

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**La pericia extraprocesal institucional y los principios de contradicción
e igualdad de armas en los pronunciamientos judiciales sobre delitos
de negociación incompatible y colusión, Arequipa, 2019 - 2023**

Tesis presentada por la Bachiller:

Salas Vargas, Jessica Janhira

ORCID: 0009-0009-8890-7603

para optar el Título Profesional de Abogada

Asesor:

Mg. Armaza Galdos, Julio Emilio

ORCID: 0000-0002-5219-6573

Arequipa – Perú

2025

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 18 de Noviembre del 2024

Dictamen: 009501-C-EPDD-2024

Visto el borrador del expediente 009501, presentado por:

2016203372 - SALAS VARGAS JESSICA JANHIRA

Titulado:

LA PERICIA EXTRAPROCESAL INSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN E IGUALDAD DE ARMAS EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE DELITOS DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y COLUSIÓN, AREQUIPA, 2019 - 2023

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Título Profesional/Título de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

ABOGADO

**42755102 - FERNANDEZ PAREDES PEDRO ADOLFO
DICTAMINADOR**



**45110571 - MALABRIGO ALARCON RODOLFO RAINIERO GLAN FRANCO
DICTAMINADOR**



La pericia extraprocesal institucional y los principios de contradicción e igualdad de armas en los pronunciamientos judiciales sobre delitos de negociación incompatible y colusión, Arequipa, 2019 - 2

INFORME DE ORIGINALIDAD

21 %

INDICE DE SIMILITUD

19%

FUENTES DE INTERNET

7%

PUBLICACIONES

9%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1 **idoc.pub** Fuente de Internet 2%

2 **qdoc.tips** Fuente de Internet 1%

3 **filadd.com** Fuente de Internet 1%

4 **revistas.uexternado.edu.co** Fuente de Internet 1%

5 **repositorio.ucv.edu.pe** Fuente de Internet 1%

6 **vsip.info** Fuente de Internet 1%

7 Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante 1%

DEDICATORIA

A Dios, por guiar mis pasos y mostrarme que el camino se hace al andar. A mis padres, por la confianza, por haber forjado la persona que soy en la actualidad y por su apoyo incondicional a Enzo, mi compañero de vida, por motivarme a mejorar cada día e impulsarme a lograr mis objetivos.



Resumen

El presente estudio e investigación buscó analizar la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control emitidos por la Contraloría General de la República, la misma que bajo el amparo de la Ley N° 30214 (2014), adquirieron la calidad de pericias extraprocesales institucionales; así pues, revisando su trascendencia en procesos penales que versan sobre los delitos de negociación incompatible y colusión, se analizaron íntegramente pronunciamientos judiciales con la finalidad de verificar el respeto del principio de igualdad procesal y de contradicción que le asisten a los acusados en atención al hallazgo de presuntas responsabilidades penales identificadas por auditores. Como consecuencia de la investigación, se propuso una alternativa de solución que equilibre el respeto del principio de contradicción e igualdad de armas, variando la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control.

Palabras clave: Informes de control, colusión, negociación incompatible

ABSTRACT

The present study and investigation sought to analyze the legal nature given to the control reports issued by the Comptroller General of the Republic, the same as under the protection of Law No. 30214, Law that incorporates Article 201-A to the Criminal Procedure Code, added article 201-A to the Criminal Procedure Code, acquired the status of institutional extra-procedural expertise. Thus, reviewing its significance in criminal proceedings that deal with the crimes of incompatible negotiation and collusion, jurisdictional pronouncements were fully analyzed in order to verify respect for the principle of procedural equality and contradiction that assist the accused in response to the finding. of alleged criminal responsibilities identified by auditors. As a consequence of the investigation, an alternative solution was proposed that balances respect for the principle of contradiction and equality of arms, varying the legal nature given to the control reports.

Keywords: Control reports, collusion, incompatible negotiation

ÍNDICE

DEDICATORIA

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN.....1

CAPÍTULO I2

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA2

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA2

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN3

1.3. OBJETIVOS.....4

1.4. HIPÓTESIS.....4

CAPITULO II.....6

2. MARCO TEÓRICO.....6

2.1. INFORME DE CONTROL DE LA CGR EN EL PROCESO PENAL.....6

2.2. LA PRUEBA PERICIAL21

**2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME DE CONTROL DE LA
CGR.....36**

2.4. INFORME DE CONTROL COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA.....44

**2.5. INFORME DE CONTROL COMO PERICIA INSTITUCIONAL
EXTRAPROCESAL.....46**

2.6. TRATAMIENTO DE LOS INFORMES DE CONTROL50

2.7. AFECTACIONES AL IMPUTADO64

2.8. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN72

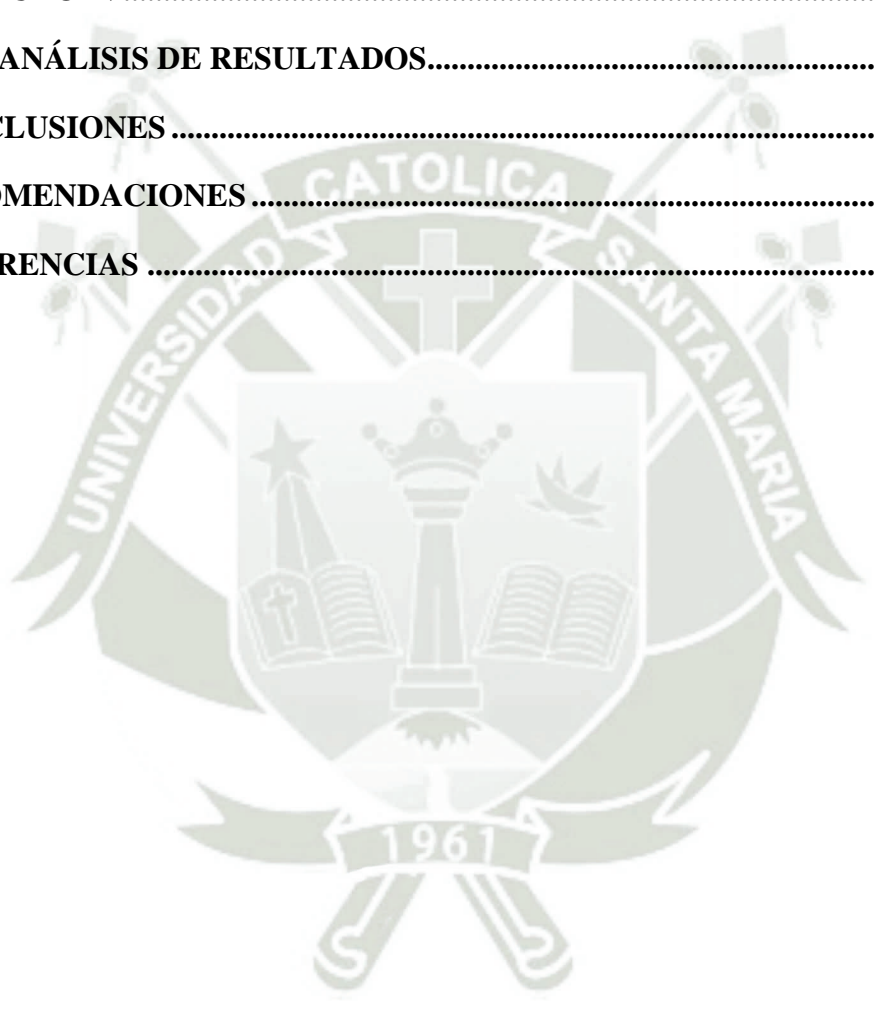
2.9. REVISIÓN DE ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.....100

CAPÍTULO III103

3. MARCO METODOLÓGICO103

3.1. ENFOQUE.....103

3.2. NIVEL.....	103
3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	103
3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA	104
3.5. TÉCNICAS.....	104
3.6. INSTRUMENTOS	105
CAPITULO IV.....	107
4. ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	107
CONCLUSIONES	126
RECOMENDACIONES	128
REFERENCIAS	129



ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 *Delitos con mayor incidencia en los pronunciamientos judiciales sobre delitos contra la administración pública de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa*

GRÁFICO 2 *Naturaleza jurídica de los informes de control en los pronunciamientos judiciales sobre delitos colusión y negociación incompatible de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa*

GRÁFICO 3 *Pronunciamientos judiciales sobre delitos de negociación incompatible y colusión de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, en los que se le otorgo a los informes de la CGR la calidad de pericia extraprocesal institucional y se advirtieron errores*

GRÁFICO 4 *Fallos de pronunciamientos judiciales de delitos de negociación incompatible y colusión de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, en los que se le otorgo a los informes de la CGR la calidad de pericia extraprocesal institucional*

GRÁFICO 5 *Pronunciamientos judiciales sobre delitos de negociación incompatible y colusión de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa con fallo condenatorio en los que se advirtieron errores en los informes de control en procesos*

GRÁFICO 6 *Incidencia de errores, inconsistencias y observaciones advertidos en los informes de control actuados como pericia extraprocesal institucional en procesos sobre delitos de negociación incompatible y colusión en pronunciamientos judiciales de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa*

GRÁFICO 7 *Desarrollo del debate pericial en juicio oral en procesos sobre delitos de negociación incompatible y colusión de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa*

GRÁFICO 6 *Sentencias condenatorias en las que se advirtieron errores en los informes de control*

GRÁFICO 7 *Delitos con mayor incidencia en las sentencias*

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1 *Ficha de análisis de casos*

TABLA 2 *Afectación a principios procesales*



ABREVIATURAS

SNC – Sistema Nacional de Control

CGR – Contraloría General de la República

OCI – Órgano de control institucional

SOA – Sociedades de auditoría

MP – Ministerio Público

PNP – Policía Nacional del Perú

CPP – Código Procesal Penal

Exp. – Expediente

DL. – Decreto ley

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se ha tomado como premisa una problemática social que venimos atravesando en el país, la corrupción, en el Perú este problema busca sancionar y tipifica como delitos contra la administración pública, comportamientos que contravienen el correcto funcionamiento de la administración pública y socavan la legitimidad de las instituciones públicas. En atención a este problema, el Estado ha buscado y ha iniciado una lucha contra la corrupción, buscando dotar de fuerza y mayores atribuciones al ente rector del Sistema Nacional de Control (en adelante, SNC); la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) dándole por ejemplo la posibilidad de identificar y hallar responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales en funcionarios públicos, además a través de la Ley N° 30214 (2014), norma que les otorga la calidad de pericias extraprocesales institucionales, a los informes de control, los mismos que son el resultado de las acciones de control que realizan todas las instituciones que tienen a su cargo el control gubernamental en el país.

En ese contexto, se advierte de la actuación de las pericias extraprocesales institucionales problemas pues no se estaría realizando de manera adecuada, lo que generaría la vulneración del principio de igualdad procesal y de contradicción que les asisten a los denunciados, funcionarios públicos. Esta situación es sobre la que versa nuestro problema de investigación. la cual tiene como objetivo principal establecer la relación entre la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR y las afectaciones al imputado en los pronunciamientos judiciales de delitos de negociación incompatible y colusión en un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, 2019-2023.

Para lo cual se ha utilizado una metodología acorde a los parámetros metodológicos actuales, en ese sentido, el enfoque fue de carácter cualitativo, el diseño propositivo, utilizando un método inductivo, para así arribar al resultado que existen afectaciones al imputado en pronunciamientos judiciales en procesos penales producto de la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control, pues concluimos que se estarían vulnerando el principio de contradicción e igualdad procesal, toda vez que no se puede contradecir a este tipo de prueba pues no hay prueba similar que permita desvirtuarla, adicional a ello se ha identificado que se ha estado tomando como verídica en su totalidad pese a contener errores, imprecisiones y vacíos, además que no se ha estado solicitado descargos a los imputados y pese a ello, se han emitido sentencias condenatorias.

Capítulo I

1. Planteamiento del Problema

1.1. Descripción del problema

En el panorama de la lucha contra la corrupción que viene atravesando el Estado Peruano, es pertinente cuestionarse ¿qué acciones se están tomando para hacer frente a esta problemática social?, a esta interrogante responde la CGR como órgano encargado del control gubernamental que viene desarrollando una serie de servicios de control, entre ellos, el control posterior, cuyas acciones tienen como producto los informes de control, los que son introducidos al proceso penal como pericias extraprocesales institucionales. Dicha naturaleza jurídica, implícitamente establecida, causa afectaciones a principios procesales que deberían garantizarse a los imputados en procesos penales sobre delitos de negociación incompatible y colusión, tales como el principio de igualdad de armas y el de contradicción.

Los informes de control ocasionarían la afectación al principio de contradicción e igualdad de armas puesto que los acusados no tendrían un medio de prueba similar que permita refutar las pericias extraprocesales institucionales que se actuarían en el juicio oral de los procesos penales sobre delitos de negociación incompatible y colusión, además que no le serían aplicables las reglas de otros tipos de medios de prueba establecidos en el Código Procesal Penal (en adelante CPP). En ese contexto, los informes de control generan que no se pueda contraponer con argumentos técnicos jurídicos dado que el contenido del informe de control se tomaría como un contenido de valor verídico e incuestionable, incluso se encuentran pronunciamientos en los que se advierten que no se les ha trasladado los hallazgos del informe de control, ni se les han solicitado sus descargos a los imputados o contienen errores u observaciones.

Las situaciones señaladas no permiten que los acusados se encuentren en un estadio que permita materializar el principio de contradicción y de igualdad de armas en el desarrollo de un proceso penal, pues se encontrarían ante una prueba especial superior, a la que no se le aplican reglas del CPP, por lo que quedarían en estado de indefensión pues el hecho de no poder refutar los hallazgos convierte a los informes de control en información plena, además, la oportunidad en la que podrían hacerlo debería encontrarse en el desarrollo del debate pericial.

Lo enunciado, supone una evidencia sobre la situación de la naturaleza jurídica de los informes de control, pues, se vulneran los principios procesales de los imputados que deben ser

garantizados en todos los procesos penales, y con mayor razón cuando se trata de funcionarios públicos, condición que potencia su exposición, generando un daño a su imagen, tanto en el ámbito personal, así como en el laboral, daño que es prolongado en el tiempo, pues no solo involucra el tiempo en el que se desarrolla el proceso, sino también la difusión en medios de comunicación que perdura independientemente del fallo, en ese sentido, el darle una condición privilegiada a este tipo de prueba, con la excusa de fortalecer la institución (CGR), no debería darse a costa de vulnerar principios procesales.

Una solución para desarrollar el cambio para la naturaleza jurídica de los informes de control se fundamenta en la modificación de su calificación de pericias institucionales extraprocesales, ello en razón a que este tipo de informes carecen de una relación estrecha con la prueba pericial más allá de su mera denominación. Consideramos que la calificación aplicable a los informes de control debe variar según se produzcan, es decir, si los auditores que elaboraron el informe, asistirán al juicio, deberán actuar como un testigo, y se deberá aplicar las reglas de una prueba testifical, y si lo que se presenta es sólo el informe, este documento deberá tomarse como prueba documental y aplicarse las reglas para este tipo de prueba. Asimismo, deberá incluirse la obligatoriedad de solicitar los descargos acompañados de documentos sustentatorios antes de iniciar un proceso penal, el mismo que deberá iniciarse si lo presentado por los presuntos responsables no es suficiente para acreditar que no hubo una acción u omisión que deba meritarse como delito.

1.2. Justificación de la investigación

1.2.1. Ámbito jurídico

Nuestra investigación comprendió el estudio del tratamiento de los informes de control de la CGR al interior del proceso penal de los delitos de negación incompatible y colusión, los cuales han tenido singular importancia en el desarrollo del proceso ya que comprenden una base que conduce al fiscal a establecer responsabilidad, siendo este el medio de prueba principal del que hace uso, que con su actuación causaría afectaciones a los principios procesales, como el de contradicción e igualdad de armas que le asisten al acusado.

1.2.2. Ámbito académico

Los datos recopilados y analizados tendrán la capacidad de guiar a investigaciones futuras que pretendan optimizar el tratamiento de este medio de prueba tanto en el Ministerio Público, así como en el Poder Judicial. Asimismo, brindarán un panorama amplio para llegar a

una reforma normativa necesaria en pro de la defensa de principios procesales que le corresponden a los acusados.

1.2.3. Ámbito innovador

Desde el ámbito innovador, si bien se han realizado investigaciones relacionadas al tema, éstas han sido corroboradas con encuestas y entrevistas, al punto que sus conclusiones son diversas, sin embargo, el presente estudio realizó un análisis desde los pronunciamientos judiciales relacionados a los delitos de negociación incompatible y colusión en los cuales el informe de control estado siendo utilizado como medio de prueba para establecer responsabilidad.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general:

Establecer la relación entre la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR y las afectaciones al imputado en los pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión en un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, 2019-2023

1.3.2. Objetivos específicos:

a. Verificar la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión en un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, 2019-2023

b. Advertir los problemas generados dada la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión en un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, 2019-2023

c. Determinar los principios procesales que se transgreden y las afectaciones al imputado dada la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión en un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, 2019-2023

1.4. Hipótesis

Dada la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR como pericias extraprocesales institucionales, es probable que se propicie la vulneración a los principios de

igualdad de armas y de contradicción de los imputados al interior del proceso penal, en consecuencia, es necesario modificar la naturaleza jurídica de los informes de control, buscando que sean pruebas testimoniales o documentales para que se actúen conforme a las reglas establecidas.

1.4.1. Variable independiente

La naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en el proceso penal

1.4.2. Variable dependiente

Vulneración de los principios de igualdad de armas y de contradicción del imputado en pronunciamientos sobre los delitos de negociación incompatible y colusión



Capítulo II.

2. Marco teórico

2.1. Informe de control de la CGR en el proceso penal

2.1.1. Introducción

Durante el desarrollo de este primer capítulo se expondrá el tratamiento de los informes de control que son emitidos por la CGR al interior del proceso penal, para lo cual es pertinente dar un contexto general sobre el alcance del control gubernamental, sus órganos, servicios y modalidades, posteriormente veremos de manera sucinta cómo se desarrolla el proceso penal y el desenvolvimiento de los informes de control en su interior, asimismo la actuación probatoria y valoración de estos informes y finalmente los problemas actuales que se presentan a raíz de la naturaleza jurídica que se le ha otorgado.

En principio el artículo 6 de la Ley N° 27785 (2002) describe al control gubernamental como aquella actividad que implica la supervisión, vigilancia, verificación de los actos y resultados de la gestión pública, para el desenvolvimiento de estas tareas, el Perú, se desarrolla a través del SNC, el que a su vez está conformado por la CGR, los Órganos de Control Institucional, en adelante OCI, y las Sociedades de Auditoría, en adelante SOA, cada uno de estos órganos desarrolla servicios de control, los que pueden ser previos, simultáneos y posteriores, estos se aplican a los procesos que se desarrollan los funcionarios y servidores públicos en las entidades públicas que manejan recursos económicos estatales.

El resultado de los servicios de control, es el informe de control, en el que será posible identificar responsabilidades administrativas, civiles y penales, inicialmente el literal f, del artículo 15 de la Ley N° 27785 (2002) a estos informes les ha otorgado la naturaleza jurídica de prueba preconstituida y actualmente el artículo único de la Ley N° 30214 (2014) les ha otorgado el tratamiento como pericias extraprocesales institucionales. Es materia de esta investigación su desarrollo en el proceso penal, específicamente en la etapa de juicio oral, por lo que, en este capítulo veremos cómo se desarrolla su actuación probatoria y su posterior valoración en la emisión de las sentencias, ello debido a que hemos podido identificar problemas originados dada la naturaleza jurídica otorgada, los cuales están plasmados en la doctrina y la jurisprudencia nacional, por ello en la parte final del capítulo encontraremos un resumen de los problemas que causan preocupación.

2.1.2. Control gubernamental

La investigación de (León y Necochea, 2007) muestra una reseña histórica del control gubernamental, en principio debemos remontarnos a la época del incanato, ya que desde entonces se tenía una similitud con el control administrativo en el Tahuantinsuyo, los llamados “Quipucamayocs” quienes eran los encargados de los quipus, un sistema contable de los recursos de esa época, asimismo existían los “Tuckuyricocs”, quienes eran los encargados de hacer inspecciones periódicas y controlar a los funcionarios subalternos de acuerdo a lo reportado por los quipus. Posteriormente, en la época de la colonia, los españoles trajeron a Perú instituciones como el Tribunal de Cuentas y Cajas Reales, entre otras instituciones, las que servían para la rendición de cuentas.

Otro de los principales hitos sobre el control gubernamental señalados en el trabajo de (León y Necochea, 2007) se da en la época de la República, en el año 1824, Simón Bolívar dispone que cualquier funcionario público que malverse fondos públicos o tome para sí mismo un monto mayor a diez pesos estaría condenado a la pena capital, la misma que le correspondería a los jueces que no procedieran, y por otro lado también dispuso que todas las personas tenían derecho a acusar a los funcionarios públicos. Es hasta el año 1930 cuando se crea la CGR, sin embargo, recién en el año 1971 que se establece el SNC; y posteriormente en r, en el que se menciona que este:

“Consiste en la verificación periódica del resultado de la gestión pública, a la luz del grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía que hayan exhibido en el uso de los recursos públicos, así como del cumplimiento por las entidades de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción” (Flores, 1998, p. 2).

Sobre la definición del control gubernamental se manifiesta que “es una función esencial del Estado que busca prevenir y corregir irregularidades en la administración pública, promoviendo la transparencia, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos. (Palacios, 2013, p. 6). Por su lado, (García, 2011) señala que el control gubernamental consiste en la fiscalización del Estado sobre sus actividades propias, buscando la gestión de los recursos públicos y la observancia de la legalidad.

Remontándonos a la actualidad, según la Resolución N° 295-2021-CG (2021), el control gubernamental consiste en la:

“supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública”,

asimismo es “un proceso integral y permanente que tiene como finalidad contribuir a la mejora continua en la gestión de las entidades y la prestación eficiente de servicios públicos, así como en el uso de los bienes y recursos del Estado”. (fundamento 1.10)

De otro lado en la actualidad el concepto que manejamos de control gubernamental se encuentra orientado a las acciones de supervisar, vigilar y verificar el uso de bienes y recursos públicos del Estado a través de controles internos, externos, previos, simultáneos o posteriores, acciones que consideramos adecuadas ya que coincidimos con la siguiente posición cuando señala que “El control público está enraizado en la estructura misma del poder estatal, pues no hay poder sin control” (Dromi, 1987, p.34). En ese sentido, valoramos el trabajo que viene realizando la CGR pues resulta necesario para el correcto funcionamiento de las entidades públicas en relación al presupuesto que manejan siempre que estas acciones de control se lleven con respeto de los derechos que les asisten a todas las personas.

En ese orden de ideas podemos notar que el control gubernamental tiene su primer antecedente en la época del incanato, época en la que se ejercía control sobre los funcionarios subalternos del inca y sobre los sistemas contables, ya en la época de la colonia el control se ejercía sobre las cuentas, y posteriormente en la época de la República es cuando se comienza a tomar acción sobre el mal uso de fondos públicos, sin embargo, es hasta el año 1992 que se menciona al control gubernamental en una norma, ya que con las reformas constitucionales de 1979 y 1993 se buscaba reforzar el rol de la CGR y el SNC; en las últimas décadas, se ha pretendido entablar una lucha contra la corrupción, lo que ha impulsado la creación de leyes que buscan dar mayor control y transparencia al uso de los recursos del estado.

Sobre el concepto dado por Flores y Resolución N° 295-2021-CG estamos de acuerdo con que es necesario una revisión del uso de los recursos públicos, no obstante de la verificación de estos, se hace indispensable estructurar un plan de acción que no solo revise sino también tome las acciones necesarias para reconocer y sancionar el incorrecto uso de los fondos públicos, siempre que exista la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso.

2.1.3. Sistema nacional de control

El primer antecedente del SNC, según la investigación de (León y Necochea, 2007) data del año 1971, año de su constitución y se nombra a la CGR como entidad superior de control. Posteriormente, la Constitución Política del Estado de 1979 le otorga a la CGR la calidad de órgano autónomo y central del SNC, asimismo se le encarga la supervigilancia de

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. Luego en la Ley N° 26162 (1992) se emite la normativa del SNC. Un año más tarde con la Constitución Política del Estado de 1993 se establece que la CGR es el órgano superior del SNC, y goza de autonomía conforme a su Ley Orgánica.

En el año 2002, con la entrada en vigencia de la Ley N° 27785 (2002) se define al SNC como “el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada”. Asimismo, se menciona que está conformado por la CGR, los órganos de auditoría interna y las sociedades de auditoría. De otro lado, se precisa que el ejercicio de control en las entidades será en forma permanente y descentralizada y se efectuará bajo autoridad de la CGR.

Sobre el SNC se manifiesta que “es una estructura organizacional que coordina y articula las funciones de auditoría y supervisión de las entidades públicas, con el propósito de garantizar el cumplimiento de las leyes y la eficiencia en la administración pública” (García, 2012, p.3). De otro lado, (Palacios, 2014), señala que se trata de un mecanismo integral que tiene la finalidad de auditar las actividades del sector público, buscando la rendición de cuentas mediante la coordinación de sus órganos de control.

También resulta pertinente mencionar las atribuciones que se le han otorgado, por ejemplo, la exigencia a los funcionarios y servidores de la responsabilidad por sus actos, pudiendo identificar responsabilidad administrativa, civil, penal y recomendar acciones preventivas y correctivas. Finalmente, la atribución en la que se centra esta investigación, es la emisión del resultado del servicio de control, los informes de control, que cuentan con sustento técnico y legal, y constituyen prueba pre constituida, sobre los cuales en la ley citada se señala que, si estos cuentan con la participación del Ministerio Público, en adelante MP, o de la Policía Nacional del Perú, en adelante PNP, no corresponde abrir investigación policial, ni solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables.

Como se puede apreciar, el SNC ha ido evolucionando con el pasar de los años, mientras que, anterior al año 1971 no se encontraba establecido en una norma y el control gubernamental se daba solo sobre el control del gasto de los fondos públicos; con el establecimiento en las normas se le ha otorgado el control de la gestión pública, así como velar porque las entidades cumplan sus objetivos y metas. Desde el año 2002, el SNC se encuentra

reconocido en la Ley N° 27785 (2002), norma en la que podemos ver que es el encargado de desarrollar el control gubernamental del Estado, a través de órganos como la CGR, las OCI y SOA, con el fin de supervisar, vigilar y verificar la correcta gestión de los recursos del Estado.

En lo versado por esta norma nos encontramos de acuerdo, sin embargo, llama la atención las atribuciones que se le otorgan, como lo es el poder determinar responsabilidades contra funcionarios y servidores públicos, y la de aplicar sanciones; puesto que consideramos que esta atribución da la apariencia a la CGR de ser juez y parte a la vez, asimismo sobre el resultado de su trabajo, por su calidad de prueba pre constituida no debería interpretarse a los informes como una prueba con valor anticipado y se debe ordenar la actuación de otras pruebas que garanticen un debido proceso, ya que las sanciones resultan gravosas para los responsables, ya que estas pueden ser la pena privativa de libertad o la inhabilitación.

2.1.3.1. Contraloría General de la República

Sobre el concepto de la CGR como institución de derecho público (Leonarte, 2020) precisa que tiene la rectoría del control gubernamental y se constituye como la máxima autoridad del SNC. La creación de la CGR, según (León y Necochea, 2007) data del año 1930, surge, como una repartición administrativa del entonces Ministerio de Hacienda, entidad que estaba encargada de los gastos y organización de la contabilidad de la Contadurías Ministeriales, que hasta ese entonces era conducida por el Tribunal de Cuentas.

Un año después, a propuesta del Presidente del BCR, llegó a Perú una misión presidida por Edwin Kemmerer, economista estadounidense, misión que consistía en una serie de propuestas de remodelación de los sistemas monetarios, bancarios y fiscales, en atención a esta misión se presentó la propuesta de reorganización de la CGR. Tres años más tarde, con la Constitución de 1933, se formalizó por primera vez a la CGR, sin embargo, es en 1964 que, con la Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de República, la reconoce como autoridad superior de control presupuestario y patrimonial del sector público nacional, con autonomía e independencia administrativa y funcional y se incorpora al Tribunal de Cuentas, por lo que se suma una nueva función, el juzgamiento de cuentas.

Años más tarde, como señala la investigación de (León y Necochea, 2007), en 1971 se le reafirma a la CGR autonomía administrativa y funcional para ejercer sus funciones, esta entidad también es reconocida en la Constitución de 1979 y bajo su amparo en 1992 se publica la Ley del Sistema Nacional de Control. En 1993 en la Constitución Política del Perú, en su Art. N° 82 se reconoce la autonomía de la CGR conforme a su Ley Orgánica, por lo que en el

año 2002 se emite la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, el su artículo N° 15 de la Ley N° 27785, en la que se define como “el ente técnico rector del SNC, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera”, y entre sus principales líneas de acción podemos encontrar que se encarga de supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

En la Ley N° 27785 (2002), en su artículo N° 22, se establecen las atribuciones de la CGR, sobre las cuales, la atribución que es materia de investigación de esta tesis es la siguiente:

d) Disponer el inicio de acciones legales, pertinentes en forma inmediata, por el Procurador Público de la CGR o el Procurador del sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que la ejecución directa de una acción de control se encuentre un daño económico o presunción de ilícito penal.

De lo anteriormente expuesto podemos notar que la CGR se crea en el año 1930 pero formaba parte del Ministerio de Hacienda, tenía a su cargo los gastos y organización de la contabilidad de los ministerios, 3 años más tarde se formalizó, pero es hasta 1964 que se consagra como autoridad de control presupuestario y patrimonial del sector público, para este entonces tenía autonomía administrativa y funcional, y se encargaba también del juzgamiento de cuentas, sin embargo, es hasta el año 2002, que se publica su ley orgánica, Ley N° 27785, con la cual se le otorga autonomía económica y financiera, precisión que consideramos importante puesto que permite tener poder a la hora de tomar decisiones, asimismo, en esta ley podemos conocer sus líneas de acción y las atribuciones que posee, al respecto llama la atención la que le permite disponer acciones legales en los casos de presunción de un ilícito penal, sobre lo cual debemos precisar que estas acciones deben estar sujetas a reglas que garanticen la defensa de los derechos y principios, para que los investigados por los órganos de control no se encuentren en un esquema de indefensión y sientan el ataque del aparato estatal, puesto que lo investigado por las consecuencias que implica debe tener al proceso penal como ultima ratio.

2.1.3.2. Órganos de Control Institucional

El primer antecedente lo podemos encontrar en la Ley N° 27785 (2002) se considera que el SNC está conformado por la CGR, por todas las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de las entidades y por las sociedades de auditoría. Asimismo, en esta Ley se reconoce que se deben entender a los OCI como “órganos de auditoría interna”

y en cuanto a su ubicación se menciona que estará en el mayor nivel jerárquico de la estructura de la entidad, por otro lado, el jefe de este órgano tiene dependencia funcional administrativa de la CGR, pero el desempeño de sus labores será con independencia técnica dentro del ámbito de su competencia.

En la Resolución de Contraloría N° 392-2020-CG (2020) que versa sobre la directiva de los órganos de control institucional, se define a los OCI como: “el órgano conformante del Sistema, responsable de llevar a cabo el control gubernamental en la entidad, para la correcta y transparente gestión de sus recursos y bienes”. Otra aproximación que contiene la Ley N° 27785 (2002) es respecto a las responsabilidades y sanciones derivadas del proceso de control, cuando se trate de naturaleza penal, es el jefe del Órgano de Auditoría Interna quien comunicará simultáneamente al procurador público para que este último accione cuando el titular de la entidad no haya cumplido con actuar inmediatamente de tomado conocimiento de dichas irregularidades.

Como podemos notar es en el año 2002 en el que se menciona por primera vez a los OCI, y se menciona su dependencia funcional administrativa de la CGR, sin embargo, se resalta la independencia técnica dentro del ámbito de su competencia. Bajo la definición brindada por su directiva podemos entender a los OCI como órganos que desarrollan sus actividades de control al interior de la entidad con el fin de velar por la correcta y transparente gestión de los recursos y bienes del Estado. Asimismo, el tema que es menester de esta investigación es cuando se hallan responsabilidades y sanciones de naturaleza penal, al respecto podemos ver que es el encargado del OCI de una entidad es quien comunica al procurador público para tomar las acciones correspondientes para iniciar un proceso penal, sobre lo cual creemos que es pertinente revisar el vínculo entre instancias e instituciones del SNC a fin de no confundir competencias y responsabilidades, asimismo resultaría pertinente que la procuraduría anticorrupción pueda ser un órgano autónomo tal como pasa con la CGR, a fin de no entrar en un conflicto.

2.1.3.3. Sociedades de auditoría

Así como en el caso de los OCI, el primer antecedente de las SOA data del año 2002, con la entrada en vigencia de la Ley N° 27785 (2002) se las define como: “*personas jurídicas calificadas e independientes en la realización de labores de control posterior externo*” con la finalidad de opinar sobre la razonabilidad de los estados financieros de las entidades y de evaluar la gestión, captación y uso de los recursos asignados a las mismas.

La Resolución de Contraloría N° 383-2013-CG (2013) precisa que las labores que realizan las SOA son llamadas “*auditorías*”, las cuales pueden ser financieras, que son exámenes de los estados financieros y otros tipos de auditorías que disponga la CGR con la participación de especialistas en las materias objeto de auditoría.

De lo anteriormente señalado podemos ver que las SOA realizan únicamente un control posterior externo a solicitud de la CGR sobre los estados financieros de las entidades, asimismo pueden contar con especialistas en la materia para realizar otro tipo de auditorías cuando estas no sean financieras. Sobre estos dos últimos órganos de control podemos advertir que cuando se habla de los informes técnicos especializados que tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal en el Art. 201 - A, solo se habla de los elaborados por la CGR, y se deja de lado los que elaboran los OCI y las SOA, en atención a la cantidad que estos elaboran sería pertinente también incluirlos en la descripción del artículo.

2.1.4. Servicio de control

Constituyen un conjunto de procesos cuyos productos tienen como propósito dar una propuesta satisfactoria a las necesidades de control gubernamental que corresponde atender a los órganos del SNC, los servicios de control son prestados por la CGR, los OCI y las SOA conforme a su competencia legal y funciones descentralizadas.

2.1.4.1. Servicio de control previo.

En las normas generales de control gubernamental contenidas en la Resolución de Contraloría N° 295-2021-CG (2021) se señala que son aquellos que efectúa exclusivamente la CGR con anterioridad a la ejecución de un acto u operación de una entidad, con el objeto de emitir un resultado respecto de la materia del requerimiento que realice la entidad solicitante del servicio. Las modalidades de este servicio son:

- Autorizar los presupuestos de adicionales de obras y mayores servicios de supervisión
- Informar sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que comprometan el crédito y capacidad financiera del Estado
- Y opinar sobre las contrataciones con carácter de secreto militar o de orden interno.

En ese sentido podemos entender que estos servicios suceden antes de la ejecución de un acto de las entidades, tal como autorización de los adicionales de obra y servicios de supervisión, así como acciones que involucren el crédito y capacidad financiera del Estado, así como contrataciones de bienes y servicios que tengan carácter de secreto militar u orden

interno.

2.1.4.2. Servicio de control simultáneo.

De igual manera en la Resolución de Contraloría N° 295-2021-CG (2021) se señala que consiste en examinar los hitos de control o las actividades de un proceso en curso, con el objetivo de comunicar oportunamente a la entidad situaciones adversas que pueden afectar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos de los procesos, el objetivo es que la entidad adopte medidas preventivas y correctivas. Sus modalidades son:

- Control concurrente para verificar si los procesos en curso realizan conforme a la normativa aplicable,
- Visita de control a un proceso en curso en el lugar y momento de su ejecución,
- Orientación de oficio a través de revisiones documentales y análisis de información vinculadas a un proceso en curso,
- Operativos de control simultáneo que son intervenciones de carácter masivo.

De lo visto anteriormente podemos arribar a que este tipo de servicio de control se realiza a actividades en curso de manera oportuna para evitar situaciones adversas que puedan afectar los procesos para así poder tomar medidas preventivas y correctivas, las modalidades de este control abarcan la verificación del uso de la normativa aplicable, inspecciones, revisiones documentales e intervenciones de carácter masivo. Sin embargo, suele suceder que cuando una persona externa alerta a los miembros del OCI de irregularidades, estos suelen tomar un proceso de hasta 30 días hábiles para dar una solución a esta irregularidad, incluso cuando el daño ya ha sido causado.

2.1.4.3. Servicio de control posterior.

Del mismo modo en las Normas Generales de Control Gubernamental (2021) se precisa que estos se realizan para examinar los actos y resultados ejecutados en la utilización y gestión de recursos, bienes y operaciones institucionales. Pueden ser:

- Las auditorías financieras que son el examen de los estados financieros para expresar una opinión profesional sobre su razonabilidad,
- Las auditorías de desempeño que consisten en realizar exámenes a los proyectos, sistemas, operaciones, programas, actividades o entidades públicas,
- La auditoría de cumplimiento sirve para determinar si los aspectos significativos de las

operaciones, procesos, actividades cumplen con la normativa, disposiciones y estipulaciones contractuales identificadas como criterio,

- El servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad busca identificar posibles responsabilidades civiles, penales y administrativas funcionales,
- La acción de oficio posterior busca informar al titular de la entidad hechos con indicios de irregularidad.

