

EL RECOJO DE EVIDENCIA Y LA FORMULACIÓN DEL DESCARGO EN ACCIONES DE CONTROL: ALGUNAS LIMITACIONES AL CONTROL GUBERNAMENTAL

Juan José Díaz Guevara¹

Fecha de publicación: 01/01/2015

I. Introducción:

La Contraloría General de la República es el órgano superior del Sistema Nacional de Control que, de acuerdo con el artículo 82° de la Constitución Política, está 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.

En concordancia con la citada disposición constitucional, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, en su artículo 6° define el control gubernamental como “la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, 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”.

Para el cumplimiento de su misión y con el objetivo de optimizar el ejercicio del control gubernamental, es necesario contar con un marco normativo sostenible, que afiance la calidad y oportunidad tanto de las auditorías como de las actuaciones de carácter previo, simultáneo y demás actividades vinculadas a la competencia legal del Sistema Nacional de Control; otorgándole predictibilidad, claridad y autonomía a la actuación de sus órganos y personal conformante, teniendo como base de su accionar el

¹ Doctorado y Máster en Derecho, Docente de Post Grado, ex fiscal provincial anticorrupción, especialista en Derecho Penal, Administrativo, Proyectos de Inversión Pública y Contrataciones del Estado. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Público.

respeto al principio de legalidad, lo cual ha dado lugar a un sistema normativo de auditoría propio.

Dentro de este contexto, el ejercicio de control gubernamental, comprende entre otros el recojo de la evidencia de actos de gestión relacionada a gasto público, que será evaluada para emitir un pronunciamiento de acuerdo a los objetivos previstos por la comisión auditora, así como guiar sus actuaciones y sustentar la determinación de los recursos y plazos necesarios para la realización de la actividad de control afín, permitiendo su respectiva medición y evaluación, conforme lo establece las Normas Generales de Auditoría aprobadas mediante Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG.

Por ello, la obtención de la evidencia exige la aplicación de técnicas de auditoría, dentro de un contexto de inmediatez y seguridad jurídica, que permitan asegurar al ente rector del control gubernamental de manera inmediata, los efectos provenientes de la infracción administrativa funcional o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, siempre que exista peligro por la demora de provisión de información, mucho más considerando que dichos efectos y/o instrumentos puedan estar ligados a la consumación de un ilícito penal.

Del mismo modo, se exige que el marco normativo, permita a la contraloría general de la república, asegurar el descargo en sede administrativa, de sus auditados y de otros, en plazos celeros, previa comunicación de hallazgos, (entendidos estos como errores, deficiencias o irregularidades identificadas y evidenciadas como resultado de la aplicación de los procedimientos de auditoría).²

Sin embargo, a la fecha, el marco normativo del control gubernamental, no contempla dentro de sus alcances otorgar potestades claras a favor del ente rector, a efectos de asegurar el recojo oportuno de evidencia en sus acciones de control, así como asegurar la materialización de los descargos a cargo de sus auditados, quienes muchas veces suelen solicitar plazos adicionales para la justificación de sus actos materia de cuestionamiento, los cuales a pesar de ser otorgados, vuelven a reiterar una omisión en cuanto a efectuar un descargo oportuno, dilatándose las acciones de control, por ende el proceso de justicia administrativa.

² Según las Normas Generales de Auditoría aprobadas mediante Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG, los hallazgos de auditoría pueden adoptar diferentes denominaciones según el tipo de auditoría que se ejecute. En el caso de la auditoría de cumplimiento se les denomina desviaciones de cumplimiento, en el caso de la auditoría de desempeño se les denomina resultados y en el caso de la auditoría financiera se les denomina deficiencias significativas.

II. ANÁLISIS:

2.1 De los principios y competencias de la Contraloría General de la República:

El artículo 9° de la Ley N° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece que *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.*
- (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.*
- (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.*

Es importante señalar que, la norma expuesta establece que “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”.

Es necesario considerar que los principios verbo rectores de todo estamento normativo constituyen lineamientos generales bajo los cuales se debe integrar su aplicación por parte de los operadores administrativos de manera concordada con todo el corpus iuris de normas que lo componen, en estricto respeto del principio de legalidad; por ello consideramos que la norma en comentario adolece de un exceso que trasciende con lo inconstitucional, en cuanto a atribuir al ente rector como una de sus competencias la de modificar los principios enunciados, los cuales han sido conferidos por una ley; por lo que para que dicho escenario se dé conforme a derecho, sería necesaria una modificación previa de la Ley N° 27785.

