

CONTROL EXTERNO DEL GASTO PÚBLICO Y DESCENTRALIZACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

ERIKA GARCÍA COBIÁN CASTRO*

SUMARIO

1. Irregularidades en el uso de recursos públicos y corrupción como amenaza al proceso de descentralización en el Perú y a una administración pública al servicio de la ciudadanía; 2. Control externo del gasto público y Contraloría General de la República en el Estado constitucional; 3. La Contraloría General de la República en el ordenamiento constitucional peruano; 4. Control externo del gasto público en el marco del proceso de descentralización: necesidad de un sistema de control descentralizado y permanente; 5. Reflexiones finales.

1. Irregularidades en el uso de recursos públicos y corrupción como amenaza al proceso de descentralización en el Perú y a una administración pública al servicio de la ciudadanía

95

En el curso del año 2014 se han develado casos graves de corrupción en un conjunto de gobiernos regionales y locales, alcanzando en determinadas situaciones, vinculación con redes de corrupción y criminalidad organizada. Hasta julio de 2014 había cinco presidentes regionales involucrados en procesos penales en los que se habían dictado sendos mandatos de detención. Así, tenemos los casos del Presidente Regional de Ancash, Presidente Regional de Tumbes, Presidente Regional de Pasco, Presidente Regional de Cajamarca y Presidente Regional de Loreto. Por otra parte, diecinueve presidentes regionales se encontraban involucrados en investigaciones fiscales y proce-

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y Máster en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca. Actualmente es asesora senior de la Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ en el Programa de Gobernabilidad e Inclusión, y dicta el curso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

sos judiciales relacionados con 158 casos o denuncias de corrupción¹. Estos incidentes han dado lugar a cuestionamientos al proceso de descentralización y una reflexión sobre su conveniencia con miras al proceso de desarrollo del país y de la consolidación de una administración pública al servicio de la ciudadanía.

Desde la perspectiva del 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*»².

En tal sentido, 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 constitucionales, la legalidad de la ejecución del presupuesto público y la cautela de los recursos públicos, la proscripción de la corrupción, la satisfacción de necesidades básicas de la población y los derechos fundamentales.

96

La orientación del presente artículo se propone, desde una reflexión constitucional, explicitar el papel de la Contraloría General de la República y del control externo del gasto público en favor de una adecuada gestión de recursos públicos, así como para introducir correcciones y mejoras en nuestro proceso de descentralización. Con ello se busca contribuir al desarrollo de una alternativa en el camino de la distribución territorial del poder, frente a las propuestas de *recentralizar* las competencias y funciones de ámbito regional, en favor del ejecutivo nacional.

¹ «Diecinueve presidentes de gobiernos regionales deben responder por 158 casos de corrupción», portal web del diario *La República*, del 28 de mayo de 2014, consultada el 25 de septiembre de 2014: «<http://www.larepublica.pe/28-05-2014/19-presidentes-de-gobiernos-regionales-deben-responder-por-158-casos-de-corrupcion>».

² A. ASÚA BATARRITA, «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, 1997, pp. 18-19.

2. Control externo del gasto público y Contraloría General de la República en el Estado constitucional

Principio de control en el Estado constitucional

El Estado constitucional es un modelo de Estado sujeto al derecho, pero al derecho de la Constitución, es decir, un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria para todos los poderes públicos (incluso para el legislador) y concedido para garantizar mejor la dignidad de las personas frente al ejercicio del poder³. Este modelo se sustenta 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, y controlada jurisdiccionalmente, y, finalmente, el reconocimiento de los derechos fundamentales⁴.

El Estado constitucional reinterpreta sus principios en función de los nuevos retos que las sociedades y el ordenamiento jurídico presentan, lo que a su vez exige una permanente y renovada reflexión constitucional para analizar la legitimidad y justicia de las decisiones que los organismos y agencias estatales deben adoptar en el escenario público. Así, el principio de división o separación de poderes ha adquirido, en relación con su concepción original, un redimensionamiento de su contenido, orientado esencialmente 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.

García Pelayo afirma que, en la actualidad, el principio de división de poderes es mucho más complejo que el que formuló originalmente Montesquieu. Sin embargo, el propósito de impedir la concentración del poder como

³ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2008, p. 39.