Como podemos ver hay distintas maneras en las que se desarrolla el servicio de control posterior, por ejemplo, al hallar la razonabilidad de los estados financieros, o al realizar exámenes de desempeño sobre el desarrollo de proyectos en entidades públicas, o al verificar el cumplimiento de la normatividad y disposiciones, ya que todo ello podría permitir identificar irregularidades en la ejecución de proyectos y programas públicos. Bajo la descripción dada por la CGR se podría presumir que con la obtención de los resultados se lograría retroalimentar los procesos y actividades, ello en búsqueda de la optimización de los recursos y la prestación de servicios públicos, no obstante, este tipo de servicio permite incluso identificar responsabilidades penales, lo que consideramos podría ser un error, pues el derecho penal debería ser utilizado como la última medida para resolver un problema social por las consecuencias graves y afectaciones que podrían generar en la vida de un funcionario público.

2.1.5. Servicio de control específico a hechos con presunta responsabilidad

De las modalidades anteriormente vistas, son materia de este trabajo de investigación, los resultados del servicio de control específico a hechos con presunta responsabilidad, los informes de control, por lo que es preciso señalar lo establecido en la Resolución de Contraloría N° 134- 2021-CG (2021) se manifiesta que es la “intervención oportuna, puntual y abreviada, con el objeto de verificar la existencia de hechos con evidencias de presunta irregularidad e identificar las posibles responsabilidades civiles, penales o administrativas funcionales que correspondan”. Asimismo, se menciona que se garantiza el principio del debido proceso comprendido en el derecho de defensa que tienen los funcionarios y servidores, ya que se les otorga la oportunidad de presentar sus comentarios o aclaraciones, previo a la emisión del informe.

En suma podemos decir que los servicios de control son realizados para evaluar actos y resultados ejecutados por las entidades, son desarrollados por los órganos del SNC, estos servicios pueden ser de los siguientes tipos: previo, cuando se efectúan antes de la ejecución de operaciones de endeudamiento del Estado, contrataciones con carácter de secreto militar o

de orden interno, adicionales de obra y mayores servicios de supervisión; simultáneo, cuando se verifica o constata situaciones que afectan o pueden afectar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos de un proceso en curso, sus modalidades son visitas de control, orientación de oficio, control concurrente; y posterior, cuando evalúan los actos o resultados ejecutados por las entidades sujetas a control, a través de auditorías de cumplimiento, financiera y desempeño.

Sobre el servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad y su resultado, los informes de control, consideramos que las irregularidades detectadas no deben basarse únicamente en aspectos contables, ello en razón a que gran parte de los auditores de los órganos del SNC son contadores, quienes podrían no ser expertos en la gestión de la administración pública, así que es necesario realizar cambios en los procesos de auditorías para que los procesos de control están sujetos a reglas que garanticen la defensa de los derechos, precisión que es materia de estudio de la presente investigación, en la que se busca determinar si se cumple con ello.

2.1.6. Informe de control en el proceso penal

El proceso penal se extiende como puente entre el delito y la sanción, por ser el único medio de convertir la imputación en punición. En principio, sobre el proceso penal se manifiesta que es una “serie de situaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por posibilidades, expectativas, perspectivas y carga (naturaleza jurídica), concatenadas entre sí de modo ordenado (estructura) y destinada a la consecución de satisfacciones jurídicas (función), bajo la dirección del juez estatal” (Fairén, 1992, p. 43). En Perú el proceso común penal se encuentra dividido en tres etapas debidamente delimitadas: 1) la investigación preparatoria, 2) la etapa intermedia; y, 3) el juzgamiento. Si bien es cierto, los informes de control de la CGR, pasan por todas las etapas del proceso penal, es en la tercera etapa, el juzgamiento donde podemos ver su actuación y posterior valoración.

Inicialmente la naturaleza jurídica de los informes de control, era de prueba pre constituida. Sin embargo, desde el año 2014, en la Ley N° 30214 (2014) se considera que estos informes tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal, cuando son elaborados fuera del proceso penal y sirven para formular denuncia penal cuando un funcionario que esté en el ejercicio de sus atribuciones tome conocimiento de la realización un hecho punible, o podrán ser elaborados de manera simultánea con la investigación preparatoria y serán ofrecidos como elemento probatorio.

2.1.6.1. Investigación preparatoria

Un aspecto previo importante es señalado cuando menciona que en el CPP de 2004 “los actos de prueba son capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y los actos de investigación tienen la finalidad de darle al fiscal elementos de convicción suficientes para acusar o no” (Herrera, 2020, p. 457). En ese sentido, es pertinente señalar que la investigación preparatoria es “la etapa del proceso penal en la que se realiza una averiguación ágil y eficaz, pero respetuosa de las garantías instituidas a favor de los ciudadanos, de los presuntos responsables del delito, como fase previa al juzgamiento” (Rodríguez et al., 2012, p. 14). Es en esta etapa dirigida por el fiscal, en representación del MP, como titular de la acción penal, se determinará si la conducta incriminada es delictiva, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor, partícipes, víctima y la existencia del daño causado.

Ahora bien, el plazo para concluir esta etapa es de 120 días, prorrogable hasta por 60 días más. Será de 8 meses, en casos complejos, por ejemplo, cuando demanden la práctica de pericias sobre nutrida documentación o complicados análisis técnicos, cuando haya necesidad de actuaciones procesales en el extranjero o importen la revisión de la gestión de personas jurídicas o del Estado, como es el caso del tema de investigación. Finalizado este plazo o antes, el fiscal se pronunciará solicitando el sobreseimiento, cuando no pudiese configurar la pretensión punitiva, o caso contrario formulará acusación. De otro lado es pertinente señalar que se manifiesta que “estos informes tienen la calidad de pericia extra procesal institucional cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio”. CPP (2004).

En ese sentido, podemos ver que la etapa de investigación preparatoria consiste en la búsqueda de elementos de convicción que permitirán al fiscal, en representación del MP, como titular de la acción penal, decidir si formula o no acusación, a este punto se llega en el plazo máximo de 180 días o de 8 meses cuando se trate de casos complejos, es aquí cuando el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento, si no puede configurarse la pretensión punitiva o caso contrario formulará acusación.

En cuanto a los informes de control de la CGR, la norma establece que tienen la calidad de pericia extra procesal institucional cuando son elaborados al mismo tiempo de la investigación preparatoria, no obstante, en la práctica en los despachos fiscales, estos no son comunicados a los involucrados en los hechos, suele suceder que remiten este documento a un perito oficial el cual es designado por el mismo despacho fiscal, este perito emite una “segunda

pericia institucional”, siendo esta la pericia oficial que recién se pone en conocimiento de los sujetos procesales para que puedan ejercer su derecho de defensa, accionar que consideramos erróneo puesto que aunque el informe de control no sea insuficiente igual se procede a nombrar un nuevo perito para que practique una nueva pericia, creemos pertinente que quien debe aclarar o ampliar este informe es su autor, y que el momento oportuno para poner en conocimiento a los involucrados es antes de la emisión del informe de control, ya que no se debe prescindir de los descargos.

Cabe acotar que los actos de investigación no tienen el mismo nivel de garantías que los actos de prueba, ya que no se realiza bajo los principios como el de publicidad, contradicción, inmediación y oralidad, punto que desarrollaremos más adelante, para un completo entendimiento.

2.1.6.2. Etapa intermedia

Sobre esta segunda etapa del proceso penal (Sánchez, 2005, p. 111) señala que “La etapa intermedia comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento del proceso (art. 353°), o cuando el juez decide por el sobreseimiento del proceso (art. 347°)”. Esta etapa, desde la perspectiva del fiscal busca que solo vayan a juicio los casos idóneos para obtener una condena, desde la perspectiva de la defensa, busca que se realice un filtro de pruebas. Es dirigida por el Juez de Investigación Preparatoria, quien realizará un control formal y sustancial a la acusación, asimismo, es pertinente mencionar que en esta etapa se discute la admisibilidad de las pruebas.

En ese orden de ideas, los informes de control de la CGR, en esta segunda etapa podrán ser utilizados como elementos de prueba para respaldar la acusación, para que estos sean admitidos deben contar con los siguientes requisitos: 1) pertinencia, nexo entre el aporte y aquello que se pretende probar, 2) utilidad, cuando es adecuado para probar algo, 3) necesidad, cuando sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos, 4) conducencia, es la idoneidad del medio de prueba, es decir, que sea legalmente apto para su utilización. De otro lado, en un plazo de 10 días la defensa puede revisar las pruebas ofrecidas por el MP en su requerimiento acusatorio.

La etapa intermedia es la parte del proceso penal donde se dará el ofrecimiento y admisión de pruebas, el MP podrá presentar su acusación al juez cuando considere que tiene las suficientes pruebas para suponer que el imputado es culpable. Ahora bien, el tema que es materia de investigación son los informes de control de la CGR, en esta etapa serán elementos

de prueba que respalden la acusación, para ser admitidos necesitan ser pertinentes, útiles, necesarios e idóneos.

Respecto al plazo que tiene la defensa para revisar las pruebas ofrecidas por el MP consideramos que en casos complejos como lo son los delitos contra la administración pública, por ser casos en los que se tiene una gran cantidad de medios probatorios, mayoritariamente documentales, este tiempo resulta ajustado o insuficiente para revisarlos y formular observaciones, sobre las cuales no hay formalidad exigida como una oposición por escrito, de realizarse así se vulneraría el principio de igualdad de armas, ya que esto podría revelar parte de la estrategia de defensa, cuestión que no se le exige a la fiscalía respecto de lo ofrecido por la defensa, asimismo, se tiene un plazo pero no se menciona cuando es la oportunidad ni la forma para observar los medios probatorios ofrecidos por lo que cabe cuestionar si realmente se está respetando el principio de igualdad de armas.

2.1.6.3. Juicio oral

Sobre esta etapa final del proceso penal (Talavera, 2004) señala que el juicio oral es la fase principal del proceso penal debido a que es aquí donde se tiene que realizar la actividad probatoria que deberá sustentar la decisión sobre el fondo, esta etapa se rige por los principios de publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración. Comprende la preparación del debate, el desarrollo del juicio, la actuación probatoria, la formulación de los alegatos finales y la deliberación y emisión de sentencia. Esta etapa es conducida por el Juzgado Penal Unipersonal o el Juzgado Penal Colegiado.

Ahora bien, sobre los principios que rigen esta etapa, podemos encontrar en primer lugar el principio de contradicción, sobre el cual se menciona que “se sustenta en la posibilidad de que las partes puedan sustentar en juicio sus posiciones respecto de los cargos de imputación y de la prueba” (Sánchez, 2009, p. 176). Lo central del debate oral radica en la prueba y las argumentaciones parciales y finales sobre las mismas a efecto de generar convicción en el juzgador para su decisión en la sentencia.

Asimismo, sobre el principio de contradicción (Ramírez, 2005) postula que las partes pueden ofrecer pruebas que crean convenientes a su derecho, lo que permite equilibrio en el proceso, ya que ambas pueden refutar lo ofrecido o fortalecer su posición, esto es resultado del principio de contradicción. Este principio se encuentra como garantía constitucional del debido proceso, por lo que cada parte debe tener oportunidad razonable para tomar posición, pronunciarse, contradecir pruebas presentadas por la otra parte y ofrecer pruebas que

convenientes a su derecho, lo que se traduce en que ambas partes puedan fiscalizarse entre sí, esta tarea de inspección se desarrolla a lo largo del procedimiento probatorio, bajo estas afirmaciones podemos ver que si bien la carga de la prueba la lleva el MP, le corresponde a la parte imputada ejercer el control y vigilancia sobre el procedimiento probatorio.

En segundo lugar, tenemos el principio de igualdad de armas, por el que al amparo del Título Preliminar del CPP se garantiza que las partes tengan las mismas posibilidades de ejercer derechos y facultades reconocidos en la Constitución y las leyes ordinarias. Al respecto, se precisa que es esencial para la efectividad de la contradicción *“reconocer a las partes los mismos medios de ataque y de defensa, es decir idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”* (Cubas, 2017, p. 158)

Por otro lado, (Berbell y Rodríguez, 2018) señalan que este principio lo podemos visualizar en la etapa de juzgamiento, puesto que se tienen los mismos medios probatorios por ambas partes procesales, fiscalía y defensa técnica. Posición con la que coincidimos, ya que en la etapa de juzgamiento es cuando podemos ver a ambas partes procesales utilizando medios de prueba que han llegado a esta etapa, con la finalidad de demostrar la culpabilidad o inocencia del imputado, sin embargo, la presente investigación ha detectado que particularmente en los delitos de negociación incompatible y colusión, no se cumple, pues se le ha otorgado una naturaleza jurídica a los informes de control que estaría transgrediendo este principio.

En ese orden de ideas, podemos ver que esta etapa del proceso penal es donde se realizará la actividad probatoria sobre la cual se sustentará la decisión sobre el fondo, por lo que resulta importante no la cantidad de pruebas de las partes sino la calidad de estas, pues de estas dependerá el juicio del juez. Por lo que podemos concluir que los informes de control de la CGR en esta etapa son considerados pruebas, y su actuación debe efectuarse con respeto de los derechos y principios fundamentales de las partes.

De otro lado, la naturaleza jurídica de los informes de control se les ha otorgado desde el año 2014, en el caso de Arequipa, desde el año 2019 vendrían siendo usados como pruebas privilegiadas en el juicio oral en los delitos de negociación incompatible y colusión seguidos en contra funcionarios públicos, ello por su calidad de pericias institucionales extraprocesales, que se presume podrían estar vulnerando dos principios procesales penales, como lo son: igualdad de armas y contradicción.

La parte que nos compete es la actuación probatoria, puesto que consideramos que dos de los principios que rigen esta etapa, el principio de contradicción e igualdad de armas,

quedaría solo en la norma y no en la práctica, toda vez que las partes deberían poder sustentar sus posiciones respecto de los cargos de imputación y de la prueba, sin embargo, no se da la posibilidad de desarrollar un debate pericial entre los autores de los informes, ni de nombrar peritos de parte, tampoco de presentar un informe pericial de parte, la vulneración de este principio también se traduce en una vulneración al principio de igualdad de armas, toda vez que ambas partes procesales no tienen la mismas oportunidades.

2.2. La prueba pericial

2.2.1. Concepto

Diversos autores han desarrollado definiciones sobre la prueba pericial, entre ellos podemos advertir que el jurista alemán (Mittermaier, 2004) señala que cuando en una causa criminal se requiere la intervención de peritos cuando se presentan cuestiones en las que se requiere el examen de hombres de conocimientos facultativos y especiales.

En esa misma línea (Armenta Deu, 2021) añade que estos hombres con conocimientos científicos o artísticos especializados asisten al juez con su dictamen ya que el juez carece de dichos conocimientos.

Por su lado, los autores (Arocena, Balcarce y Cesano, 2014) incluyen en su definición la finalidad de la prueba pericial señalando que se realiza cuando se requiere tener conocimientos especiales en alguna técnica, arte o ciencia. Añade (Sánchez, 2009) que el resultado de los trabajos de estos peritos son los informes periciales que se incorporarán al proceso penal en la etapa de juicio oral mediante su declaración que contendrá las conclusiones de su informe.

En ese orden de ideas podemos ver que la importancia de la pericia es que sea llevada a cabo por un experto que adicionará al juez conocimientos de los que carece, la pericia como resultado del trabajo del perito, se manifestará en un informe cuyas conclusiones serán expuestas en la etapa de juicio oral del proceso penal

2.2.2. Estructura de la prueba pericial

Resulta pertinente visualizar los momentos de la prueba pericial contenidos en el CPP, el mismo que divide en tres momentos, el primero contenido en el Art. 177 que hace referencia al reconocimiento pericial cuya principal característica es evitar la desaparición de hechos que serán materia de la pericia, por lo que su momento en el proceso penal se da en la etapa de investigación preparatoria, asimismo, este artículo precisa la importancia del contradictorio que

se manifiesta con la comunicación al imputado, quien podrá designar peritos de parte 5 días después del nombramiento del perito oficial.

El segundo momento de la prueba pericial, es el dictamen pericial, está contenido en el Art. 178 del CPP, cuyo contenido es la descripción de objeto peritado, las operaciones practicadas, sus resultados y las conclusiones a las que se arribó, asimismo se apertura la posibilidad de que en caso de ser insuficiente se pueda disponer su ampliación por el mismo perito u otro de considerarse necesario.

El tercer momento, acontece en la etapa de juicio oral, se trata del examen de peritos, en el que se desarrolla la contradicción de las partes, realizando y absolviendo preguntas, cuestionamientos y observaciones. La excepción a la concurrencia del perito autor de la pericia al juicio oral se encuentra normada en el Art. 181 del CPP, cuando se tratan de pericias institucionales, se designa a un miembro de la institución.

En esa línea de revisión de los citados artículos podemos advertir que en el inciso 3 del Art. 181, se precisa que el debate pericial es obligatorio cuando exista pericia de parte.

Sobre la estructura de la prueba pericial podemos identificar 3 momentos: el reconocimiento pericial, el dictamen pericial y el examen de peritos, estos momentos los podemos identificar en el desarrollo de las etapas del proceso penal, en el que se pretende materializar la contradicción de este tipo de prueba, en la etapa de investigación preparatoria con el traslado para su conocimiento al imputado y en el juicio oral cuando se tiene una pericia de parte, siendo el desarrollo del debate pericial obligatorio, sin embargo, se advierte una excepción, en el caso de las pericias institucionales no necesariamente concurre el autor de la pericia, pudiendo ser sustituido por otro miembro de la institución a la que pertenece.

2.2.3. Contenido del dictamen pericial

El autor (Echandía, 1993) precisa que el dictamen de los peritos contiene las siguientes partes: descripción de los hechos u objetos examinados basado en el encargo judicial, asimismo podría contener muestras, formas y procedimientos que fueron utilizados, los que podrán ser consultados o encomendadas a terceras personas quien explicara sus métodos, es decir, todo aquello que establezca la aplicación de conocimientos especiales requeridos, finalmente se establecerán las conclusiones a las que se arribaron, sus razones técnicas y la fuerza argumentativa, este dictamen debe ser elaborado y firmado por los expertos que lo desarrollaron no por otras personas.

2.2.4. Clasificación de la prueba pericial

Según su origen los peritos pueden ser de parte o de oficio (Burgos y Rojas, 2004) señalan que los primeros no están adscritos a la administración de justicia mientras que los segundos son funcionarios que laboran en el Poder Judicial. Además, los autores brindan una segunda clasificación, según su elección, encontrando dos categorías: peritos de oficio nombrados por el juez de oficio o a petición de parte y los peritos de parte determinados por el juez cuya característica es que la costa y propuesta es de la parte que lo propone.

Ahora bien, el Art. 173. 1 del CPP señala que la designación del perito es labor del juez, sin embargo, en el Art. 177 del CPP se precisa que no es necesaria una designación expresa cuando la labor pericial es encomendada a una institución especializada como lo son algunos organismos técnicos que tenemos, por ejemplo, el Sistema Nacional de Control, en cuyo caso será denominada pericia institucional.

Del contenido del CPP en lo referido a la pericia de parte y de oficio podemos hacer una distinción, los primeros son elegidos y pagados por las partes mientras que los segundos son nombrados por los jueces, aunque esta distinción parece simple, en el plano de la práctica se hace notar que el perito oficial tiene mayor valor probatorio que el perito de parte pues este realiza su actividad por un pago de la parte, asimismo, se asume que un perito oficial es imparcial por la forma en la que ha sido seleccionado, pues es una extensión o auxiliar del juez, en contraposición se cree que el perito de parte es parcial, dejando de lado la importancia de este medio prueba, pues la calidad de la pericia va más allá de la forma de selección.

2.2.5. Actuación probatoria de las pericias

El autor (Arbulu, 2012) refiere que la actividad probatoria puede definirse como un conjunto de declaraciones de voluntad, de conocimiento o intelectuales, reguladas legalmente y producidas por los que intervienen en el proceso, con la finalidad de adquirir conocimiento sobre el objeto procesal y sus consecuencias.

Para (Pantoja, 2023) la actuación probatoria está considerada como una categoría dentro del orbe investigativo que tiene como finalidad confirmar o desvanecer acusaciones, que en su debido momento se convertirán en elementos o indicios de convencimiento sobre la existencia del delito y culpabilidad del imputado, o caso contrario, ocasionará dudas o el convencimiento sobre de la existencia de un delito o de la participación del procesado y por ende se tendrá una sentencia absolutoria.

De las definiciones mostradas líneas arriba tenemos que la actuación probatoria en el

proceso penal se desenvuelve en base a la evaluación de las pruebas en su conjunto, mediante la confrontación y contrastación de elementos probatorios, en búsqueda de obtener la más acertada elaboración sobre los hechos sobre los que se desarrolla el proceso, es por ello que no se pueden tomar las pruebas de forma aislada, y deben ser apreciadas como un todo, buscando llegar a la mayor certeza posible.

De acuerdo al CPP (2004) en sus artículos N° 172 al 181 podemos encontrar alcances generales sobre las pericias, las cuales trataremos de resumir a continuación: 1) procedencia, esta se da para la explicación y mejor comprensión de algún hecho que requiera conocimiento especializado o de experiencia calificada. 2) nombramiento, la labor pericial se puede encomendar al SNC. 3) procedimiento de designación y obligaciones, en la disposición o en la resolución de nombramiento encontrará el problema, el plazo para la entrega del informe y sus honorarios. 4) impedimentos, se tiene las causales del Art. N° 165, numeral 1 y 2 del CPP, estos pueden ser que la persona que haya sido nombrada perito de parte en el mismo proceso o en otro conexo, de igual manera quien esté suspendido o inhabilitado o quien haya sido testigo del hecho, todas estas serán causales para tacharlo y será subrogado, lo que no impide la presentación del informe pericial. Además, el perito tendrá acceso al expediente y demás evidencias por lo que deberá guardar reserva.

Asimismo, las otras disposiciones que podemos encontrar en el CPP versan sobre los peritos oficiales, estos podrán emitir un informe que contenga su identificación, la descripción de la situación o el estado de hechos, la exposición de lo probado, la motivación del examen técnico, la indicación de criterios científicos o técnicos, médicos y reglas que se usaron para el examen, las conclusiones, la fecha, sello y firma. Este no puede contener juicios sobre la responsabilidad penal del imputado.

Respecto del perito de parte, será designado dentro del quinto día de notificado u otro plazo que acuerde el Juez, por los sujetos procesales; este podrá presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer observaciones y dejar constancias, como producto de su labor emitirá un informe el cual contendrá lo establecido para los informes de los peritos oficiales y podrá contener un análisis crítico de la pericia oficial.

Finalmente, en cuanto al examen pericial, éste se orientará a tener una mejor explicación y cuando se trate de un dictamen pericial emitido por la CGR u otra entidad especializada, el interrogatorio podrá entenderse con el perito designado por la entidad. De igual manera, en el caso de informes periciales discrepantes se podrá promover, incluso de

oficio, en el curso del acto oral un debate pericial. Y se dará un debate entre el perito oficial y el de parte cuando exista un informe pericial de parte con conclusión discrepante.

La pericia como medio de prueba busca información basada en conocimientos especiales (científicos, artísticos o técnicos). En el CPP podemos ver en el Art. N° 378 que cuando nos encontramos en el juicio oral, el perito comparece y da su testimonio en forma directa mediante examen directo y contra examen, este no puede ser reemplazado, sustituido o complementado por declaraciones previas contenidas en acta o en informe pericial escrito, salvo casos excepcionales. La estructura que sigue el examen directo del perito inicia con la acreditación, momento en el que se busca dar motivos al juzgador para que le crea, por lo que dirá el conocimiento en concreto sobre el tema, donde trabaja, qué cargo desempeña, lo que ha escrito sobre el tema, otras ocasiones en las que ha testificado, etc.

En cuanto a la estructura temática, su relato girará en torno a los procedimientos que ha usado para llegar a las conclusiones. Sobre el lenguaje especializado, puede usar términos científicos de su área de conocimiento, los que deberá explicar en términos comunes. Sobre el contra examen tiene como objetivo tachar la credibilidad del perito, salvar los aspectos positivos, obtener información favorable para probar alegaciones. Las reglas son las mismas que las reglas que tienen los testigos.

Incorporando los alcances hallados en la norma podemos ver que la pericia procede cuando es necesario tener conocimientos especializados sobre un tema, lo que hace necesario recurrir a una determinada persona con estos conocimientos, esta persona será un perito, y se volverá órgano de prueba, este será un apoyo de la parte y de su teoría del caso, lo que resulta cuestionable pues dejaría de lado la objetividad que en teoría debe primar. En adición a lo anterior, la pericia tiene 2 fases, la primera es su elaboración y presentación del informe y la segunda es la declaración, como hemos podido ver esto se encuentra regulado en los Art. 172 al 181 y 378 del CPP, a pesar de tener 2 momentos, la prueba pericial es única.

El tratamiento que se le da a la prueba pericial es el mismo que se le da a la prueba testimonial. La declaración pericial se da en base al contenido del dictamen, este no debería sustituir a la declaración como órgano de prueba y por ende postulamos que el dictamen pericial no se debe proponer como prueba pericial ya que de ser así se prescindirá de la fase fundamental, la declaración, y en consecuencia la afectación del principio de contradicción, y de igualdad de armas, en ese orden de ideas, los fiscales deben ofrecer la declaración del perito como medio probatorio ya que es importante que se examine y contra examine a este órgano

de prueba, ya que los peritos declaran para explicar el contenido de su informe y las conclusiones, no para leer su documento.

Sobre lo expuesto, en cuanto a los informes de la CGR, cabe cuestionarse si estos se pueden equiparar con la prueba pericial, pues son elaborados por los auditores de la CGR no por designación del Poder Judicial. Asimismo, este órgano de control no puede estar sometido al mandato imperativo del Poder Judicial o del Ministerio Público, porque como ya hemos expuesto esta entidad es autónoma, asimismo este informe se elabora como una facultad dada por la Constitución.

De otro lado, la sustentación de estos informes consideramos que debe ser por quien o quienes fueron los autores, ya que son quienes tienen conocimientos del caso, puesto que el permitir que otros funcionarios comparezcan da la posibilidad a que estos no puedan dar la información específica necesaria, lo que generará que se vuelva a citar al autor, lo que en el plano práctico puede tomar meses, esto dilata el proceso y permite que el plazo de investigación o el plazo razonable y celeridad que debe tener el juicio oral pueda vencer.

Ahora bien, si el informe de control tiene consistencia, pone al fiscal y al juez en la posición de creer que es cierto todo lo que se dice si nadie lo contradice, sin embargo, no hay oportunidad de contradecirlo, pues al ser un tipo de pericia especial no se ha establecido ninguna formalidad y oportunidad para hacerlo. En ese orden de ideas, el informe de control está compuesto de las copias de los documentos de trámite de gestión de las entidades, no obstante, hay información que no se halla en estos documentos de gestión, por ejemplo, documentación aduanera, la contabilidad de entidades estatales o privadas que estarían incursas en un procedimiento de adquisición, donativos destinados a poblaciones vulnerables, etc.

2.2.6. Valoración probatoria

Tomando como premisa lo señalado por (Aguilar, 2015) la presunción de inocencia se encuentra reconocida en la Constitución peruana, como el equilibrio entre el ejercicio del “ius puniendi”, potestad sancionadora del Estado, y la libertad y dignidad del imputado, asimismo la condena penal afecta de manera grave la vida del imputado por lo que la sentencia debe estar debidamente motivada, y en atención al principio de verdad material, la sentencia condenatoria debe fundarse en la convicción del juez de la responsabilidad del acusado en base a los elementos probatorios aportados al proceso y valorados libremente. Por lo que, para dar una sentencia condenatoria el tribunal debe tener certeza del hecho delictivo y de la responsabilidad penal del acusado, caso contrario deberá absolver.

Bajo esa premisa, la valoración probatoria es “la percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”. (Nieva, 2010, p.24). En ella se ubican las máximas de la experiencia y la motivación judicial de las resoluciones. En la actualidad la valoración de la prueba exige: 1) la no exclusión de prueba alguna para la solución del caso, de aquellas pruebas que son esenciales para la decisión judicial, 2) su valoración de forma individual y conjunta, el valor final del medio probatoria se da en su valoración conjunta previa valoración una por una, 3) rescate a su fiabilidad y valor de aquellos medios, el medio probatorio debe ser creíble, válido, objetivo o si se ha obtenido de manera racional, y 4) deben ser formuladas a partir de la ciencia, la lógica y las máximas de experiencia, es decir que un determinado hecho se manifieste de manera constante y repetida.

De lo anteriormente expuesto podemos ver que son las pruebas, las encargadas de crear certeza, indistintamente de la parte que la ofreció, pues esta no tiene como fin beneficiar a alguna de las partes, sino que el benefactor directo es el proceso en sí mismo. Las partes pueden ofrecer las pruebas que consideren beneficiosas a su derecho, sin embargo, el resultado de esta actividad se desprende del poder de la parte que ofreció, pues se introduce al sistema procesal. En Perú nos encontramos ante un sistema de valoración de la prueba libre la cual debe realizarse de todas aquellas que hayan sido presentadas en manera individual y conjunta, estos medios probatorios deben ser creíbles, válidos, objetivos y racionales y deben sustentarse en las reglas de la sana crítica, es decir, la lógica, las máximas de la experiencia o conocimientos científicos.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, pese al carácter oficial y la presunción de veracidad que tienen los informes de la CGR, el juez debe considerar que no estamos en un sistema de prueba tasada, por lo que estos informes no deberían tener valor probatorio especial ni deberían conducir al fiscal a presentarlos como prueba de cargo suficiente que avale su tesis inculpativa, por lo tanto, la defensa debería poder presentar pruebas que cuestionen el valor probatorio de los informes.

2.2.7. Criterios judiciales sobre el informe como pericia

2.2.7.1. Naturaleza jurídica de los informes de control

Inicialmente a través del Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, se establece como precedente vinculante al noveno fundamento de derecho, mediante el que se señala que las partes tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente siempre y cuando se tenga que cuenta las características de la prueba pericial institucional y

que los principios deban adecuarse a la realidad social, es decir, que la concurrencia continua de los peritos oficiales impediría la eficacia de sus funciones puesto que se dedicarían a concurrir al órgano judicial y dejarían de lado su labor de auxilio judicial, asimismo el acuerdo plenario reconoce que este tipo de pruebas se puede impugnar, en cuanto al aspecto fáctico se puede cuestionar la falsedad, para cuyo caso es indispensable la concurrencia de los peritos, y en cuanto al aspecto técnico se puede cuestionar la inexactitud, en este caso bastará el análisis integral del dictamen pericial o con una pericia de parte.

En el fundamento quinto del Recurso de Casación N° 1004-2017/Moquegua, se precisa que se puede cuestionar este tipo de informes mediante una pericia de parte y que la ampliación o la aclaración deben hacerla los auditores gubernamentales y no debe usarse una pericia contable realizada por peritos del Repej, además el cuestionamiento a estas pericias procesales institucionales debe hacerse a solicitud de las partes o del órgano jurisdiccional.

En el tercer fundamento de derecho del Recurso de Casación N° 553-2018/Lambayeque, se señala que las pericias procesales institucionales emitidas por instituciones oficiales pueden ser impugnadas cuando el perito comparece al juicio, ello en atención al onceavo fundamento del Acuerdo Plenario 4-2015-CIJ-116, sin embargo, se reconoce que se exceptúa a las pericias procesales que no hayan sido objeto de observación, por ser mayormente compuestos por documentos

En la Casación N° 817-2020-Piura, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece que el informe de la CGR por ser pericia institucional, debe someterse al trámite contenido en el inciso 1, del artículo 180, del CPP, es decir, se podrían presentar observaciones a dicho informe ello en atención a los principios de contradicción y de igualdad de las partes, asimismo se precisa que en el juicio debe primar el principio de contradicción lo que se logra con el examen de los peritos y se manifiesta toda vez que tienes la oportunidad de cuestionar el informe de control y cuando puedes presentar una pericia de parte

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que en el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116 se había establecido como precedente vinculante la posibilidad de que las partes puedan solicitar la presencia de los peritos de la CGR para el examen correspondiente, sin embargo, se hizo la salvedad de que la concurrencia continua de los peritos interrumpiría el cumplimiento de sus funciones, posición con la que no nos encontramos conformes puesto que creemos que la persona idónea para sustentar un documento es su propio autor.

De otro lado se reconoce que se puede impugnar este tipo de pruebas tanto en el aspecto fáctico y técnico, cuando se trate del aspecto fáctico se precisa que es indispensable que concurren los peritos y cuando se trate del aspecto técnico señalan que basta un análisis integral de informe u ofrecer una pericia de parte, al respecto consideramos que tanto para las observaciones al aspecto fáctico y técnico es necesario desarrollar un debate pericial o en su defecto dejar de considerar a los informes como pericias, esta posición se apoya con lo señalado en el recurso de casación N° 553-2018/Lambayeque, toda vez que precisa que se deben exceptuar de impugnación a las pericias procesales que no hayan sido objeto de observación por estar compuestas en su mayoría de documentos.

Finalmente en el Recurso de Casación N° 1004-2017/Moquegua se precisa que el cuestionamiento de las pericias procesales institucionales debe hacerse a solicitud de las partes o del órgano jurisdiccional, posición con la que nos encontramos de acuerdo y es reafirmada por la Casación N° 817-2020-Piura, ya que precisan que en atención a los principios de contradicción e igualdad de armas se debe permitir el examen de los peritos y cuestionar el informe de control con una pericia de parte, nuestra posición va a favor de lo precisado en estas dos casaciones pues ambos principios deben prevalecer y para hacerlos cumplir se deberá contar con una pericia de parte o permitir el cuestionamiento de este tipo de pericia

B. Delitos contra la administración pública hallados en los pronunciamientos jurisdiccionales de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa

B.1. Peculado

Citando a (Salinas, 2009, p. 404 y 405) el delito de peculado etimológicamente proviene de dos palabras latinas: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto; lo que significaría “hurto de ganado”, ya que, en el antiguo comercio de Roma, el ganado era el bien con mayor precio. Con el pasar de los años, la palabra peculado ha sido adoptada por las ciencias jurídicas hasta formar la frase *Criminis Peculatos*; haciendo referencia al hurto de dinero o bienes públicos, siendo esta última la que quedaría hasta nuestros días.

Por su lado, (Cabrera, 2016, p. 380-383) señala que los delitos de peculado causan daños graves a la nación, debido a que el bien jurídico perjudicado es el desarrollo socio – económico, generando la desconfianza de la sociedad en la institucionalidad democrática y teniendo como consecuencia el retraso en el progreso de los pueblos para llegar a conseguir una mejor calidad de vida.

Ahora bien, (Salinas, 2009, p. 406-407) apunta que tenemos 2 modalidades de peculado: culposo y doloso, el primero ocurre cuando el funcionario o servidor público, imprudentemente o por no cumplir con la obligación del cuidado del bien beneficia la utilización de un bien estatal, mientras que el segundo se da cuando el servidor o funcionario público en provecho propio o para un tercero, se apropia o utiliza, de cualquiera forma el caudal o efecto público que tiene en resguardo.

En el Recurso de Nulidad N° 162-2020/Santa, la Corte Suprema señaló que los informes de control de la CGR no cumplen el estándar probatorio más allá de toda duda razonable para acreditar la apropiación de caudales, debido a que el auditor que acudió al juicio oral señaló que su función fue solo calificar si se trataba de una falta administrativa o un delito, no corroborar o verificar los hechos, puesto que esa era la función de los auditores, haciendo notar la vulneración del principio de igualdad de armas

Asimismo, en el Exp. N° 00637-2018-PHC/TC Loreto, podemos ver que la accionante cuestiona que no se haya valorado la prueba pericial contable solicitada por la parte y se tomó como válido el informe emitido de CGR, el mismo que fue realizado sin recibir descargos, por ende, no se respetó el principio de contradicción e igualdad de armas, en este expediente el Tribunal Constitucional admite a trámite la demanda de hábeas corpus.

En ese sentido podemos ver que el delito de peculado consiste en el aprovechamiento de un funcionario o servidor público de un bien estatal para sí mismo o para un tercero, pudiendo considerarse este delito doloso o culposo, sin embargo, no entendemos la distinción ya que el injusto penal se da de la misma manera, sin embargo, tienen penas distintas,

Por otro lado, en la jurisprudencia nacional sobre el delito de peculado se determinó que los informes de control de la CGR no cumplen el estándar probatorio ya que el auditor que acudió al juicio oral señaló que solo debía verificar si se trataba de una delito o una falta administrativa, no verídico o corroboro hechos, justificándose en que esa era la función de los auditores, asimismo, se tiene que se emiten informes de control sin recibir descargos, lo que evidenciaría que se estaría vulnerando el principio de contradicción e igualdad de armas.

B.2. Negociación incompatible

Sobre este delito (Reátegui, 2017, p.893) señala que es una forma de corrupción

gubernativa que comete intencionalmente el funcionario o servidor público para “arreglar” ilícitamente las relaciones contractuales u otro tipo de operaciones comerciales en donde el funcionario intervenga por razón de su cargo.

Por su lado, (Guimaray, 2016) precisa que lo incompatible de una negociación radica que esta tiene como razón de ser el interés particular del funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden, como, por ejemplo, la transparencia en los contratos y operaciones comerciales donde el Estado actúa como parte.

Mientras que, (Castillo, 2015) apunta que en el derecho comparado se sostiene que este delito carece de utilidad práctica pues no hay casos con sentencias trascendentes, esta realidad dista del panorama peruano, pues el MP imputa este delito solo o junto con otros delitos, teniendo muchas veces sentencias condenatorias.

En el Recurso de Casación N° 146-2021/Ayacucho, se evidencia que hubo un defecto en la motivación pues se prescindió de los anexos del informe de control actuado, aun cuando las normas de auditoria gubernamental, establecen que el informe de control está compuesto por los anexos pues son su sustento.

