

El control descontrolado. Los procedimientos de la Contraloría General de la República para el descargo de desviaciones o irregularidades en la gestión pública y su alejamiento de los derechos humanos

Uncontrolled control. The Procedures of the Comptroller General of the Republic for the Discharge of Deviations or Irregularities in Public Management and their Distancing from human Rights

Arturo Delgado Vizcarra

Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN

Durante el ejercicio de su gestión, los servidores públicos toman decisiones y ejecutan acciones para cumplir el encargo que se les ha otorgado, pero resulta que, además de la obligatoria revisión de facultades de estructuras legales y de políticas o planes de acción, deben revisar si su decisión implica riesgos de responsabilidad posterior. La razón para que ello ocurra es muy sencilla y se basa en una dualidad. Los resultados positivos de la gestión normalmente son propiedad de la institución y sus titulares. Y los problemas son propiedad personal de los servidores que los ejecutaron. Sobre la base de esta dualidad, en buena parte de las oportunidades, las decisiones son aletargadas por una revisión minuciosa de posibilidades. Esta mecánica origina que, luego de estas revisiones, no se opta por la solución más eficiente, efectiva o la de mayor calidad, sino por la menos riesgosa. Este artículo busca explorarse sobre los procedimientos de la Contraloría General de la República para el descargo de desviaciones o irregularidades en la gestión pública y su alejamiento de los derechos humanos.

Palabras clave: Contraloría General, irregularidades, gestión pública, derechos humanos

ABSTRACT

Public servants during the exercise of their management make decisions and execute actions to fulfill the assignment that has been given to them, but it turns out that, in addition to the mandatory review of powers of legal structures and policies or action plans, the servers should review whether their decision involves subsequent liability risks. The reason for this to happen is very simple and is based on a duality, the positive results of the management are normally the property of the institution and its owners, the

Fecha de recepción:
10/4/2023

Fecha de aprobación:
25/5/2023

problems are the personal property of the servers that executed them. Based on this duality, in many of the opportunities, the decisions are lethargic by a meticulous review of possibilities, this mechanism causes that after said reviews, the most efficient, effective or highest quality solution is not chosen, but for the least risky. This article seeks to elaborate on the procedures of the Comptroller General of the Republic for the discharge of deviations or irregularities in public management and its distancing from human rights.

Keywords: Comptroller General, irregularities, public management, human rights

1. IDEAS PRELIMINARES

Es un dicho común entre los servidores de la administración pública peruana: «Aquel que no ha hecho, nunca ha tenido una acción de Contraloría». Esta frase es la respuesta a una situación cotidiana en los órganos estatales.

Las decisiones para la ejecución de las funciones públicas parten, en la mayoría de los casos, de la aplicación literal de alguna norma. Estas decisiones no implican riesgo porque se ajustan exactamente al modelo previsto por el legislador o quien haya dictado la regulación.

Sin embargo, la realidad de nuestra sociedad es diversa, cambiante y dinámica. Las normas quedan retrasadas y la administración pública no debe detenerse. Es ahí que debe usarse la interpretación para, entendiendo la necesidad pública y la lógica del funcionamiento del Estado, ejecutar la política pública.

En tanto la interpretación es precisamente ello, una lectura razonada de la normatividad basada en múltiples criterios, puede suceder que esta no sea de entendimiento unánime. Así la

decisión, aun con las mejores intenciones, se convierte en una decisión de riesgo porque estará sometida a diversos escrutinios posteriores.

Evidentemente, puede suceder también que exista voluntad por el delito en los servidores públicos de turno y habrá, en ese caso, transgresiones a la ley.

El Sistema Nacional de Control tiene, a partir del encargo constitucional¹, la función de supervisar la ejecución de los recursos públicos y, como resultado de ello, hacer las imputaciones o señalamientos cuando determine que ocurrieron desviaciones en la ejecución de las funciones públicas.

Nuestra administración pública tiene como uno de sus ejes jurídicos sustanciales las garantías de los ciudadanos frente al poder que ejerce la administración pública al principio de legalidad. Evita el abuso del ejercicio del poder por parte del Estado, en la medida en que las acciones de este deben estar enmarcadas en legislación previa, la cual, se supone, ha sido emitida en interés público.

1 Constitución Política del Perú (1993)

La Contraloría General de la República

Artículo 82.- 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. Supervisa 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.

