Los términos

Lo acordado por los Estados Partes en la Convención se expresa, asimismo, en los términos que emplearon en el citado artículo 23.2, a saber, los vocablos "exclusivamente" y "condena, por juez competente, en proceso penal", sin otorgarles, empero, "un sentido especial"(353), sino, por el contrario, el "corriente", todo ello, entonces, con la finalidad de que manifiesten lo que ordinaria o normalmente se entiende por tales.

Y resulta que la palabra "exclusividad" significa, según el Diccionario de la Lengua Española(354), "que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir" o "único, solo, excluyendo a cualquier otro", de donde se colige que las causales o razones para que la Ley pueda reglamentar el ejercicio de los derechos políticos son única y exclusivamente las establecidas en dicho artículo, entre las que se encuentra la de "condena, por juez competente, en proceso penal".

Ciertamente, si los Estados Partes de la Convención hubiesen querido consagrar en el mencionado artículo 23.2 causales no taxativas de reglamentación de los derechos y oportunidades previstas en el artículo 23.1 de la misma o permitir que la condena

(347) Ver párrafo 33 de Sentencia.
(348) Artículo 31.1:" Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".
(349) Artículo 26 de la Convención de Viena: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".
(350) Artículo 27 de la misma Convención: "Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado".
(351) Ver párrafo 103 de la Sentencia.
(352) Ver párrafo 105 de la Sentencia.
(353) Artículo 31.4 de la Convención de Viena: "Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".
(354) Real Academia Española, Vigésima segunda edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

pudiese ser impuesta por otro juez o instancia jurisdiccional distinta al juez penal o en proceso similar o semejante al penal, lo habrían así dicho expresa o derechamente o habrían empleado otra terminología, como, por ejemplo, las de "tales como" o "entre otras". Pero no lo hicieron así. Por otra parte, no hay ningún indicio en autos que indique que, al establecerse el artículo 23.2, se quiso o se pretendió que incluyera otro tipo de proceso o juez que no fuesen los de orden penal.

3. El contexto de los términos

Tampoco consta en autos acuerdo alguno entre los Estados Partes de la Convención vinculado o relativo al artículo 23.2 o concertado con motivo del mismo(355) o posteriormente, interpretándolo(356) ni prueba de práctica ulterior en que conste dicho acuerdo(357) y que permitiría sustentar una interpretación distinta a la proporcionada por la Sentencia.

Cabe llamar la atención, a este respecto, que el hecho de que en las legislaciones de algunos de los Estados Partes de la Convención se prevea que una instancia no penal pueda imponer la pena de inhabilitación para ser elegido(358), en modo alguno refleja que se trata de una práctica por la que "conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado". Primero porque se trata de la legislación de tan solo algunos de los Estados Partes de la Convención y, por ende, insuficiente para poder invocar una práctica generalizada en la materia. En segundo lugar, porque no se dispone de ningún antecedente que indique que, al dictarse esas leyes, se haya tenido por finalidad cumplir con lo dispuesto en la Convención. Y en tercer término, dado que, según el Derecho de los Tratados, la práctica no puede significar la modificación de un Tratado(359).

Asimismo, es procedente señalar que igualmente no corresponde la invocación(360) que en autos se ha hecho a la Convención Interamericana contra la Corrupción(361), para sostener que es posible interpretar el artículo 23.2 de la Convención en el sentido que permitiría que se reglamentara el ejercicio de los derechos políticos en virtud de condena impuesta por una autoridad administrativa. Y ello porque lo que aquel instrumento establece es la obligación de los Estados Partes de la misma de tipificar como delito los actos de corrupción e incluso se refiere a jurisdicción penal(362), y en ninguna

(355) Artículo 31.2. de la Convención de Viena: "Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;"

(356) Artículo 31.3.a) de la misma Convención: "Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: .. todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;"

(357) Artículo 31.3 b) "Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;"

(358) Ver párrafo 103 de la Sentencia.

(359) Téngase presente que el proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena que preveía "todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando (...) denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado", fue suprimido por amplia mayoría de los Estados participantes en la Conferencia en la que se adoptó la Convención de Viena.

(360) Artículo 31.3.c de la Convención de Viena:"Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: (...) c) "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".

(361) Ver párrafo 103 de la Sentencia.

(362) Artículo V: "Jurisdicción. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio. 2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el

parte dispone o contempla que la condena por ese delito pueda ser impuesta por una instancia administrativa, de donde se desprende que, en modo alguno, constituye, directa o indirectamente, una modificación o interpretación de lo dispuesto en la Convención, sino precisamente todo lo contrario.