Independientemente de lo señalado en el párrafo anterior, del marco normativo bajo análisis podemos inferir que los principios verbo rectores

de la acción control, exigen entre otros, que la acción de contraloría, sea legal, eficiente, eficaz, económica, oportuna, objetiva y material sentada en la base de un debido proceso y con acceso a la información; ello exige que su metodología esté acorde con dichos preceptos, para lo cual sus competencias deben estar encaminadas a asegurar el rol que la ley le ha conferido.

Es importante señalar que, de acuerdo al artículo 22° de la Ley N° 27785, son competencias de la contraloría general de la República, 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.
- 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.
- 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.
- 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 que los hubiere, a las comisiones competentes del Congreso de la República.

- 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.
- 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.
- 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.
- 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 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.
- 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.
- 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 éste.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.

2.2. De la necesidad de implementar metodologías de control gubernamental autorizadas por ley:

2.2.1 En el proceso de recojo de evidencia:

Las Normas Generales de Auditoría aprobadas mediante Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG, establecen que la evidencia de auditoría comprende toda la información obtenida mediante la aplicación de técnicas de auditoría, las cuales son desarrolladas en términos de procedimientos en el programa de auditoría; y que sirve para sustentar, de forma adecuada, las conclusiones en las que basa su opinión y sustenta el informe de auditoría, así como las acciones legales posteriores que correspondan. Agrega el mencionado cuerpo jurídico que, la evidencia debe cumplir con los requisitos siguientes:

✓ **Ser suficiente:** Es la medida cuantitativa de la evidencia de auditoría. La comisión auditora debe determinar, si existe la cantidad de evidencia necesaria para cumplir con los objetivos de auditoría y sustentar los resultados obtenidos.

✓ **Ser apropiada:** Es la medida cualitativa de la evidencia de auditoría; es decir, de su relevancia y fiabilidad para sustentar las conclusiones en las que se basa la opinión del auditor.

✓ **Ser Relevante:** La relevancia se refiere a la conexión lógica de la evidencia con la finalidad del procedimiento o con aquello que se requiere verificar.

✓ **Ser fiable:** La fiabilidad está referida al origen y naturaleza de la evidencia, no debiéndose afectar por las circunstancias en las que se obtiene la evidencia o la forma en la que se conserva la misma.

Como se puede apreciar, la naturaleza de la evidencia de una acción de control, exige que tanto el principio de “*acceso a la información*” regulado en el párrafo m) del artículo 9° de la Ley N° 27785 (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), así como la potestad de acceso la información sin restricciones a favor de la contraloría de la República regulada en el párrafo a) del artículo 22° de la ley acotada, exige que éstas se conjuguen en una metodología eficiente, eficaz, coercitiva y legal y que no esté condicionada a derechos y/o potestades de las entidades auditadas.

Lamentablemente, conforme el marco normativo expuesto, podemos establecer que a la fecha el actual marco legal especial de control gubernamental, si bien contempla la atribución de la Contraloría General de la República para “*tener acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos*”, ésta potestad está condicionada a aspectos administrativos de las entidades obligadas a la provisión de información, conferidos por leyes como la Ley N° 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley N° 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General, Decreto Legislativo N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF entre otras; dispositivos legales que definen plazos y términos de la distancia a efectos de provisión de información requerida, lo cual dilata dentro de un contexto garantista la acción auditora, poniendo en desventaja al ente rector del control gubernamental respecto de los auditados.

Es importante advertir que, con la dilación de plazo en el proceso de provisión de información por parte de los auditados, se permite o pone en riesgo que en dicho periodo, los efectos provenientes de la infracción administrativa funcional o los instrumentos con que se hubiere ejecutado - que en muchas ocasiones están ligados a la consumación de un ilícito penal, pueden ser desaparecidos o alterados con la finalidad de generar impunidad, ya sea falseando información, simulando actos administrativos u obligaciones derivados de contratos administrativos fuera de plazos de caducidad – de observancia obligatoria - referidos a la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras públicas; o adecuando “en vía de regularización” actos de gestión ilegales o haciendo un ejercicio abusivo del instituto jurídico de la eficacia anticipada³ materializando una acción que circunda en un fraude a la ley.