El contralor general es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

El principio de legalidad² implica que la administración pública solo puede ejecutar aquello que está dispuesto, contenido u ordenado en alguna ley previa.

Este principio es bidireccional, así como le dicta un marco de acción al Estado, le brinda a las personas los medios para responder, sobre la base de la ley, cuando perciben que la acción (o inacción) estatal genera alguna afectación a sus derechos o intereses.

Pero sucede que la ley, por sí misma, es inmóvil, está grabada intangible en alguna codificación que no muta salvo que otra norma de igual rango la altere o que se vea afectada por el control jurisdiccional. En cambio, la sociedad, su desarrollo, los problemas públicos y también los particulares están en constante movimiento y cambio. Por ello, los encargados de la gestión pública deben hacerse cargo del entendimiento, de la interpretación de las normas legales para sortear todas estas situaciones muchas de las cuales no están contempladas en la legislación previa. La situación se hace más difícil si debemos resolver un problema urgente, en que se hace inviable esperar a la modificación legal de mañana.

En medio de estas dificultades, divergencias y eventuales contradicciones el Sistema Nacional de Control³ se encarga de:

«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».

Dejamos anotado, casi a modo de pie de página, que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control expande el concepto constitucional, ingresa a la supervisión, vigilancia y verificación de actos y resultados de la gestión pública.

Durante el ejercicio de su gestión, los servidores públicos toman decisiones y ejecutan acciones para cumplir el encargo que se les ha otorgado, pero resulta que, además de la obligatoria revisión de facultades de estructuras legales y de políticas o planes de acción, los servidores deben revisar si su decisión implica riesgos de responsabilidad posterior. La razón para que ello ocurra es muy sencilla y se basa en una dualidad, los resultados positivos de la gestión normalmente son propiedad de la institución

2 Las normas legales nos dictan dos textos que consagran al principio de legalidad, ambas con una redacción muy parecida. Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General
Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo.

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Ley 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Título Preliminar

Artículo I. Principio de legalidad.- Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas.

3 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785.

y sus titulares, los problemas son propiedad personal de los servidores que los ejecutaron.

Sobre la base de esta dualidad, en buena parte de las oportunidades, las decisiones son aletargadas por una revisión minuciosa de posibilidades. Esta mecánica origina que, luego de estas revisiones, no se opta por la solución más eficiente, efectiva o la de mayor calidad, sino por la menos riesgosa. La razón de la aplicación de este criterio estriba en múltiples posibilidades. En el presente caso, nos detendremos en una: el Sistema Nacional de Control (SNC), a través de sus procedimientos, plantea exigencias que, en nuestra lectura, violentan el debido proceso y, con ello, los derechos humanos de los servidores públicos.

2. CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

En *Guía sobre la aplicación del principio-derecho del debido proceso en los procedimientos administrativos* (Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013), encontramos un desarrollo sintético e interesante que nos deriva a entender que el debido proceso es un principio y un derecho. Primero, porque orienta la legislación que regula las manifestaciones de toda autoridad, jurisdiccional o administrativa, que declare, decida o establezca derechos, y, a partir de esta orientación y el mandato legal, obligará a las autoridades a cumplirlo y cautelar su cumplimiento.

Así, involucra al Estado en todo el espectro de sus manifestaciones desde la regulación hasta la decisión. Con esta unión, el texto construye el concepto de «principio-derecho».

Además del principio expresado en derechos, como indica la citada guía sosteniéndose en

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional (TC), la guía caracteriza al debido proceso como un derecho humano, inherente la persona y protector, de todo aquel que, por decisión propia o ajena, participa en algún proceso o procedimiento.

Este último punto es crucial en el debate que planteamos en el presente texto.

3. LOS PROCESOS DE CONTROL

En puridad no, los procesos de control distan mucho de ser procesos o procedimientos administrativos. Las razones son múltiples:

- El sistema nacional de control, a través de sus organismos, órganos e instancias, cumple una función autónoma, en el sentido que no depende, o, mejor dicho, no debe depender, de la voluntad de algún agente público. El control se ejecuta porque está ordenado en la ley y está ordenado así porque conviene al interés público la verificación que el ejercicio del poder se realice en cumplimiento del ordenamiento legal y la correcta utilización de los recursos públicos.

La Constitución Política de 1993, en su artículo 82, indica que la Contraloría General de la República (CGR) «supervisa la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control».