4. Objeto y fin del tratado

Por último, si se tiene en cuenta el "objeto y fin" de la Convención a saber, el debido respeto y resguardo de los derechos humanos al que los Estados partes se han comprometido(363), no puede sino concluirse de que lo que pretende con su artículo 23.2 es, por lo tanto, que se restrinjan o reglamenten lo menos posible los derechos y oportunidades consagrados en su artículo 23.1, entre ellos, el derecho a ser elegido o derecho de sufragio pasivo(364) y es por tal razón que, en tal perspectiva, se arriba a la misma conclusión de la Sentencia, lo que, por lo demás, concuerda con el principio *pro homine* previsto en el artículo 29 de la Convención(365), que obliga a interpretar a favor del más amplio respeto de los derechos humanos.

5. Medios complementarios

Ahora bien, considerando lo precedentemente expuesto y, asimismo, que no solo no se invocaron en autos sino tampoco se dan los supuestos previstos para recurrir a ellos, no procede referencia alguna respecto de los medios complementarios de interpretación previstos en la Convención de Viena(366) que pudiesen alterar la conclusión a que ha arribado la Sentencia.

Conclusión

En definitiva, en esta última se ha interpretado y aplicado, conforme lo establece el artículo 63.1 de la Convención(367), el referido artículo 23.2, concluyendo que tanto el artículo 105 de la LOCGRSNCF como lo obrado a su amparo por el Contralor General de la República del Estado, imponiendo las aludidas sanciones, son contrarios a la Convención y, por ende, han generado responsabilidad internacional de este(368).

---

delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio. 3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente. 4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional".

(363) Artículo 1.1 de la Convención: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(364) Ver párrafo 107 de la Sentencia.

(365) "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella".

(366) Artículo 32: "Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

(367) "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

(368) Artículo 12 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícito preparado por la CDI de la ONU: "Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un

El referido fallo se conforma, en consecuencia, a la naturaleza de la jurisprudencia(369), sin pretender generar, en la práctica, una regla nueva, distinta y aún contradictoria con lo que establece el artículo 23.2 de la Convención, esto es, la Sentencia ha procedido fijando el sentido y alcance de este último según su única alternativa de aplicación posible.

La Sentencia en comento es, por ende y sencillamente, la expresión del ejercicio, en un caso específico sometido a su conocimiento, de la función jurisdiccional que se le ha conferido a la Corte, a la que no le compete el eventual cambio de lo dispuesto en la Convención, función que expresamente ha sido asignada a sus Estados Partes(370), acorde, por lo demás, a lo previsto en el Derecho Internacional General(371) y que, sin duda, corresponde ejercer según criterios más amplios que los referidos exclusivamente a la Administración de Justicia.

EVG.

SS. EDUARDO VIO GROSSI; PABLO SAAVEDRA ALESSANDRi

---

hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación".

(369) Artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) las decisiones judiciales (...), como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59".
Artículo 59 del mismo texto: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido".

(370) Artículo 76.1: "Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención".
Artícuo 77.1: "De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades".

(371) Artículo 39, primera frase, de la Convención de Viena: "Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa".

ÍNDICE GENERAL

Índice general

Introducción 5

CAPÍTULO I

Estado de Derecho y control: El control como función en el Estado democrático

I. Introducción 13
II. Proceso de constitucionalización del control financiero 16
III. Autonomía: principio básico de la fiscalización superior 19
1. Autonomía interna 19
1.1. Autonomía funcional 19
1.2. Autonomía económica 20
2. Autonomía externa 21
IV. Ámbito de competencia de entidades fiscalizadoras 23
V. Formas típicas de la fiscalización superior 29
VI. El resultado del control 35
VII. La función de juzgamiento en las EFS de las Américas, Portugal y España 36
1. El juicio de cuentas 38
2. El proceso de determinación de responsabilidades en la legislación peruana 40
3. El juicio administrativo de responsabilidad en la legislación argentina 41
4. El sumario administrativo en la legislación chilena 42

5. El procedimiento de resolución de glosas en la legislación de Ecuador 43
6. Las averiguaciones administrativas y el procedimiento de reparos en la legislación de Venezuela 44
VIII. La potestad de sanción de las EFS de las Américas, Portugal y España .. 46
IX. Estatuto de los personeros de las EFS 53
1. La dirección institucional 53
2. Estructura de la dirección institucional 54
3. El proceso de selección del personero 56
3.1. La designación simple por el Órgano Ejecutivo 57
3.2. La designación simple por el Órgano Legislativo 58
3.3. La designación compleja 58
4. Condiciones para acceder al cargo de personero 59
5. Periodo de mandato en el cargo de titular de la EFS 61
Conclusiones 64
Bibliografía 69

CAPÍTULO II

La auditoría jurídica. El control de legalidad de la gestión pública confiado a las entidades fiscalizadoras superiores