En el Exp. N° 1104-2020-PHC/TC, 28 de mayo del 2020, el Tribunal Constitucional señala que la CGR se limitó a verificar hechos sustentados en documentos sin realizar una contrastación de dichos documentos con una ocurrencia física de hechos.

En ese sentido, en primer lugar, tenemos que el delito de negociación incompatible se produce cuando un funcionario publica directa o indirectamente se interesa indebidamente en su favor o de un tercero aprovechando su cargo sobre un contrato u operación. Coincidimos con la posición de Castillo al señalar que en Perú este tipo delito es imputado frecuentemente por el Ministerio Publico, teniendo muchas veces sentencias condenatorias. Respecto a la jurisprudencia nacional en expedientes sobre este delito tenemos que se prescinde de los anexos de los informes de control o no se llegan a contrastar con los hechos, situaciones que advierten la vulneración del principio de igualdad de armas.

B.3. Colusión

Sobre la colusión Aycho (2013, p. 1) señala que es el “convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina, con el objeto de defraudar o perjudicar a alguien”, precisa además que se trata de un sinónimo de concertación, pues consiste en

ponerse de acuerdo con los interesados en lo que no está permitido por ley, inicia con tratativa y al realizarse se defienden intereses de la administración pública, pero para ser indebida debe contener el elemento de fraude.

El autor (Reátegui, 2024, p. 999-1000) define al delito de colusión como “una vulneración por parte de los funcionarios públicos que intervienen en el negocio estatal, ya sea por razón de su cargo o por comisión especial, de sus deberes inherentes al cargo o encargo confiado. Estos se valen de las atribuciones que se les confiere, para sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales, por sus pretensiones e intereses particulares”.

Los autores (García y Torres, 2019) conceptualizan el delito de colusión y como esta se encuentra inmersa dentro de las contrataciones públicas, llamándolas así mafias o carteles de las contrataciones, términos que resultan fuertes pero que debido a la modalidad en que se comete este delito, resulta razonable llamarlo así.

En el Exp N° 04572-2022-PHC/TC –Piura el Tribunal Constitucional precisa que, pese a que el fiscal tenía el informe de control y un informe pericial oficial contable intra penal nombrado por el mismo, en el que se concluyó que no hubo una sobrevaloración, solo tomo en cuenta el informe de CGR.

De otro lado, en el Exp. N° 04149-2022-PHC-TC Lima Este, el Tribunal Constitucional precisa que la defensa del acusado pudo ejercer el contradictorio en el proceso, lo que se traduce en la no vulneración del derecho de defensa del proceso y el principio acusatorio.

De lo señalado por los autores podemos ver que la colusión consiste en concertar, convenir de manera clandestina, por parte de funcionarios públicos, los mismos que se valen de las funciones que tienen conferidas para sustituir ilícitamente los intereses del estado por sus intereses particulares, coincidimos con García y Torres cuando señalan que se tratarían de mafias o carteles, por la modalidad en la que se desarrolla este delito, sin embargo, de lo plasmado en la jurisprudencia nacional existen casos en los que solo se toma en consideración el informe de control a pesar de contar con otra pericia que concluya lo contrario, vulnerándose así el principio de igualdad de armas, y notamos la importancia que tiene el desarrollo del contradictorio en los procesos para garantizar el respeto al ejercicio de derecho de defensa y el principio de contradicción.

B.4. Enriquecimiento ilícito

El autor (Sabino, 2024) precisa que este delito se da cuando un funcionario incrementa de manera sorprendente su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones, que posteriormente no puede llegar a demostrar y sustentar con sus ingresos, esta falta de sustento contradeciría su declaración jurada de bienes y rentas. Por otro lado, (Mayer, 2024) sostiene que ese delito es incompatible con nuestro ordenamiento pues se invierte la carga de la prueba, lo que vulneraría el principio de presunción de inocencia, ya que le correspondería al funcionario demostrar la licitud de su incremento patrimonial, afirma incluso que ello es inconstitucional.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 02217-2019-HC/TC Lima Este, se precisa que el acusado demostró el origen lícito de su patrimonio ante la CGR acreditándolo con documentación (contratos, facturas, boletas, documentos de herencia), sin embargo, la CGR no adjunto esa documentación a la denuncia que interpuso, solo acompañó declaraciones, pero no los medios probatorios de descargo.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la sentencia de casación N° 2097-2019-Lima se determinó que la carga de la prueba en este delito le corresponde al imputado, así mismo se identifican inconsistencias en la pericia oficial y errores técnicos advertidos que no se habían levantado, este caso tomó relevancia para esta investigación pues el proceso inicia por un proceso de fiscalización que estuvo a cargo de la CGR.

En ese orden de ideas, podemos ver que este delito trata del incremento patrimonial descomunal que el funcionario no puede llegar a sustentar, coincidimos con lo precisado por Mayer toda vez que hemos podido detectar que para este delito se da la inversión de la carga de la prueba, situación que vulnera el principio de presunción de inocencia pero no solo ello, sino que además en la jurisprudencia nacional identificamos la vulneración al principio de igualdad de armas toda vez que en el informe de control no se adjuntan los descargos brindados por los imputados. Asimismo, se evidencian errores e inconsistencias no subsanadas en pericias técnicas y oficiales, lo que denota afectaciones al principio de contradicción e igualdad de armas.

2.2.8. Problemas actuales

A lo largo del desarrollo de este capítulo hemos podido advertir distintos problemas y cuestiones que surgen dada la naturaleza jurídica de los informes de la CGR en las etapas del proceso penal, los cuales trataremos de sintetizar a continuación:

1) El control gubernamental en el Perú se desarrolla con un plan de acción sobre el uso de fondos públicos, el cual involucra supervisar, revisar, verificar y sancionar el mal manejo de estos recursos del Estado, por lo que es preciso señalar que este plan de acción debe desarrollarse en el marco de la legalidad con el respeto de los derechos dentro de cualquier tipo de proceso.

2) El SNC como encargado de realizar el control gubernamental del Estado está dotado de atribuciones como por ejemplo el poder determinar presuntas responsabilidades civiles, administrativas y penales de los funcionarios y servidores lo que le da la apariencia de ser juez y parte a la vez, lo que resulta perjudicial en atención a las sanciones gravosas en las que se puede concluir.

3) La CGR como ente rector del SNC desarrolla acciones de control, pues estas se encuentran en sus atribuciones, sin embargo, los sujetos sobre los que se realizan estas acciones podrían estar en un estado de indefensión de algunos derechos que poseen ya que estas investigaciones vulneran derechos y principios de los imputados

4) Dentro de los servicios de control que desarrolla la CGR, podemos encontrar el control posterior y entre sus modalidades tenemos a los de control específico a hechos con presunta responsabilidad, producto de esta modalidad se emiten los informes de control, los cuales numerosas veces están basados en irregularidades basadas en aspectos contables, ya que gran parte de los auditores del SNC son contadores, que no necesariamente son especialistas en gestión pública.

5) Estos informes de control, se integran al proceso penal cuando son detectadas presuntas responsabilidades, y tienen un tratamiento distinto a lo largo de las 3 etapas que lo compone, en la etapa de investigación preparatoria, son considerados elementos de convicción, y tiene la calidad de pericia extraprocesal institucional cuando son elaborados en simultáneo con la investigación, el problema que se presenta en esta etapa se da en la práctica, ya que los fiscales no comunican a los investigados el informe en cuestión, lo que hacen es remitir el informe a un perito oficial designado por el mismo despacho, y es esta segunda pericia institucional la que se pone en conocimiento del investigado para que pueda ejercer su derecho de defensa, sobre lo cual consideramos que quien debe aclarar es su autor. Asimismo, se debe dejar claro que los actos de investigación no se desarrollan bajo los principios que rigen a los actos de prueba.

6) En la etapa intermedia, los informes de control son elementos de prueba del fiscal

que respaldan su acusación, se otorga un plazo de 10 días a la defensa para revisarlos sin embargo, muchas veces son compuestos de una gran cantidad de documentos, por lo que el tiempo otorgado resulta insuficiente o ajustado para revisarlos y formular observaciones, asimismo, no existe una formalidad para hacerlas, sobre lo que se debe tomar cuidado toda vez que una oposición por escrito supone revelar parte de la estrategia de defensa, situación que no se le exige al fiscal, y podría generar una afectación al principio de igualdad de armas.

7) En la etapa final del proceso penal, el juicio oral, se llevará a cabo la actividad probatoria y posterior valoración, respecto de los informes de control, en esta etapa son considerados pericias extraprocesales institucionales, sin embargo, en la norma procesal penal no se establece el momento de actuación de estos por lo que consideramos que se debe aplicar las reglas generales contenidas en el CPP en los artículos 172 al 181 y 378. El problema que podemos ver en esta etapa se da porque no se cumple ninguno de los aspectos desarrollados en el CPP, asimismo, uno de los principios que rige esta etapa es el principio de contradicción, el que vemos afectado toda vez que los apartados de la norma procesal dan la posibilidad de nombrar un perito de parte, desarrollar un debate pericial, tachar peritos, situaciones que en la práctica en procesos de los delitos de negociación incompatible y colusión no se da.

8) De otro lado, los peritos de parte, tiene la facultad de presenciar las operaciones del perito oficial, hacer observaciones y dejar constancias, supuesto que no se cumple, puesto que la labor del perito institucional ocurre en la mayoría de los casos antes del inicio del proceso penal, son excepcionales los casos en los que la CGR emite informes de control a solicitud del MP.

9) Ahora bien, en la actividad probatoria se da la confusión sobre si el dictamen pericial y la declaración del perito, son dos medios probatorios distintos, lo que no es así, la prueba pericial es solo una, ya que el hecho de proponer como prueba al dictamen genera prescindir de lo fundamental, la declaración, lo que también genera la afectación del principio de contradicción, así como el de inmediación y oralidad, bajo estos principios, la prueba pericial debería ser en todos los casos examinada y contra examinada.

10) Si nos encontramos en el supuesto de un error fáctico como lo es una presunta entrevista entre el funcionario de la CGR y el imputado, podría la defensa solicitar hacer comparecer al juicio oral al mismo funcionario de la CGR que elaboró el informe, pero por aplicación del Art. 201-A, podría comparecer otro designado por la entidad estatal, de ser así se podría resaltar el carácter indirecto del informe, y sería factible poner en duda su eficacia

probatoria.

11) Por otro lado, no encontramos en ninguna fuente del derecho la oportunidad para contradecirlo ni una formalidad para hacerlo, asimismo, este informe de control al estar compuesto de copias de documentos de gestión administrativa, hay más información que no se encuentra en estos documentos.

12) Finalmente en cuanto a la valoración de la prueba, en Perú nos encontramos ante un sistema de libre valoración que los informes de control por su naturaleza jurídica tienen la apariencia de ser privilegiadas, sobrevaloradas ya que se predispone al juez a considerar que solo los miembros de la CGR son expertos en el manejo de recursos públicos y los únicos que conocen estas normas.

13) La jurisprudencia que se ha hallado sobre los delitos de colusión, negociación incompatible, enriquecimiento ilícito y peculado hace notar las vulneraciones a derechos y principios del proceso penal que se vienen dando.

2.3. Naturaleza jurídica del informe de control de la CGR

2.3.1. Estado de la cuestión

En este segundo capítulo analizaremos los informes de control emitidos por los órganos que integran el SNC, como producto de las acciones de control en el marco del control gubernamental que tiene como objetivo el vigilar y supervisar los actos y resultados de la gestión pública de recursos y bienes del Estado, nos centraremos en el producto de la acción de control posterior, para lo cual en principio desarrollaremos el marco normativo que los envuelve.

Por un lado, desde el año 2002, en atención a la Ley N° 27785 (2002), y su posterior modificación en el año 2018, por la Ley N° 30742 (2018), estos informes son mencionados como parte de los principios de control gubernamental y como resultado de las acciones de control constituyéndose en prueba preconstituida. De otro lado, con la publicación de la Ley N° 30214, (2014), se les otorga la calidad de pericia institucional extraprocesal, por lo que también consideramos necesario analizar algunas pautas y posiciones que hallamos en la exposición de motivos del proyecto de Ley N° 2531/2013-CG y el pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, dados antes de la publicación de la ley.

En seguida, realizaremos un análisis de la naturaleza jurídica de los informes de control, como prueba preconstituida, podremos ver sus presupuestos y características, y como pericia

institucional, podremos ver que pueden ser intra procesales y extraprocesales, en ambos casos veremos sus características, sus diferencias y la importancia que tiene el poder diferenciarlas para una correcta actuación y posterior valoración probatoria. De igual manera, analizaremos las posiciones dogmáticas sobre diversas investigaciones que han realizado autores y el tratamiento que se le ha dado en la jurisprudencia, donde notaremos la incidencia que tienen los informes de control con los principios procesales que podrían estarse vulnerando a los imputados, así finalmente podremos realizar una crítica y establecer una posición al respecto de los informes de control.

2.3.2. Marco normativo

2.3.2.1. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control

En el año 2002 con la publicación de la Ley N° 27785 (2002) en diferentes artículos se mencionan alcances sobre los informes de control, sobre los cuales a continuación realizaremos un análisis sobre alguno de sus artículos:

Artículo 9.- Principios del control gubernamental

Son principios que rigen el ejercicio del control gubernamental:

n) La reserva, por cuyo mérito se encuentra prohibido que durante la ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último.

Sin embargo, este alcance fue modificado en el año 2014, por la Ley N° 30214 (2014) agregando a lo anterior lo siguiente “n) ... Culminado el servicio de control y luego de notificado el informe, el mismo adquiere naturaleza pública y debe ser publicado, en su integridad en la página web de la CGR”.

Podemos observar que el cambio se traduce en la publicación de los informes en la página web de la CGR una vez culminado y notificado el servicio de control, nosotros nos encontramos de acuerdo con ello sin dejar de lado el hacer la siguiente precisión, todos estos informes de control deben contener además los descargos de las personas que presuntamente cometieron ilícitos penales, dado que estos informes posteriormente servirán para iniciar procesos penales por delitos contra la administración pública, procesos civiles o administrativos, en específico en los procesos penales, la actuación de estos nos hace notar que se podría estar vulnerando principios procesales de los investigados.

Otro de los alcances brindados por la LOSNC es el siguiente:

Artículo 10.- Acción de control

Como consecuencia de las acciones de control se emitirán los *informes* correspondientes, los mismos que se formularán para el mejoramiento de la gestión de la entidad, incluyendo el señalamiento de responsabilidades que, en su caso, se hubieran identificado. Sus resultados se exponen al Titular de la entidad, salvo que se encuentre comprendido como presunto responsable civil y/o penal.

En este artículo podemos ver que el final y resultado de las acciones de control se plasman en informes, estos contendrán las presuntas responsabilidades que pudiesen identificarse, todo ello con la finalidad de mejorar la gestión de la entidad, lo que resulta importante, puesto que si recordamos el capítulo anterior, podemos ver que el control gubernamental se relaciona estrechamente con los derechos fundamentales como la dignidad, la vida, la propiedad, la libertad ya que es el Estado el encargado de resguardar los recursos públicos, sin embargo, no se debe tratar de señalar responsabilidades por que se encuentra dentro de tus funciones, si no después de una adecuada investigación y corroboración de datos, tomando en cuenta los descargos que garanticen la defensa de derechos constitucionales, es en ese momento cuando se podría hablar de un correcto trabajo plasmado en los informes de control. En artículos posteriores podemos encontrar los siguientes alcances:

Artículo 15.- Atribuciones del sistema

Son atribuciones del Sistema:

f) Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba pre-constituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.

En el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables.

El contenido de este artículo nos muestra la primera naturaleza jurídica otorgada a los informes de control, constituyéndose como prueba preconstituida, para iniciar acciones administrativas y legales que sean recomendadas, poniéndonos en el plano penal, consideramos que esta denominación no debe dar paso a considerarlas pruebas con valor irrefutable o que tiene mayor valor que otra pruebas por venir de una entidad que integra el SNC, ya que este razonamiento plasmado en sentencias evidenciaría una vulneración de

derechos de los imputados, es necesario garantizar el control o intervención suficiente de la otra parte.

Para finalizar, otro de los artículos de la LOSNC que hace referencia a los informes de control es el siguiente:

Artículo 24.- Carácter y revisión de oficio de los Informes de Control

Los Informes de Control emitidos por el Sistema constituyen actos de la administración interna de los órganos conformantes de éste, y pueden ser revisados de oficio por la CGR, quien podrá disponer su reformulación, cuando su elaboración no se haya sujetado a la normativa de control, dando las instrucciones precisas para superar las deficiencias, sin perjuicio de la adopción de las medidas correctivas que correspondan.

En ese sentido, es posible identificar que, los informes de control tienen una naturaleza jurídica más, como actos de administración interna, lo que implica que no están sujetos a recursos de impugnación, aunque pueden ser revisados por la CGR para garantizar el cumplimiento de las normas generales de control, así como sus disposiciones de desarrollo y gestión de calidad. No obstante, cabe mencionar que hemos hallado investigaciones que sugieren que dichos informes son considerados actos de administración, ya que determinan situaciones legales para aquellos auditados, y evalúan la legalidad de acciones u omisiones por parte de funcionarios o servidores públicos.

De lo anteriormente señalado podemos ver que inicialmente los informes de control tenían la particularidad de ser reservados, es a partir del año 2014 que adquieren naturaleza pública, sin embargo, no se precisa la necesidad de tomar en cuenta los descargos antes de la publicación de estos en la página web de la CGR, la importancia de tomar consideración sobre los descargos radica en la materialización del principio de contradicción puesto que el informe de control en un proceso penal será utilizado de manera íntegra.

Asimismo, podemos identificar que la naturaleza jurídica de prueba pre-constituida se adquiere como una atribución del SNC, pero también se menciona que son actos de administración interna, al respecto consideramos que podrían no estarse cumpliendo con las características de las pruebas pre-constituidas y la vulneración del principio de igualdad de armas al no permitirse la impugnación por ser actos de administración interna.

2.3.2.2. Código Procesal Penal

En el año 2014, con la publicación de la Ley N° 30214 (2014), se sumó el artículo 201-

A al CPP, quedando redactado en los términos siguientes:

Artículo 201-A Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría General de la República.

Los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la CGR en el cumplimiento de sus funciones tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal b) del inciso 2 del artículo 326 del presente Código o cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción.

La respectiva sustentación y el correspondiente examen o interrogatorio se efectúa con los servidores que designe la entidad estatal autora del informe técnico.

Cualquier aclaración de los informes de control que se requiera para el cumplimiento de los fines del proceso deberá ser solicitada al respectivo ente emisor.

El juez desarrolla la actividad y valoración probatoria de conformidad con el inciso 2 del artículo 155 y el inciso 1 del artículo 158 del presente Código.

2.3.2.3. Proyecto de Ley N° 2531/2013-CG

Es pertinente mencionar que previo a la publicación de la Ley N° 30214, se postuló el proyecto de Ley N° 2531/2013-CG (2013), en el cual en su exposición de motivos se señala que “el Sistema Nacional de Control elabora informes de control, los cuales pueden evidenciar irregularidades de naturaleza administrativa, civil o penal, analizadas de manera técnica e imparcial”. Sobre lo cual consideramos que se da por hecho la veracidad de los informes de control, no se especifica cómo se garantizarían la obtención de resultados imparciales.

De otro lado, también apuntan que los informes de control son “informes técnicos oficiales elaborados por el órgano constitucional especializado en materia de control gubernamental”, afirmación que creemos hace una distinción con otros informes técnicos especiales emitidos por otras entidades públicas que se hacen por mandato legal, más adelante señalan que “requieren en materia penal un dispositivo legal que reconozca sus especiales características”, precisión que nos da la impresión de que se estaba buscando que los informes de control sean emitidos por mandato constitucional, para que tengan mayor valor, situación que expone que la excelencia de los informes no depende la solvencia profesional, sino de un valor constitucional mayor anticipado.

Otra de las afirmaciones que encontramos en el proyecto de Ley N° 2531/2013-CG (2013) es que “los informes de control tampoco se asemejan estrictamente a la prueba documental, ni a la testimonial ni a la pericial, al menos conforme estos medios probatorios son considerados en la actualidad por el CPP, por lo cual requieren un tratamiento legislativo especial. Cuestionamos esta aseveración pues notamos que sin existir siquiera un proceso ya están calificados como pruebas, asimismo, parece dar una anticipación a cómo debería ser la actuación y valoración probatoria de los informes de control.

Por otro lado, encontramos más declaraciones en el proyecto de Ley N° 2531/2013-CG (2013) tales como “los auditores de la Contraloría son expertos y técnicos”, “no son designados por el juez o el fiscal, “la Contraloría al expedir el informe de control actúa de acuerdo con sus atribuciones exclusivas como un órgano constitucionalmente autónomo”, “la acción de control (...) no es realizada durante el proceso por indicaciones del Ministerio Público, sino que es programada de oficio, de manera independiente, autónoma y, lo que es muy importante, extraprocesalmente”. Al respecto notamos que se buscaba que el informe de control no encaje en ninguna de las características propias de las pericias que contiene el CPP, sin embargo, resulta contradictorio pues el objetivo del proyecto de ley es hacer una modificación a la norma procesal.

Líneas adelante, se señala que “Los informes de control (...) son elementos probatorios de naturaleza sui generis elaborados (...) con la expresa intención de producir un medio de prueba. Por este motivo son considerados pruebas pre-constituidas, en contraste con las pruebas causales en las cuales su autor no tuvo la intención de crearlas, pero llegan a servir como prueba posteriormente”. Al respecto de esta afirmación, resulta pertinente cuestionarse si se cumplen con las características de las pruebas pre-constituidas.

Al mismo tiempo, se precisa que “resulta necesario concluir que los informes de control no son similares a las pericias previstas por nuestro código adjetivo y son mucho más que el fundamento para una denuncia”. Sobre esta afirmación nos anticipa un valor especial y superior que buscan darle a estos informes. Otro alcance que podemos encontrar es el siguiente “la sustentación del informe se realiza, excepcionalmente, por cualquier funcionario competente de la institución en caso los auditores que inicialmente suscribieron el informe estuviesen imposibilitados de concurrir a las diferentes audiencias del juicio oral”, afirmación que nos causa preocupación pues al margen de que pueda asistir a sustentar un persona distinta a la autora del informe, podría darse que se excluyan partes importantes del informe, como lo es, la parte de descargos.

De la misma forma precisan que “un informe de control, como documento público, mantiene su plena validez en tanto no sea enervado en sede judicial ante una eventual observación por parte de los procesados”, afirmación que nos causa preocupación pues evidencia una posible vulneración del principio de contradicción, pues tenemos que si nadie cuestiona el contenido del informe se asume que es cierto todo lo que dice, aunque tenga contradicciones, conjeturas o vacíos, asimismo hemos notado que la exposición de motivos hace suponer que aunque se contradiga, el Juez ya se encuentra establecido el mérito mayor que le corresponde a los informes.

En otras líneas hallamos una afirmación similar “usualmente los peritos designados no son expertos autorizados, tal como se aprecia cuando sus evaluaciones conllevan la interpretación de normas relacionadas con el manejo de fondos públicos”, al respecto advertimos que solo los funcionarios de la CGR conocen sobre normas que regulan el manejo de fondos públicos, y que cualquiera que no trabaje en la CGR es ignorante en estas normas, lo que nos lleva a cuestionar si todas aquellos auditados sin importar si presentan una pericia de parte o cualquier otro medio probatorio que busque cuestionar el informe de control, serán disminuidos, en ese sentido no habría otro medio de prueba similar que asegure la no vulneración del principio de igualdad de armas. Para finalizar, otra afirmación que se señaló es la siguiente:

“Las anteriores consideraciones no implican que el informe especial sea un elemento de prueba privilegiado y excluyente con carácter de prueba plena. En lo absoluto. Solo significa que en caso el informe especial no fuese considerado por el Ministerio Público, estuviese incompleto o no fuese lo suficientemente claro para sustentar la acusación, corresponde a los operadores del derecho (fiscales) solicitar al ente emisor, esto es, a la Contraloría y no a un tercero, las adiciones o aclaraciones que estimen necesarias”.

Sobre esta última afirmación (Chinchay y Ramos, 2015, p.238) sobre el proyecto de ley señalan que “la exposición de motivos está plagada de ideología que asume que lo público es imparcial y que lo oficial es acertado e incorruptible”.

Todas las afirmaciones resaltadas del proyecto de ley hacen suponer que el informe de control es una prueba superior, mayor, privilegiada y pretenden conducir el razonamiento del juez, esta última afirmación precisa que no lo es, sin embargo, en resumen nos encontraríamos ante una prueba que ni es solicitada ni por el fiscal o el juez, se considera verdadera en todos sus extremos por ser emitida por una entidad, los únicos que saben sobre normas de manejo de

fondos públicos son los auditores de la CGR, y si es que son necesarias aclaraciones, puede hacerlo cualquier otro funcionario de la CGR, aunque no conozca del tema ni haya tenido nada que ver con esa acción de control. Coincidimos con lo señalado por los autores al señalar que se pretendía enunciar que señalan que lo público es imparcial, acertado e incorruptible.

2.3.2.4. Pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos

En segundo lugar, posterior a la presentación del proyecto de Ley N° 2531/2013-CG, se dio el Pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley 2531/2013-CGR (2013) en el cual encontramos precisiones que consideramos pertinentes mencionar.

Para comenzar, hallamos la siguiente afirmación “(...) En suma, nada más equivocado es señalar, que el informe de control como prueba preconstituida sea una prueba plena para los procesos judiciales o procedimientos administrativos que se deriven del cumplimiento de la recomendación”, si bien parece un acierto el señalar que la naturaleza jurídica dada tiene el fin de señalar la fuente del informe, en la vida práctica, vemos que el darle esta denominación busca que se la tome como una prueba indiscutible o como verídica si nadie la contradice. De otro lado otra afirmación del pre dictamen que nos llama la atención es la siguiente:

Por otro lado, se debe destacar que la evaluación de los informes de control en el proceso penal, como documento público, conserva su plena validez siempre y cuando no sea desvirtuado en sede judicial ante una observación por parte de los procesados; lo cual no circunscribe en modo alguno al ejercicio de la acción penal ni vincula al Ministerio Público ni al Poder Judicial; razón por la cual a los auditores no se les debería citar en calidad de testigos técnicos sino como peritos, pero con la salvedad que la prueba (informe de control) no se someta a la normatividad que regula prueba pericial. (Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2013)

Esta afirmación nos conduce a pensar que el fiscal y el juez deberían creer que el contenido del informe de control es verdadero si es que nadie lo contradice. Asimismo, abre la posibilidad de que no sea necesario que asistan los autores de informes, lo que como ya hemos advertido puede causar retrasos o vencimiento de plazos, por el desconocimiento que puedan tener otros auditores que no elaboraron el informe. De otro lado, también llama la atención que como ya habíamos advertido los informes al estar compuestos de copias de documentos de gestión de la entidades, podrá surgir la cuestión de parte de la defensa sobre cuál es el margen de acierto que tienen las conclusiones arribadas por los auditores, también surge la posibilidad

de que el informe no contenga características sobre los objetos como servidores que son parte de los procesos de gestión, particularidades que resultan necesarias para arribar a la verdad.

Para finalizar, hallamos otra afirmación que parece repetir lo señalado por la exposición de motivos del proyecto de ley N° 2531/2013-CGR, 09 de agosto del 2013 y por el Acuerdo plenario N° 2-2007/CJ-116, 16 de noviembre del 2007 los cuales señalan lo siguiente:

El informe especial de control, por ser emitido por una institución oficial e independiente, goza de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia por lo cual solamente puede ser afectado o desvirtuado por prueba que tenga el valor de prueba suficiente y que posea eficacia jurídica categórica. (Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2013)

Al respecto, es preciso cuestionar si existe alguna prueba que pueda desvirtuar este informe control, y que garantice el respeto a los principios procesales que debe regir el proceso penal y en consecuencia derechos de los investigados, creemos que no, todas las precisiones normativas y jurisprudenciales que rodean a los informes de control parecen estar conducidos hacia lo mismo, tratarla como una prueba superior entre las demás. por tener sustento constitucional o por ser emitida por un órgano de control, aunque en reiteradas ocasiones han precisado que goza de presunción iuris tantum, esto en la vida práctica no se ve reflejado.

2.3.3. Calificación jurídica del informe de control

En principio resulta necesario dilucidar el concepto de naturaleza jurídica para lo cual extraemos conceptos dados por distintos autores, se menciona que es la “calificación que corresponde a las relaciones o instituciones jurídicas conforme a los conceptos utilizados por determinado sistema normativo” (Ossorio y Florit, 2012, p. 639), asimismo, se señala que es “la *ratio essendi*; por qué la razón trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce” (Estévez, 1956, p. 178)”. De lo señalado por estos autores, consideramos que la naturaleza jurídica en el ámbito del derecho se usa para referirse a la clasificación legal de una institución, para determinar qué normas legales le son aplicables, qué derechos o deberes se le asocian y sus consecuencias legales. En ese orden de ideas se hace necesario analizar la naturaleza jurídica de los informes de control.

2.4. Informe de control como prueba preconstituida

2.4.1. Nociones de la preconstitución

2.4.1.1. Noción civil

En cuanto a los presupuestos de la preconstitución podemos mencionar dos nociones, una civil y una penal, por un lado, (Chinchay y Ramos, 2015) señalan que en suma este tipo de prueba tiene un soporte material que se genera antes de que surja la litis, quienes generan el soporte prevén que va a haber una litis entre ellos, por lo que crean tal soporte con la finalidad de uno de dos fines (evitar la litis o hacerla menos controversial y más fácilmente resoluble).

2.3.1.2. Noción penal

Por otro lado, en cuanto a la noción procesal penal (Chinchay y Ramos, 2015) mencionan que se llama así a la prueba irrepitable en la audiencia de juzgamiento y se consideran pruebas cuando se ofrecen para su actuación en juicio oral, antes de eso son actos de investigación. A lo que (Rojas, 2020) acota y señala que la noción procesal penal de irreproducibilidad se encuentra recogida en el Art. N° 325 del CPP, artículo que infiere a la prueba preconstituida como el “conjunto de actuaciones objetivas e irreproducibles registradas en actas, cuya lectura será realizada en juicio oral”.

Sobre lo señalado es pertinente acotar que da la impresión de que por esta calidad otorgada todas las actas de investigación llegaran a ser pruebas que se actuarán en juicio, sin embargo, si el fiscal ni las partes lo ve necesario para su teoría del caso, nunca llegarán a juicio, o en casos de terminación o conclusión anticipada no se llegará a ninguna actuación probatoria, es más, ni se llegará a ofrecer pruebas, o las partes pueden acordar que el contenido de las actas son hechos probados por lo que no necesitan actuar en juicio para ser demostradas.

2.3.1.3. Noción del Sistema Nacional de Control

Sobre la definición de pre constitución que se otorga a los informes de control se menciona que “el carácter de prueba preconstituida conferido por la ley a los informes de control se refiere al objetivo con el cual se elaboran por el auditor y a no a su mérito probatorio”. (Morón Urbina, 2017). Sin embargo, muchos autores consideran que SNC le ha brindado a la prueba preconstituida la calidad de “prueba plena e incuestionable”.

Al margen de las nociones penal y civil observadas, los informes de control mezclan las características de ambas nociones y generan una tercera noción de preconstitución. En principio, el primer presupuesto lo extraemos del Oficio Circular N.º 001-94-CG/ AJ, del 29 de abril de 1994, el cual señala que prueba preconstituida es prueba incuestionable y sagrada, asimismo, señala que no se da lugar a ningún trámite adicional o complementario, sea de orden decisorio, probatorio, consultivo u otro y señala a título enunciativo que exponemos a ustedes

que no corresponde la ejecución de trámites dilatorios, como por ejemplo, nuevas evaluaciones u opinión sobre el informe o de nueva documentación, sea a cargo de alguna instancia orgánica de la institución, por estamentos ad hoc, por asesorías externas o alguna otra. Todo esto refuerza la idea de que los informes de control se vienen tomando como incuestionables y sagrados.

2.3.1.4. Características

En cuanto a las características del informe de control como prueba preconstituida (Rojas, 2020) señala que la preconstitución nace de la necesidad de que este haya sido elaborado con el fin de determinar presunta responsabilidad penal en los auditados y con el fin de ser utilizado en un proceso penal para así poder aplacar la parcialidad de la preconstitución deliberada, además el informe deberá pasar un examen que respete el debido proceso de control, en específico del derecho de defensa de los auditados, y para su eficacia se requiere que el informe sea conclusivo.

Por su lado, (Chinchay y Ramos, 2015) en cuanto a las características del informe control como prueba preconstituida señalan que su autoría no es bilateral (no lo redactan ambas partes; el futuro denunciante y el futuro denunciado), sino unilateral (el futuro denunciante), otra segunda característica es que supone que se le ha corrido traslado al futuro denunciado para que ejerza su derecho y exponga lo que tenga que decir, al respecto señalan que estas afirmaciones hacen suponer que los auditores de los informes de control son profesionales competentes, y que su competencia no está sobreentendida por la institución a la que pertenecen y también da paso a cuestionarse si se han tenido en cuenta los descargos de los auditados, o si simplemente como su función es hallar responsabilidades, tienen que encontrarla a costa de todo.

2.5. Informe de control como pericia institucional extraprocesal

2.5.1. Características

La investigación de (Chinchay y Ramos, 2015) nos hace inferir que las características que poseen los informes de control a la luz de la Ley N° 30214, son las siguientes: no sigue las pautas de las pericias establecidas en el CPP, no es el juez o el fiscal quien designa a los peritos, no se corre traslado a la otra parte para que designen peritos de parte, no se realiza un examen periciales entre peritos oficiales y de parte, se hace por iniciativa de la CGR, se realiza antes de la investigación de un presunto delito, no se siguen las reglas del debido proceso, sigue las reglas de las acciones de control, en su actuación no son sus autores quienes necesariamente

exponen y defienden sus conclusiones, la CGR puede designar otros profesionales para el examen pericial sobre el contenido del informe, en los informes no se expone como dilucidan c, no se expone cómo se validan datos matemáticos hallados, no se expone cómo se valoran los descargos de los funcionarios investigados y finalmente contienen recomendaciones.

De las características antes mencionadas podemos advertir que surgen nuevos problemas, en principio no siguen las reglas del debido proceso del CPP, sin embargo, esta ley buscaba una modificación de este, la sustentación del informe puede ser hecha por cualquier servidor que designe la CGR, lo que genera problemas en cuanto a los plazos y a la certeza del informe, asimismo, notamos deficiencias que tienen los informes, en caso de presentarse un problema sobre un mismo hecho, en los informes no mencionan como aclaran este problema, lo mismo pasa con los datos matemáticos hallados, y lo más perjudicial para los auditados no se expone cómo se valoran los descargos dados por los investigados, este último punto da la apariencia de que la CGR, es juez y parte en sus acciones de control.

De otro lado se hace necesario establecer que, si bien se ha hecho referencia solo a pericias extraprocesales, estos informes de control, también y en menor medida ser considerados intraprocesales, la diferenciación de las características de estos dos tipos de pericia resulta necesaria para asegurar el tratamiento distinto que merecen en la actuación y valoración probatoria de estos informes.

2.4.2. Pericia extraprocesal

En la investigación de (Rojas, 2020) podemos encontrar precisiones sobre la pericia extraprocesal institucional que emite la CGR, las cuales mencionaremos a continuación. En principio, este tipo de pericia es un acto administrativo de la entidad que está regulado por el Art. 201-A del CPP, en cuanto a su elaboración debe ceñirse a lineamientos de la CGR en lo referido a los informes especiales, y al marco legal administrativo de la Ley N° 27785 y Ley N° 27444. En cuanto a su elaboración, se hace con base en la función constitucional de control gubernamental de la CGR, exista o no un proceso en curso.

Además (Rojas, 2020) señala que este tipo de pericia extraprocesal es elaborado dentro de las acciones de control previas, simultáneas o posteriores que realiza la CGR, que dan como resultado un informe de control con la finalidad de que el MP pueda usarlo para iniciar diligencias preliminares, disponer investigación preparatoria o para sustentar una acusación penal. La CGR es quien determina el objeto de realización de los informes. El margen operacional es indeterminado y abierto a todo procedimiento estatal que gestione recursos y

bienes del Estado. El cuestionamiento de la defensa se dirige a la CGR. En cuanto a la revisión de los informes, puede hacerse de oficio, o incluso puede reformularse con autorización de la unidad orgánica a cargo de dicha revisión de la CGR. El derecho de defensa y el contradictorio se garantiza durante la elaboración del informe de control, el cual se manifiesta toda vez que se comuniquen los hallazgos a las personas vinculadas y se dé la evaluación de sus descargos que realicen de acuerdo a su derecho de defensa. Sobre la sustentación del informe será realizada por los servidores que la CGR designe.

2.4.3. Pericia intraprocesal

Respecto de este tipo de pericia (Rojas, 2020) en su investigación señala que tipo de pericia intraprocesal se diferencia de las actividades de control previo, simultáneo o posterior a los procesos de gestión de recursos de las entidades. Postula que este tipo de pericia es un acto procesal por lo que los aspectos sustanciales y procedimentales de su elaboración están regulados por el CPP, en los artículos N° 171 al N° 178 ya que en menor medida el MP dentro del proceso penal puede encomendar la elaboración de un informe pericial a un organismo del Estado, que desarrolla labor técnica o científica, como la CGR, ello de acuerdo al artículo N° 173.2 del CPP.