- El control no implica la determinación de un derecho individual, el pronunciamiento, la autorización o licencia, se trata de —como dije— del ejercicio funcional que deriva en un informe que expresa, o debería expresar, el nivel de cumplimiento de la administración pública sobre sus

mandatos legales y los recursos que se le han asignado.

- El ordenamiento legal ha dispuesto una secuencia de acciones, un método, que deben cumplir los órganos de control para ejecutar sus funciones. Esta secuencia puede ser calificada, sin el menor error, como proceso y algunos de sus elementos como procedimientos.

Además, tales procesos o procedimientos son cumplidos en el ámbito del sector público, en el espacio de la administración pública. Por ello, ¿podrían ser calificados de administrativos? Sí.

En este punto, para evitar toda confusión, toca releer el artículo 29 de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

«Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados».

Regreso a lo dicho en los literales a) y b) precedentes, el resultado del control, expresados en diversas clases de informes⁴, no es un acto administrativo ni deriva, necesariamente, en la afectación de intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

Dicho lo anterior, toca apreciar que la administración pública no es un ente virtual o automático, las funciones son planificadas, presupuestadas, ejecutadas y evaluadas por personas, por servidores públicos, quienes —como anoté— tienen como derecho inherente el debido proceso.

Según la legislación nacional, el control puede ser interno y externo, los cuales pueden ser previos, concurrentes y posteriores⁵.

En el caso del control posterior, la denominación explica su funcionamiento administrativo, los órganos de control revisan la ejecución estatal luego que ha ocurrido, normalmente basados en la documentación que consta, o debería constar, en los archivos institucionales. Por el paso del tiempo entre la decisión y la revisión, los servidores que decidieron o ejecutaron las acciones en revisión pueden mantenerse en la institución o encontrarse fuera de ella por las razones más diversas.

4. ELEMENTOS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Se califica como garantías contenidas en el debido proceso a las siguientes:

El derecho a la notificación.- El conocimiento oportuno e integral de la decisión adoptada y su contenido. Tal conocimiento debe ser trasladado a todas las partes involucradas, incluidas las que tienen legítimo interés en el procedimiento y sus resultados.

- El derecho de acceso al expediente.- Permitir al administrado acceder al expediente del proceso, incluidos sus informes, dictámenes, archivos y otros elementos relevantes que permitan ejercer adecuadamente el derecho de defensa.
- Derecho a la defensa.- Que se deriva en dos elementos, el derecho a que cada persona exponga sus fundamentos ante la administración y que tal ejercicio se realice en plazos prudenciales.

⁴ Las clases de informes dependen de la regulación específica del control que se está realizando.

⁵ Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. (23 de julio de 2002). Normas legales. Diario oficial *El Peruano*.

- Derecho a ofrecer y producir pruebas.- Se explica por sí mismo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la pertinencia de tales pruebas al caso concreto.
- Derecho a una decisión motivada y fundada en derecho.- La autoridad debe incluir en su decisión los hechos y el derecho en los cuales sustenta su decisión, incluida la valoración o apreciación de las pruebas presentadas y de los fundamentos indicados por el administrado, en caso estos se hayan puesto en consideración de la autoridad.

Recordemos que la motivación suficiente es un elemento sustancial a la existencia de un acto administrativo.

- Derecho a la presunción de licitud.- La presunción de legalidad o de inocencia obliga a la autoridad a acudir a la revisión de los hechos sin cargas previas y demostrar con hechos y con una lectura precisa del derecho su punto de vista.

Este derecho adquiere especiales dimensiones y exigencias en el derecho penal y en los procesos sancionatorios.

- Derecho a un plazo razonable.- Dice la frase popular: «La justicia que no es oportuna no es justicia».

Nótese que, para todo efecto, desde una solicitud sencilla hasta para la determinación de derechos de mayor nivel, como la propiedad, el plazo que toma la autoridad en pronunciarse es uno de incertidumbre, tal afectación no debe ser ni extensa ni indeterminada.

- Derecho a ser investigado por una autoridad competente.- La competencia, como se sabe, invoca la capacidad de una autoridad para pronunciarse por indicación

previa de la ley, sea por materia, territorio, cuantía, tiempo o grado.

Debería ser exigible, por otro lado, que el competente en la materia además sea especialista en ella, pues solo así se puede garantizar una apreciación informada de las situaciones.