I. Introducción 73
II. El control de legalidad como actividad tradicional de las EFS 75
III. Actuación pública y juridicidad: una visión contemporánea 82
IV. El Derecho y la auditoría: visión del control de legalidad como control de cumplimiento 86
V. Aportes para una delimitación conceptual 91
VI. Perspectiva contemporánea de la auditoría jurídica 93
VII. La distorsión contemporánea de la auditoría jurídica: la auditoría a los procedimientos 100
VIII. Auditoría a situaciones jurídicas: auditoría de juicios 101
IX. Pautas para realizar la auditoría jurídica 103
1. Fase de planeamiento 104

2. Fase de programación 106
3. Fase de ejecución 107
4. Fase de elaboración del informe 109
Conclusiones 110

CAPÍTULO III

Los deberes y los derechos de los funcionarios y servidores auditados

I. Consideraciones preliminares 117
II. Deberes de los funcionarios y servidores auditados 118
1. Los deberes preexistentes a la auditoría 118
1.1. Deber de responder por sus acciones 118
1.2. Deber de transparencia en el ejercicio de la función pública 119
2. Los deberes concurrentes a la auditoría 119
2.1. Deber de identificar la acreditación 119
2.2. Deber de brindar facilidades materiales para la realización de la auditoría 119
2.3. Respetar el ejercicio de las competencias del control gubernamental 120
2.4. Proporcionar los datos e informaciones que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o causa de su tenencia, a través del medio más directo, sin más limitación que las establecidas expresamente por la Constitución o la Ley 120
2.5. Prestar en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activa que pueda necesitar el control gubernamental, así como facilitarle los medios de prueba que se encuentren en su poder 121
2.6. Concurrir a las citaciones que se realicen y a brindar declaración 121
2.7. Elaborar los estudios, dictamen y opinión técnica especializada que les soliciten dentro de su ámbito funcional 121
2.8. Destacar personal especializado, en comisión de servicio a tiempo parcial, para asesorar comisiones de control 121
2.9. Permitir que los funcionarios o servidores tengan acceso a la documentación pertinente, para responder a los requerimientos de una acción de control o de las acciones administrativas y judiciales derivadas de esta 122

3. Los deberes posteriores a la acción de control 122
III. Los derechos de los auditados 122
1. A la continuidad de operaciones de los servicios de la entidad auditada 122
2. A que se presuman lícitos sus actos, salvo prueba en contrario 123
3. Derecho al debido proceso de control 124

CAPÍTULO IV

Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida. La posición de la Corte Suprema al respecto

I. Planteamiento del tema 129
II. Evolución normativa de la naturaleza de prueba preconstituida de los informes de control 130
III. La prueba preconstituida dentro de las clasificaciones doctrinarias acerca de la prueba 133
IV. El carácter de prueba preconstituida es independiente de la obligación de implementar las recomendaciones contenidas en el informe sobre deslinde de responsabilidades 137
V. ¿El informe de control es requisito de procedibilidad para deslindar responsabilidades funcionales? ¿El informe de control circunscribe el alcance del deslinde judicial? 139
VI. Reglas jurisprudenciales para valorar el mérito de un informe de control en sede judicial con ocasión de la sindicación de responsabilidades funcionariales 140
1. El informe de control tiene eficacia valorativa por sí misma siendo apta para enervar la presunción de inocencia y fundamentar una condena 140
2. El informe de control no limita ni excluye la actuación de otras pruebas para comprobar los hechos del proceso 141
3. El juez tiene la facultad de apreciar el mérito del informe de control conjuntamente con todos los demás medios probatorios, utilizando su apreciación razonada 143
4. El investigado tiene derecho a controlar la incorporación al proceso del mérito probatorio del informe de control 145
5. El valor probatorio del informe de control puede ser corroborado por otros peritos durante el examen pericial 146
Conclusiones 148

CAPÍTULO V

El principio de autonomía de responsabilidades. Afrontando el dilema de la concurrencia de responsabilidades penal, civil y administrativa en la función pública

I. Problemática 151
II. El principio de autonomía de las responsabilidades 152
1. La premisa del problema: la relación entre los ordenamientos sancionatorios existentes (penal, civil y administrativo) 152
2. El principio de autonomía de las responsabilidades. Concepto 152
III. Consecuencias del principio 154
IV. Excepciones 157

CAPÍTULO VI

La responsabilidad patrimonial del servidor público hacia la Administración: el caso peruano