Además, desarrolla las principales características que posee este tipo de pericia, dentro de las cuales podemos encontrar las siguientes. En primer lugar, cómo se desenvuelve dentro del proceso, su elaboración es ordenada por un juez o fiscal dentro de un proceso en curso, quienes determinarán el objeto de la pericia. Sobre el margen operacional se delimita al objeto de la pericia. El cuestionamiento de la defensa se dirige a peritos como profesionales individuales. Por otro lado, el fiscal puede disponer que el informe se amplíe o se rehaga.

En cuanto al derecho de defensa y al contradictorio es garantizado por el Art. N° 175.2 del CPP, artículo que avala la imparcialidad del perito a través de la formulación de tachas por las partes y los Art. N° 177 y N° 179, artículos que permiten designar a peritos necesarios, para que puedan presenciar las operaciones del perito oficial, hacer observaciones, dejar constancias, discrepar las conclusiones de la pericia oficial y expedir su propio informe. Finalmente, la sustentación se realiza por los peritos que emitieron el informe, sin embargo, el Art. N° 181 del CPP señala que el interrogatorio puede hacerse con cualquier perito designado por la CGR.

2.5.1. Crítica a la naturaleza “sui generis” desde el ámbito operativo

En primer lugar podemos notar que la naturaleza jurídica de prueba preconstituida y de

pericia extraprocesal institucional de los informes de control no son conceptos aislados, están concatenados, podemos hablar de ellos como informes periciales extraprocesales con carácter de prueba preconstituida, esto queda claro por lo expresado en la exposición de motivos, la cual señala que el hecho de que los informes periciales “sui generis” hayan sido elaborados con la intención de producir un medio de prueba, hace que no dejen de ser considerados pruebas pre constituidas, esto en contraposición con las pruebas causales, en las que su autor no tenía la intención de crearlas pero luego llegan a ser utilizadas como prueba.

De lo anteriormente expuesto podemos notar que si bien, existen nociones civiles y penales, de la noción civil se extrae la preconstitución deliberada y de la noción penal se extrae el carácter de irreproducibilidad, sin embargo, el SNC ha creado una tercera noción, la de prueba incuestionable, prueba que no deja lugar a ningún trámite adicional o complementario, noción que nos lleva a concluir que son tomados como pruebas sagradas, ello fue sustentado en el Oficio Circular N° 001-94-CGIAJ, a lo anteriormente expuesto consideramos que al margen de la preconstitución deliberada, no se cumplen las demás características que envuelven a la noción de preconstitución del SNC, no es irreplicable, pues si bien todos los informes son sobre casos específicos, todo lo investigado en sus anexos está compuesto por copias de documentos de gestión de la entidad, los mismos que ante un eventual juicio oral los documentos de gestión originales serán incorporados como pruebas documentales, y en cuanto a la característica de ser incuestionables, consideramos que como otras pruebas deben ser sometidas a su examen y contra examen por la otra parte.

En segundo lugar, habiendo visto ya las diferencias entre las pericias intra y extra procesales, por un lado, la pericia extraprocesal está regulada por el Art. N° 201-A del CPP, al marco legal administrativo de la LOSNC y Ley N° 27444, y se realiza dentro de las acciones de control previas, simultáneas y posteriores que realiza la CGR, ello con la finalidad de que el MP pueda usarlo para iniciar diligencias preliminares, disponer investigación preparatoria o para sustentar acusación; otras precisiones sobre estas es que el cuestionamiento de la defensa se dirige a la CGR y el derecho de defensa en teoría se garantiza durante la elaboración del informe de control, ello cuando se permite a los auditados dar sus descargos, sobre estas últimas precisiones discrepamos toda vez que si bien se notifica a los auditados para dar sus descargos, en ninguna parte del informe se señala cómo se valoran estos descargos, asimismo sobre el contradictorio, ya habíamos expuesto que se puede desvirtuar el informe de control con una prueba de igual virtud, pero cabe preguntarse qué prueba es esa, la defensa de parte será capaz de ser tomada igual que un institución del Estado, creemos que no, ello sin

mencionar que tampoco se tiene establecido la oportunidad y forma de cuestionar esta pericia extraprocesal.

De otro lado, la pericia intraprocesal es un acto procesal por lo que los aspectos sustanciales y procedimentales de su elaboración están sujetos a lo establecido por el CPP, dentro de estas disposiciones podemos ver que la imparcialidad del perito se avala a través de la formulación de tachas por las partes, asimismo, también se dispone que el interrogatorio pueda hacerse con cualquier perito designado por la CGR, al respecto podemos ver que en la práctica ni el perito es imparcial, pues nada garantiza que el informe sea realizado con un debido proceso de control, y muchas veces se prescinde del poder nombrar un perito de parte que pueda conseguir que este tipo de prueba sea sujeto a examen y contra examen, asimismo el permitir que cualquier servidor de la CGR pueda ser llamado a sustentar el informe, también causa problemas. Es pertinente señalar que en la práctica pasa que se tratan sin hacer ninguna diferencia, situación que podría vulnerar el derecho de defensa de los investigados, quienes no podrán objetar los requisitos esenciales y adjetivos que ambos tipos de informe poseen.

2.6. Tratamiento de los informes de control

2.6.1. Posiciones dogmáticas:

Para empezar es necesario establecer qué se entiende por doctrina, se manifiesta que es el “conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas” (Ossorio y Florit, 2012, p. 357), también señala que es importante porque constituye fuente del Derecho, por el prestigio y autoridad de los juristas puede influir en la labor del legislador en la interpretación de textos vigentes. Por otro lado, se señala que “es una reflexión teórica relativa a las diferentes cuestiones que plantea la organización y contenido del ordenamiento jurídico, que puede estudiarse sobre todo a través de la enorme cantidad de literatura jurídica que existe” (Lastra, 2005, p. 45).

Al respecto, consideramos que son aquellas opiniones, teorías y principios desarrollados por juristas, académicos, jueces u otros expertos en la materia, este grupo de conocimientos constituyen la base teórica del derecho y ayudan a interpretar, entender las normas legales, su importancia radica en que estas opiniones pueden ser utilizadas por los tribunales como un apoyo para fundamentar sus decisiones o para guiarlos en la interpretación de leyes y precedentes judiciales.

En ese orden de ideas, hemos identificado varios autores cuyas perspectivas se

encuentran expresadas en una serie de estudios y artículos que respaldan nuestra posición y serán fundamentales para fortalecer nuestra argumentación en la presente tesis, las cuales expondremos a continuación.

En principio, (Rosas, 2018) en su investigación señala que vienen aconteciendo problemas en cuanto a la naturaleza jurídica y valor probatorio sobre la pericia, por lo que desarrolla la naturaleza jurídica de los informes elaborados por la CGR, sostiene que en estos casos el Fiscal no tiene el monopolio de la carga de la prueba, asimismo, realiza comentarios a la incorporación del Artículo N° 201-A al CPP dada por la Ley N° 30214, concluye que los informes de la CGR siempre y cuando reúnan los requisitos y exigencias de una pericia, pueden sustentar una acusación, y además sobre su valoración menciona que si ha sido sometida a la inmediación y contradicción, pueden sustentar una condena.

Respecto de lo señalado por Jorge Rosas, no nos encontramos de acuerdo con que los informes de control puedan sustentar una acusación, incluso si esta cumple con los requisitos de las pericias, ya que después de analizar este tipo de pruebas tomamos la posición de que el tratamiento de estos debe darse únicamente previo al inicio de la etapa de investigación preparatoria, es decir, para la realización de denuncias, ya que no es posible equiparar a una pericia y menos a una prueba preconstituida, y respecto de la mención que hace sobre que los informes de control pueden sustentar un condena si la valoración de los informes de control como pericia ha sido sometida a la inmediación y contradicción consideramos que el derecho de defensa que envuelve a estos dos principios debe realizarse previo a la emisión del informe, se deben tomar en cuenta los descargos dados por los auditados, y precisar cómo se están valorando.

Por su lado, (Rojas, 2020) confirma que existe una controversia doctrinal dada la calidad atribuida a los informes de control, puesto que desde el año 2014 se le considera pericias extraprocesales institucionales, por lo cual cuestiona si cumple con las características que debiese poseer dada esta cualidad o si el valor de prueba preconstituida dada por la Ley N° 27785 le es pertinente. En principio en cuanto a la pericia resalta que es una prueba reina dentro del proceso penal puesto que ofrece mayor grado de conocimiento y seguridad, debido a la científicidad y objetividad propia del conocimiento especializado materia de dictamen.

De otro lado, señala que, si bien pueden existir diferencias entre la pericia intra procesal y extraprocesal, en la práctica se tratan de manera indistinta, sin darles el tratamiento que les corresponde, lo que incide en el derecho de defensa de los investigados, “quienes se verán

limitados de objetar la ausencia de requisitos sustanciales y adjetivos que uno u otro informe pericial requiere”. Menciona, además, que si se incorpora un medio de prueba por un procedimiento ilegal se “herirá de muerte a dicho medio de prueba”, pues no solo se trata de una infracción de la forma procedimental, sino la transgresión de un derecho constitucional del imputado, quien no podrá cuestionar la serie de requisitos procedimentales y materiales que tiene la pericia extraprocesal, camuflada de pericia intraprocesal.

Por otro lado, el autor también señala que el otorgamiento de la naturaleza jurídica de pericia extraprocesal institucional a los informes de control no es sinónimo de que se haya dejado de lado su naturaleza de prueba preconstituida.

Coincidimos con Nakin Rojas sobre varios puntos mencionados en su investigación, en principio hay una discusión dada la naturaleza jurídica de los informes de control, ya que no se cumplen las características ni de pericia extraprocesal institucional ni de prueba preconstituida, por otro lado al margen de las diferencias que tienen las pericias intra y extra procesales en la práctica se tratan de manera indistinta lo que genera un problema con el derecho de defensa de los auditados, ello en razón a que no posibilita la objeción de requisitos sustanciales y adjetivos que las pericias poseen; asimismo la incorporación de un medio de prueba por un procedimiento ilegal condena al medio de prueba a no ser válido, ya que no permite cuestionar sus requisitos procedimentales y materiales. Asimismo, coincidimos en que, aunque hayan pasado 9 años desde que existen los informes de control con doble naturaleza jurídica, poca atención le ha otorgado la doctrina y jurisprudencia, lo que hace necesario que unifiquen sus posiciones a fin de asegurar el respeto de derechos de los auditados, principios del proceso penal y en favor de un correcto desarrollo de los fines del control gubernamental.

De otro lado, menciona que es cuestionable la denominación de pericia institucional extraprocesal de los informes de control puesto que se hace la pretensión de darles la categoría de pericia, sin embargo, puntualiza que es “elaborado por una institución pública que precisamente indaga por las responsabilidades de los investigados y que, sobre todo, lo hace sin un contradictorio” (Pariona, 2017). Rojas discrepa con esta posición y en principio confirma que este tipo de pericias “flexibiliza, en cierta medida, el contradictorio, con el impedimento de designar un perito de parte”, sin embargo, menciona que esta flexibilización se aplaca con el respeto del debido proceso de control en la elaboración de estos informes y en consecuencia con el respeto al derecho de defensa de los auditados.

Respecto de lo señalado por Raúl Pariona en su investigación, compartimos la posición del autor cuando señala que es discutible la designación de pericia extraprocesal institucional dada a los informes de la CGR, ya que se pretende darles el tratamiento como si fuesen pericias, sin embargo, no se cumplen las precisiones que encontramos en el CPP, así mismo menciona que la actuación probatoria de este medio de prueba se hace sin contradictorio, a esta precisión Nakin Rojas hace la salvedad y confirma que existe una flexibilización del contradictorio por no poder designar un perito de parte, sin embargo, señala que esta es aplacada por el proceso de control en la elaboración de estos informes, nos alejamos de esta posición adoptada puesto que se hace evidente la vulneración al derecho de defensa de los auditados.

Asimismo, Chinchay y Ramos (2015) cuestionan la naturaleza jurídica de prueba preconstituida de los informes de control y el estatus de incuestionabilidad de la CGR, ello debido a que el Oficio Circular N° 001-94-CGIAJ, contenía deficiencias, para refutar las críticas, la CGR infiere que los informes tienen un valor irrefutable, ello debido a que mencionaron que “según el SNC, prueba preconstituida quiere decir prueba incuestionable y sagrada”. Al respecto Nakin Rojas coincide con los autores, y señala que si extraemos la noción del proceso civil y penal de preconstitución tendríamos las características de que sea deliberada e irreproducible, lo que le daría fundamento al valor de prueba preconstituida de los informes. De otro lado, los autores señalan que si la elaboración de los informes de control es realizada por personas competentes y si toman en cuenta los descargos y no tratan de determinar a como dé lugar responsabilidad de los auditados estos informes no pueden ser empapados de parcialidad, característica propia de su unilateralidad.

En cuanto a lo señalado por los autores Chinchay y Ramos, coincidimos en que es cuestionable que la naturaleza jurídica de prueba preconstituida de los informes de la CGR le dé el valor de incuestionable, ya que como hemos venido observando, todas las pruebas deben estar sujetas a contradicción para así asegurar el desarrollo de un debido proceso y la no vulneración de principios procesales, asimismo en cuanto a lo señalado por Nakin Rojas sobre las características que rodean a la preconstitución es correcto señalar que este tipo de prueba si debe cumplir con ser deliberada, es decir, hecha con propósito y con voluntad propia, y ser irreproducible, por el alto riesgo de pérdida o destrucción de evidencia, sin embargo si nos detenemos a analizar si los informes de la CGR cumplen con estas características, la respuesta será negativa ya que como veníamos planteando los informes de control esta anexados de documentos de las entidades que son copias, relacionados a actos de control que han realizado, sin embargo, en el desarrollo del juicio se requerirá solicitar a la entidad estos documentos

originales, no consideramos que el informe en sí y sus anexos sirvan para sustentar una sentencia condenatoria, lo que no queremos que se traduzca en restarle valor al trabajo que viene realizando la CGR, no obstante, estos informes pueden servir para iniciar investigaciones, y ser considerados actos de investigación mas no pruebas.

Asimismo, coincidimos con los autores cuando señalan que las acciones de control deben ser realizados por personas competentes, que no solo sepan de su profesión sino además de gestión pública, de otro lado, los auditores no deben buscar responsabilidades de los auditados a toda costa, si no también deben tomar en cuenta los descargos que puedan brindar, lo que incluye no solo escuchar a los investigados, sino plasmar en los informes su posición brindada.

Por otra parte, (Díaz, 2018) en su artículo postula una necesidad de reforma del SNC sustentado en que la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control por la Ley N° 30214 (2014) como pericia institucional extraprocesal, solo es enunciativa, ya que señala que se ha hecho sin un estudio serio del componente metodológico que encierra cada informe de auditoría, su grado de certeza, su suficiencia probatoria o el perfil de quienes lo formulan y el grado de irresponsabilidad. De otro lado, precisa que, pese a que estos informes de control tienen respaldo jurisprudencial, no son determinantes para obtener sentencias en casos de delitos contra la administración pública, ello probado con las estadísticas obtenidas de la CGR del año 2011 -2015, por lo que determina que el concepto de éxito en la auditoría gubernamental debe cambiar.

Este autor señala que se debe realizar una reforma del SNC debido a que la naturaleza jurídica otorgada a los informes de la CGR como pericia institucional extraprocesal solo es enunciativa, posición con la que coincidimos ya que si bien la intención del legislador fue buena al tratar de darle mayor relevancia, en la vida práctica genera confusión en los operadores del sistema y los auditados ya que esta calidad dada no le corresponde a los informes ya que no contemplan por ejemplo el grado de certeza, la suficiencia probatoria o el perfil de quienes realizan las acciones de control y el grado de responsabilidad de los auditados. Asimismo, el autor señala que gozan de respaldo jurisprudencial pese a esto no son determinantes para conseguir sentencias condenatorias, situación con la que no coincidimos. puesto que los datos que usó para llegar a esta conclusión son del año 2011-2015, sin embargo, esta nueva denominación se da en el año 2014 con la publicación de la Ley N° 30225, por ello es conveniente para esta investigación revisar estadísticas que revelen el detalle de procesos judiciales penales iniciados por la CGR del periodo del 2019 - 2023.

FIGURA 2

Buscador de informes de control de la CGR



Nota:

<https://buscadorinformes.contraloria.gob.pe/BuscadorCGR/Informes/Avanzado.html>

Según el buscador de informes de control de la CGR, en el periodo de tiempo del año 2019 hasta el año 2023, se han encontrado en la región de Arequipa, como producto del servicio de control posterior 136 informes de control, de los cuales el total número de personas con presunta responsabilidad penal es de 482 personas de estos 136 informes se han iniciado 74 procesos penales por delitos contra la administración pública, de los cuales 43 tienen sentencia condenatoria.

2.6.2. Posiciones jurisprudenciales:

Para el desarrollo de este punto resulta conveniente señalar que es la jurisprudencia, se menciona que es la “interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción” Ossorio y Florit, 2012, p. 552), por otro lado se señala que “han de servir para la interpretación de la ley procesal penal y para unificar los criterios de su aplicación”, además, establece una crítica al señalar que “la jurisprudencia, ha sido aceptada por algunos autores como fuente del Derecho, otros rechazan esta aseveración, sosteniendo que no es función de quienes integran los tribunales legislar, sino aplicar el Derecho” (Rosas, 2018, p.54).

De estas posiciones consideramos que la jurisprudencia es el conjunto de decisiones

judiciales emitidas por los tribunales en casos concretos, que podrían ser utilizados a futuro por en casos similares para resolver cuestiones legales similares, respecto de la crítica realizada por Rosas Yataco, consideramos que si es cierto que el poder legislativo es quien crea, modifica o deroga leyes, ello de acuerdo a la separación de poderes que nos rige, sin embargo, nos inclinamos que al ser el poder judicial el encargado de la interpretación y aplicación de leyes, y por la experiencia que tiene sea quien pueda ser consultada antes de la emisión de leyes. Por otro lado, al examinar jurisprudencia relacionada con el problema de investigación, hemos hallado alcances significativos tanto en fuentes jurisprudenciales antiguas como en las más recientes, las cuales expondremos a continuación:

En los recursos de nulidad N° 3700-2005-Ucayali, N° 2554-2004-Arequipa, N° 1285-2002-Lima, recursos en los que han considerado a los informes de la CGR como un medio probatorio, con eficacia valorativa y con carácter de pericia institucional pre procesal, con mérito suficiente para poder demostrar los hechos que constituyeron objeto de investigación y que deber ser valorada como auténtica prueba, toda vez que su esencia es el carácter científico de sus conclusiones, esto es, juicios fundamentados en evidencias.

De igual manera, en estos recursos señalan que “goza de una presunción iuris tantum”, de imparcialidad, objetividad y solvencia, por lo cual solamente puede ser afectado o desvirtuado por prueba que tenga el valor de prueba suficiente y que posea eficacia jurídica categórica”. Al respecto consideramos que pese a los años en los que se emitieron estos recursos de nulidad, años en los que la naturaleza jurídica de los informes de control era solo como prueba preconstituida podemos notar que estas resoluciones judiciales le otorgaban el carácter de pericia institucional preprocesal por lo que tenía valor suficiente para demostrar hechos objeto de investigación por lo tanto debían ser valorados como auténtica prueba por el carácter científico de sus conclusiones, consideración con la que discrepamos puesto que sale a relucir que se le ha otorgado un valor mayor anticipado por el simple hecho de ser emitidos por un órgano de control.

Asimismo no se cuestiona su contenido y si ha sido elaborado por personas idóneas, este valor anticipado que se les ha venido dando a estos informes hace notar la afectación a derechos de los auditados y a principios procesales, en específico al principio de contradicción, de igualdad de armas, a ser informado de la acusación y el de imputación necesaria y concreta, pues si bien se habla que goza de una presunción iuris tantum, y puede ser desvirtuado por otra prueba suficiente, cabe cuestionar que podríamos considerar como prueba suficiente, tal vez una prueba preconstituida o una pericia de parte, o si se podría

cambiar la naturaleza jurídica otorgada a estos informes, cuestiones que no han sido aclaradas, mientras que se siguen emitiendo sentencias condenatorias sin una adecuada actuación y valoración probatoria.

De otro lado en el Acuerdo plenario, el N° 2-2007/CJ-116, en su fundamento jurídico N° 7 encontramos que:

“Informes especiales (...) consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial –que es la declaración técnica en estricto sentido-, y c) el examen pericial propiamente dicho (...)”.

Sobre lo cual podemos notar que si bien nos encontramos bajo el sistema de libre valoración de la prueba, en este acuerdo plenario se establecen criterios de valoración de la prueba pericial institucional, cuando se mencionan sus elementos, al respecto consideramos que no basta con establecer criterios, es necesaria la posibilidad de cuestionar al perito y su metodología, ciencia o técnica utilizada, para así no conseguir una prueba pericial de valor determinado que pueda devenir en errores que finalmente sustenten una condena.

Por otro lado, en el fundamento jurídico N° 8 se menciona que

“La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias pre procesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259° del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción –y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y –publicidad–, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial –que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral- no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no sólo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo-, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el Juez del juicio. En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia –

la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento- ni de exclusión de la pericia como medio de prueba”.

En este fundamento se habla de la no afectación del principio de contradicción, toda vez que el contenido de las pericias pre procesales, dadas por órganos oficiales, estén integrados por aspectos técnicos consolidados que no solo se basen en hechos apoyados por la percepción del perito, al respecto, nos encontramos en desacuerdo puesto que consideramos que una valoración de la prueba pericial adecuada debe darse porque ha sido sujeta a contradictorio o examen, y no debe pretenderse otorgar presunción de imparcialidad, objetividad y solvencia por el hecho de ser peritos pertenecientes a una entidad, ya que de hacerlo se da la apariencia de dar por cierta la experticia y credibilidad de estos peritos. En ese orden de ideas también es conveniente exponer lo señalado por el fundamento jurídico N° 9, en el cual encontramos que las partes pueden solicitar la presencia de los peritos para el examen, sin embargo, encontramos una excepción, la presencia de los peritos de la CGR al llamado del órgano judicial menguaría su eficacia de la función pericial, asimismo señala que la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico, falsedad, o el aspecto técnico, inexactitud, del informe pericial.

Sobre la falsedad, señalan que es necesaria la concurrencia de los peritos, pero para la inexactitud señalan que basta el análisis íntegro del dictamen pericial, sobre el cual se puede refutar mediante una pericia de parte. Sobre esta primera parte de este fundamento, consideramos que es necesaria la presencia de los autores de los informes cuando se cuestione un aspecto fáctico o técnico, puesto que solo los servidores que integran la comisión de servicio de control tienen conocimientos sobre el caso en concreto, ahora bien, sobre el cuestionamiento de la falsedad de los hechos, creemos pertinente la posibilidad de poder cuestionar al perito y su metodología, todo esto con la finalidad de evitar el otorgar a este tipo de pruebas un valor anticipado.

Finalmente en este fundamento encontramos que se podría dar la pérdida de la eficacia probatoria cuando las partes lo soliciten la concurrencia de los peritos y éstos no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa, acotación que consideramos pertinente pues como hemos venido sosteniendo una adecuada valoración de la prueba deviene de una correcta actuación y la posibilidad de cuestionar esta prueba.

Es preciso mencionar también el Acuerdo plenario N° 4-2015/CIJ-116 del 2 de octubre de 2015, en el que se precisa la necesidad de establecer reglas sobre la valoración de la prueba pericial al margen de quien designa al que elabora el dictamen y determinar que son las reglas de la sana crítica, conocimientos científicos, técnicos, ya que estos se deben tomar en cuenta a la hora de valorar el dictamen pericial, en el que debe ser decisivo la objetividad del resultado el cual se obtiene de varios criterios o máximas de la experiencia y la fundamentación del perito. Posición con la que nos encontramos de acuerdo, en que no solo debemos poner atención a las conclusiones sino también al método usado por los peritos, asimismo la pericia como prueba compleja debe evaluarse en el juicio oral, siendo posible para la defensa el poder contradecir lo señalado por los autores.

Por otro lado, la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04780-2017-PHC/TC, acumulada al Exp. N° 00502-2018- PHC/TC, fundamento jurídico 91, señala expresamente el derecho a la debida incorporación de la prueba como manifestación del derecho constitucional al debido proceso, por lo que el tratamiento indistinto de la pericia intraprocesal y extraprocesal, transgrede el derecho fundamental a la defensa y al debido proceso, generando una prueba prohibida y por ende insuficiente para sustentar una pretensión penal. Respecto de esta posición planteada coincidimos en que el tratamiento indistinto de las pericias intra y extra procesales transgreden el derecho constitucional al debido proceso, contenido en nuestra constitución, en el artículo 139.3, mismo derecho que se manifiesta además en la debida incorporación de la prueba, toda vez que se realiza un tratamiento indiferente de las pericias intra y extra procesales, generando que no se pueda objetar la ausencia de requisitos sustanciales y adjetivos.

En la Casación N° 1004-2017-Moquegua, del 26 de julio del 2018, de la Sala Penal Permanente, en su fundamento jurídico N° 5, se resalta la importancia de los informes periciales en la investigación y enjuiciamiento de los delitos contra la administración pública, la Corte Suprema, señala que a la CGR como la institución llamada a determinar la existencia de factums necesarios para afirmar la configuración de elementos típicos de esta clase de delitos a través de informes extraprocesales que coadyuvan al esclarecimiento de los hechos imputados.

Respecto de lo señalado por esta casación menciona el delito de peculado, que consiste en la disminución ilícita de caudales públicos, se requiere que la apropiación sea determinada pericialmente por lo que señalan que le corresponde a la CGR a través de sus informes de control determinar el perjuicio patrimonial como producto de una auditoría de cuentas

gubernamentales, asimismo, señala que se puede realizar cuestionamientos a estos informes mediante pericias de parte, sin embargo, como ya hemos advertido no encontramos oportunidad para realizar estos cuestionamientos, es más, son pocos los casos en los en Arequipa se ha tenido un debate pericial, ya que se ha señalado que el tratamiento de los informes de control como pericias extraprocesales no siguen lo establecido en el CPP, y su tratamiento como pericias intraprocesales sólo se limita a denotar la oportunidad para su introducción a la investigación preparatoria y sin embargo, no se establece como debe ser su actuación probatoria ni el momento para examinar este tipo de pericia institucional.

En el Recurso de Nulidad N° 807-2019-Lima Norte, la Sala Penal Transitoria, señala que la prueba preconstituida se incorpora al proceso penal para que se convierta en acto de prueba, debe ser reproducida en juicio oral y someterse a contradicción. Al respecto consideramos que es fundamental para el desarrollo de un debido proceso que la prueba pueda ser reproducida y debatida en el juicio oral, lo que garantiza la contradicción, lo que es esencial para que las partes puedan cuestionar y refutar la validez o exactitud de la prueba presentada, para que así al momento de su valoración por el juez, éste pueda tomar una decisión informada basada en una evaluación completa y transparente de todas las pruebas, lo que ayuda a la prevención de la introducción de pruebas falsas o engañosas con el fin de proteger los derechos de las partes involucradas.

En el Recurso de Nulidad N° 1275-2019-Lima Norte, la Sala Penal Permanente, menciona que, según la doctrina procesalista, en las características esenciales de la prueba preconstituida está la ausencia del órgano jurisdiccional al momento de su producción, lo que es la razón esencial para que se le considere de una eficacia probatoria disminuida. Al respecto de esta aseveración, para efectos de esta investigación, no hemos hallado autores que señalan ello, sin embargo, si coincidimos con que los informes de control deben estar acompañados de otros documentos que confirmen la veracidad de los hechos alegados, por lo que entra en juego el principio de unidad de prueba, por el que se evaluará de manera conjunta todas las pruebas para establecer la verdad procesal.

2.6.3. Posición tesista.

Respecto de las posiciones dogmáticas encontradas podemos ver que los autores poco hablan sobre la CGR y de su rol como encargado del control gubernamental, y cuando se habla de este se relaciona mayormente a las auditorías contables, presupuestarias, financieras y se deja de lado la naturaleza jurídica, hasta se podría decir que se le resta trascendencia jurídica a

los informes de control que emiten como producto de sus acciones de control, ello en razón a que las calidades otorgadas se han hecho sin un análisis serio, pues a todas luces podemos identificar que no se cumplen con las características de las pruebas pre constituidas y las pericias extraprocesales institucionales, estas naturalezas jurídicas sólo son enunciativas.

De otro lado, resulta cuestionable que los indicadores de éxito de las acciones de control se basan en la identificación de responsabilidades penales, ya que en el ámbito del control gubernamental a través de las auditorías no se puede determinar dolo o culpa, elementos necesarios para sanciones penales, y es el MP quien puede determinar tipos penales, imputar e investigar delitos. Por otro lado, al margen de los conceptos dados, cabe preguntarse si estos se cumplen, ya que si analizamos lo que persigue el control gubernamental es un análisis legal del gasto de los recursos públicos con la finalidad de corregir o sancionar, lo que nos muestra que este es un acto administrativo jurídico, jurídico porque conduce la situación de los auditados, en ese sentido se debe describir un hecho y contrastarlo con la ley, y si existiese un perjuicio probado, configurar una fuente de imputación de responsabilidades.

En ese orden de ideas, resulta relevante también que, al margen de tener estas 2 naturalezas jurídicas, los informes de control constituyen actos de administración interna lo que se traduce en que no están sujetos a recursos impugnativos, claro que pueden ser revisados por la CGR para supervisar el cumplimiento de las normas generales de control, sus disposiciones de desarrollo y de gestión de calidad. Sin embargo, hemos identificado investigaciones que señalan que son actos administrativos ya que determina situaciones jurídicas a los auditados, la legalidad de una acción u omisión por parte de un funcionario o servidor público, por lo que no se puede considerarlos sólo un acto de administración que únicamente involucra al SNC y sus órganos sino a auditados, autoridades administrativas y judiciales.

Ahora bien, basándonos en la Ley N° 27785 que le otorga la naturaleza jurídica de prueba preconstituida y la Ley N° 30214, que modificó el CPP y le da la naturaleza jurídica de pericia extraprocesal institucional a los informes de control, cabe cuestionarse si estas suponen una mejora en la gestión pública y si contribuyen a los fines del control gubernamental, para este análisis es pertinente revisar los conceptos y características de estos tipos de prueba, para lo cual en primer lugar en el proceso penal la prueba preconstituida se ubica en un plano de peligro de pérdida, situación que no le es atribuible a los informes de control ya que se da en el ejercicio de una competencia constitucional, asimismo si nos ubicamos en las etapas anteriores al juicio oral, en las que solo se tienen actos de investigación

a cargo del MP, como titular de la acción penal, estas denominaciones de prueba y pericia afectan derechos fundamentales.

Asimismo, de la jurisprudencia analizada se hace evidente el respaldo que tienen los informes de control, lo que se ve reforzado porque sirven para obtener sentencias en casos de delitos contra la administración pública. En ese sentido se hace posible advertir una posible causa, la ausencia de conceptos jurídicos propios del control gubernamental, el cual está relacionado con el derecho penal y administrativo, sin embargo, sus marcos conceptuales no están incorporados al control gubernamental, por lo que es necesario incorporar estos ámbitos del derecho al control gubernamental, para que desde las indagaciones realizadas se pueda hablar de la infracción del deber, requisito que necesita ser probado para la obtención de una sentencia por delito contra la administración pública, de igual manera que la actividad probatoria reconozca si estamos ante una presunción, indicio, prueba o evidencia a fin de que la imputación sea respetuosa de derechos, como el de defensa, debido proceso, y sus principios como el de contradicción, igualdad de armas, imputación necesaria, ser informado de la acusación, todo esto a fin de alcanzar un control gubernamental no solo eficiente, sino efectivo desde la prevención o sanción.

En cuanto a todas las precisiones mostradas por la exposición de motivos y el dictamen de la comisión de justicia y derechos humanos podemos arribar a que todo apuntaba a tener una prueba privilegiada, ya que se menciona textualmente que no es cualquier pericia, lo que hace pensar que debe tener un trato diferenciado, también menciona un carácter técnico oficial institucional, técnico solo por el origen que tiene, oficial que da paso a concluir que debe prevalecer sobre otras opiniones sobre la materia, institucional dando paso a pensar que si la CGR lo dice está en lo cierto, asimismo sobre su contenido está orientado a que el fondo del asunto deba ser tomado como cierto, si nadie lo contradice, aunque no lo sea, o tenga vacíos.

Y por otro lado a los acuerdos plenarios observados creemos pertinente que al momento de valorar la pericia no resulta necesario resaltar si es de parte u oficio, pero sí debe mencionarse la especialización del perito, su formación y experiencia. Asimismo, se debe exponer la relación entre el objeto de la pericia y el examen pericial, así como los hechos analizados y las conclusiones. Debe ser sujeto de valoración la existencia de contradicciones entre lo declarado por el perito en el examen oral en juicio y lo suscrito en el dictamen pericial.

En suma, hemos podido notar que de manera doctrinaria se le ha restado importancia

al estudio de la naturaleza jurídica a los informes de control, pues la calidades otorgadas sea como prueba pre constituida o como pericia extraprocésal son meramente enunciativas, ya que no se cumplen los requisitos de ninguna, asimismo, hemos notado que se toma como un indicador de éxito de los auditores el “detectar” responsabilidades penales, dejando de lado que no se pueden impugnar los informes de control por ser actos de administración interna, además, notamos que tenemos que las calidades otorgadas que vulneran principios procesales, como lo son el principio de contradicción y de igualdad de armas, lo que se hace notar pues casos que son iniciados por un informe de control concluyen con una sentencia condenatoria, lo que era previsible desde la concepción de este tipo de prueba se apuntaba a que sea privilegiada, que pese a tener falencias, vacíos o contradicciones, es automáticamente considerada como prueba.

2.5.4. A modo de síntesis.

En este segundo capítulo desarrollado pudimos ver el análisis de la naturaleza jurídica de los informes de control. En principio, pudimos ubicar el marco normativo que los envuelve, desde el año 2002 la Ley N° 27785 (2002) nos da alcances que hallamos en los principios del control gubernamental, en el desarrollo de la acción de control, en las atribuciones dadas al SNC, asimismo encontramos el carácter y revisión de oficio de los informes de control, de esta ley emana el carácter de prueba preconstituida que posee. De otro lado, desde el año 2014, la Ley N° 30214 (2014), le otorga el carácter de pericia extraprocésal institucional, por lo que vimos conveniente analizar el proyecto de ley N° 2531/2013-CG y el pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que se dieron previamente a la publicación de la ley.

Posteriormente vimos, como tal la naturaleza jurídica de los informes de la CGR, para analizar la calidad de prueba preconstituida que tiene fue pertinente analizar las nociones de preconstitución que tiene el derecho civil y penal, sin embargo, hallamos una tercera noción de preconstitución dada por el SNC, posterior a ello pudimos analizar cuáles son las características del informe de control como prueba preconstituida. A continuación, analizamos el informe de control como pericia institucional sobre la cual pudimos ver las características que posee y la diferencia que existe entre las pericias intra procesales y extraprocésales, ya que estos informes pueden ser incorporados fuera y dentro del proceso, por lo que notamos la importancia de diferenciarlos en el plano operativo.

Finalmente, y quizás más importante pudimos investigar las posiciones dogmáticas y

jurisprudenciales que envuelven a la naturaleza jurídica de los informes de control, lo que nos permitieron adoptar una postura, queda claro que existen distintas posiciones que rodean a los informes de control, por un lado podemos leer a los autores criticar y no estar de acuerdo con las naturalezas jurídicas dadas, y por otro lado podemos ver un respaldo dado desde la jurisprudencia, sin embargo, consideramos que este tipo de informes poseen estas naturaleza jurídicas de manera enunciativa, dadas sin un análisis previo, pues no se cumplen las características ni requisitos de la prueba preconstituida ni las pericias institucionales, lo que conlleva a la vulneración de derechos de los imputados y afectación a principios procesales.

2.7. Afectaciones al imputado

2.7.1. Principios procesales

Conocemos a los principios procesales como las directrices de las normas jurídicas, que dan ideas fundamentales al Derecho, pudiendo ser utilizados por el legislador para reemplazar aquellas lagunas que posee el ordenamiento jurídico. Asimismo, servirán para que el legislador pueda concretar disposiciones específicas sobre el desarrollo del proceso y la actuación de los sujetos procesales. El autor (Rosas, 2005) señala que las normas contenidas en el título preliminar son normas jurídicas obligatorias y de imprescindible observancia para el Juez al momento de resolver un caso concreto en la aplicación o interpretación de la ley en materia procesal penal.

De otro lado, se manifiesta que los principios procesales son una “expresión mono disciplinaria de los principios generales del derecho” y que “vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado” (Monroy, 1996, p. 80).

Por otro lado, el CPP (2004), sigue un modelo acusatorio, garantista y al mismo tiempo adversarial, porque procura la defensa de los derechos fundamentales del imputado en un debido proceso que debería llevarse en un plazo razonable evitando lesionar garantías de los procesados. En ese sentido, podemos arribar a que los principios son un límite a la potestad estatal, en específico en el proceso penal, podemos encontrar en el Art. I del Título Preliminar del CPP (2004) los principios de gratuidad, imparcialidad, plazo razonable, derecho a un juicio previo, principio de oralidad, publicidad, contradicción, igualdad procesal, derecho de impugnación, y el de indemnización por error judicial.

Es menester de la presente investigación centrarse en el desarrollo de dos de los principios que consideramos podrían estarse vulnerando con la emisión y actuación probatoria

de los informes de control de la CGR en procesos llevados a cabo sobre algunos los delitos de negociación incompatible y colusión, los cuales son el principio de igualdad procesal y el principio de contradicción.