⁴ E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 4ª ed., Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1972, pp. 31-32.

idea básica de este, mantiene actualmente su vigencia y resulta coherente con la presencia de los organismos constitucionales autónomos en el escenario público. Para dicho autor estos organismos se caracterizan por ser constitutivos o esenciales en la estructura del Estado. Reciben competencias y funciones especializadas, directamente de la Constitución, para cumplir determinadas finalidades fundamentales y garantizar el buen funcionamiento del modelo de Estado. Asimismo, tienen paridad de rango y relaciones de coordinación con los demás poderes y organismos constitucionales, lo que implica que tengan autonomía y superioridad en el ámbito de sus competencias⁵.

Así, la presencia de estos organismos, si bien puede haber complejizado la concepción del principio de división de poderes, a su vez, ha fortalecido la eficacia del control del ejercicio del poder. En tal sentido, se ha afirmado que estos organismos «*surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles del poder, evolucionando así la teoría tradicional de división de poderes, dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, deben considerarse como distribución de funciones o competencias haciendo más eficaz el desarrollo de funciones encomendadas al Estado*»⁶.

El principio de división de poderes se encuentra expresamente contemplado en el artículo 43° de la Constitución peruana, que establece: «[...]Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes». Nuestro Tribunal Constitucional ha acogido en reiterada jurisprudencia la referida reinterpretación del principio de separación de poderes, afirmando que el fundamento de la división de 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 com-

⁵ M. GARCÍA-PELAYO, «El “status” del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. I, núm. I, Madrid, 1981, pp. 11-34.

⁶ Pronunciamiento del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Citado por J. ACKERMAN, *Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultado el 15 de diciembre de 2012, en «<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2834/5.pdf>».

petencias 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 restringida⁷. En esta misma orientación ha expresado lo siguiente:

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 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 Presupuesto».⁸

Sobre el particular Landa sostiene que, si bien la división del poder es constitutiva del Estado democrático moderno, como una garantía de libertad,

⁷ Entre otras, STC N° 0004-2004-CC/TC, fundamentos 23 y 24.

⁸ *Ibid.*

no puede soslayarse que, actualmente, el poder no puede ser racionalizado solo a través de tres funciones: la ejecutiva, legislativa y judicial, como originalmente se concibió por razones históricas y políticas concretas, sino que ha evolucionado hacia un esquema más complejo que trata de responder a nuevos desafíos y alternativas, entre las que se encuentra la creación de nuevos organismos constitucionales, entre ellos los tribunales constitucionales⁹ o las contralorías generales, también conocidas como entidades de fiscalización superior, en su denominación estándar.

Para dimensionar adecuadamente la relevancia de los organismos constitucionales autónomos, es importante tener en cuenta que estos realizan, directamente, principios esenciales del Estado. El Tribunal Constitucional peruano ha asociado a los organismos constitucionales reconocidos en nuestra Constitución con un conjunto de principios y funciones estatales esenciales en el orden constitucional nacional.

Así por ejemplo, en el caso del Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de la Magistratura y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, se ha determinado que sus funciones son vitales para el adecuado funcionamiento del modelo democrático representativo y de las instituciones de democracia directa reconocidas en el artículo 31° de la Constitución. Al Tribunal Constitucional y a la Defensoría del Pueblo los asocia al principio de soberanía jurídica de la Constitución (artículo 51° de la Constitución) y al deber estatal de garantizar la vigencia de los derechos humanos (artículo 44° de la Constitución). El Ministerio Público, el Poder Judicial y el Consejo Nacional de la Magistratura se encuentran vinculados a la impartición de justicia y representación de la sociedad en los procesos judiciales, defensa de la legalidad y los intereses públicos. Por su parte, los gobiernos locales y regionales se vinculan a los principios de unidad y descentralización del Estado peruano, considerando que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente del Estado, de carácter obligatorio (artículo 188° de la Constitución). Finalmente, la Superintendencia de Banca y Seguros, la

⁹ C. LANDA ARROYO, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el derecho y la política*, Lima, Palestra, 2011, pp. 63-64.

Contraloría General de la República y el Banco Central de Reserva, se fundamentan en el control económico y financiero público y privado (artículos 82°, 84° y 87° de la Constitución)¹⁰.

Control externo del gasto público en el Estado constitucional

En el marco del principio de control, propio del Estado constitucional, tiene lugar el control externo del gasto público o control gubernamental de la gestión económica y financiera del Estado. Dicha manifestación del control es una de las más antiguas modalidades de limitación del poder del gobernante. La necesidad de ejercer el control externo sobre la función presupuestaria de la autoridad política se remonta al periodo de 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 disputando y arrancando del ámbito de poder del rey, usando el arma financiera y la compulsión frente a las solicitudes del monarca para conseguir fondos extraordinarios¹².

