

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL



**ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DE LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA SANCIONAR
POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL Y SU
RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DEL “*NE BIS IN IDEM*”**

Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional

**Tesista: ERIKA GARCÍA COBIÁN CASTRO
Asesor: ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS**

LIMA, 2014

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	13
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONTROL GUBERNAMENTAL	13
1.1. Antecedentes históricos de las Entidades Fiscalizadoras y de la Contraloría General en el Perú ..	13
1.2. Naturaleza jurídica de las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el Estado	23
1.2.1. Definición	23
1.2.2. Funciones.....	26
1.3. Las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el Derecho comparado.....	28
1.4. La Contraloría General de la República en el ordenamiento constitucional peruano	42
CAPÍTULO II	47
DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTATALES PARA SANCIONAR EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL.....	47
2.1. Estado constitucional: control y colaboración entre poderes y organismos constitucionales	47
2.2. Estado constitucional y control presupuestario.....	52
2.3. Estado constitucional y poder punitivo por responsabilidad administrativa funcional.....	56
2.4. Distribución de competencias estatales para determinar y sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional en el ordenamiento jurídico peruano.....	63
2.5. Contraloría General de la República y facultad para sancionar por responsabilidad administrativa funcional	76
CAPÍTULO III.....	82
ANÁLISIS DE LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO “ <i>NE BIS IN IDEM</i> ”	82
3.1. Afectación del principio <i>ne bis in idem</i> , por la ampliación de facultades sancionadoras de la Contraloría General	85
3.1.1. Ámbito normativo y contenido del principio <i>ne bis in idem</i>	85
3.1.2. La Ley N° 29622 que modifica la Ley N° 27785, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, restringen el principio y derecho al <i>ne bis in idem</i>	98
3.2. Finalidades y bienes que protege la ampliación de facultades sancionadoras de la Contraloría General 103	
3.3. Análisis de adecuación y necesidad de la Ley N° 29622	112
3.4. Análisis de proporcionalidad en sentido estricto: criterios para la interpretación adecuada constitucionalmente de la determinación de responsabilidades administrativas funcionales, contenidas en la Ley N° 29622 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.....	115
CONCLUSIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	125

INTRODUCCIÓN

1. Contexto del tema de investigación

En el ordenamiento constitucional peruano, la Contraloría General de la República es un organismo constitucional autónomo y órgano superior del Sistema Nacional de Control, encargado de la supervisión de 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 (artículo 82° de la Constitución Política del Perú).

Por su naturaleza institucional la Contraloría General corresponde a la figura de una Entidad Fiscalizadora Superior, definida como el organismo público que, con independencia de su designación, constitución u organización, ejerce en virtud de su competencia jurídica, la más importante función de auditoría pública en el Estado¹ y rectoría del control gubernamental.

En tal sentido, la misión constitucional última de esta institución consiste en cautelar el presupuesto del Estado y la adecuada gestión de los recursos públicos, en atención a los criterios de eficiencia, eficacia, transparencia y economía, legalidad y cumplimiento de los lineamientos de política y planes de acción, “orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos” (artículos 6° y 16° Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República).

No obstante la existencia de este marco institucional, la Contraloría General de la República consideró, en su oportunidad, que las facultades con las que contaba para el

¹INTOSAI. Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores. *Glosario en línea de terminología de fiscalización de la INTOSAI*. Consulta: 19 de marzo de 2012. <<http://www.intosaiglossary.org/Main.aspx>>

cumplimiento de su misión, resultaban insuficientes para asegurar la eficacia la función y posición del control gubernamental en el Estado, especialmente frente a la identificación de responsabilidades y sanción de funcionarios públicos que, en el manejo de los recursos públicos, incurriesen en responsabilidad administrativa funcional. Señaló que el hecho de que fuera la propia entidad a la que perteneciese un funcionario o servidor público, la encargada de sancionar por los supuestos de responsabilidad administrativa funcional identificada en los Informes de Control, contribuía a la prescripción, disminución de sanción o impunidad de los actos irregulares que afectaban el presupuesto público².

En tal sentido, el 17 de agosto de 2010, la Contraloría General presentó el Proyecto de Ley N° 4210/2010-CGR, que proponía innovar el régimen de procesamiento y sanción de responsabilidad administrativa funcional identificada en los Informes de Control, para fines de implementar un esquema uniforme y ordenado de infracciones graves y muy graves y de un procedimiento especial en la esfera competencial de la Contraloría General de la República³.

Finalmente, luego de su debate en la Comisión de Fiscalización y Contraloría, el proyecto de ley fue aprobado en el Pleno del Congreso de la República, en primera votación, el 18 de noviembre de 2010. La autógrafa fue promulgada el 06 de diciembre del mismo año, convirtiéndose en la Ley N° 29622, “Ley que modifica la ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional”. La norma se publicó al día siguiente en el diario oficial El Peruano.

² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Exposición de motivos del Dictamen recaído en el Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR que propone una Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.* Lima, 2010.

³Idem.

2. Planteamiento del problema

2.1. Problema de la investigación.

En el marco de dicho contexto, el problema central que abordará la investigación será el cuestionamiento a la constitucionalidad o legitimidad de la ampliación de las facultades sancionadoras reconocidas a la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional, y la aparente incompatibilidad de la particular configuración de estas facultades en la Ley N° 29622 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, con el principio del “*ne bis in idem*”.

Aun cuando la aprobación de esta norma haya sido promovida para fortalecer la protección de los recursos públicos así como para contribuir a la probidad administrativa y la lucha contra la corrupción, la misma ha recibido algunos cuestionamientos de naturaleza constitucional, tanto de determinadas instituciones públicas, *vg.* - Ministerio Público y de la Autoridad Nacional del Servicio Civil- como de opiniones especializadas en el ámbito constitucional y administrativo.

El Ministerio Público ha señalado que las facultades sancionadoras exceden el marco competencial de supervisión, atribuido a la Contraloría General por la Constitución y su ley orgánica, y que las funciones de control interno e imposición de sanciones corresponderían a los titulares de cada entidad⁴.

Algunos especialistas han expuesto razones también de índole constitucional, entre las que se esgrimen el exceso en la atribución de poder a la Contraloría General que podría afectar el Estado de derecho y el estatuto de los funcionarios públicos, así como cuestionamientos a la misma configuración de la potestad sancionadora contemplada en

⁴MINISTERIO PÚBLICO. *Oficio N° 730-2010-MP-FN del 06 de octubre de 2010. Opinión sobre Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR*. Lima. 2010.

el proyecto de ley, relativos una alegada vulneración de principios como los de legalidad, debido proceso, *ne bis in idem* y proporcionalidad, entre otros⁵.

Conviene señalar que uno de los principios que encontramos, especialmente involucrado en el análisis de esta situación, es el principio del “*ne bis in idem*”, que si bien se deriva del principio del debido proceso, tiene entidad propia. Dicho principio puede definirse de modo general, como la prohibición de procesar o sancionar a la misma persona, dos veces por los mismos hechos y por idéntico fundamento, y en tal sentido, la proscripción del ejercicio arbitrario del *iuspuniendi* del Estado.

En relación a las facultades sancionadoras reconocidas a la Contraloría General por la Ley N° 29622, dicho principio debería impedir que los funcionarios públicos sean procesados o sancionados más de una vez por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento, especialmente en el contexto de la relación entre las infracciones administrativas contempladas en la citada ley y su reglamento, y los tipos penales contra la administración pública, contemplados en el Código penal.

2.2. Conveniencia y relevancia del estudio

Una de las razones que abonan a la conveniencia y relevancia de la investigación es la necesidad de fortalecer y legitimar constitucionalmente, el papel de la Contraloría General de la República en el Estado constitucional, en cuyo marco consideramos plausibles y funcionales, las facultades de investigación y sanción en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Al respecto, cabe señalar que la doctrina constitucional se ha ocupado, relativamente poco, de la Contraloría General de la República y de su función de control sobre la

⁵DANÓS, Jorge y otros. *Informe jurídico “Observaciones al proyecto de Ley N° 4210/2010-CG”*. Lima, 2010.

ejecución y gestión de recursos públicos en el Estado. Esta situación se ha tratado de explicar en otras realidades en función del alto contenido presupuestario, contable y de auditoría de la actividad fiscalizadora atribuida constitucionalmente a esta clase de entidades⁶.

No obstante, la delimitación competencial de la Contraloría General de la República y su condición de organismo constitucional autónomo configuran una manifestación importante del Estado Constitucional y de su principio de división de poderes, distinguiéndose dicho organismo por controlar la ejecución del presupuesto público del Estado y contribuir a la protección de bienes constitucionales como la legalidad de la ejecución presupuestal y adecuada gestión de recursos públicos, la “eficiencia de las necesidades sociales”, el buen funcionamiento de la administración estatal y la prevención de la corrupción, entre otros.

En tal sentido, resulta necesario analizar con profundidad, la constitucionalidad de la Ley N° 29622 y su reglamento, porque encontramos argumentos que pueden fundamentar su compatibilidad con la Constitución y que, interpretadas y aplicadas conforme a la Carta fundamental, pueden potenciar y legitimar la actuación de este organismo constitucional autónomo con finalidades de primer orden en el Estado.

Por otra parte, en el Perú, existe una desorientación particularmente grave, respecto al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, cuando un mismo supuesto irregular o infracción, pueden activar, simultáneamente o sucesivamente, la intervención punitiva estatal en el ámbito administrativo y en el ámbito penal. Se ha apelado a diferentes criterios de coordinación entre ambas intervenciones, varios de los cuales resultan lesivos del derecho al debido proceso y del principio “*ne bis in idem*”.

⁶ VEGA BLÁQUEZ, Pedro de. “La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México DF, N°1, 1999, pp. 215-240. Consulta: 16 de mayo de 2012. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/art/art8.htm>>

El propio Tribunal Constitucional carece de jurisprudencia uniforme y consistente sobre el particular. Este problema podría presentarse también en relación a la Ley N° 29622 y su reglamento, dado que tales normas parecen recoger supuestos típicos administrativos que podrían estar superponiéndose con supuestos típicos penales correspondientes a delitos contra la administración pública. Por tanto, resulta necesario plantear el análisis, así como criterios de interpretación, que, de ser el caso, articulen ambas intervenciones punitivas en armonía con la Constitución y, por tanto, con el principio *ne bis in idem*.

2.3. Objetivo de la investigación.

En base a las consideraciones expuestas, el objetivo de la investigación es analizar la constitucionalidad de las facultades de la Contraloría General de la República, establecidas en la Ley N° 29622 y su reglamento el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, a fin de:

- Contribuir a potenciar la legitimidad de la Contraloría General de la República, como organismo constitucional autónomo, con funciones de primer orden en el Estado: supervisar la legalidad de la ejecución presupuestal y adecuada gestión de recursos públicos, la “eficiencia de las necesidades sociales”, el buen funcionamiento de la administración estatal y la prevención y lucha contra la corrupción;
- Contribuir a la optimización de los bienes y derechos constitucionalmente protegidos, aparentemente en conflicto a partir de la aprobación de tales facultades, como, por un lado, la legalidad de la ejecución presupuestal y la adecuada gestión de recursos públicos, la eficacia del control gubernamental, el buen funcionamiento de la administración estatal, y la prevención y lucha contra la corrupción, y por el otro, los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem*.
- Aportar a la aplicación razonable y proporcional del principio *ne bis in idem*, en los supuestos de confluencia de intervenciones penales y administrativas, en los que se ha evidenciado una aplicación restrictiva y vulneratoria de dicho principio.

2.4. Preguntas de la investigación

Por lo tanto, las preguntas que orientarán el análisis serán:

- ¿Resulta constitucional el reconocimiento de facultades a la Contraloría General de la República, para determinar e imponer sanciones por actos irregulares que configuran responsabilidad administrativa funcional, derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, conforme se establece en la Ley N° 29622?
- ¿Es constitucional la particular configuración de las potestades de la Contraloría General para determinar y sancionar por responsabilidad administrativa funcional, contenida en la Ley N° 29622 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, en relación con el principio del “*ne bis in idem*”?

3. Marco teórico

La presente investigación tiene como marco fundamental la teoría del Estado constitucional. Si bien esta teoría asienta sus raíces en la doctrina del constitucionalismo liberal que buscó, desde sus orígenes, limitar el ejercicio del poder, contraponiéndose a una organización del Estado basada en el poder absoluto⁷, ha actualizado sus contenidos a fin de optimizar la realización de la dignidad humana y las garantías de los derechos fundamentales⁸.

El estudio de la Contraloría General de la República o de las Entidades Fiscalizadoras Superiores- como se les denomina en un lenguaje estandarizado- se enmarca en el modelo o teoría del Estado constitucional, que reinterpreta el principio de división de

⁷ POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2011. pp. 50-51.

⁸ POZZOLO, Susana, Op. cit. p. 18.

poderes sin perder el fundamento de su origen, orientado al control del ejercicio del poder. En tal sentido, entiende que, más allá de una concepción rígida de división del poder, sobre la base de tres organismos fundamentales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la fidelidad al principio se expresa en la presencia de pesos y contrapesos en el Estado, compatible con la existencia de una multiplicidad de instituciones que asumen funciones especializadas en una relación de control y colaboración entre ellas.

Por otra parte, la sección dedicada al estudio de las Entidades Fiscalizadoras Superiores ha debido lidiar con el débil desarrollo que, desde el derecho constitucional, se ha generado en torno a esta institución. No obstante, hemos encontrado referentes muy valiosos en la obra de VALLÉS VIVES que realiza un estudio del control externo del gasto público desde la perspectiva de su configuración y garantía constitucional⁹, así como de MORÓN URBINA¹⁰, que ha aportado a construir en el Perú una teoría jurídico-constitucional-administrativa del control gubernamental.

En armonía con la teoría del Estado constitucional el análisis de la distribución de competencias estatales para determinar y sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, contenido en el segundo capítulo, se adscribe a la teoría de la unidad del *iuspuniendi* del Estado, asumiendo que tanto la intervención penal como la administrativa disciplinaria, buscan garantizar bienes jurídicos comunes, y finalmente, la realización de derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. En tal sentido, se parte de una posición crítica de las tesis de la autonomía de responsabilidades y la doctrina de las relaciones de sujeción especial.

Finalmente, el análisis concreto de la Ley N° 29622 y su reglamento, se basa en el principio de proporcionalidad del Estado constitucional, apoyándose en la técnica de la ponderación para definir si resulta factible o imperativo, encontrar un sentido

⁹ VALLES VIVES, Francesc. *El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos. Comentarios, legislación y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013. entre otros artículos y publicaciones.

interpretativo de dichas disposiciones conforme a la Constitución, distinto al que denota literalmente su articulado.

4. Hipótesis

Para efectos del desarrollo de la investigación, las hipótesis se estructuran de la siguiente manera:

Hipótesis 1. Las facultades de investigación y sanción para supuestos de responsabilidad administrativa funcional, reconocidas a la Contraloría General de la República a través de la Ley N° 29622, resultan compatibles con el diseño constitucional del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General.

Hipótesis 2. De verificarse la primera hipótesis, afirmamos que es posible interpretar conforme a la Constitución, la Ley N° 29622 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, que regulan de forma específica la competencia y el ejercicio de las facultades de investigación y sanción de la Contraloría General de la República, de manera que resulte compatible con el principio constitucional de *ne bis in idem*.

5. Metodología

La presente investigación utiliza el método deductivo, porque parte de analizar los aspectos generales del objeto de estudio-que en este caso serían la definición histórica, conceptual, técnica, funcional y constitucional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, en el contexto nacional y comparado-para ir decantándose por los temas más específicos del problema, como son la distribución de competencias para determinar responsabilidad administrativo funcional en nuestro diseño constitucional, y finalmente, abordar la específica configuración de las facultades sancionadoras de la Contraloría General de la República en la Ley N° 29622 y su reglamento.

Las fuentes consultadas han sido bibliografía jurídica en materia de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho penal, de producción nacional y extranjera, especialmente, española.

Asimismo, se ha consultado y estudiado la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional peruano y del Tribunal Constitucional español, principalmente, en los temas referidos a la potestad administrativa sancionadora o disciplinaria y el principio *ne bis in idem*. Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano revisadas comprenden el periodo que va entre el 2002 y el 2011, referidas a casos en los que se invocaba la vulneración del principio *ne bis in idem*.

El desarrollo de la investigación ha contado con la valiosa asesoría del doctor Enrique Bernales Ballesteros, docente principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyas orientaciones metodológicas y en materia constitucional han permitido realizar mis expectativas de aprendizaje en el emprendimiento de la investigación así como desarrollar con rigor académico lo que pretende ser un aporte al debate sobre la temática abordada.

CAPÍTULO I

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONTROL GUBERNAMENTAL

1.1. Antecedentes históricos de las Entidades Fiscalizadoras y de la Contraloría General en el Perú

La necesidad de ejercer el control sobre la función presupuestaria del gobernante o autoridad política se remonta al tránsito del Estado medieval al Estado moderno, cuando el Parlamento británico en formación del siglo XIII, fue asumiendo como propia, la facultad para consentir el presupuesto y aprobar los tributos¹¹. Incluso, las potestades legislativas del Parlamento se fueron ganando y arrancando del ámbito de poder del Monarca, usando el arma financiera y la compulsión frente a las solicitudes del Rey para conseguir fondos extraordinarios¹².

Más nítidamente, en el siglo XVII el Parlamento británico se impone frente al Rey, como corolario de un periodo largo de tensiones entre ambas instituciones, generadas por el desconocimiento del Monarca de sus obligaciones frente al Parlamento, entre las que se encontraba la aprobación de impuestos con el consentimiento de esta institución¹³.

Es interesante anotar que el control parlamentario del presupuesto no se limitaba a la autorización de los tributos. La cámara de los Comunes complementó el control supremo

¹¹PLANAS, Pedro. *Derecho parlamentario*. Lima: Ediciones Forenses, 1997, p. 16.

¹²PLANAS, Pedro. *Regímenes políticos contemporáneos*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1997, p. 65.

¹³PLANAS, Pedro. *Regímenes políticos contemporáneos*. Op. Cit., pp.65-70.

que tenía sobre la capacidad impositiva, con su facultad de determinar o prescribir los objetivos para los cuales se debería gastar el dinero público¹⁴.

Por otra parte, si bien en la historia francesa el consentimiento de los impuestos no fue una práctica regular, el control presupuestario se manifestó a través de los jueces de cuentas y la constitución de una Corte de Cuentas, cuya aparición se registra en la Edad Media. Esta institución se caracterizó por la especialización en asuntos financieros del Estado, entre los que se encontraba la prevención contra la diversidad monetaria, y la imposición de la rendición de cuentas periódica para los gestores locales. La supresión de la Corte de Cuentas durante el periodo revolucionario se explica por la desconfianza que generaron los jueces del Antiguo Régimen dada su sujeción a la Monarquía y su relación con prácticas de corrupción. No obstante, los revolucionarios franceses no desconocieron el concepto del control de la gestión del presupuesto público, lo que se demuestra con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando reconoce el derecho de los ciudadanos a “comprobar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su cuota, la base, la recaudación y la duración”. Más adelante, en la primera mitad del siglo XIX se recupera la institución del Tribunal de Cuentas, encargándosele la función de asistir al Parlamento en el control de la ejecución de las leyes financieras en 1822, y reconociéndosele a partir de 1832, como un órgano auxiliar del Parlamento¹⁵.

La experiencia de un control jurisdiccional sobre las cuentas del Estado se replica en España por influencia francesa, cuyos precedentes preconstitucionales más remotos pueden distinguirse en la Edad Media y en el Antiguo Régimen.

La denominación de Contador Mayor de Cuentas, se utilizaba desde mediados del siglo XIV y, el de Tribunal de la Contaduría Mayor de Cuentas, desde mediados del siglo XVI¹⁶. Esta institución se mantiene durante la modernidad, con la finalidad atender las

¹⁴ VALLES VIVES, Francesc. Op.cit. p. 33.

¹⁵ VALLES VIVES, Francesc. Op.cit. pp. 64-71.

¹⁶ TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA. Portal institucional. Consulta: 22 de setiembre de 2012. <www.tcu.es>

dificultades en la recaudación de tributos y en la ordenación de las cuentas, así como para fortalecer el poder y dominio del Rey en un proceso de consolidación de las monarquías frente a los señores feudales. Así, por ejemplo, se intentaron contrarrestar las dificultades para centralizar la recaudación de impuestos y viabilizar la prohibición a los señores feudales acuñar su propia moneda, siendo un derecho exclusivo de la Corona¹⁷.

Dada la relevancia que la Constitución de Cádiz de 1812 tiene para el constitucionalismo iberoamericano, es interesante anotar que esta Carta recogió la institución de la Contaduría Mayor de Cuentas en su artículo 350°, lo que constituyó un precedente para las Constituciones en América Latina. Así, se estableció que “Para el examen de todas las cuentas de caudales públicos habrá una Contaduría Mayor de Cuentas que se organizará por una ley especial”¹⁸.

Los antecedentes de la implantación de una entidad fiscalizadora superior en el Perú y del control sobre la actividad presupuestaria pueden encontrarse en la colonia, específicamente en las acciones adoptadas por la Corona con la finalidad de establecer un sistema de garantías y control sobre los dineros del Rey, especialmente, determinada por las amenazas de una corrupción generalizada entre los funcionarios españoles ubicados en tierras americanas. Uno de los primeros mecanismos implementados durante el siglo XVI para controlar los recursos de la Corona en la Colonia fue la rendición de cuentas, prestada por los oficiales reales ante distintas instancias o autoridades, según el momento y decisión real que se hubiere adoptado. Así, podía haberse cumplido con la rendición de cuentas ante los oidores de la Real Audiencia de Lima o ante los visitantes enviados por la Corona o frente a los contadores del Consejo de Indias¹⁹.

No obstante, los esfuerzos realizados por la Corona para asegurar el control de la hacienda real a través de la rendición de cuentas, los resultados terminaron siendo insuficientes, dada

¹⁷TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA. Portal institucional. Consulta: 22 de setiembre de 2012. <www.tcu.es>

¹⁸MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos. Comentarios, legislación y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 18.

¹⁹CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *La Contraloría cuenta su historia*. Lima: Contraloría General de la República y Empresa Editora El Comercio, 2013, pp. 46-49.

la ausencia de una reglamentación específica para la provisión real de la toma de cuentas así como por la escasa capacidad técnica y especialización de los funcionarios a cargo de dicha función²⁰.

La ineficiencia del sistema de control sobre la gestión y uso de las riquezas obtenidas en las colonias para el Rey contribuía a producir filtraciones en el proceso de remisión de los tesoros a España. Se ha registrado que los oficiales reales disponían de los ingresos generados por la empresa colonial como si fueran propios, para fines estrictamente privados. La verificación de este problema dio lugar a que se propusiera al Rey la creación de tribunales de cuentas en las Indias, lo que finalmente tuvo lugar el 24 de agosto de 1605, durante el reinado de Felipe III de Austria, disponiéndose que los Tribunales de Cuentas fueran tres, el de Lima, México y Santa Fe de Bogotá²¹.

Su función principal era controlar y fiscalizar el movimiento económico que concernía a los intereses del Estado colonial y tomar y finiquitar todas las cuentas de la Real Hacienda. Con la instauración del Tribunal de Cuentas, esta función ya no la realizaban en España, como había sido la práctica durante el siglo XVI. Supervigilaba el buen funcionamiento de la Hacienda Pública, la recaudación de ingresos, la administración de la liquidez monetaria, evaluaba la Caja Fiscal y emitía órdenes de fundición de metales preciosos. Bajo su jurisdicción se encontraban todas las entidades encargadas de recibir y resguardar los dineros de la corona- denominadas cajas reales-ubicadas en el Perú y las audiencias de Panamá, Quito y Chacas, así como la audiencia pretorial de Chile²². Es interesante anotar que la cédula que crea el Tribunal de Cuentas le atribuía, asimismo, la función de juzgamiento a los involucrados en irregularidades en la presentación de las cuentas, pudiendo ordenar el arresto de estos funcionarios para asegurar el procesamiento²³.

Lamentablemente, esta institución estuvo aquejada por los problemas de burocracia, ineficiencia, nepotismo y corrupción que afectaba a la administración colonial, en general,

²⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Op.cit, p.49.

²¹ Idem. p.53.

²² Idem.pp. 53-58.

²³ Idem. p. 69.

y, especialmente, en los aspectos relativos a la gestión de los recursos y riquezas coloniales. Así, se reportaban disputas internas entre los funcionarios del Tribunal de Cuentas que obstaculizaban el cumplimiento de sus funciones, atrasos en la actividad de examinar y finiquitar las cuentas, nepotismo en el nombramiento de funcionarios en el interior del Tribunal, ausencia de imparcialidad en el control de las cuentas, cuando los funcionarios del Tribunal se abocaban al conocimiento de cuentas y rubros de hacienda en las que tenían intereses propios o de parientes y allegados, entre otros²⁴.

En los inicios de la etapa republicana y en el marco de contexto fundacional para el Perú, José de San Martín instituyó en agosto de 1821, la Contaduría Mayor de Cuentas, en sustitución del Tribunal Mayor de Cuentas. Por su parte, en 1824 Simón Bolívar creó la Contaduría Mayor Provisional, ubicada en Trujillo, en razón de que Lima se encontraba ocupada por las fuerzas realistas y el Poder Ejecutivo y el Legislativo se refugiaban en dicha ciudad²⁵.

Es interesante anotar que la primera Constitución de la República del Perú, aprobada en 1823, incorporó la figura de la Contaduría General, estableciendo al respecto, en su artículo 152° que “Habrá en la capital de la República una Contaduría General con un jefe y los empleados necesarios. En ella deberán examinarse, glosarse y fenecerse las cuentas de todos los productos en inversiones de la Hacienda”.

La institución de la Contaduría General o Tribunal de Contaduría Mayor o Tribunal de Cuentas permanece durante el siglo XIX, con la misma finalidad de control y juzgamiento de las cuentas del sector público, adoptando diversas denominaciones según la norma que la regulaba. Así, en 1840 se creó el Tribunal de Cuentas a través de la Ley del 2 de enero que le asignaba la función de juzgamiento de las cuentas. En 1848, mediante Ley de 14 de enero, se transfirieron las funciones de contabilidad administrativa del Tribunal de Cuentas a la Dirección General de Hacienda, circunscribiendo la competencia del Tribunal de Cuentas a labores estrictamente judiciales. Entre 1873 y 1894 se autorizó por ley al Poder

²⁴Idem. pp. 61-64.

²⁵Idem. pp. 94.

Ejecutivo, a reformar el Tribunal Mayor de Cuentas, estableciéndose en la reforma que sus dos funciones principales eran el examen de la Cuenta General, que debía contenerse en un informe al Congreso, y el Juicio de Cuentas²⁶.

No obstante, a pesar de que tanto el Tribunal Mayor de Cuentas en la Colonia como la Contaduría General en el primer siglo del periodo republicano, resultaron ser figuras asociadas a la función de cautela de los recursos del Estado y control de su utilización por parte de los funcionarios públicos, no configuraban aún, verdaderas Entidades Fiscalizadoras Superiores.

Por un lado, la naturaleza la colonia no permite hablar del Tribunal Mayor de Cuentas como una entidad de control democrático del poder y de la ejecución del presupuesto del Estado. Por otra parte, en el caso de ambas instituciones, éstas respondieron principalmente, a ser órganos centralizadores de la contabilidad del Estado. Tenían asignadas funciones relativas a la recepción de las cuentas de los funcionarios públicos y control de la recaudación de tributos, tareas que, actualmente, se encuentran asociadas a otras entidades, como las Contadurías de la Nación²⁷ o las Oficinas de recaudación tributaria²⁸.