Adicionalmente a lo expuesto, es necesario considerar que la gestión pública en nuestro país ha venido teniendo cambios medulares, a razón del propio proceso de descentralización así como a la creación del sistema nacional de inversión pública y las modificatorias e innovaciones en materia de ejecución de gasto público por resultados, creación de organismos reguladores, entre otros.

Este proceso si bien busca la eficiencia y transparencia en la utilización de caudales públicos, también genera nuevos riesgos en el proceso de consumación de infracciones administrativas funcionales por parte de los operadores administrativos, que incluso como se ha expuesto muchas de éstas acciones trascienden el ámbito penal, ya que generalmente la mencionada conducta está ligada al accionar de organizaciones criminales.

Ésta problemática ha sido abordado a nivel doctrinario - jurídico, como por ejemplo Silva Sánchez, sostiene que “se ha calculado que éstas organizaciones llegan a invertir un 30% del rendimiento de su actividad ilícita en conseguir la impunidad mediante sobornos. Con el mismo fin aquellas pueden hacer valer la información que tienen sobre corrupción de los funcionarios o los lazos de complicidad que por cualquier vía pueden haber establecido con ellos para conseguir resoluciones en su favor sin

³ La eficacia anticipada, es el instituto jurídico mediante el cual, la autoridad administrativa emite un acto administrativo dando fuerza jurídica o validez a actos administrativos ejecutados con anterioridad, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción. Esta acción, según nuestra legislación comprende la declaratoria de nulidad y los actos que se dicten en enmienda, conforme lo establece el artículo 17° de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

llegar a desembolsar cantidad alguna. En estos supuestos entra de lleno el fenómeno del tráfico de influencias”⁴.

En tal sentido, ante una sociedad de riesgo como la expuesta, resulta objetiva la existencia de la inseguridad, la cual exige una reconstrucción jurídica o modificación respecto de las potestades que tienen los diferentes niveles de control; máxime si el resquebrajamiento del estado de bienestar no solo da consigo el riesgo de corrupción del operador administrativo sino también del tercero que participa en el gasto público.

Por tanto, la Contraloría General de la República, debe contar con todas las potestades necesarias a efectos de combatir la corrupción, la cual además de ser fuente de infracciones administrativas funcionales, delitos de corrupción de funcionarios, crimen organizado, entre otros; genera al estado peruano una pérdida de aproximadamente diez mil millones de soles anuales. El efecto negativo de la corrupción [recae] sobre los pobres en la forma más directa y desproporcionada; por lo que ello exige tomar medidas puntuales, radicales y efectivas contra ella, trasladando poderes legítimos a favor de los entes de control gubernamental.

En este contexto la aprehensión documentaria o la incautación de los efectos provenientes de la infracción administrativa funcional o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, surge como una medida cautelar en sede administrativa, indispensable para la consolidación de los objetivos de toda comisión auditora.

En suma, a la fecha existe la necesidad jurídica de cohesionar o integrar los principios de legalidad⁵, de eficiencia – eficacia - economía⁶, debido proceso de control⁷, oportunidad⁸, objetividad⁹, materialidad¹⁰ y

⁴ Sobre el particular, léase a Jesús María Silva Sánchez en “La expansión del Derecho Penal en las sociedades post industriales” Editorial Granada. Año 2000. España”

⁵ La legalidad, que supone la plena sujeción del proceso de control a la normativa constitucional, legal y reglamentaria aplicable a la actuación de la Contraloría General de la República.

⁶ A través de los cuales el proceso de control logra sus objetivos con un nivel apropiado de calidad y óptima utilización de recursos.

⁷ 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.

⁸ Consistente en que las acciones de control se lleven a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

acceso a la información¹¹, establecidos en el artículo 9° de la Ley N° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en una técnica de auditoría o medida cautelar en sede administrativa, definida por ley.

Es importante señalar, que la ejecución de medidas cautelares en el ámbito administrativo está contemplado en nuestro marco jurídico. En efecto, la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, establece en su artículo 146° que “ (146.1) *Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir. (146.2) Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción. (146.3) Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento. (146.4) No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados”.*

Prueba de ello son los alcances del Decreto Legislativo N° 822 Ley sobre el Derecho de Autor, que señala como potestad del INDECOPI (a través de su Oficina de Derechos de Autor) la facultad de ordenar medidas cautelares rápidas y eficaces, dentro de ellas la incautación del material o equipos empleados para la actividad infractora, sin aviso previo, conforme los alcances del artículo 176°¹² y 177°¹³ del referido cuerpo normativo.