- Derecho a ser investigado por una autoridad imparcial.- El que evalúa el caso no deberá tener ningún interés o relación personal con el tema en discusión y deberá mantener una posición objetiva a lo largo del proceso.
- Derecho a impugnar.- Tenemos derecho a cuestionar y rebatir lo decidido por la autoridad en las vías, formas, plazos y medios que dispone la ley.
- *Ne bis in ídem*.- Nadie debería ser ni sancionado ni procesado dos veces (o más) por los mismos hechos.
- Publicidad de las normas procedimentales.- Las normas que ordenan los procesos y las sanciones deben haber sido, de forma previa a cualquier actuación, publicadas o notificadas adecuadamente.

Condensando los elementos señalados el concepto clave es el de la información. Así, mediante la notificación se traslada al interesado, procesado o administrado la información contenida en la decisión de la autoridad.

En este punto, desde nuestra óptica se ha descuidado un tema, la notificación se ha reducido a ser un mecanismo que genere certeza, a la administración, que una decisión se ha trasladado a la persona interesada en fecha certera. Nada más.

Por su parte, la decisión administrativa, cada vez más especializada, es en el mejor de los casos un

conjunto de implicancias hecho-ley y viceversa, la mayoría de veces solo comprendida por especialistas. El principal actor, aquel por el cual se han construido garantías, reformas y simplificaciones, queda inerme frente a tal texto.

No se cumple entonces ni la función de notificación, poner en conocimiento la decisión, ni de la resolución porque no se puede ejecutar o contestar lo que no se entiende (Delgado Vizcarra, 2022).

Solo con ese conocimiento, el notificado estará en capacidad de reaccionar válidamente, sea para defenderse o para aceptar la decisión.

También es información el acceso al expediente y, en realidad, no solo a este sino a todos los documentos, antecedentes, informes o dictámenes vinculados con el asunto en ciernes. Por supuesto que estos textos deberían poder ser revisados y analizados con detalle, lo cual impone un tiempo para ello.

Ninguna autoridad debería presumir que el participante en el proceso, por alguna razón, tiene conocimiento pleno y detallado de toda la documentación de un caso.

Para ejercer la defensa, debemos estar informados, además de la temática del caso, del derecho que nos ampara (o imputa responsabilidades) y de aquellas regulaciones que obligan a la autoridad y que son base para la construcción de su decisión. Sin esa información previa, publicada o notificada, la defensa queda reducida a la argumentación fáctica.

El derecho de defensa, como garantía procesal, se encuentra íntimamente ligado al debido proceso. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, manifiesta que en el proceso deben cumplirse ciertas condiciones para asegurar una adecuada defensa de aquellas

personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial o de otra índole.

«Artículo 8.- Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro del 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».

En la misma línea de ideas, la misma Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2.b, precisa la forma en la que se debe manejar la información previa para el interesado:

«Artículo 8. Garantías judiciales

[...]

1. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada».

La información que se acompaña a la acusación o imputación debe ser completa, lo que implica, en el caso del control, todo el acervo probatorio y las razones por las cuales el Estado formuló tal imputación. Como resulta obvio, en caso de que el acervo documentario sea excesivo, se deben dar las facilidades para el acceso a los archivos institucionales, situación que involucra dos situaciones, el acceso a la documentación y el tiempo necesario para analizarla.

Finalmente, en esta extracción, debe exigirse que las autoridades fundamenten sus decisiones de forma clara, completa y detallada, de tal forma que pueda ser conocida por el ciudadano promedio y no solo por el experto en derecho o el especialista en la materia discutida.

Esta afirmación se sustenta en varias expresiones legales⁶:

«Constitución Política del Perú

Artículo 139.5: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».

«Código Procesal Constitucional

Artículo 17.- La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso: [...] 4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada».

«Código Procesal Civil

Artículo 50.6.- Son deberes de los Jueces en el proceso: 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia».

«Código Procesal Penal

Artículo 394.- La sentencia contendrá: [...] 3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique; 4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo».

La motivación, en línea con lo expresado por las normas antes citadas, debe ser completa e integral, abarcando toda la voluntad del órgano de decisión legal, las distintas consideraciones que ha meritado para optar por una decisión u otra.

El principio de transparencia exige que, por lo menos en la administración pública, el proceso de decisión quede graficado en el texto resolutivo, que se haga conocido el bagaje de re-

flexiones y no solo aquellas que conducen al resultado que se está notificando.