101

Actualmente pervive una estrecha relación entre el poder político y la gestión financiera del Estado, vinculándosele con su impacto sobre los derechos fundamentales. El presupuesto estatal es una herramienta de relevancia constitucional que sirve al cumplimiento de los objetivos estatales y de la política económica, vinculada a la distribución y asignación de recursos y la estabilización fiscal¹³.

La Constitución peruana contempla una dimensión social del presupuesto, señalando en su artículo 77° que «*El presupuesto asigna equitativamente*

¹⁰ STC N° 0022-2004-AI/TC, fundamentos 24-28.

¹¹ Cfr. P. PLANAS, *Derecho parlamentario*, Lima, Ediciones Forenses, 1997, p. 16.

¹² Cfr. P. PLANAS, *Regímenes políticos contemporáneos*, Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1997, p. 65.

¹³ H. PRETEI, *Presupuesto y control. Pautas de reforma para América Latina*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 17. Citado por B. KRESALJA y C. OCHOA, *Derecho constitucional económico*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 682.

los recursos públicos, su programación y ejecución responden a criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización [...]». En tal sentido, el control sobre la gestión presupuestal procurará que el ejercicio económico y financiero de la administración pública se lleve a cabo respetando la voluntad del Parlamento, y en cumplimiento de las condiciones formales y jurídicas necesarias para alcanzar los objetivos previstos en la formulación del presupuesto público aprobado¹⁴, así como la satisfacción de las necesidades sociales básicas de la población y, en definitiva, el respeto de sus derechos fundamentales.

Por lo tanto, los alcances de la función de control sobre la actividad presupuestaria tienen relación directa con la efectividad de los derechos fundamentales. Torres Boursault afirma que 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. 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 ciudadanía¹⁵. En tal sentido, 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 la vigencia de derechos fundamentales.

102

La alta complejidad y especialización que adquirieron las funciones del control del ejercicio presupuestario dieron lugar a la consolidación de entida-

¹⁴ Cfr. F. VALLÈS VIVES, *El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, pp. 29-30. Cfr. C. PALAO TABOADA, «El control de la actividad financiera en un Estado democrático», en AA.VV., *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática. Encuentro internacional 1984*, Madrid, Tribunal de Cuentas, 1985, consultado el 09 de septiembre de 2012, en «http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/11-08_84_10079_07_Palao_Control_idc13525.pdf».

¹⁵ Cfr. L. TORRES BOURSULT, «Democracia y control financiero», en AA.VV., *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática. Encuentro Internacional 1984*, Madrid, Tribunal de Cuentas, 1985, consultado el 09 de septiembre de 2012, en «http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/11-08_84_10079_02_Torres_Democracia_idc8700.pdf».

des técnicas, 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 presupuestaria. Estas entidades son las denominadas «órganos de control externo», «entidades de fiscalización superior», «tribunales de cuentas»¹⁶ o «contralorías generales».

En este orden de consideraciones, las entidades de fiscalización superior, adoptan la forma de organismos constitucionales autónomos a las que las Constituciones encargan la función de la más alta auditoría pública en el Estado. Se les encomienda la «*verificación, censura de cuentas, revisión, fiscalización, control o inspección*»¹⁷ 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 para la vigencia de los derechos fundamentales.

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

103

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). La Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, completa el bloque de constitucionalidad, especificando 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.

¹⁶ Cfr. F. VALLÈS VIVES, *op. cit.*, p. 37-38.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES, *Glosario en línea de terminología de fiscalización de la INTOSAI*, que se consultó el 19 de marzo de 2012, en «<http://www.intosaiglossary.org/Main.aspx>».

El control gubernamental se define en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, como 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. El control gubernamental puede manifestarse como control de legalidad, de gestión financiera, de evaluación del control interno u otros que sean útiles en función de la entidad y de la materia de control. Asimismo, debe «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» (art. 16° de la Ley N° 27785), lo que se encuentra en directa relación con la obligación de contribuir y promover la transparencia, la ética pública y la lucha contra la corrupción en el Estado, sus dependencias y funcionarios.

Supervisión de la legalidad de la ejecución del gasto público

104

La protección de la legalidad de la ejecución del presupuesto público y la adecuada utilización de recursos públicos (es decir, la supervisión realizada en función de la ordenación cuantitativa, material y temporal de recursos contemplada en la ley de presupuesto y las normas sobre utilización de recursos públicos) se encuentran directamente vinculadas a la posibilidad de dar cumplimiento de finalidades estatales fundamentales y de la política económica. Dichas finalidades se concretan en la defensa de la soberanía nacional, la garantía de 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).