¹¹Referido 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.

¹² Artículo 176° del Decreto Legislativo N° 822 establece que “Sin perjuicio de lo establecido en el Título V del Decreto Legislativo No. 807, los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta Ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos en este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces para: (a) Evitar una infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente ley y, en particular, impedir la introducción en los circuitos comerciales de mercancías presuntamente infractoras, incluyendo medidas para evitar la entrada de mercancías importadas al menos inmediatamente después del despacho de aduanas. (b) Conservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción”.

Del mismo modo, el Decreto Legislativo N° 1053 Ley General de Aduanas, establece como prerrogativa de la administración aduanera, disponer de la medida cautelar de incautación para la consolidación de sus objetivos.¹⁴

Bajo lo expuesto, se puede inferir que en el actual contexto normativo el ente rector del control gubernamental, cuenta con menos potestades cautelares que sus propios auditados, no estando inexplicablemente, autorizada por ley a incautar los efectos documentarios y/u otros relacionados a la comisión de infracciones administrativas y/o delitos, situación que urge cambiar.

2.2.2 En el aseguramiento del descargo por parte del auditado:

Otro aspecto, que resulta importante para la ejecución plena de una acción de control es que el auditado haga su descargo en sede administrativa, en estricto respeto a su derecho de defensa reconocido en el artículo 139° de la constitución política del estado.

La trascendencia del descargo, no solo implica una manifestación del derecho de contradicción por parte del auditado, adicionalmente, su materialización trasciende el conducto regular de un proceso judicial que vendría a posteriori, ya que si el informe especial de auditoría comprende entre sus lineamientos el descargo del auditado, los alcances del mencionado informe constituirían una prueba pre constituida de pleno derecho.

Es importante señalar que se considera prueba pre constituida a aquel instrumento extra procesal sirve para dar inicio a los procesos judiciales o procedimientos administrativos sancionadores pertinentes (según sea el caso), teniendo validez probatoria para definir la situación jurídica del imputado. Por ello, consideramos conforme a derecho la posición de la Corte Suprema de la Republica cuando, por ejemplo, en la Casación No.

¹³ Artículo 177° del Decreto Legislativo N° 822 establece que “Las medidas preventivas o cautelares serán, entre otras: (a) La suspensión o cese inmediato de la actividad ilícita. (b) La incautación o comiso y retiro de los canales comerciales de los ejemplares producidos o utilizados y del material o equipos empleados para la actividad infractora. (c) La realización de inspección, incautación o comiso sin aviso previo. La medida cautelar de incautación o comiso, sólo podrá solicitarse dentro de un procedimiento administrativo de denuncia, sin perjuicio de las acciones de oficio”.

¹⁴ El artículo 165° del mencionado cuerpo normativo establece que “La Administración Aduanera, en ejercicio de la potestad aduanera, podrá disponer la ejecución de acciones de control, antes y durante el despacho de las mercancías, (...) tales como: (...) b) Disponer las medidas preventivas e inmovilización e incautación de mercancías y medios de transporte (...)”. Asimismo el mencionado cuerpo normativo define a la incautación como una toma de posesión forzosa y el traslado de mercancía a los almacenes de la SUNAT mientras determina su situación legal definitiva”.

3026-2007-La Libertad, descalifica como pruebas preconstituidas las denominadas “Hojas de Recomendación”, sinónimos de “hojas Informativas”, formuladas de manera unilateral por los órganos del sistema nacional de control, ya que no obra descargo alguno del imputado. En efecto, este pronunciamiento el supremo tribunal ha señalado entre otros que, “se arriba a la conclusión que la citada Hoja de Recomendación es un documento elaborado unilateralmente (...), 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 N° 27444; por 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”.¹⁵

Por otro lado, el pasado domingo 29 de junio de 2014 se publicó la Ley N° 30214 que incorpora el artículo 201° - A al Código Procesal Penal, en donde se establece naturaleza jurídico - procesal de los informes de control de la Contraloría General, su tratamiento in proceso penal y su respectiva sustentación. Ésta ley establece que los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal, esto es los informes de control, tienen la condición de **pericia institucional** extraprocesal, cuando hayan dado lugar a la formulación de denuncia penal conforme lo previsto en el literal b) del inciso 2 del artículo 326° del Código Procesal Penal, o cuando sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción.¹⁶