Esta transparencia, además del derecho humano al debido proceso, exige que la resolución (sea cual fuere su forma) debe ser redactada de manera que sea entendible por toda persona, en especial aquel que ve afectados (negativa o positivamente) sus derechos o intereses.

Las decisiones deben ser claras, completas y detalladas, al punto de ser comprensibles por cualquier persona.

A través de la historia, la idea de motivar ha sido considerada, por defecto, como un instrumento técnico-legal que se limita a proporcionar los criterios usados a las personas instruidas en la materia. Es decir, basta que sea entendible por los especialistas y no por cualquier persona.

Nuestra legislación se encuentra retrasada respecto a las exigencias por la claridad o sencillez.

Ser claros y directos, incluso en el lenguaje, es una obligación de la autoridad para que la motivación completa pueda ser de conocimiento de aquel afectado con la decisión. Dicho de manera distinta, el afectado con la decisión no tiene ni debe ser un especialista en derecho o en el tema a ser decidido. Si se acepta ello como premisa, se aceptará que la redacción sencilla es una herramienta imprescindible para hacer posible el conocimiento real de las decisiones y como reflejo la reacción de defensa o aceptación de ellas.

Sobre esto, Delgado (2022) señala que, para defendernos, debemos saber qué se dice de nosotros o de nuestro derecho, interés o expectativa porque el tener que acudir a un especialista para entender lo notificado y decidir qué hacer con esta encarece la acción, cuestión que

6 Como es evidente, la legislación contiene numerosos textos en el mismo sentido. He recogido algunos a modo de pequeña muestra.

debería evitarse en una administración pública que se precie de democrática.

5. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL AFECTA EL DEBIDO PROCESO

He anotado que el proceso de control no es, en un sentido estricto, un procedimiento administrativo. Sin embargo, como señalé también, la gestión pública y la ejecución de políticas públicas es materia de personas, de servidores públicos que interpretan normas y las aplican cotidianamente.

En esta línea, en tanto derechos inherentes a las personas, son exigibles todos los elementos o garantías del debido proceso. Sin embargo, no hallamos tal celo como se evidencia en las líneas siguientes.

4.1. Las labores de control inician de modo planificado a fin de que sus objetivos sean alcanzados mediante el adecuado desarrollo de las etapas de su proceso, obteniendo resultados de calidad e impacto es un plazo oportuno⁷; producto de tal planificación se aborda el control correspondiente en sus distintas clases⁸:

- Servicios de control previo
- Servicios de control simultáneo
- Servicios de control posterior

4.2. En el caso del control posterior, producto de las revisiones efectuadas a la documentación de la entidad pública, el órgano de audi-

toría establecerá una serie de conjeturas sobre la actuación de los servidores públicos.

Tales conjeturas serán trasladadas a quienes el órgano de control considera responsables, señalando además cuál habría sido la falencia. Se adjuntan a esta, normalmente, un gran conjunto de documentos que podrían apoyar el supuesto del órgano auditor. Según la Directiva 007-2021-CG/NORM, Servicio de Control Específico a Hechos con Presunta Irregularidad⁹, se otorga un plazo de cinco días hábiles para emitir una respuesta sustentada en documentación, la cual además debería estar legalizada o fedateada.

Formas similares se dictan en el caso de la Auditoría de Cumplimiento. Según la Directiva 001-2022-CG/NORM, Auditoría de Cumplimiento, se otorga un plazo de diez días hábiles con la misma característica. Es decir, la documentación que presenta el servidor debe estar legalizada o fedateada.

Los plazos pueden ser razonables o escuetos, dependiendo de múltiples variables. Serán razonables si el servidor se mantiene laborando en la dependencia objeto de control y si los hechos revisados son puntuales.

Serán escuetos si los hechos son numerosos y voluminosos, situación que se complicará gravemente si el servidor no continúa en labores para la institución en revisión.

Es en este punto en que se hacen visibles las fallas de diseño de las directivas de control ya que afectan derechos humanos en lo relativo al debido proceso¹⁰.

⁷ Resolución de Contraloría 295-2021-CG. Normas generales de control gubernamental. 23 de diciembre de 2021, página 17.

⁸ La clasificación se encuentra en la citada Resolución 295-2021-CG.