2.7.1.1. Principio de igualdad de armas o igualdad procesal

A. Antecedente histórico

En la investigación de (Moratto, 2020) se tiene que el principio de igualdad de armas ya se reconocía en la antigua Grecia, pues se consideraba que tanto el acusado como el fiscal debían ser igualmente escuchados antes de que se emitiera una decisión. De igual manera, en Roma, se tenía establecido que un padre no podía matar a su hijo sin haberle otorgado la posibilidad de ser escuchado, o sin importar que tan culpable u odioso era el acusado, era obligatorio escucharlo. Sin embargo, en la Europa Occidental, en los siglos IX y XIII se muestra un retroceso pues se podría declarar culpable al acusado en razón de su buena reputación y de que su juramento haya sido tomado de manera correcta, si ambos resultados eran positivos se procedía a la absolución, caso contrario se procedía a la ordalía. Asimismo, en casos de crímenes odiosos u ocultos los sospechosos podrían enfrentarse en una batalla, con la regla de que ambos debían tener las mismas armas y armaduras, es decir, para esta época ya se podía vislumbrar una expresión del principio de igualdad de armas.

Ya en el siglo XV, las cortes eclesiásticas europeas habían implementado un procedimiento inquisitivo, en el que no se tenían salvaguardas procesales, pues la tortura desempeñó un papel central, sin embargo en el siglo XVI, este tipo de procedimiento dejó de usarse por influencia de la Ordenanza Penal Francesa, pues en Francia se estableció que en el proceso inquisitivo se debía tener una fase previa al juicio donde los jueces conducían la investigación para establecer el delito cometido y reunir material probatorio. Por el contrario, en Inglaterra se insertaron los juicios por jurado, en el siglo XII, pero es hasta el siglo XIV que alcanzaron su auge. Desde ese entonces los procesos han tenido grandes cambios pero es recién con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se pretendía establecer un orden político internacional y promover la protección de los derechos humanos, por ejemplo el derecho a un juicio justo y derechos del acusado, tales como la presunción de inocencia, igualdad en el juicio, ser juzgados en una audiencia públicas ante un tribunal imparcial, garantías necesarias para la defensa, ser informado de los cargos, dar a la defensa tiempo y facilidades adecuadas, entre otros.

Es así que las bases del principio de igualdad de armas se han originado de la

jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, modelo regional que tuvo como base al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual estuvo inspirado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A este principio también lo podemos encontrar como principio de igualdad procesal. Se comienza a hablar del principio de igualdad de armas en Perú en el CPP desde su entrada vigencia en el año 2004, específicamente en el Título Preliminar, este principio busca dar protección del Estado a todos los ciudadanos a pesar de la acusación que exista contra él.

B. Definición

En principio, (Alvarado, 2005) define la igualdad en el proceso como igualdad de armas: “Igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes».

A tenor del numeral 3 del Art. I del Título Preliminar del CPP (2004) sobre este principio tenemos que “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la constitución y en este Código”. Bajo esta premisa, el autor (Ferrajoli, 1995) señala que las partes al interior de un proceso penal tendrán idénticas oportunidades y potestades para exponer sus pretensiones y defenderse en un juicio oral, público, concentrado, con inmediación de las pruebas y con el derecho de contradecir plenamente garantizado, a fin de resolver un conflicto de intereses, para ello es necesario que la defensa tenga la misma capacidad y los mismos poderes de la acusación.

Además, este principio exige que se lleve a cabo el contradictorio, ofreciendo al inculpado la posibilidad de alegar y contradecir lo que contra él se pretende establecer. Esto implica obviamente que al acusado y a su abogado defensor le debería estar permitido conocer las actuaciones, diligencias, para poder refutar las declaraciones o consideraciones que se contengan.

Para el autor (Carocca, 2005), la igualdad procesal es una garantía por la cual cualquiera que recurra a la justicia debe ser atendido con las mismas leyes en un proceso igual y fijo, incumplir con esta garantía supone estar en una situación de desigualdad que impide el desarrollo del principio de contradicción. Además, advierte un peligro latente en el proceso penal, toda vez que el MP lleva ventaja por ser un organismo de persecución penal, que posee recursos e infraestructura para aportar pruebas al proceso, mientras que el procesado no se

encuentra en la misma situación, teniendo como único resguardo el respeto a los principios procesales.

Se formula el principio de la siguiente forma: “las partes en cuanto piden justicia deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones” (Calamandrei, 1976). Para que el postulado no se convierta en letra muerta -expone el autor- debe ir acompañado del desarrollo de aquellos institutos que puedan servir para poner a la parte más débil en condiciones de paridad inicial frente a la más fuerte, a fin de impedir que, a causa de la inferioridad de cultura y de medios económicos, la igualdad de derecho pueda transformarse ante los jueces en una desigualdad de hechos. Y agrega: que a esto podría llamarse “nivelación social del proceso”; y que, por lo tanto, solo se debe conceder trato favorable a alguna de las partes si existen circunstancias determinantes de que el equilibrio o igualdad en el ejercicio de sus derechos de defensa sólo puede mantenerse con un tratamiento procesal distinto pero conducente al mismo.

Este principio novedoso frente al código de procedimientos penales se incorpora con la finalidad de superar la desventaja que tenía el imputado frente al representante del Ministerio Público, sin embargo, a la actualidad consideramos que no se ha logrado materializar del todo, situación que podría desprenderse del concepto que tiene la sociedad sobre el que si se inicia una investigación o un proceso penal, éste debe culminar con una sentencia condenatoria, más aún cuando se tratan temas de corrupción, similar situación que alcanza a los auditores de la CGR. Esta situación advierte que más allá de la práctica judicial, la desigualdad alcanza incluso al legislador cuando genera privilegios dirigidos a la parte acusadora, y no a la parte acusada, tal como sucede con el caso de la naturaleza jurídica de pericia procesal institucional otorgada a los informes emitidos por los auditores.

C. Características y funcionalidad

Respecto a las características del principio de igualdad procesal podemos ver en el Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, 21 de junio del 2002, fj. 246) se estableció que para que exista debido proceso legal es necesario que el procesado para hacer valer sus derechos pueda defender sus intereses de manera efectiva y en condiciones de igualdad procesal, por ello podemos ver que este principio forma parte de las garantías del debido proceso, además es un derecho de los sujetos intervinientes en una investigación independientemente de su calidad, deviene del principio constitucional de igualdad ante la ley, se encuentra regulado en nuestra Constitución, en el Título Preliminar del NCPP, en

constituciones de otros estados y en convenios internacionales, además va de la mano con la tutela jurisdiccional efectiva, prevalece sobre las norma del NCPP, involucra una participación probatoria.

Refiere (Bötticher, 1955) que el principio de igualdad en la rama procesal no requiere una igualdad aritmética, en cambio exige que se otorgue a las partes una razonable igualdad de posibilidades en el desempeño de su derecho de defensa y de acción. Determinando que la igualdad procesal no recae en desconocer las diferentes posturas las partes durante un proceso, sino en que tengan igualdad de posibilidades de probar lo que se alega e impugna a la contraparte, y que el Juez haga lo necesario para que ambos litigantes tengan esas diferencias posicionales en equilibrio, sin la existencia de privilegios, logrando así la emisión de decisiones imparciales.

Ahora bien, ya habiendo anotado las características del principio de igualdad de armas, debemos comprender la funcionalidad de estas dentro del proceso, es decir, como se manifiesta materialmente la aplicación de la igualdad procesal como un principio, como garantía, y en otras ocasiones como un derecho.

Esta garantía derivada genéricamente del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución política va de la mano con el principio de contradicción. De ese modo, se tiene que, por un criterio de justicia, tanto la parte acusadora como la parte que defiende al imputado tengan la posibilidad de actuar en igualdad de condiciones en el proceso penal. Es decir, que las partes dispongan de iguales derechos y oportunidades similares en el procedimiento a fin de expresar lo que convenga a sus intereses y sirva para sustentar su posición.

El numeral 3 del artículo I del Título Preliminar del CPP de 2004 establece que:

“(…) 3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

(…)”. Entonces, desde el punto de vista procesal, este principio, instituido como un derecho fundamental, garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión.

La igualdad está referida a la obligación concerniente al órgano jurisdiccional de proporcionar a las partes igualdad de armas, es decir, disponer de los medios necesarios para

hacer valer sus respectivas pretensiones. Pero este principio también obliga al juzgador a aplicar la ley con igualdad.

D. Ámbito normativo

El principio de igualdad se halla expresamente contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) que tiene jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Política del Perú, el que en su artículo 24 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley”. El artículo 8 de dicha Convención dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...”. En el mismo sentido, el artículo 14 inc. 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) consigna: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos con la misma relevancia en nuestro diseño constitucional- dispone en su artículo 7º que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley...” y en su artículo 10 que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente o imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

La cuestión también ha sido objeto de tratamiento por los tribunales internacionales entre los que cabe mencionar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que, con relación al principio de igualdad de armas ha dicho, que para que exista debido proceso legal es necesario que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables, recordando el Alto Tribunal: que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia. A este fin atiende el conjunto de actos de diversas categorías generalmente reunidos bajo el debido proceso legal... y, para alcanzar sus objetivos -prosigue la CIDH- se debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.

Es así como se atiende al principio de igualdad ante la ley ante los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. En esa línea la Corte Interamericana postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan

o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así porque si no existieran estos medios de compensación, ampliamente reconocidos en distintos aspectos del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

En el caso (Caso Cantos Vs. Argentina, sentencia del 28 de noviembre de 2002) el mismo Tribunal internacional expuso que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a la justicia para la protección de sus derechos; cualquier norma que imponga costos o dificulte de cualquier manera el acceso de las personas a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la administración de justicia es contraria al art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en tal sentido el artículo 25 de la Convención establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos, a cuyo fin no basta con que dichos recursos existan formalmente, sino que es menester que tengan efectividad y sean sencillos y rápidos.

E. Relación con el derecho de defensa

Tenemos que el principio de igualdad de armas o también llamado principio de igualdad procesal es el que permite un desarrollo correcto del derecho a la defensa, se valora el principio de igualdad de armas no solo en la etapa del juzgamiento del imputado, sino también, en la etapa intermedia y en la etapa de la investigación preparatoria. Si bien es cierto, que el principio de igualdad de armas está previsto en el CPP, sin embargo, es solamente enunciativo, porque aún se aprecia una desigualdad de armas entre el Ministerio Público y el imputado pues cuando se habla de igualdad ante la ley, se está refiriendo a la protección que debe dar el Estado a todo ciudadano por más imputación, o acusación que exista contra él, no olvidando que incluso sigue siendo inocente hasta que exista una sentencia firme contra él, pero aún más, siendo un condenado no deja de ser una persona que tiene dignidad y por ello requiere un trato humanitario.

Ambos principios aseguran que la defensa tenga el mismo acceso a pruebas, recursos legales y tiempo para prepararse como la fiscalía. Esto es esencial para que la defensa pueda contestar efectivamente las pruebas y los argumentos de la acusación. La igualdad de armas promueve un proceso transparente y equitativo, donde las reglas del procedimiento se aplican de manera igualitaria a ambas partes. Esto respalda el derecho de defensa al garantizar que el

acusado no sea colocado en una posición de desventaja frente a la fiscalía. Ambos principios juntos protegen derechos fundamentales como el derecho a un juicio justo y el derecho a la presunción de inocencia. La igualdad de armas asegura que el acusado tenga una oportunidad real y efectiva de defenderse, lo que es una condición indispensable para el ejercicio pleno del derecho de defensa.

F. Relación con otros principios procesales

F.1. El principio de igualdad de armas y contradicción

Sobre la relación que existe entre el principio de igualdad de armas y el de contradicción se manifiesta que “se debe aclarar que el efectivo ejercicio del derecho a la contradicción requiere de otro derecho que funciona como su substrato, el derecho a la igualdad procesal” (Chamorro, 2009, p. 39). El cual implica la obligación del órgano jurisdiccional de brindar un trato igualitario a las partes, sin discriminaciones de índole alguno, permitiéndoles tener acceso a la información de las actuaciones procesales, información del caso, en suma, procurando que se respete la igualdad de armas para desenvolverse en el proceso.

De otro lado, (Oré, 1999) señala que permitir al imputado hacer frente al sistema penal en una formal contradicción con igualdad de armas, se traduce en un efectivo derecho de defensa que garantizara además un debido proceso, en el podrá controlar pruebas de cargos, y le permitirá probar hechos que excluyan o atenúen responsabilidad, pudiendo así obtener lo más favorable al acusado.

Asimismo, (San Martín, 2003) manifiesta que el principio de contradicción y el principio de igualdad de armas son de “carácter estructural igual”, los dos son principios fundamentales del proceso penal.

Sobre los alcances dados por los autores, nos encontramos de acuerdo pues es esencial en el proceso penal el desarrollo de los principios de igualdad de armas y contradicción para su correcto desarrollo, pues el respeto de estos dos principios garantizara la efectividad del derecho de defensa y debido proceso.

F.2. Relación con el principio acusatorio y de congruencia

El principio acusatorio, con el objetivo de asegurar imparcialidad, exige la diferenciación entre un órgano instructor y otro juzgador, la división y reparto de roles donde uno es el que acusa y otro el que juzga, funciones que, sin embargo, estarán vinculadas por el

principio de congruencia según el cual, no se puede condenar por hechos distintos a los que se acusó (de lo cual se deduce que, necesariamente, el procesado debe tener conocimiento previo de ese acto) ni a sujeto diferente de aquel que fue acusado. Así mismo, prohíbe la reforma en perjuicio cuando el recurrente es apelante único. Su relación con el principio de igualdad de armas es clara, pues, por ejemplo, el conocimiento previo de los hechos por los que se acusa es información esencial que constituye una de las armas con las que cuenta el procesado para el desarrollo de una efectiva estrategia defensiva.

No obstante, lo antes indicado, el principio de igualdad de armas, en primer lugar, tiene una naturaleza que no se refiere sólo a aspectos estrictamente orgánicos, sino que tiene una esencia dual, es decir, por un lado, puede garantizar derechos de manera autónoma y, por otro, tiene una naturaleza de modo, esto es, ordena la forma en la cual deben desarrollarse ciertas funciones y prerrogativas. Así, por ejemplo, si no se conoce la acusación, flagrantemente se vulnera tanto el principio acusatorio como el de igualdad de partes en tanto se despoja al sospechoso de una de sus armas, pero no basta tampoco con que exista un conocimiento previo de la acusación, sino que este debe darse en condiciones tales que no sitúen a la defensa en una posición de inferioridad frente a la fiscalía, por lo que deberá concederse esa información con la antelación suficiente, de manera detallada, completa y en lenguaje comprensible.

Además, el principio de igualdad de armas tiene una diferencia de grado con el principio acusatorio pues el primero no se circunscribe únicamente a aspectos de diferenciación de órganos y división de funciones, sino que se proyecta sobre cada aspecto del proceso, verbigracia, guía también la manera en la que las víctimas pueden participar en el procedimiento penal (de manera tal que no se genere un desbalance en perjuicio para el acusado) o las condiciones en las cuales debe ser desarrollada la producción de material probatorio por parte de la defensa.

En resumen, la relación que existe entre el principio acusatorio y el de congruencia con el principio de igualdad de armas radica en permitirle al acusado conocer previamente los hechos de los que se le está acusando para así poder obtener armas con las que podrá defenderse, sin embargo, no es lo único de lo que debe tener conocimiento el acusado si no también debe haber condiciones que le permitan no estar en una posición inferior a la fiscalía.

2.8. Principio de contradicción

2.8.1. Antecedente histórico

Este principio tiene reconocimiento en diversos ordenamientos jurídicos

internacionales y por ende existen varios referentes de su origen, en primer lugar, Méndez, (2017) refiere sobre sus raíces históricas que en principio era llamado de controversia pues se daba sobre la base del principio latino *et altera pars* (dejar a la otra parte), es decir, debe darse la audiencia a ambos adversarios en igualdad de condiciones, además de ser oídos antes de resolver cualquier cuestión. El origen de la contradicción se remonta desde los antepasados jurídicos de nuestro sistema legal, en especial sintonía con los ordenamientos griegos y germánicos; estos sostenían que la equidad y/o igualdad era un punto de equilibrio entre las partes procesales en controversia, por lo tanto, era necesario escuchar a los dos para evitar la valoración de elementos probatorios que no hayan sido sujetos a la contradicción probatoria.

Echandía (2009) sobre el origen del derecho de contradicción nos dice que:

“El derecho de contradicción tiene, pues, un origen claramente constitucional, exista o no texto expreso que lo consagre, y se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal, estudiados en el capítulo: el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales; el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación.” (p. 210)

El autor nos direcciona a la siguiente etapa de la vida del principio de contradicción, ya que es a través de la creación de constituciones que el reconocimiento de los derechos fundamentales ha implicado el uso de los principios jurídicos históricos y también de las garantías procesales. En este sentido, el principio de contradicción empieza a ser reconocido como un derecho inherente de la persona, sufriendo de esta manera, una introducción multifuncional al ordenamiento jurídico conforme a los efectos que produce –principio, derecho y garantía-.

2.8.2. Definición

A modo de introducción, antes de ingresar al aspecto conceptual de la contradicción, es pertinente indicar la postura de Guillén (2013):

“Esta es una de las propiedades más características del sistema penal acusatorio, el escenario de la contradicción, es un principio que no sólo nos faculta a controvertir la prueba, sino que nos permite participar en la formación de la misma. El investigador y el técnico de la defensa —con su labor— aportan los elementos fundamentales para que el abogado ejerza el derecho de contradicción en cada una de las audiencias donde se ejerza el derecho de defensa; asimismo, tal principio estipula que cada actividad a

ejecutar por el equipo de la defensa debe ir orientada a rebatir y contradecir la hipótesis del ente acusador y al esclarecimiento de la verdad.” (p. 28-29)

Por ello, cuando hablamos de la contradicción como un derecho del sujeto procesal comprende que el acto de defensa ejercido debe rebatir y/o contradecir aquel elemento fáctico o probatorio que se contraponga al esclarecimiento de la verdad, esto radica en la facultad de creación de argumentos probatorios; en otras palabras, aquella potestad para construir una teoría que refleje conceptualmente la verdadera sucesión de los hechos.

Bajo la línea doctrinal de Sánchez (2011):

“El principio de contradicción, como principio informador de la actuación probatoria, permite a la defensa contradecir la prueba de cargo. Por eso, ella debe hacer todo lo posible por falsearla, para demostrar que no es exacta o que hay aspectos de ella que pueden ser interpretados de otra manera. Si el examen de la prueba no se realiza, sino que se obtiene unilateralmente por la parte interesada sin que nadie la haya examinado, la información será de baja calidad y no ofrecerá garantía de su fidelidad.” (p. 147)

En esta línea de ideas, es ideal mencionar que la contradicción tiene varias dimensiones jurídicas; una de ella es su expresión como principio regente del derecho procesal, en especial en el ámbito penal. Este principio tiene como finalidad garantizar no solo la capacidad procesal del sujeto pasivo de la acción penal de objetar o utilizar cualquier herramienta procesal para asumir una posición contraria a la postulada en su demérito; sino un sentido general que vincula a ambas partes para que puedan ejercer esta capacidad en plena igualdad.

De esta misma forma, podemos concluir que el principio de contradicción, por definición, también tiene una estricta vinculación con la teoría probatoria; esto se debe a la estructura dialéctica que tiene debate el procesal, pues parte de la idea de la existencia de una tesis –pretensión materializada del acusador- contrapuesta con una antítesis –acto de contestación del imputado resultando en una respuesta del órgano jurisdiccional, la relación radica en la necesidad de contrapesar la tesis con la antítesis y los materiales presentados para fundamentarlos.

La finalidad de este principio para González (2014) es:

“(…) A través de este principio se permite depurar toda la información que ambas partes incluyen como piezas de su investigación en la elaboración de sus teorías del caso. Esta depuración se da no solo en la etapa del juicio oral, sino desde la primera audiencia en las etapas previas al mismo. Inmediatamente después de que se manifiesta

una de las partes, los jueces, le dan el uso de la palabra a la parte contraria, para que conteste o se manifieste también sobre lo que acaba de decir la contraparte.” (p. 44)

A esta descripción del principio hecha por el autor agregamos que es importante resaltar que la contradicción es una institución necesaria mucho antes de la iniciación de esta, es pues desde el traslado de la acusación la primera expresión de la posibilidad contradictoria que se le otorga a la contraparte para refutar la imputación fáctica en su contra. Por ejemplo, en el momento de la elaboración de los informes de control, sin embargo, podría ni siquiera estar solicitándoles a los imputados sus descargos o no son tomados en cuenta. Desde una construcción negativa de la idea, no puede existir un proceso legal equitativo e igual si es que no se permite el uso de contra-argumentar a algunas de las partes en conflicto.

En palabras de Quiroz (2013) la contradicción:

“La contradicción constituye un principio y garantía del proceso judicial de todo Estado democrático. Todo proceso judicial nos remite al conjunto de relaciones y actuaciones que sobrevienen, en el ámbito del órgano jurisdiccional público, a propósito de un diferendo entre partes enfrentadas en sus respectivas pretensiones e intereses. De lo anterior, resulta que es consustancial al proceso judicial, la existencia de partes confrontadas ante el órgano jurisdiccional público, a quien corresponderá, inicialmente, decidir el diferendo, el conflicto.” (p. 28)

De esta manera el enfrentamiento procesal supone una relación de posiciones fácticas y de actuación que se contraponen dentro de un sistema estructurado que les permite brindar argumentos, prueba y acciones que les conceda la normativa del proceso; desde este punto de vista, la contradicción comprende una función multidimensional, tanto como garantía, principio y derecho; los cuales tienen sus propias funciones que se aplican de distinta manera pese a que su definición y denominación –nombre- son las mismas.

En esta línea de ideas, la función contradictoria, en sentido general, también es una expresión del Estado democrático, dado que tiene por finalidad el escuchar a las partes contrarias y las ideas argumentales que consideren pertinentes.

La respetada jurista peruana Ledesma (2008) diserta acerca de la definición de la contradicción como principio:

“La noción de igualdad que está presente en el principio de contradicción, no es de índole aritmética, sino de una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y la defensa. Es perfectamente posible que la trama del proceso incluya algunas

pequeñas desigualdades motivadas por necesidades técnicas, por citar, el conocimiento de una causal de tacha u oposición, luego del plazo para interponerla, señala el artículo 302, "el juez pondrá en conocimiento a la otra parte, acompañando el documento que lo sustente, apreciando la tacha al momento de sentenciar." (p. 88)

No es inadvertido para la presente investigación que la igualdad procesal como un derecho de las partes, no es un derecho absoluto o ilimitado; de la misma forma, consideramos que tampoco lo es el derecho del accionante a la tutela jurisdiccional; esto implica que siempre deba existir una congruencia de respuestas entre el argumento y el contraargumento. Existen, por cuestión de otros principios necesarios para la correcta administración de justicia ciertos detrimentos al principio contradictorio, siempre y cuando estas limitantes no agraven intensamente el ejercicio del derecho de defensa o la igualdad de armas.

Entendiendo a la contradicción como una acción, perseguimos lo mencionado por Leonardo (1986): "Este elemento permite ejercer simultáneamente y en forma recíproca el contralor de la actividad procesal y la contraposición de los argumentos y razones y fundamentaciones de las partes intervinientes sobre las diversas cuestiones introducidas en el debate." (p. 36)

El control procesal de las actuaciones de los sujetos procesales es ejercido, en buena medida por ellos mismos, a razón que, si una parte ejerce más acciones que la otra, automáticamente se supondrá que este tendrá una mayor ventaja, por ello es necesario que ambas partes tengan la posibilidad de contravenir todo fundamento que no le favorezca plenamente, y que este desequilibrio sea generado por la intensidad del debate.

Los investigadores De la Jara Basombrío, et al. (2009) coligen sobre la contradicción: "Según este principio, el proceso penal es una controversia entre dos partes contrapuestas que pugnan porque el juez les dé la razón: el fiscal y la parte civil, por un lado, y el presunto imputado, por el otro. Los primeros buscarán demostrar la responsabilidad penal del imputado, mientras que el segundo pretenderá que se declare su inocencia o, en todo caso, que se le imponga la pena menos grave. Finalmente, el juez, árbitro imparcial de esta controversia, tomará una decisión sobre la base de los argumentos presentados por cada una de las partes." (p. 75)

No es novedad para la dogmática procesal que cuando no referimos a la concepción de la contradicción hablamos de la contraposición de intereses entre la parte acusadora y la acusada, pues el primero busca que un juez le otorgue la razón sobre los fundamentos que

responsabilicen al segundo sobre algún acto condenable, y por el otro lado, está aquel que desea demostrar que es inocente, o en defecto que se le aplique una pena no grave. Frente a ellos se encuentra el juez, quien supera la controversia a través de la inmediación y el razonamiento judicial.

Riveros (2012) menciona que “Es un derecho equivalente al derecho de acción, el cual consiste en el derecho que tiene la parte, o el acusado, a ser oído antes de que una decisión judicial lo afecte, vinculado a una situación jurídica determinada.” (p. 35-36)

En definitiva, la contradicción entendida como un acto procesal, estila la forma en la cual el derecho procesal regula como actúa la contraparte de la parte acusatoria dentro del proceso, esto tiene como finalidad el ser escuchado por el órgano jurisdiccional en igualdad de condiciones y así brindar un panorama más amplio de los hechos antes de que el operador de justicia tome una decisión.

Para los autores Seminario, et al. (2001), la contradicción se materializa a través de:

“la posibilidad de las partes de acceder a la jurisdicción para hacer valer sus respectivas pretensiones mediante la aportación de pruebas, aún adicionales, peticiones de aclaración, a ser oído (última palabra), etc.”; lo cual implica que las pretensiones deben ser sustentadas verbalmente y en audiencia.” (p. 13-14)

La contradicción si bien tiene una dimensión principalista, su materialización en el iter procesal se da en forma de acción y de diferentes maneras, lo que en buena cuenta es un conjunto de conductas partes de la contradicción como derecho; entre ella podemos encontrar a la posibilidad de la aportación aprobatoria, el derecho a ser oído y al ejercicio del derecho de defensa propiamente dicho. Cómo podemos interpretar la capacidad de contradecir es un elemento esencial prevaleciente de los nuevos sistemas de administración de justicia.

El nuevo sistema de justicia penal acusatorio desde la perspectiva constitucional de la Suprema Justicia de la Nación de México (2016), nos dice:

“El principio de contradicción se presenta, a nuestro juicio, como el principio fundamental sobre el cual descansan y en torno al cual giran los demás principios del nuevo sistema de enjuiciamiento penal. En efecto, pues como lo destaca María Eloísa Quintero, siguiendo la idea del legislador, “consiste en el indispensable interés de someter a refutación y contra argumentación la información, actos y pruebas de la contraparte.” (p. 66)

Queda en evidencia la importancia de la capacidad de acción y contradicción para el debido proceso como garantía, tanto es ello, que gracias al reconocimiento de la contradicción es posible implementar otros derechos como los anotados previamente (capacidades postulatorias de prueba, hechos, contraargumentos, etc.). Es pues, la necesidad de someter a debate una premisa fáctica un elemento fundamental para poder garantizar que la decisión tomada por el juzgador es producto de un análisis contrapuesto de posiciones.

En palabras de Salas (2011) citando a Gimeno Sendra:

“Según Gimeno Sendra, el principio de contradicción “se constituye sobre la base de dotar a las partes –acusador y acusado– del proceso penal, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la condena.” (p. 52-53)

El principio de contradicción implica la posibilidad de acceso que tiene el imputado para comparecer al órgano decisor a fin de comunicarle su posición estratégica y también el traslado del material probatorio que acredita directa o periféricamente dicha hipótesis fáctica. La relevancia del principio no caduca con el acto postulatorio, pues también sugiere la posibilidad de actuar la prueba que requiere una mayor precisión argumentativa que la meramente documental.

Los autores Montero et al., (2001) anotan un elemento conceptual del principio como:

“Este principio tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional.” (p. 27)

No cabe duda que el sistema judicial concibe al proceso como una estructura donde dos sujetos pueden ventilar un debate de connotaciones jurídicas, renunciando o desprendiéndose de la posibilidad de resolver sus conflictos por su propia mano o bajos sus propios métodos. Este acuerdo consuetudinario no pretende despojarlos de su posibilidad de confrontación argumental, sino que le otorga la facultad de decisión, sobre la mayor base de objetividad posible, a un tercero que se considera imparcial y experto en la resolución de conflictos, al cual hemos denominado “juez».

Con ello presente, se anota que la discusión sigue perteneciendo a los justiciables, pero

ahora sobre la base de una forma pacífica, dentro de lo posible, de debate argumental; donde siguen presentes sus capacidades confrontativas o de contradicción, pero oídas por un ente judicial y autónomo; quien decidirá luego de concluido el debate, quién tiene la razón.

Para Palacio (2003) el principio de contradicción es:

“Este principio, llamado también de bilateralidad o de controversia, deriva de la cláusula constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (CN, art. 18). En términos generales, implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella. Es sobre esa idea fundamental que las leyes procesales estructuran los denominados actos de transmisión o comunicación, como son los traslados, las vistas y las notificaciones.” (p. 66)

No se debe dejar de lado que la práctica judicial utiliza a la cédula de notificación como instrumento por el cual comunica a cualquiera de los sujetos procesales sobre los hechos o actos en los que pueda intervenir o haya intervenido; esto es, el punto de inicio para que el agente contradictorio estructure una estrategia de defensa que posteriormente será escuchada u oída por el juzgador, esto, en buena cuenta, se traduce como el ejercicio del derecho a la defensa.

Por su lado Sánchez (2004) a través de su guía práctica precisa:

“La contradicción supone la posibilidad que tienen las partes llámense fiscal y defensa del acusado para sustentar sus planteamientos mediante la aportación de pruebas, la discusión o debate sobre estas y la argumentación final o alegatos que pudieran sostener previamente a la decisión final del juzgador. Este principio describe la naturaleza del juicio oral como etapa procesal comunicacional (dialógica) y dialéctica, que garantiza la debida y operativa oportunidad de que las partes hagan oír sus razones, controlen y aporten circunstancias, aleguen sobre estas y efectúen sus respectivas peticiones ante el órgano de decisión, el que deberá fallar conforme a los elementos obrantes.” (p. 569)

De lo mencionado, colegimos que no debemos confundir a la contradicción como un derecho exclusivo de la defensa del imputado; porque a pesar de que la diferenciación entre estos los dos sujetos procesales es clara –acusador y acusado–, la contradicción es una potestad que ambos tienen. La aplicación o manifestación de este derecho surge cuando la parte enfrentada propone material probatorio o un *facto* hipotético que pueda ser objeto de

controversia, y, en consecuencia, la otra parte pueda, en definitiva, revisarla, analizarla y si lo considera pertinente objetarla o contradecirla.

Esta es pues una función dialéctica del proceso, pues permite a los dos sujetos ser productores y objetores de la prueba que generará convicción al ente judicial; o en específico, quienes deciden sobre la razonabilidad de los argumentos y la fiabilidad de las pruebas.

Sobre las características el maestro Calderón (2011) precisa las disposiciones anotadas por el CPP:

“(…) implica las contra argumentaciones recíprocas, el derecho a fiscalizar lo que dice o hace la parte contraria en el debate oral. En el nuevo CPP se expresa este principio en disposiciones concretas:

- a) La presencia obligatoria del Fiscal, del acusado y su defensor para la instalación de la Audiencia.
- b) El derecho a intervenir con plena igualdad en la actividad probatoria.
- c) La existencia de alegatos preliminares en los que se presentará la teoría del caso.
- d) El interrogatorio y contrainterrogatorio que se puede efectuar a los órganos de prueba.
- e) La presentación de alegatos finales.” (p. 340)

De las mencionadas, la reciprocidad entre las partes es una característica de la contradicción, dado que, se materializa a través del despliegue de conductas dentro del proceso, que conforman sub características, una de ellas es la referida a la capacidad de introducción de material probatorio, así como la posibilidad de debatir la prueba ofrecida por la otra parte. Esta capacidad está propiciada por la necesidad que tiene el órgano jurisdiccional de escuchar las razones por las cuales la información contenida en el material es pertinente o no.

En relación a los límites del principio de contradicción anota Gozaíni (2015) desde la perspectiva de la teoría general:

“La teoría general sostiene el principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve, no hay juicio sin actor, no puede el Juez promover de oficio una causa, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias posibles, ejecución a instancia del

interesado, etc. etc. Todos estos principios no tienen plena adecuación en el proceso constitucional.” (p. 40)

En cuanto a lo mencionado por el jurista estas son algunas sub-características detectadas referentes al principio de contradicción:

- Quien alega debe probar lo afirmado.
- Debe existir un íntimo vínculo entre lo que se ha pretendido con la forma en que se va a resolver.
- No hay debate judicial sin actores
- El juez no puede iniciar el proceso
- Una sentencia sólo produce efectos sobre las partes del proceso
- El derecho de interponer recursos y acciones judiciales.
- Derecho a la impugnación

Desde la visión de Benavente (2009) las características que contienen el principio de contradicción son:

“i) Constituye un derecho fundamental previsto en la Constitución y en las leyes inferiores; en tal sentido se reconoce la prohibición de la indefensión y se resalta el ejercicio amplio del derecho de defensa que no es sino la consecuencia del principio contradictorio.

ii) Este principio se reconoce a todas las partes; no solo al acusador, también al acusado. En el proceso penal significa la posibilidad que tienen las partes de acceder a los tribunales en cada instante.

iii) El contenido fundamental de este principio radica en la necesidad de que el procesado deba ser oído.” (p. 94)

La manera atinada en que desdobra el autor las características del principio de contradicción permite identificar la manera en que incide en otros derechos y garantías procesales, en este sentido, una característica general del principio de contradicción es su presencia en otros principios, derechos y garantías, como lo son el derecho de tutela jurisdiccional, derecho de defensa; etc.

Por otro lado, el jurista propone que el principio de contradicción se fundamenta en la

base normativa que la reconoce como derecho fundamental o leyes derivadas de esta.

El jurista reconocido Bovino (2005) anota cuatro características del principio de contradicción:

“El principio de contradicción, que rige ampliamente durante el debate, implica que las partes tengan: a) la posibilidad de ser oídas por el tribunal; b) la posibilidad de ingresar pruebas; c) la posibilidad de controlar la actividad judicial y de la parte contraria, y d) la posibilidad de refutar los argumentos que puedan perjudicarlas. Además, una consecuencia de este principio es el deber que incumbe al juzgador respecto al fundamento de su sentencia: es indispensable que su convicción emane de los actos del debate, ya que son ellos los que han podido ser apreciados y discutidos por las partes.” (p. 252)

Ahora bien, la contradicción no solo es un principio que otorga potestad al acusado de ser oído por el juez, sino, también comprende la obligación que tiene el órgano juzgador de motivar su decisión sobre la convicción otorgada por el debate procesal; esto quiere decir, que el juez motiva las razones por la cuales le otorga o da la razón a alguna de las partes, o por si otro lado ha decidido desde otra perspectiva que a su criterio resulta la correcta, jurídicamente hablando. Entonces, es posible establecer que, la contradicción se encuentra presente hasta en tres etapas procesales, la postulatoria, probatoria y decisoria.

En palabras del maestro Rosas (2009) el principio de contradicción reviste al proceso penal siempre y cuando se le permita defenderse y plantear su postura:

“(…) está revestido por el principio de contradicción cuando a los sujetos procesales (acusador e imputado), se les permite efectivamente acceder al proceso a fin de hacer valer libremente sus respectivas pretensiones y defensas, mediante la incorporación de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de prueba, así como cuando se le concede al acusado su derecho a ser oído con anterioridad a la sentencia. Tanto acusador como defensa examinarán y contra examinarán a sus testigos y peritos podrán oponerse a la admisión de los medios de pruebas, y a una pregunta mal planteada a través de las técnicas de las objeciones.” (p. 157)

El proceso penal y la contradicción son revestidas por la libertad de las partes que actúan en ella en lo referente a la elección de sus pretensiones y la forma de su defensa, de la misma manera pueden introducir y rebatir postulaciones fácticas-probatorias, la capacidad de ser oídas por el tribunal que los juzga, antes de que emitan una sentencia que los perjudique,

por ende, consideramos al principio de contradicción históricamente contemporáneo con la creación del proceso penal moderno.

El examen que se realiza a las declaraciones previas nacen con razón a la posibilidad de la contraparte a evidenciar frente al juzgador todo tipo de incongruencias, contradicciones o errores contextuales referidos al contenido de estas, a fin que la verdad –judicial- sea esclarecida en juicio y por medio de la inmediación de aquel que resolverá la controversia justamente utilizando tal declaración como parte de su fundamento.

En palabras de Talavera (2009) quien define terminológicamente la palabra:

“Contradicción: Implica que, para ser válida o por lo menos eficaz, la prueba debió haber sido producida con audiencia o intervención de la parte contraria, de modo que ésta pudiese haber fiscalizado su ordenada asunción, y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba en descargo.” (p. 27)

Conforme lo expone el autor, una característica de la contradicción, es su capacidad de producir prueba eficaz, pues este principio implica el control de admisibilidad de la prueba y delimita su funcionalidad en juicio.

En resumen, nos encontramos de acuerdo con la definición dada por el autor Guillen pues notamos que el principio de contradicción nos permite contravenir la prueba, participar en su formación, buscando que cada actividad que desarrolle la defensa este orientada a rebatir y contradecir la hipótesis del acusador, asimismo nos adherimos a la precisión de Sánchez al señalar que efectivizar este principio implica dejar la posibilidad de falsear la prueba de cargo, demostrar que no es exacta o que contiene partes que podrían interpretarse de otra manera, el permitir que sea obtenida unilateralmente sin examinarse no garantiza su calidad.

