



DOCTRINA PRÁCTICA

La Ley N.º 30214

Elucidación sobre la prueba preconstituida

Alcides Mario Chinchay Castillo*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Liza Ramos Dávila**

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

SUMARIO

1. El contexto
2. Equivocidad
3. Haciendo un balance

1. El contexto

A) ¿Qué nos ha venido a traer el Código Procesal Penal de 2004?

1) La respuesta usual, en medios orales y escritos es que el CPP es expresión de un «modelo acusatorio y oral, con tendencia adversarial». Lo cual connota:

(i) Acusatorio. Porque la construcción de la imputación

queda en exclusivas manos del Ministerio Público; ello —se supone— deja al juez solo las tareas de controlar la legalidad y de juzgar.

(ii) Oral. Esto debido a la combinación de dos factores:

(a) Juicio oral como centro del proceso

(b) La audiencia como fuente privilegiada para que se tomen las decisiones judiciales

(iii) La tendencia adversarial. Esta etiqueta plantea una advertencia. Se alude a “tendencia adversarial”, pero ello no supone, en modo alguno, que

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría y doctorado en la Universidad Mayor de San Marcos. Fiscal Adjunto Supremo.

** Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, con estudios de maestría y doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socia de Ramos Dávila Consultores & Abogados.

el proceso penal anglosajón ha venido a instalarse entre nosotros.

- (a) Adversarial quiere decir que la materia del proceso está estrictamente limitada a lo que las partes aporten.
- (1) Implica lo acusatorio, en tanto que la parte acusadora define:

i. Qué hechos
ii. Qué tipos penales
iii. Qué títulos de imputación
iv. Qué pruebas de cargo

} Serán materia de la acusación

- (2) Pero también nos quiere decir que el juez se ata a los argumentos de los otros sujetos procesales.
- i. Solo los hechos alegados y demostrados por las otras partes.
- ii. Solo los argumentos sustentados por las otras partes.
- iii. Solo las excepciones y las nulidades alegadas por las otras partes
- iv. El juez en un modelo adversarial asume así un rol **verdaderamente** neutral
- (b) Lo de “tendencia” quiere decir que en principio se buscará un marco adversarial a las situaciones y problemas que plantea el proceso penal, pero que llegado el caso, el juez podría suplir a las partes,



RESUMEN



La Ley N.º 30214 incorpora el artículo 201-A al CPP, se establece que los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal. En el presente artículo, el autor parte por criticar la manera categórica cómo se está llevando a cabo la aplicación del actual modelo procesal penal; en especial, analiza la presente ley considerando que mediante ella se engendraría una tercera noción de prueba preconstituida (distinta de la noción civil y penal), una prueba “incuestionable y sagrada”.



PALABRAS CLAVE

Prueba preconstituida / Pericia / Informes de control

Recibido: 19-10-15

Aceptado: 09-11-15

Publicado *online*: 01-12-15

en nombre de “la verdad”. En otras palabras, los matices adversariales del CPP —que ponen a las partes como definidoras del objeto— pueden desvanecerse ante expresiones concretas de protagonismo judicial. La naturaleza del CPP, en cualquier caso, no es lo que la doctrina o academia quisiera, sino lo que el propio texto de la norma refleja y que es el resultado de

la opción de sus redactores. Reconocer las posibilidades del Código Procesal Penal de 2004 así como sus contradicciones, nos permitirá avanzar de un modo más firme hacia la verdadera reforma a que aspiramos: hacia un verdadero modelo acusatorio.

- 2) No obstante, es claro que la regulación del CPP, —y no solo en lo relativo a sus rasgos adversariales—, tiene un matiz que hace a nuestro modelo “descafeinado” respecto de sus supuestas bases.

(i) De esta manera, afirmar que hay un cambio sustancial entre el antiguo modelo procesal penal (AMPP) y el nuevo modelo procesal penal (NMPP) representa más una aspiración que una realidad; se basa más en lo que nos hubiera gustado que suceda, que en lo que realmente ha sucedido.

(ii) Acaso haya que aplicar aquí el lema de Tancredi en *El gatopardo* de Guiseppe DI LAMPEDUSA: «cambiarlo todo, para que todo siga igual».

(iii) A continuación, una muestra:

«Cambiarlo todo, para que todo siga igual»	AMPP	NMPP	Esta norma atenta contra lo...
Si se ha formalizado la acción penal, el juez pasa a controlar un criterio de oportunidad, pese a que ello es competencia fiscal	2, penúltimo párrafo (CPP 1991, hasta agosto del 2013)	2.7	Acusatorio <ul style="list-style-type: none"> El Fiscal es el titular de la acción penal; si él decide no ejercerla, el juez no debería intervenir en ello.
Potestad judicial de nombrar peritos (pericia como acto de investigación)	160	173.1	Acusatorio Adversarial <ul style="list-style-type: none"> La expresión «el juez competente» alude al juez de juicio, no al Juez de la Investigación Preparatoria. Se supone que en el Juicio Oral los hechos ya deben estar establecidos. De modo que, si recién en juicio se va a nombrar al perito, eso quiere decir que va a haber <i>indagación de hechos</i> en pleno juicio. Por tanto: <ul style="list-style-type: none"> En cuanto a lo acusatorio. Esto implica que la acusación no está completa, pues hay hechos que todavía se deben averiguar. En cuanto a lo adversarial: Hay subsidio a la negligencia de las partes. Pues, pese a que las partes no sustentaron los hechos de manera suficiente, se les permite hacerlo en el juicio oral. Con todo esto se desnaturalizan dos cosas: <ul style="list-style-type: none"> El plazo de la investigación preparatoria (art. 342 del CPP): No es real hablar de un plazo definido de la investigación preparatoria, si es que incluso luego de vencido el término se seguirán haciendo actos de investigación, bajo el sencillo trámite de llamarlos «actos de prueba». La circunstancia de su ejecución durante el juzgamiento no altera su naturaleza de acto de investigación. La continuidad del juicio oral (art. 360): Este artículo parte de la idea de que el juicio oral es continuo e ininterrumpido. De manera que, si <i>recién en el juicio se va a nombrar a un perito</i>, ¿qué se supone que debe suceder si el examen pericial debe ser hecho en un tiempo prolongado (p. ej., examen de gran cantidad de documentación contable)? ¿Se supone acaso que el examen se va a hacer fuera de audiencia y cuando se hayan acabado los debates habremos de esperar que el perito termine su examen para que éste acuda a ser interrogado en la audiencia?