⁹ Resolución de Contraloría 134-2021-CG. Directiva 007-2021-CG/NORM. «Servicio de Control Específico a Hechos con Presunta Irregularidad». 11 de junio de 2021.

¹⁰ Es cierto que resulta imposible que, normativamente, se prevean todos los supuestos. Sin embargo, si es posible que cada situación específica tenga un espacio de discrecionalidad por quien es responsable de otorgar las ampliaciones de plazo para respuesta que pueden ser solicitadas.

Antes de cualquier análisis, hay algunos temas que deben tenerse subyacentes y siempre presentes en el control.

La función de control además de implicar, en términos generales, la supervisión del cumplimiento de las funciones estatales, involucra la determinación de responsabilidades. Estas son, recordemos, bidireccionales. Se tiene al responsable de un logro, de un proyecto o cometido público, y al responsable que tal no haya ocurrido.

Valgan verdades, no he podido leer un informe que reconozca responsabilidades meritorias, sí de las otras, las que generaron problemas en la ejecución del proyecto o política.

Las normas de control nos muestran una variedad de versiones de responsabilidades, según el tipo de control que se esté trabajando. La auditoría financiera importa incrementar el grado de confianza de los usuarios de los estados financieros. En la de desempeño, se verifica si los proyectos, sistemas o programas operaron con criterios de economía o eficiencia. En la auditoría de cumplimiento, se evalúan las evidencias sobre aspectos significativos de las operaciones, actividades y procesos analizando si cumplen con la normativa aplicables.

En la suma del primer caso, el contenido de la consulta a los responsables es evidente. Se piden explicaciones, sustentadas, de las metas u objetivos que no se alcanzaron o por qué no se cumplió con la normativa establecida.

El segundo caso, control simultáneo, es más diverso. Las responsabilidades pueden derivar de formalidades que no se cumplieron, como el plazo para la implementación del plan de acción o el incumplimiento funcional del titular de la entidad para el seguimiento de las recomendaciones contenidas en el informe

de auditoría hasta complejas contravenciones a las normas administrativas. Por ejemplo, la contratación de personal sin el previo cumplimiento de los requisitos, la falta de cumplimiento de las normas de contrataciones del Estado favoreciendo a un proveedor estatal u otro, o la asignación de bienes o fondos a quienes no deberían recibirlos.

En ambos casos, la consecuencia, en el supuesto que los auditores consideren que no se han absuelto adecuadamente los señalamientos, desviaciones o imputaciones es que se señalen responsabilidades y, eventualmente, hasta se recomiende la apertura de procedimientos sancionatorios o, en el peor de los casos, civiles o penales.

El procedimiento sancionatorio es, a todas luces, un procedimiento administrativo. Ello no está en discusión. Los informes de control y sus conclusiones son parte sustancial en el análisis que se sigue en el procedimiento sancionatorio tal como se indica en el artículo 45 de la Ley 31288, constituyendo en prueba de este.

Así las cosas, consideramos que el servidor público no puede estar desprevenido en la construcción de esta prueba inicial, sea vinculante o no, es la expresión formal de una autoridad estatal determinando si una persona está sujeta a responsabilidades administrativas, civiles o penales.

Esa expresión formal, en ese sentido, afecta los derechos, intereses y, eventualmente, el proyecto de vida de las personas. Por ello, consideramos que se debe respetar cada derecho diseñado para el debido proceso.

De la revisión específica de las afectaciones, encontramos lo siguiente:

- El derecho a la notificación.- Los órganos del Sistema Nacional de Control, corres-

ponde reconocer, salvo excepciones operativas, son muy cuidadosos en este tema. La experiencia nos muestra que tratan de hacer de conocimiento de las imputaciones por varios modos y formas.

La forma del informe que es objeto del traslado, también, en casi todos los casos es razonablemente completa, cada enunciado tiene un desarrollo técnico y legal y adjunta, inclusive, los documentos que son mencionados como prueba por el órgano auditor.

- El derecho de acceso al expediente.- Tengamos presente que tenemos dos clases de imputados, aquel que se encuentra laborando en la institución y aquel que ya no lo está.

El segundo caso es más usual cuando se trata de personas designadas, sea el titular de la entidad o algún otro que pertenezca a la capa directiva de la institución en revisión.