Recién en el siglo XX se crea la Contraloría General de la República. Su primera mención formal se hace a través del Decreto Supremo S/N de 26 de setiembre de 1929, durante el gobierno de Augusto B. Leguía.

Es interesante considerar que el contexto en el que se adopta la decisión de la creación de esta entidad, coincide con la crisis económica mundial que comienza en 1929, y cuya duración se extendió hasta 1933. La manifestación inicial más visible de la crisis es el

²⁶CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Aniversario -75 años. Contraloría General de la República 1930-2005. 80 años liderando la lucha contra la corrupción*. Lima, febrero de 2005

²⁷En el Perú el correspondiente a dicha entidad es la Dirección Nacional de Contabilidad Pública, órgano rector del Sistema Nacional de Contabilidad y parte del Ministerio de Economía y Finanzas.

²⁸En el caso peruano este tipo de entidad corresponde a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT), regulada por la Ley N° 24829, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Aduanas, por el Decreto Legislativo N° 501, Ley General de la Superintendencia de Administración Tributaria, y por la Ley N° 29816, Ley de Fortalecimiento de la SUNAT.

hundimiento de las cotizaciones en la Bolsa de Valores de Nueva York y que luego desencadena una baja mundial de precios. En el Perú esta situación tuvo incidencia en la caída de los precios del algodón, las lanas y el azúcar en el mercado internacional. Además, se produjeron la inestabilidad de la moneda por la baja del tipo de cambio, las restricciones al crédito, la disminución de las ventas, la crisis en el movimiento del comercio de importación, la disminución de los ingresos fiscales, la paralización de las obras públicas y la consiguiente pérdida de empleos, la desconfianza así como la alarma generalizada²⁹.

Por otra parte, también se ha señalado respecto de este periodo un incremento de detección de peculados en la administración pública, difundidos por los medios de comunicación, incluso, aquellos que favorecían al gobierno³⁰.

Estas condiciones económicas dieron lugar a la implementación de medidas para recaudar y distribuir mejor los ingresos públicos³¹ y fortalecer el control del gasto público. Ello puede explicar la creación de una Contraloría General, cuyas funciones principales, contempladas en el Decreto Supremo de 1929, eran supervigilar la legalidad del gasto público; emitir informes respecto de las ampliaciones o modificaciones presupuestales que solicitaran los Ministerios por créditos extraordinarios y suplementarios o transferencia de partidas; cuidar que los Ministerios elaboraran oportunamente sus presupuestos administrativos y de acuerdo a la Ley presupuestal; exigir a los administradores de rentas públicas la rendición de las cuentas ante el Tribunal de Cuentas; formar la estadística de los ingresos y gastos públicos, y establecer y llevar la contabilidad de los valores del Estado.

Es interesante añadir, que la Contraloría General podía pedir la suspensión o remoción de los funcionarios o empleados que no cumplieran con las disposiciones de la ley de presupuesto o resoluciones sobre la ejecución del mismo.

El Presidente Leguía expresó al Consejo Ordinario que:

²⁹BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú. 1822-1933*. 7ª ed. Corregida y aumentada. Tomo X. Lima: Editorial Universitaria, 1983. p. 43.

³⁰BASADRE, Jorge. Op.cit. p. 43.

³¹Ibidem.

El crecimiento del sistema financiero de la República en volumen y variedad, demandaba la creación de una Oficina Especial de supervigilancia y ya se halla organizada bajo el nombre de “Contraloría General de la República”. Se ha fijado, entre sus cardinales atribuciones, no sólo de centralizar el movimiento de las Direcciones del Tesoro, Contabilidad y Crédito Público, que la integran; sino la de vigilar que no se contraigan por los distintos departamentos de la Administración, obligaciones por sumas que superen a los recursos legalmente disponibles y de esta manera se conserve el equilibrio presupuestal³².

En 1930 el contenido del decreto supremo en mención se recoge íntegramente en la Ley N° 6784 de 28 de febrero de 1930, todavía dentro del gobierno del Presidente Augusto B. Leguía.

La Ley 6784, del mismo modo que el Decreto Supremo que la antecede, concibe a la Contraloría General como una repartición administrativa dentro del Ministerio de Hacienda, integrada por las Direcciones del Tesoro, Contabilidad y Crédito Público. No tenía la naturaleza de organismo autónomo aún. Resulta ilustrativo el hecho de que su sede estuviera ubicada en un ambiente del Palacio de Gobierno³³.

A tono con la iniciativa reformadora en materia económica del gobierno, el presidente del Banco Central de Reserva, Manuel Augusto Olaechea, propuso en noviembre de 1930 la visita de una misión conducida por el profesor Edwin W. Kemmerer, para cooperar con la reforma monetaria y bancaria del país. Dicha misión propuso un conjunto de propuestas entre las que se encontraba la reorganización de la Contraloría General de la República³⁴.

BASADRE hace un balance sobre dicha entidad en base a las condiciones y características de su creación y señala que:

³² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Cincuentenario 1930-1980*. Lima: Contraloría General de la República, 1980, p. 23.

³³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Cincuentenario 1930-1980*. Op.cit., p. 19.

³⁴ *Ibidem*.

al surgir las crisis económica en el Perú y en los demás países del mundo y resultar como consecuencia de ella, los ingresos sensiblemente menores a los presupuestos, el gobierno trató por medio de la Contraloría General establecer el orden de prelación en los pagos, y logró cumplir hasta donde fue posible, hasta julio de 1930, los servicios de la deuda pública y los haberes y gastos administrativos que consideró más indispensables (...) El establecimiento de la Contraloría fue un acierto del régimen de Leguía. Surgida al iniciarse la depresión no evitó sin embargo, el desorden fiscal que veía arrastrándose durante varios años. Un presupuesto preciso y racional, una Contraloría eficiente para la supervigilancia sobre los pagos y gastos y un Tribunal Mayor de Cuentas alerta y severo para cautelar las inversiones, son los elementos ideales para fundamentar una ejemplar política hacendaria. El Perú no los tuvo entonces; tampoco los ha tenido más tarde. La Contraloría ha sido por desgracia, una oficina demasiado subalterna, demasiado mediatizada dentro del Ministerio del Ramo³⁵.

La Contraloría General de la República adquiere rango constitucional en la Constitución Política de 1933, la misma que en su capítulo primero sobre garantías nacionales y sociales, específicamente en el artículo 10°, prescribe que “Un Departamento Especial, cuyo funcionamiento estará sujeto a la ley, controlará la ejecución del Presupuesto General de la República y la gestión de las entidades que recauden o administren rentas o bienes del Estado. El Jefe de este Departamento será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros³⁶.”

Si bien se constitucionaliza dicha entidad en 1933, todavía no se configuraba como una entidad con toda la autonomía, que define a las Entidades Fiscalizadoras Superiores. Es de notar que el artículo 10° referido, estipula que el Jefe del Departamento será nombrado por el Presidente de la República con el acuerdo del Consejo de Ministros, del mismo modo que se designan a los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo. Es a través de la Ley N° 14816 de enero de 1964, que se establece explícitamente su autonomía. El artículo 67°

³⁵BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú. 1822-1933*. Tomo 12. 8va ed. Lima: La República/Universidad Ricardo Palma. p. 2976.

³⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Aniversario -75 años. Op.cit., CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 1930-2005. 80 años liderando la lucha contra la corrupción*. Lima, febrero de 2005.

señala que se transforma en organismo especial al que se refiere el artículo 10° de la Constitución, reconociendo su autonomía con independencia administrativa y funcional.

Si bien la Contraloría General mantuvo su funcionamiento durante el periodo de dictadura militar transcurrido entre 1968 y 1979, y fue potenciada en cuanto a su organización y atribuciones³⁷, no puede decirse de ella, en tales circunstancias, que respondía plenamente a la figura de una Entidad Fiscalizadora Superior, por la naturaleza del régimen político y las limitaciones sustanciales a la autonomía, independencia y efectividad del control, que hacen reconocible a dicha institución.

Con la instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente en 1978, la aprobación y promulgación de la Constitución de 1979 y la recuperación de la democracia en 1980, se abre un nuevo periodo institucional para la Contraloría General de la República. El artículo 146° de la Carta de 1979 se expresaba en los siguientes términos:

Artículo 146°.- La Contraloría General, como organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control, supervigila la ejecución de los presupuestos del Sector Público, de las operaciones de la deuda pública y de la gestión y utilización de bienes y recursos públicos.

El Contralor es designado por el Senado, a propuesta del Presidente de la República, por el término de siete años. El Senado puede removerlo por falta grave.

La ley establece la organización, atribuciones y responsabilidades del Sistema Nacional de Control.

Este precepto le atribuye a la Contraloría General las características que permiten reconocerla como un organismo constitucional autónomo dentro de la estructura del Estado,

³⁷ KRESALJA y OCHOA, refieren que la Contraloría General de la República es especialmente potenciada durante el periodo del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968 y 1980), a través de la regulación que desarrolló el Decreto Ley N° 19039, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control. Señalan estos autores que se crearon las Inspectorías para que funcionaran como órganos de control de las entidades públicas, que supervisarían el control interno en dichas entidades. Ello reformó el sistema anterior a la expedición del Decreto Ley 19039, que se centraba en el control basado en cuentas y su revisión personal de modo empírico, a la manera de los Tribunales de Cuentas. KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009, p. 714.

con competencias para controlar la ejecución del presupuesto de las entidades de la administración pública, las operaciones de la deuda pública y la gestión y utilización de los bienes y recursos del Estado. Se le otorgan, además, garantías para la concreción de dicha autonomía, materializadas, por ejemplo, en la forma de designación y remoción del titular de la entidad, que deja de ser una atribución del Poder Ejecutivo para pasar al Parlamento. Además delega a la ley establecimiento de la organización, atribuciones y responsabilidades del Sistema Nacional de Control.

El artículo 146° de la Constitución de 1979 es muy similar a la disposición constitucional sobre la Contraloría General de la República en la Constitución de 1993. Ésta recoge sus principales características con algunas variantes que no modifican su configuración institucional.

1.2. Naturaleza jurídica de las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el Estado

1.2.1. Definición

El control sobre la acción del gobierno en materia económica financiera se consolida en el Estado constitucional, como una manifestación directa de la idea de control y del principio de división de poderes. En tal sentido, resulta legítimo constitucionalmente, ejercer el control sobre la administración e inversión de los fondos públicos a cargo de los órganos y autoridades a quienes se ha encomendado la función pública³⁸.

Dada la alta especialización en la que derivaron las funciones del ejercicio presupuestario por parte de los órganos de gobierno, los sistemas democráticos confirmaron la necesidad de consolidar y fortalecer a las entidades especializadas, encargadas de auxiliar al Poder Legislativo en el ejercicio de su competencia de control de la gestión económico-financiera de la administración, proporcionando información técnica y procesada sobre la ejecución

³⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Constitución y Contraloría. Tomo II. Autonomía. Una aproximación al texto constitucional*. Lima: Contraloría General de la República, p. 55.

presupuestaria. Estas entidades son los denominados órganos de control externo, Entidades de Fiscalización Superior, Tribunales de Cuentas³⁹ o Contralorías Generales.

Una “Entidad Fiscalizadora Superior” puede definirse como el organismo público que, con independencia de su designación, constitución u organización, ejerce en virtud de su competencia jurídica, la más importante función de auditoría pública en el Estado⁴⁰. En tal sentido, tienen como función típica, la “verificación, censura de cuentas, revisión, fiscalización, control (o) inspección”⁴¹ del uso y gestión de los recursos públicos en el Estado, como una manifestación del necesario control del gasto público de la administración en un Estado constitucional.

De la justificación de su existencia en el Estado constitucional y la definición señalada se deduce que resulta esencial a la naturaleza de una Entidad Fiscalizadora Superior su condición de autonomía o independencia.

Sobre el particular, una idea central será que, el control externo en materia de gestión presupuestaria, debe ser realizado por un organismo que ofrezca garantías de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de sus funciones y que asegure los instrumentos para detectar, y de ser el caso, depurar, la responsabilidad en la que hayan podido incurrir los funcionarios a cargo del manejo de fondos públicos⁴².

Esta consideración sobre la autonomía se explica especialmente si se tiene en cuenta que una Entidad Fiscalizadora Superior, tiene un papel fundamental y, a su vez, especialmente complejo, en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Este emprendimiento requiere de

³⁹ VALLES VIVES, Francesc. Op.cit., p. 37.

⁴⁰ INTOSAI. Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores. *Glosario en línea de terminología de fiscalización de la INTOSAI*. Consulta: 19 de marzo de 2012. <<http://www.intosaiglossary.org/Main.aspx>>

⁴¹ Definición de auditoría, según: INTOSAI. Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores. Op.cit..

⁴² VALLES VIVES, Francesc. Op. cit, p. 42.

³⁸ INTOSAI. Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, Lima, 1977.

una plataforma jurídica de control que tenga sus cimientos en la imparcialidad, el apoliticismo y principalmente en la autonomía o independencia de los órganos de control⁴³.

Así, la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, establece que “Las Entidades Fiscalizadoras Superiores sólo pueden cumplir eficazmente sus funciones si son independientes de la institución controlada y se hallan protegidas contra influencias exteriores”.

Por tal razón, es preferible que una Entidad Fiscalizadora y su competencia sean previstas directamente por las Constituciones, configurándolas como organismos constitucionales autónomos⁴⁴ que ejercen el control externo técnico-jurídico de la actividad económica y ejecución del presupuesto en el Estado para la cautela de los recursos públicos⁴⁵. En el mismo sentido, la Declaración de Lima ha expresado que “Las Entidades Fiscalizadoras Superiores y el grado de su independencia deben regularse en la Constitución; los aspectos concretos podrán ser regulados por medio de Leyes”.

MORÓN anota en este sentido, que si la fiscalización superior, tiene como elemento consustancial la cautela de la adecuada gestión y utilización de los recursos públicos resulta imprescindible que así sea establecido en normas premunidas de la mayor jerarquía jurídica, de tal forma que los derechos de la colectividad se encuentren garantizados frente a los actos de sus administradores. Este objetivo se alcanzará sólo si se incluye a las Entidades de Fiscalización Superior en las Cartas Políticas⁴⁶.

⁴³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. “La corrupción y sus adversarios”. *Revista de Control Fiscal*. N° 159, 2005, pp. 17-18.

⁴⁴ Los organismos constitucionales autónomos son aquellas instituciones que reciben su definición, posición, competencias esenciales y sus atributos esenciales directamente de la Constitución, y cuyo ejercicio actualiza el orden jurídico político fundamental. GARCÍA PELAYO, Manuel. El “status” del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 13 y ss.

⁴⁵ Definición basada en la que se realiza sobre la configuración constitucional del Tribunal de Cuentas español en VEGA BLÁZQUEZ, Pedro de. “La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Consulta: 16 de mayo de 2012.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/art/art8.htm>>

⁴⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos. Op.cit., p. 17.

1.2.2. Funciones

La función principal, y formulada de modo general, que se asigna a las Entidades Fiscalizadoras Superiores en un Estado democrático es la fiscalización de la actividad económica financiera del Estado, priorizando la comprobación de la legalidad y la gestión eficiente de los recursos públicos⁴⁷.

Una de las funciones específicas que identifica a las Entidades Fiscalizadoras Superiores en los Estados constitucionales es su papel de **asesoría y apoyo especializado a los Congresos o Parlamentosen** materia presupuestal, procurando fortalecer el control político del órgano de representación nacional sobre el Poder Ejecutivo y la administración pública. En el marco de esta función, se ubican los informes que la Entidad Fiscalizadora Superior alcanza al Parlamento, los que pueden estar referidos a los resultados anuales de su actividad, o sobre hechos de especial importancia y trascendencia, de los que debe conocer el Congreso de la República para favorecer su función de investigación⁴⁸.

Otra función claramente diferenciada de estas entidades en relación con el Parlamento, es la **auditoría que realiza sobre la Cuenta General del Estado**, cuyos resultados debe poner en conocimiento de aquél, a fin de que tome una decisión sobre la aprobación de la Cuenta General elaborada por el Poder Ejecutivo.

Por su parte, la **función de fiscalización** o control que ejercen las Entidades Fiscalizadoras pueden asumir **diversas modalidades**, dependiendo de diversos criterios.

De acuerdo al momento en que se realiza el control, éste puede ser **previo o posterior**. Cuando se realiza antes de las operaciones financieras o administrativas, se trata de un control previo. Si, por el contrario se implementa una vez que las acciones objeto de control se han realizado, entonces se denomina control posterior⁴⁹.

⁴⁷ VALLES VIVES, Francisc. Op. cit, p. 29.

⁴⁸ INTOSAI. Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, Lima, 1977.

⁴⁹ INTOSAI. Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, Lima, 1977.

Con relación al agente que lo realiza el **control gubernamental puede ser externo o interno**. De este modo, las Entidades Fiscalizadoras Superiores cumplen con controlar externamente a las entidades bajo su supervisión, pero tienen adicionalmente, la función de evaluar el control interno que diseñen e implementen las entidades públicas en su ámbito de su fiscalización. Al respecto, la Declaración de Lima establece que:

Incumbe a la Entidad Fiscalizadora Superior, como órgano de control externo, controlar la eficacia de los órganos de control interno. Asegurada la eficacia del órgano de control interno, ha de aspirarse a la delimitación de las respectivas funciones, a la delegación de las funciones oportunas y a la cooperación entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el órgano de control interno, independientemente del derecho de la Entidad Fiscalizadora Superior a un control total.

Si tomamos en cuenta como criterio el parámetro de control, podemos distinguir otras dos funciones o modalidades de control que asumen las Entidades Fiscalizadoras Superiores. En tal sentido, puede identificarse la función de **controlar la legalidad de la gestión financiera y presupuestal del Estado**, que se entiende como la sujeción de las acciones y decisiones en materia de ejecución presupuestaria de conformidad con la ley de presupuesto y otras normas que rigen la administración pública. Esta es la función típica que históricamente han asumido estos organismos en el Estado. A dicha función se encuentra asociada **la función de identificación de responsabilidades, administrativas, civiles o penales**, que constituyen infracciones al ordenamiento jurídico, a fin de que puedan investigarse y determinarse la existencia de tales responsabilidades. Esta función contribuye a prevenir los actos irregulares y reducir los riesgos de corrupción, así como a fortalecer la cadena de valor anticorrupción, en la que participan otras instituciones públicas, tales como el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Si el criterio de control es la racionalidad de las operaciones, entonces se está desarrollando una **función de control financiero**.

Sin embargo, se si considera como parámetro de control, la economía, eficiencia, eficacia, rentabilidad, utilidad o resultados de la gestión de recursos públicos, entonces la **función que cumple la Entidad de Fiscalización Superior, es la de controlar la gestión de las entidades públicas**. Los órganos y sistemas de control han modernizado su enfoque y métodos de intervención, sobre la concepción de que la administración pública tiene la obligación de orientarse hacia resultados en la vida y derechos de las personas. Los métodos tradicionales de control documentario y examen de cuentas, se ven complementados con un enfoque integral del control gubernamental que ha considerado métodos que apuntan fundamentalmente al análisis de gestión, a la determinación de los resultados y, en definitiva, a la precisión de la eficacia con que se han manejado las instituciones y caudales públicos, patrimonio de la colectividad. En tal sentido, actualmente las Entidades Fiscalizadoras Superiores han asumido que es de interés público determinar, no solamente, si una administración ha manejado e invertido sus recursos respetando las normas y disposiciones legales, sino también y de manera determinante, si ha logrado los objetivos trazados y si se ha hecho con eficiencia⁵⁰.

1.3.Las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el Derecho comparado

Otra referencia importante en la presente investigación serán los modelos de Entidades Fiscalizadoras Superiores y el control externo que realizan en otros ordenamientos jurídicos. Así, “los distintos modelos de control de la gestión financiera del gasto público obedecen a las distintas concepciones constitucionales de la forma de garantizar una fiscalización del gasto independiente”⁵¹.

Al respecto, se empezarán identificando los dos grandes modelos históricos de control externo: el parlamentario británico, que concibe a la Entidad Fiscalizadora Superior como

⁵⁰CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Constitución y Contraloría. Tomo II. Autonomía. Una aproximación al texto constitucional*. Lima: Contraloría General de la República, p. 55-56.

⁵¹VALLES VIVES, Francesc. Op. Cit. pp. 40-41.

un órgano auxiliar del Parlamento; y el jurisdiccional francés, que diseña su Entidad Fiscalizadora Superior como un organismo jurisdiccional que le asegure su independencia.

A partir de estos dos grandes modelos originarios, el británico y el francés, se describirán los sistemas de control externo en Estados Unidos, España, Chile, Venezuela, Ecuador y Costa Rica. En el caso de los países latinoamericanos, los criterios de selección se han basado en la fortaleza de la institución así como en el reconocimiento de facultades sancionadoras en materia de responsabilidad administrativa funcional.

a. Modelo británico.

El modelo británico de control externo en materia presupuestal se distingue por la subordinación del organismo que cumple la función de fiscalización del gasto y ejecución del presupuesto público a la soberanía del Parlamento⁵².

A partir de una reforma del sistema de control financiero y presupuestario, adoptada por la *National Audit Act* de 1983, se creó la *National Audit Office (NAO)*, como un brazo del legislativo⁵³.

La NAO tiene como titular al Contralor y Auditor General, a quien lo nombra la Reina, por recomendación del Primer Ministro y con la consulta al Presidente del Comité de Cuentas Públicas de la Cámara de los Comunes. No tiene un periodo fijo para el ejercicio del cargo, pero puede ser cesado por voluntad de la Reina o por la decisión de las dos Cámaras Legislativas⁵⁴.

La NAO tiene competencia para auditar las cuentas de las entidades públicas y de los organismos privados que gestionan recursos del Estado. Es interesante destacar que si bien la NAO realiza una evaluación legal del gasto público, en función de su concordancia con

⁵²VALLES VIVES, Francisc. Op. Cit. p. 72-79.

⁵³PETREI, Humberto, RATNER Gabriel y Romeo PETREI. *Presupuesto y control: las mejores prácticas para América Latina*. Buenos Aires: Osmar Buyatti, 2005, p. 119.

⁵⁴PETREI, Humberto. Op. cit, p. 120.

la Ley de Presupuesto, a partir de la aprobación del Acta de 1983, se le encomendó una modalidad de auditoría denominada “Valor por Dinero”⁵⁵ que supone la evaluación de la gestión del presupuesto público en función de los criterios de economía, eficiencia y efectividad. El límite competencial de la NAO sobre el particular viene dado por el ámbito de las decisiones de política pública. En tal sentido, pueden emitirse juicios y recomendaciones sobre las deficiencias de la gestión referidas a criterios de economía, eficiencia y efectividad, pero no pueden cuestionarse las decisiones de política pública ni el contenido de los objetivos planteados por los sectores bajo su supervisión⁵⁶.

De modo general, la NAO hace el seguimiento de las agencias bajo su control, en periodos que van de cinco a seis años, identificando problemas actuales y potenciales en cada caso, lo que le permite trabajar con un indicador de riesgo. Como corolario de la función de evaluación que realiza se expiden recomendaciones a las entidades a fin de que subsanen las irregularidades o deficiencias en la gestión. Los resultados del seguimiento son reportados al Comité de las Cuentas Públicas, órgano integrante del Parlamento, específicamente de la Cámara de los Comunes⁵⁷.

b. Modelo francés.

Francia adopta un modelo jurisdiccional para el control externo del gasto público. La figura central del sistema de control es la Corte de Cuentas, que tiene competencias jurisdiccionales para efectos del control de la gestión económica financiera de los recursos públicos. La equiparación de los miembros de la Corte a la de los jueces en el Poder Judicial es la opción que asume este sistema para garantizar la independencia y autonomía de las funciones de control externo de las finanzas y gestión presupuestaria del Estado⁵⁸.

⁵⁵ VALLES VIVES, Francesc. Op. Cit. p. 79

⁵⁶ PETREI, Humberto. Op. cit. pp. 118 y 120.

⁵⁷ Idem. pp. 120-121.

⁵⁸ VALLES VIVES, Francesc. Op. Cit. p. 26.

La Constitución francesa de 1958 en el último párrafo del artículo 47° recoge la institución de la Corte de Cuentas, estableciendo que “El Tribunal de Cuentas asistirá al Parlamento y al Gobierno en el control de la ejecución de las leyes financieras”.

Por su parte, el Código de las jurisdicciones financieras francés desarrolla las competencias de la Corte de Cuentas, determinando que la Corte juzga las cuentas de los contadores públicos, audita los ingresos y gastos descritos en las contabilidades públicas, verificando si los ingresos han sido percibidos por el Estado y si los gastos se han realizado de acuerdo con las reglas contables⁵⁹. Asimismo, asegura el buen empleo de los fondos, créditos y valores, controla las instituciones de la seguridad social⁶⁰.

El Tribunal de Cuentas ejerce el control jurisdiccional de la gestión de los funcionarios, examinando la regularidad de las cuentas, el juzgamiento de las infracciones detectadas, auditando la calidad de la gestión, y presentando un informe público de sus principales conclusiones⁶¹.

El criterio para el examen de las cuentas no se reduce al de legalidad de las mismas, sino que, además, puede considerar los criterios de eficacia de los servicios y funciones de los organismos del Estado, lo que resulta ser una auditoría de performance o evaluación de las políticas públicas⁶². “El Tribunal de Cuentas es una jurisdicción obligatoria de

⁵⁹ GONZÁLEZ DE REBELLA, Liliana. Democracia, “accountability”, control y el sistema meritocrático: el caso de la Auditoría General de la Nación. Ponencia presentada en el 3er congreso argentino de administración pública sobre Sociedad, estado y administración "Repensando las relaciones entre Estado, democracia y desarrollo". San Miguel de Tucumán, 2005. Consulta: 07 de julio de 2012.

<www.ag.org.ar/3congreso/Ponencias/Gonzalez1%20.doc>

⁶⁰ MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. *Función jurídica de control de la administración pública*. México DF: Universidad Autónoma de México, 2005, p. 252-253. Consulta: 7 de julio de 2012. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1645>>

⁶¹ FERNÁNDEZ COTONAT, Noemí Eugenia. “Responsabilidad del Funcionario Público”. Ponencia presentada en el Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública, 2007. Consulta: 07 de julio de 2012, <www.asociacionag.org.ar/.../4/Fernández%20Cotonat,%20Noemí.doc>

⁶² GONZÁLEZ DE REBELLA, Liliana Op. cit., p. 254. Es interesante destacar sobre la auditoría de performance que la Corte de Cuentas ha realizado un conjunto importante de informes sobre distintos temas seleccionados en función del riesgo advertido, el ciclo de la auditoría, la experiencia, el nivel de interés político o público. GONZÁLEZ REBELLA consigna una relación de estudios especiales, que en base a este tipo de análisis han sido elaborados por la Corte: “La

procedimiento inquisitorio, que juzga las cuentas de los contadores que están obligados a presentarlas”⁶³. Su decisión se recoge en una sentencia, provisional o definitiva, que se emitirá en audiencia pública⁶⁴.

Si de su intervención e informe, previo descargo del auditado, se derivaren responsabilidades por supuestas irregularidades de los funcionarios sujetos a control, el Tribunal de Cuentas los remite al Tribunal de Disciplina Presupuestaria y Financiera y, de ser necesario, a los tribunales represivos⁶⁵. A través de este Tribunal se determinan las infracciones y se imponen las multas a los sujetos bajo control que hayan incumplido las normas en materia gestión financiera y presupuestal⁶⁶.