¹⁵ Sobre el particular, léase a Juan Morón Urbina en “Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida: La posición de la Corte Suprema al respecto”. En línea: http://gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2011/seti/revges_1337.pdf

¹⁶ Este dispositivo ubicado dentro del título del Nuevo Código Procesal Penal referido a los medios de prueba y, específicamente, el que regula las pruebas especiales, **destaca el valor de los informes de control** como producto *sui generis* elaborado por un órgano constitucionalmente autónomo que requiere un tratamiento diferente a los otros medios de prueba clásicos (documentos, testimonios y pericias), lo cual cierra el debate o discusión jurídica sostenida durante años sobre la naturaleza de los informes que emite la Contraloría General dentro del ámbito de sus atribuciones. Asimismo, reconoce la importancia de los informes de control como elemento probatorio en el curso del proceso. De igual modo, recogiendo el **carácter multidisciplinario** de las comisiones auditoras que elaboran los informes de control y el principio de oralidad que rige el nuevo proceso penal, la norma dispone que la respectiva sustentación sea realizada, para efectos prácticos, bajo las reglas de la pericia que permite a los auditores **declarar en equipo y consultar documentos**, cuando sea necesario. Otro aspecto importante de la ley es el permitir que la sustentación y el correspondiente examen o interrogatorio por parte de las autoridades competentes, se realice con **los servidores que**

Ahora bien, si consideramos que de acuerdo a la normativa de auditoría, los informes de control emitidos por la Contraloría General de la República, pueden ser especiales (informe penal – informe civil) e informes administrativos, la naturaleza jurídica de los mismos, tienen como base medular de sus conclusiones los alcances del descargo de ley por parte del auditado, por lo que la materialización de este descargo es una exigencia iure de iure.

Sin embargo, a pesar de que la trascendencia jurídica del descargo del imputado es incuestionable, el marco normativo no contiene prerrogativas a favor de contraloría general de la república tendientes a asegurar su materialización en un tiempo prudencial. En efecto, si bien es cierto, las nuevas normas generales de auditoría aprobadas en el presente año, no regulan plazos para la provisión del descargo a cargo de los auditados, la Norma de Auditoría Gubernamental (NAGU) 3.60 “Comunicación de Hallazgos” ya regulaba un plazo de tres días hábiles para ejecutar su descargo, plazo prorrogable por única vez a solicitud de parte interesada por el mismo periodo, más el término de la distancia.

Lo relacionado al plazo resulta de vital importancia, pues en el actual enfoque normativo muchas veces el plazo resulta irrisorio, máxime si por propia exigencia de la normativa de auditoría, el descargo debe ser formulado y debidamente sustentados con documentación autenticada y foliada, a fin de permitir una adecuada evaluación por parte de la comisión auditora; sumado a ello, la normativa de auditoría, ante la omisión del descargo, solo permite que el ente rector del control gubernamental, consigne dicha situación en el informe resultante, toda vez que no cuenta con facultades que le permitan trasladar coercitivamente al auditado omiso del descargo.

Ante la situación descrita en el párrafo anterior, resulta tener en cuenta la naturaleza jurídica de los plazos y las medidas coercitivas que pudieran ampliarse a favor del ente rector del control gubernamental a efectos de asegurar el descargo del auditado en sede administrativa.

designa la Contraloría General, en su calidad de autora del informe técnico, de modo que no necesariamente concurrirá para los fines antes mencionados, el auditor encargado de la elaboración del informe sino cualquier otro designado por la entidad emisora. Asimismo, cabe resaltar que la ley ha previsto que **las aclaraciones sobre los informes de control sólo pueden ser solicitadas a la Contraloría General**. Esta disposición vinculante **evitaría nombrar peritos de oficio** para la aclaración de las conclusiones de los informes de control y que, en varias oportunidades, terminaban distorsionándolos. En resumen, esta ley optimizará el desarrollo del curso de las investigaciones en las que se incorpore un informe de control o que tengan su origen sustentado en aquél, **al constituir dichos informes así como los exámenes o interrogatorios de los señores auditores, valiosos aportes para la investigación.**

En cuanto a la naturaleza del plazo para efectuar un descargo en una acción de auditoría, en criterio del suscrito este es de naturaleza prescriptiva, pues si vence el transcurso del tiempo conferido, se pierde la acción de hacer el descargo más no el derecho. Esto conlleva a que el auditor tenga en cuenta reglas mínimas como considerar:

-La suspensión del plazo de descargo cuando el auditado acredita haber solicitado la provisión de información ante la autoridad que pertenece o perteneció en donde consta la materialización o relación de los actos de gestión que se cuestionan.