I. Relevancia del tema planteado 163
II. La responsabilidad civil directa de los funcionarios y servidores públicos hacia la Administración 166
III. Los presupuestos necesarios para la responsabilidad patrimonial del funcionario y servidor público 168
1. El daño económico indemnizable a la entidad o al Estado 169
2. El incumplimiento funcional del funcionario y servidor público 173
3. La imputación jurídica del incumplimiento al funcionario o servidor por su actual doloso o culposo 175
4. La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño patrimonial 177
IV. ¿La pretensión de responsabilidad es la vía principal o subsidiaria para obtener el resarcimiento del patrimonio público? 178
V. La consecuencia de la responsabilidad civil: el resarcimiento del patrimonio estatal 180

VI. El derecho de la Administración de repetir contra funcionarios y servidores la responsabilidad civil asumida 182
VII. La presencia de la acción de regreso en el Derecho comparado 183
VIII. Naturaleza jurídica de la acción de repetición 185
IX. Las condiciones para la procedencia del derecho a repetir en el ordenamiento peruano 186
X. El alegado carácter discrecional u obligatorio de ejercer el derecho a repetir contra el funcionario o servidor 188
XI. El monto económico a repetir contra el funcionario o servidor público 190
XII. ¿Por qué no se resarce la Administración finalmente de los perjuicios que asume? 191
Conclusiones 193

CAPÍTULO VII

El exceso de plazo en el procedimiento administrativo disciplinario

El exceso de plazo en el procedimiento administrativo disciplinario 197

CAPÍTULO VIII

La prohibición a la acumulación de cargos públicos remunerados

I. Introducción 203
II. Fundamentos de la prohibición 205
III. Limitaciones contenidas en la prohibición de acumulación de cargos remunerados 206
IV. El régimen del segundo ingreso 207
V. Régimen del ingreso adicional permitido excepcionalmente 208

CAPÍTULO IX
Los órganos autónomos en el Estado peruano

I. Los organismos administrativos independientes como manifestación de la descentralización funcional de la actividad del Poder Ejecutivo 213

II. La búsqueda de neutralización de la acción político-partidaria como elemento teleológico en los organismos autónomos 217

III. Las garantías o técnicas de diseño aplicadas para autonomizar organismos del Poder Ejecutivo 220

1. Garantías funcionales 221
2. Garantías estatutarias 221
3. Garantías financieras 222
4. Garantía en la ubicación de organización estatal 223

IV. Las escalas de autonomía en los organismos administrativos en la organización estatal peruano 224

1. Organismos con nivel primario de autonomía: Organismos Públicos Ejecutores 226
2. Los organismos administrativos independientes 228

2.1. Los organismos reguladores 228

2.2. Los organismos técnicos especializados 233

3. Organismos materialmente administrativos y constitucionalmente autónomos o extrapoderes 238

V. Las preocupaciones que suscitan los organismos administrativos autónomos 243

1. La creación inercial de autoridades independientes y el peligro de las independencias semánticas 244
2. La carencia de legimitidad democrática y de mecanismos de responsabilidad de los organismos autónomos 245
3. La independencia afecta al Poder Ejecutivo en su posibilidad de renovar y actualizar políticas públicas 246
4. El énfasis en la autonomización respecto del Poder Ejecutivo brinda ocasión para que se permita la captura del organismo por grupos de interés 247

Conclusiones 248

Bibliografía 249

CAPÍTULO X

El nepotismo municipal como causal de vacancia: Interesantes aportes del JNE

I. Introducción 253

II. El fundamento para reprochar el nepotismo: ser un conflicto de interés en el que se desvía el poder público a favor de parientes desconociendo el derecho ciudadano de acceso igualitario a la función pública 255

III. Las autoridades pasibles de incurrir en nepotismo dentro del ámbito del Jurado Nacional de Elecciones 259

IV. Las conductas constitutivas del nepotismo 260

1. Ejercer facultad de nombrar, contratar o designar a un pariente 260

2. Ejercer injerencia directa en el proceso de selección, designación, nombramiento o contratación de un pariente 262

3. Ejercer injerencia indirecta en el proceso de selección o nombramiento o contratación con quien la norma le prohíbe 267

V. Los familiares impedidos de acceder a la función pública por acción o injerencia del alcalde o regidor 268

VI. Las relaciones prestacionales entre la municipalidad y el familiar constitutivas de nepotismo 270

VII. La metodología para la investigación del nepotismo municipal 272

Conclusión 272

ANEXOS

ANEXO I: Declaración de Lima y Declaración de México sobre fiscalización y control 277

ANEXO II: Normas sobre control y responsabilidad de funcionarios públicos 291

ANEXO III: Jurisprudencia constitucional sobre control y responsabilidad de funcionarios públicos 405

ANEXO IV: Jurisprudencia penal sobre responsabilidad de funcionarios públicos 459

ANEXO V: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 483

Índice general 583