«Cambiarlo todo, para que todo siga igual»	AMPP	NMPP	Esta norma atenta contra lo...
Oposición judicial [de oficio] a la decisión fiscal de no acusar, para forzar la investigación	220.b	346.5 (limitado a pedido de parte)	<ul style="list-style-type: none"> En el CdePP, esta es una decisión de oficio, y constituye una muestra directa de cómo el juez interfiere en la conducción fiscal de la investigación, que es una potestad constitucional del Ministerio Público. Frente a esta potestad constitucional, existe una norma de rango legal le da al juez la conducción de la instrucción (vale decir, de la investigación). En el CPP, por su parte, esta modalidad de oposición está limitada al pedido de parte (se supone, del actor civil). Aquí es necesario recordar dos puntos: a) Al actor civil «no le está permitido pedir sanción» (art. 105 del CPP) y b) Un sobreseimiento puede ir acompañado de una condena al pago de una reparación civil (art. 12.3). En consecuencia, si somos coherentes con las normas del CPP, el pedido para forzar la investigación debería estar limitado a esclarecer la responsabilidad civil, no la penal. De otro modo, se vulneraría el principio acusatorio.
Oposición judicial de oficio a la decisión fiscal de no acusar, como impugnación – consulta al superior jerárquico del Ministerio Público	220.c	346.1	<ul style="list-style-type: none"> Si el titular constitucional de la acción penal decide no ejercerla, puede ser de interés de una parte procesal el oponerse a ello. Y debe corresponder a otra instancia <i>del Ministerio Público</i> corroborar o rectificar esa decisión. El juez no puede tomar una opción <i>en contra de una de las partes</i>. Eso —por definición— lo deslegitima como juez. No se trata de una decisión en que <i>se resuelva la controversia</i> (donde —lo más probable— es que se favorezca a una de las partes y se contrarie el interés de la otra). Esta facultad judicial supone interferir con la voluntad del actor de no continuar con el ejercicio de la acción. <p>Adversarial</p> <ul style="list-style-type: none"> Si la decisión es de oficio, ello quiere decir que el juez está usurpando una función del actor civil. Si el actor civil es el interesado (dentro de lo que los arts. 105 —parte final— y 12.3 establecen), en consecuencia, él debe formular oposición. No debe hacerlo el juez.
Base en el expediente	219 280 (última parte)	8.4 (parte final) 135 355	<p>Oral</p> <ul style="list-style-type: none"> Venir de una fuerte tradición escrita y mantener algunos “remanentes” escritos es <i>propiciar la continuación de la escrituralidad y no favorecer ninguna oralidad</i>. Se trata de dos fenómenos bien conocidos: la zona de confort y la inercia. Uno seguirá haciendo lo que le resulta más cómodo y conocido, porque no acarrea el océano desconocido de lo nuevo. Todo esto da pie para que el juez, <i>ya acostumbrado al antiguo régimen</i>, siga basando sus decisiones en el expediente. Es más, las potestades contrarias a lo acusatorio y a lo adversarial que el CPP regula tiene base, en gran parte, en esta contravención a la oralidad. ¿Cómo puede saber el juez que tales o cuales decisiones del fiscal no corresponden con “la verdad” ni que hay argumentos a favor del agraviado que el propio agraviado no está arguyendo? En muy pocos casos eso surge de lo escuchado en los debates mismos. Pero en gran medida esto surge de haber leído el expediente! desde antes de ingresar a la audiencia.
Interrogatorio del imputado por parte del fiscal y recién luego por la defensa	244.2	375.3 (de alguna manera) 376.4	<p>Adversarial</p> <ul style="list-style-type: none"> Lo adversarial implica que el flujo de información debe ser una herramienta estratégica que cada parte utiliza para presentar una propuesta razonable ante el juez. En ese sentido, la regla de litigación nos dice que interroga el abogado favorable y contrainterroga el abogado hostil. El primero desea ante todo hacer que fluya información coherente con su teoría del caso; el segundo tiene ello solo como objetivo secundario; su objetivo primario es dejar en entredicho la información que el rival hubo obtenido del declarante, y que se supone es, en principio, contraria a los intereses de quien contrainterroga. Sobre esta base podemos decir que, el esquema que plantea el CPP según el cual el fiscal interroga primero: <ul style="list-style-type: none"> Convierte ese interrogatorio en un acto de averiguación, y no en un acto de demostración, que es lo que se supone debe pasar en un juicio de corte adversarial. Toma como base la idea de que puede haber una búsqueda “neutral” de “la verdad”, que no corresponde con la visión adversarial del proceso penal

«Cambiarlo todo, para que todo siga igual»	AMPP	NMPP	Esta norma atenta contra lo...
Potestad judicial de interrogar a los órganos de prueba	244.2 251	375.4	Acusatorio & Adversarial <ul style="list-style-type: none"> Son las partes las que tienen el interés de demostrar determinados asertos y de refutar asertos de la contraparte. El juez —por definición— no tiene interés de demostrar nada. Por tanto, cualquier pregunta judicial y cualquier prueba judicial, por “neutra” que quiera reclamarse, no es otra cosa que un subsidio a alguna de las partes. El juez debe demostrar imparcialidad en el proceso y no solo recitarla. Si se afirma que lo único que busca el juez es “aclarar la verdad” y sobre esa base se admite la potestad judicial de actuar prueba de oficio, en realidad estamos generando el riesgo de actuaciones parcializadas del juez. Pues, aun cuando el CPP señale que ello solo sucederá «si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad», lo cierto es que tal potestad terminará favoreciendo a una de las partes. Si el reo es responsable, esa ayuda a “la verdad” es en realidad una ayuda al Fiscal; y, si el reo es inocente, tal ayuda es una ayuda a la defensa.
Potestad judicial de actuar prueba de oficio	229.3 (implícita mente)	385.2	
La desvinculación procesal	285-A	374.1 397.2	Adversarial <ul style="list-style-type: none"> Si el Ministerio Público ha planteado un tipo penal y la defensa no lo ha refutado, la discusión se centra alrededor de esa tipificación. Recordemos que según la Casación N.º 388-2012-UCAYALI, del 13 de septiembre del 2013, la excepción de improcedencia de la acción solo procede ante atipicidad absoluta, no ante la relativa. En todo caso, es posible cuestionar la imputación vía principio de imputación necesaria. Si el juez advierte que la tipificación no es correcta, debería declarar infundada la pretensión punitiva del fiscal y absolver al imputado. Si en lugar de limitarse a ello, el juez modificara la imputación, con ello estaría <i>subsidiando la negligencia fiscal</i> en nombre de la primacía de “la verdad”.

B) Como puede verse, seguimos en un sistema procesal penal que —en nombre de “la verdad” y de “la justicia”— asume que:

- 1) La tarea del fiscal es relativa a que la desempeñe tal como al juez le gustaría que la desempeñe.
- 2) La defensa de los intereses del procesado queda a cargo de su abogado, siempre y cuando su ejercicio profesional satisfaga el estándar fijado por el juez.
- 3) Pareciera que, según el CPP, el juez “puede ver lo que los demás no pueden ver”. Todos los actores pueden fallar, excepto el juez que tiene la infalibilidad incorporada.