En palabras de VALLES VIVES, la Corte de Cuentas en el sistema de control de los fondos públicos francés, como un organismo independiente del Parlamento y del Poder Ejecutivo, de carácter jurisdiccional, y al servicio únicamente de la Nación, resulta indispensable para el buen funcionamiento de las instituciones democráticas y para la realización eficaz del control financiero⁶⁷.

c. Estados Unidos de América

Con el propósito de superar un modo de organización de fiscalización posterior de las finanzas públicas, que vulneraba los principios y conceptos fundamentales del control, asignadas a un Departamento del Poder Ejecutivo denominado el *Treasury Comptroller*, el Congreso norteamericano aprobó, en 1921, la *Budget and Accounting Act*. Esta norma crea un conjunto importante de medidas, entre ellas la creación de la *General Accounting Office*

función pública del Estado. Segundo informe” (2001), “El fin de las actividades mineras en Francia”, “La intervención del Estado en la crisis del sector financiero”, “El esfuerzo de solidaridad nacional en relación con los antiguos combatientes”, “La función pública del Estado” (2000), “La política portuaria francesa” (1999), “La acción de los departamentos en materia de vialidad” (1998” entre otros.

⁶³RAYDANUD, Jean. El Tribunal de Cuentas. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, pp.7-8, citado por MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. Op. cit., 256.

⁶⁴MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. Op. cit., 257.

⁶⁵FERNÁNDEZ COTONAT, Noemí Eugenia. Op. cit.

⁶⁶MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. Op. cit., 258.

⁶⁷VALLES VIVES, Francisc. Op. cit. p. 71.

(GAO), la figura de su titular el *Comptroller General*, así como medidas protectoras de su independencia orgánica y funcional⁶⁸.

Así, esta institución nació con tres objetivos según su ley creadora: informar al Congreso sobre el gasto del presupuesto público, ejercer un control sobre el Presidente de la República y promover la responsabilidad de los funcionarios públicos en el uso adecuado de los recursos públicos⁶⁹.

En el año 2004 la *General Accounting Office* adoptó el nombre de *Government Accountability Office (GAO)*, de acuerdo a lo dispuesto por la *GAO Human Capital Reform Act* con la finalidad de evidenciar que su misión trascendía la tarea de auditar los estados financieros estatales, y que más bien se extendía al control del desempeño del gobierno federal para contribuir a su mejora y asegurar la rendición de cuentas de dicho desempeño al Congreso y a la ciudadanía⁷⁰.

En principio la *GAO* tiene la responsabilidad de fiscalizar la gestión del presupuesto público e informar al Congreso si el gasto público se ha ejecutado de acuerdo a la voluntad legislativa⁷¹. No obstante, a partir de su competencia general, dicha Oficina ha ido definiendo y consolidando progresivamente cinco tipos de funciones: el control tradicional de legalidad, la función normativa de los sistemas de control, la auditoría de los estados financieros, la verificación de los resultados en la gestión de las agencias bajo su control, y finalmente, la evaluación de programas, en principio en el área de proyectos sociales⁷².

La asignación de sus funciones da cuenta de que responde a la iniciativa de cualquiera de las dos cámaras o de las Comisiones del Congreso⁷³. Como una garantía de su autonomía e

⁶⁸ VALLES VIVES, Francesc. Op. Cit. pp. 80-81.

⁶⁹ VALLES VIVES, Francesc. Op. Cit. pp. 104.

⁷⁰ WALKER, David M. "GAO Answers the Question: What's in a Name?" en Roll Call, 19 de Julio 2004. Consulta: 16 de abril 2014.

<<http://www.gao.gov/about/rollcall07192004.pdf>>

⁷¹ VALLES VIVES, Francesc. Op. Cit. pp. 104.

⁷² PETREI, Humberto. Op.cit. p. 74-75, 77.

⁷³ PETREI, Humberto. Op.cit, p. 74.

independencia respecto del Poder Ejecutivo el Presidente de la República nombra al *Comptroller General*, pero lo ratifica el Congreso.

d. España

La Constitución española de 1978, en su título VII sobre Economía y Hacienda, contiene una disposición referida al Tribunal de Cuentas en el artículo 136°, el mismo que establece que:

1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.

4. Una Ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas.

Como puede apreciarse, el Tribunal de Cuentas tiene rango constitucional y se configura como un organismo autónomo respecto del Poder Ejecutivo, y de apoyo al Parlamento Nacional.

El sistema español corresponde al modelo dual de control externo del gasto público, por tener dos vertientes, una de fiscalización administrativa y otra jurisdiccional (heredera del modelo francés). Se entiende que el Tribunal de Cuentas desempeña una jurisdicción

especial, que completa el control interno o administrativo realizado por la propia administración, y que apoya el control político efectuado por el Parlamento⁷⁴.

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal de Cuentas puede y debe detectar y enjuiciar, en su caso, indicios de corrupción cuando fiscaliza el manejo de los fondos públicos por parte de los funcionarios públicos encargados de gestionarlos. Esta función de fiscalización puede derivar, a su vez, en la adopción de medidas para enjuiciar los casos específicos de corrupción que detecte. Además, su función le permite detectar áreas donde el riesgo de corrupción puede ser más alto, en base a una evaluación del conjunto de sus intervenciones. A partir de ello, informa al Parlamento, y éste puede proponer al Gobierno la adopción de medidas de control interno y de gestión, para superar tales riesgos⁷⁵.

e. Chile

La Contraloría General de la República es la Entidad Fiscalizadora Superior en el sistema de control externo de la gestión financiera y económica del Estado. Tiene recepción directa en la Constitución Política de 1980, cuyo artículo 98° reconoce su autonomía y define como su competencia, el control de legalidad de los actos de la administración, la fiscalización del ingreso y la inversión de los Fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios, referidos en la ley. Además, establece que examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de las entidades señaladas y llevará la contabilidad general del Estado.

De las disposiciones constitucionales así como del Texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, esta institución ha

⁷⁴PALAO TABOADA, Carlos. “El control de la actividad financiera en un Estado democrático” en AAVV. La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática. Encuentro Internacional 1984. Madrid: Tribunal de Cuentas, 1985, pp. 268-269, citado por: VALLES VIVES, Francisc. Op. Cit. p. 116.

⁷⁵ARNEDO ORBAÑANOS, Miguel Ángel. “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”. *Revista Española de Control Externo*. Vol I. N° 3, Madrid: Tribunal de Cuentas, 1999. pp. 87-88.

interpretado que tiene cinco funciones claramente diferenciadas: función de dictaminar, función de tomar razón, función de auditoría, función contable y función jurisdiccional⁷⁶.

La función de dictaminar implica que la Contraloría General interprete las normas jurídicas que regulan las relaciones y situaciones jurídicas en el ámbito administrativo a través de informes jurídicos que son vinculantes para las entidades públicas objeto de su control o fiscalización. A través de esta función desarrolla doctrina administrativa en base a precedentes administrativos obligatorios contribuyendo a la unidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico⁷⁷.

Por la función de toma razón, la Contraloría General verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones de la administración y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República. Es un control estrictamente jurídico, sin que la Contraloría pueda pronunciarse respecto de asuntos de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas⁷⁸. Así, la Constitución establece en su artículo 99°, que la Contraloría General, tomará conocimiento de los decretos y resoluciones que, de conformidad con la ley, deben tramitarse por la Contraloría, y señalará la ilegalidad de la que pudieran adolecer, de ser el caso. Asimismo, le encarga conocer los decretos con fuerza de ley, y observarlos cuándo éstos excedan o contravengan la ley delegatoria o presenten visos de inconstitucionalidad. En este último caso, si el Presidente de la República persistiera en su voluntad de promulgar la norma y no estuviera de acuerdo con la posición de la Contraloría General, deberá presentar los antecedentes al Tribunal Constitucional para que resuelva la controversia.

En virtud de la función de auditoría a la Contraloría General le corresponde evaluar los sistemas de control interno de las entidades sujetas a control, fiscalizar la legalidad de la

⁷⁶CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Portal web. Consulta: 9 de julio de 2012.

<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111>

⁷⁷Ibidem.

⁷⁸Ibidem.

ejecución presupuestal, la veracidad de la documentación sustentatoria, el cumplimiento de las normas relativas al estatuto de los funcionarios públicos y el examen de cuentas. A través de estas modalidades de intervención se persigue asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas, la protección de los recursos públicos y garantizar el principio de probidad administrativa⁷⁹.

Es interesante anotar que como parte de esta función, pueden identificarse las atribuciones de la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional. Al respecto, el Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, Ley N° 10336, establece en su artículo 133° y siguientes, que “el Contralor o cualquier otro funcionario de la Contraloría, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de servicios y a los demás funcionarios y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria”.

La finalidad de esta atribución de la Contraloría General está enfocada en procurar el ejercicio y cumplimiento de deberes y funciones, con respeto del ordenamiento legal y constitucional chileno⁸⁰. A tal efecto, el sumario conoce las acciones u omisiones que importen el incumplimiento de obligaciones y deberes funcionariales, legalmente establecidos, en el marco de un procedimiento que reconozca a quienes fueren involucrados en tales hechos, los mecanismos de defensa y las garantías propias de un procedimiento racional y justo, contenidas en la Constitución. El sumario contempla una etapa indagatoria, una etapa acusatoria y una etapa resolutive, que concluye con la decisión de absolución o sanción al funcionario involucrado en dicho procedimiento.

La función contable de la Contraloría General está orientada a generar información sistematizada sobre los actos que tienen implicaciones económicas, consistentes en

⁷⁹Ibidem.

⁸⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. *Reglamento de sumarios instruidos por la Contraloría General de la República. Resolución N°236. 1998.*

modificar los recursos y obligaciones del Estado, con la finalidad de apoyar la formación de decisiones de las entidades y organismos públicos así como contribuir a la vigilancia ciudadana. Para tal efecto, consolida los registros que realizan las entidades, de conformidad con las normas y procedimientos contables. Finalmente, esta función supone, además, regular la contabilidad general de la administración pública, cuyos principios y disposiciones generales se encuentran en la Ley orgánica de la administración financiera del Estado⁸¹.

La Contraloría General de la República también tiene reconocidas funciones jurisdiccionales respecto de las cuentas de las personas o funcionarios que tienen bajo su responsabilidad bienes o recursos públicos, de modo que se preserve la legalidad de la gestión de los recursos públicos y la integridad del patrimonio estatal. Así, la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República ha regulado el procedimiento mediante el cual se investigará y determinará la responsabilidad civil extracontractual de los funcionarios o ex funcionarios que hayan causado un daño al patrimonio estatal. Un Juzgado de Cuentas, cuyo titular es el Sub-Contralor, ejerce las funciones de primera instancia, y el Tribunal de Cuentas presidido por el Contralor General, actúa como segunda instancia⁸².

f. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 287° establece que la Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Señala además que dicha institución goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.

⁸¹CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. *Portal Web*. Consultada: 9 de julio de 2012.

⁸²Ibidem.

El artículo 289° de la Constitución venezolana detalla las diversas funciones que cumple la Contraloría de dicho país, entre las que cabe destacar la inspección y fiscalización de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; así como el disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.

A su turno, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Nacional de Control Fiscal (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010), establece en su artículo 93° que las potestades sancionatorias de los órganos de control serán ejercidas de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República y las leyes, siguiendo el procedimiento establecido en esta Ley para la determinación de responsabilidades. Dicha potestad comprende las facultades para:

- Declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios, funcionarias, empleados, empleadas, obreros y obreras que laboren en el sector público, así como de los particulares que hayan incurrido en los actos, hechos u omisiones generadores de dicha responsabilidad.
- Imponer multas y demás sanciones que se establezcan en la ley (artículos 94° y 105°).

g. Ecuador⁸³

La Constitución de la República del Ecuador establece en sus artículos 204°, 205° y 211° que la Contraloría General del Estado es un organismo técnico dotado de personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, dirigido y representado por el Contralor General del Estado, quien desempeñará sus funciones durante cinco años. Por su parte, el artículo 206° de la Constitución de la República del Ecuador,

⁸³CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DE ECUADOR. *Portal Web*. Consulta: 24 de enero de 2013. <http://www.contraloria.gob.ec/la_institucion.asp?id_SubSeccion=3>

determina que el Contralor General del Estado forma parte de la instancia de coordinación de la Función de Transparencia y Control Social.

Es competente para controlar el uso de los recursos públicos así como la realización de los objetivos de las instituciones estatales y de las personas jurídicas de derecho privado que gestionen recursos públicos.

En este marco, la Contraloría General del Estado efectúa auditorías de gestión, financieras, de carácter técnico o bien exámenes especiales de los recursos financieros, materiales y humanos, en base a un plan anual de actividades.

De acuerdo con su Ley orgánica, Ley 2002-73, la Contraloría General del Estado dirige el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.

Entre sus funciones, se encuentra la de determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, sobre la base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes (artículo 39° de la Ley orgánica de la Contraloría General del Estado).

h. Costa Rica

De acuerdo al artículo 183° de la Constitución vigente de 1949, la Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia y administración en el desempeño de sus labores.

La norma citada señala además que la Contraloría se encuentra a cargo de un Contralor y un Subcontralor, quienes son nombrados por la Asamblea Legislativa -dos años después de haberse iniciado el período presidencial- para un término de ocho años. Pueden ser

reelectos indefinidamente, y gozan de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

De acuerdo al artículo 184° de la Constitución, son deberes y atribuciones de la Contraloría:

1. Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;
2. Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;
3. Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;
4. Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;
5. Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.

De otro lado, si bien el artículo 184° de la Constitución no señala expresamente que la Contraloría General de la República detente potestades sancionadoras, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley N° 7428 del 07/09/1994) contempla dicha potestad en su capítulo V. En ese sentido, su ley orgánica le faculta para que una vez tramitado el debido proceso y conferido el derecho de defensa al encausado, emitan una “recomendación vinculante” al jerarca del funcionario infractor, a efectos de que le aplique una sanción administrativa –desde amonestación hasta el despido–, así como también en casos graves puede adicionalmente y de forma directa sancionar al encausado con una prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la hacienda pública, por un lapso de 2 hasta 8 años.

1.4. La Contraloría General de la República en el ordenamiento constitucional peruano

En el ordenamiento constitucional peruano, la Contraloría General de la República es un organismo constitucional autónomo y órgano superior del Sistema Nacional de Control, encargado de la supervisión de 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 (artículo 82° de la Constitución Política del Perú).

Sin embargo, dicho precepto no resulta suficiente para encuadrar la misión constitucional de la institución. Es necesario analizar el bloque de constitucionalidad que corresponde a la delimitación de funciones y competencias de la Contraloría en el Estado peruano, revisando necesariamente la Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

En tal sentido, debe entenderse que Contraloría General, siendo **el órgano rector del Sistema Nacional de Control**, tiene la rectoría sobre el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del **control gubernamental**. Esta modalidad de control en el Estado es aquella supervisión, preventiva o correctiva, que se realiza sobre los actos y resultados de la gestión pública, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, en atención a criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, legalidad y fidelidad a los lineamientos de política y planes de acción, en forma descentralizada, (artículos 6° y 12°).

De forma expresa, la Ley orgánica de la Contraloría General establece que el control gubernamental externo, que realizan los componentes de dicho sistema, puede ser de legalidad, de gestión, financiero, de resultados, de evaluación del control interno u otros que sean útiles en función de la entidad y la materia de control (artículo 8°). De este modo, la Contraloría General de la República tiene expresas atribuciones para implementar una

importante gama de modalidades de control, considerando las características especiales del objeto y materia de control⁸⁴.

Resulta especialmente relevante, que la Ley orgánica de la Contraloría General obligue a la institución a “orienta(r) su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos” (artículo 16° de la Ley N° 27785). Ello se encuentra en directa relación con la obligación de contribuir y promover la transparencia, ética pública y lucha contra la corrupción en el Estado, sus dependencias y funcionarios.

Para el cumplimiento efectivo de sus funciones, la Ley orgánica de la Contraloría General le reconoce a esta institución, un conjunto de atribuciones, entre las que se encuentran: a) puede tener acceso a los registros, documentos e información de las entidades, aún cuando sean secretos o pertenezcan a particulares que hayan tenido relación con las entidades públicas; b) ordenar a los órganos del sistema que realicen las acciones de control que evalúe necesarias; c) supervisar y garantizar el cumplimiento de las recomendaciones que se deriven de los informes de control; d) en los casos en los que de la ejecución de una acción de control se deriven indicios de comisión de delito o daño económico contra el Estado, dispondrá el inicio de acciones legales pertinentes por el Procurador Público de la Contraloría General o del sector o representante de la entidad bajo control; e) presentar anualmente al Congreso de la República el informe de evaluación de la Cuenta General de la República; f) interpretar la normativa de control gubernamental con carácter vinculante; g) emitir opinión previa sobre la adquisiciones y contrataciones que tengan carácter de

⁸⁴ Así, por ejemplo, la Contraloría General de la República ha venido desarrollando un conjunto de instrumentos que corresponden a la modalidad del control de gestión o desempeño, a fin de fortalecer el papel orientador del control gubernamental en el ámbito de los programas sociales. La incidencia de los programas sociales en el alivio o reducción de la pobreza, exigían de modo especial, una intervención del control orientada a contribuir con la implementación de mejoras en la gestión y la consecución de los objetivos de dichos programas en el país. En tal sentido, desde 1998 se han venido produciendo los siguientes documentos: (1) CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Programas Sociales en el Perú: Elementos para una propuesta desde el control Gubernamental. Lima: Contraloría General de la República-Cooperación Alemana al Desarrollo, 2008; (2) CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Marco conceptual del control de los programas sociales. Lima: Contraloría General de la República-Cooperación Alemana al Desarrollo, 2010; (3) Directiva N° 011-2013-CG/ADE denominada "Auditoría de Desempeño".

secreto militar u orden interno exonerados de licitación, concurso público o adjudicación directa; asimismo sobre la ejecución y pago de presupuestos adiciones de obra pública; y endeudamiento; g) recibir y tramitar denuncias ciudadanas; h) fiscalizar las declaraciones juradas de los funcionarios públicos; i) sancionar a los funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones contra la administración pública y en las que se derive responsabilidad administrativa funcional; entre otras.

Esta última atribución se incorpora a través de la Ley N° 29622, que modificó la Ley N° 27785, Ley orgánica de la Contraloría General de la República, ampliando la potestad sancionadora de este organismo en materia de responsabilidad administrativa funcional, desarrollada, posteriormente, por el Decreto Supremo N°023-2011-PCM, que aprueba el Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

En el caso de la detección de actos que pudieran conllevar responsabilidades penales o civiles, la CGR deberá disponer el inicio de acciones legales pertinentes para poner estos hechos en conocimiento del Ministerio Público y del Poder Judicial (artículos 11° y 22° literal d) de la Ley N°27785).

Efectivamente, la Contraloría General podrá identificar, investigar, determinar responsabilidad administrativa y sancionar, de ser el caso, respecto de los actos de los funcionarios públicos que supongan el incumplimiento de deberes legales y que generen perjuicio económico o grave afectación al servicio público, debidamente tipificados en la Ley N° 27785 y especificados en el Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes de control.

Esta atribución corresponde a la modalidad de control gubernamental de legalidad directamente vinculada a la obligación de la Contraloría General de cautelar los recursos del Estado, promover valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos y la prevención de la corrupción. La legitimidad del control de legalidad y las facultades para sancionar las infracciones identificadas se evidencian mejor, si tenemos en cuenta que

la Administración Pública es una organización instrumental al cumplimiento de las finalidades del Estado, que administra y gestiona recursos públicos para la entrega de bienes y servicios sociales a los ciudadanos y ciudadanas, en el marco de un Estado constitucional⁸⁵. La desviación de los recursos, bienes y servicios estatales infringiendo previsiones legales, impacta gravemente en la calidad de vida y derechos de las personas, así como en el funcionamiento de la sociedad.

No obstante, tanto el control de legalidad como las específicas facultades sancionadoras en materia de responsabilidad administrativa funcional deberán implementarse de modo que no constituyan un factor de parálisis en la gestión pública y, por otra parte, que se realicen en armonía con los principios de legalidad, debido proceso y *ne bis in idem*. Al respecto, se ha señalado sobre el control de legalidad que:

La norma debe servir de instrumento indispensable de gobierno, a través del cual, sus programas políticos y aspiraciones de voluntad cobran vigencia general, impersonal e imperativa para toda la colectividad (...) Resulta importante que el auditor reconozca permanentemente este doble rol para que su actitud evaluativa no sólo se ciña al primer aspecto (control de apego del administrador a la ley) sino que contemple que el mismo ordenamiento debe funcionar como elemento conductista (no entrampador) de las sanas, correctas y transparentes decisiones gerenciales⁸⁶.

Finalmente, puede concluirse que la Contraloría General de la República responde a la figura de una Entidad Fiscalizadora Superior, directamente prevista en la Constitución como un organismo autónomo y cuya misión es la cautela de los fondos y presupuesto públicos, a través del control de la legalidad de la ejecución del presupuesto y la gestión de los recursos públicos, para cuyo efecto supervisa el correcto funcionamiento de la administración estatal, la transparencia y la probidad en el ejercicio de la función pública.

⁸⁵ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 16. También ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 9ª ed. 1999, p. 32.

⁸⁶MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Auditoría a situaciones jurídicas o auditoría a procedimientos" *Boletín de Control* N° 3, 1996, Lima: Contraloría General de la República del Perú, p. 4.



CAPÍTULO II

DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTATALES PARA SANCIONAR EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

Este capítulo está dirigido a abordar el análisis de la constitucionalidad de las competencias atribuidas a la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional, desde una aproximación a la parte orgánica de la Constitución y a la delimitación constitucional de competencias estatales.

2.1. Estado constitucional: control y colaboración entre poderes y organismos constitucionales

El Estado peruano se organiza según el modelo del Estado constitucional, el mismo que se fundamenta en los principios de supremacía de la Constitución, principio de legalidad constitucional, principio de división de poderes- entendido como el control y colaboración entre poderes- la administración pública sometida a la Constitución y a la ley, controlada jurisdiccionalmente, y finalmente, el reconocimiento de los derechos fundamentales⁸⁷. El Estado constitucional reconoce y garantiza los derechos de libertad, los derechos sociales, frente a los poderes públicos y privados y garantizados en el nivel interno o nacional y en el nivel internacional⁸⁸.

⁸⁷ DIAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 4ª ed. Madrid: Cuadernos para el diálogo, S.A., 1972, pp. 31-32.

⁸⁸ FERRAJOLI Luigi. "Juspositivismo crítico y democracia constitucional". En: *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 16, México: ITAM, abril 2002, p. 17.

El reconocimiento de facultades sancionadoras a la Contraloría General de la República, se encuentra vinculado estrechamente con el principio de control en el Estado constitucional, buscando mejorar la eficacia en la protección de bienes constitucionales como el correcto funcionamiento de la administración pública, la adecuación de dicha administración a la Constitución y la ley, así como la legalidad de la ejecución del presupuesto y el buen uso de los recursos del Estado.

Justificar constitucionalmente el reconocimiento de dichas atribuciones a un organismo autónomo de control externo, como la Contraloría General, supone, en primer lugar determinar si el principio de separación de poderes en el Estado admite la previsión de una institución autónoma que ejerza el control sobre la administración y gestión de los recursos públicos a cargo de las entidades y funcionarios en el ámbito del Estado. En segundo lugar, resulta necesario fundamentar si resulta constitucionalmente legítimo que dicho organismo autónomo, pueda contemplar entre sus funciones de control para la consecución de los fines señalados, la determinación de responsabilidad funcional así como la imposición de sanciones correspondientes a los funcionarios públicos.

En orden a tales consideraciones conviene partir de la constatación de que en el Estado constitucional, el principio de separación de poderes adquiere un redimensionamiento de su contenido, sin perder el fundamento de su origen, orientado al control del ejercicio del poder. Por tal razón se ha considerado que, más allá de una concepción rígida de división del poder, sobre la base de tres organismos fundamentales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la fidelidad al principio se expresa en la presencia de pesos y contrapesos en el Estado, compatible con la existencia de una multiplicidad de instituciones que asumen funciones especializadas en una relación de control y colaboración entre ellas.

En esta orientación se ha entendido que la Constitución misma, tendrá eficacia y sentido sólo si se le concibe como un instrumento de limitación y control del poder⁸⁹ y que las funciones encargadas a los poderes del Estado y a los organismos constitucionales

⁸⁹ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control. Introducción a la teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, p. 12.

autónomos no suponen una división de poderes rígida, de la que se puede deducir compartimentos aislados e incommunicables entre sí, sino una distribución de funciones que evite la concentración del poder, pero con necesidad de relaciones de colaboración e intervenciones mutuas y recíprocas⁹⁰.

FERRAJOLI explica esta reinterpretación del principio, señalando que el modelo clásico de la división de poderes formulado por Montesquieu o Locke, correspondía a un contexto de hace tres siglos, con arreglos institucionales incomparablemente más simples que los que actualmente subyacen a las democracias constitucionales. En su momento, el principio se erigió para garantizar la separación e independencia del poder monárquico, de la función legislativa y de la judicial. Sin embargo, la formulación original del modelo no resulta suficiente para responder a la complejidad de la esfera pública contemporánea dada la cantidad y diversidad de funciones asignadas hoy en día a instituciones que no encajan dentro de la tripartición montesquiana. Este autor distingue en dicha complejidad las funciones administrativas que tienen lugar en el marco del Estado social-y añadiríamos en su versión más acabada como Estado constitucional- que no son de hecho funciones de gobierno, sino funciones de garantía, cuyo ejercicio, al igual que sucede con la función judicial consiste en la aplicación de sus presupuestos legales y requiere de independencia de las funciones de gobierno⁹¹.

En el mismo sentido, se ha señalado respecto del ejecutivo moderno, que hace mucho más que administrar bienes y servicios en el Estado. Tal es el caso de sus funciones legislativas, cuando dicta normas de aplicación general, con rango de ley, en situaciones especiales (legislación delegada y la legislación de urgencia). Asimismo, determina situaciones jurídicas y decide el derecho de los administrados en controversias jurídicamente relevantes, cumpliendo de este modo funciones que se asemejan a las que cumple el Poder Judicial, con la diferencia que no son definitivas. Y para complejizar aún más el asunto, es interesante anotar que se han ido consolidando la creación de entelequias y organizaciones,

⁹⁰DIAZ, Elías. Op. cit. p. 32.

⁹¹FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca, pp. 339-340. Consulta: 28 de agosto de 2012.

<http://www.cecoh.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf> 28 de agosto de 2012.

que siendo parte del Poder Ejecutivo vienen dotadas de rasgos de autonomía e independencia técnica que suelen garantizar decisiones más justas, imparciales, técnicas y garantistas de los derechos de los administrados y la protección de bienes constitucionalmente relevantes⁹².

Tal evolución en los Estados democráticos contemporáneos y la complejidad institucional que presenta, ha supuesto que parte de las cuestiones más discutidas en materia de Derecho Constitucional, se encuentren vinculadas a la organización de funciones y conflictos de competencias entre poderes y organismos constitucionalmente autónomos. Así, actualmente pasan por la reflexión sobre la división o separación de poderes, temas como la independencia judicial, las prerrogativas de los Parlamentos, la potestad gubernamental para dictar disposiciones de urgencia, la potestad sancionadora de la administración⁹³, límites al control constitucional de los tribunales y cortes constitucionales, distribución de competencias en materia presupuestaria, prevención, lucha contra la corrupción, el reciente reconocimiento del derecho a una buena administración pública, entre otros.