Asimismo, compartimos la posición de Sánchez cuando señala que el principio de contradicción no es exclusivo para la defensa del acusado, corresponde a ambas partes. En ese sentido, sostenemos que el principio de contradicción es fundamental para garantizar la equidad y la justicia en el proceso penal, ya que establece que quien alega debe probar lo afirmado, asegurando que las afirmaciones no queden sin sustento. Además, la necesaria vinculación íntima entre lo pretendido y la resolución garantiza la pertinencia y la coherencia del proceso. La participación activa de las partes y la imposibilidad de que el juez inicie el proceso resguardan la imparcialidad judicial, mientras que el principio de que una sentencia solo afecta a las partes implicadas respeta la individualidad del caso. Los derechos a interponer recursos y a la impugnación son esenciales para que las partes puedan defenderse

adecuadamente y buscar justicia ante posibles errores o injusticias.

2.8.3. Funcionalidad

Ahora bien, ya habiendo anotado las características del principio de contradicción, debemos comprender la funcionalidad de estas dentro del proceso, es decir, como se manifiesta materialmente la aplicación de la contradicción como un principio, como garantías, y en otras ocasiones como un derecho.

Bajo la concepción Lluch (2007) mencionando la funcionalidad del principio de contradicción escribe:

“Garantizar la contradicción en las pruebas acordadas ex officio iudicis. Se trata de un mandato específico en cuanto a la práctica de las pruebas. Ya hemos indicado que la contradicción es una garantía esencial de la práctica de la prueba. Ahora debemos añadir que la intervención de ambas partes en la práctica de las pruebas es una garantía, común a la prueba practicada a instancia de parte y de oficio, pero que adquiere especial relevancia en ésta última, en la medida que las partes pueden intervenir en una prueba no propuesta por ellas.” (p. 38)

Sobre lo citado, que las dos partes contendientes participen de la actuación probatoria no solo es parte de la expresión del derecho de defensa, sino que, se encuentra recogida en la garantía de la contradicción y la producción de prueba, así sea de parte o de oficio, entendiéndose que los sujetos participantes del debate judicial tienen total autorización de emitir un comentario argumental sobre la información que se plasmará en la sentencia que dicte el órgano judicial.

Para Salas (2012) la materialización de la contradicción va a depender de la presencia de ciertos elementos:

“(…) importa la información previa acerca de los hechos y, para el caso de la prueba, el conocimiento de los actos de investigación a realizar por el Ministerio Público, así como de los medios probatorios ofrecidos por las partes, lo cual resulta necesario para que, posteriormente, se pueda controvertir el acto dispuesto o el medio propuesto. Entonces, bajo este principio, el Ministerio Público tiene la obligación de informar acerca de los actos de investigación cuya realización dispone, a fin de permitir su refutación, sea porque resulte un acto de indagación impertinente, desproporcional, arbitrario, etc.” (p. 61-62)

En materia penal, la contradicción exige la comunicación de todo acto de investigación a realizar por la parte acusadora, esto no quiere decir que el investigado solo tenga derecho a ser informado, pues realmente la contradicción sólo devendría a ser un derecho informativo; sin embargo, este principio entiende que la información comunicada pueda ya en ese estadio afectar derechos procesales o fundamentales del procesado, por ello, genera la posibilidad de su participación en tales actos diligenciales, dentro de la medida de lo posible, pues no todo acto de investigación es controvertida per se.

Sobre el tópico de la finalidad de la contradicción comenta Rosas (2018) desde un punto de vista más práctico:

“La contradicción orienta al debate procesal penal en dos sentidos, a saber, uno, hacia el derecho que tienen los sujetos procesales a presentar y controvertir las pruebas, y dos, hacia la obligación que tiene el funcionario judicial de motivar las decisiones. Incluso cuando se provea por decisión de sustanciación, medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales.” (p. 101)

La contradicción dentro del debate procesal plantea dos dimensiones que comprenden a los sujetos procesales; pues, por un lado, permite conocer a las partes sus derechos a proponer y objetar prueba, y, por el otro, permite exigir al juez motivar sus resoluciones en torno a lo debatido; esta segunda capacidad tiene criterios fundamentales, en toda medida que, si de la postulación probatoria o la refutación de esta el magistrado advierte algún tipo de afectación en agravio de los derechos fundamentales de los sujetos, lo que puede reconducir la estrategia o desvalorizar el argumento de defensa.

A propósito, Zamudio (2011), comenta cual es la finalidad de la capacidad de contradecir:

“Consiste en el indispensable interés de someter a refutación y contra argumentación la información, actos y pruebas de la contraparte. En ese sentido, por ejemplo, el sistema acusatorio permite que el acusado tenga derecho desde el momento inicial a que se le informe de los hechos que se le atribuyen y conozca las pruebas que existen en su contra, para que esté en posibilidad de contestar, refutar o contradecir los cargos que le son imputados.” (p. 67)

El acusado tiene una posición adversarial dentro del proceso, pues dotar de conocimiento sobre lo pretendido en su contra implica no solo hacerle conocer sobre las imputaciones fácticas que postula quien le acusa, sino también, sobre todo el conjunto de material probatorio que sustente aquel relato de hechos, esto, con el fin que el mencionado

pueda someter a refutación y contra argumentación los datos o elementos que advierta no sean reales o que sean producto de una vulneración a sus derechos.

Por otro lado, para Reátegui (2018) la finalidad relacionada a la capacidad de contradicción es el reconocimiento de las garantías procesales necesarias para el avance del proceso:

“(…) es hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, la necesidad de contradicción efectiva exige reconocer un cuadro de garantías procesales que limiten la actividad de la acusación y del órgano jurisdiccional; y es en esa línea donde debe ubicarse el principio de imputación necesaria, como una suerte de limitante del derecho que tienen los órganos estatales de perseguir los delitos, la misma que tiene que estar acorde con ciertos estándares -constitucionales- de garantía para el imputado.” (p. 976)

De esta manera, el afán contradictorio que sustenta la bilateralidad en el proceso reconoce que el derecho a de tutela del fiscal penal no es un derecho absoluto, en tanto, sirve como una limitante a esta capacidad de pretender la facultad que tiene el procesado de responder a la pretensión, ambas acciones regulan y limitan, a la vez, la oportuna respuesta que debe emitir un órgano jurisdiccional competente, pues se entiende que este no puede extender el proceso a una controversia no planteada, en especial por la garantía procesal del debido proceso y el derecho de defensa.

Debemos tener en cuenta que la situación jurídica inicial o subsiguiente del proceso de un sujeto no es un fundamento suficiente para la enervación de su derecho de contradicción, por lo que, la mutación de sus derechos dependerá estrictamente de un debate donde se haya analizado los criterios ponderativos que finalmente sirvan para concluir si es que debe existir o no una disminución de derechos fundamentales.

En esta línea de ideas citando a Vázquez (1996) el enfoque o finalidad del derecho de contradicción:

“(…) es de índole predominantemente abstracta, ya que resulta independiente de la situación jurídica sustantiva en que el sujeto se encuentra (...). Toda persona que es penalmente perseguida, por el solo hecho de la imputación y cualquiera fuere la naturaleza y seriedad de la misma, está investida, a través de los medios legales pertinentes, de la facultad de contradecir la atribución, derecho que surge con la imputación misma y va delimitándose con mayor claridad a medida que tal imputación se convierte en acusación.” (p. 178)

Finalmente, es conducente anotar que la finalidad de la contradicción tiene ciertos límites materiales, pues como se ha desarrollado doctrinalmente, ningún derecho, principio o garantía se evoca la condición absolutista de sus efectos, pero sí existen ciertos principios que tienen mayor incidencia en el derecho procesal a diferencia de otros.

A propósito de ello, la delimitación del efecto principio del principio de contradicción según Castañeda (2011) se describe en los siguientes términos:

“(…) comprende el derecho a ser oído previa a la emisión de la resolución final que le imponga la destitución, para lo cual se exige que haya sido oportunamente notificado, en cuyo caso el respeto al derecho no necesariamente se ejerce de manera oral en esta etapa, pues la presentación de un informe escrito satisface las exigencias de no generar indefensión.” (p. 609)

El punto de partida de la aplicación del principio de contradicción inicia a partir de la presentación de una acusación en contra de una persona frente a un órgano jurisdiccional. Tal acto postulatorio enciende los efectos de la contradicción, pues una vez calificado el escrito, de ser admisible, debe ser inmediatamente trasladada a la parte acusada. Sin embargo, hemos detectado que este principio podría estar viéndose afectado toda vez que los auditores no solicitan los descargos a los auditados, o cuando a pesar de solicitarlos hacen caso omiso, y no los toman en cuenta. Por otro lado, este principio involucra el derecho que tienen los sujetos procesales a presentar y controvertir las pruebas, sin embargo, por la naturaleza otorgada a los informes, no se abre la posibilidad a tener prueba similar que permita controvertir esta prueba.

2.8.4. Naturaleza y Fundamento

2.8.4.1. Naturaleza

Sobre la naturaleza del principio de contradicción Ferrajoli (1995) desde una perspectiva penalista:

“Dicho en términos más generales, en un sistema penal de tipo cognoscitivo, todos los actos en que se expresa el principio de contradicción -imputaciones, absoluciones, testimonios, confesiones, denuncias del co-implicado, reconocimientos, careos, requisitoria, alegatos defensivos, impugnaciones, excepciones, etc.- equivalen a momentos de un conflicto entre verdades judiciales contrapuestas: es decir, entre aserciones que enuncian o sostienen hipótesis acusatorias y aserciones que las contradicen, confutando con ello no sólo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan.”(p. 543)

Para el autor entonces, la contradicción entiende un conjunto de actos posibles de actuarse dentro cualquier etapa del proceso; a propósito de ello, se anotan dentro de estos sucesos procesales a la posibilidad de contraponerse a la imputación, absolución, testimoniales, confesiones, denuncias, careos, alegatos, impugnación y la excepción. Estos actos no podrían ser válidos si no se le otorga al adversario la posibilidad de rebatirlos según corresponda, admitirlos de manera total o parcial.

En palabras de Irún (2009) la naturaleza del principio de contradicción proviene del principio de igualdad de las partes:

“El principio de bilateralidad o de contradicción deriva precisamente del principio de igualdad de las partes, no obstante, lo cual conviene darle un tratamiento separado. Toda persona sobre quien pesa una acusación o pretensión tiene derecho de contradecir (o refutar), a ser oída antes de que se tome una decisión: *audita tur altera parís* (sea oída la otra parte). La afirmación que efectúa el actor en una demanda, debe ser siempre trasladada al demandado para que la conteste, lo que supone el fundamento lógico y jurídico del proceso. Antes de esto, el juez no puede dictar sentencia que ponga fin al conflicto transformado en litigio.” (p. 95)

Entonces, para el autor, la contradicción nace a partir de la creencia procesal de que las partes controvertidas son iguales, dentro de lo posible, pues existe una clara diferencia sustancial entre quien acusa y quien es acusado; a partir de esta diferencia, se crea el esquema formal del proceso, de esta manera el juez fija su atención en oír a ambas partes por igual y en igualdad de condiciones.

2.8.4.2. Fundamento

Por otro lado, cuando hablamos sobre el fundamento del principio de contradicción debemos entenderlo como una garantía; precisando que el derecho procesal proscribiera de su sistema que una persona se vea perjudicada en cualquier extremo de alguno de sus derechos a causa de un proceso judicial del cual no tuvo la oportunidad de introducirse, es decir, del cual nunca fue notificado y no pudo discutir conjuntamente con el demandante y el juzgador imparcial sobre su posición sobre los hechos y los derechos que se tutelan.

Desde la perspectiva de Monroy (1996) la expresión del principio de contradicción fluye materialmente como una necesidad del órgano estatal de informar sobre los actos procesales a los sujetos en contienda:

“El derecho de contradicción se expresa en la imperiosa necesidad de que el demandado

sea informado oportunamente de las incidencias que ocurran dentro del proceso en el que se está discutiendo un derecho que le puede afectar. Es tal la trascendencia de esta manifestación del derecho de contradicción, que un proceso –a pesar de haber concluido formalmente– no tendrá efectos contra aquella persona que no fue avisada de su existencia y que, en consecuencia, no pudo discutir su posición al interior de aquel.” (p. 286-287)

En esta línea de ideas, el fundamento político del principio de contradicción radica en que comprende una serie de factores que posibilitan la igualdad y la libertad de sus componentes, esto sostiene que la estructura democrática debe encontrarse presente dentro de los procesos administrativos del Estado, especialmente en el estrato judicial de nuestro sistema. Al respecto, es preciso indicar que la presunción de inocencia es un derecho pilar de las personas, en especial cuando se encuentra sujetos a procesos judiciales; por lo que se requiere un trato igualitario y equidistante en desarrollo del debate procesal, pues no debe perderse de vista que, dentro y fuera del proceso, estas dos personas tienen los mismos derechos en igualdad de condiciones.

En palabras de Arbulu (2015), citando a Fairén, acerca de su conocida concepción de la isonomía procesal:

“Considera el ilustre procesalista de Zaragoza que a cada una de las partes debe concederse una cantidad y calidad de “oportunidades” o “chances” según terminología de J. Goldschmidt - para intervenir, atacando, defendiéndose, probando, etcétera, que sea igual para ambas, lo que él denomina una isonomía procesal. A cada acción la contraparte debe tener una posibilidad de reacción. Si no se permite esto se viola el contradictorio. Aunque esto según Fairén se atenúa con la denominada presunción de inocencia que favorece a los culpables que para él es discutible.” (p. 62-63)

Bajo el argumento del jurista previamente citado, entendemos que existe una causalidad adaptada al plano de las ciencias sociales sobre lo que significa la pugna procesal, el acto de “acusar o demandar” –acción-, debe existir la oportunidad de responder –reacción-; de no realizarse este esquema se viola la contradicción y por ende el mismo proceso.

Interpretado de otro modo, el jurista Sánchez (2020) analiza a la contradicción y su vinculación con la instauración de una audiencia:

“Al principio de contradicción también se le llama principio de audiencia, pues por regla general, la discusión contradictoria se realiza en el juicio oral, y solo en el caso

de que exista conformidad total con la acusación fiscal, se prescinde del debate contradictorio - lo que lleva implícita una renuncia a la presunción de inocencia del imputado procediéndose al dictado de una sentencia conformada.” (p. 38)

En este sentido la prevalencia del juicio tiene como fundamento especial al principio de contradicción; pero, esto no implica necesariamente la existencia del contradictorio; es decir, puede que el sujeto pasivo de la acción se allane a las pretensiones postuladas por la parte contraria, ello debido a múltiples razones. Esta conformidad no se trata de un asentimiento extrapolado de la conducta comisiva u omisiva del procesado, sino de su consentimiento expreso del deseo de prescindir de su actividad contradictoria.

Por otra parte, para el respetado jurista peruano, Neyra (2010), el principio de contradicción es fundamental porque:

“(…) guía básicamente todo el desarrollo del juicio oral, pero esencialmente la actividad probatoria, pues otorga la posibilidad a los sujetos procesales de realizar sus planteamientos, aportar pruebas, discutirlos, debatirlos, realizar las argumentaciones iniciales, finales y realizar opiniones ante cuestiones incidentales, etc. Pero esta contradicción que tiene como escenario el juicio oral, no se realiza de manera arbitraria por una de las partes, sino con el debido respeto a una de las exigencias del principio acusatorio, es decir, al principio de igualdad de armas que deben tener las partes en debate contradictorio, y que tiene relación directa con el derecho de defensa reconocido constitucionalmente en el art. 139. Inciso 14.” (p. 335)

Ahora bien, el principio de contradicción tiene como fundamento procesal a la actividad probatoria, esto comprende una serie de posibilidades tales como la facultad para plantear, introducir y debatir prueba dentro del proceso teniendo en cuenta el debido respeto a otros derechos relacionados con los principios de igualdad de armas y el derecho de defensa, al ser estos también exigencias del moderno sistema acusatorio penal.

El fundamento para Duce y Baytelman (2004) también radica en la prueba, pero postulado de distinta forma:

“la prueba y la información que ella contiene siempre se modifican al pasar por el cedazo de una contradictoriedad en serio. Esta modificación es a veces sustancial, y a veces no. Siendo esto así, es imposible confiar en alguna información que no haya pasado por el análisis de la contradictoriedad” (p. 72)

No cabe duda que la mejor garantía respecto de la actuación de las partes en el proceso,

es la oportunidad de contravenir y participar en el debate, esto se debe a que de la contravención de sus argumentos sobre lo fáctico y lo probatorio, podremos encontrar una relación de elementos que concatenados guardan sentido lógico y racional; y, por otro lado, permitirá cernir aquella información que puede deformar o inducir al error al juzgador cuando llegue el momento de resolver la causa.

El fundamento del principio de contradicción, bajo las ideas de Urbano (2010) se plantea de la siguiente manera:

“De allí que la prueba deba practicarse en audiencia pública y no al interior de los despachos de los instructores; que se prescinda del levantamiento de actas para centrar el debate en las intervenciones verbales de las partes y no en los registros mecanografiados de ellas; que el juez o jueza esté compelido a dirigir la práctica probatoria; que el derecho de contradicción se ejerza no mediante la incorporación de memoriales, sino refutando la prueba en la misma audiencia y que entre el juicio y el sentido del fallo emitido en audiencia, no exista solución de continuidad.”(p. 64)

El autor cuestiona la aplicación escrita del derecho de contradicción, sobrevalorando el contradictio en un esquema oral o con intermediación física o sincrónica del magistrado; no obstante, en la realidad de nuestro país no es posible que el juez pueda estar presente en todos los juicios que depende de su decisión y sean competencia de su despacho.

Por ello, consideramos que este derecho si tiene fuerza vinculante de la obligación de visibilidad de la prueba y argumentos que tiene el juez para determinar una condena o disposición sobre el tema materia de litis, en todo sentido que la contradicción es un postulado que no se circunscribe solo al debate oralizada, sino a toda etapa que tuviere el proceso penal.

A modo de conclusión, es posible precisar que la contradicción tiene diferentes campos que le otorgan el fundamento a su origen y aplicación material, en tanto, como se ha podido establecer, la contradicción no siempre funciona solo como un principio, sino que a veces también lo hace como una garantía y otras como un derecho de las partes.

2.8.4.3. Ámbito normativo

En relación al ámbito internacional del principio de contradicción Campaner, J. (2014) nos describe el alcance que le da el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“Para el TEDH, el respeto a la garantía de contradicción establecida en el artículo 6.3 d) CEDH –a pesar de que el precepto tan sólo se refiere a los testigos- determina la

existencia de un estándar mínimo consistente en la oportunidad de interrogar al imputado inculpativo durante el procedimiento, en fase de instrucción, o en el juicio oral. Dos son los casos clave en lo que a esta materia respecta: En primer lugar, el caso Lucá contra Italia (STDHE de 27 de mayo de 2001) y Mínguez Villar contra España (Decisión del TEDH de 1 de marzo de 2005).” (p. 199)

Por lo tanto, internacionalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a la contradicción en su condición de garantía procesal, al ser considerado una herramienta que crea un esquema estandarizado de oportunidades para la actuación de testigos y/o pruebas testimoniales; sin embargo, consideramos que no debe circunscribirse solamente esta conceptualización a la declaración o el testimonio, pues es de igual forma cuando una prueba es debatida sobre la información que contiene también crea un estándar probatorio sobre su utilidad, pertinencia y validez.

Por el lado de la legitimación de la contradicción en el plano nacional Carreón (2012) realiza una búsqueda desde el ámbito constitucional de las normas:

“El inciso 14 del artículo 139° de nuestra Constitución, contiene el derecho fundamental a la defensa, el cual se proyecta, entre otros, como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algún a de las partes de un proceso o de un tercero con interés, así como la facultad que tiene toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra.”(p. 55)

Se desprende de esta manera que constitucionalmente, el derecho de defensa comprende la capacidad contradictiva del sujeto sometido a juicio, es decir su derecho de contradicción, ello con el fin de sostener una situación jurídica de su persona no agravada, es decir que busca que sus derechos no sean enervados por la tutela de los derechos de un tercero que luego se convierte en su adversario procesal. Para este fin, el sujeto debe contar con el tiempo y los medios idóneos para su defensa, empezando por el derecho a ser notificado con el escrito que contenga una pretensión contradecible fáctica y jurídicamente.

Por ello, la contradicción normativamente está reconocida a través del reconocimiento del derecho de defensa, pero que, para cuestiones doctrinarias, se estaría refiriendo a la contradicción en su dimensión de derecho.

En esta línea de ideas traemos a colación las palabras de Salazar (2003) sobre el

contenido constitucional del principio de contradicción:

“(…) tiene plena virtualidad cuando se considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial, mientras que el derecho a la defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que estas sean oídas, en el sentido que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.” (p. 74-75)

A partir de una perspectiva político judicial, la contradicción al ser una garantía o un principio es una exigencia para el órgano creador de leyes y normativas, es decir, el poder legislativo, pues esta es la manera como en el mismo grado de exigibilidad, se procura que los jueces respeten la posibilidad de ser oído que tiene el justiciable, o, por el contrario, puedan ser disciplinados en tanto obvien o denieguen esta facultad. Esta formulación contradictoria entiende que la normatividad debe precisar la forma en que se contradice, que es lo que se puede contradecir, y, sobre todo, como se contradice.

2.8.5. Relación con el derecho de defensa

Existe una relación causal entre el principio de contradicción y el derecho de defensa, es claro que es una situación innegable; este arquetipo se construye a través de la causa-efecto, es decir, a causa del principio de contradicción se tiene una causa, el derecho de defensa. Aunque dogmáticamente el “derecho de defensa” se entiende como aquel que tiene el imputado para ejercer su derecho a ser oído, consideramos que el derecho de defensa está vinculado a la capacidad todo aquel acto que se contraponga o enerve los efectos de las tesis que plantee cualquier sujeto procesal.

La indefensión se evalúa respecto al control de las actuaciones procesales que haya realizado la parte respecto de los hechos que le atañen o les sea de intereses, esto quiere decir que no es meramente indefensión si es que el escrito no ha podido ser oralizada en juicio o en la audiencia pertinente, por lo que se comprende que la mera introducción de un escrito que pueda ser valorado por el juez antes de emitir una resolución ya ha enervado los efectos de la indefensión, y por otro lado, si la imposibilidad de oralizar el escrito es producto de una negativa no motivada por parte del órgano jurisdiccional, es decir no por los propios actos o

conducta de la defensa, si estaríamos hablando que existe una mayor afectación al derecho de contradicción por sobre al reconocimiento parcial de este al haberse podido recibido el escrito.

Sobre esta relación Sánchez (2009) establece como la manifestación del derecho de defensa implica el ejercicio del principio de contradicción:

“Es manifestación del derecho de defensa, que se sustenta en la posibilidad de que las partes puedan sustentar en juicio sus posiciones respecto de los cargos de imputación y de la prueba. Las pruebas se actúan y se debaten en el juicio oral -salvo los casos de conformidad o allanamiento de la acusación fiscal- lo que hace que el juicio sea contradictorio, con posiciones opuestas. El elemento central radica en el debate oral sobre la prueba y las argumentaciones parciales y finales sobre las mismas a efecto de generar convicción en el juzgador para su decisión en la sentencia.” (p. 178)

La finalidad del elemento contradictorio es la persuasión que se puede producir en el juzgador respecto de los argumentos y de la valoración probatoria, por un lado, se puede considerar que en la mayoría de casos las partes no se encuentran de acuerdo con las pretensiones individuales o por el contrario requieren que estas sean delimitadas imparcialmente por un tercero, en los casos penales el contexto es respecto del acusatorio, imputación de conductas delictivas relevantes o a consideración del acusador merecedoras de algún tipo de condena.

El reconocido jurista peruano Reátegui (2008) citando a San Martín nos explica cuál es la relación entre el principio y el derecho:

“El derecho de defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de contradicción, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad. Según San Martín Castro: "La contradicción exige: 1. la imputación; 2. la intimación; y 3. el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito, formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado —que es lo que se denomina intimación—, quien además debe tener el derecho de audiencia.” (p. 93)

Es innegable que la contradicción guarda una relación dicotómica con la potestad acusatoria, que en un sentido general es la atribución o sindicación de una presunta conducta delictiva; bajo esta idea, por ende, hay que considerar que este principio exige al menos 3

presupuestos, el primero está referido a la imputación propiamente dicha, el segundo al conocimiento del investigado de tal atribución, lo que le permitirá ejercer su derecho de defensa; y, la posibilidad de una audiencia.

La audiencia es entendida como la forma más eficiente para que el operador de justicia escucha lo que las partes tengan que decir y aportar; sin embargo, en relación al principio de inmediación se anota que la obligación de escuchar parte desde el momento en que el juez admite la pretensión del accionante y traslada tal versión al imputado para que este pueda brindar su versión o por otro allanarse a tales pretensiones.

Desde la perspectiva de la teoría general del Derecho, Peña-Cabrera (2009) nos explica aspectos originarios de la contradicción:

“En un proceso penal donde el juzgamiento es caracterizado estrictamente por el acusatorio, supone ubicar a las partes confrontadas (adversariales), en un plano de igualdad (armas); esto quiere decir que los sujetos procesales están revestidos de una serie de mecanismos e instrumentos a efectos de rebatir la argumentación esgrimida por la parte contraria. En efecto, el derecho de contradicción nace precisamente del derecho de defensa, pues la capacidad de defenderse que tiene el imputado importa a su vez la posibilidad de desvirtuar, refutar y/o desbaratar la tesis propuesta por su contrincante (teoría del caso); de modo tal que la contradicción supone en esencia reconocer normativamente a las partes, los medios de ataque y de contraataque a fin de viabilizar sus argumentaciones sobre las de la otra parte.” (p. 218-219)

El derecho de defensa, como postula el autor, contiene dentro de sí al derecho de contradicción, esto es una prueba más que la contradicción es multidimensional, en un plano general del proceso es una garantía; desde la perspectiva dogmática de las fuentes jurídicas es un principio, y referente a las capacidades de los sujetos procesales, es un derecho. No queda duda entonces, que contradicción es aquella de capacidad de atacar y contraatacar todos los actos y medios que enerven la calidad de sus argumentos, en especial si esta desvalorización proviene de la acción directa de su contraparte.

En relación del derecho de defensa y el principio de contradicción Astudillo (2014) nos comenta acerca de la fiabilidad de un testimonio:

“(…) ejercer plenamente el derecho a la defensa es si, y sólo si, se conoce de antemano la identidad del testigo; pues solo de esa manera la persona acusada, a través de su abogado defensor, podrá ejercer el derecho a interrogarlo, basado en el derecho de

contradicción que le asiste y reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).” (p. 113-114)

La fórmula morfológica de la palabra conainterrogatorio, en efecto propicia la identidad de las partes de realizar preguntas en igualdad de condiciones, es decir, no puede tener más oportunidades un sujeto con relación al otro; esto debido a que la confianza sobre la información brindada por un medio de prueba subjetivo relevante para el proceso radicará en si este personaje puede responder válidamente a las preguntas que le formulen ambas partes controvertidas.

Levene (1993) considera que el derecho de defensa es inviolable en la etapa de juicio porque implica:

“(…) que todos los habitantes pueden estar en condiciones de hacer valer sus derechos conforme a las normas procesales, y de ahí las disposiciones sobre citaciones, términos, traslados, nulidades, etc.; el principio de contradicción, por el cual la actividad procesal de una parte es controlada por la otra; la necesidad de que haya una relación entre la acusación y la sentencia; que la primera se notifique al acusado; etc.” (p. 20)

La contradicción es una especie de antítesis dialéctica del derecho de tutela, pues como la persona tiene derecho de reclamar o exigir el respeto, reposición, o reconocimiento de un derecho, también tiene el derecho de probarlo, así como el de escuchar a su contraparte imputada, permitir el debate sobre la prueba que este aporte y de responder los argumentos que contra él se formulen. De alguna manera no existe un debate judicial hasta que el investigado es notificado con la acusación y sus anexos.

2.8.6. Conexión con otros principios procesales

El maestro Arana (2014) anota cual es la relación del principio de contradicción con el principio de separación de funciones:

“Una consecuencia de la separación de funciones procesales en el sistema acusatorio es el carácter contradictorio de la actuación de las partes, que debe regir con toda intensidad y constituye conditio sine qua non del moderno proceso penal; pero, para que sea posible la contradicción como un derecho de las partes, es indispensable que además se garantice la oralidad y la inmediación.” (p. 31)

El principio acusatorio rige sobre el proceso penal asegurando la división de funciones

en un esquema tripartito, uno acusa, otro es acusado y el último juzga y decide; cada uno de estos cumplen un rol indispensable para el proceso penal, por ello requiere entre las dos primeras partes señaladas el “carácter contradictorio” como un derecho de estas partes, lo que también supone que este contradictorio sea escuchado por un tercero imparcial –órgano juzgador-.

Para Infantes (2006) los principios de oralidad, publicidad, inmediación están vinculados al principio de contradicción debido a la lógica del moderno sistema acusatorio:

“(…) es central en la lógica del sistema acusatorio, encontrándose estrechamente vinculado con los de oralidad, publicidad, inmediación y el derecho de defensa. Por dicho principio las partes deben estar presentes en audiencia para darle sentido y dotarle de contenido a la argumentación frente a las imputaciones de relevancia penal, los medios de prueba incorporados al juicio y demás pretensiones concurrentes”. (p. 79-80)

El principio de contradicción se encuentra relacionado con otros de igual valor, dentro de ellos encontramos al derecho de defensa y la inmediación; en este sentido y con lo ya relatado a este punto, la vinculación entre estos dos presupuestos radica en la necesidad que tiene la parte acusada de ser oído en todos los extremos de su estrategia por el juez que resolverá la admisibilidad de dichas alegaciones; que tendrá como consecuencia la reducción o no de algunos de sus derechos.

Para Flores (2010) la contradicción se relaciona con el principio de igualdad de armas durante toda la investigación y juzgamiento del imputado:

“Esta garantía se manifiesta en la igualdad de armas que debe existir entre las acusaciones del fiscal y la defensa del imputado. Y que la contradicción o el derecho a contradecir del imputado sea durante todo el proceso y en mayor medida dentro del desarrollo del juicio oral. Porque si pudiéramos resumir el derecho de defensa solo diríamos que debe existir igualdad de condiciones.” (p. 34)

El autor dilucida la necesidad que tiene el proceso para garantizar la capacidad de acción del imputado, no solo en una igualdad de condiciones sino en una ideal de igualdad de armas; esto es, que no solo se debe asegurar un trato equitativo entre ambas partes, sino que toda acción del sujeto activo debe tener una contra-acción procesal capaz de ser ejercida por la contraparte.

Sobre la vinculación entre la contradicción y el juicio oral los juristas Gálvez, Rabanal,

y Castro (2010) mencionan que es la capacidad de exponer su posición acerca de lo dicho por la parte acusadora:

“La etapa del juicio oral es la expresión máxima del contradictorio, esta no se puede iniciar, si la parte acusadora no expone los hechos materia de juzgamiento, la pena solicitada, la reparación civil pretendida y el encuadramiento jurídico-penal de la conducta. Cabe recalcar que por respeto al principio de contradicción las audiencias no se pueden celebrar en ausencia del procesado. El acusado tiene derecho a estar presente y escuchar lo que se argumenta a su favor o en su contra. La violación de este principio implica la nulidad del juicio; y puede incluso, plantearse un proceso constitucional por trasgresión del mencionado principio”. (p. 28)

Por su lado, es idóneo recordar que el proceso judicial, es en realidad un debate argumental, no meramente de revisión documental y de la información que contienen, pues el material debe tener un sentido y una correlación con la estructura de los hechos que las partes proponen; es por ello que el accionante tiene el derecho –y el deber- generar una estructura argumental que valide su posición o hipótesis, y por el otro, el acusado, de la misma forma, tiene el derecho de escuchar tal posición y presentar los argumentos por los que considera que el fiscal tiene una total o parcial hipótesis equivocada.

En palabras de Bender (2006) es relevante para la etapa de juicio porque “asegura el carácter adversarial del juicio, es central para permitir que el juez construya una sentencia segura basada en la fortaleza de las pruebas y su análisis y no en presunciones de culpabilidad”. (p. 27)

Es una necesidad para los procesos judiciales que las sentencias emitidas por los operadores de justicia estén vinculadas con la actividad contradictoria, esto quiere decir que se debe desterrar del debate la inclinación sobre la culpabilidad del procesado, las razones –motivación- por las que decide la condena debe desprenderse de la credibilidad y objetividad de las pruebas, la interpretación que el juzgado y la determinación del valor que implica su admisión y utilización para la corroboración de hechos.

Una forma de emular el derecho de la persona a ser escuchado por el órgano judicial que lo juzga, es establecer el principio de no ser privado de su defensa, este debe ser entendido no solo como la capacidad contar con un abogado defensor, sino también como la potestad de presentar razones –argumentos y elementos de prueba- que puedan generarle una convicción al juez. La bilateralidad o contradicción es una manifestación justamente de este derecho, pues

la defensa de tener la calidad de eficaz.

El maestro Gozaíni (2014) relaciona el debido proceso y el principio de contradicción, “El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto”. (p. 346).

La naturaleza del principio de contradicción nace del estatuto fundamental del debido proceso, este comprende por un lado que para que exista debate debe haber una bilateralidad de posiciones contradictorias; y, esto comprende en sí la capacidad de redargüir sus argumentos en igualdad de condiciones y de oportunidades. El espectro protector del debido proceso también atañe que quien escuche estos argumentos contrarios sea un tercero independiente – de los sujetos-, e imparcial.

Cuando hablamos sobre garantías procesales, es importante tener presente lo mencionado por los juristas Horita, y López (2004), en especial cuando tratamos a la finalidad de hallar la verdad o al menos una versión de esta ciertamente posible:

“La principal garantía de su obtención se confía al principio de contradicción, que consiste en la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias. En otras palabras, se trata del libre juego del conflicto entre las partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes o de intereses opuestos. La defensa es el instrumento más importante de impulso y control del método de prueba acusatorio -como garantía de una verdad mínima pero lo más cierta posible- consistente en la contradicción de hipótesis de acusación y de defensa y de las pruebas y contrapruebas correspondientes.” (p. 253-254)

La posibilidad concretizada de contravenir la teoría acusatoria por parte del acusado es una garantía que protege el principio de contradicción, el hecho de ejercer la actividad de defenderse entiende la relatividad de la verdad y el acercamiento, por lo menos mínimo, a través de métodos y herramientas procesales, las mismas que pueden tratar sobre la refutación total, parcial de la tesis fiscal o en su defecto, una convención sobre ciertos elementos objetivos.

2.9. Revisión de antecedentes investigativos

2.9.1. “La pericia institucional extraprocésal en los delitos de corrupción de funcionarios y la afectación al debido proceso”

Autor: Bach. Becerra Otiniano, Ana Paula

Bach. Cruzado Cárdenas, Katheryn Grisel

Universidad Nacional de Trujillo

Año: 2021

El estudio en referencia desarrolla la calidad de pericia institucional extraprocésal que se les otorga a los informes de control de la CGR, y presenta dos supuestos de aplicación práctica, el primero para formular denuncia penal ante el Ministerio Público; el segundo, en su actuación como pericia al interior del juicio oral, determinando que en ambos escenarios la calidad brindada a estos informes vulnera el derecho a la defensa del imputado puesto que imposibilita la contradicción a esta prueba. La investigación es de carácter propositivo debido a que culmina planteando una reforma normativa. Las autoras concluyen que los informes en mención incumplen con los presupuestos normativos para ser considerados como pericia, y además postulan que deberían incorporarse al proceso como una prueba documental.

2.9.2. Los informes de control gubernamental: ¿prueba preconstituida o prueba pericial?

Autor: Lavilla Torres, Ismael.

Universidad Nacional de San Agustín.

Año: 2019

La investigación desarrolla la ausencia del reconocimiento como informes periciales a los informes de control de la CGR, tratamiento que debería abarcar a todos los órganos que componen el SNC, ello en búsqueda del cumplimiento del derecho de defensa y el debido proceso en el control gubernamental.

La investigación es de carácter propositiva puesto que termina planteando una reforma normativa. El autor concluye que una de las causas de la falta de efectividad de los referidos informes es su calificación, asimismo, demuestra que existe un defecto al solo considerar los informes emitidos por CGR, omitiendo los informes de los OCIS y las Sociedades de auditoría, por lo que postula que la calidad de estos informes requiere una reforma.

2.9.3. La naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el código procesal penal de 2004

Autor: Salas Barrera, Erick

Pontificia Universidad Católica del Perú

Año: 2018

La investigación desarrolla la problemática de la calidad de prueba preconstituida de los informes de control de la CGR, presenta el tratamiento que le da la doctrina nacional y su incompatibilidad con la regulación procesal actual, puesto que cuestiona la similitud de los mencionados informes con los actos urgentes e irrepetibles y resalta la importancia de aclarar su naturaleza jurídica para establecer los criterios sobre su utilización dentro del proceso. El estudio es de carácter descriptivo debido a que expone la naturaleza jurídica y las condiciones de la prueba preconstituida desde un ámbito teórico. El autor concluye que el término “preconstituida” lleva a entender un valor anticipado, sin embargo, bajo una interpretación sistemática con el CPP 2004, resulta ser el medio de registro de una actuación objetiva e irreproducible, lo que conduce a que la actuación en el juicio sea distinta a la actuación ordinaria de los medios de prueba situación que no acontece en relación a los informes de control de la CGR.