C) Dentro de este enfoque, se hace presente, más en la práctica que en su sanción positiva, una tendencia a “la lucha del bien contra el mal”. Cuya plasmación radica sin duda en el concepto de “pericia oficial”, lo que incluso ha merecido un acuerdo plenario, el N.º 2-2007/CJ-116, del 16 noviembre 2007.

- 1) En esta práctica, se asume que el Estado es siempre neutral e imparcial. Por tanto, si sus especialistas plasman un resultado en un documento oficial, debe asumirse que ese contenido es verdadero, **a diferencia** de la pericia de parte, que responde a los intereses de quien la pagó. El acuerdo plenario osa hablar de

que los peritos oficiales «gozan de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia» (f. j. n.º 7).

- 2) Lo curioso es que si bien habría que hallar fundamentos concretos de carencia de imparcialidad, no se sabe de dónde **tengan que** provenir la objetividad y sobre todo la solvencia. En realidad, no hay que confundir los planos:
 - (i) El Estado realiza concursos para contar con los mejores profesionales, es cierto.
 - (ii) Debido a los bajos sueldos que el Estado ofrece, no hay que estar muy seguros de que siempre los más capaces de los profesionales y de los técnicos sean los que postulen a puestos públicos.
 - (iii) Aparte de ello (ya de suyo grave) tenemos que los criterios de evaluación no son los más idóneos. Al ser clamorosamente imprecisos (por ejemplo, pensar que la capacidad de resolver problemas se puede medir con una prueba de memoria, o que el examen objetivo consiste en repetir datos), y al depender muchos de ellos de una entrevista, donde cualquier respuesta del postulante puede merecer cualquier calificación, todo otro criterio previo de excelencia (en exámenes objetivos, si estuvieren bien diseñados, por ejemplo) puede quedar seriamente

relativizado si la decisión final es arbitraria como en las entrevistas personales.

- 3) Por tanto, más que una presunción (ni siquiera *iuris tantum*), la aludida solvencia de los peritos oficiales es una **ficción del derecho**.
- 4) Pero dentro de toda esa mitología, se considera incorrecto pensar en buscar una verdadera excelencia.
 - (i) No solo no hay dinero para pagarla (muchas veces ni siquiera como locación de servicios).
 - (ii) Sino que además se estima que entregar esos pronunciamientos a la esfera privada es someter el riesgo de que la verdad se tuerza en nombre de intereses comerciales.
 - (iii) En cambio, se asume que en el ámbito público tendríamos siempre bondadosos profesionales imparciales que solo buscan el bien de la Patria, y que en cada instante están pensando en actuar a nombre de todos los peruanos.
- 5) Siendo el tema de la corrupción un tema sensible surgen algunas curiosas cuestiones:
 - (i) El Estado (por lo menos desde el discurso) da la apariencia de querer luchar contra ese flagelo.
 - (ii) No deben trabársele las manos a aquellos profesionales imparciales que con mucho

sacrificio y gran valor, buscan derrotar a dicha plaga.

- (iii) Todo ello debe traducirse en la reducción al máximo de las trabas que impidan a tales profesionales competentes e imparciales demostrar que se han cometido esos crímenes, sin importar que en realidad estemos sacando conclusiones que no proporcionan una certeza razonable de lo que se afirma, debido a que no

podemos estar seguros ni de la competencia ni de la imparcialidad aludidas.

- D) Y así surgió este proyecto, ahora convertido en Ley. Su exposición de motivos está plagada de la ideología que acabamos de describir, que asume que lo público es imparcial y que lo oficial es acertado e incorruptible. Veamos:

- 1) Proyecto de Ley N.º 2531/2013-CG, presentado el 09 de agosto del 2013, anexo 4.

Págs.	Párrafo ¹	Afirmación de la exposición de motivos	Observaciones
2	último	«[...] 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».	<ul style="list-style-type: none"> • Esto constituye la llamada «falacia ontológica»: inferir un <i>ser</i> a partir de un <i>deber ser</i>. • El sistema nacional de control debería contar con los mejores profesionales para las acciones de control, de modo que tales acciones tengan resultados técnicos e imparciales. Frente a esto, es evidente que la exposición de motivos asume que un informe de control es, de hecho, técnico e imparcial • El empleo del verbo <i>evidenciar</i> no parece ser inocente. (DRAE: «Hacer patente y manifiesta la certeza de algo; probar y mostrar que no solo es cierto, sino claro») • De todos modos, las palabras empleadas no deberían subsidiar la exigencia de rigurosidad de los informes de control.
3	1	«[...] El respectivo informe especial es remitido a la Procuraduría Pública para que elabore la denuncia penal correspondiente, la cual es remitida de inmediato al Ministerio Público».	<ul style="list-style-type: none"> • La normativa de control establece, en efecto, que hay un seguimiento de las “recomendaciones” de un informe de control². De esta manera queda claro que no se trata de una recomendación. Es una orden. • Por tanto, más que hablar del sustento técnico de una acción procesal, el informe de control porta en sí mismo la orden de que tal acción se realice³.

1 La alusión a párrafos no toma en cuenta títulos ni subtítulos. Si un párrafo continúa en una siguiente página, en ésta cuenta como primer párrafo.

2 «Constituyen infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General: [...]

La omisión o deficiencia en el ejercicio del control gubernamental o en el seguimiento de medidas correctivas» (art. 42.e de la Ley N.º 27785, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*). Es claro que no habrá forma alguna en que la Procuraduría Pública evalúe si las “recomendaciones” se siguen o no. No seguir las es una **falta disciplinaria**.

3 La Ley N.º 27785, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*, es bien clara en ese carácter obligatorio:

– «Cuando en el informe respectivo se identifiquen responsabilidades, sean éstas de naturaleza administrativa funcional, civil o penal, las autoridades institucionales y aquellas competentes de acuerdo a Ley, adoptarán inmediatamente las acciones para el deslinde de la responsabilidad administrativa funcional y aplicación de la respectiva sanción, e iniciarán, ante el fuero respectivo, aquellas de orden legal que consecuentemente correspondan a la responsabilidad señalada» (segundo párrafo del art. 11).

– «Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes: [...]