Proscripción de la corrupción

Por otra parte, la intervención de la Contraloría General de la República también aporta directamente a la proscripción de la corrupción, bien que goza de protección constitucional en el ordenamiento jurídico peruano. 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 órga-

no rector del sistema de control (artículo 82°); y, la prohibición del enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos, imponiendo para tal supuesto, la duplicación del plazo de prescripción en casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado (artículo 41°)¹⁸.

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 en 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 Estado¹⁹.

El Tribunal Constitucional explicita un principio constitucional de «proscripción de la corrupción» señalando: «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»²⁰. Se constituye de este modo en un parámetro objetivo de validez respecto del cual se debe estructurar la actividad pública o privada. A ello debe conectarse la idea de que si la corrupción es la desviación de los fines que legitiman a la administración o que alteran los procedimientos que garantizan el acceso a los bienes sociales en condiciones de igualdad, como salud, seguridad, educación, trabajo, entre otros, tal corrupción merece ser considerada un «atentado a los derechos humanos»²¹.

¹⁸ C. LANDA ARROYO, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra, 2006, pp. 365 y ss.

¹⁹ Resolución de aclaración recaída en el Exp. N° 0006-2006-CC; STC N° 0009-2007-AI/TC / N° 0010-2007-AI/TC (acumulados), fundamento 58; STC N° 0017-2011-PI/TC, fundamento 16.

²⁰ STC N° 0019-2005-AI/TC, fundamento 59.

²¹ A. ASÚA BATARRITA, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

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.

El correcto funcionamiento de la administración pública

La legalidad de la ejecución del presupuesto público, la adecuada utilización de los recursos públicos y la proscripción de la corrupción, se conectan, directamente, con otro bien jurídico constitucional, *el correcto funcionamiento de la administración pública*, al que también contribuye la actuación de la Contraloría General de la República y el control externo del gasto público. 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 para el 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.

106

En el marco del Estado constitucional, el correcto funcionamiento de la administración pública 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, legalidad²². En tal sentido, la protección y control de la correcta administración pública supone, en buena cuenta, la garantía de un servicio en beneficio de los ciudadanos para la vigencia de sus derechos fundamentales²³.

Los cometidos constitucionales de legalidad de la ejecución del presupuesto público, la proscripción de la corrupción y el correcto funcionamiento

²² *Ibid.*, pp. 22 y 23.

²³ E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», en *La Ley*, núm. 5, Madrid, 1996, p. 3. Citado por S. HUERTA TOCILDO, «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.

de la administración estatal, resultan especialmente significativos en el proceso de descentralización, considerando que este proceso tiene como objetivo principal el desarrollo integral del país, y que los gobiernos regionales y locales son las autoridades más cercanas a la población en el ámbito territorial donde ejercen sus competencias. Dicha cercanía intensificará los efectos positivos de los aciertos de la gestión pública y financiera de los gobiernos subnacionales, así como los efectos lesivos de los desaciertos e irregularidades cometidos por la administración pública regional y local, vinculados a la utilización de recursos públicos. En tal sentido, la Contraloría General de la República debe fortalecer su enfoque subnacional y procurar responder con idoneidad y eficacia a la tarea que la Constitución le encomienda sobre el particular: el diseño e implementación de un «*sistema de control descentralizado y permanente*» (artículo 199° de la Constitución).

4. Control externo del gasto público en el marco del proceso de descentralización: necesidad de un sistema de control descentralizado y permanente

La Constitución peruana adopta un modelo de Estado unitario y descentralizado, según se contempla en los artículos 43°, 188° y siguientes de la Carta del 93. Así, por el principio de unidad se define que el Estado es uno e indivisible, y por el principio de subsidiariedad, se reconocen importantes cuotas de autonomía política, económica y administrativa –en los asuntos de su competencia– a gobiernos regionales y locales, a fin de distribuir y democratizar el poder en favor de las autoridades más próximas a la población. En este sentido, la distribución de competencias estatales debe considerar que las autoridades más próximas a los ciudadanos se encuentran, en principio, en mejor posición para ejercerlas, articulándose con la exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente regional y local deben ser expresados por quienes tienen legitimación para ello²⁴.

Al respecto, es importante tener en cuenta que el artículo 8° de la Ley de Bases de la Descentralización ha definido la autonomía de gobierno como:

²⁴ STC N° 0002-2005-PI/TC, fundamento 51, citando a J. A. de OLIVEIRA BARAHO, *Princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*, Río de Janeiro, Forense, 1997, p. 31.