2.9.4. El informe de control como prueba preconstituida: ¿conflicto con el debido procedimiento?

Autor: Mayhuire Silva Soledad Andrés

Pontificia Universidad Católica del Perú

Año: 2018

El estudio desarrolla la vulneración de la garantía del debido procedimiento del administrado por la calidad de prueba preconstituida de los informes de control de la CGR, debido a que está condición, en un proceso administrativo dotaría de información que se presume cierta poniendo en desventaja al administrado, ello en razón a lo establecido en el reglamento, el cual señala que en ausencia de prueba adicional, este posee la virtud de debilitar la presunción de inocencia para fundamentar una sanción. El estudio es de carácter descriptivo puesto que desarrolla la teoría de la prueba, el informe de control como medio probatorio y el conflicto entre su calidad

con el debido procedimiento desde un ámbito teórico. La autora concluye que la administración debe recabar todos los medios de prueba para resolver de manera motivada, asimismo, señala que si los mencionados informes son deficientes o no están debidamente motivados no deben tener esta calidad.



Capítulo III

3. Marco metodológico

3.1. Enfoque

Bajo la perspectiva científica de las juristas Daniels y Montalvo (2022), cuando se pretende identificar caracteres o circunstancias condicionales de la unidad de estudio, por ejemplo, cuando se busca establecer los fundamentos o razones utilizados por el juez para emitir una sentencia; nos estaremos encontrado inmersos dentro de una investigación de enfoque cualitativo.

Así las cosas, el presente estudio tuvo como objeto de investigación una cantidad de resoluciones suficientes para la determinación de una línea de pensamiento crítico expuesta dentro de los instrumentos resolutivos por parte de los magistrados competentes en la materia. En este sentido, se ha buscado la determinación de una tendencia cualitativa de la motivación judicial.

3.2. Nivel

Un estudio de grado descriptivo, comprende la puntualización de paradigmas cualitativos de una selección de estudio conocida como población o muestra, para este trabajo, aborda el uso de técnicas de recolección de datos basado en la aplicación de instrumentos (Guevara et al., 2020).

Bajo este concepto, el presente estudio ha arribado a identificar los paradigmas que determinan a los informes de la CGR como instrumentos probatorios con un valor casi absoluto o irrefutable. En este sentido, se ha precisado teorizar o establecer la verdadera condición de este medio probatorio, sino se arribó a relacionar la teoría doctrinal vigente sobre el tópico y el desarrollo jurisprudencial de dichos conceptos. Por lo tanto, el trabajo de investigación se puntualizó en uno de tipo descriptivo.

3.3. Método de investigación

La conceptualización de los trabajos de método inductivos, en palabras de Dávila (2006), afirma que para la obtención de información es fundamental la observación como primera herramienta para la identificar el problema, en caso de utilizar una muestra, esta servirá como indicativo inferencial para arribar a conclusiones más complejas y generales.

De esta forma, el presente estudio, se utilizó una metodología inductiva, en tanto se utiliza una parte de la población total casos penales donde tuvieron especial repercusión el informe de

la CGR, donde los juzgadores competentes establecieron su valor probatorio y condición determinante para acreditar la responsabilidad penal de las personas inmersas de los delitos de dicha naturaleza.

3.4. Población y muestra

Ubicación Espacial : Ciudad de Arequipa
Ubicación Temporal : 2019-2023
Unidades de estudio : Sentencias judiciales emitidas por un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios

Para la recolección de dichos datos, respecto de la población, cabe precisar que esta asciende a un número de 195 sentencias judiciales, emitidas por un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa. De esta forma, a efecto de seleccionar una muestra significativa de dicha población se aplicó una fórmula matemática propuesta por Martínez (2012) justamente para tal fin.

$$n = \frac{195 * 1.960^2 * 50\% * 50\%}{9\%^2 * (194) + 3^2 * 50\% * 50\%}$$
$$n = 73.97$$

En este sentido, la selección de las unidades de estudio (sentencias judiciales) que componen la muestra, ascienden a un total de 74 resoluciones; dentro de ellas, es necesario precisar, se componen por un total de 58 sentencias referidas a los delitos de colusión y negociación incompatible y 16 a delitos relativos (peculado y enriquecimiento ilícito); esto debido a que dada la exigencia de la muestra, solo se encontraron el número señalado de sentencias de los delitos pertinentes a la investigación (58) optando por aumentar la cantidad de unidades de estudio donde la determinación del criterio judicial es la misma por tratarse del mismo juzgado.

3.5. Técnicas

Teniendo en cuenta que la recopilación de datos se realizará a través de una selección de sentencias judiciales donde se identificarán los rasgos principales del valor probatorio, es decir, el análisis de los fundamentos motivados de los jueces; es propicio la utilización de una técnica creada justamente al estudio documental.

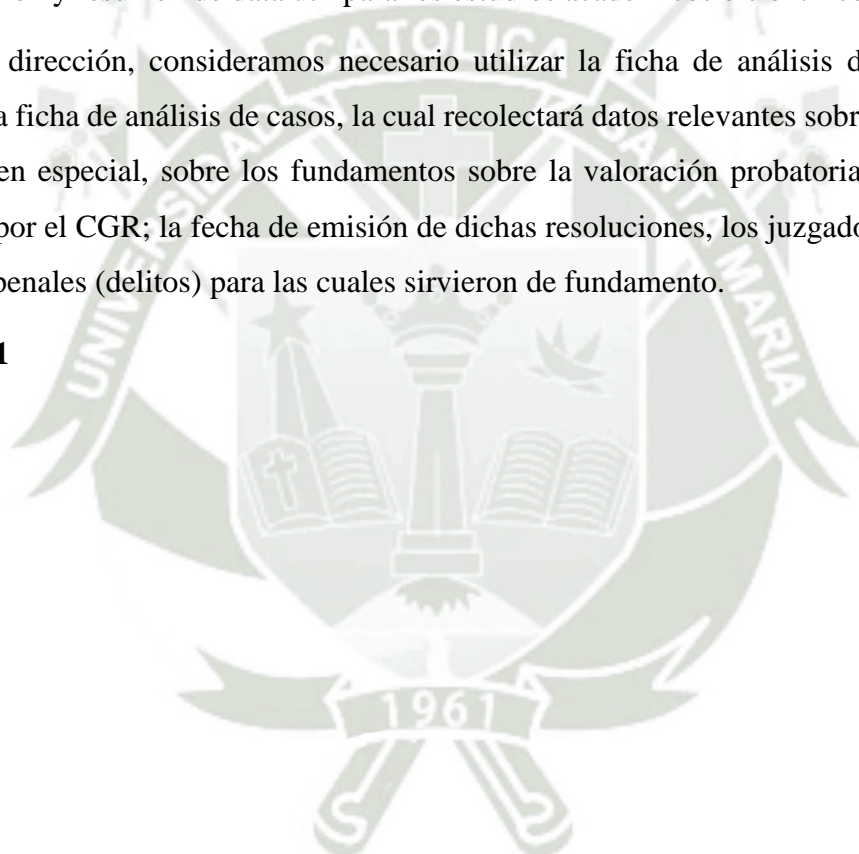
Por ello, bajo la contemplación de referido argumento, la investigación se apegará al uso de la técnica de análisis documental, pues, la misma es un conjunto de procedimiento que pretenden describir la documentación a efecto de exponerla de forma sistemática para favorecer a su recuperación (Dutzaides y Molina, 2004).

3.6. Instrumentos

Bajo la perspectiva de los investigadores Medina et al. (2015), establecen que el instrumento para el análisis de documentos debe cumplir con estándares sistemáticas de acopio de información; en este sentido, la ficha de análisis de documentos es una gran herramienta para la evaluación y resumen de data útil para los estudios académicos o científicos.

En tal dirección, consideramos necesario utilizar la ficha de análisis documental, y en estricto, la ficha de análisis de casos, la cual recolectará datos relevantes sobre las sentencias a estudiar, en especial, sobre los fundamentos sobre la valoración probatoria de los informes emitidos por el CGR; la fecha de emisión de dichas resoluciones, los juzgados de origen y las materias penales (delitos) para las cuales sirvieron de fundamento.

TABLA 1



Ficha de análisis de casos

<u>FICHA DE ANALISIS DE CASOS</u>			
JUZGADO:	Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Corrupcion de Funcionarios		
EXPEDIENTE:			
NUMERO DE SENTENCIA:			
NUMERO DE INFORME DE CONTROL:			
DELITO:			
FECHA DE LOS HECHOS:		AÑO DE EMISION DE LA RESOLUCION	
FUNCIONARIO O SERVIDOR PUBLICO INVOLUCRADO		CARGO:	
VALORACION PROBATORIA DE LOS INFORMES DE CONTROL			
NATURALEZA JURIDICA DE LOS INFORMES DE CONTROL		DESARROLLO DE DEBATE PERICIAL:	
FUNDAMENTOS RELEVANTES			
FALLO :			

Nota: elaboración propia

Capítulo IV

4. Análisis de resultados

En el Perú podemos advertir un problema social que se hace cada vez más visible con el avance de las tecnologías, la corrupción, se hace notar a todas luces en todos los niveles de gobierno, en ese contexto, se ha pretendido iniciar una lucha que ha buscado dotar de fuerza al ente rector del SNC, la CGR, para lo cual se le ha dado atribuciones que antes no poseía, por ejemplo, el hallar responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales en funcionarios públicos.

Además, se ha buscado privilegiar al resultado de los servicios de control, a los informes de control, creando una naturaleza jurídica, que causaría agravios a los imputados por los delitos de negociación incompatible y colusión en Arequipa, problemática que parece pasar desapercibida para los legisladores y los operadores jurídicos.

En ese sentido, la Ley N° 30214 (2014) le otorga la naturaleza jurídica a los informes de control de pericias institucionales extraprocesales, calificación que, vista desde el enfoque del imputado, ha flexibilizado los principios de contradicción e igualdad de armas que le asisten.

La anterior afirmación guarda sustento argumental en tanto este tipo de pericia no sigue las pautas de las pericias establecidas en el CPP, no es trasladada a la otra parte para que designen peritos de parte, no se realiza un examen pericial entre peritos oficiales y de parte, no se siguen las reglas del debido proceso, siguen las reglas de las acciones de control, en su actuación no son sus autores quienes necesariamente exponen y defienden sus conclusiones, en los informes no se expone como dilucidan problemas sobre un mismo hecho de fuentes distintas, no se expone cómo se validan datos matemáticos hallados, no se expone cómo se valoran los descargos de los funcionarios investigados, no se solicitan o no se toman en cuenta.

Ahora bien, el título preliminar del CPP, contiene al principio de contradicción el mismo que se materializa cuando se le permite a toda persona contradecir argumentos y pruebas esgrimidos en su contra antes de la decisión judicial; asimismo contiene al principio de igualdad procesal, por el que a las personas se le otorgan los mismos derechos, oportunidades y cargas de modo que ninguna de las partes puedan constituir respecto de la otra una situación de ventaja o privilegio, la afectación a cualquiera de estos dos principios causa perjuicios irreparables para el imputado (destitución, inhabilitación, pena de cárcel, daño reputacional, daño a la imagen).

En ese sentido, consideramos que la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control, afecta a los principios de contradicción e igualdad de armas, para la materialización de este escenario, se evalúan las características que permiten concretizar estas dos figuras, las cuales son: poner en conocimiento a los auditados del informe de control para ofrecer sus descargos, plazo para la revisión de los informes de control, formalidad para presentar observaciones al informe de control, oportunidad para designar perito de parte, desarrollo de debate pericial, contrainterrogatorio con autores del informe de control, admisión sin control formal, enfrentarse a una prueba privilegiada.

Estas características han sido analizadas en 74 sentencias de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, emitidas en el periodo entre el 2019 - 2023, de las cuales hemos podido evidenciar algunas premisas, notando que solo en tres procesos penales por delitos de negociación incompatible y colusión se ha desarrollado un debate pericial, pudiendo advertir afectaciones al principio de contradicción, lo que se traduce en afectaciones al principio de contradicción, pues no se pueden contradecir pruebas actuadas en el juicio.

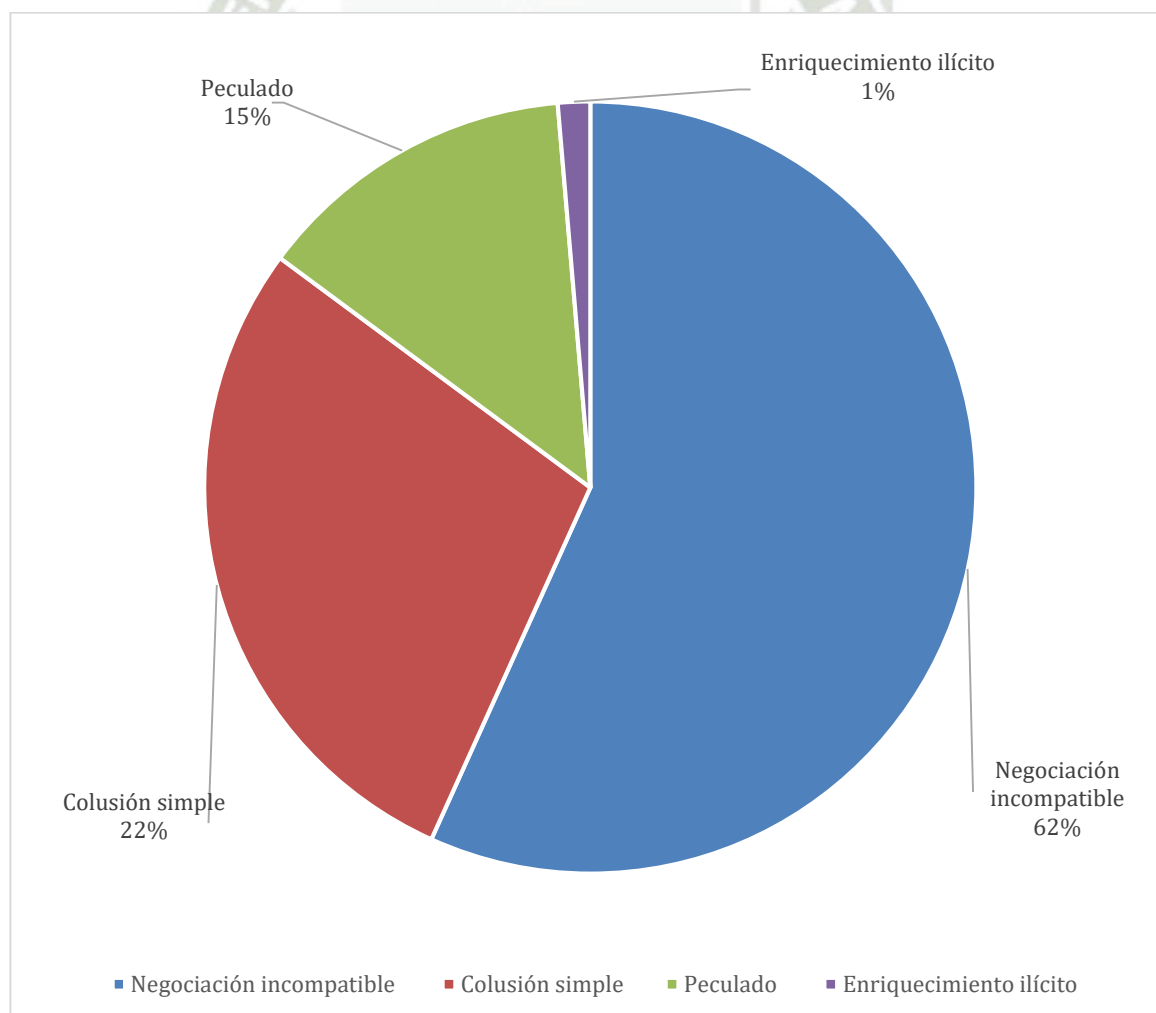
De otro lado, hemos observado que en cuarenta y cinco sentencias producto de procesos iniciados a raíz de un informe de control se han hallado errores e inexactitudes en su composición, situaciones alarmantes puesto que la mayoría de las sentencias son condenatorias, lo que se traduce en afectaciones al principio de igualdad de armas, pues no existe prueba capaz de desvirtuar a los informes de control.

O.E. 1: “Verificar la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión en un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, 2019-2023”.

Este resultado emprende el análisis de naturaleza jurídica que se le ha venido otorgando a los informes de control en los procesos penales de los delitos de negociación incompatible y colusión en Arequipa, con el fin de evaluar si le han sido aplicables los aspectos sustanciales y procedimentales que poseen las pericias intraprocesales y extraprocesales de acuerdo a lo establecido por el CPP.

GRÁFICO 1

Delitos con mayor incidencia en los pronunciamientos judiciales sobre delitos contra la administración pública de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa



Nota: elaboración propia

La investigación comprendió 74 unidades de estudio, las cuales se materializaron en pronunciamientos judiciales a cargo de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa en el periodo comprendido entre el 2019 al primer semestre del año 2023. El análisis efectuado estableció que, 46 sentencias equivalentes a 62% versan sobre el delito de negociación incompatible, en 16 sentencias equivalentes a 22% se ha analizado al delito de colusión simple, por otro lado, 11 sentencias equivalente al 15% se analizó el delito de peculado y en 1 sentencia equivalente al 1% se ha visto el delito de enriquecimiento ilícito.

Sobre el delito de peculado, (Salinas, 2009) señala que hay 2 modalidades de peculado, el primero cuando de manera imprudente o por no cumplir con la obligación del cuidado del bien se beneficia de la utilización de un bien estatal y la segunda cuando hay apropiación o utilización de cualquier caudal o efecto público que tiene en resguardo. En cuanto al delito de negociación incompatible, (Reátegui, 2017) precisa que es un delito que se comete intencionalmente para arreglar ilícitamente relaciones contractuales o comerciales en donde el funcionario interviene por razón de su cargo.

Por otro lado, en cuanto al delito de enriquecimiento ilícito, (Sabino, 2024) precisa que este delito ocurre cuando hay un incremento sorprendente del patrimonio durante el ejercicio de sus funciones del funcionario público, incremento que no puede llegar a demostrar y sustentar. Y sobre el delito de colusión, (Reátegui, 2024) lo define como una vulneración en el negocio estatal, en el que se sustituye los intereses estatales por pretensiones particulares.

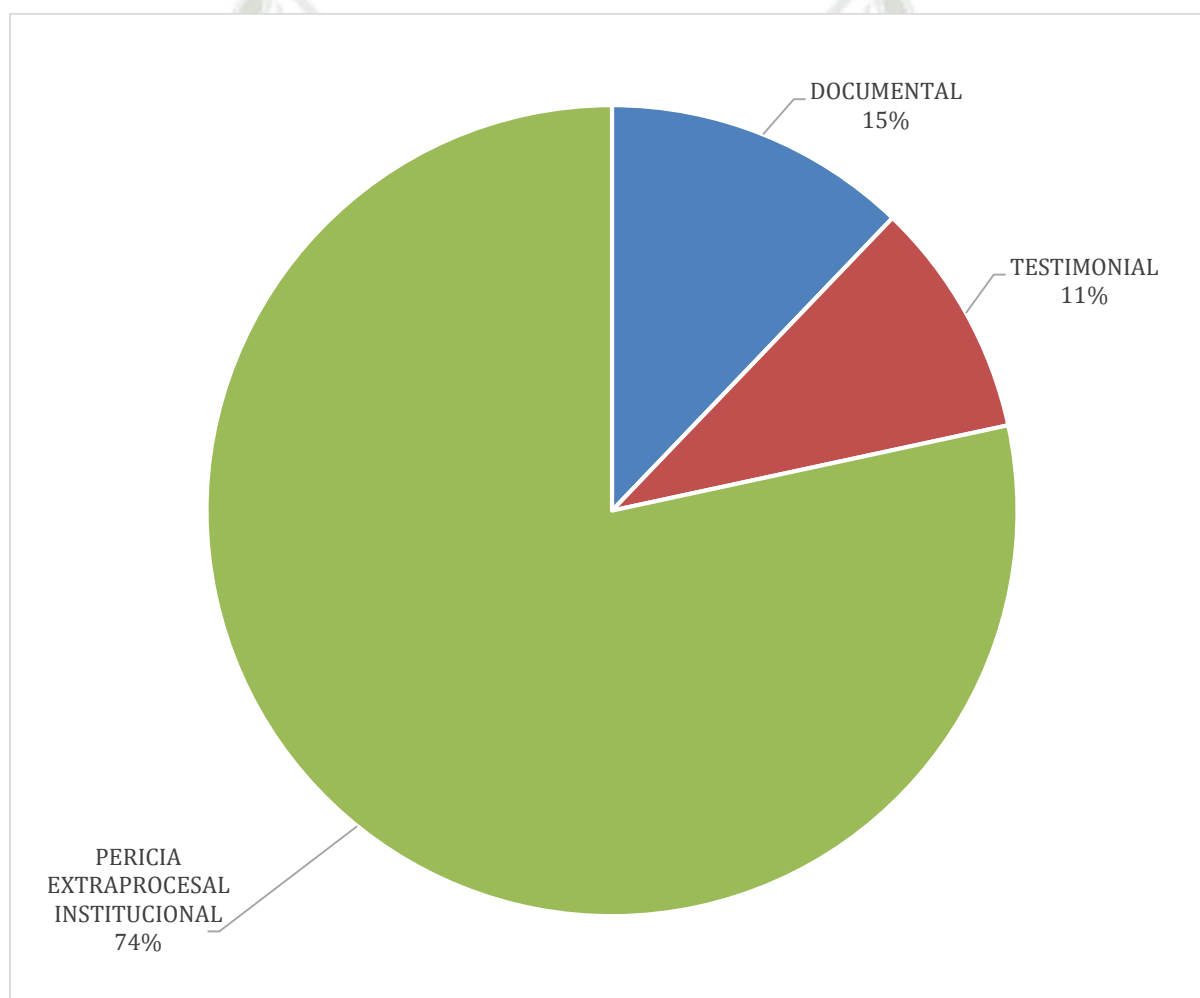
Al respecto, los resultados hacen notar que los dos delitos con mayor incidencia son los delitos de negociación incompatible y colusión, datos que llaman la atención pues según lo precisado en la sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 1104-2020-PHC/TC en la que los antecedentes son sobre el delito de negociación incompatible se estableció que la CGR se limitó a verificar hechos sustentados en documentos sin realizar una contrastación de dichos documentos con una ocurrencia física de hechos. Y sobre el delito de colusión, en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04149-2022-PHC-TC Lima Este en la que los antecedentes son sobre el delito de colusión se determinó que la defensa del acusado pudo ejercer el contradictorio en el proceso, lo que se traduce en la no vulneración del derecho de defensa del proceso y el principio acusatorio.

La jurisprudencia nacional ha emitido pronunciamientos sobre los delitos de negociación incompatible y colusión, precisando que los informes de control no pueden ser pruebas privilegiadas y que el desarrollo del contradictorio asegura el respeto por el derecho

de defensa y el principio acusatorio que le asisten a los imputados por los delitos de negociación incompatible y colusión.

GRÁFICO 2

Naturaleza jurídica de los informes de control en los pronunciamientos judiciales sobre delitos colusión y negociación incompatible de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa



Nota: Elaboración propia

La investigación comprendió 74 unidades de estudio, las cuales se materializaron en pronunciamientos judiciales a cargo de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa en el periodo comprendido entre el 2019 al primer semestre del año 2023. De las 74 sentencias analizadas tomaremos aquellas que versen sobre delitos de colusión y negociación incompatible, conforme al anterior resultado 46 sentencias versan sobre el delito

de negociación incompatible y 16 sentencias tratan sobre el delito de colusión simple, haciendo un total de 62 sentencias.

El análisis efectuado estableció que, del total de sentencias revisadas sobre los delitos de colusión y negociación incompatible, en 9 procesos equivalente al 15% se consideró que la naturaleza jurídica de los informes de control CGR es de prueba testimonial, por otro lado, en 7 procesos equivalente al 11% se actuaron los informes de control como prueba documental, y en 46 procesos equivalentes al 74% se actuaron los informes de control como pericia extraprocesal institucional.

El estudio encontró una alta proporción -74%- de sentencias, en las que a los informes de control se les ha otorgado la naturaleza jurídica de pericias extraprocesales institucionales y se han actuado como tal. Sin embargo, hay una proporción menor del -26%- de sentencias, en las que los informes de control se han introducido al proceso penal como medios de prueba intraprocesales (prueba documental y testimonial).

De acuerdo a lo expuesto por (Rojas, 2020), el hecho de no darle a los medios de prueba el tratamiento que les corresponde, incidirá en el derecho de defensa de los imputados, pues verán limitada la posibilidad de objetar requisitos sustanciales y adjetivos de la pericia extraprocesal. Posición con la que coincide (Pariona, 2017) al señalar que estos informes de control son elaborados por una institución pública que indaga responsabilidades, sin un contradictorio.

Los resultados muestran que la mayoría de los informes de control son introducidos como pericias extraprocesales institucionales, aunque se advierte un porcentaje menor que es introducido como medio de prueba intraprocesal (prueba documental y testimonial) pese a que deberían haber sido introducidos y actuados como pericia extraprocesal, lo que nos advierte que no se han estado cumpliendo los requisitos establecidos de las pericias extraprocesales institucionales para su actuación probatoria, este hallazgo sugiere la necesidad de uniformizar su introducción a procesos penales de los delitos de negociación incompatible y colusión para asegurar el tratamiento que les corresponde a fin de no limitar la objeción de requisitos sustanciales.

Estos resultados nos dan una visión detallada sobre el primer objetivo específico de esta investigación que buscaba verificar la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión, pues se cumple con dilucidar el primer objetivo específico teniendo que en la mayoría de las sentencias

se han introducido al proceso y se han actuado como pericias extraprocesales institucionales, conforme al Art. 201-A del CPP, pese a que ello según la norma esto debe replicarse en todos los casos, hay una minoría que ha sido actuada como prueba testimonial y documental.

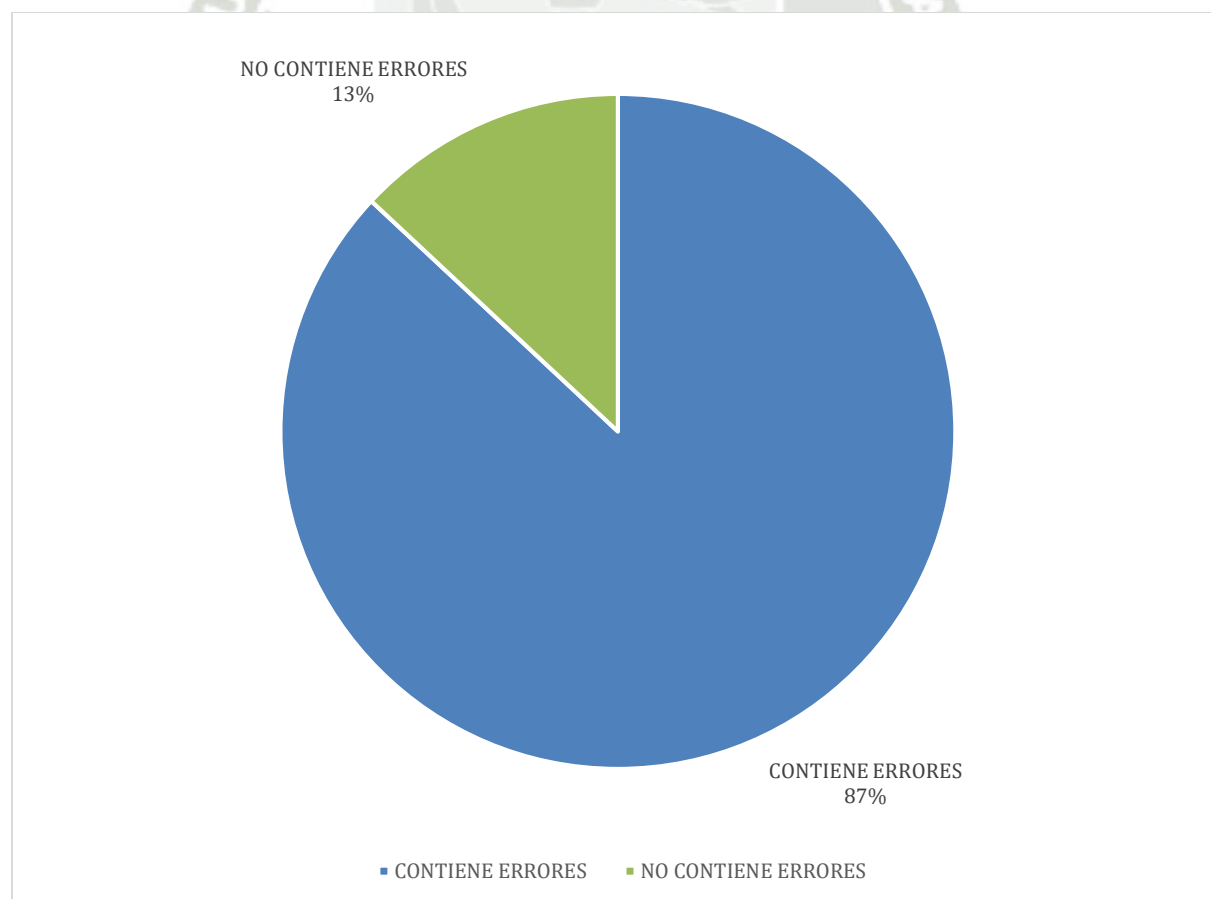


O.E. 2: “Advertir los problemas generados dada la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión en un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, 2019-2023”.

Este resultado comprende el análisis de los fallos de los procesos penales contra la administración pública, específicamente, en delitos de negociación incompatible y colusión, con el fin de verificar si se han advertido errores, imprecisiones o insuficiencias, con el fin de determinar que afectaciones se pueden generar producto de la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control, o si, por el contrario, corresponde reforzar la posición de la CGR de la necesidad de mantener en nuestro ordenamiento jurídico una prueba superior.

GRÁFICO 3

Pronunciamientos judiciales sobre delitos de negociación incompatible y colusión de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, en los que se le otorgo a los informes de la CGR la calidad de pericia extraprocesal institucional y se advirtieron errores.



Nota: elaboración propia

La investigación comprendió 74 unidades de estudio, de las cuales se materializaron en pronunciamientos judiciales a cargo de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa en el periodo comprendido entre el 2019 al primer semestre del año 2023. De las cuales 58 sentencias son sobre delitos de negociación incompatible y colusión, y 16 de ellas fueron de otros delitos relacionados (peculado y enriquecimiento ilícito), también es parte de los resultados que en 46 procesos se les otorgó a los informes de control de la CGR la naturaleza jurídica de pericias extraprocesales institucionales.

La investigación efectuada estableció que, del total de sentencias revisadas con estas dos características: ser sobre delitos de negociación incompatible y colusión y la actuación de los informes de control como pericias extraprocesales institucionales, en 40 sentencias equivalente al 87% se hallaron errores, inconsistencias y observaciones de los informes de control que son advertidos por los acusados o por sus defensas técnicas, de otro lado en 6 sentencias equivalente al 13% no se precisaron inexactitudes o vacíos que contenían los informes de control. Los errores, vacíos, inexactitudes, deficiencias y observaciones advertidas por la defensa técnica son las siguientes:

- A. No se trasladaron los hallazgos a los imputados
- B. El informe de control es incompleto.
- C. El informe de control se basó sobre un bien del que no tenían seguridad que era el adquirido
- D. Sustento un perito distinto al que elaboró el informe
- E. No solicitaron descargos a los imputados
- F. Hallan responsabilidades en personas que no realizaron el proceso de contratación
- G. El informe de control tiene opiniones personales sin sustento en la norma
- H. El informe de control tiene inconsistencias
- I. En el informe de control no se plasma que revisaron todos los documentos
- J. Los cuadros comparativos del informe de control están mal elaborados
- K. El informe de control es deficiente
- L. El informe de control no se ajusta a la realidad
- M. Los auditores nunca visitaron la entidad para realizar la acción de control

- N. No se desarrolló un debate pericial
- O. Los auditores no realizaron la acción de control
- P. El informe de control es copiado de un informe de comisaria
- Q. El informe de control solo demuestra irregularidades administrativas
- R. El informe de control no configura los elementos del tipo penal

Este hallazgo es consistente con estudios previos, como el trabajo de investigación de realizado por Mayhure (2018), al haber concluido que la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control implica que contengan información que se presume cierta, pudiendo enervar la presunción de inocencia. Sin embargo, la posición de (Rojas, 2020) señala que este tipo de pericias flexibilizan el contradictorio dado que el respeto al debido proceso se aplaca en la elaboración de los informes de control con los descargos que se solicitan a los auditados. Esta discrepancia podría darse por la posición que se tiene de la doctrina y la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de los informes de control.

La proporción alta de casos en los que se han detectado implicancias negativas sobre los informes de control en los pronunciamientos judiciales nos advierte de afectaciones a principios procesales y derechos que le asiste a los imputados por los delitos de negociación incompatible y colusión, problemas que deben ser abordados a fin de garantizar la adecuada defensa de derechos.

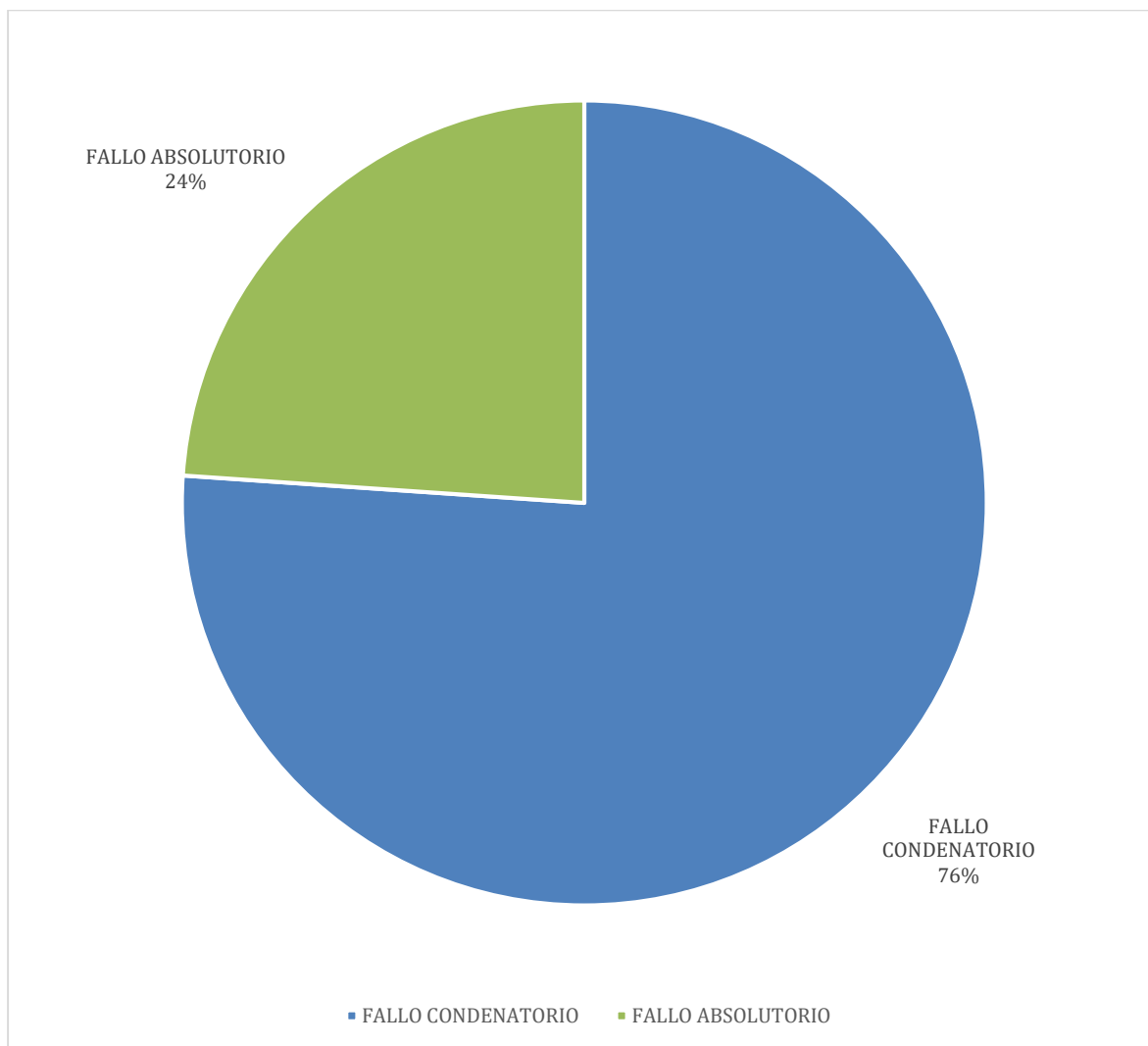
Esta proporción podría verse incrementada en estudios que se realicen sobre sentencias emitidas en el segundo semestre del año 2023 y posteriores, puesto que nuestro estudio únicamente alcanzó a analizar las sentencias que habían sido emitidas de los copiadore de sentencias hasta mediados del año 2023, no pudiendo acceder a las demás por no estar armados al momento de realizar el trabajo de análisis. Sin embargo, a pesar de esta limitación, consideramos que los hallazgos dan una visión significativa de problemas que se advierten podrían estar pasando en otros juzgados del país.