Págs.	Párrafo ¹	Afirmación de la exposición de motivos	Observaciones
3	2	«Los referidos informes de control emitidos por la Contraloría General de la República constituyen informes técnicos oficiales elaborados por el órgano constitucional especializado en materia de control gubernamental, en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus atribuciones. Es importante destacar este origen pues fija una clara distinción con aquellos otros informes técnicos especiales elaborados por otras entidades públicas, tales como la SUNAT, INDECOPI, el Instituto de Medicina Legal, la autoridad ambiental, etc., órganos dependientes del Poder Ejecutivo. Por éste y otros motivos [...] requieren en materia penal un dispositivo legal que reconozca sus especiales características».	<ul style="list-style-type: none"> • Aquí la falacia en el “raciocinio” se expresa del siguiente modo: <ul style="list-style-type: none"> - Hay entidades que emiten informes por mandato de la Constitución y en el marco de un ente constitucionalmente autónomo. - Hay otras entidades que emiten informes por mandato legal y en el marco de una entidad que depende del Poder Ejecutivo. - Los informes dados en el marco de una entidad y de un mandato constitucional, tendrían “especiales características” que los otros informes no tienen. • Frente al raciocinio anterior, queda claro que para el sistema de control no es la competencia o solvencia profesional lo que hace excelencia. Es el título jurídico lo que logra ese efecto («este origen pues fija una clara distinción con aquellos otros informes técnicos especiales»). <ul style="list-style-type: none"> - Por tanto no importa cuán incompetente sea el funcionario que emite el informe de control. - No importa cuán solvente y competente sea quien emite un informe de algún otro Organismo Público Desconcentrado del Poder Ejecutivo. - Según la exposición de motivos, el informe de control emitido por la Contraloría siempre “valdrá más” que este.
3	3	«[...] 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 [...]».	<ul style="list-style-type: none"> • La cita que viene inmediatamente luego de ésta, dice que el informe de control es una pericia. <i>Sui generis</i> pero pericia. • Hasta aquí solo se alude a su forma de actuación: antes que a ningún juez o fiscal se le haya ocurrido formar un proceso judicial, ya estaba creado el informe de control, que —preexistente como es— se incorpora al proceso. • Pero ya veremos luego que esto es solo un pretexto. En nombre de su especial forma de generarse, se quieren sacar conclusiones sobre su validez y eficacia probatoria.
3	4	«[...] nos encontramos frente a peritajes ‘sui generis’, en el sentido de que el informe no es rendido por un perito asignado por el juez sino por un órgano judicial impersonal previsto en la ley que cuenta con sus expertos o ‘peritos judiciales’ permanentes. [...]».	<ul style="list-style-type: none"> • Además de repetir la lógica del párrafo antes comentado, tenemos que la exposición de motivos sigue considerando que el primer llamado a nombrar peritos es un juez. Se olvida que, en el nuevo modelo, quien en principio nombra peritos es el fiscal.
4	último	«El informe de control difiere también de la prueba pericial [...]. Primero, [...] Los auditores de la Contraloría son expertos y técnicos [...] no son designados por el juez o el fiscal [...]. Segundo, porque la Contraloría al expedir el informe de control actúa de acuerdo con sus atribuciones exclusivas como un órgano constitucionalmente autónomo. [...] Tercero, la acción de control [...] no es realizada durante el proceso por indicaciones del Ministerio Público, sino que es programada de oficio, de manera independientes, autónoma y, lo que es muy importante, extraprocesalmente».	<ul style="list-style-type: none"> • Si revisamos los tres comentarios más recientes, éste incluido, veremos que se afirma de modo alterno que, el informe de control: <ul style="list-style-type: none"> - No es una pericia - Es una pericia (solo que <i>sui generis</i>) - No es una pericia • «Los auditores de la Contraloría son expertos y técnicos [...] [pero] no son designados por el juez o el fiscal». Es decir, si seguimos la nomenclatura y el trámite del CPP, no son peritos. • «La Contraloría al expedir el informe de control actúa de acuerdo con sus atribuciones exclusivas como un órgano constitucionalmente autónomo». Si analizamos esta afirmación vemos que se mezclan dos categorías completamente diversas: Una cosa es el fundamento autoritativo, es decir, bajo qué potestad jurídico-estatal se emite el informe; y otra cosa es su naturaleza procesal • A decir de la exposición de motivos, la acción de control «es programada de oficio, de manera independientes, autónoma y, lo que es muy importante, extraprocesalmente». Si ese origen peculiar es muy importante, pero lo es extraprocesalmente, preguntamos ¿para qué modificar una norma procesal?

Disponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata, por el Procurador Público de la Contraloría General o el Procurador del Sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal.» (art. 22.d)

- «En el desempeño de su gestión, el Contralor General de la República se encuentra facultado para:

«[...] Ejercer e impulsar directamente, o en caso de incumplimiento, a través de la autoridad llamada por ley, las acciones pertinentes para asegurar la implementación de las recomendaciones y acciones legales derivadas del proceso de control a cargo del Sistema.» (art. 42.d)

Como se ve, no existe aquí ninguna discrecionalidad en la Procuraduría Pública, la cual tiene que generar la denuncia correspondiente.

Págs.	Párrafo ¹	Afirmación de la exposición de motivos	Observaciones
5	1	«[...] los informes de control [...] son elementos probatorios de naturaleza <i>sui generis</i> elaborados [...] con la expresa intención de producir un medio de prueba. Por este motivo son considerados pruebas pre-constituidas (actualmente 'elementos probatorios pre-constituidos'), en contraste con las pruebas causales en las cuales "(...) su autor no tuvo la intención de crearlas pero llegan a servir como prueba posteriormente" ⁶⁴ ».	<ul style="list-style-type: none"> • Aquí se alude más a la noción procesal civil (ver <i>infra</i>) que alude al momento y la intención de la producción. • Este solo párrafo, aislado, no muestra más que ello. Ya veremos que el contexto apuntará hacia otros rumbos.
5	3	« [...] los auditores son citados indistintamente unas veces como testigos y otras como peritos, lo cual no es recomendable, menos aún en una estrategia de lucha contra la corrupción».	<ul style="list-style-type: none"> • Uno se pregunta qué tiene que ver la lucha contra la corrupción con que los auditores sean citados a juicio. • Uno pensaría, acaso con gran ingenuidad, si precisamente porque queremos luchar contra la corrupción, es bueno que el autor del informe de control vaya a explicar de viva voz los alcances y los hallazgos de su informe. • ¿Acaso, lo que se nos quiere decir es que la mejor manera de luchar contra la corrupción es por escrito, sin exponer los hallazgos de un informe de manera oral, transparente y solvente?
5	4	« [...] el informe de control es producto de una auditoría de cuentas gubernamental. Siendo así, es emitido según un procedimiento debidamente reglado —en el que intervienen los funcionarios directamente concernidos de los organismos públicos examinados— [...] Bajo estas perspectivas, 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».	<ul style="list-style-type: none"> • Si retomamos el recuento de los párrafos analizados encontramos nuevamente la alternancia en las afirmaciones. Nos preguntamos, ¿para el sistema de control el informe de control es o no una pericia? • Los párrafos de las citas 4.ª, 5.ª y 6.ª a la luz de este otro párrafo citado nos dicen alternativamente que, el informe de control: <ul style="list-style-type: none"> - No es una pericia - Es una pericia (solo que <i>sui generis</i>) - No es una pericia - No es una pericia • Esta vez no es tanto que no constituyan una pericia, sino que no son pericias como las que señala el Código Procesal. • ¿Qué quiere decir que «son mucho más que el fundamento para una denuncia». Aquí se empieza a notar el carácter de prueba especial, supervalorada, del informe de control. ¿Y qué es ese "mucho más" a que alude este texto?