Nuestro Tribunal Constitucional ha acogido en reiterada jurisprudencia esta forma de interpretar el principio de separación de poderes, afirmando que el fundamento de la división funciones en el Estado constitucional es el control del ejercicio del poder, pero con necesidad de relaciones de colaboración e intervenciones mutuas y recíprocas. Complementa la idea reconociendo que resulta constitucionalmente legítimo que existan competencias asignadas a cada Poder o institución del Estado cuya naturaleza se asemeja a las que típicamente se realizan por los otros poderes. Sin embargo, ellas tienen una expresión limitada, relativa y restringida⁹⁴.

En esta misma orientación ha expresado lo siguiente:

⁹²BULLARD, Alfredo. “*Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas*” en Revista de Derecho THEMIS, N° 51, Lima, 2005, pp. 88.

⁹³LOPEZ GUERRA, Luis. El poder judicial en el Estado constitucional. Lima: Palestra Editores, 2001, p. 12.

⁹⁴Entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 004-2004-CC/TC, del 31 de diciembre de 2004, F.J. 23 y 24.

Conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. Al respecto, hemos expresado que: “La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.” (Exp. N.° 0023-2003/AI, Fundamento N.° 5)

Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104° de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 12.° de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto⁹⁵.

Por tanto, si se entiende que para potenciar el cumplimiento de objetivos estatales plasmados en la Constitución, el poder en el Estado constitucional se divide entre diferentes organismos y entidades, con funciones especializadas y garantías de independencia, en relaciones mutuas y recíprocas de control y colaboración, este modelo de Estado constitucional resultaría compatible, con la atribución de funciones de control y sanción a un organismo constitucional dotado de autonomía respecto del Poder Ejecutivo y de la administración pública en general, para garantizar la legalidad de la ejecución del presupuesto y de los actos de las entidades sujetas a control, así como la cautela de los recursos del Estado.

⁹⁵TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia expedida en el proceso con Expediente N°004-2004-CC/TC. Fundamentos Jurídicos 23-24

2.2.Estado constitucional y control presupuestario

En el marco del principio de control, propio del Estado constitucional, tiene lugar el control externo de la ejecución del presupuesto público y de la gestión económica y financiera del Estado.

VALLES VIVES señala que el mismo ciclo presupuestario sólo tiene sentido si se le observa en el marco del principio de separación de poderes y atendiendo a los conceptos de frenos y contrapesos. En efecto, el Poder Ejecutivo elabora el proyecto de ley de presupuesto público, proponiendo una priorización de partidas presupuestarias y gasto público. Por su parte, el Parlamento, organismo que encarna la representación nacional, detenta el poder de aprobar el proyecto de presupuesto formulado por el gobierno, y de habilitarlo para que lo ejecute de conformidad con la ley aprobada. Finalmente, el Parlamento u otro un organismo constitucional autónomo y especializado ejercerán el control de la ejecución de aquél presupuesto de acuerdo a la Ley de presupuesto. En este ciclo, como ocurre en otros ámbitos del Estado, ningún poder actúa, al menos teóricamente, sin la posibilidad de ser controlado y, en su caso, corregido por el otro⁹⁶.

En tal escenario, la relación de control que se realiza sobre la ejecución del presupuesto de la administración estatal es una de las más antiguas expresiones de la limitación del poder y una las más importantes funciones en los Estados democráticos. Entre la organización política y la hacienda pública existe una estrecha relación, dado que el control sobre la ejecución presupuestal procurará que el ejercicio económico y financiero de la administración pública se lleve a cabo respetando la voluntad de la representación nacional y en cumplimiento de los aspectos formales y jurídicos necesarios para alcanzar los objetivos previstos en la formulación presupuestal aprobada⁹⁷.

⁹⁶VALLES VIVES, Francesc. Op. cit. pp.33-34.

⁹⁷ VALLES VIVES, Francesc. Op. cit. p.29. PALAO TABOADA, Carlos. “El control de la actividad financiera en un Estado democrático” en AAVV. La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática. Encuentro Internacional 1984. Madrid: Tribunal de Cuentas, 1985. Consulta: 9 de setiembre de 2012.

Al respecto, DROMI afirma que: “el presupuesto es una manifestación más del control jurídico-político del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, como corolario del sometimiento de la actividad financiera del Estado al imperio de la ley, propio de todo Estado de Derecho, y como expresión de la Teoría de la separación de poderes”⁹⁸.

Incluso puede encontrarse a la base de tales reflexiones un trasfondo vinculado a la idea de derechos fundamentales. Así, tal como lo sostiene TORRES BOURSAULT, no puede hablarse de democracia sin que la administración de los medios limitados y escasos de los que dispone el Estado para desarrollar su acción, esté sujeta a mecanismos efectivos de control. En tal sentido, el control financiero da respuesta a las exigencias de transparencia en la utilización de los recursos públicos y garantiza el cumplimiento de los derechos de la ciudadanía⁹⁹. El control de la gestión y ejecución presupuestal del Estado lleva aparejada la idea de que los recursos públicos deben cumplir con la finalidad de sostener servicios públicos eficientes y eficaces en la satisfacción de necesidades de las personas con impacto directo sobre su calidad de vida y vigencia de derechos.

Así, la fiscalización superior encuentra su fundamento en la soberanía popular y derechos de las personas, en el entendido de que el pueblo se tiene legitimidad para exigir que se informe debidamente sobre el manejo de los fondos públicos que realizan las instituciones y autoridades estatales, a quienes se les encomienda función pública en sus diferentes niveles¹⁰⁰.

<http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/11-08_84_10079_07_Palao_Control_idc13525.pdf>

⁹⁸ DROMI, José Roberto. “Constitución, Gobierno y Control” *En Presupuesto y cuenta de inversión, instrumentos de gobierno y control*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 200, citado por TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia expedida en el proceso con Expediente N°004-2004-CC/TC. 2004. Fundamento Jurídico 6.

⁹⁹ TORRES BOURSAULT, Leopoldo. “Democracia y control financiero”. En: *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática. Encuentro Internacional 1984*. Madrid: Tribunal de Cuentas, 1985. Consulta: 9 de setiembre de 2012. <http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/11-08_84_10079_02_Torres_Democracia_idc8700.pdf>

¹⁰⁰ MORÓN, Juan Carlos, BERAMENDI, Gustavo, CUYA, Jorge y Oswaldo FONSECA. “La fiscalización superior en América Latina”. *Revista Horizontes*. Edición extraordinaria, Lima, ILACIF, 1990. p. 41.

Esta función de control se encuentra asociada, desde su origen, a los Parlamentos, que cumplen el papel de controlar políticamente a los Gobiernos o Ejecutivos. Sin embargo, la alta especialización que fue requiriendo progresivamente el ejercicio de este control económico o presupuestario, puso de manifiesto la necesidad consolidar y fortalecer entidades especializadas, encargadas de auxiliar al Poder Legislativo en el control de la gestión económico-financiera de la administración, conocidas de modo genérico como las Entidades de Fiscalización Superior, y que se concretan en figuras como los Tribunales de Cuentas o Contralorías Generales.

Tales entidades desarrollaron diversas modalidades de control (de legalidad, de gestión y financiera), técnicas especializadas de auditoría, normas e instrumentos para el desarrollo de sus funciones así como relaciones de coordinación institucional con otros poderes y organismos en el Estado, proporcionando información técnica y procesada sobre la ejecución presupuestaria, para contribuir a la legalidad y buena gestión de los recursos públicos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano no ha estado ajena a tales reflexiones y, de igual manera ha destacado como parte de los fines de la actividad presupuestal el facilitar información y sostener control político parlamentario del programa económico del Poder Ejecutivo, así como coadyuvar a la ejecución eficiente y a la fiscalización administrativo-financiera por parte de la Contraloría General de la República, entre otras. Refiere que el presupuesto

expresa una autorización legislativa limitativa del Ejecutivo que facilita la fiscalización del Legislativo y de la Contraloría General de la República, relativa a la ejecución de la política económica y, particularmente, de la habilitación de las competencias para la realización de los gastos e inversiones públicas. Dicha acción contralora se presenta de manera dual: precautoriamente, mediante la autorización del gasto vía la aprobación de la Ley Anual de Presupuesto, y ulteriormente, mediante el examen de la Cuenta General de la República¹⁰¹.

¹⁰¹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia expedida en el proceso con Expediente N°004-2004-CC/TC, Fundamentos Jurídicos 7-8.

Estas consideraciones ponen de relieve la significancia del control presupuestario como función intrínseca al Estado constitucional, como expresión del control político, en titularidad del Parlamento, y técnico, a cargo de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, sobre la organización, distribución y ejecución del presupuesto, formulado por iniciativa del Poder Ejecutivo y ejecutado por toda la administración pública.

Esta rama del control, en su vertiente técnica, a cargo de las Entidades de Fiscalización Superior, tiene distintas modalidades y mecanismos para garantizar su eficacia. Ya se ha mencionado que, según el parámetro de control, éste puede ser de legalidad o cumplimiento, de gestión o desempeño y financiero.

El control de cumplimiento o legalidad, definido como la verificación de la legalidad de las operaciones ejecutadas por los funcionarios responsables del manejo de los recursos públicos¹⁰², se conecta con la atribución de identificar, determinar y, eventualmente, sancionar por responsabilidad administrativa de naturaleza funcional, precisamente cuando la detección de operaciones ilícitas o irregulares contrarias a las normas jurídicas de ejecución de los presupuestos y gestión de recursos públicos, configuran una infracción administrativa.

Este aspecto del control externo sobre el gasto público es el que es materia de análisis de constitucionalidad en la presente investigación. La previsión de facultades sancionadoras en poder de las Entidades de Fiscalización Superior, ya sea por actos que obstaculizan la función fiscalizadora de dichas entidades o por el incumplimiento o trasgresión de normas jurídicas que regulan la función pública por parte de los sujetos objeto de control, se contempla en algunas legislaciones en Latinoamérica¹⁰³, atendiendo a la necesidad de contribuir a la efectividad del control externo del gasto público y la probidad administrativa en el manejo de los recursos públicos. La legitimidad constitucional de estos mecanismos se encontrará asociada a la

¹⁰² MORÓN, Juan Carlos, BERAMENDI, Gustavo, CUYA, Jorge y Oswaldo FONSECA Op.cit. p. 62.

¹⁰³ Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Perú y Venezuela, entre otros.

fundamentación de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad respecto de la eficacia del control y su contribución al buen funcionamiento de la administración pública, especialmente vinculado al manejo de recursos y bienes del Estado.

Para tal efecto, conviene definir y caracterizar la potestad punitiva del Estado en el ámbito administrativo por responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, a fin de analizar si resulta coherente y adecuado atribuirle esta potestad a una Entidad Fiscalizadora Superior.

2.3.Estado constitucional y poder punitivo por responsabilidad administrativa funcional

Sobre los fundamentos de la intervención punitiva del Estado en el ámbito administrativo por incumplimiento de deberes funcionales - también denominada potestad disciplinaria de la administración- no es posible encontrar una sola postura o uniformidad de interpretaciones en la doctrina o la jurisprudencia constitucional. No obstante, en un esfuerzo de síntesis, y en relación con el objetivo de la presente investigación, se destacarán algunas de las principales tesis sobre el particular.

Tradicionalmente, se ha señalado que la potestad administrativa disciplinaria es la que la administración ejerce sobre los funcionarios y agentes que forman parte de su organización. Al respecto, se señala que se le ha reconocido potestad disciplinaria para imponer sanciones a dichos agentes, correspondientes al régimen funcional de los sancionados, con la finalidad de proteger, de un lado, la organización y funcionamiento del ámbito interno de la administración, y por el otro para garantizar bienes o valores como la probidad de los funcionarios, la dignidad profesional de la administración o la ética pública”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. 1ª edición peruana, Lima: Palestra, 2011, pp. 1070-1071.

Sobre la base de tal posición se ha afirmado que la potestad disciplinaria puede calificarse como poder de “autoprotección” en cuanto que su razón de ser es el mantenimiento del orden y la eficacia de la organización interna de la administración pública. Se ha sostenido que si bien se trata de un instrumento al servicio del interés general, incide o impacta de forma directa en las relaciones interadministrativas. En tal sentido, se encuentra una justificación en la necesidad de que la administración cuente con un poder de coacción para garantizar su propia organización como titular de la misma frente a determinadas conductas de sus miembros¹⁰⁵.

De tales consideraciones se ha deducido que existe una diferencia entre los objetivos de la intervención administrativa disciplinaria y la intervención punitivo jurisdiccional penal. Se afirma que “la sanción administrativa asegura expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que los sectores no colapsen”¹⁰⁶, en tal sentido no exigiría el cumplimiento del principio de lesividad de bienes jurídicos y funcionaría como una respuesta ante conductas formales de simple desobediencia a reglas de ordenación. Tal razón para definir la intervención administrativa diferiría de la intervención penal, pues esta última sí exigiría la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos valorados socialmente y que trascienden el ámbito interno de la administración¹⁰⁷.

Esta línea teórica ha tenido como correlato la defensa de unas relaciones especiales de sujeción establecidas entre los funcionarios públicos y la administración estatal, que justificarían el establecimiento de un régimen disciplinario propio y autónomo en el ámbito administrativo, independiente de la intervención del derecho penal y, muchas veces exento de las garantías y derechos previstos frente a esta intervención.

¹⁰⁵ CASTILLO, Federico y Rosa María IDELFONSO. “La renovación dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social”. *Revista de Administración Pública* N° 158. Mayo-agosto 2002, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 9-10.

¹⁰⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima, ARA 2003, p.72, citado por CARO CORIA, Carlos. “El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Jurisprudencia y doctrina penal constitucional*. Segundo Seminario. Lima: Tribunal Constitucional – Palestra Editores S.A.C., 2006, pp. 305-306.

¹⁰⁷ CARO CORIA, Carlos. *Ibídem*.

La doctrina de la sujeción especial nace en Alemania, en el siglo XIX, a través de sus principales exponentes, Georg Jellineck y Otto Mayer, con la intención de atender las necesidades de funcionamiento de la cosa pública. Dicha teoría postulaba que para quienes se integraban a la organización administrativa no regían los principios de reserva de ley en los supuestos de restricción de derechos fundamentales y que las reglas determinadas en dicho ámbito no eran objeto de control judicial. No obstante, en el marco del Estado constitucional afianzado en el periodo que nace con la Ley Fundamental de Bonn, se consolidó la idea de que la actividad administrativa no puede desarrollarse al margen de la ley, de los derechos fundamentales ni del control judicial. Con ello, las relaciones de sujeción especial perdieron su contenido y efectos clásicos, propios del ordenamiento que les dio origen. Al respecto, resultó fundamental la sentencia del 14 de marzo de 1972 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que establece que el principio de legalidad y los derechos fundamentales también rigen las relaciones de sujeción especial¹⁰⁸.

En España, la tesis de las relaciones de sujeción especial, supusieron el desconocimiento o limitación de las garantías que, con la instauración del orden democrático y la Constitución de 1978, fueron incorporadas al nuevo régimen sancionador.

¹⁰⁸ MARINA JALVO, M. Belén. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. 3ª ed. Valladolid: LEX NOVA, 2006, pp. 71-73. Para el efecto, MARINA trae a colación la definición que MAYER realiza sobre la figura de la sujeción especial: “Sujeción significa un vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del Derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior. En este sentido, la relación entre el Estado y el súbdito es un vínculo de sujeción importante. Pero, principalmente, con esta palabra queremos designar una relación de sujeción creada especialmente para el súbdito o más bien para una cierta pluralidad de súbditos. Es una relación jurídica de derecho público por el cual el individuo está vinculado respecto del Estado, por efecto de la obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés público” En: MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Tomo IV, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 144.

Hubo un periodo en el que se hizo una profusa utilización, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional¹⁰⁹ de la categoría de las “relaciones de sujeción especial” como argumento para impedir la aplicación del principio de “*ne bis in idem*” en el ámbito del derecho sancionador. Incluso, se consolidó, legalmente, la teoría de las relaciones especiales de sujeción, a través del artículo 127° de la Ley 30/1992 del Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que establece que las disposiciones sobre principios de la potestad sancionadora de la administración no son de aplicación al ejercicio por las administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual¹¹⁰.

Sin embargo, a medida que se fue profundizando el orden democrático, la doctrina y la jurisprudencia¹¹¹ cuestionaron la existencia de relaciones de sujeción especial entre la administración y los funcionarios que la integran, como un supuesto habilitante para definir un régimen disciplinario privado de las garantías del *ius puniendi* estatal, como son la reserva de ley, el principio de tipicidad, la irretroactividad de la norma sancionadora no favorable y el principio *non bis in idem*, entre otros¹¹².

Especialmente relevante en este proceso de variación de la tendencia ha sido la sentencia del Tribunal Constitucional español 234/1991, que estableció que:

para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos de

¹⁰⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional español 2/1981, 94/1986; y Autos del Tribunal Constitucional español 721/1984; 150/1984 y 1264/1988; citadas por HUERTA TOCILDO, Susana. “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios” en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, ROMEO CASABONA, Romeo, GRACIA MARTÍN, Luis y Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (editores). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 38.

¹¹⁰ HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., pp. 38-39.

¹¹¹ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional español, las Sentencias 61/1990, de 29 de marzo y 243/1991.

¹¹² QUINTANA LÓPEZ, Tomás. “La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos”. En: *La Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo II. Revista Documentación Administrativa* N° 282-283, septiembre-diciembre 2008 y enero-abril 2009, Madrid: INAP, pp. 321-327.

la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar.

Dicha sentencia construye un argumento para definir que, en el caso materia de análisis, la administración pública, específicamente, la policía gubernamental, tiene un interés jurídico diferente que justifica su intervención disciplinaria, distinto al del tipo penal, y que viene constituido por el interés de salvaguardar la “irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa”. Este argumento lleva al Tribunal español a descartar la vulneración del principio “*ne bis in idem*” ya no sobre la base de relaciones de sujeción especial, sino del análisis de bienes o intereses jurídicos concurrentes.

A través de esta sentencia, se vacía de objeto y funcionalidad al concepto de relación de sujeción especial, puesto que ya no sirve para determinar, apriorísticamente, la inexistencia de fundamentos o intereses jurídicos idénticos, sino que siempre habrá que analizar y argumentar tal situación para justificar la doble intervención y sanción disciplinaria y penal, sobre la base de la presencia de dos intereses jurídicos distintos a cautelar. Así, lo interpreta HUERTA TOCILDO, al expresar que la invocación a la categoría de las relaciones especiales de sujeción deviene innecesaria debido a que la dualidad de bienes jurídicos también justificaría la imposición de una sanción penal y administrativa en el seno de las llamadas “*relaciones de sujeción general*”¹¹³.

A partir de esta corriente crítica se desarrolla una posición alternativa sobre los fundamentos de la intervención punitiva del Estado en el ámbito administrativo disciplinario, sosteniendo la unidad del *ius puniendi* del Estado. Así, un importante

¹¹³HUERTA TOCILDO, Susana. op. cit., pp. 56-58. No obstante, la sentencia referida del Tribunal Constitucional no resulta, en la opinión de la propia Huerta Tocildo, una posición clara y definitiva de dicho colegiado para descartar la tesis de las relaciones especiales de sujeción y su incidencia en el respeto de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos. Apoya su afirmación en el hecho de que la misma resolución concluye que existe un interés legítimo de la administración, concretado en la “*irreprochabilidad de los funcionarios de policía*” distinto del subyacente a los correspondientes tipos penales, que justificaría la imposición de la doble sanción; pero además en la existencia de sentencias posteriores del mismo Tribunal en las que se vuelve a invocar estas relaciones especiales de sujeción para introducir limitaciones a los derechos fundamentales, entre ellos el principio de “*ne bis in idem*” (por todas la sentencia del Tribunal Constitucional español 132/2001).

sector de la doctrina ha advertido de las consecuencias arbitrarias y desproporcionadas que conlleva la concepción de que las potestades sancionadoras que emanan del derecho penal y del derecho administrativo disciplinario, corresponden a fuentes de naturaleza diferenciada, y que el derecho administrativo disciplinario, por fundamentarse en la protección de bienes jurídicos internos de la propia administración, justifica unas relaciones especiales de sujeción que validan el recorte de los derechos de los funcionarios y servidores públicos. Los cuestionamientos han llegado a tildar a la tesis objeto de crítica, como proveniente de un sólido conservadurismo, propia concepciones absolutistas, y contraria a los principios del Estado de derecho¹¹⁴.

Esta vertiente teórica alternativa postula la idea de homogeneidad o identidad sustancial del fenómeno sancionador del Estado¹¹⁵, es decir que, tanto las sanciones de naturaleza penal como las que corresponden al ámbito administrativo sancionador y disciplinario, exigen una justificación común, cual es la obligación del Estado de preservar bienes jurídicos o intereses jurídicamente protegidos, los que pueden coincidir cualitativamente. La diferencia entre ambas intervenciones puede radicar más bien en la magnitud de la amenaza o gravedad de la conducta que afecta el bien frente a la que se interviene o protege.

¹¹⁴RANDO CASERMEIRO recoge un conjunto de autores que se han manifestado críticamente frente a la tesis de las relaciones especiales de sujeción. Así, menciona, entre otros, a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario” en Cuadernos de Política Criminal N° 30, 1986, pp. 498-500; MAPELLI CAFFARENA, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. 4ª ed. Thompson-Civitas, 2005, pp. 154-155; HUERTA TOCILDO, Susana. “Ilícito penal e ilícito de funcionarios” en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis-ROMEO CASABONA, Carlos-GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 43 y ss; GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. Cizur Menor: Thompson-Aranzadi, pp. 200-206; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. La prevaricación del funcionario público. Madrid: Civitas, 1980, p. 295; en RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 85.

¹¹⁵PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de bis in idem*. Valencia; Tirant Lo Blanch, 2002, p. 114. Cita para el mismo efecto a DEL REY GUANTER, Salvador. *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 1990. También: NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*. Madrid: Constitución y Leyes. S.A. 2001, p. 74.

Así, tanto en el caso de la intervención administrativa para sancionar por incumplimiento de deberes de función vinculado a la gestión de recursos públicos, como en el de la intervención penal para sancionar por la apropiación ilícita de caudales públicos respecto de los que se tiene una función de garante, el bien jurídico protegido es la administración pública y, finalmente, los derechos de los ciudadanos a la prestación de servicios públicos de calidad.

De acuerdo a esta segunda tesis basada en la unidad del *iuspuniendi* del Estado, no se trataría, por tanto, de que la potestad disciplinaria se oriente sólo a la protección del prestigio de la administración o el mantenimiento de una organización eficiente y adecuadamente constituida en el ámbito de la administración estatal, sino que, comparte con la intervención penal, la protección de la administración pública y la garantía de un servicio en beneficio de los ciudadanos para la vigencia de sus derechos fundamentales¹¹⁶.

Esta tesis parte del presupuesto de que en el Estado constitucional, la administración pública es instrumental al servicio de los intereses de los ciudadanos y

“promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y de los grupos sean reales y efectivos. Un cometido promocional derivado de la conformación del Estado social.

Más allá de la prestación de servicios de interés general, las instituciones públicas a través de sus agentes, los funcionarios en sentido amplio, se convierten en garantes de la viabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales. Una legitimidad basada en esas condiciones que garanticen el disfrute y desarrollo de los derechos fundamentales de todos, a través de las diversas competencias que se atribuyen a los diversos órganos e instituciones¹¹⁷.

¹¹⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos” en: La Ley N° 4139, 1996, p. 3. Citado por HUERTA TOCILDO, Susana. “Principio de legalidad y normas sancionadoras” en: Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. *El principio de legalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 54

¹¹⁷ ASÚA BATARRITA, Adela. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad

Tales consideraciones llevarían a concluir que el mal funcionamiento de la administración estatal, el desconocimiento de deberes funcionales, y el manejo irregular de los recursos públicos, entre otros, constituirían supuestos de afectación a bienes jurídicos como la administración pública y, finalmente, la vulneración de intereses y derechos fundamentales, a los que se buscaría proteger, tanto con la intervención penal como con la potestad administrativa disciplinaria. El criterio de determinación de la intervención de un ámbito u otro vendrá dado por la gravedad de la afectación al bien jurídico o interés jurídicamente protegido y la forma específica en la que tal afectación de produce.

Por lo tanto, el poder punitivo disciplinario del Estado se justifica, en el marco del Estado constitucional, por constituir una manifestación del control sobre la administración pública y la correspondiente vinculación de los funcionarios y servidores que la integran a la Constitución, así como a los derechos y bienes constitucionales previstos en ella. El objetivo y fundamento de la potestad punitiva se orientan a la protección de tales bienes y derechos garantizados por la Constitución, frente a las conductas irregulares o ilegales de los funcionarios públicos que amenazan o lesionan dichos derechos o bienes cuando incumplen sus deberes legales.

No obstante, la legitimidad de dicha intervención sancionadora, ésta debe realizarse con respeto de los principios del debido proceso, formal y material, así como de la razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones, propias del Estado constitucional.

2.4. Distribución de competencias estatales para determinar y sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional en el ordenamiento jurídico peruano

disciplinaria” en *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, 18-19.

En el Perú la potestad disciplinaria que la administración ejerce sobre los funcionarios y agentes que forman parte de su organización se fundamenta en las consideraciones expuestas en el acápite precedente, vinculadas con la obligación del Estado de proteger determinados bienes y derechos garantizados por la Constitución, amenazados por conductas ilegales o irregulares atribuibles al personal de las entidades estatales.

La potestad sancionadora de la administración pública y su facultad disciplinaria, ha sido definida como un poder *implícito, tácito o inherente* a la administración, derivada de su consideración como función indispensable para que la administración cumpla con las finalidades y encargos que la Constitución le encomienda¹¹⁸. A decir de PEREIRA el mandato constitucional contenido en el artículo 44° de la Carta Fundamental, referido a protección de los derechos humanos, la seguridad de la población, y la promoción del bienestar general, no determina que el derecho penal sea el único medio para la consecución de dichas obligaciones, de manera que resulta posible definir la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal u otro mecanismo, como la potestad sancionadora de la administración, en principio con menor capacidad de afectación sobre las libertades y derechos¹¹⁹.

Respecto de la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, como supuesto que fundamenta la aplicación de consecuencias administrativas sancionadoras, se puede señalar que la Constitución contiene un capítulo que regula la función pública, en el que señala que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” (artículo 39°) y que “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos” (artículo 40°). Por su parte, el artículo 41° refiere de forma específica que “*la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública*”.

¹¹⁸ PEREIRA CHUMBE, Roberto. “La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444*. 2ª Ed. Lima: ARA Editores, 2005, p. X. Ver también: DANÓS, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *Ius El Veritas*, (PUCP). Año V, N°10, p.149.

¹¹⁹PEREIRA CHUMBE, Roberto. *Ibidem*.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, ha reconocido, a través de su doctrina jurisprudencial, la legitimidad del derecho administrativo sancionador, así como del derecho administrativo disciplinario, exigiendo que la aplicación de tales potestades se realice con respeto de los principios y límites del *iuspuniendi* del Estado. Así, ha señalado que:

“La aplicación de una sanción administrativa constituye manifestación de la potestad sancionadora del Estado, por lo que su validez, en el contexto de un Estado de derecho respetuoso de los derechos fundamentales, está condicionada al respeto de la Constitución y de los principios en ésta consagrados. Por ello la administración, en el desarrollo de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales que la informan. Los principios que orientan el proceso administrativo sancionador son los de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, presunción de licitud, entre otros”¹²⁰.