-El término de la distancia debe ser evaluado además de la distancia, vías de comunicación, etc; en función a los actos de gestión desarrollados por los operadores administrativos de la entidad en donde obra la documentación necesaria para respaldar el descargo formulado por el auditado.

-Estas condiciones permitirán generar la delimitación de un plazo prudencial para el descargo del auditado, incluso de aquellos que pudieran estar a la fecha de solicitud de descargo, cumpliendo una medida restrictiva de derechos como prisión preventiva dentro del marco del código procesal penal vigente.

En este extremo el Tribunal Constitucional ha señalado en sentencia del 14/11/2005 obrante en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, entre otros que “(...)En el Derecho constitucional comparado – (...) –, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa (...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad (...). Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los (...) órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10° de la Ley del

Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma (...) En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) *garantizando los derechos* e intereses de los administrados y *con sujeción al ordenamiento constitucional* y jurídico en general».

Bajo este contexto, si bien es cierto en normas de control gubernamental está reglamentado el plazo de descargo, en base a lo expuesto, toda comisión de auditoría, debe realizar respecto de la presentación del descargo en los plazos fijados, un examen aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad en los supuestos fácticos bajo comentario.

Por otro lado, sabido es que de acuerdo al artículo 164° del código procesal penal, se faculta dentro de una investigación penal a que en caso de inconcurrencia injustificada de un testigo, el fiscal penal dictamine su conducción compulsiva a cargo de la policía nacional del Perú. Entonces, ¿por qué no se permite por ley que el ente rector del control gubernamental pueda solicitar ante el ministerio público la conducción compulsiva de un auditado en caso de incumplimiento injustificado de descargo, cuando en suma mayoría las infracciones administrativas son la base de la comisión de un ilícito penal dentro de la administración pública?, es decir la delimitación de la infracción del deber funcional.

Consideramos que la potestad de solicitar la conducción compulsiva de los auditados omisos a su descargo en acciones de auditoría debe estar conferida por ley a favor de la Contraloría General de la República, pues su marco normativo debe ser un engranaje al marco normativo penal contra la corrupción, y no un sistema divorciado de este, máxime si existen acuerdos internacionales en materia de corrupción donde el Perú es parte, que le exigen contar con un sistema auditor integral, como por ejemplo la Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA)¹⁷, Convención de

¹⁷ Suscrita el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 26757 del 5 de marzo de 1997 y promulgada el 12 de marzo de 1997. A los fines

las Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU)¹⁸ y la Declaración Anticorrupción - 2012 (APEC)¹⁹; lógicamente esta atribución sería conferida previa modificación del artículo 164° del código procesal penal y de la Ley N° 27785, para lo cual incluso el Ministerio Público podría vía directiva de la Fiscalía de la Nación crear este procedimiento sumarísimo solo en sede fiscal, y es que como hemos sostenido que ante tiempos excepcionales de corrupción, se deben tomar medidas excepcionalmente prudentes.

III. CONCLUSIONES:

- Como se puede apreciar, está legalmente justificado que se otorgue por ley a favor de la Contraloría General de la República la potestad de aprehender temporalmente o incautar los efectos provenientes de la infracción administrativa funcional o los instrumentos con que ésta se hubiere consumado, extremo bajo el cual se sustenta el presente proyecto de ley.
- Está legalmente justificado que se establezca una variación en el plazo de descargo a favor del auditado en acciones de control según las reglas expuestas precedentemente.
- Está legalmente justificado que se otorgue a la favor de la contraloría general de la república, que se le otorgue la potestad de solicitar la

expuestos en esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

¹⁸ Suscrita el 10 de diciembre del 2003, aprobada por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 28357 del 30 de septiembre de 2004 y promulgada el 5 de octubre del 2004. En esta convención, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas: un sistema de auditoría eficiente.

¹⁹ Adoptada por los líderes de las economías miembros de APEC en la reunión sostenida el 8 y 9 de septiembre del 2012, en Valdivostok –Rusia. En esta convención, los estados firmantes, se comprometieron a aumentar la transparencia del sector público y la integridad de sus economías, así como a reducir las cargas administrativas cuando corresponda y de conformidad con los ordenamientos jurídicos internos. Adicionalmente se comprometieron a hacer cumplir con rigor sus leyes contra el soborno y a alentar el fortalecimiento de procedimientos y controles para realizar una diligencia debida más profunda en las cuentas de los funcionarios públicos de conformidad con la legislación nacional y las directrices administrativas.

conducción compulsiva de auditados omisos a entregar su descargo en acciones de control.