4 La nota consigna esta referencia bibliográfica:

«DEVIS ECHEANDÍA, HERNANDO. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I, pág. 513».

Ante todo, hay que aclarar que el autor tiene como segundo apellido ECHANDÍA, no Echeandía. Versión en línea: <<http://bit.ly/1MnSO6n>>; <<http://bit.ly/1SiXmPg>>. La cita completa dice:

«I) SEGÚN LA OPORTUNIDAD O EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCEN (PROCESALES O JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES; PRE-CONSTITUIDAS Y CASUALES). Se entiende por pruebas procesales las que se practican o aducen en el curso de un proceso y por pruebas extraprocesales las que tienen origen fuera del proceso, como declaraciones de nudo hecho, inspecciones judiciales para futura memoria, documentos públicos y privados en que consten actos no procesales. Las pruebas pueden ser preconstituidas y causales. Algunos autores las distinguen según el destino que la prueba tiene en el momento de crearse⁶⁷, es decir, según que se haya tenido la intención de producir un medio de prueba en cuyo caso son preconstituidas (como el documento en que se hace constar un contrato o la declaración extrajudicial y todas las que se aducen en el curso de un proceso), o que sin haberse tenido tal intención llegan a servir como prueba posteriormente en el proceso y entonces son casuales (las huellas o rastros, las cosas que sirven de indicios, el arma con que se dio muerte a una persona). Otros basan la clasificación en el momento o la oportunidad en que se producen: si antes del juicio o durante su curso, pero entonces se confunden con las extraprocesales y procesales⁶⁸».

Nosotros acogemos esta clasificación desde el primer punto de vista, es decir, según el destino para que son creadas: si para servir de medios de convicción en un proceso o para fines extra procesales diversos. Tanto las extrajudiciales como las judiciales pueden tener una u otra destinación y por tanto solo con este criterio hay utilidad en distinguirlas». (Páginas 535-536)

Las notas al pie de página dicen lo siguiente:

⁶⁷ GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Civil*, t. I, página 238; BENTHAM: ob. cit., t. 1, págs. 32 y 233.

⁶⁸ RICCI; ob. cit., t. I, pág. 15; PLANIOL Y RIPERT: ob. cit., t. VIII, páginas 767-768; FLORIAN; ob. cit., t. I, núm. 64; ROCCO; *Trattato*, t. II, pág. 189, y ed. México, pág. 420, quien las denominó preconstituidas o por constituir; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 61, pág. 65; SILVA MELERO: ob. cit., t. I, pág. 76; BONNIER: ob. cit., t. I, núms. 31 y 132, págs. 33 y 215; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, ed. París, 1960, págs. 65 y 66.»

Págs.	Párrafo ¹	Afirmación de la exposición de motivos	Observaciones
6	2	«[...] Por el carácter técnico oficial institucional del informe de control, cabría, además, que la sustentación del informe sea realizada, 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».	<ul style="list-style-type: none"> De este párrafo se pueden extraer dos posibilidades (acaso, entre otras) sobre el objeto de la sustentación en juicio: <ul style="list-style-type: none"> Que se pida la mera explicación del informe de control Que se requiera respuestas ante cuestionamientos, contraposiciones con otras pruebas, o con otras partes del mismo informe, o dudas en general. Si se trata de lo primero, se supone que cualquier profesional medianamente calificado podría hacer la sustentación, teniendo como base el texto del informe y sus anexos. Si se trata de lo segundo, lo más probable es que solo el autor del informe esté en condiciones de hacer la sustentación.
6	3	«[...] 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; lo cual no circunscribe en modo alguno el ejercicio de la acción penal ni vincula al Ministerio Público ni al Poder Judicial».	<ul style="list-style-type: none"> Ésta es la teoría del candidato único. Si en una elección solo va un candidato, el único resultado posible es que él sea elegido. Ante esto, diremos que no necesariamente, si se requiere un porcentaje de votos específicamente dados a favor del candidato, y si los electores pueden votar en blanco o hacer un voto nulo. Lo mismo sucede aquí: si nadie cuestiona el informe de control, se asume que lo que éste afirme debe quedar establecido. Pero ¿y qué tal si es manifiestamente inconsistente, con vacíos, contradicciones, meras conjeturas, etc.? Tendremos que, pese a ser la única prueba que obre sobre su contenido, no causará convicción en el Juez. Por tanto, no es la ausencia de contraprueba, sino el mérito intrínseco del informe mismo lo que debe generar que sus afirmaciones se tengan por probadas. Y esta es una condición general para valorar no solo los informes de control.
6	5	«[...] con relación a la actuación del Ministerio Público, si bien su función es encontrar la verdad, tampoco resulta conveniente y más bien retarda la correcta administración de justicia, que ante cualquier informe de control de la Contraloría General se disponga, casi de manera automática, una pericia contable de oficio. Primero, porque, como es obvio, esta última no tiene la calidad ni el rango de una auditoría gubernamental. Segundo, porque, por regla general, la pericia dispuesta de oficio suele ser pagada por el procesado, por lo que sus dictámenes y conclusiones son bastante discutibles. Tercero, porque 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. Cuarto, porque los dictámenes periciales de este tipo casi nunca adjuntan documentación sustentatoria suficiente que acredite cada una de sus aseveraciones; a diferencia de los informes de control. Por último pero no menos importante, porque en un sistema acusatorio, el procesado es el verdadero responsable de controvertir el valor formal o material de los informes de control ofrecidos como prueba de cargo, haciendo uso de los derechos que la ley le franquea, incluyendo la posibilidad de presentar pericias de parte.»	<ul style="list-style-type: none"> Sostener que el informe de control «no tiene la calidad ni el rango de una auditoría gubernamental» constituye un muy pobre argumento de autoridad, y asume que otros informes no tendrán mérito (o tanto mérito) probatorio como el informe de control. Pero según la exposición de motivos, ello no depende de la calidad de los informes, sino del origen del informe de control. En el proceso penal el investigado no paga las pericias oficiales. Esa aseveración es, sencillamente, falsa. Debería noticiarse de esto a quien redactó la exposición de motivos. Según el párrafo analizado, 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». De esta afirmación se derivaría lo siguiente: <ul style="list-style-type: none"> Únicamente los funcionarios de la Contraloría conocen las normas que regulan el manejo de fondos públicos. Todo aquel profesional que no labore en la Contraloría, es ignorante en aquellas normas. Al respecto debemos señalar que, si el informe (incluso el de control) interpreta y aplica correctamente la normativa que regula el manejo de los fondos públicos es algo que el juez debe ponderar caso por caso; eso es lo que se llama valoración de la prueba. En suma, esta exposición de motivos pretende darle al juez “cápsulas de razonamiento”, ya debidamente dosificadas, y envasadas, para que el juez no razona sobre esa prueba: ¿para qué? Si la Ley ya hizo el razonamiento por el juez.