Esta diferenciación es relevante por dos razones. La primera, en la respuesta a los oficios de los órganos de auditoría, se requiere que las afirmaciones se encuentren acompañadas de sustento documental que, como lo he anotado, debe estar fedateado o legalizado, y la segunda por el plazo que, reglamentariamente, se indica para las respuestas.

Partamos de la premisa que el acervo documental es de la institución, así lo establece el literal b) del artículo 32 del Decreto Supremo 008-92-JUS, disposición en que, adicionalmente, se indica como sancionable la extracción no autorizada de documentos.

En este sentido, ningún servidor que se retira de una entidad pública debería llevar consigo documento alguno, más allá, evidentemente,

de sus efectos personales, pues esto constituye una afectación al patrimonio documental de la nación.

Ocorre aquí un punto de distinción para quien continúa laborando en la entidad pública bajo control contra aquel que no. El que se mantiene en la institución tiene acceso al acervo documental, puede indagar directamente en el conocimiento formado en común con otros servidores. Recuérdese en este punto que las acciones estatales se construyen a partir de varios elementos de información. Así, por ejemplo, una resolución ministerial tendrá mínimamente como informes previos uno de la Oficina de Asesoría Jurídica, uno de la dirección técnica o administrativa correspondiente y alguno otro que haga falta.

Quien aún labora en la entidad, en caso obtenga nuevas pruebas, podrá acercarse al fedatario y solicitar su servicio. Seguramente ello no impondrá más costo que el tiempo empleado en esta labor.

En cambio, tales acercamientos son, por decir lo menos, muy complicados para aquel que no continúa en la entidad, quien debe apelar a la memoria, en el mejor de los casos tendrá notas. Pedirá ampliación de plazo para la respuesta al órgano de control, indicará que no tiene acceso directo a los documentos, debe llamar a quienes laboraron con él para reconstruir lo que sucedió y sobre esa base construir sus argumentos.

Seguramente, obtendrá una ampliación de plazo, la cual dependerá en su extensión de la directiva correspondiente. Por ejemplo, para el caso del servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad, son cinco días hábiles, que por lo general resulta exiguo frente al requerimiento documental.

Y podría complicarse más aún si la sede institucional objeto de revisión se encuentra en lugar distinto al de la residencia del ex servidor público.

Como sucede con cualquier hecho humano, cuanto más lejano es el hecho en el tiempo, más difícil es el recuerdo para reconstruir lo sucedido. Las cosas se complican aún más si se tiene en cuenta que, si uno pedirá documentación por los sistemas de transparencia¹¹ la solicitud, el plazo para la respuesta es de un máximo de diez días hábiles.

Recordemos también que la solicitud en vía de transparencia deberá ser precisa por lo menos en cuanto a la denominación de la documentación o sus fechas y cumplir los datos que el formato institucional requiera.

Así, el Sistema de Control pone al servidor público, en realidad al ex servidor público, en una situación de defensa debilitada, porque para construir su defensa debe hurgar en documentación que le es ajena, situación que se agrava si la sede de la institución donde alguna vez laboró es lejana a su domicilio.

- Derecho a la defensa.- Que se deriva en dos elementos, el derecho a exponer fundamentos a su favor y que tal ejercicio se realice en plazos prudenciales. Respecto de lo primero, todo servidor o ex servidor es libre de argumentar lo que crea que corresponde y todo lo que crea necesario, dentro de los plazos establecidos.

El gran problema es la afectación al derecho de defensa respecto del plazo. La jurisprudencia

constitucional ha indicado que este debe ser razonable¹², concepto que debería derivar en la revisión de cada caso específico. Habrá algunos que pueden ser contestados en pocos días y otros que importen un plazo tengamos presente que las comisiones auditoras normalmente han tenido un equipo de gente revisando documentación por tiempos bastante largos, eventualmente varias semanas, antes de, por ejemplo, la sola planificación

Continuando con el tema del acceso a la documentación, desde nuestro punto de vista, el análisis adecuado para la defensa solo se puede realizar si se cuenta con toda la documentación. Relevante o no, esta servirá para colocarse en la situación y explicar las motivaciones y sustentos que llevaron a una decisión *x* o *y*. Sin embargo, las directivas de la CGR colocan al servidor o exservidor frente a plazos escuetos, como de cinco o diez días, para la respuesta restando las posibilidades de análisis y argumentación.