- Está demostrado que el otorgamiento de las facultades de incautación y solicitud de conducción compulsiva a favor del ente rector del control gubernamental, deberá desarrollarse previa modificatoria legal que afecte el artículo 9° y 22° de la Ley N° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, el artículo 15° – b de la Ley N° 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y los artículos 164° y 316° del Decreto Legislativo N° 957 Código Procesal Penal, máxime si toda construcción normativa, debe desarrollarse en estricto respeto a los principios de jerarquía de normas y coherencia normativa reconocidos por el propio Tribunal Constitucional²⁰.
- Las iniciativas propuestas a favor de la Contraloría General de la República, se enmarcan dentro de lo establecido en el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 119-2012-PCM, así como los instrumentos internacionales de observancia obligatoria, señalados up supra.

Fórmula Legal:

Las fórmulas legales posibles, de evidenciarse una materialización de la reforma establecida en el presente análisis, podrían darse según el siguiente detalle:

Artículo 1: Modificar el artículo 9° párrafo m) y 22° párrafo a) de la Ley N° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, según el siguiente detalle:

- Artículo 9°.- Principios del control gubernamental: Son principios que rigen el ejercicio del control gubernamental: (...) s) La aprehensión documentaria o instrumental, referido a la potestad de incautar toda la información y documentación sobre las operaciones de la entidad, aunque sea secreta, necesaria para su función (...)”

- 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(...). Ésta potestad incluye incautar los mencionados registros, documentos e información de entidades que pudieran constituir efectos provenientes de la infracción administrativa funcional

²⁰ Reconocido en el PLENO JURISDICCIONAL materializado en el EXP. N.º 047-2004-AI/TC.

o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, siempre que exista peligro por la demora de provisión de información, y/o que dichos efectos y/o instrumentos puedan estar ligados a la consumación de un ilícito penal. La Contraloría General de la República emitirá las directivas correspondientes a dicha técnica de auditoría. (...) solicitar ante el Ministerio Público la conducción compulsiva de sus auditados en caso de omisión injustificada de descargo.

Artículo 2: Modificar el artículo 15 – b de la Ley N° 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, según el siguiente detalle:

- **Artículo 15°-B.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial:** El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: (3) La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final. *Están comprendidos en esta causal, los registros, documentos e información de entidades que hayan sido materia de incautación por parte de la Contraloría General de la República u otra entidad pública, en ejercicio de sus competencias definidas por ley; a excepción de sus auditados.*

Artículo 3: Modificar el artículo 164° del Decreto Legislativo N° 957 Código Procesal Penal, según el siguiente detalle:

- **ARTÍCULO 164° Citación y conducción compulsiva:**

1. La citación del testigo se efectuará de conformidad con el artículo 129°. Cuando se trata de funcionarios públicos o de dependientes, el superior jerárquico o el empleador, según el caso, están en la obligación de facilitar, bajo responsabilidad, la concurrencia del testigo en el día y hora en que es citado.

2. El testigo también podrá presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.

3. Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública.

4.- Se admite en sede administrativa la conducción compulsiva ordenada por el Ministerio Público, solo a solicitud de la contraloría General de la República en sus acciones de control gubernamental, para lo cual el Ministerio Público deberá emitir las directivas y/o procedimientos institucionales necesarios, siempre y cuando haya omisión injustificada de descargo.

Artículo 4: Modificar el artículo 316° del Decreto Legislativo N° 957 Código Procesal Penal, según el siguiente detalle:

- **Artículo 316° Objeto de la incautación.-**

(1). Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público.

(2). Acto seguido, el Fiscal requerirá inmediatamente al Juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá, sin trámite alguno, en el plazo de dos días.

(3). En todo caso, para dictar la medida se tendrá en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102 y 103 del Código Penal.

(4). Cuando los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado hayan sido incautados en sede administrativa por la Contraloría General de la República u otra entidad pública en ejercicio de sus atribuciones conferidas por ley, el fiscal podrá solicitar dichos efectos y/o instrumentos para su confirmación judicial, siempre y cuando las entidades incautadoras hayan emitido pronunciamiento.