Págs.	Párrafo ¹	Afirmación de la exposición de motivos	Observaciones
6	6	«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. Todos somos iguales ante la ley».	<ul style="list-style-type: none"> • Luego de haber analizado los párrafos precedentes que elevan el informe de control a una condición privilegiada, sobrevalorada, la afirmación del párrafo sexto es por lo menos contradictoria. • Recapitulemos los rasgos del informe de control, a la luz de la Ley y de su exposición de motivos: <ul style="list-style-type: none"> - Se genera sin que ningún magistrado lo haya solicitado - Debe hacer fe por el solo hecho de haber sido emitido por la entidad que la ha emitido. - Tiene un anatema a su favor: mejor no llamemos a nadie a aclararlo o precisarlo («lo cual no es recomendable, menos aún en una estrategia de lucha contra la corrupción », claro está). - Pero si hay que hacerlo, que solo sea la propia Contraloría, “y no un tercero” (la exposición de motivos asume que cualquier tercero llamado a completar el informe de control es siempre inepto, siempre parcializado, siempre ignorante de las normas que regulan el manejo de los fondos públicos). • El cierre sí que provoca extrañeza: «todos somos iguales ante la ley». Sin embargo, siguiendo el raciocinio de la Ley y de su exposición de motivos, pareciera que sucede como en la novela <i>Rebelión en la granja</i>: «... pero algunos somos más iguales que los otros».

2) El predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humana-

nos, con texto sustitutorio, de fecha 29 de octubre del 2013, es mucho más moderado:

Pág.	Párrafo ²	Afirmación del predictamen	Observaciones
5	2	«Por tanto, en la prueba preconstituida —por definición— no existe una actividad bilateral, sino que es la parte interesada la que propende a su producción, ahora bien, refiere que no se puede soslayar que existe una diferencia importante entre aquellas pruebas preconstituidas que se preparan por adelantado ante una eventualidad de tener que acreditar un hecho o circunstancia ante terceros o en sede judicial, esto es, con ánimo meramente preventivo, y, por otro lado, aquellas pruebas preconstituidas en las que su autor o promotor las preparan única y exclusivamente con el fin inmediato de ser utilizadas en un proceso. A estas últimas pertenecen los informes de control, las actas de los verificadores tributarios, los atestados policiales y demás provenientes de autoridades públicas, en los que el mismo que las formula concibe deliberadamente que sean empleadas en el proceso posterior que el mismo se encargara de promover».	<ul style="list-style-type: none"> • A la precisión hecha por la exposición de motivos, de que las pruebas extraprocesales pueden ser preconstituidas o causales, según se haya tenido o no la intención de generar una prueba en un futuro proceso, se añade aquí una distinción entre dos clases de prueba preconstituida, según lo inminente del futuro proceso judicial: <ul style="list-style-type: none"> - O se trata de una prueba preconstituida preventiva. En ella el futuro proceso es eventual y —al decir de CABANELLAS según veremos luego— no querido por quienes la generan. Es más, la generan precisamente para que no llegue a haber proceso. Es el caso del documento contractual o del recibo. - O se trata de una prueba preconstituida deliberada. Aquí la intención directa es que llegue a haber un proceso a propósito del contenido de dicha prueba • Resultan llamadoras de la atención dos cosas: <ul style="list-style-type: none"> - A diferencia de lo que afirmaba la exposición de motivos, sí hay identidad de naturaleza jurídica entre los otros informes que emite el Estado (aquí se pone por ejemplo lo emitido por la administración tributaria) y los informes de control. No se trata, pues, que su origen jurídico les haga cambiar de naturaleza. - Si bien no hay alusión directa a los documentos que la doctrina procesal penal considera pruebas preconstituidas, no es menos cierto que la mención del atestado policial sí hace una proximidad. Y más proximidad aun genera el propósito para el cual se elabora un atestado. Es claro que un acta de incautación tiene por intención directa dar pie a un proceso penal.

5 La alusión a párrafos no toma en cuenta títulos ni subtítulos. Si un párrafo continúa en una siguiente página, en ésta cuenta como primer párrafo.

Pág.	Párrafo ⁵	Afirmación del predictamen	Observaciones
5	3	«[...] estas clases de pruebas preconstituidas suelen ser vistas con mayor desconfianza, por cuanto que es la misma parte quien “preconstituye” la evidencia ante la inminencia de un proceso que [é]l mismo va a proponer su inicio y muchas veces, sin el control o intervención suficiente de la otra parte interesada».	<ul style="list-style-type: none"> • El predictamen, antes que elogiar, pone en tela de juicio el valor de una prueba preconstituida, dado que puede portar una intencionalidad de llevar la conclusión judicial en un rumbo determinado. • Esto, claro está, se eliminaría si ambas partes, en igualdad de condiciones, generan la prueba preconstituida. Es el caso del documento contractual; en una relación jurídica, ambas partes ponen constancia escrita de sus derechos y de sus obligaciones en plena igualdad (con todo y el matiz que implican las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión⁶). • El informe de control reúne dos —entre varias— características: <ul style="list-style-type: none"> - Su autoría no es bilateral (no lo redactan ambas partes; el futuro denunciante y el futuro denunciado), sino unilateral (el futuro denunciante). - Se supone se le ha corrido traslado al futuro denunciado para que ejerza su derecho y exponga lo que tenga que decir⁷. • Si suponemos que el informe de control: <ul style="list-style-type: none"> - Se ha hecho por personas realmente competentes (y que no basan su competencia sobre la institución bajo la cual lo emiten). - Se han tomado en cuenta realmente los descargos y ellos no obedecen a una decisión pre adoptada de “hallar” responsabilidad en los investigados. • En ese caso podríamos decir que no hay problema alguno de que la generación del contenido del informe de control haya dependido en realidad solo del Sistema Nacional de Control.

6 Será útil revisar al respecto: BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2.a ed., Lima, Palestra, 2006, pp. 497-666.

7 El derecho a refutar los cargos no aparece explícitamente en la Ley N.º 27785, pero se puede inferir de los siguientes incisos de su art. 9:

«Son principios que rigen el ejercicio del control gubernamental:

[...]

g) El debido proceso de control, por el que se garantiza el respeto y observancia de los derechos de las entidades y personas, así como de las reglas y requisitos establecidos.

[...]

j) La objetividad, en razón de la cual las acciones de control se realizan sobre la base de una debida e imparcial evaluación de fundamentos de hecho y de derecho, evitando apreciaciones subjetivas.

[...]

l) La presunción de licitud, según la cual, salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes».

No obstante, hay una precisión mayor en la NAGÜ (norma de auditoría gubernamental) N.º 4.40 (*Contenido del informe*), modificada por la Resolución de Contraloría N.º 309-2011-CG, del 28 de octubre del 2011, publicada en el Diario Oficial el 29 de octubre del 2011.