- Derecho a ofrecer y producir pruebas.- Debe reconocerse que en este caso no hay restricciones.
- Derecho a una decisión motivada y fundada en derecho.- Hay, en la mayoría de los casos un problema de motivación y sustento en los informes que producen los órganos de auditoría. Sucede que en buena parte de los casos no atienden, sea para aceptar o negar, los argumentos y pruebas presentados por el servidor público.

11 Artículo 11 del Decreto Supremo 021-2019-JUS. (11 de diciembre de 2019). Normas legales. «Texto Único Ordenado de la Ley 27806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública». Diario oficial *El Peruano*.

12 Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces Especializados en Materia Constitucional. (1 y 2 de diciembre). Acuerdos Jurisdiccionales. Poder Judicial del Perú.

En esa línea, varios de los informes finales generan la sensación que no se leyeron y menos analizaron los argumentos expuestos, situación que afecta el derecho de defensa para instancias posteriores. Recuérdese que estos informes servirán de base para procesos disciplinarios o judiciales.

- Derecho a la presunción de licitud.- Debe reconocerse un trabajo especialmente dedicado y detallado en torno a las imputaciones a los servidores y ex servidores públicos. Los informes tratan uno a uno cada tema. Sin embargo, convendría mayor profundidad en las revisiones y atención a los argumentos expuestos por quien es imputado.
- Derecho a ser investigado por una autoridad competente.- La competencia formal es incuestionable, los equipos o comisiones son designados para ese periodo, caso o proyecto.

Sin perjuicio de lo dicho, existe el caso eventual que el informe es elaborado por una comisión o equipo de auditoría que no cumple con la especialidad que corresponde a la institución o el proyecto revisados. Esta situación afecta el criterio y la calidad de la información que se produce desde el sistema nacional de control.

- Derecho a impugnar.- Según las normas generales de control gubernamental, los informes no son impugnables¹³.

Por su naturaleza, el informe de control es un documento que concluye en recomendaciones que otra autoridad puede implementar. Así,

en realidad, la impugnación no se interpondrá sobre la fuente que señala responsabilidades, sino sobre la decisión que adopte la autoridad luego de analizar las responsabilidades correspondientes.

Sin embargo, la realidad nos marca consecuencias importantes. Los informes pueden derivar en el inicio de procesos disciplinarios o judiciales, las consecuencias son directas a la persona imputada. Recuérdese que el solo hecho de acudir a un proceso disciplinario importa un costo importante para cada servidor, sea por el tiempo invertido o por la necesaria asesoría a la que debe acudir.

CONCLUSIONES

Insistimos en que el proceso que sigue el Sistema Nacional de Control no es un procedimiento administrativo. Sin embargo, ello no deriva en que este y sus múltiples variables puede ser diseñado con total albedrío.

La Contraloría General de la República debe tener presente que el señalamiento de imputaciones o desviaciones se realiza a servidores o ex-servidores, quienes, en tanto personas, gozan de garantías inherentes frente a la actividad estatal.

En esa línea, el diseño de las actividades de control debe cautelar el cumplimiento de todos los elementos del debido proceso, cuestión que hoy no cumple tanto por lo expresado en las resoluciones de contraloría como por la práctica ejecutada en la materia.

13 Resolución de Contraloría 295-2021-CG. Normas generales de control gubernamental. 23 de diciembre de 2021, página 22. «Los informes de control emitidos por el SNC constituyen actos de administración interna de los órganos conformantes de este, por lo cual no están sujetos a recursos impugnativos, La revisión de oficio es una facultad exclusiva y de iniciativa propia de la Contraloría para verificar, selectivamente, si la elaboración de un informe de control se ha sujetado a la normativa de control; de cuyo resultado se puede determinar la reformulación».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Delgado Vizcarra, A. (2022). «La notificación como medio de comunicación». *Estudios sobre derecho administrativo*, páginas 405-420. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad.

Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013). *Guía sobre la aplicación del principio-derecho del debido proceso en los procedimientos administrativos*. Lima.

SOBRE EL AUTOR

Especialista en obras públicas e infraestructuras. También en diseño, desarrollo e implementación de políticas públicas con especial énfasis en las relativas a defensa nacional, infraestructura, promoción de la inversión privada e inversión pública. Gestión pública especialmente en lo relativo a las adquisiciones estatales. Árbitro en contrataciones del Estado y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Busca innovar y crear valor en el sector público.