Las facultades de la administración para determinar la responsabilidad administrativa funcional o potestad disciplinaria de los funcionarios y servidores públicos se encuentran dispersas entre distintas entidades públicas, a saber:

- a. Las propias entidades públicas respecto de su personal,
- b. La Autoridad Nacional del Servicio Civil-SERVIR,
- c. El Consejo Nacional de la Magistratura, y
- d. La Contraloría General de la República

a. Entidades públicas respecto de su personal

Así, en un primer nivel de intervención, las entidades públicas tienen reconocidas competencias para ejercer su poder disciplinario por incumplimiento de deberes funcionales del personal que conforma su institución. Tales facultades constituyen un instrumento del Estado como organización para prevenir y reprimir las conductas de los

¹²⁰TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 06402-2007-PA/TC, Fundamentos Jurídicos 5-6.

funcionarios o servidores que incumplen o abusan de sus funciones en perjuicio del interés público y los derechos de los ciudadanos y ciudadanas.

El ejercicio de estas facultades se encuentra regulado, en el nivel legal, a través de diferentes normas que corresponden a una diversidad de regímenes de empleo y contratación pública que, lamentablemente, se han convertido en un problema grave para la gestión y regulación de la carrera pública. Así lo señaló la propia Autoridad Nacional del Servicio Civil en el Perú, al afirmar que “En la actualidad, existen 15 regímenes laborales en las entidades del Estado, entre generales y especiales, lo cual conlleva a un desorden en la administración pública en la medida que cada régimen implica distintos derechos y deberes para los servidores públicos”¹²¹.

Así, actualmente, pueden reconocerse (1) el régimen de la carrera administrativa regulada por el Decreto Legislativo N° 276, (2) el personal sin carrera perteneciente al régimen de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo N° 728, (3) el personal bajo la Contratación Administrativa de Servicios-CAS, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 modificado por la Ley N° 29849, los nueve regímenes especiales (Profesorado y Magisterial-Ley N° 24029 y Ley N° 29062, Docentes universitarios-Ley N° 23733, Profesionales de la salud-Ley N° 23536, Asistenciales de la salud-Ley N° 28561, Magistrados-Ley N° 29277, Fiscales-Decreto Legislativo N° 052, Diplomáticos-Ley N° 28091, Servidores penitenciarios- Ley N° 29709, Militares y policías-Ley N° 28359 y Ley N° 27238), el régimen de los Gerentes Públicos regulados por Decreto Legislativo N° 1024, la regulación de los convenios de administración con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la regulación de la contratación por el Fondo de Apoyo Gerencial, a través del Decreto Ley N° 25650¹²².

¹²¹ AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. SERVIR. *El servicio civil peruano. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma*. Lima: SERVIR, mayo 2012, p. 19.

¹²² AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. SERVIR. Op. cit. p. 19.

Cada uno de estos regímenes da lugar a un conjunto de deberes y responsabilidades, a las que se asigna infracciones, un procedimiento administrativo disciplinario y sanciones correlativas.

La Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, remite la regulación de la potestad administrativa disciplinaria a la normatividad sobre la materia, de acuerdo a un criterio de especialidad del régimen disciplinario, lo que no excluye su sujeción a los principios constitucionales del derecho al debido proceso y limitaciones a la facultad sancionadora de la administración¹²³. Así, el artículo 229.3 de la ley señala expresamente que “La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia”.

Sin embargo, incorpora determinadas previsiones sobre el particular, como el tipo de sanciones que corresponderían ser aplicadas, las conductas que configuran faltas del personal y autoridades de las entidades¹²⁴, la exigencia de un procedimiento disciplinario, así como los criterios a tenerse en cuenta para la determinación de la responsabilidad y la imposición de la sanción correspondiente, como por ejemplo, la

¹²³ PEZO, Eduardo. “El régimen disciplinario en la Carrera Pública Magisterial. La necesidad de garantizar la eficacia del procedimiento disciplinario” en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 16 N° 144 / Setiembre, 2010.

¹²⁴ Las faltas contempladas en la Ley 27444, artículo 239° son:

1. Negarse a recibir injustificadamente solicitudes, recursos, declaraciones, informaciones o expedir constancia sobre ellas.
2. No entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos.
3. Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo.
4. Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia.
5. Ejecutar un acto que no se encuentre expedito para ello.
6. No comunicar dentro del término legal la causal de abstención en la cual se encuentra incurso.
7. Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativo o contradecir sus decisiones.
8. Intimidar de alguna manera a quien desee plantear queja administrativa o contradecir sus decisiones.
9. Incurrir en ilegalidad manifiesta.
10. Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial a que se refiere el numeral 160.1 de esta Ley.

gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que se haya actuado (artículo 239°).

Las entidades públicas ejercen estas competencias en los supuestos en que su personal incurra en faltas leves o, faltas graves y muy graves, que no han sido identificadas en los Informes de Control de la Contraloría General de la República¹²⁵. Las modalidades de intervención pueden ser disímiles de acuerdo a cada régimen o incluso entidad.

Así, en el marco del régimen de la carrera administrativa, regulada por el Decreto Legislativo N° 276, se prevé el establecimiento de comisiones permanentes de procesos administrativos disciplinarios para la conducción de tales procedimientos (artículo 32). El procedimiento se inicia con una resolución del titular de la identidad, prevé una fase de investigación, descargos y defensa, y concluye con un informe la Comisión permanente que contiene conclusiones y recomendación de sanción, de ser el caso. Los deberes, prohibiciones, faltas y sanciones pueden encontrarse contenidas en el mismo Decreto Legislativo N° 276 así como en la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.

¹²⁵Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. “Artículo 45.- La Contraloría General ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema.

La referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3, salvo las indicadas en su literal g)”.

Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, Reglamento de la Ley N° 29622, denominado “Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control”.

“Artículo 5°.- El inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General, determina impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad por los mismos hechos que son materia de observación en los Informes, cualquiera sea la naturaleza y fundamento de dichos procedimientos. Las autoridades de las entidades deberán inhibirse de efectuar actuaciones previas o iniciar procedimiento por los hechos antes referidos, hasta la culminación del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General y el Tribunal (...)”.

En el caso de que el régimen del empleo se encuentre sujeto al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el empleador en virtud de la relación de subordinación tiene la facultad para “sancionar disciplinariamente, y dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador” (artículo 9°) para lo cual se podrá adoptar, entre otras, las medidas de suspensión o despido, de acuerdo a los artículos 12° literal g), 31°, 32° de la misma norma. Además, las entidades aprueban sus reglamentos internos de trabajo, en los que introducen deberes y obligaciones funcionales, así como los órganos competentes para sancionar disciplinariamente y los procedimientos administrativo disciplinarios correspondientes¹²⁶. Finalmente, esta clase de trabajadores también se encuentra bajo el marco de aplicación de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.

Tratándose de los funcionarios y empleados públicos contratados bajo la modalidad del Contrato Administrativo de Servicios, su régimen se regula por el Decreto Legislativo N° 1057 modificado por la Ley N° 29849, y reglamentado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM modificado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM. En virtud de esta última modificación se introduce un conjunto de disposiciones que regulan el ejercicio del poder disciplinario en el marco de la contratación administrativa de servicios. Se reconoce que las personas contratadas bajo este régimen prestan servicios subordinados, de modo tal que las entidades contratantes tienen la facultad de dirigir la prestación, normarlos, dictar las órdenes necesarias, así como sancionar disciplinariamente cualquier infracción o incumplimiento de obligaciones, ya sea de origen contractual, legal, administrativo o funcional. Para tal efecto, se exige que dicha facultad sea ejercida en respeto de los principios de tipicidad, proporcionalidad y razonabilidad (artículo 15°-A del reglamento del Decreto Legislativo N° 1057).

¹²⁶ ROJAS, Verónica. “El caos de la multiplicidad de los sistemas de responsabilidad disciplinaria” En: ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra, 2012. p. 288-289.

Es pertinente añadir que el personal contratado bajo esta modalidad se encuentra sujeto a la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, de modo que también se encuentran vinculados a las prohibiciones, infracciones y sanciones contempladas en dichas normas.

Por otra parte, a través de Resolución N° 107-2011-SERVIR-PE, se aprobaron las Reglas y Lineamientos para la adecuación de los instrumentos internos conforme a los cuales las entidades ejercen el poder disciplinario de los trabajadores contratados bajo el régimen laboral especial del Decreto Legislativo N° 1057. De conformidad con estos lineamientos, el órgano encargado de aplicar las medidas disciplinarias serán las oficinas de recursos humanos de cada entidad o la que haga sus veces. Esta normativa, especifica, que las facultades disciplinarias de las entidades respecto del personal contratado bajo esta modalidad, se ejerce sin colisionar con las facultades sancionadoras reconocidas a la Contraloría General de la República, según la Ley N° 29622 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

Para el caso de las carreras especiales, las leyes y reglamentos que las regulan, contienen disposiciones sobre la potestad disciplinaria de la entidad correspondiente.

No obstante, la situación actual descrita líneas arriba, el 4 de julio de 2013 se publicó la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. Esta ley establece un régimen general único y regula las condiciones de acceso, evaluación, ascenso, remuneraciones, derechos y deberes, régimen disciplinario y cese en la carrera pública. Este régimen general, excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores de las empresas del Estado, servidores civiles del Banco Central de Reserva, del Congreso de la República, de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, de la Contraloría General de la República, así como a los servidores sujetos a carreras especiales¹²⁷. Los obreros de gobiernos

¹²⁷ Las carreras especiales consideradas por la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, son aquellas reguladas por las siguientes normas:

a. Ley N°28091, Ley del servicio diplomático de la República;

regionales y locales, también resultan excluidos del ámbito de aplicación de la referida ley. A pesar de la limitación de la Ley del Servicio Civil en relación al alcance de su aplicación a determinados grupos de trabajadores y servidores estatales, las disposiciones relativas a los principios de la carrera, organización del servicio civil, régimen disciplinario y proceso administrativo sancionador, se les aplicará supletoriamente (primera disposición complementaria y final).

Se ha señalado que esta reforma tiene como objetivo principal mejorar el servicio público que se presta a la ciudadanía y para ello, ordenary mejorar la gestión de recursos humanos en el Estado. Introduce como elementos de la gestión de la carrera pública, la meritocracia, la idoneidad y profesionalización de los servidores públicos. Asimismo, busca uniformizar y armonizar los deberes y derechos de los trabajadores y trabajadoras públicos¹²⁸.

Sin embargo, la Ley del Servicio Civil aún no se encuentra vigente-salvo los principios de la ley del servicio civil (artículo III del Título Preliminar), la organización del servicio civil (Título II) y los derechos colectivos (capítulo IV del Título III) así como algunas disposiciones complementarias (disposición complementaria final tercera, disposición complementaria modificatoria segunda, disposición complementaria transitoria sexta y literal 1 del artículo 35°). En el caso de las demás disposiciones, la Ley señala que entrarán en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de sus

-
- b. Ley N° 27733, Ley universitaria;
 - c. Ley N°23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud;
 - d. Ley N°29944, Ley de reforma magisterial,
 - e. Ley N°28359, Ley de situación militar de los oficiales de las Fuerzas Armadas;
 - f. Decreto Legislativo N°1149, Ley de la carrera y situación del personal de la Policía Nacional del Perú;
 - g. Ley N°29709, Ley de la carrera especial pública penitenciaria;
 - h. Decreto Legislativo N°052, Ley orgánica del Ministerio Público;
 - i. Ley N°29277, Ley de la carrera judicial.

¹²⁸ AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-SERVIR.

Preguntas frecuentes. Aprobación del nuevo Servicio Civil significará un cambio estructural en los servicios que presta el Estado al ciudadano. Consulta: 19 de abril de 2014.

<<http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/ReformaServicioCivil/ServicioCivil-FAQ-2013-01.pdf>>

tres reglamentos, lo que se prescribe específicamente, también para el caso de las normas sobre el régimen disciplinario y procedimiento sancionador.

A la fecha no se encuentran todavía aprobados dichos reglamentos, lo que mantiene la vigencia de los regímenes correspondientes al Decreto Legislativo N° 276, N° 728 y N° 1057, así como la regulación que cada régimen ha desarrollado en materia de responsabilidad administrativa funcional o disciplinaria.

b. Autoridad Nacional del Servicio Civil-SERVIR.

La Autoridad Nacional del Servicio Civil-SERVIR es organismo técnico especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, que tiene como finalidad contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del servicio civil.

Entre las diversas atribuciones de la Autoridad, contempladas en su ley de creación (Decreto Legislativo N° 1023) así como en la Ley del Servicio Civil (Ley N° 30057) se reconocen dos específicamente relacionadas con facultades sancionadoras en el ámbito administrativo: el ejercicio de facultad sancionadora, en el caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en el Sistema de Recursos Humanos (artículos 11° literal c y 14° del Decreto Legislativo N° 1023) y, la resolución de controversias, a través del Tribunal del Servicio Civil en el caso de derechos invocados vinculados a la carrera o empleo público (artículos 11° literal e y 17° del Decreto Legislativo N° 1023 así como artículo 5° de la Ley del Servicio Civil).

En el primer supuesto la ley de creación se refiere a la competencia que tiene SERVIR para imponer sanciones a las entidades públicas por el incumplimiento de las obligaciones y procedimientos previstos en el Sistema de Recursos Humanos, y tipificadas mediante resolución por el Consejo Directivo¹²⁹. Las sanciones pueden ser de amonestación escrita en los supuestos de faltas leves; publicación en la lista de

¹²⁹A la fecha no se ha aprobado la resolución del Consejo Directivo que tipifica las faltas referidas.

amonestados, en los supuestos de faltas leves reiteradas y graves; suspensión de facultades para el establecimiento de incentivos monetarios y no monetarios, en el caso de faltas graves; y finalmente, cuando se trata de faltas muy graves, se podrá prever la suspensión en el ejercicio de funciones en materia de recursos humanos e intervención de la respectiva Oficina de Recursos Humanos, en el caso de las entidades del Poder Ejecutivo¹³⁰. Para el caso de otras entidades de la administración pública, la Autoridad Nacional del Servicio Civil pondrá los hechos en conocimiento de la Contraloría General de la República y de la Comisión de Fiscalización y Contraloría General del Congreso de la República (artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1023).

El segundo supuesto se encuentra referido a la intervención del Tribunal del Servicio Civil para resolver las controversias individuales, producidas en el interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, en vía de apelación, contra las decisiones de las entidades de la administración pública que versen sobre la aplicación del régimen disciplinario y de terminación de la relación de trabajo (artículo 17° literales d) y e) del Decreto Legislativo N°1023 y 5° de la Ley del Servicio Civil).

En mérito a esta atribución el Tribunal del Servicio Civil había resuelto, hasta el 31 de diciembre de 2011, cerca de 23 000 casos de los 30 593 ingresados hasta esa fecha¹³¹, es decir aproximadamente, el 75% de los casos. De dicho total de expedientes ingresados, el primer lugar lo ocupan los expedientes por pago de retribuciones (83%) y el segundo lugar los expedientes generados por cuestionamiento de la aplicación del régimen disciplinario (11%).

Como puede apreciarse, las atribuciones de SERVIR vinculadas a la potestad administrativa disciplinaria que se vienen aplicando, actualmente, se limitan a aquellas

¹³⁰Si bien esta atribución se encuentra prevista legalmente, a la fecha, no se viene aplicando por parte de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, lo cual disminuye los potenciales conflictos de competencia con la Contraloría General de la República, en los supuestos de faltas graves y muy graves, que han sido identificadas en los Informes de Control.

¹³¹AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. Tribunal del Servicio Civil. *Informe público de gestión. 2009-2011*. Consulta: 8 de octubre de 2012.

<<http://inst.servir.gob.pe/files/Tribunal/TSC-2011-InformePublicoDeGestion.pdf>>

ejercidas a través de su Tribunal del Servicio Civil, cuando conoce en vía de apelación, de aquellas sanciones impuestas directamente por las entidades públicas a los funcionarios, servidores o trabajadores del sector público, indistintamente, del régimen de contratación al que pertenezcan.

Al respecto, no impone sanciones sino que resolviendo la impugnación de la sanción impuesta por la entidad a la que pertenece el funcionario, servidor o trabajador, resuelve declarando fundada o infundada la resolución de sanción. Tratándose de sanciones aplicadas directamente por las entidades, queda claro que estarán referidas a infracciones a los deberes funcionales, leves, o graves y muy graves, que no hayan sido objeto de identificación en los informes de control de Contraloría General de la República. Por lo tanto, en principio, quedan delimitadas y diferenciadas las competencias del Tribunal de Servicio Civil respecto de la intervención de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativo funcional.

c. Consejo Nacional de la Magistratura

El Consejo Nacional de la Magistratura es un organismo constitucional autónomo previsto en el artículo 154° de la Constitución, que participa de la administración de los elementos o ejes centrales de la carrera judicial, contribuyendo a garantizar la independencia y eficiencia de la carrera judicial.

De conformidad con la disposición constitucional contenida en el artículo 154°, sus funciones son:

- Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles.
- Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años, siendo este proceso independiente de las medidas disciplinarias.
- Aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de

Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable; y

- Extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita.

Como puede apreciarse, el Consejo Nacional de la Magistratura, en su condición de organismo constitucional autónomo, e independiente del Poder Judicial, es titular de facultades disciplinarias con relación a los jueces y fiscales, a través de la investigación disciplinaria y la imposición de la sanción de destitución.

Tal como lo explica GONZALES, las competencias de investigación y destitución se desarrollan en espacios diferenciados y se aplican de forma distinta según se trate de jueces y fiscales supremos o magistrados de los demás niveles. Respecto de la investigación disciplinaria, el artículo 32° de la Ley N° 26397, Ley orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, determina que este organismo puede investigar la actuación de los vocales y fiscales supremos de oficio o a pedido de parte, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden a otros órganos, haciendo referencia al Órgano de Control de la Magistratura del Poder Judicial. La sanción de destitución se aplicará directamente. En el caso de los magistrados de los otros niveles, la investigación sólo procederá a pedido de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales y la destitución se aplicará también a solicitud de cada uno de dos órganos, según sea el caso¹³².

La titularidad de las potestades disciplinarias en el ámbito de la administración de justicia en el Perú, la comparten, entonces dos instituciones, el órgano de control interno del Poder Judicial y el Consejo Nacional de la Magistratura.

En tal sentido, no sólo para el caso del control gubernamental de la ejecución del presupuesto público que ejerce la Contraloría General de la República sobre las entidades bajo su control, se han previsto facultades disciplinarias de investigación y

¹³²GONZALES, Gorki. *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra Editores, 2009, pp.224-225.

sanción a cargo de un organismo constitucional autónomo externo a la institución controlada, sino que nuestra Constitución admite este supuesto en el caso del control disciplinario de los jueces y fiscales en el marco de la carrera judicial y fiscal.

2.5. Contraloría General de la República y facultad para sancionar por responsabilidad administrativa funcional

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República, la Contraloría General de la República estuvo dotada facultades sancionadoras para determinar responsabilidad administrativa funcional e imponer sanciones respectivas, a funcionarios públicos bajo su control.

Así, podemos encontrar que en el Decreto Ley N° 19939, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control de la Actividad Pública, del 16 de noviembre de 1971 y vigente hasta el 30 diciembre 1992, se reconocía en el artículo 12°, como función de la Contraloría General de la República, la facultad de “declarar las responsabilidades en que hubieran podido incurrir los servidores del Sector Público en el ejercicio de sus funciones, aplicar las sanciones y denunciar al Poder Judicial los hechos susceptibles de ser calificados como ilícitos con el objeto de que se determine la responsabilidad civil o penal”.

Por su parte, el artículo 16° literal i) de la misma norma señalaba como atribución del Contralor General la aplicación de la sanción que determinara la ley de acuerdo con la resolución declaratoria de responsabilidad.

Durante el periodo comprendido entre diciembre de 1992 y julio de 2002, el Decreto Ley N° 26162, Ley del Sistema Nacional de Control, establecía en su artículo 16° literal e) que eran atribuciones del Sistema Nacional de Control,

Exigir a los servidores y funcionarios públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, determinando el tipo de responsabilidad incurrida, sea administrativa, civil o penal y recomendando la adopción de las acciones necesarias preventivas, de validación, correctivas o sancionadoras o ejecutándolas, en caso de incumplimiento.

La Primera Disposición Final de la misma Ley y la Guía para el análisis de responsabilidades en sede de control, difundida por circular técnica N° 03-97-CG, definían como gestión deficiente o negligente determinante de responsabilidad administrativa, aquella que:

- No hubiera logrado los resultados razonables en términos de eficiencia, eficacia o economía teniendo en cuenta los planes y programas aprobados y su vinculación con las políticas del sector a que pertenecen;
- No realice una gestión transparente y no hayan vigilado que los sistemas operativos, administrativos y de control estén funcionando adecuadamente;
- No respeten la independencia de la auditoría interna;
- No agoten todas las acciones posibles para preservar los bienes y recursos de la entidad a que pertenecen;
- La contravención del ordenamiento jurídico-administrativo y las normas internas de la entidad a que pertenecen.

Actualmente, la Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General, reconoce a este organismo potestades sancionadoras, en dos clases de supuestos. La primera se refiere a la facultad para aplicar sanciones ante la comisión de infracciones que hubieren cometido las entidades sujetas a control, sus funcionarios y servidores públicos, las sociedades de auditoría y las personas jurídicas y naturales que manejen recursos y bienes del Estado, o a quienes hubiere requerido información o su presencia por su vinculación jurídica con las entidades sujetas a control. Las infracciones son manifestaciones de la obstaculización al accionar el Sistema Nacional

de Control o incumplimiento de las obligaciones generadas a partir de la intervención de los órganos de dicho sistema (artículos 41° y 42° de la Ley N° 27785).

La segunda clase de supuestos en los que se reconoce potestad sancionadora a la Contraloría General se constituye a partir de la vigencia de la Ley N° 29622, que modifica la Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General y que reconoce a la Contraloría General la competencia para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29622, si en el marco del control de legalidad (acción de control) se identificaba responsabilidad administrativa, dicho señalamiento debía ponerse en conocimiento del titular de la entidad sujeta a control a fin de que éstatomara las acciones para el deslinde de la responsabilidad y la imposición de las sanciones correspondientes. Este modelo de distribución de funciones resultaba débil respecto de la eficacia de la sanción, puesto que no era excepcional que la determinación e imposición de la sanción no correspondiera a la gravedad de la responsabilidad identificada, en atención a un errado espíritu de cuerpo y a la debilidad del seguimiento respecto de esta fase del proceso sancionador.

En diciembre de 2010, se aprobó la Ley N° 29622, que amplía las facultades de la Contraloría General de la República para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. La competencia de la Contraloría en esta materia se limita a las infracciones graves y muy graves cometidas por los funcionarios y servidores públicos, por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual, reguladas en la Ley N° 29622 y su reglamento, y que hubieren sido identificadas en las acciones de control.

La Contraloría tiene entre sus funciones la de realizar acciones de control, con especial incidencia en las áreas de riesgo frente a la corrupción administrativa (artículo 15° literal c), y de identificar, en el curso de tales acciones de control, la existencia de indicios de responsabilidad administrativa, penal o civil, por las acciones u omisiones

de los funcionarios y servidores públicos en el ámbito del control gubernamental. En el supuesto de indicios de responsabilidad penal o civil, la Contraloría General dispondrá el inicio de acciones legales pertinentes para la determinación de dicha responsabilidad por parte del sistema de administración de justicia (artículos 11° y 22° literal d), y para el caso de indicios de responsabilidad administrativa, abrirá un procedimiento administrativo sancionador.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, el ordenamiento constitucional peruano, reconoce a la Contraloría General de la República como un organismo constitucional autónomo cuya misión constitucional es la cautela de los fondos y presupuesto públicos y en tal sentido, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Control. A tal efecto, se encuentra expresamente autorizada a supervisar preventiva o correctivamente, los actos y resultados de la gestión pública según criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, legalidad y fidelidad a los lineamientos de política y planes de acción, en forma descentralizada (artículos 6° y 12° de la Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General). Una de las obligaciones que su Ley orgánica le asigna es la de “orienta(r) su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos” (artículo 16° de la Ley N° 27785), lo que se encuentra en directa relación con la obligación de contribuir y promover la transparencia, ética pública y lucha contra la corrupción en el Estado, sus dependencias y funcionarios.

A ello conviene añadir que como una manifestación del principio del control y colaboración entre poderes en el Estado constitucional, resulta legítimo y necesario que la Contraloría General se encuentre dotada de las facultades que garanticen la efectividad de la función de control que la Constitución y su Ley orgánica le encomiendan. En tal sentido, puede interpretarse que la potestad disciplinaria de la Contraloría General, ya sea por actos que obstaculizan el control gubernamental o por el incumplimiento o trasgresión de normas jurídicas que regulan la función pública por parte de los sujetos objeto de control, se justifican en función a la necesidad de

contribuir a la efectividad del control externo del gasto público y la probidad administrativa en el manejo de los recursos públicos.

Si bien estas competencias no se prevén, expresamente, en la Constitución, no resultan incompatibles con el ordenamiento constitucional, si tenemos en cuenta que en el Estado constitucional se admite el reconocimiento legal de “*poderes implícitos*” de los organismos constitucionales, definidos como aquellos que, sin estar expresamente contemplados en la Carta fundamental, resultan absolutamente necesarios para que tal órgano constitucional pueda desempeñar de la mejor forma las funciones señaladas en la Constitución¹³³.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación que en el Estado constitucional el poder se divide entre diferentes organismos y entidades, con funciones especializadas y garantías de independencia, en relaciones mutuas y recíprocas de control y colaboración. Las funciones que ejercen los diferentes poderes y organismos pueden resultar semejantes, lo que no distorsiona el principio de separación de poderes, siempre y cuando tales funciones sean efectivas para encausar la misión constitucional encomendada, contribuya con la consecución de los fines generales consagrados en la Constitución y se encuentre sometida a controles efectivos en el conjunto del escenario institucional.

Así, la potestad disciplinaria en el ámbito de la administración estatal tiene reconocimiento constitucional y se encuentra orientada a garantizar la protección de la buena administración pública y la satisfacción de necesidades, intereses y derechos de la ciudadanía. Si bien esta potestad se reconoce a cada entidad pública respecto del personal que la integra, ello no resulta incompatible con el ejercicio compartido, pero claramente delimitado, con otras instituciones que pueden contribuir con las finalidades estatales subyacentes. De esta manera, se han reconocido, legítimamente, competencias vinculadas a la potestad disciplinaria a organismos externos a las entidades en la que

¹³³TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 013-2003-AI/TC.

labora el personal sujeto al control, como son la Autoridad Autónoma del Servicio Civil-SERVIR- y al Consejo Nacional de la Magistratura.

En tal sentido, no resulta incompatible con el diseño constitucional peruano, ni con los principios del Estado constitucional que se reconozca, legalmente, potestad disciplinaria externa a un organismo constitucional autónomo como la Contraloría General de la República, respecto de los funcionarios, servidores y personal en el ámbito administrativo, vinculado a la necesidad de dotar de eficacia a la protección y cautela del presupuesto y recursos del Estado.