- Su ítem I.5 dice:

«Comunicación de hallazgos

Se deberá indicar haberse dado cumplimiento a la comunicación oportuna de los hallazgos efectuada al personal que labora o haya laborado en la entidad comprendido en ellos».

- El ítem II.3-4 expresa:

«3. Comentarios y/o aclaraciones del personal comprendido en las observaciones

Son las respuestas brindadas a la comunicación de los hallazgos respectivos, por el personal comprendido finalmente en la observación, las mismas que en lo esencial y sucintamente deben ser expuestas con la propiedad debida; indicándose, en su caso, si se acompañó documentación sustentatoria pertinente.

De no haberse dado respuesta a la comunicación de hallazgos o de haber sido ésta extemporánea, se referenciará tal circunstancia.

4. Evaluación de los comentarios y/o aclaraciones presentados

Es el resultado del análisis realizado por la comisión auditora sobre los comentarios y/o aclaraciones y documentación presentada por el personal comprendido en la observación, debiendo sustentarse los argumentos invocados y consignarse la opinión resultante de dicha evaluación.

La mencionada opinión incluirá, al término del desarrollo de cada observación, la identificación de las presuntas responsabilidades administrativas funcionales por la comisión de infracciones graves y muy graves a que hubiera lugar, de acuerdo con lo establecido por el Título II “Infracciones por responsabilidad administrativa funcional” del

Pág.	Párrafo ⁵	Afirmación del predictamen	Observaciones
5	4	«[...] 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, pues como expresa MORÓN URBINA, 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, nos queda por entender si las recomendaciones de deslinde de responsabilidades administrativas, civiles o penales tienen carácter obligatorio o no para las autoridades receptoras de los mismos».	<ul style="list-style-type: none"> • Acaso en este aserto radique el centro del presente trabajo: <ul style="list-style-type: none"> - La noción «prueba preconstituida» se estatuyó para señalar el carácter de la fuente del informe de control como prueba en el proceso originado por sus recomendaciones. - La Contraloría ha mantenido una ambigüedad sobre ello: <ul style="list-style-type: none"> * Por un lado señala que la noción acabada de describir es el sentido del calificativo de «prueba preconstituida». * Pero por otro lado postula sin mucho empacho el carácter de prueba incontrovertible, indiscutible, verídica. • Veremos entonces que se crea un clima para que el informe de control sea, pues, un postulado absoluto.
6	2	«[...] Sobre la base de lo expuesto, esta Comisión concluye que los denominados informes de control no se pueden equipar con la prueba pericial porque quienes la elaboran no son peritos designados por el Poder Judicial sino por auditores de la propia Contraloría General de la República quienes son técnicos que trabajan de forma permanente, autónoma y sobre todo se elabora antes del proceso penal. Además, el órgano de control no está sometido a mandato imperativo del Poder Judicial o Ministerio Público, lo que implica que en su elaboración no interviene el Juez, Fiscal o perito de parte, pues los auditores elaboran el informe de control en ejercicio de la facultad que le confiere la Constitución Política del Estado a este órgano constitucionalmente autónomo. Además dichos informes de control debido a su naturaleza técnica oficial e institucional, debería ser sustentado de manera excepcional, por cualquier funcionario competente de la institución en caso los auditores que elaboraron el informe estuviesen imposibilitados de concurrir al juicio oral».	<ul style="list-style-type: none"> • Confunde la naturaleza del documento en el proceso (si es pericia o no) con su fuente (si el perito fue o no designado por el Fiscal o por el Juez a cargo del caso). • El segundo argumento esbozado va en la misma línea: <ul style="list-style-type: none"> - Una cosa es si el fiscal o el juez tienen potestades mandatorias sobre el perito, o si —por el contrario— el perito preconstituye el pronunciamiento que será prueba por su cuenta y de modo previo al proceso. - Y otra cosa es si por la respuesta que demos a la cuestión anterior, ese pronunciamiento dejará de ser pericia o no. • Menos atinado es poner, en este párrafo, lo de quién debe sustentar el informe. <ul style="list-style-type: none"> * El párrafo versa (con acierto o sin él) sobre la naturaleza procesal del informe de control. * No viene al caso saber una cosa distinta: su sustentación o defensa en audiencia.

Reglamento de la Ley N.º 29622, con indicación del artículo e inciso aplicable en cada caso. Asimismo, se identificará separadamente la existencia de presuntas infracciones leves, indicándose en este caso que las mismas corresponden ser derivadas a los titulares de las entidades auditadas para su procesamiento y sanción correspondiente. La identificación de responsabilidad administrativa funcional se efectuará por cada persona comprendida en la observación, describiendo los hechos y criterios que sustentan la presunta comisión de la infracción, cualquiera sea su tipo. Si los hechos dieran lugar a la identificación de más de una infracción, todas éstas deben ser necesariamente consignadas y sustentadas, en cada caso. De considerarse la existencia de indicios razonables de la comisión de delito o de perjuicio económico, se dejará constancia expresa que tal aspecto es tratado en el Informe Especial correspondiente».