[...] el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas.

Por otro lado, como parte del modelo de descentralización adoptado por nuestra Constitución, esta prevé en su artículo 199° que los gobiernos regionales y locales se encuentran sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que debe organizar para tal efecto, un sistema de control descentralizado y permanente.

Si bien los gobiernos descentralizados, en su condición de organismos constitucionales, se encuentran sujetos al juego de controles mutuos y recíprocos entre poderes y organismos constitucionales, propio del Estado constitucional, la referencia explícita al control de los gobiernos regionales y locales por parte de la Contraloría General, a través de un sistema descentralizado y permanente, expresa la relevancia particular de dicha competencia y responsabilidad constitucional asignada a esta entidad de fiscalización superior en el Perú. El control gubernamental o control del gasto público (a cargo de la Contraloría General de la República) sobre los gobiernos regionales y locales no enerva la autonomía de la que se encuentran dotados en relación con los asuntos de su competencia en el respectivo ámbito territorial, sino que resulta una manifestación del principio de control en el Estado constitucional.

108

En los sistemas comparados encontramos también que el control sobre la ejecución del presupuesto se extiende sobre los niveles subnacionales de gobierno, con modalidades que varían según cada país. Así, en países que tienen una forma de Estado federal, como Estados Unidos o Argentina, cada nivel de gobierno tiene sus propios mecanismos de control. A pesar de no corresponder a un esquema federal, Colombia adopta un modelo similar. Chile, México y Brasil, asignan funciones extendidas a su entidad de fiscalización superior, sobre los niveles de gobierno subnacional²⁵. En sistemas compuestos como el es-

²⁵ H. PETREI, G. RATNER y R. PETREI, *Presupuesto y control. Las mejores prácticas para América Latina*, Buenos Aires, Osmar D. Buyatti, 2005, p. 373.

pañol, estructurado territorialmente en base a comunidades autónomas con amplios márgenes de autonomía, la competencia de su entidad de fiscalización superior (el Tribunal de Cuentas) permite la existencia de órganos de control externo de cada comunidad autónoma, que colaboran y auxilian al Tribunal de Cuentas, en la función de fiscalizarlas²⁶.

Queda claro que la Constitución vigente, fiel al modelo de Estado constitucional, consagra simultáneamente los principios de autonomía de los organismos constitucionales para el cumplimiento de la misión encomendada, así como de control entre poderes y organismos para evitar la arbitrariedad en el uso del poder público. Esta relación dialéctica entre ambos principios también tiene lugar en el marco de la relación entre gobiernos subnacionales y los organismos de control y fiscalización, como la Contraloría General de la República, respecto a la ejecución del presupuesto público y la utilización de los recursos públicos. En una república unitaria y descentralizada como el Perú, las regiones y municipios requieren de autonomía para proveer servicios públicos que satisfagan las demandas de los ciudadanos. Por otro lado, el Estado nacional, las entidades rectoras y los organismos de control del gasto público, deben ejercer medidas de rectoría y fiscalización para mantener la unidad de la República²⁷ y el adecuado uso de los recursos públicos.

Sobre los gobiernos regionales, el Tribunal Constitucional se ha detenido en precisar que la «autonomía no puede ser confundida con autarquía, por más que puedan desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos», y ha señalado expresamente que la autonomía regional no puede realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad. Refiere que dicha autonomía deberá graduar su intensidad, dependiendo de su afectación a intereses supralocales o regionales, y de la confluencia con competencias en las que coparticipan otros órganos estatales²⁸. Específicamen-

²⁶ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 209.

²⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Estudio de descentralización en el Perú*, Lima, Contraloría General de la República-Cooperación Alemana implementada por GIZ, 2014, pp. 374-376.

²⁸ STC N° 0007-2002-AI/TC, fundamento 9; STC N° 0002-2005-PI/TC, fundamentos 36 y 37.

te, respecto de la autonomía económica de los gobiernos regionales se ha expresado en los siguientes términos:

En lo que respecta a la autonomía económica de la que gozan las regiones y los otros dos niveles de gobierno (nacional y local), la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783) señala que esta debe ejercerse «conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto» (artículo 9°, numeral 3).