Por lo tanto, que, la Contraloría General se encuentre dotada de atribuciones disciplinarias en materia de responsabilidad administrativa funcional, para garantizar la legalidad de la ejecución del presupuesto y de los actos de las entidades sujetas a control, así como la cautela de los recursos del Estado, como expresión del correcto funcionamiento de la administración, no resultaría incompatible con el Estado constitucional ni con el contenido contemporáneo del principio de separación de poderes.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO “*NE BIS IN IDEM*”

El análisis de constitucionalidad en la presente investigación debe contemplar, adicionalmente a los temas desarrollados en los capítulos precedentes, la particular configuración de las potestades sancionadoras en la Ley N° 29622, así como en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, a la luz del principio de proporcionalidad. Para tal efecto se utilizará el test de ponderación, particularmente, porque si bien la normativa referida busca determinadas finalidades constitucionales, se ha esgrimido, también, como cuestionamiento a la misma-entre otras razones-su afectación al principio de prohibición de doble persecución o sanción, o *ne bis in idem*¹³⁴.

Así, habría un conjunto de bienes, principios o derechos en conflicto; por un lado, los bienes que la Ley N° 29622 pretendería garantizar, y por el otro, los principios afectados por la misma norma, especialmente, el principio *ne bis in idem* prohibición de doble persecución o sanción, materia de análisis en la presente investigación.

¹³⁴DANÓS, Jorge y otros. *Informe jurídico “Observaciones al proyecto de Ley N° 4210/2010-CG”*, 22 de setiembre de 2010. (El informe fue remitido al Congreso de la República y suscribieron el Informe los abogados y abogadas, César Ochoa Cardich, Jorge Pando Vélchez, Rafael Muenta Schwartz, Dante Mendoza Antonioli, Christian Guzmán Napurí, José Antonio Tirado, Verónica Rojas Montes, Hernán Icochea, Adolfo Céspedes, Rodolfo Miranda, Oriando Vignolo, Edda Rivas Franchini y Jorge Danós).

Sobre el principio de proporcionalidad en sentido amplio, se dice que resulta ser el principio más importante del derecho constitucional material¹³⁵ en el marco del Estado constitucional, así como uno de los límites de mayor relevancia a la restricción de los derechos fundamentales en las democracias constitucionales¹³⁶.

En el ordenamiento constitucional peruano el principio de proporcionalidad se encuentra recogido expresamente en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y con fundamento directo en la cláusula del Estado de derecho. Asimismo, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como el principio legitimado constitucionalmente para evaluar cualquier acto restrictivo de un derecho fundamental¹³⁷, principio constitucional o bien jurídico protegido constitucionalmente.

Este principio exige que el sacrificio del ejercicio de un derecho fundamental, principio constitucional o bien jurídico protegido constitucionalmente, se encuentre justificado y sea proporcional a la correspondiente necesidad de preservar otro bien o derecho constitucional¹³⁸, asegurando de este modo la interdicción de la arbitrariedad. A pesar de la limitación, el derecho afectado debe realizarse lo más ampliamente posible, de acuerdo con aspectos jurídicos y fácticos, que serán valorados, a su vez, de conformidad con los sub-principios de idoneidad, de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹³⁹.

El sub-principio de idoneidad se refiere a la relación de causalidad necesaria que debe establecerse entre la restricción o limitación impuesta al derecho fundamental y la finalidad que se persigue con dicha limitación. El sub-principio de necesidad exige que la intervención lesiva del bien o derecho afectado sea necesaria por no existir otra medida

¹³⁵ ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En CARBONELL, Miguel y GRANDEZ, Pedro. *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores. 2010, p. 14.

¹³⁶ CLÉRICO, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En CARBONELL, Miguel y GRANDEZ, Pedro. *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores. 2010, p. 115.

¹³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC. Fundamentos Jurídicos 195-197.

¹³⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002, pp. 62-64.

¹³⁹ ALEXY, Robert. Op. cit. pp. 14-15.

menos gravosa que conduzca a la misma finalidad. La proporcionalidad en sentido estricto exige el equilibrio entre los beneficios que se generen a favor del fin que se busca alcanzar y el grado de afectación, daño o restricción ocasionado al derecho limitado para alcanzar dicho fin¹⁴⁰.

Así, la estructura de análisis de constitucionalidad¹⁴¹ a seguirse en el presente acápite determinará en primer lugar el ámbito normativo del principio o derecho fundamental, supuestamente afectado por la Ley N° 29622, y su reglamento, es decir el principio *ne bis in idem* o derecho fundamental a no ser perseguido o sancionado más de una vez por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento. En segundo lugar se verificará si la normativa en cuestión supone una intervención en el ámbito normativo del *ne bis in idem*. Si la respuesta es afirmativa, entonces corresponde analizar en una tercera fase, la justificación de la intervención restrictiva, la misma que se realizará en función del respeto al principio de proporcionalidad.

A su vez, el principio de proporcionalidad supone determinar si la Ley N° 29622 y su reglamento se fundamentan en una finalidad legítima constitucionalmente, expresada en la protección de bienes, principios o derechos constitucionales. Asimismo, deberá verificarse si las potestades sancionadoras atribuidas a la Contraloría General de la República, configuradas legalmente y desarrolladas por el reglamento, resultan una medida idónea y necesaria para garantizar los bienes y principios, objetivo de protección de la normativa en cuestión. Finalmente, deberá determinarse si las restricciones al principio *ne bis in idem*, que se estarían afectando con la aprobación de la Ley N° 29622 y su reglamento, resultan menores o leves frente al importante beneficio a conseguirse con la aprobación de las referidas facultades sancionadoras.

¹⁴⁰PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2003, pp. 199-202.

¹⁴¹Estructura de análisis que postula el Tribunal Constitucional para el control de constitucionalidad de actos o decisiones en el ámbito de la restricción de derechos o bienes constitucionales. Por todas, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N°00665-2007-AA/TC, F.J. 5.

3.1. Afectación del principio *ne bis in idem*, por la ampliación de facultades sancionadoras de la Contraloría General

3.1.1. Ámbito normativo y contenido del principio *ne bis in idem*

El principio del *ne bis in idem* o proscripción de doble persecución o sanción, ha sido definido por la jurisprudencia constitucional en el Perú, como un “principio implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139° inciso 3), de la Constitución¹⁴²”. Este principio supone, a su vez, el derecho de toda persona a no ser procesada o sancionada más de una vez por los mismos hechos y con idéntico fundamento.

Dicho principio encuentra su justificación en la interdicción de la arbitrariedad así como en las exigencias de legalidad y proporcionalidad que deben regir la determinación de responsabilidades y aplicación de sanciones en el Estado constitucional. Ello implica que se garantice a las personas un conocimiento anticipado del contenido y magnitud de la consecuencia punitiva del Estado frente a la comisión de una determinada conducta antijurídica¹⁴³, así como la implementación de un proceso de persecución y aplicación de una sanción que guarden proporcionalidad con el grado de afectación o puesta en peligro que la conducta irregular ha supuesto para determinados bienes socialmente relevantes.

En tal sentido, no pueden imponerse a una persona sanciones múltiples y, por lo tanto, mayores que las que legalmente se encuentran previstas por la comisión de infracciones o delitos (previsibilidad y proporcionalidad de las infracciones y sanciones), ni someterla a una aflicción que exceda la que corresponde a una única oportunidad que tiene el Estado para procesar, investigar y decidir en base a un determinado fundamento, la existencia de responsabilidad de un sujeto sobre unos determinados hechos.

¹⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaídas en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico. 18; Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, fundamento jurídico 3.

¹⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 002-2001-AI/TC; Sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC; Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, entre otras.

El Tribunal Constitucional español, al respecto, ha señalado que:

En efecto, si la exigencia de la *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita¹⁴⁴.

En este orden de consideraciones, debemos señalar que la aplicación del principio *bis in idem* es exigible frente a situaciones en las que el operador del Derecho debe analizar y determinar qué regla o norma, del conjunto de las que podrían aplicarse al caso, es la que debe concretar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en dicha situación. En esta clase de supuestos ha sido frecuente que el Estado, a través de sus distintos organismos o agencias, haya pretendido subsumir los actos supuestamente irregulares objeto de su conocimiento y análisis, en diversas normas que contemplan prohibiciones y asignan sanciones para cada uno ellos. Cada una de tales disposiciones, considerada aisladamente, responde a la voluntad del Estado de desvalorar dicha conducta y asignarle una consecuencia que cumpla con las finalidades de prevención de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. En tal sentido, la decisión de los operadores jurídicos del Estado, sobre el particular, podría dar lugar, al establecimiento de procesos y sanciones concurrentes, ya sea que dichas intervenciones correspondan al mismo ámbito o a dos órdenes jurídicos diferentes (penal o administrativo).

El principio *ne bis in idem* exige analizar si la aplicación de las normas concurrentes y la implementación de los procedimientos y sanciones respectivas, supone la verificación de una triple identidad, referida a los mismos hechos, sujeto y fundamento. El Tribunal Constitucional peruano también ha acogido el criterio de la triple identidad, expresando con sus propios términos que la vulneración al principio de *ne bis in idem* exige constatar la

¹⁴⁴Sentencia del Tribunal Constitucional español 177/1999, F.J. 3, citada por PÉREZ MANZANO, Mercedes. Op.cit. p. 37-38.

conjunción de tres identidades distintas: identidad de la persona perseguida (*eadem persona*), identidad de objeto de persecución (*eadem res*) e identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento (*eadem causa petendi*)¹⁴⁵.

En tal caso, procedería subsumir los hechos en una sola de las normas prohibitivas-la que para tal efecto la subsuma plenamente y no aparentemente-para evitar una persecución y sanción múltiple, desproporcionada, vulneratoria del principio de legalidad, y arbitraria. Sólo en el caso de que el sujeto, el objeto o el fundamento de cada una de las intervenciones punitivas sean distintos, corresponderá implementar tales normas prohibitivas u órdenes jurídicos sancionadores, de forma concurrente.

Aun tratándose de ámbitos jurídicos distintos (administrativo y penal) es necesario realizar el análisis de la triple identidad, especialmente, complejo en lo que concierne a la identidad de fundamento. Esta última afirmación se sustenta en la idea de que el fenómeno sancionador del Estado es uno solo, homogéneo y tiene identidad sustancial¹⁴⁶. En tal sentido, se afirma que las tanto las sanciones administrativas como las penas propias del Derecho penal, se justifican en la preservación y garantía de bienes jurídicos o intereses jurídicamente protegidos.

Al respecto, señala ASUA BATARRITA, que la administración pública tiene un cometido promocional, derivado de la configuración del Estado social, que consiste en su carácter instrumental para la promoción y efectividad de derechos constitucionales de la persona. Sostiene que las instituciones públicas, a través de sus agentes y funcionarios, y por medio de la prestación de los servicios de interés general, garantizan la viabilidad de los derechos fundamentales¹⁴⁷.

Por ejemplo, en el ámbito disciplinario, se comprende que la protección del adecuado ejercicio de las funciones públicas no se ejerce en beneficio del Estado en sí mismo, ni se

¹⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 2725-2008-PHC/TC.

¹⁴⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes. Op.cit. p. 114. También HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 45-49. También: NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*. Madrid: Constitución y Leyes. S.A. 2001, p. 74.

¹⁴⁷ ASÚA BATARRITA, Adela. Op.cit. pp. 18-19.

agota en el cumplimiento de reglas de ordenación o el no colapso de los servicios públicos. Dicha protección se relaciona directamente con el mantenimiento de una organización eficiente y adecuadamente constituida en el ámbito de la administración estatal, que finalmente busca ofrecer un servicio en beneficio de los ciudadanos para la garantía y vigencia de sus derechos fundamentales. Esta última finalidad es la que le permite al régimen administrativo sancionador compartir el mismo fundamento que la previsión e imposición de sanciones de índole penal, cual es la protección de bienes jurídicos socialmente relevantes¹⁴⁸.

Por otra parte, tal como se señaló en la sección correspondiente a la fundamentación del poder punitivo estatal por responsabilidad administrativa funcional en el Estado constitucional, la simple alegación de la existencia de unas relaciones especiales de sujeción, no explica por sí mismo que:

el incumplimiento de los deberes inherentes al correcto desempeño de sus funciones afecte un interés propio de la Administración y distinto de los intereses de los administrados, que son tutelados por los delitos de funcionarios previstos en el Código Penal. En consecuencia la simple existencia de la mencionada RSE (relaciones de sujeción especial) no puede erigirse en factor determinante de la atribución de un distinto fundamento a la sanción disciplinaria que viniera a justificar su imposición junto a la sanción penal a raíz de la comisión de un ilícito penal de funcionarios, sino que para que pueda procederse a la doble imposición, habrá de comprobarse con carácter previo que el fundamento de la infracción disciplinaria no coincide, efectivamente, con el que subyace a la correspondiente infracción penal¹⁴⁹.

La diferencia entre una y otra intervención, será la magnitud de la desvaloración de la conducta y la gravedad de la lesión o peligro del bien o interés jurídicamente protegido.

¹⁴⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos” en: La Ley N° 4139, 1996, p. 3. Citado por HUERTA TOCILDO, Susana. “Principio de legalidad y normas sancionadoras” en: Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 54

¹⁴⁹HUERTA TOCILDO, Susana. Ibidem.

La tesis de una diferenciación cualitativa entre penas y sanciones administrativas -que excluye que la intervención sancionatoria administrativa proteja directamente los mismos bienes jurídicos- es precisamente la que ha permitido duplicidad casi automática entre ambas intervenciones o sanciones sobre un mismo hecho. La crítica a esta tesis ha abierto el camino a un reconocimiento pleno de la prohibición de imponer dos o más sanciones, por la comisión de los mismos hechos¹⁵⁰, aplicable también a los supuestos en los que concurren normas penales y normas administrativas.

3.1.1.1. Criterio para determinar la existencia de la identidad de fundamento y excluir la persecución y sanción múltiple

Una de las dificultades principales vinculada a la interpretación y aplicación de este principio estriba en el análisis de la identidad de fundamento que impediría o justificaría, según fuera el caso, la persecución y sanción en más de una vez, de la persona a la que se le imputan las conductas irregulares o infracciones.

En el presente trabajo optamos por la figura del contenido de injusto o descripción típica contenida en la norma prohibitiva vulnerada por el sujeto inculpatado, como criterios para definir si existe identidad de fundamento entre las intervenciones punitivas que pretenden procesarlo y, eventualmente, sancionarlo.

El contenido de injusto es una forma específica de negación de la prohibición más genérica contemplada en el ordenamiento sancionador o norma penal. En otras palabras, es la descripción de la materia prohibida o antijurídica, que contiene el tipo objetivo-indiciario de la antijuricidad-además de la ausencia de causas de justificación. Es la acción típicamente antijurídica¹⁵¹.

¹⁵⁰ CANO CAMPOS, Tomás. “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”. *Revista de Administración Pública*, N° 156. Setiembre-Diciembre 2001, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 194-195.

¹⁵¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Universitas, S.A. 1996. pp. 329-330.

El referido criterio garantiza una opción proporcionada y equilibrada en orden a satisfacer tanto, el debido proceso y la proporcionalidad de las sanciones, así como la eficacia de la finalidad preventiva de las penas, la protección de los bienes jurídicos afectados por la conducta irregular, así como la lucha contra la impunidad.

PÉREZ MANZANO expresa sobre el particular:

Esta noción de fundamento como interés o razón jurídica concreta, es adecuada al fundamento material de la prohibición de doble sanción por cuanto, como se ha sostenido, éste reside en la proporcionalidad de las sanciones entendida como proporcionalidad legalizada. Esto es, como el juicio de proporcionalidad que ha quedado plasmado en una concreta norma sancionadora a través de la configuración de sus elementos típicos en cuanto representan el específico contenido desvalorado por el legislador¹⁵².

Esta opción ha sido sustentada en la doctrina española, señalándose por parte de sus defensores que el fundamento de la sanción debe asociarse al concepto de interés jurídico protegido en la norma sancionadora integrada en el tipo sancionador. En tal sentido, se aparta de la adopción del bien jurídico general para establecer la identidad de fundamento, en base a la consideración de que la potencial confluencia de bienes protegidos por las intervenciones penales y administrativa conllevaría casi siempre a la concurrencia de identidad de fundamento¹⁵³.

Se afirma, por lo tanto, que de lo que se trata es de examinar cuál es el interés jurídicamente protegido contemplado en la norma a través de los elementos constitutivos de la infracción, y en tal sentido, considerar en la evaluación la forma específica de ataque al bien jurídico¹⁵⁴. Con similar orientación se propone analizar si se da un doble injusto que justifique y legitime, al menos como límite máximo, el doble castigo. Si no se verificara

¹⁵² PÉREZ MANZANO, Mercedes. Op. Cit., pp. 119-120.

¹⁵³ Ibid. p 119.

¹⁵⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Citado por PÉREZ MANZANO, Mercedes. Ibídem.

este doble injusto, la doble sanción será una inicua instrumentalización del infractor y de su dignidad como persona¹⁵⁵.

Por lo tanto, debe considerarse en el análisis, la desvaloración o reproche que el ordenamiento jurídico asigna a la contravención jurídica, en toda su complejidad, relativa al modo y a la intensidad de la afectación.

En tal sentido, resulta de importancia medular la labor de los jueces, fiscales y funcionarios encargados de la aplicación de las facultades administrativo disciplinarias, en la realización de un análisis cuidadoso de las normas concurrentes, para determinar si existe coincidencia en la descripción típica del ilícito orientado a la protección de determinado bien jurídico (caso en el que se aplicaría el *ne bis in idem*) o si se está ante dos tipos aparentemente idénticos pero con un elemento diferencial que eliminaría la identidad de fundamento, y que, a su vez, justificaría la doble persecución o sanción¹⁵⁶.

Una manifestación de lo señalado, es la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 2/2003, destacada por su importancia extraordinaria en la materia. Se le atribuye el representar un intento de armonización y de revisión de la anterior doctrina constitucional, contenida en las Sentencias 177/1999- Sala primera - y 152/2001 - Sala segunda¹⁵⁷.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional Español analiza la aplicación de la prohibición de doble aflicción punitiva, a un supuesto de conducción de vehículo en estado de ebriedad, en los que han concurrido sanciones provenientes del ámbito administrativo y jurisdiccional penal. El señor José Yáñez Hermida fue condenado por delito contra la seguridad del tráfico, contemplado en el artículo 379° del Código Penal Español a las penas de multa y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día. Posteriormente, la misma persona por el mismo hecho, fue sancionada por la Jefatura Provincial de Tráfico de

¹⁵⁵BENLLOCH, Guillermo. “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el derecho penal y el derecho disciplinario”. *Revista del Poder Judicial*, N° 51, Año 1998, p.343.

¹⁵⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. Cit., p. 508.

¹⁵⁷ JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principio constitucional “ne bis in idem” (a propósito de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)*. Consulta: 23 de octubre de 2008. <http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/28.pdf>

A Coruña, por conducción de vehículo de motor con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0.4 miligramos por litro, de acuerdo al artículo 12°.1 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, con una multa de cincuenta mil pesetas y suspensión de autorización administrativa para conducir por período de un mes.

El Tribunal Constitucional Español modificó el criterio jurisprudencial afirmado hasta este pronunciamiento, que consistía en la existencia de dos normas distintas para justificar la persecución o sanción sin incurrir en la prohibición del *bis in idem*. A partir de la sentencia referida, el fundamento utilizado por el Colegiado se encuentra en la calificación del ilícito, es decir, la identidad de fundamento supone que en las dos normas se ha materializado el mismo tipo o contenido de injusto¹⁵⁸.

En la aplicación del criterio al caso concreto, el organismo constitucional realizó una comparación de las dos normas que contienen la prohibición típica o conducta típica desvalorada (vinculadas a la sanción penal y administrativa), y encontró que aunque el tipo delictivo exige mayor gravedad de la conducta y la puesta en peligro del bien jurídico que la infracción administrativa, comparten un elemento esencial común “conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas-, de modo que al imponerse ambas sanciones de forma acumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo -la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos”¹⁵⁹.

El criterio del contenido de injusto, descripción típica o forma de ataque específico al bien jurídico, para la determinación de la existencia de identidad de fundamento, no autoriza a

¹⁵⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. Cit., p. 508.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 2/2003 F.J. 5 Esta resolución utiliza la técnica del descuento para legitimar la sentencia penal recurrida a través del amparo, a fin de evitar la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de las penas y el consecuente principio *ne bis in idem*. En tal sentido, validó constitucionalmente el hecho de que el organismo judicial penal haya tomado en consideración la sanción administrativa impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal, tanto respecto del tiempo de duración de la privación del carné de conducir como respecto al monto de la multa.

priori la concurrencia de procesos y sanciones provenientes de diferentes ordenamientos jurídicos, lo que podría vulnerar el principio de legalidad, proporcionalidad, debido proceso o *ne bis in idem*; pero tampoco excluye de modo general los casos de aplicación simultánea de normas prohibitivas y sus consecuencias punitivas, provenientes de ámbitos diferentes.

Por tanto, el criterio referido resulta ser una solución ponderada y proporcional entre la protección del derecho al debido proceso, seguridad jurídica y principio de proporcionalidad en la intervención punitiva del Estado, por un lado, y por el otro, la protección de los bienes jurídicos o intereses constitucionalmente relevantes, que se ven afectados con las conductas ilícitas, así como la reducción de la impunidad. Encontramos que el criterio para evaluar la identidad de fundamento que considere la descripción típica antijurídica, reduce los márgenes de impunidad, sin desnaturalizar el derecho al *ne bis in idem*, ni eliminarlo como garantía para el procesado o sancionado. Esto tiene aplicación tanto si los procesos o sanciones concurrentes pertenecen al mismo ámbito como si responden a dos órdenes distintos, administrativo y penal jurisdiccional.

3.1.1.2. El principio *ne bis in idem* en el ordenamiento jurídico peruano

Tal como se señaló líneas arriba, el principio del *ne bis in idem* ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano, como un “principio implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución¹⁶⁰”.

El Tribunal Constitucional estableció en una sentencia emblemática para la definición del contenido del *ne bis in idem* que:

¹⁶⁰TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 18; Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, fundamento jurídico 3.

El principio ne bis in idem tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

(...)

En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)¹⁶¹.

La legislación nacional también ha incorporado el principio en distintos sectores, otorgándole un contenido clásico que hace referencia a la triple identidad.

Así, la Ley de procedimiento administrativo general, Ley N° 27444, contiene el artículo 230° numeral 10 que establece que la potestad sancionadora de todas las entidades está regida, entre otros, por el principio del “Non bis in ídem” según el cual no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 957, Código procesal penal, incluye el Artículo III del Título Preliminar sobre “Interdicción de la persecución múltiple”. Al respecto, establece que “Nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho,

¹⁶¹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 18; Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, fundamento jurídico. 19.

siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”.

No obstante, todavía existen disposiciones que acuden a la regla de la independencia de intervenciones y sanciones en base a una supuesta diferencia de naturaleza de cada ámbito, penal y administrativo. Este criterio será criticado más adelante. Algunas de estas disposiciones se encuentran en la propia Ley de procedimiento administrativo general en el artículo 243° al referirse a las sanciones que impone la administración a los funcionarios y personal a su servicio, estableciendo la autonomía de las responsabilidades. Así, señala que “las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación”. Respecto a la concurrencia de procedimientos, señala que “(l)os procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa o en contrario.

En el ámbito tributario, el artículo 190° del Código Tributario establece que “las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a las que hubiere lugar”.

El propio Tribunal Constitucional ha sido errático en su jurisprudencia sobre el particular. Así, las sentencias que abordan un examen sobre la triple identidad en los supuestos de múltiple persecución o sanción estatal, al referirse a la identidad de fundamento, en su mayoría, abordan el análisis con el señalamiento o verificación de la identidad de bien jurídico, interés jurídicamente protegido o contenido de injusto, invocados indistintamente¹⁶².

¹⁶² Como ejemplo de tales pronunciamientos pueden referirse las sentencias: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 19; Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, fundamento jurídico 4.

Por otra parte, éste no ha sido el único criterio invocado por la jurisprudencia constitucional. Tratándose de procesos o sanciones que corresponden a dos órdenes jurídicos distintos, como el administrativo y el jurisdiccional, en diversas sentencias se ha esgrimido el argumento, a nuestro parecer equívoco, *de la independencia* de lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario respecto del resultado del proceso penal¹⁶³.

Otro grupo de sentencias concretan el test de la identidad de fundamento con mayor precisión, acudiendo a un elemento más específico y desagregado que el bien jurídico, como el concepto de contenido de injusto o descripción típica para determinar si se verifica la identidad en la causa de persecución. Sin embargo, este criterio se ha utilizado, principalmente, frente a casos en los que los procesos o sanciones pertenecen todos al ámbito penal. Sin abundar en explicaciones, el Tribunal Constitucional determina que no se cumplen los presupuestos del principio de *ne bis in idem*, en el extremo referido a identidad de hechos y fundamentos, cuando los delitos perseguidos en cada uno de los procesos penales materia de la comparación corresponden a una descripción diferente de la conducta delictiva¹⁶⁴.

No obstante, la tendencia preponderante en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional ha sido la de que la identidad de fundamento no se verifica entre los ámbitos

¹⁶³TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 094-2003-AA/TC, fundamentos jurídicos 2 y 3; Sentencia recaída en el Expediente N° 3363-2004-AA/TC, fundamento jurídico 3; Sentencia recaída en el Expediente N° 3944-2004-AA/TC, fundamento jurídico 4.

¹⁶⁴ Así, en el caso que corresponde a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 10275-2006-HC/TC, fundamentos jurídicos 2 al 5, el Tribunal Constitucional evaluó que en el primer proceso penal los delitos imputados corresponden a falsificación y uso de documentos públicos y falsedad ideológica, negociación incompatible con el ejercicio del cargo y malversación de fondos, por haber regularizado documentos a fin de simular procedimientos de adjudicación para beneficiar a determinadas empresas. Sin embargo, el segundo proceso penal se abre en contra del recurrente por delito de colusión ilegal. Otro caso, corresponde a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04900-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 4, el Tribunal Constitucional sustenta que no hay identidad de fundamento porque en el primer proceso se imputa el delito de estelionato, debido a que supuestamente arrendó un bien ajeno, y en el segundo proceso se le imputa la comisión del delito de falsificación de documentos, por la utilización de una minuta presuntamente fraguada dentro de un proceso de desalojo, así como los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad, por haberse negado a recibir la citación policial y evitar, de este modo, comparecer ante la autoridad y rendir su manifestación respectiva.

penal y administrativo porque los bienes jurídicos que protege cada ámbito tienen naturaleza distinta. Se afirma la falta de identidad de fundamento entre dos intervenciones, cada una perteneciente a un ámbito distinto (penal y administrativo), con el argumento de que cada proceso o sanción corresponde a naturaleza y origen distintos.

En algunos casos la justificación de esta postura se desarrolla señalando que “el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal”¹⁶⁵.

La recurrencia a este tipo de interpretación que justifica la acumulación de procesos o sanciones en la naturaleza de cada ámbito de intervención, resulta más cuestionable en un grupo de sentencias que se limitan a expresar esta razón, sin desarrollar un discurso argumentativo que justifique la exclusión del principio *ne bis in idem* y por tanto la vigencia de los procesos o sanciones múltiples.