Ahora bien, teniendo en cuenta esta naturaleza jurídica creada para los informes de control que teóricamente pretende garantizar el derecho de defensa y el contradictorio, buscando que se comuniquen los hallazgos a las personas vinculadas y se evalúen los descargos que realicen los auditados; y que conforme al Proyecto de Ley N° 2531/2013-CG esta naturaleza jurídica otorgada buscaba un dispositivo en materia penal al cual se le reconozcan especiales características, es relevante cuantificar cuantos procesos han concluido con

sentencias condenatorias, pues este extremo nos orientara a verificar si se estarían causando afectaciones a los funcionarios que en principio fueron presuntos responsables.

GRÁFICO 4

Fallos de pronunciamientos judiciales de delitos de negociación incompatible y colusión de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, en los que se le otorga a los informes de la CGR la calidad de pericia extraprocesal institucional



Nota: elaboración propia

De la investigación comprendió 74 unidades de estudio, de las cuales se materializaron en pronunciamientos judiciales a cargo de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa en el periodo comprendido entre el 2019 al primer semestre del año 2023. De las cuales 58 sentencian sobre delitos de negociación incompatible y colusión,

sobre ellas en 46 procesos se le otorgo a los informes de control de la CGR la naturaleza jurídica de pericias extraprocesales institucionales.

La investigación efectuada estableció que, del total de sentencias revisadas con estas dos características: ser sobre delitos de negociación incompatible y colusión y la actuación de los informes de control como pericias extraprocesales instruccionales, en 35 sentencias equivalente al 76% han tenido fallos condenatorios, por otro lado, en 11 sentencias correspondiente al 24% se advirtió que los fallos son absolutorios.

La doctrina señala que siempre y cuando se reúnan los requisitos y exigencias de una pericia, los informes de control pueden sustentar una acusación, y además sobre su valoración menciona que, si ha sido sometida a la inmediación y contradicción, pueden sustentar una condena (Rosas, 2018). Los resultados revelados muestran desde una perspectiva objetiva que los casos que son iniciados con un informe de control emitidos por la CGR concluyen con una sentencia condenatoria, pese a las precisiones que hacen los acusados y sus defensas técnicas.

Estos hallazgos nos dan una visión del segundo objetivo específico de este estudio que buscaba advertir los problemas generados dada la naturaleza jurídica a los informes de control determinar los principios procesales que se transgreden y la afectación a los imputados de los delitos de negociación incompatible y colusión.

Ahora bien, por un lado, basándonos en el derecho probatorio general y la determinación normativa, tienen una naturaleza de prueba pre-constituida, es decir, se materializa como resultado del control ex ante de la acción administrativa, siendo esta condición la perspectiva más objetiva desembocando en su plasmación judicial como un tipo de pericia. Ya desde la práctica judicial ocurre que esta se presenta desde el plano documental o a través del testimonio del auditor autógrafo del informe, por lo tanto, cabe sobre él su calidad de prueba documental y en otras ocasiones como prueba producida del testimonio. En conclusión, existen hasta tres maneras de entender el informe de la CGR, no obstante, también fluye del análisis del resultado que en ninguna de estas tipologías se puede llegar a cuestionar su calidad casi científica pese a que, como hemos presentando, es concurrente la presentación de observaciones sobre sus resultados y/o procedimientos.

Por lo tanto, a consideración de la presente investigación, la naturaleza jurídica del informe emitido por la CGR dependerá de su presentación dentro del proceso (como prueba documental o como prueba testimonial). Así pues, pese a su reconocimiento normativo de prueba pre-constituida carece de sustento determinarla como una pericia objetiva o realizada

por un organismo de apoyo judicial imparcial, en tanto, esta se realiza sin la participación procesal del imputado, descalificando de esta manera, todo tipo de acción contradictoria hasta la producción del debate oral en juicio, donde recién la parte tiene la posibilidad de advertir los errores o argumentos que considere pertinentes para enervar su peso probatorio, y por lo tanto, esta debería valorarse como cualquier otra prueba de similar naturaleza.

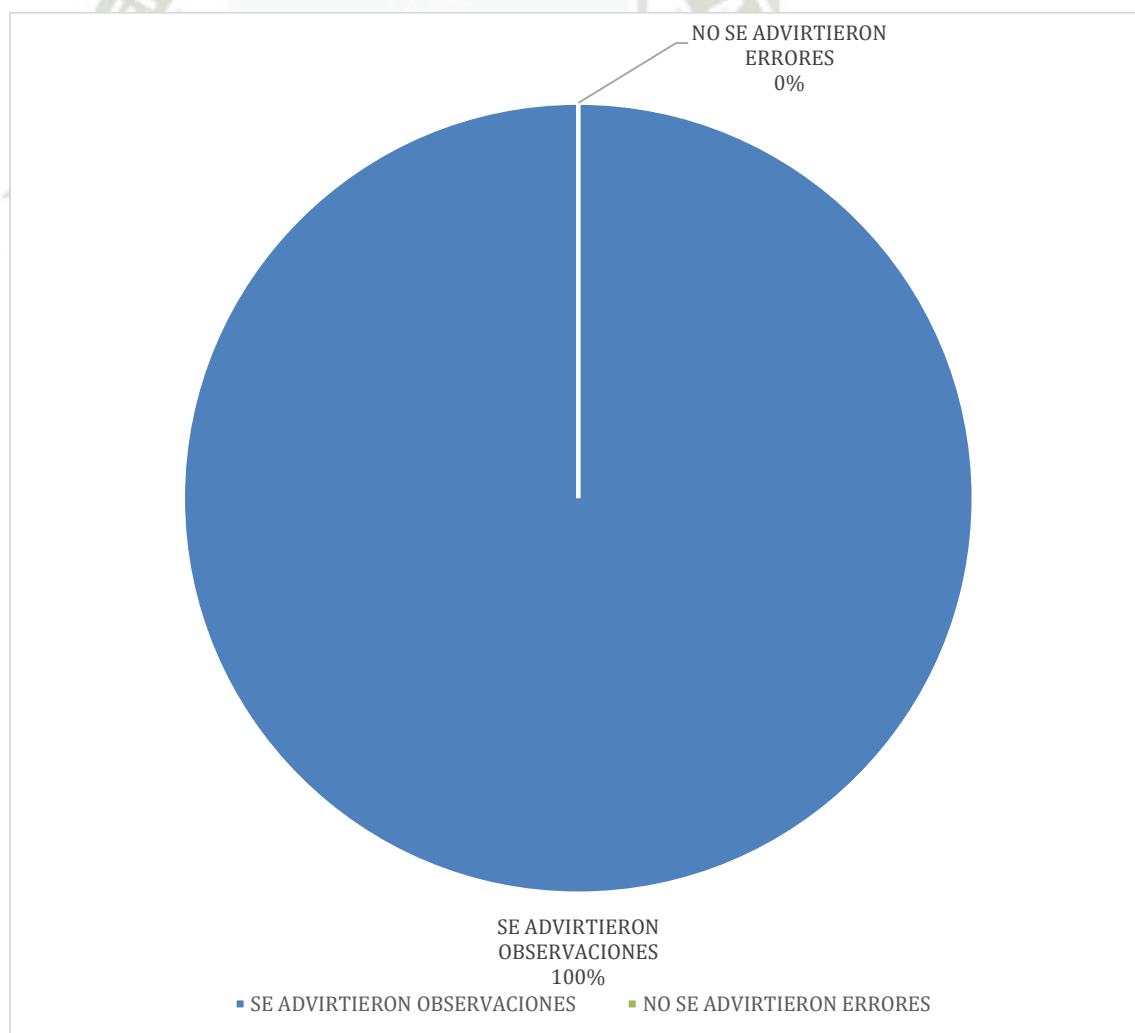


O.E. 3: “Determinar los principios procesales que se transgreden y afectaciones al imputado dada la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión en un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa, 2019-2023”.

Este resultado comprende el análisis de los principios procesales que podrían estarse vulnerando producto de la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control, por lo que es pertinente revisar si efectivamente nos encontramos ante una prueba privilegiada o si se han desarrollado debates periciales o trasladado descargos a los auditados para así determinar afectaciones.

GRÁFICO 5

Pronunciamientos judiciales sobre delitos de negociación incompatible y colusión de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa con fallo condenatorio en los que se advirtieron errores en los informes de control en procesos

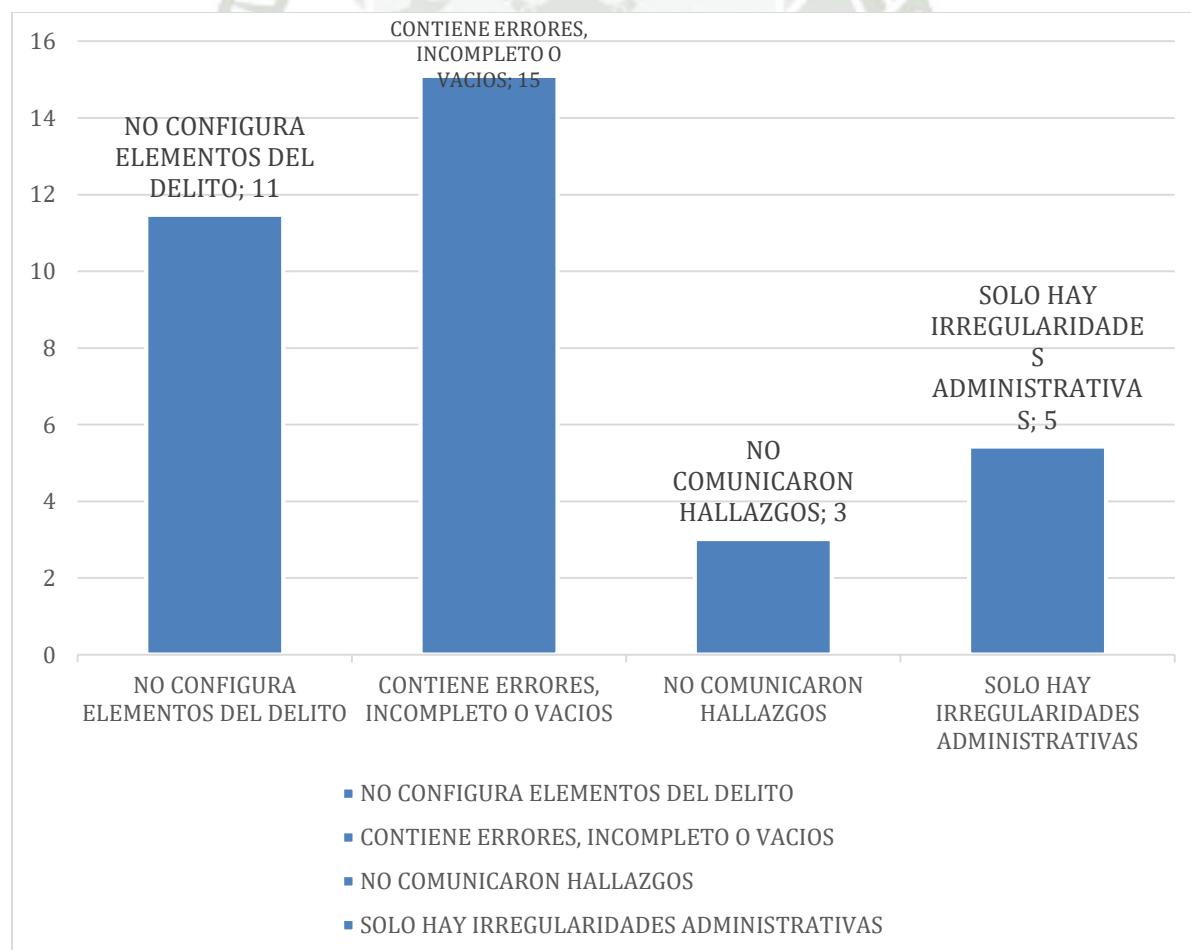


Nota: elaboración propia

La investigación comprendió 74 unidades de estudio, de las cuales se materializaron en pronunciamientos judiciales a cargo de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa en el periodo comprendido entre el 2019 al primer semestre del año 2023. De las cuales 58 sentencias son sobre delitos de negociación incompatible y colusión, sobre ellas en 46 procesos se le otorgo a los informes de control de la CGR la naturaleza jurídica de pericias extraprocesales institucionales. Sobre estas 46 sentencias, 35 han concluido con fallos condenatorios. El análisis efectuado estableció que, de las 35 sentencias con fallo condenatorio, en 35 procesos equivalente al 100% se han hallado inconsistencias, errores, o deficiencias.

GRÁFICO 6

Incidencia de errores, inconsistencias y observaciones advertidos en los informes de control actuados como pericia extraprocesal institucional en procesos sobre delitos de negociación incompatible y colusión en pronunciamientos judiciales de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa



Nota: elaboración propia

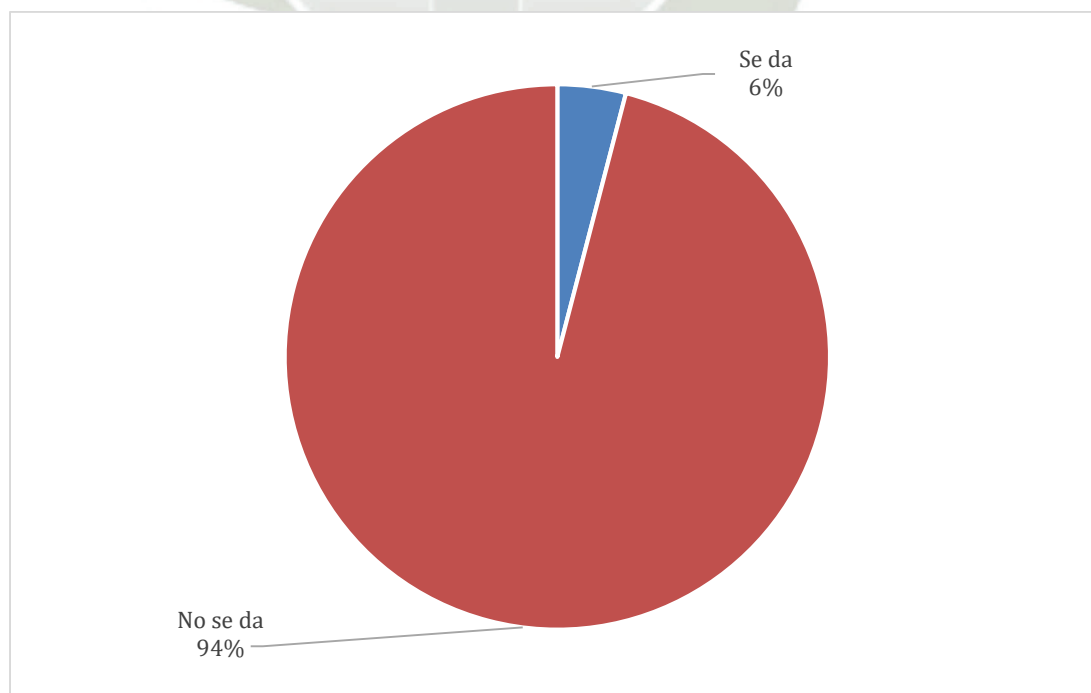
La investigación comprendió 74 unidades de estudio, de las cuales se materializaron en pronunciamientos judiciales a cargo de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa en el periodo comprendido entre el 2019 al primer semestre del año 2023. De las cuales 58 sentencias son sobre delitos de negociación incompatible y colusión, sobre ellas en 46 procesos se le otorgo a los informes de control de la CGR la naturaleza jurídica de pericias extraprocesales institucionales. Sobre estas 46 sentencias, 35 han concluido con fallos condenatorios, por lo que es pertinente precisar la incidencia de observaciones que se han hallado en las sentencias.

El estudio realizado permite identificar que en 11 sentencias el informe de control no ha podido configurar elementos del delito, en 15 sentencias el informe control evidencio vacíos, imprecisiones o vacíos, en 5 solo se hallaron irregularidades administrativas y en 3 sentencias se precisó que no se trasladaron los hallazgos ni se solicitaron descargos a los auditados.

En ese sentido es pertinente revisar los hallazgos que versan sobre la vulneración a principios procesales que le asisten al imputado.

GRÁFICO 7

Desarrollo del debate pericial en juicio oral en procesos sobre delitos de negociación incompatible y colusión de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa



Nota: elaboración propia

La investigación comprendió 74 unidades de estudio, de las cuales se materializaron en pronunciamientos judiciales a cargo de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa en el periodo comprendido entre el 2019 al primer semestre del año 2023. De las cuales 58 sentencias son sobre delitos de negociación incompatible y colusión, sobre ellas en 46 procesos se le otorgo a los informes de control de la CGR la naturaleza jurídica de pericias extraprocesales institucionales. Sobre estas 46 sentencias, 35 han concluido con fallos condenatorios. El análisis efectuado estableció que, de las 35 sentencias con fallo condenatorio, sólo en 2 procesos equivalente al 6% se desarrolló el debate pericial con la intervención de perito de parte en la etapa de actuación probatoria del juicio oral.

En atención a lo expuesto por autores como (Rosas, 2018), el principio de contradicción dirige el proceso en 2 sentidos, uno de ellos, dirige el proceso hacia el derecho que tienen los sujetos procesales a presentar y controvertir pruebas. Siguiendo lo planteado por Rosas, (Becerra y Cruzado, 2021) en su investigación reportan como primer resultado de su investigación que el 90% de sus unidades de estudio señalan que para poder controvertir la pericia procesal institucional se requiere de la pericia de oficio como medio de prueba necesario para ejercer el derecho de defensa.

Los resultados muestran hay una afectación al principio de contradicción dada la naturaleza jurídica de los informes de control, este hallazgo sugiere realizar un cambio normativo de la calidad de pericia procesal institucional pues no sucede en la practica la posibilidad la de contravenir y presentar prueba que pueda desvirtuar el informe de control. Estos hallazgos nos dan una visión del tercer objetivo específico de este estudio que buscaba determinar los principios procesales que se transgreden y la afectación a los imputados de los delitos de negociación incompatible y colusión.

El tratamiento que les corresponde a fin de no limitar la objeción de requisitos sustanciales. Estos resultados nos dan una visión detallada sobre el primer objetivo específico de esta investigación que buscaba verificar la naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en pronunciamientos judiciales de los delitos de negociación incompatible y colusión.

Por otro lado, es pertinente calcular cuantas sentencias han acabado con un fallo condenatorio pese a que se advirtieron errores contenidos en los informes de control, tales como inexactitudes, vacíos, insuficiencias, la no revisión de documentación completa o solamente se han evidenciado faltas administrativas.

TABLA 2

Afectación a principios procesales rectores del NCPP

AFECTACION A PRINCIPIOS PROCESALES	
CONTRADICCION	IGUALDAD PROCESAL
- No se trasladaron los hallazgos a los imputados	- El informe de control es incompleto.
- Sustento un perito distinto al que elaboró el informe	- El informe de control tiene opiniones personales sin sustento en la norma
- No solicitaron descargos a los imputados	- El informe de control tiene inconsistencias
- No se desarrolló un debate pericial	- En el informe de control no se plasma que revisaron todos los documentos
	- El informe de control no se ajusta a la realidad
	- El informe de control solo demuestra irregularidades administrativas
	- El informe de control no configura los elementos del tipo penal

Nota: elaboración propia

En atención al resultado del segundo objetivo hemos encasillado los hallazgos en 2 grupos que materializan la afectación de los informes de control a principios procesales, como lo son el principio de contradicción y el principio de igualdad de armas. En ese sentido, a continuación, graficaremos los resultados.

La doctrina señala que el principio de igualdad de armas radica en la paridad de oportunidades y de audiencia que les asiste a los sujetos procesales, de tal modo, que ninguna de las partes antagónicas pueda constituir respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio (Alvarado, 2005). Los resultados evidencian una percepción distinta puesto que los informes de control por su naturaleza otorgada son pruebas privilegiadas, que pese a sus deficiencias son directamente consideradas pruebas, y estas deficiencias han sido pasadas por alto toda vez que pese a ello se han emitido sentencias condenatorias, evidenciando la afectación al principio de igualdad de armas, puesto que no hay prueba similar a las pericias extraprocesales institucionales que sea capaz de desvirtuarla pese a todas las observaciones realizadas por las defensas técnicas.

Los resultados muestran hay una afectación al principio de igualdad de armas o igualdad procesal dada la naturaleza jurídica de los informes de control, este hallazgo sugiere realizar un cambio normativo de la calidad de pericia procesal institucional pues se esta medida mejorara ampliamente el hecho de que los imputados se tengan que enfrentar a una prueba privilegiada. Estos hallazgos nos dan una visión del tercer objetivo específico de este estudio que buscaba determinar los principios procesales que se transgreden y la afectación a los imputados de los delitos de negociación incompatible y colusión.



Conclusiones

Primera. - En atención al objetivo general de esta investigación —así como también referida en lo correspondiente a nuestra hipótesis de trabajo— podemos concluir que la naturaleza jurídica otorgada a los informes de control afecta los principios de contradicción y de igualdad de armas en pronunciamientos judiciales sobre negociación incompatible y colusión, toda vez que se ha hallado un porcentaje alto de sentencias en las que pese a las observaciones advertidas por la defensa se ha tomado al informe de control como prueba plena, dejándose de lado la oportunidad de la defensa de ejercer el contradictorio tanto en la etapa de elaboración del informe de control, así como en la etapa de juicio oral con la omisión del desarrollo de debates periciales y al no tener prueba que pueda desvirtuar a la pericia extraprocesal institucional, pues se ha probado que se le ha estado otorgando un valor probatorio superior, asimismo respecto al objetivo general de esta investigación podemos concluir que la naturaleza jurídica otorgada se relaciona con las afectaciones a principios procesales de contradicción e igualdad de armas, toda vez que si modificamos la naturaleza jurídica de los informes de control se dejaría de afectar los principios de contradicción y de igualdad procesal, pues el actuar a los informes de control como pruebas documentales o testimoniales permitiría la aplicación de reglas procesales que permitan desvirtuar al informe de control y frenar el enfrentamiento en desigualdad de condiciones, asimismo las partes tendrían las mismas posibilidades de ingresar pruebas, controlar la actividad procesal y refutar el contenido de estos informes.

Segunda. - En respuesta al primer objetivo específico de esta investigación se ha buscado verificar la naturaleza jurídica de los informes de control en los pronunciamientos judiciales de un Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios de Arequipa. Los pronunciamientos judiciales materializados en sentencias describen la calidad que se le ha otorgado a estos informes y la manera en cómo han sido actuados en la etapa del proceso penal de juicio oral. Esta investigación muestra que el 12% se ha introducido como prueba documental, el 10% se ha incorporado como prueba testimonial y el 78% se ha identificado como pericia extraprocesal institucional, lo que nos permite concluir que la naturaleza jurídica más predominante es la de pericia extraprocesal institucional, aun cuando, la norma establece que todos los informes de control se deberían actuar como pericias extraprocesales.

Tercera. – De acuerdo con el segundo objetivo específico de esta investigación se ha buscado advertir los problemas generados dada la naturaleza jurídica de los informes de control, o si por el contrario es necesario reforzar la posición de la CGR sobre la necesidad de

mantener en nuestro ordenamiento jurídico una prueba superior. Sin embargo, la investigación ha revelado que en el 100% del total de sentencias analizadas se han hallado en los informes de control errores, inexactitudes, vacíos, observaciones, ausencia de solicitud de descargos, falta traslado de hallazgos, no se han desarrollado de debates periciales, entre otras observaciones, siendo los más resaltantes la ausencia del desarrollo de debates periciales y la emisión de fallos condenatorios pese a los errores advertidos, por lo que se concluye que existen problemas dada la naturaleza jurídica de los informes de control, pues esta calidad otorgada les da la apariencia de prueba privilegiada que desde su elaboración por ser introducida directamente como medio de prueba.

Cuarta. - Finalmente, en función con el tercer objetivo específico de la investigación, se ha buscado determinar los principios procesales que se transgreden y las afectaciones al imputado dada la naturaleza jurídica de los informes de control. En atención a los hallazgos obtenidos en respuesta al segundo objetivo específico se han identificado afectaciones al principio de contradicción y el principio de igualdad de armas. El principio de contradicción garantiza el derecho del imputado a contradecir pruebas presentadas en su contra. Y el principio de igualdad procesal garantiza la paridad de oportunidades de tal manera que ninguna de las partes pueda ponerse en una situación de ventaja o privilegio. Sin embargo, la investigación revela que el 96% de sentencias analizadas no se ha desarrollado un debate pericial, evidente vulneración al principio de contradicción, y el 100% de sentencias que contienen errores han tenido un fallo condenatorio, pese a los problemas identificados, evidenciando el enfrentamiento a una prueba privilegiada, por lo que se concluye que se vulneran y afectan los principios de contradicción e igualdad procesal.

Recomendaciones

Primera. - En respuesta a la primera conclusión del objetivo general de este estudio se recomienda al Congreso de la Republica derogar la ley N° Ley N° 30214 (2014), a fin de que los informes de control cambien de naturaleza jurídica y dejen de ser pericias extraprocesales institucionales para asegurar un proceso penal en que el que se respeten los principios de igualdad procesal y contradicción.

Segunda. - En atención a la segunda conclusión sobre el primer objetivo específico de esta investigación recomendamos cambiar la naturaleza jurídica de los informes de control, para que dejen de ser considerados pericias extraprocesales institucionales, y se consideren pruebas documentales o testimoniales que se sujeten a las reglas establecidas en el CPP para su adecuada actuación probatoria. Para tal fin, sería necesario la derogación de la ley N° 30214, que le otorga la naturaleza jurídica a los informes de control de pericias extraprocesales institucionales, asimismo, una modificación legislativa del CPP a efecto se agregue al informe emitido por la CGR como una prueba documental en el art. 184, y como posible prueba testimonial en el art. 162 capacitando al auditor autógrafo de dicho informe o quien tenga la capacidad de reemplazarlo.

Tercera. - De acuerdo a la conclusión sobre el segundo objetivo específico se recomienda a los auditores miembros de la CGR a trasladar los hallazgos a los auditados antes de su publicación, a solicitar y considerar sus descargos, y exponer como dilucidan la contraposición de posiciones.

Cuarta. - En merito a la conclusión sobre el tercer objetivo específico se recomienda a los operadores jurídicos a generar conciencia sobre el especial cuidado que se debe tomar cuando tratan procesos penales sobre los delitos de negociación incompatible y colusión a efecto de no generar perjuicios en los acusados a lo largo de un proceso penal en el que no se respeten principios procesales, ya que nos aunamos a la posición de que el derecho penal debe ser “ultima ratio”

Referencias

- Aguilar Aviles, D. (2010). *El Peritaje En El Procesal Penal*. Malaga : Grupo De Investigaciones Eumed.
- Alvarado Vellos, A. (2005). *Garantismo Procesal Contra Actuación*. Tirant Lo Blanch.
- Arana Morales W. (2014). *Manual del proceso penal*. Gaceta jurídica. Lima - Perú.
- Arbulu Martinez, V., Salas Beteta , C., Hernandez Miranda, E., Perez Lopez , J., Herrera Guerrero , M., Chinchay Castillo, A., . . . Vasquez Rodriguez , M. (2004). La Prueba En El Código Procesal. *Gaceta Penal Y Procesal Penal*, Lima.
- Arbulu Martinez, V. (2015). *Derecho procesal penal, un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Tomo I. Gaceta Juridica. Lima.
- Armenta Deu, M. (2021). *Lecciones de derecho procesal penal*. t. II, p. 195.
- Arocena, G., Balcarce, F. y Cesano, J. (2014) *Prueba en materia penal*. Buenos Aires- Argentina.
- Aycho, E. (2013). Colusión Corrupción De Funcionarios. *Derecho Penal*, 1.
- Benavente, H. (2009). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales*. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n1/art03.pdf>
- Berbell, C., & Rodriguez, Y. (2018). ¿Que Es La Igualdad De Armas Y El Derecho Al Proceso Debido . *Confilegal*.
- Boticher, E. (1955). *La Igualdad Ante El Juez*. Derecho Procesal .
- Bovino, A. (2005). *Contra la inocencia*. Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D´Albora. Bertolino, Pedro, J, Bruzzone Gustavo A. Editorial Lexis Nexos. Buenos Aires.
- Burgos, A. y Rojas J. (2013). *Testigo, perito y consultor técnico: en el proceso penal*. San José, Costa Rica : Investigaciones Jurídicas S.A.

- Cabrera , A. (2009). Derecho Penal. *Idemsa*, 404-405.
- Calamandrei, P. (1973). *Instituciones De Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires : Ajea.
- Carocca, A. (2005). *El Nuevo Sistema Procesal Penal* . Santiago De Chile : Lexinnexis.
- Castillo, A. (2015). *El Delito De Negociación Incompatible*.
- Chinchay Castillo, A., & Ramos Dávila, L. (2015). *Actualidad Penal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Chumacero Ancajima, S. V., & Julian Castilla, S. (2024). *El Delito De Enriquecimiento Ilícito Cometido Por Funcionarios Públicos En El Perú*. Lima: Universidad Tecnológica Del Perú.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 de julio, 1978,
https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Cubas Villanueva, V. (2017). Principios Del Proceso Penal En El Nuevo Código Procesal Penal. *Derecho Y Sociedad* , 158.
- Decreto Ley 26162 de 1992. Por el que se rige el Sistema Nacional de Control. Diciembre 24 de 1992.
- Díaz Guevara , J. (2019). *Derecho Y Cambio Social*. Lima: Instituto Pacífico.
- Dromi Casas, J. (1987). Proceso Administrativo: Perspectiva. *Universidad De Mendoza*.
- Duce Jaime M. y Baytelman Aronowsky A. (2004). *Litigacion penal, juicio oral y prueba*. Imprenta Salesianos S.A. Santiago - Chile
- Echandía, D. (1993), *Teoría general de la prueba judicial*. Medellín; Dike, tomo II. p. 404.
- Echandía , D. (2009). *Nociones Generales De Derecho Procesal Civil. Segunda Edición*. Bogota: Temis.
- Esteves, J. (1956). Sobre El Concepto De Naturaleza Jurídica. 178.
- Fairén Guillén, V. (1992). *Teoría General Del Derecho Procesal*. Mexico : Instituto De Investigaciones Jurídicas.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho Y Razón*. Madrid: Trota .

- Flores Konja , J. (1998). El Control Gubernamental. *Quipukamayoc*, 79-100.
- García Sosa , E., & Torres Esguera, L. (2019). *La Colusión En Colombia “Una Práctica Desleal Frente A La Libre Competencia*.
- García, A. (2011). *Control Gubernamental: Teoría Y Práctica* . Nueva York: Thomson Reuters.
- Guillen Lopez , G. (2013). *La Investigación Penal En El Sistema Penal Acusatorio*. Mexico: Instituto De Investigación Jurídica- Universidad Nacional Autónoma De Mexico.
- Guimaray. (2016). Manual Sobre Delitos Contra La Administración Pública.
- Herrera Guerrero , M. (2020). *Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Informe De Contraloría.
- Lastra, J. M. (2005). Fundamentos De Derecho. *Mcgraw-Hil*, 45.
- Ledesma, M. (2008). *Comentarios Al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica.
- León, J., & Lillian , N. (2007). El Sistema Nacional De Control Y El Rol De La Contraloría . *Sistemas Administrativos*, 1-6.
- Levene, R. (1993). *Manual de derecho procesal penal*. Tomo I. Ediciones de Palma. Lima - Perú.
- Ley 30225 de 2016. Por la que regulan las contrataciones con el Estado. Enero 9 de 2016.
- Ley 30742 de 2018. Por la que se norma el fortalecimiento de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional del Control. Marzo 28 de 2018
- Ley 30214 de 2014. Por la cual se incorpora el Artículo 201-A al Código Procesal Penal. Junio 29 de 2006.
- Ley 27785 de 2002. Por la cual se rige el Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República. Julio 23 de 2002.
- Lluch, X. (2007). *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*. Bosch Editores.
- Mendes. (2017). *Curso De Direito Constitucional*. Oliveira.

- Monroy Galvez, J. (1996). *Introducción Al Procesal Civil*. 80.
- Mittermaier, C.J. A. (2004). *Tratado de la prueba criminal*. 10ª ed., p.177.
- Moratto, S. (2020). *El Principio De Igualdad De Armas: Un Análisis Conceptual*. Bulut:
Derecho Penal Y Criminología.
- Neyra Flores. J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa. Lima -
Perú.
- Nieva Fenol , J. (2010). *La Valoración De La Prueba* . Buenos Aires: Marcial Pons .
- Ossorio, M. (2012). *Diccionario De Ciencias Jurídicas, Políticas Y Sociales*. Guatemala:
Datascan, S.A.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo 1976,
<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Palacios, R. (2013). *Control Gubernamental*. Lima, Lima, Perú.
- Pantoja Chihuan , W. (2023). *Actividad Probatoria Y Delito De Lavado De Activo En El
Proceso Penal*. Huamanga : Universidad Nacional San Cristobal De Huamanga .
- Pariona Arana, R. (2017). *El Delito De Colusión. 1ª Ed*. Lima: Pacifico S.A.C.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2009). *Exégesis, Nuevo Código Procesal Penal*. 2º edición. Tomo I.
Editorial Rodhas. Lima - Perú.
- Pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley
2531/2013-CGR (2013)
- Proyecto de Ley N° 2531/2013-CG. Contraloría General de la República. (2013)
- Quiroz, A. (2013). *Historia De La Corrupción En El Perú*. Lima : Instituto De Estudios
Peruanos E Instituto De Defensa Legal.
- Ramirez Salinas, L. (2005). *Principios Generales Que Rigen La Actividad Probatoria*.
Asunción: Revista La Ley.
- Reategui. (2017). *Delitos Contra La Administración Pública En El Código Penal*. *Jurista*
Editores E.I.R.L., 893.

Reátegui Sanchez, J. (2018). *Comentarios al nuevo código procesal penal*. Ediciones legales.

Lima - Peru

Resolución N° 295-2021-CG, Normas Generales de Control Gubernamental (2021).

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2656831/Resoluci%C3%B3n%20de%20Contralor%C3%ADa%20N%C2%B0%20295-2021-CG.pdf.pdf?v=1640709097>

Resolución de Contraloría N° 392-2020-CG, Directiva de los Órganos de Control Institucional (2020).

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1535751/RC_392-2020-CG.pdf.pdf?v=1610058790

Resolución de Contraloría N° 383-2013-CG, Normativa de las Sociedades de Auditoría del

Sistema Nacional de Control (2013).

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1862239/RC%20N%C2%B0%20383-2013-CG.pdf.pdf?v=1619818289>

Rodríguez Vásquez, J., Torres Pachas, D., Navas Bustamante, A., & Novoa Curich, Y.

(2012). *Compendio Jurisprudencial Sistematizado: Prevención De La Corrupción Y Justicia Penal*. Lima: Informe De Contraloría.

Rojas, N. C. (2020). Nuevo Procesal Penal. *Gaceta Penal Y Procesal Penal*, 155-170.

Rosas Yataco, J. (2018). Derecho Procesal Penal . *Ceides*, Lima.

Salinas Sicha, R. (2009). El Delito De Peculado En La Legislacion Y En La Jurisprudencia

Vinculante. *Jus Jurisprudencia* , 404-405.

Sánchez Velarde, P. (2004), Manual de derecho procesal penal. Idemsa. Lima – Perú.

Sánchez Velarde , P (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Idemsa Lima – Perú.

Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba En El Nuevo Codigo Procesal Civil*. Lima: Academia

De La Magistratura .

Vásquez Rossi J. (1996) *La defensa penal*. Rubinzal Culzoni. Argentina.

Zamudio Arias, R. (2011). *Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e*

implicaciones: oralidad, inmediación, contradicción, concentración. Consejo de la

Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación. México

Anexos

TESIS: LA PERICIA EXTRAPROCESAL INSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN E IGUALDAD DE ARMAS EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE DELITOS DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y COLUSIÓN, AREQUIPA, 2019 - 2023

CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES				
VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES	MÉTODO
<p>VARIABLE INDEPENDIENTE La naturaleza jurídica de los informes de control de la CGR en el proceso penal</p>	<p>La naturaleza jurídica de los informes de control como pericias extraprocesales institucionales comprende particularidades en su actuación en el proceso penal</p>	<p>Identificación de la naturaleza jurídica en los pronunciamientos jurisdiccionales a través de fichas de análisis de casos</p>	<p>Tratamiento de los informes de control en el proceso penal Pericia extraprocesal institucional</p>	<p>Metodología Enfoque cualitativo Diseño de investigación Jurídico propositiva Tipo de investigación Básica aplicada</p>
<p>VARIABLE DEPENDIENTE Vulneración de los principios de igualdad de armas, contradicción del imputado.</p>	<p>El principio de igualdad de armas reconoce a las partes los mismos medios de ataque y de defensa, es decir idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.</p>	<p>Identificación de la vulneración del principio de igualdad de armas en los pronunciamientos jurisdiccionales a través de fichas de análisis de casos.</p>	<p>Principio de igualdad de armas Mismos medios de ataque y de defensa. Idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación</p>	<p>Nivel de investigación Descriptiva y propositiva</p> <p>Escenario de estudio Juzgado Penal Unipersonal Especializado en corrupción de funcionarios de Arequipa</p> <p>Participantes Jueces y fiscales especializados en corrupción de funcionarios</p> <p>Técnicas e instrumentos de recolección de datos Fichas de análisis de casos.</p>
	<p>El principio de contradicción permite al acusado contraponer argumentos técnico jurídicos a los que exponga el acusador.</p>	<p>Identificación de la vulneración del principio de contradicción en los pronunciamientos jurisdiccionales a través de fichas de análisis de casos.</p>	<p>Principio de contradicción El derecho a controlar la actividad de la parte contraria y refutar los argumentos que puedan perjudicarlo. Descargos a los informes de control. Desarrollo de debate pericial</p>	