16. Como puede apreciarse, la autonomía de la que gozan los gobiernos regionales es capacidad de autogobierno, pero sin dejar de pertenecer a la estructura general de la que forman parte, representada por el Estado y por el ordenamiento jurídico que lo rige, en el que se cuentan las leyes anuales de presupuesto.²⁹

No obstante, tal como ha sido señalado por la Contraloría General, la tensión intrínseca a la relación entre autonomía y control que existe en todo proceso de descentralización política, administrativa y económica no se ha expresado en la práctica peruana de manera equilibrada³⁰. Así, son diversos los casos en los que los gobiernos regionales, por ejemplo, han interpretado su autonomía de forma desarreglada al principio de unidad del Estado y a las competencias del gobierno nacional.

110

Tales han sido los casos, por ejemplo, de las ordenanzas regionales que declaraban a la coca como patrimonio cultural de la nación y legalizaban zonas de cultivo de esta planta, desconociendo la competencia del gobierno nacional para regular el carácter legal o ilegal de los cultivos de coca, definida por las disposiciones vigentes de la Ley para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Ley N° 22095) por la vinculación de la materia con la política antidrogas³¹.

²⁹ STC N° 0005-2011-PI/TC, fundamentos 15 y 16.

³⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *op. cit.*, pp. 374-376.

³¹ STC N° 0006-2008-PI/TC, fundamento 35; STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), punto 3 del fallo.

Asimismo, en otro caso, vinculado a la aplicación del inconstitucional Decreto Supremo N° 004-2008-ED, sobre «Políticas sectoriales para la contratación de personal docente en las instituciones educativas públicas de Educación Básica y Educación Técnico-Productiva»³², por lo menos diecisiete gobiernos regionales habían anunciado la expedición de ordenanzas regionales dirigidas a dejar sin efecto este decreto en sus respectivos ámbitos territoriales, bajo la afirmación de su inconstitucionalidad y autoproclamándose, equivocadamente, competentes para regular dicha materia. Estas declaraciones desconocían que de acuerdo con la Ley Orgánica del Ministerio de Educación (artículo 4°), la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (artículo 45°) y la Ley General de Educación (artículo 80°), las políticas nacionales de educación, básicamente en la contratación y nombramiento de personal, debían ser establecidas por el gobierno nacional³³.

Otros han sido los casos de ordenanzas regionales que han declarado áreas intangibles o prohibidas para actividades mineras, sin fundamentar sus motivos en criterios de delimitación de competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos descentralizados. Así, se expidió la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ.CR, que declaró la intangibilidad de las cabeceras de las cuencas hidrográficas, la inviabilidad del proyecto minero Conga, la investigación de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y la invalidez de las normas que se opongan a la mencionada Ordenanza Regional de Cajamarca. En el mismo sentido, se expidió la Ordenanza Regional N° 065-2009-CR/GRC CUSCO, que declaró como área de no admisión de denuncios mineros toda la región de Cusco³⁴.

³² El Decreto Supremo N° 004-2008-ED fue declarado inconstitucional e ilegal por la Sentencia de Acción Popular N° 2558-2009-Lima, por vulnerar la Constitución respecto del derecho a la igualdad (art. 2°, inciso 2), derecho al trabajo (art. 22°) e igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral (art. 26°, inciso 1).

³³ Informe de Adjuntía N° 0001-2008-DP/ACC, *Análisis del Decreto Supremo N° 004-2008-ED*, que aprueba las «Políticas sectoriales para la contratación de personal docente en las instituciones educativas públicas de Educación Básica y Educación Técnico-Productiva», febrero de 2008.

³⁴ El Tribunal Constitucional resolvió la inconstitucionalidad de dichas ordenanzas, sin embargo, sus sentencias no estuvieron dotadas de una fundamentación constitucional basada en principios y técnicas de interpretación constitucional ni en base al test de

Bajo el presupuesto de que la autonomía y el control forman parte de una relación consustancial al Estado constitucional, que tiene cobertura en nuestro ordenamiento jurídico, resulta legítimo constitucionalmente el establecimiento de un sistema de control descentralizado y permanente bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, en el marco del Estado unitario y descentralizado, que contribuya a la legalidad de la ejecución del presupuesto, la cautela de los recursos públicos, la proscripción de la corrupción, la satisfacción de las necesidades sociales básicas de la población y, finalmente, la realización de sus derechos fundamentales.