Así se ha resuelto en casos relativos a sanciones administrativas impuestas a funcionarios de un Gobierno Regional¹⁶⁶ y de una Municipalidad¹⁶⁷ cuya infracción habría dado lugar a la imposición de sanciones disciplinarias de separación definitiva sin que hubieren concluido los procesos penales abiertos, simultáneamente, con los procedimientos administrativos. La misma solución y similar argumento se utiliza en los casos de infracciones al Reglamento de Tránsito que han conllevado la suspensión de la licencia de conducir y que a su vez generan en la vía jurisdiccional la persecución penal del delito

¹⁶⁵TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 094-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3; Sentencia recaída en el Expediente N° 04478-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4; Sentencia recaída en el Expediente N° 00719-2007-PA/TC, fundamento jurídico 7.

¹⁶⁶TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 3944-2004-AA/TC, fundamento jurídico 4.

¹⁶⁷TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 3363-2004-AA/TC, fundamento jurídico 3.

contra la seguridad pública en la modalidad de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad¹⁶⁸.

Tal como se ha anotado críticamente sobre el particular, este tipo de interpretación que justifica la intervención penal y administrativa sancionadora o disciplinaria, simultáneamente, basada en diferencias naturales e invocadas apriorísticamente, constituyen una vulneración del principio o derecho fundamental *al ne bis in idem*.

Asimismo, debe añadirse que este criterio, adoptado por la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional más reciente y aplicado por la administración pública, ha constituido en diversas situaciones, un factor de distorsión en la correcta articulación de la vía administrativa y la vía penal en supuestos en los que los actos ilícitos podían configurar, simultáneamente, lesiones a normas de naturaleza administrativa y penal.

3.1.2. La Ley N° 29622 que modifica la Ley N° 27785, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, restringen el principio y derecho al *ne bis in idem*

La Ley N° 29622, que amplía las facultades de la Contraloría General de la República para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, incorpora en la Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General, en su capítulo VII del título III, un sub capítulo II sobre el “proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional”.

La ley define las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional como “aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen”.

¹⁶⁸TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 7818-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 7.

Las conductas infractoras quedan tipificadas en el artículo 46° de la Ley N° 27785, modificada:

- a) Incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.
- c) La realización de actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.
- d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de éstas con fines distintos al interés público.

Por otra parte, el mismo artículo establece que “el reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad”.

En virtud de esta remisión explícita que hace la ley a la norma reglamentaria, el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, especifica cuarenta y siete casos de infracciones que corresponden a la competencia sancionadora de la Contraloría General de la República, y que se inscriben en los cuatro supuestos típicos establecidos en la ley.

En relación con la afectación al principio *bis in idem* cabe destacar que unos mismos hechos conocidos en las acciones de control que implementa la Contraloría General y que son materia del informe de control, podrían evidenciar indicios de responsabilidad administrativa o responsabilidad penal. Es decir, tales hechos podrían ser subsumidos tanto por las normas que configuran las infracciones contenidas en la Ley N° 27785 modificada por la Ley N° 29622 y su reglamento, como por las figuras típicas del Código Penal,

contempladas en el capítulo II del Título XVIII sobre delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.

Se ha señalado que el reglamento de la Ley N° 29622 “contiene descripciones típicas de infracciones administrativas que tienen idéntica estructura o configuración que muchos de los denominados Delitos cometidos por funcionarios públicos. En otros casos, dichas infracciones administrativas pueden ser identificadas como modalidades típicas de muchos de los mencionados delitos”¹⁶⁹.

Así, tenemos como ejemplos de la afirmación de que las infracciones contenidas en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM y los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos coinciden en muchas de sus modalidades típicas y específicas, el caso de la actuación parcializada en contra de los intereses del Estado en los contratos, licitaciones u otras operaciones (artículo 7° literal h del reglamento) y la negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (artículo 399° del Código Penal); o uso indebido o aplicación diferente a los bienes y recursos públicos que han sido confiados al funcionario (artículo 7° literal k del reglamento) y peculado de uso (artículo 388° del Código Penal); u obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas haciendo uso del cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia (artículo 7° literal r del reglamento) y el delito de cohecho pasivo impropio (artículo 394° del Código Penal).

A continuación puede apreciarse la similitud entre tales normas prohibitivas.

Infracción administrativa contenida en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM	Delito contenidos en el Código Penal, Decreto Legislativo N° 635
<p>Artículo 7° literal h)</p> <p>“Actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado en los contratos, licitaciones concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su</p>	<p>Artículo 399°.-Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo</p> <p>“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en</p>

¹⁶⁹ PEREIRA CHUMBE, Roberto. *Propuesta de guía metodológica para el proceso de identificación de responsabilidades con relevancia penal*. Documento de trabajo. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ-Programa de Gobernabilidad e Inclusión, 2013.

Infracción administrativa contenida en el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM	Delito contenidos en el Código Penal, Decreto Legislativo N° 635
<p>cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. Esta infracción es considerada como muy grave”.</p>	<p>que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.</p>
<p>Artículo 7° literal k).</p> <p>“Usar indebidamente o dar una aplicación diferente, a los bienes y recursos públicos que le han sido confiados en administración o custodia o que le han sido asignados con ocasión de su cargo o función, o, que han sido captados o recibidos para la adquisición de un bien, la realización de obra o prestación de servicio, cuando de dicho uso o aplicación se obtenga un beneficio personal no justificado o desproporcionado, o sea para actividades partidarias, manifestaciones o actos de proselitismo. No está comprendido en esta infracción el uso de los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo”.</p>	<p>Artículo 388° Peculado de uso</p> <p>“El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.</p> <p>No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.</p>
<p>Artículo 7° literal r)</p> <p>“Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, haciendo uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia”.</p>	<p>Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio</p> <p>“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.</p> <p>El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.</p>

Al respecto, se configuraría uno de los supuestos que exigen la aplicación del principio *ne bis in idem*, es decir, aquella situación que aparentemente es cubierta por dos o más normas

prohibitivas, pertenecientes a dos órdenes jurídicos distintos, penal y administrativo, y respecto de la cual debe determinarse si corresponde abrir dos procedimientos simultáneos en cada uno de tales ámbitos para determinar las responsabilidades a que hubiere lugar e imponer sanciones múltiples correspondientes a cada ámbito; o si más bien los hechos identificados en el informe de control sólo deben subsumirse en una de las normas concurrentes.

En este segundo caso se habrá tenido que determinar, previamente, que las normas prohibitivas que concurren respecto de los hechos materia de análisis, comparten el mismo fundamento para desvalorar los actos o hechos investigados o describen el mismo tipo de injusto. Por lo tanto, por el principio *ne bis in idem* prohibición de persecución y sanción múltiples, deberá decidirse que la potestad punitiva estatal se exprese sólo a través de una de las intervenciones o en aplicación de una de las normas prohibitivas, para no incurrir en un proceso y sanción *bis in idem*.

Tal como se señaló en el acápite anterior, en un Estado constitucional que proscribe la arbitrariedad, el análisis sobre la identidad de fundamento debería realizarse según el criterio del contenido del injusto o la descripción típica específica, la forma específica de afectación del bien jurídico o el alcance de lo prohibido normativamente.

No obstante, tanto la Ley N° 27785 modificada por la Ley N° 29622, como su reglamento, optan por el criterio de la autonomía de responsabilidades, entre el ámbito administrativo y el penal, lo que aparentemente, conllevaría a interpretar que ambas intervenciones presentan apriorísticamente fundamentos distintos, y por tanto, pueden desarrollarse simultáneamente.

Así, el artículo 49° de la Ley N° 27785 establece que:

“La responsabilidad administrativo funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto, los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes. Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad para procesar administrativamente y

sancionar al funcionario o servidor público que hubiere incurrido en responsabilidad administrativa funcional, salvo disposición judicial expresa en contrario”.

Por su parte el artículo 12° del reglamento en comentario dispone que:

“el procesamiento y las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad civil o penal que pudieran establecerse o determinarse en cada caso.

Solo por disposición judicial expresa se pueden suspender, modificar o eliminar los efectos de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional. En caso la disposición judicial expresa recaiga sobre procedimientos en trámite, aquella determinará su suspensión o la corrección de los actos a que hubiera lugar. En cualquier caso, la suspensión del procedimiento por decisión judicial expresa acarrea la suspensión de los plazos del procedimiento y los plazos de prescripción”.

Una interpretación literal de estas disposiciones llevaría a afectar, restringir e incluso vulnerar el principio *ne bis in idem* porque permitiría a priori y por razones naturalistas, la implementación de procedimientos y sanciones desproporcionadas, sin realizar un análisis del fundamento de tales intervenciones, y por tanto, desprotegiendo el derecho a no ser perseguido o sancionado en exceso, vulnerando el principio de proporcionalidad y legalidad, basamentos del Estado constitucional y los derechos fundamentales.

3.2. Finalidades y bienes que protege la ampliación de facultades sancionadoras de la Contraloría General

La Ley N° 29622 que modificó la Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República, para ampliar las facultades sancionadoras en materia de responsabilidades administrativa funcional, tiene como finalidad proteger la legalidad de la ejecución del presupuesto y la adecuada utilización de recursos públicos, el correcto funcionamiento de la administración pública, la eficacia del control gubernamental así como la prevención y combate a la corrupción.

Así ha quedado señalado en lo que fue el Proyecto de Ley N° 4210-2010-CGR, Proyecto de “Ley que otorga a la Contraloría General de la República potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional y modifica la Ley N°27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”.

El proyecto, en su exposición de motivos, afirmaba que el régimen de responsabilidad administrativa de funcionarios y servidores públicos, que permanece en el arbitrio y discreción de las entidades públicas sujetas a control, suponía un “desmedro de la protección que merece el correcto desempeño de la función y actividad estatal, contribuyendo además al aumento de la percepción de impunidad”¹⁷⁰.

Por su parte, el documento que levanta las observaciones formuladas contra el Proyecto de Ley N°4210-2010-CGR, alcanzado al Presidente del Congreso de la República, mediante Oficio de Contraloría General de la República, N°01298-2010-CG/DC, señala que el proyecto en cuestión responde a:

“la imperiosa necesidad y urgencia de adoptar mecanismos que aseguren la implementación de las recomendaciones formuladas para el deslinde de la responsabilidad administrativa funcional que se identifica en los Informes de Control, considerando que (...) **concentran y evidencian irregularidades “... en las transacciones y operaciones de mayor significación económica o relevancia en la entidad examinada...” que es el ámbito en el que precisamente se desarrolla y actúa la corrupción**”(negrita nuestra).

El mismo documento afirma, adicionalmente, que la asignación de la potestad sancionadora a la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional se justifica por su contribución al cumplimiento de las finalidades del control gubernamental, descritas en la Constitución y la Ley orgánica del Sistema Nacional de Control, y definidas como la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las

¹⁷⁰ *Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR que propone una Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.2010. pp. 4-5.*

operaciones de la deuda pública y los actos de las instituciones sujetas a control (artículo 82° de la Constitución), así como la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de las metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control (artículo 2° de la Ley N° 27785).

a. Legalidad de la ejecución del presupuesto y adecuada utilización de recursos públicos

En nuestro ordenamiento jurídico, la legalidad de la ejecución del presupuesto público y la adecuada utilización de recursos públicos, son bienes de relevancia constitucional, que se encuentran directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades estatales fundamentales y de la política económica. Dichas finalidades se concretan en las obligaciones del Estado peruano de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, la protección de la población frente a las amenazas contra su seguridad y la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución).

Garantizar el cumplimiento de tales objetivos estatales supone para nuestro ordenamiento constitucional, entre otras medidas, procurarse los ingresos necesarios-que por lo general son escasos¹⁷¹-, distribuirlos equitativamente, a través de una ley de presupuesto elaborada y aprobada democráticamente con la participación del Poder Ejecutivo y del Parlamento, y que la ejecución de dicho presupuesto se sujete a las previsiones definidas legalmente y a la búsqueda de la eficiencia de necesidades sociales básicas (artículo 77° de la Constitución).

Podemos afirmar, entonces, que la adecuada utilización de recursos públicos¹⁷², por parte del Estado y sus funcionarios en el marco de la ejecución del presupuesto, será aquella que

¹⁷¹ GARCÍA BELAUNDE SALDÍAS, Domingo. *El derecho presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo ediciones. 1998, p. 37.

¹⁷² Por recursos públicos se entiende que son los medios que se procura el Estado para ejercer su actividad financiera, es decir, para desarrollar operaciones y actividades económicas en orden a

se sujete al principio de legalidad del presupuesto, es decir, que respete la ordenación cuantitativa, material y temporal de recursos contemplada en la ley de presupuesto y las normas sobre utilización de recursos públicos, y que se oriente por el criterio de eficiencia de necesidades sociales básicas, conforme al régimen presupuestal definido en el capítulo IV del Título II sobre el Estado y la Nación, de la Constitución.

b. Correcto funcionamiento de la administración pública

La legalidad de la ejecución del presupuesto público y la adecuada utilización de los recursos públicos se conecta, directamente, con otro bien jurídico constitucional, “el correcto funcionamiento de la administración pública”, al que también pretende servir la Ley N° 29622, en cuestión. La legalidad de la ejecución del presupuesto público y la adecuada utilización de los recursos públicos resultan ser dimensiones del correcto funcionamiento de la administración pública, y condiciones ambas para cumplimiento de las obligaciones del Estado, la entrega de bienes y servicios públicos a la población, así como la satisfacción de necesidades sociales y del interés general.

La exigencia del correcto ejercicio de las funciones públicas, tiene sustento directo en el Estado constitucional, especialmente, en relación con su contenido social. En la actual sociedad industrial o posindustrial, la administración pública y su adecuado funcionamiento resultan ser una condición indispensable para la concreción de la igualdad, la asunción decidida del cometido de aseguramiento del individuo, el suministro de prestaciones sociales básicas, la responsabilidad del Estado por las condiciones de vida de las personas, y en definitiva, la garantía de la persona y su dignidad. La administración siendo a su vez organización, función y ordenamiento, interviene en numerosos sectores de la realidad para procurar la eficacia de la ley en sentido material, asegurando la continuidad y calidad de los servicios públicos y la efectividad del interés general en cada caso. Al respecto, resulta determinante contar con un cuerpo profesional al que se le exige el correcto ejercicio de sus

cumplir con determinados fines y objetivos. Los recursos del Estado pueden ser ingresos tributarios, ingresos por empréstitos e ingresos por explotación del patrimonio. GARCÍA BELAUNDE SALDÍAS, Domingo. Op.cit. pp. 42, 46.

funciones. Ello significa el desarrollo de tareas precisas para la prestación de los referidos servicios públicos con las notas de continuidad y calidad, la sujeción al Derecho, actuar bajo la dirección del órgano que constitucionalmente asuma el poder-función ejecutiva, y que se conduzca con objetividad, imparcialidad y eficacia¹⁷³.

Así, en el marco del Estado constitucional, el correcto funcionamiento de la administración pública no constituye un fin en sí mismo, sino que resulta un bien instrumental a la satisfacción de las legítimas expectativas de los ciudadanos de acceder a los bienes y servicios públicos en condiciones de igualdad, transparencia, legalidad¹⁷⁴. En tal sentido, la protección de la administración pública supone, en buena cuenta, la garantía de un servicio en beneficio de los ciudadanos para la vigencia de sus derechos fundamentales¹⁷⁵.

Por otro lado, a partir de la centralidad que ha ido adquiriendo el ciudadano frente a la administración pública en el Estado constitucional, el buen funcionamiento de la administración pública como bien jurídico de protección constitucional, ha generado un nuevo derecho denominado derecho a la buena administración, cuya expresión más desarrollada ha tenido lugar en el ámbito de la Unión Europea, y de sus países miembros.

Así, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene en el Título V – sobre “ciudadanía”-el derecho a una buena Administración” (artículo 41°), el mismo que establece que toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. Ello incluye el derecho a ser oído, de acceder al expediente que le concierna, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones, entre otros.

¹⁷³ PAREJO, Luciano. “Administración y función pública” en *Documentación Administrativa* N° 243, (setiembre-diciembre 1995), pp. 68-71.

¹⁷⁴ ASÚA BATARRITA, Adela. Op. cit. p. 22-23.

¹⁷⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos” en: La Ley N° 4139, 1996, p. 3. Citado por HUERTA TOCILDO, Susana. “Principio de legalidad y normas sancionadoras” en: Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 54.

En el ordenamiento jurídico nacional, el buen funcionamiento de la administración pública es un bien de arraigo constitucional, según lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, cuando ha afirmado que el “correcto funcionamiento de la administración pública” o la “buena administración” se sustentan en los principios constitucionales contenidos en el capítulo IV del Título I de la Constitución “De la función pública”, especialmente en el artículo 39° que establece que “(...) los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”¹⁷⁶.

Este bien jurídico es de tal relevancia que el Estado ha dispuesto diversas modalidades de intervención para garantizar la buena administración o correcto funcionamiento de la administración, las que van desde medidas preventivas, vinculadas a políticas de empleo y carrera pública, políticas de transparencia y rendición de cuentas y promoción de la ética en la función pública; medidas de supervisión y control; hasta la intervención del poder sancionador estatal, que comprende el establecimiento de un régimen administrativo disciplinario de los funcionarios públicos y la intervención más drástica dada por la represión penal frente a delitos contra la administración pública.

c. Eficacia del control gubernamental

El control gubernamental que ejerce la Contraloría General de la República se deduce directamente de la previsión del artículo 82° de la Constitución, que le atribuye la calidad de órgano rector del Sistema Nacional de Control, así como del bloque de constitucionalidad conformado por la Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General, que refiere que tiene la rectoría sobre el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental.

Esta modalidad de control en el Estado es aquella supervisión, preventiva o correctiva, que se realiza sobre los actos y resultados de la gestión pública, evaluando los sistemas de

¹⁷⁶ Por todas, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00017-2001-PI/TC, fundamentos jurídicos 14-15.

administración, gerencia y control, en atención a criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, legalidad y fidelidad a los lineamientos de política y planes de acción, en forma descentralizada, (artículos 6° y 12° de la Ley N° 27785). El control gubernamental se manifiesta a través del control de legalidad, de gestión, financiero, de resultados, de evaluación del control interno u otros que sean útiles, en función de la entidad y la materia de control (artículo 8°). Incluye, asimismo, el fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos” (artículo 16° de la Ley N° 27785). Ello se encuentra en directa relación con la obligación de contribuir y promover la transparencia, ética pública y lucha contra la corrupción en el Estado, sus dependencias y funcionarios.

El control gubernamental puede supervisar la gestión y utilización de los recursos públicos, y en mérito a dicha intervención, formular recomendaciones para que se implementen medidas correctivas en cautela de los recursos del Estado. Sin embargo, en ámbitos en los que existen altos riesgos de corrupción, las recomendaciones resultarían insuficientes para la efectividad del control, debiéndose contar con mecanismos que puedan implementarse directamente, en orden a sancionar las conductas irregulares que atentan contra el buen uso de los recursos públicos. Tal ha sido el argumento expuesto como fundamento del proyecto de ley y el oficio enviados por la Contraloría General de la República al Congreso de la República para aprobar las facultades sancionadoras de aquella institución por responsabilidad administrativa funcional¹⁷⁷.

Respecto de la compatibilidad del control gubernamental y la facultad de imponer sanciones por responsabilidad administrativa funcional, desde una perspectiva de derechos humanos o fundamentales, resulta pertinente traer a colación el Informe Pericial elaborado por NOGUEIRA ALCALÁ, para el caso López Mendoza versus Venezuela, seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷⁸: En dicho informe se realiza un análisis de la compatibilidad del proceso administrativo ejercido por la Contraloría General de la

¹⁷⁷ *Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR que propone una Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional*, 2010.

¹⁷⁸ El proceso concluyó con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011.

República de Venezuela para imponer inhabilidades públicas con los derechos consagrados en la Convención Americana. El Informe Pericial reconoce que la transparencia y probidad en el ejercicio de las funciones públicas es fundamental para el fortalecimiento de las democracias. En tal sentido, afirma que resulta legítimo y de acuerdo a su Constitución, que la Contraloría venezolana pueda, en ejercicio legítimo de sus competencias, imponer sanciones administrativas, luego de un proceso administrativo, en orden a garantizar la probidad administrativa. Así, el Informe citado no cuestiona la atribución de facultades sancionadoras a la Contraloría General de la República por responsabilidad administrativa funcional, sino, que entre las sanciones que puede aplicar, se encuentre la restricción al derecho de participación política o derecho de sufragio pasivo. Opina que, de acuerdo al artículo 23.2 de la Convención americana de derechos humanos, la restricción del derecho de sufragio pasivo, generando una inhabilidad sobreviniente, no puede imponerse a través de un procedimiento y resolución de un órgano administrativo, como la Contraloría en el caso de Venezuela, sino sólo por un tribunal de justicia en materia penal con todas las garantías del debido proceso¹⁷⁹.

d. Lucha contra la corrupción

La lucha contra la corrupción es un bien que goza de protección constitucional en el ordenamiento jurídico peruano.

Siguiendo a LANDA¹⁸⁰, el ordenamiento constitucional exige combatir toda forma de corrupción a través de diversos preceptos, tales como aquellos que reconocen los mecanismos de control político y parlamentario (artículos 97° y 99°), el control judicial ordinario (artículo 139°), el control jurídico constitucional (artículo 200°), el control administrativo, ejercido por la Contraloría General de la República, como órgano rector del sistema de control (artículo 82°) y la prohibición del enriquecimiento ilícito de los

¹⁷⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Informe pericial caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcala”. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 9, núm. 1. Santiago de Chile: Universidad de Talca, pp. 357-359.

¹⁸⁰ LANDA ARROYO, César. *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2006. pp.365 y ss.

funcionarios y servidores públicos, imponiendo para tal supuesto, la duplicación del plazo de prescripción en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado (artículo 41°).

Conviene destacar que el Tribunal Constitucional ha expresado en reiterada jurisprudencia que la Carta Fundamental reconoce el combate a la corrupción como un bien constitucional, a partir de la cláusula del orden democrático, contenida en el artículo 43° de la Constitución, así como de los artículos 39° y 41°, que señalan que *“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”* y que, en dicha medida, se encuentran al servicio del interés general y sujetos a responsabilidad por su actuación. Tal normativa otorga relevancia constitucional a un conjunto de instrumentos jurídicos orientados a prevenir y sancionar la corrupción, tales como las declaraciones juradas de quienes administran o manejan fondos del Estado así como la inhabilitación y la duplicidad del plazo de prescripción en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado¹⁸¹.

El Tribunal Constitucional explicita un principio constitucional de “proscripción de la corrupción” señalado que: “El Constituyente ha advertido una dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud del daño que provocan al cuadro material de valores reconocidos por la Constitución”¹⁸².

Al respecto, ha considerado que “La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del “programa” constitucional, exige una actuación integral¹⁸³.

Se puede apreciar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha manifestado un proceso de valoración ascendente de la lucha contra la corrupción, como un

¹⁸¹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Resolución de aclaración recaída en el Expediente N° 006-2006-CC; Sentencia recaída en el Expediente N° 009-2007-AI/TC y 010-2007-AI/TC, acumulados, fundamento jurídico 58; Sentencia recaída en el Expediente N° 00017-2011-PI/TC, fundamento jurídico 16.

¹⁸²TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00019-2005-AI/TC, fundamento jurídico 59.

¹⁸³TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 009-2007-AI/TC y 010-2007-AI/TC, acumulados, fundamentos jurídicos 53 y 54.

bien de relevancia y protección constitucional. En una primera etapa de sus pronunciamientos destacó la gravedad de los actos de corrupción, relacionándolos con el terrorismo y el narcotráfico, pero considerado como un objetivo principal dentro de la política criminal¹⁸⁴, restringido al ámbito penal. En un segundo momento, se otorgó a la lucha anticorrupción la condición de mandato nacido de la Constitución, es decir, una obligación que surge de los preceptos de la Constitución, por lo que su cumplimiento, resultaba exigible¹⁸⁵. Finalmente, en una tercera etapa reconoció a la lucha contra la corrupción la calidad de principio de carácter constitucional¹⁸⁶, lo cual no sólo le otorga una dimensión distinta dentro del ordenamiento jurídico, sino también le asigna una función totalmente innovadora e integral. Se constituye de este modo en un parámetro de validez objetivo respecto del cual se debe estructurar la actividad pública o privada.

En este orden de consideraciones, se puede concluir que la prevención y lucha contra la corrupción alegados como fines estatales que la Ley N° 29622 pretende garantizar, son un bien jurídico de relevancia constitucional y reconocido como tal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, la Ley N° 29622 cumpliría con la condición de legitimidad constitucional dada por su fundamento en la protección de un valor, finalidad o bien constitucional.

3.3. Análisis de adecuación y necesidad de la Ley N° 29622

Sin embargo, de conformidad con el análisis de las finalidades a las que la Ley N° 29622 y su reglamento aportan, resulta necesario valorar su pertinencia en el ordenamiento jurídico en orden a garantizar la legalidad de la ejecución del presupuesto público, el adecuado uso de los recursos públicos, el buen funcionamiento de la administración estatal, la eficacia del control gubernamental y la prevención y lucha contra la corrupción, todas ellas finalidades legítimas constitucionalmente.

¹⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Sentencia recaída en el Expediente N° 00019-2005-AI/TC.

¹⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Resolución de Aclaración, expedida en el Expediente N° 0006-2006-CC/TC.

¹⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00019-2005-AI/TC.

Se ha constatado la debilidad de la eficacia del control de la actuación de los funcionarios y servidores públicos, si las facultades sancionadoras por responsabilidad administrativa funcional se mantienen exclusivamente en poder de los titulares de las instituciones públicas.

Al respecto conviene citar el dictamen que recayó sobre el proyecto de ley que ampliaba las facultades sancionadoras de la Contraloría General de la República, durante su proceso de aprobación en el Congreso de la República.

“El proyecto se fundamenta principalmente en la inobservancia en la implementación de las recomendaciones emanadas de los informes de control-que señalan la responsabilidad administrativo funcional-, en que incurren las entidades que reciben los informes de control y que no permiten deslinde de responsabilidades y consecuentemente la aplicación de las sanciones que correspondan. Situación que la Contraloría General de la República refiere que ha significado que, por ejemplo, de un total de 466 recomendaciones efectuadas por dicha entidad, entre los años 2001 al 2010, el 34% de estas hayan culminado los procesos administrativos sancionadores, quedando un 27.04% en proceso de implementación y el resto pendientes (...) señala se debe a diversos factores, entre los cuales se encuentran: a) la ausencia de un procedimiento uniforme para el deslinde de responsabilidades, debido a que en la administración pública coexisten diversos regímenes laborales, b) El hecho de que sea la propia entidad la que se encarga de sancionar a su personal”¹⁸⁷.

Por lo tanto, resulta necesaria una medida como la que propone la Ley N° 29622 y desarrolla su reglamento, pero haciendo una interpretación conforme a la Constitución y al principio *ne bis in idem*, de forma que la restricción que plantea respecto de tal principio resulte proporcionada y legítima constitucionalmente en orden a la satisfacción de las finalidades de legalidad de la ejecución del presupuesto y adecuado uso de los recursos públicos, buen funcionamiento de la administración estatal, eficacia del control gubernamental así como prevención y lucha contra la corrupción.

¹⁸⁷ Dictamen recaído en el Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR que propone una Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.



3.4. Análisis de proporcionalidad en sentido estricto: criterios para la interpretación adecuada constitucionalmente de la determinación de responsabilidades administrativas funcionales, contenidas en la Ley N° 29622 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

A fin de garantizar una solución ponderada y equilibrada propia del Estado constitucional que contribuya a garantizar las finalidades de legalidad de la ejecución del presupuesto y adecuado uso de los recursos públicos, buen funcionamiento de la administración estatal, eficacia del control gubernamental así como prevención y lucha contra la corrupción, a las que contribuye la norma; pero a su vez, respetuosa de los principios y derechos constitucionales afectados, entre ellos el *ne bis in idem*, consideramos que la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622 y su reglamento, deben ser interpretadas teniendo en cuenta los siguientes criterios.