Algunos elementos que pueden contribuir a desarrollar y profundizar este sistema de control descentralizado y permanente bajo la rectoría de la Contraloría General de la República son los siguientes:

Mecanismos de prevención de la corrupción

Profundización de la institucionalidad del sistema de control descentralizado, a través del fortalecimiento de las Oficinas Regionales de Control y de los Organismos de Control Institucional (OCI). Al respecto, conviene destacar que se viene realizando una transferencia administrativa progresiva de los jefes de OCI hacia el ámbito de la Contraloría General de la República. De este modo, los jefes de OCI gozarían de mayor grado de independencia respecto del presidente regional o del alcalde, al depender su remuneración de la Contraloría General de la República. Actualmente, los jefes de los Organismos de Control Institucional reciben su remuneración con cargo al presupuesto de la entidad bajo control.

112

la competencia, sino que subordinaron las ordenanzas a las leyes nacionales realizando un examen de estricta legalidad cuyo parámetro fueron la Ley de Bases de la Regionalización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, entre otras. C. LANDA ARROYO, «Conga y el perro del hortelano», en *Ius 360°. Ius et Veritas*, que se consultó el 25 de septiembre de 2014, en «<http://www.ius360.com/publico/constitucional/conga-y-el-perro-del-hortelano/>».

La intervención del Tribunal en estos casos no ha contribuido a pacificar los conflictos de competencias entre los distintos niveles de gobierno, ni a aportar criterios constitucionales para la formación del test de competencias en materia de protección del ambiente y actividades económicas vinculadas al aprovechamiento los recursos naturales.

Por otra parte, resulta necesario fortalecer capacidades del personal del Organismo de Control Institucional, a fin de que su actuación pueda contribuir a detectar irregularidades sustantivas en la gestión de los recursos públicos de los gobiernos regionales y locales, y puedan adoptar medidas eficaces de prevención y lucha contra la corrupción, sin constituirse en factores de inhibición u obstaculización de la gestión descentralizada.

Mecanismos directos de intervención frente a supuestos actos de corrupción

Consolidar la función de señalamiento de responsabilidades y determinación de la responsabilidad administrativa funcional en el marco del ejercicio de control sobre la actuación de los gobiernos regionales y locales. Entre las atribuciones contempladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República se encuentra la de sancionar a los funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones contra la Administración Pública y en las que se derive responsabilidad administrativa funcional. Esta última atribución se incorporó 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. 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 bajo control, concretan la necesidad de contribuir a la efectividad del control externo del gasto público y la probidad administrativa en el manejo de los recursos públicos. No obstante, esta función debe realizarse respetando el derecho al debido proceso, el principio *ne bis in idem*, así como el principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Desde la incorporación de estas facultades (en el año 2010, pero efectivas a partir del año 2011), entre las que corresponden a la Contraloría se han sancionado administrativamente a 107 funcionarios con inhabilitación o suspensión temporal (por faltas graves o muy graves en el ejercicio de sus funciones), y 798 se encuentran con procedimientos administrativos en curso³⁵.

³⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, «Contraloría tomará el control de oficinas encargadas de fiscalización en regiones, municipios y fuerzas del orden», Nota de

Intensificar las relaciones de coordinación y colaboración mutuas con el Ministerio Público y el Poder Judicial. Esto a fin de fortalecer la efectividad de las acciones de control y de señalamiento de responsabilidades penales y civiles en la cadena de valor anticorrupción, que puedan contribuir a la obtención de sentencias penales y reparaciones civiles en supuestos de delitos contra la administración pública vinculados a la corrupción y detectados en el ámbito de la gestión de gobiernos regionales y locales.

Medidas de intervención urgente: suspensión de cuentas de gobiernos regionales y locales. A raíz de las graves denuncias de corrupción en gobiernos regionales y locales (en algunos casos, incluso, conectados con supuestos de criminalidad organizada), la Contraloría General de la República solicitó la suspensión de las cuentas bancarias en aquellas entidades donde existieron indicios de irregularidades graves en el manejo de los recursos públicos. Así, se aplicó la medida a los gobiernos regionales de Ancash, Tumbes y Pasco, así como a los gobiernos locales de San Román, San Marcos, Chavín de Huántar y Vilcabamba³⁶. Esta medida se basa en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 28693, Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, cuyo artículo 53° establece que «*La Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) procede a la suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de aquellas unidades ejecutoras o dependencias equivalentes en las entidades en donde surjan situaciones de conocimiento público que pongan en riesgo el adecuado uso de los fondos públicos asignados, a sola solicitud de los siguientes organismos: Contraloría General de la República, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o Ministerio del Interior*». Si bien se trata de una medida amparada en una previsión legal y, en el caso de la referencia a la Contraloría General, solicitada por un organismo constitucional autónomo respecto del Poder Ejecutivo, con competencias especializadas en la materia, no ocurre lo mismo con la intervención a solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o del Ministerio del Interior. Sobre el particular consideramos que debería adecuarse las características de esta medida a las más

prensa N° 42-2014-CG/COM, que se consultó el 18 de septiembre de 2014, en «http://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/00d6277e-182a-43c8-b146-15cfe2f91ff5/NP_042_2014_.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=00d6277e-182a-43c8-b146-15cfe2f91ff5».

³⁶ *Ibid.*

rigurosas exigencias constitucionales, para preservar la autonomía económica de los gobiernos regionales y, a su vez, garantizar el presupuesto estatal y la adecuada utilización de los recursos públicos.

Mecanismos de fortalecimiento del control social

Contribuir a poner en valor el mecanismo de rendición de cuentas en relación con la competencia asignada a la Contraloría General en los espacios regionales y locales. La rendición de cuentas se encuentra contemplada como un instrumento del derecho de participación ciudadana en el artículo 31° de la Constitución. Adicionalmente, la CGR tiene entre sus atribuciones establecer los procedimientos para que los titulares de las entidades «rindan cuenta» oportuna al órgano rector por los fondos o bienes a su cargo (Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, artículo 22°, literal u). La Contraloría General recibe la información de las entidades pero no la aprovecha ni le agrega valor.

En estricto, se trata de dos instrumentos distintos, pero que podrían conectarse para mejorar las posibilidades de la ciudadanía de realizar vigilancia sobre sus autoridades, así como de las entidades de supervisión de control y supervisión de efectivizar sus funciones, especialmente en el ámbito de la actuación de los gobiernos regionales y locales. Sobre el particular resulta sumamente valiosa la participación de la ciudadanía que se encuentra más próxima y en relación directa con las autoridades regionales y locales y que conoce mejor su actuación.

5. Reflexiones finales

Los procesos de democratización y lucha contra la corrupción se han visto promovidos en diversas ocasiones a propósito de situaciones de grave afectación a bienes considerados valiosos socialmente, que al ser develadas han conmocionado a la opinión pública y a la sociedad. Estas situaciones de impacto permiten gatillar procesos de refundación o arreglos institucionales para revertir los efectos lesivos de prácticas corruptas o delictivas contrarias al desarrollo y bienestar de los pueblos.

En tal sentido, el develamiento de los actos de grave corrupción en el ámbito de la gestión regional y local de recursos públicos, puede contribuir a promover una acción colectiva e institucional en favor de una administración

pública al servicio de la ciudadanía, la protección de los recursos públicos, la promoción de la ética pública y la proscripción de la corrupción.

En dicho escenario encontramos que la Contraloría General de la República, en su calidad de organismo constitucional autónomo a cargo de la supervisión de la legalidad de la ejecución del presupuesto público, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control, puede fortalecer su aporte en el proceso de democratización y control del ejercicio del poder, en el perfeccionamiento de la descentralización, así como en la lucha contra la corrupción. Para ello debe dar contenido y eficacia al encargo que le asigna la Constitución de organizar un sistema de control descentralizado y permanente. Una ventaja de oportunidad que le asiste, al respecto, es la institucionalidad desconcentrada y descentralizada con la que cuenta, a través de la actuación de las Oficinas Regionales de Control y de los Organismos de Control Institucional en los gobiernos regionales y en determinados gobiernos locales. Asimismo, ha desarrollado mecanismos de intervención del ámbito regional y local que perfeccionados sumarían sustancialmente a dicha tarea.

116

No obstante, la concreción de su intervención debe considerar no solo las finalidades constitucionales a las que pretende contribuir, sino los bienes que puede afectar a través de esta, tales como la autonomía de los gobiernos regionales y locales sujetos a su control, y el modelo de Estado unitario y descentralizado. En tal sentido, se debe tener en cuenta la razonabilidad y proporcionalidad de su actuación y de la utilización de los mecanismos planteados, especialmente de aquellos que tienen naturaleza sancionadora.

Finalmente, debe destacarse la especial relevancia que adquiere el Tribunal Constitucional en este cometido, cuya jurisprudencia, en el marco de procesos competenciales o procesos de inconstitucionalidad (respecto de leyes que afecten las competencias y atribuciones de poderes del Estado, organismos constitucionales, gobiernos regionales o locales), va a dotar de criterios orientadores a la Contraloría General de la República, para que el control externo del gasto público optimice los resultados favorables al proceso de descentralización en favor de la ciudadanía y de acuerdo con los cánones del Estado constitucional.