- La triple identidad, persona, hechos y fundamento deben orientar al operador jurídico para determinar la norma prohibitiva y sancionadora aplicable.
- La identidad de fundamento debería definir la procedencia y articulación de las intervenciones, penal y administrativa, respecto de los hechos y responsabilidades identificadas en los informes de control.
- La identidad de fundamento debería ser analizada tomando como criterio el contenido de injusto, es decir el reproche que el ordenamiento jurídico realiza respecto de la conducta prohibida, teniendo en cuenta la descripción típica de las normas prohibitivas o la forma específica de afectar los bienes jurídicos por parte de las conductas irregulares. Este análisis deberá realizarse en cada caso concreto.
- En el caso de que el contenido de injusto coincida aparentemente, tanto en la norma penal como en la norma administrativa, que podrían aplicarse a los hechos y conductas objeto de conocimiento del operador jurídico, correspondería subsumir tales hechos y conductas en sólo una de las normas prohibitivas que la comprenda

íntegramente. Este supuesto se conoce en el derecho penal como el concurso aparente de leyes¹⁸⁸.

- La determinación de la norma a aplicarse, penal o administrativa, debería analizar el alcance de lo prohibido en cada norma, y definirse por aquella que desvalore adecuada y proporcionalmente, las conductas investigadas, asignándole una consecuencia que cumpla con las finalidades de prevención de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.
- El alcance de lo prohibido debería tener en cuenta, entre otros, **la gravedad de los hechos**, considerando que el derecho penal es última ratio y que por el principio de fragmentariedad, se reserva las conductas más lesivas a los bienes jurídicos afectados. Asimismo, tendrán que considerarse en el análisis, **el dolo y los elementos de tendencia interna trascendente**. Al respecto, conviene destacar que el artículo 12° del Código Penal establece que *“las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley”*, por lo que, salvo el delito de peculado previsto en el último párrafo del artículo 387° del Código Penal, todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos son modalidades dolosas. Por tanto, no correspondería atribuir responsabilidad penal a los actos y conductas culposas, de modo general. Éstas deberían ser investigadas, y, eventualmente, sancionadas en el ámbito administrativo. La misma consecuencia debe operar si no se verifican en la actuación del funcionario o servidor público, los elementos de tendencia interna trascendente, es decir, los propósitos o fines que determinan la conducta descrita en el tipo penal. Otros elementos a involucrar en el análisis de cada caso, serán, la existencia o no de una **causa de justificación para actuar en el sentido**

¹⁸⁸Diversos autores acuden a las reglas del concurso de delitos y leyes para solucionar los problemas vinculados a la aplicación del *ne bis in idem*. Así, por ejemplo, Guillermo Benlloch afirma que una utilidad de las reglas concursales sería “extraer de ellas una solución para el concreto tratamiento de los supuestos en que la doble imposición de pena y sanción constituiría duplicidad prohibida. En efecto, no se acaba todo con decir que no pueden imponerse una y otra porque eso constituiría un *bis in idem* reprochable. Debe decidirse en ese caso cuál de las reacciones punitivas debe finalmente imponerse o, si la duplicidad es parcial, en qué medida debe moderarse la segunda de las reacciones. BENLLOCH, Guillermo. Op. cit. pp. 368-376.

cuestionado penalmente, la presencia de error sobre la conducta prohibida o la adecuación social de la conducta¹⁸⁹.

- En el caso de que de la comparación del contenido de injusto de cada una de las normas prohibitivas se hubiera desprendido que son notoriamente distintas, y que por tanto, se trata de un fundamento de punición diferente en cada caso, sí corresponde implementar los procedimientos para la investigación penal y administrativa, simultáneamente, y aplicar las sanciones que correspondieran a cada ámbito. Este supuesto corresponde al concurso ideal de infracciones, en el que los tipos concurrentes resultan complementarios y desvalorarán conjuntamente de forma integral, la conducta o los hechos en cuestión.
- El artículo 49° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, y el artículo 12° de su reglamento, referidos a la autonomía de responsabilidades, debería interpretarse asumiendo que tal autonomía o independencia de responsabilidades se verificará sólo cuando el fundamento de cada una de las intervenciones punitivas, penal y administrativa, sean distintos, lo que deberá analizarse en cada caso en concreto, de acuerdo a los criterios señalados en los párrafos precedentes¹⁹⁰.
- Por lo tanto, el artículo 49° de la Ley que señala que:

“La responsabilidad administrativo funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto, los bienes jurídicos o intereses protegidos **son** diferentes. Los procedimientos para la exigencia de la

¹⁸⁹PEREIRA, Roberto. “Propuesta de guía metodológica...” Op. cit.

¹⁹⁰En similar sentido se ha pronunciado BENLLOCH cuando se refiere a la Ley española del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, interpretando, que la fórmula de la triple identidad es aplicable al ámbito administrativo disciplinario, a pesar de que la citada ley excluye el principio de *ne bis in idem*, a la materia disciplinaria funcional. Apoya su afirmación en el hecho de que el principio *ne bis in idem* ha sido consagrado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como un principio implícito en el de legalidad contemplado en el artículo 25° de la Constitución española. Sobre el particular, anota que el Tribunal Constitucional sí parece consciente de que la garantía del *ne bis in idem* se impone incluso al legislador, pues ha indicado que “no basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los hechos, pues si así fuera, el principio *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria quisiera darles” vid. STC 234-91 de 10 de diciembre de 1991”. BENLLOCH, Guillermo, op.cit., p. 371-372.

responsabilidad penal o civil no afectan la potestad para procesar administrativamente y sancionar al funcionario o servidor público que hubiere incurrido en responsabilidad administrativa funcional, salvo disposición judicial expresa en contrario” (negrita nuestra).

Debería interpretarse del siguiente modo:

“La responsabilidad administrativo funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto, los bienes jurídicos o intereses protegidos **sean** diferentes” (negrita nuestra).

Ello se condice con la disposición que forma parte del mismo artículo 49°, que señala que el juez puede disponer la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, entendiéndose que ha deducido de su conocimiento y análisis del caso, que la intervención penal y administrativa comparten el mismo fundamento.

El mismo razonamiento puede aplicarse al artículo 12° del reglamento, en base a la prevalencia y determinación que reconoce al ámbito jurisdiccional penal, para definir si corresponde continuar con el procedimiento administrativo sancionador, o suspenderlo, modificar o eliminar las sanciones administrativas, lo que sólo puede afirmarse si se reconoce como presupuesto que podría haber identidad de fundamento en las intervenciones penal y administrativo, y por lo tanto, descartar una autonomía absoluta de responsabilidades en cada ámbito.

CONCLUSIONES

1. La Contraloría General de la República es un organismo constitucional autónomo previsto en el artículo 82° de la Constitución Política del Perú, cuya función es la “supervisión de 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”. La Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que desarrolla sus competencias, establece que tiene la obligación de cautelar el presupuesto del Estado y la adecuada gestión de los recursos públicos en atención a los criterios de eficiencia, eficacia, transparencia y economía, legalidad y cumplimiento de los lineamientos de política y planes de acción, “orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos” (artículos 6° y 16°).
2. Por su naturaleza institucional responde a la figura de las Entidades de Fiscalización Superior, cuya competencia principal es el control externo del gasto público y auditoría del presupuesto estatal. Goza de autonomía en el ejercicio de sus funciones para asegurar la fortaleza del control en la ejecución del presupuesto así como la eficacia en la cautela de los recursos públicos. Entre las modalidades típicas de control, por el parámetro que le sirve de referente, pueden señalarse el control de legalidad o cumplimiento, el control de gestión y el control financiero.
3. En el derecho comparado se pueden encontrar dos modelos históricos de control externo del gasto público: el parlamentario británico, que concibe a la Entidad Fiscalizadora Superior como un órgano auxiliar del Parlamento; y el jurisdiccional francés, que diseña su Entidad Fiscalizadora Superior como un organismo jurisdiccional que le asegure su independencia. A partir de estos dos grandes modelos originarios, se han extendido y desarrollado, con especificaciones propias, los demás sistemas de control externo del gasto público en el mundo. En América Latina podemos encontrar que las Entidades de Fiscalización Superior que ejercen el control de legalidad,

acompañadas de facultades sancionadoras por responsabilidad administrativo funcional, son Chile, Costa Rica, Ecuador y Venezuela.

4. El control externo de la ejecución del presupuesto público y de la gestión económica y financiera del Estado, atribuido competencialmente a las Entidades Fiscalizadoras Superiores, se inscribe en el marco del principio de control, propio del Estado constitucional. La relación de control que se establece sobre la ejecución del presupuesto de la administración estatal es una de las más antiguas expresiones de la limitación del poder y una las más importantes funciones en los Estados democráticos. **La eficacia del control** sobre la ejecución presupuestal garantizará que la gestión de los recursos públicos y la actuación de la administración pública sobre el particular, respete la voluntad popular definida en las leyes que regulan la ejecución y manejo del presupuesto, y contribuirá a asegurar la prestación de servicios públicos eficientes y eficaces, la consiguiente satisfacción de necesidades de las personas y la vigencia de sus derechos fundamentales. De allí la importancia de que el control sobre la ejecución del presupuesto se valga de mecanismos que aseguren su eficacia en la cautela de los recursos públicos, también frente a irregularidades e incumplimiento de deberes y obligaciones de los funcionarios públicos, que, en el ámbito de la administración pública y la gestión de recursos estatales, generen perjuicio al Estado.
5. La potestad administrativo-disciplinaria en el Estado se justifica, en el marco del Estado constitucional, por constituir una manifestación del control sobre la administración pública y su correspondiente sujeción a la Constitución, derechos y bienes constitucionales previstos en ella. El objetivo y fundamento de la potestad punitiva del Estado, tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal, se orientan a la protección de tales bienes y derechos garantizados por la Constitución, frente a las conductas irregulares o ilegales de los funcionarios públicos que amenazan o lesionan dichos derechos o bienes cuando incumplen sus deberes legales. No obstante, la legitimidad de la intervención administrativo disciplinaria, ésta debe realizarse con respeto de los principios del debido proceso, formal y material, así como de la razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones, propias del Estado constitucional. En

tal sentido, consideramos que no puede invocarse la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, como razón para desconocer la vigencia de derechos fundamentales en la aplicación de las facultades sancionadoras en el ámbito administrativo disciplinario de los funcionarios públicos.

6. En el Perú la potestad disciplinaria y sancionadora por responsabilidad administrativa funcional se encuentra legitimada constitucionalmente, a partir de las previsiones del Título I Capítulo IV de la Constitución, sobre la función pública. Las facultades de la administración para determinar la responsabilidad administrativa funcional o potestad disciplinaria sobre los funcionarios y servidores públicos se encuentran dispersas entre distintas entidades públicas, a saber, las propias entidades públicas respecto de su personal, la Autoridad Nacional del Servicio Civil-SERVIR, el Consejo Nacional de la Magistratura, y la Contraloría General de la República. Por lo tanto, el control externo del cumplimiento de deberes funcionales, no se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento constitucional.
7. La potestad disciplinaria de la Contraloría General, ya sea por actos que obstaculizan el control gubernamental o por el incumplimiento o trasgresión de normas jurídicas que regulan la función pública por parte de los sujetos objeto de control, reguladas en la Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General, modificada por la Ley N° 29622, se encuentra, en principio, legitimada constitucionalmente, en función a la necesidad de contribuir a la efectividad del control externo del gasto público y la probidad administrativa en el manejo de los recursos públicos. Tales facultades no resultan incompatibles con el ordenamiento constitucional, si tenemos en cuenta que en el Estado constitucional se admite el reconocimiento legal de “poderes implícitos” de los organismos constitucionales, definidos como aquellos que, sin estar expresamente contemplados en la Carta fundamental, resultan absolutamente necesarios para que tal órgano constitucional pueda desempeñar con eficacia las funciones señaladas en la Constitución.

8. La regulación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General de la República, en la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, busca garantizar la legalidad de la ejecución del presupuesto público, el adecuado uso de los recursos públicos, el buen funcionamiento de la administración estatal, la eficacia del control gubernamental y la prevención y lucha contra la corrupción, todas ellas finalidades legítimas constitucionalmente. Sin embargo, una interpretación literal de sus disposiciones restringe y afecta la vigencia del principio constitucional de *ne bis in idem*.
9. El principio y derecho *ne bis in idem* proscribire la doble persecución o sanción, a la misma persona, por los mismos hechos y con idéntico fundamento. Ha sido definido por la jurisprudencia constitucional en el Perú, como un “principio implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución”. Encuentra su justificación en la interdicción de la arbitrariedad así como en las exigencias de legalidad y proporcionalidad que deben regir la determinación de responsabilidades y aplicación de sanciones en el Estado constitucional.
10. La potencial afectación al principio “*ne bis in idem*” en los supuestos de aplicación de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, se configura a través de la disposición que determina independencia de responsabilidades administrativas y las responsabilidades penales, especialmente atendiendo a que las descripciones típicas de las infracciones administrativas contenidas en el reglamento referido, tienen estructura o configuración similar a muchos de los denominados delitos cometidos por funcionarios públicos del Código penal. En tales casos, los fundamentos de la intervención penal y de la administrativa funcional podrían resultar idénticos, siendo incompatible la simultaneidad de las intervenciones con el principio *ne bis in idem*. Por lo tanto, una disposición que determina la independencia de responsabilidades de modo absoluto y apriorísticamente, vulnera el principio *ne bis in idem*.

11. Con la finalidad de garantizar una solución ponderada y equilibrada propia del Estado constitucional que contribuya a garantizar las finalidades de legalidad de la ejecución del presupuesto y adecuado uso de los recursos públicos, buen funcionamiento de la administración estatal, eficacia del control gubernamental así como prevención y lucha contra la corrupción, a las que contribuye la norma; pero a su vez, respetuosa de los principios y derechos constitucionales afectados, entre ellos el *ne bis in idem*, consideramos que la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622 y su reglamento, deben ser interpretadas conforme a la Constitución .
12. El intérprete debe verificar en primer lugar, si los hechos que conoce se encuentran aparentemente subsumidos en dos o más normas prohibitivas o sancionadoras. De ser así, se deben analizar las normas sancionatorias y determinar si responden al mismo tipo de injusto, causa o fundamento de persecución o si contienen el mismo reproche que el ordenamiento jurídico realiza respecto de la conducta prohibida. Si en el caso de que el contenido de injusto coincida aparentemente, tanto en la norma penal como en la norma administrativa, que podrían aplicarse a los hechos y conductas objeto de conocimiento del operador jurídico, correspondería subsumir tales hechos y conductas en sólo una de las normas prohibitivas que la comprenda íntegramente. La determinación de la norma a aplicarse, penal o administrativa, debería analizar el alcance de lo prohibido en cada norma, y definirse por aquella que desvalore adecuada y proporcionalmente, las conductas investigadas. El alcance de lo prohibido debería tener en cuenta, entre otros, **la gravedad de los hechos, el dolo y los elementos de tendencia interna trascendente**. la existencia o no de una **causa de justificación para actuar en el sentido cuestionado penalmente, la presencia de error sobre la conducta prohibida o la adecuación social de la conducta**. En el caso de que de la comparación del contenido de injusto de cada una de las normas prohibitivas se hubiera desprendido que son notoriamente distintas, y que por tanto, se trata de un fundamento de punición diferente en cada caso, sí corresponde implementar los procedimientos para la investigación penal y administrativa, simultáneamente, y aplicar las sanciones que correspondieran a cada ámbito. Finalmente, el artículo 49° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, y el artículo 12° de su reglamento, referidos a la

autonomía de responsabilidades, debería interpretarse asumiendo que tal autonomía o independencia de responsabilidades se verificará sólo cuando el fundamento de cada una de las intervenciones punitivas, penal y administrativa, sean distintos, lo que deberá analizarse en cada caso en concreto.



BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.
1999 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano.* Lima: Palestra.
- ALEXY, Robert.
2010 “La fórmula del peso” en CARBONELL, Miguel y GRANDEZ, Pedro. *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo.* Lima: Palestra Editores, pp.13-36.
- ARNEDO ORBAÑAÑOS, Miguel Ángel.
1999 “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones” en *Revista Española de Control Externo.* Madrid, Vol. I. N°3.
- ARAGÓN, Manuel.
1995 *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control.* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- ASÚA BATARRITA, Adela.
1997 “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria” en *Delitos contra la administración pública.* Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 13-55.
- AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.SERVIR.
2010 *Oficio N° 258-2010-SERVIR/GG-OAJ, opinión sobre Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR*
- 2011 *El servicio civil peruano. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma.* Lima.
- 2011 *Tribunal del Servicio Civil. Informe público de gestión. 2009-2011.* Consulta: 8 de octubre de 2012.
<<http://inst.servir.gob.pe/files/Tribunal/TSC-2011-InformePublicoDeGestion.pdf>>.
- 2013 Preguntas frecuentes. Aprobación del nuevo Servicio Civil significará un cambio estructural en los servicios que presta el Estado al ciudadano. Consulta: 19 de abril de 2014.
<<http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/ReformaServicioCivil/ServicioCivil-FAQ-2013-01.pdf>>
- BASADRE, Jorge.
Historia de la República del Perú. 1822-1933. Tomo 12. 8va ed. Lima: La República/Universidad Ricardo Palma.

- 1983 *Historia de la República del Perú. 1822-1933. 7ª ed. Corregida y aumentada. Tomo X. Lima: Editorial Universitaria.*
- BENLLOCH, Guillermo.
1998 “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el derecho penal y el derecho disciplinario” en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, N° 51, pp. 303-376.
- BULLARD, Alfredo.
2005 “Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas” en *Revista de Derecho THEMIS*, Lima, N° 51, pp. 79-96.
- CANO CAMPOS, Tomás.
2001 “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador” en: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 156. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARO CORIA, Carlos.
2006 “El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Jurisprudencia y doctrina penal constitucional. Segundo Seminario. Lima: Tribunal Constitucional – Palestra Editores S.A.C.*
- CASTILLO, Federico y Rosa María IDELFONSO.
2002 “La renovación dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social” en *Revista de Administración Pública* N° 158. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 7-50.
- CLÉRICO, Laura.
2010 “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto” en CARBONELL, Miguel y GRANDEZ, Pedro. *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra Editores. pp. 115-156.*
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA.
2010 *Dictamen recaído en el Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR que propone una Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Lima.*
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PERÚ.
1980 *Cincuentenario 1930-1980. Lima: Contraloría General de la República.*

- 1984 *Constitución y Contraloría. Tomo II. Autonomía. Una aproximación al texto constitucional.* Lima: Contraloría General de la República.
- 2005 *Aniversario -75 años. Contraloría General de la República 1930-2005. 80 años liderando la lucha contra la corrupción.* Lima.
- 2008 *Programas Sociales en el Perú: Elementos para una propuesta desde el control Gubernamental.* Lima: Contraloría General de la República-Cooperación Alemana al Desarrollo.
- 2010 *Marco conceptual del control de los programas sociales.* Lima: Contraloría General de la República-Cooperación Alemana al Desarrollo.
- 2010 *Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR que propone una Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.*
- 2013 *La Contraloría cuenta su historia.* Lima: Contraloría General de la República y Empresa Editora El Comercio.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Portal Web. Consulta: 9 de julio de 2012.

<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3E SP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111>

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DE ECUADOR.

Portal Web. Consulta: 24 de enero de 2013.

<http://www.contraloria.gob.ec/la_institucion.asp?id_SubSeccion=3>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA.

2005 “La corrupción y sus adversarios”. *Revista de Control Fiscal.* N° 159.

DANÓS, Jorge.

1995 Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. En: *Ius El Veritas*, PUCP. Año V, N°10.

DANÓS, Jorge y otros.

2010 *Informe jurídico “Observaciones al proyecto de Ley N° 4210/2010-CG”.* Lima.

DIAZ, Elías.

1972 Estado de derecho y sociedad democrática. 4ª ed. Madrid: Cuadernos para el diálogo, S.A.

FERNÁNDEZ COTONAT, Noemí Eugenia.

- 2007 “Responsabilidad del Funcionario Público”. Ponencia presentada en el Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública. Consulta: 07 de julio de 2012.
<www.asociacionag.org.ar/.../4/Fernández%20Cotonat,%20Noemí.doc>
- FERRAJOLI Luigi.
- 2002 “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 16, México: ITAM, pp. 6-20.
- 2008 “La esfera de lo indecible y la división de poderes” en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Talca: Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. pp.339-340. Consulta: 28 de agosto de 2012.
<http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_1/Laesfera17.pdf>
- GARCÍA BELAUNDE SALDÍAS, Domingo.
- 1998 *El derecho presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo ediciones.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ.
- 2011 *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. 1ª edición peruana, Lima: Palestra, 2011.
- GARCÍA PELAYO, Manuel.
- 1981 *El “status” del Tribunal Constitucional*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 11-34.
- GONZALES, Gorki.
- 2009 *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- GONZÁLEZ DE REBELLA, Liliana.
- 2005 Democracia, “accountability”, control y el sistema meritocrático: el caso de la Auditoría General de la Nación. Ponencia presentada en el 3º congreso argentino de administración pública sobre Sociedad, estado y administración "Repensando las relaciones entre Estado, democracia y desarrollo". San Miguel de Tucumán. Consulta: 07 de julio de 2012.
<www.ag.org.ar/3congreso/Ponencias/Gonzalezl%20.doc>
- HUERTA TOCILDO, Susana.
- 2000 “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. En: *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2002 “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios” en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, ROMEO CASABONA, Romeo, GRACIA MARTÍN, Luis y Juan

Felipe HIGUERA GUIMERÁ (editores). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos. Pp. 37-72.

INTOSAI. Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores. *Glosario en línea de terminología de fiscalización de la INTOSAI*. Consulta: 19 de marzo de 2012.
<<http://www.intosaiglossary.org/Main.aspx>>

1977 Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización.

JAÉN VALLEJO, Manuel.

Principio constitucional “ne bis in idem” (a propósito de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003). Consulta: 23 de octubre de 2008.
<http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/28.pdf>

KRESALJA, Baldo y César OCHOA.

2009 *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú.

LANDA ARROYO, César.

2006 *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2006

LOPEZ GUERRA, Luis.

2001 *El poder judicial en el Estado constitucional*. Lima: Palestra Editores.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.

1996 *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Universitas, S.A.

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel.

2005 *Función jurídica de control de la administración pública*. México DF: Universidad Autónoma de México. Consulta: 7 de julio de 2012.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1645>>

MARINA JALVO, M. Belén.

2006 *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. 3ª ed. Valladolid: LEX NOVA.

MINISTERIO PÚBLICO

2010 *Oficio N° 730-2010-MP-FN del 06 de octubre de 2010. Opinión sobre Proyecto de Ley num.4210/2010-CGR*. Lima.

MORÓN, Juan Carlos, BERAMENDI, Gustavo, CUYA, Jorge y Oswaldo FONSECA.

1990 “La fiscalización superior en América Latina”. *Revista Horizontes*. Edición extraordinaria, Lima, ILACIF.

- MORÓN URBINA, Juan Carlos.
1996 “Auditoría a situaciones jurídicas o auditoría a procedimientos”. *Boletín de Control*, N° 3. Lima: Contraloría General de la República del Perú.
- 2013 Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos. Comentarios, legislación y jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando.
2001 *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*. Madrid: Constitución y Leyes. S.A.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.
2011 “Informe pericial caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcalá”. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 9, núm. 1. Santiago de Chile: Universidad de Talca, pp. 339-362.
- PALAO TABOADA, Carlos.
1985 “El control de la actividad financiera en un Estado democrático” en AAVV. *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática*. Ponencia presentada en el *Encuentro Internacional 1984*. Madrid: Tribunal de Cuentas. Consulta: 8 de julio de 2012.
<http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/11-08_84_10079_07_Palao_Control_idc13525.pdf>
- PAREJO, Luciano.
1995 “Administración y función pública” en *Documentación Administrativa*. N° 243, pp. 67-88.
- PLANAS, Pedro.
1997 *Derecho parlamentario*. Lima: Ediciones Forenses, 1997
- 1997 *Regímenes políticos contemporáneos*. Lima: Fundación Friedrich Ebert.
- PETREI, Humberto, RATNER Gabriel y Romeo PETREI.
2005 *Presupuesto y control: las mejores prácticas para América Latina*. Buenos Aires: Osmar Buyatti.
- PEREIRA CHUMBE, Roberto.
2005 “La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444*. 2ª Ed. Lima: ARA Editores, 2005.
- 2013 *Propuesta de guía metodológica para el proceso de identificación de responsabilidades con relevancia penal*. Documento de trabajo. Lima:

Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ-Programa de Gobernabilidad e Inclusión.

PÉREZ MANZANO, Mercedes.

2002 La prohibición constitucional de bis in idem. Valencia; Tirant Lo Blanch.

PEZO, Eduardo.

2010 “El régimen disciplinario en la Carrera Pública Magisterial. La necesidad de garantizar la eficacia del procedimiento disciplinario”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 16 N° 144, pp. 331-345

POZZOLO, Susana.

2011 *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra Editores.

PRIETO SANCHÍS, Luis.

2002 *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.

2003 *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás.

2009 “La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos”. *La Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo II. Revista Documentación Administrativa*, Madrid: INAP, pp. 321-359.

RANDO CASERMEIRO, Pablo.

2010 *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ROJAS, Verónica.

2012 “El caos de la multiplicidad de los sistemas de responsabilidad disciplinaria” ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, 2012, pp. 283-298.

TORRES BOURSALT, Leopoldo.

1985 “Democracia y control financiero”. En: *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática. Encuentro Internacional 1984*. Madrid: Tribunal de Cuentas. Consulta: 8 de julio de 2012.
<http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/11-08_84_10079_02_Torres_Democracia_idc8700.pdf>

TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA.

Portal Web. Consulta: 22 de setiembre de 2012.

<www.tcu.es>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Sentencia recaída en el Expediente N° 00017-2001-PI/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 002-2001-AI/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 013-2003-AI/TC.
Sentencia l recaída en el Expediente N° 094-2003-AA/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 3363-2004-AA/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 3944-2004-AA/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 00019-2005-AI/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 04900-2006-PHC/TC
Resolución de aclaración recaída en el Expediente N° 006-2006-CC/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 10275-2006-HC/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 7818-2006-PHC/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 04478-2007-PA/TC
Sentencia recaída en el Expediente N° 00719-2007-PA/TC
Sentencia recaída en el expediente N°00665-2007-AA/TC.
Sentencia recaída en el Expediente N° 009-2007-AI/TC y 010-2007-AI/TC,
acumulados.
Sentencia recaída en el Expediente N° 2725-2008-PHC/TC.
Sentencia recaída en el Expediente N° 00017-2011-PI/TC

VALLES VIVES, Francesc.

2003. *El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

VEGA BLÁZQUEZ, Pedro de.

1999 “La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España”.
Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional.
 México DF, N°1, pp. 215-240. Consulta: 16 de mayo de 2012.
 <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/art/art8.htm>>

WALKER, David M.

2004 “GAO Answers the Question: What’s in a Name?” en Roll Call, 19 de Julio de 2004. Consulta: 16 de abril 2014.
 <<http://www.gao.gov/about/rollcall07192004.pdf>>