Pág.	Párrafo ⁵	Afirmación del predictamen	Observaciones
6	3	<p>«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; lo que implica en el desarrollo de un proceso penal, el juez requiera la actuación de una pericia contable para comprobar la validez del informe de control, atendiendo a que este último constituye un informe técnico oficial emitido por un organismo constitucional autónomo especializado en materia de control gubernamental».</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se repite una infausta idea de la exposición de motivos: el fiscal y el juez tienen que creer en lo que diga el informe de control: <ul style="list-style-type: none"> - No porque el documento tenga consistencia y solvencia en sí. - Sino por el solo hecho de que nadie lo contradiga. • La expresión «no se les debería citar en calidad de testigos técnicos sino como peritos», junto con «constituye un informe técnico oficial emitido por un organismo constitucional autónomo especializado en materia de control gubernamental», parece reforzar la idea de que no deberían —como lo dice la Ley ya promulgada— acudir necesariamente los autores del informe, sino cualquier otro especialista en la materia, designado por la Contraloría. No se trata tanto de la voz de dos especialistas, cuanto de la voz de la Institución. No obstante, hay que distinguir entre dos planos: <ul style="list-style-type: none"> - Habrá sin duda un sustrato común a todo informe. Entre otras cosas: <ul style="list-style-type: none"> * Terminología contable, de auditoría y de la normativa de control. * Procedimientos estandarizados de recojo y de procesamiento de la información. * Terminología y procedimientos específicos del área de actividad estatal sobre el que se hizo el informe (construcción de carreteras, edificaciones, explotación petrolera, etc.). - Pero hay un sustrato que es privativo de la acción de control sobre el que específicamente se hizo el informe: <ul style="list-style-type: none"> * En ciertas situaciones la información no se halla en su fuente directa (digamos, la contabilidad de la entidad estatal auditada), sino en otras (guías de remisión de la empresa de transporte que operó sobre la mercadería cuya adquisición es materia de la acción de control; documentación aduanera de importación de la mercadería que luego se vendería a la entidad estatal; la contabilidad de las entidades estatales o privadas que iban a recibir los bienes estatales, por ejemplo, como donativos para atender las necesidades de la población afectada por un desastre natural; etc.). En tales casos surge el cuestionamiento de parte de la defensa de cuál fue la razón de acudir a unas fuentes y no a otras; qué metodología se utilizó para individualizar las actuaciones de la entidad estatal materia de auditoría, y qué margen probabilístico de acierto tienen las conclusiones obtenidas. * Algunas acciones renuentes o colaborativas de las personas convocadas, no necesaria o no suficientemente expuestas en el informe de control, acciones que por alguna razón son relevantes para las decisiones que las autoridades encargadas (juez o fiscal) puedan tomar sobre el proceso. * Ciertas características sobre los objetos (personas, actos, cosas) del informe de control, que los auditores no consideraron necesario establecer, pero que para mejor resolver la autoridad a cargo de la etapa respectiva del caso (fiscal o juez) sí consideran de suma importancia. • Por tanto, debería preverse una situación en la cual el juez —o el fiscal, en su momento— si decidiera contar con las personas que redactaron el informe, pueda hacer que ellos comparezcan. De ese modo, se prevendrían al menos dos problemas: <ul style="list-style-type: none"> - Que la Contraloría designe a otras personas, distintas de los redactores. Que ellas comparezcan, que en su examen se evidencie que ellos no pueden dar la información específica necesaria, y que haya que citar nuevamente, esta vez a los redactores. Lo cual puede parecer muy sencillo, pero que puede tomar muy bien meses enteros, con lo cual o bien la causa se dilatará muchísimo, o bien la nueva convocatoria quedará sin efecto, dado que se vencerá —entre tanto— el plazo de la investigación o el término razonable y celere que debe tener el juicio oral, según el art. 360 del CPP. Este primer problema parte del supuesto de una torpeza de la autoridad que convoca (juez o fiscal), que no advierte que la información que desea solo puede ser brindada por los redactores mismos del informe. Esta dificultad, lamentablemente, no es infrecuente. - Que se forme un entrapamiento. En este supuesto, la autoridad que convoca sí es lúcida; si percibe que la información que requiere solo puede ser brindada por los redactores mismos del informe. No obstante, la Contraloría se empecina y dice que “de acuerdo a ley”, el juez o el fiscal no pueden exigir esa precisión de quienes han de acudir, sino que la individualización de esos corresponde discrecionalmente a la Contraloría. Con lo cual la justicia se verá trabada por una pésima plasmación normativa que no distinguió donde sí era necesario distinguir.

Pág.	Párrafo ⁵	Afirmación del predictamen	Observaciones
6	4	«Se advierte que los órganos jurisdiccionales coinciden con la Contraloría General de la República en que los resultados técnicos-contables de las acciones de control realizadas por organismos del Sistema de Control, deben ser apreciados directamente y no ser sometidos a comprobación contable posterior mediante pericias de oficio, toda vez que el ámbito de control, aparte de su objetividad, imparcialidad y solvencia técnica, tiene rango constitucional consagrado en el artículo 82 de la Constitución Política del Estado».	<ul style="list-style-type: none"> • Otra vez confusión de planos: <ul style="list-style-type: none"> - El plano gnoseológico. Es la cuestión que se dilucida así: ¿Para obtener una convicción solvente y válida de qué es lo que sucedió en los hechos materia de autos, en relación con la información que el informe de control pretende sustentar? * ¿Es necesario solamente analizar el informe mismo? * ¿O es necesario que haya otro pronunciamiento? - Sea sobre el informe en sí (a modo de explicación de su contenido). - Sea sobre los hechos que el informe de control pretendió explicar. - El plano de autoridad * Si tiene o no rango constitucional la base autoritativa sobre la cual se emite el informe. * Si ese rango constitucional (no del informe, sino de la base sobre la que se emite el informe, como se acaba de decir): <ul style="list-style-type: none"> - Da en verdad «objetividad, imparcialidad y solvencia técnica». - Otorga infalibilidad. • Y la confusión de planos lleva a la misma peligrosa conclusión: los informes de control llevan garantizada su infalibilidad porque tienen la fuente que tienen⁸.
6	5	«Dichos órganos jurisdiccionales en materia penal han coincidido en establecer que el informe especial de control, por ser emitido por una institución oficial e independiente, goza de una presunción <i>iuris tantum</i> de imparcialidad, objetividad y solvencia 15 por lo cual solamente puede ser afectado o desvirtuado por prueba que tenga el valor de prueba suficiente y que posea eficacia jurídica categórica».	<ul style="list-style-type: none"> • Se invoca el acuerdo plenario, el N.º 2-2007/CJ-116, del 16 de noviembre del 2007, f. j. n.º 7 (citado <i>supra</i>). Pero ha de recordarse que ese pronunciamiento se refiere a todas las pericias oficiales, y por tanto se aplica también a aquellos otros pronunciamientos técnicos que la exposición de motivos rechaza como “inferiores” al informe de control por tener una fuente “menos digna” (meras leyes, en contraposición a lo que supuestamente fundamenta los informes de control). • La expresión «eficacia jurídica» alude a una categoría jurídica existente (por ejemplo, en teoría del acto jurídico se distingue entre eficacia y validez del acto jurídico). Pero aquí todo indica otra cosa: que cierto estatus jurídico otorga valor gnoseológico de por sí⁹. • El tono parece casi amenazante: ¡pobre de la prueba enclenque que se atreve a cuestionar un informe de control! Solo una aristocracia de las pruebas puede osar cuestionar a un informe de control. ¡Habrás visto!

8 «Sobre las pruebas científicas y estándares de calidad, en Perú es un tema inédito y como sostiene el profesor Miranda, utilizando también doctrina y jurisprudencia estadounidense, especialmente la doctrina Daubert, las pericias para que sean valoradas deben estar sujetas a una cultura de criterios de verificación de atendibilidad y confiabilidad de las pruebas científicas, a ver si son admitidas y luego de incorporadas sujetas a contradicción con contrainterrogatorios y debates periciales de partes preparados en tales conocimientos científicos y por supuesto los jueces también deben ser capacitados y contar con expertos en estos temas para que sean asesorados, **para establecer el valor que corresponde y no que su peso sea porque fueron expedidos por funcionarios públicos, o por las calidades profesionales de quien la elaboró, porque no es una prueba legal o tasada [...]**» (NEYRA FLORES, José Antonio, en la Presentación del libro de MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*, Juristas Editores, Lima, 2012, p. 19. El remarcado es nuestro).

9 «Antes de abordar frontalmente el tema apuntado en el apartado anterior es preciso aludir al fenómeno de mitificación de las pruebas científicas que puede explicar, en gran medida, el escaso interés que este tipo de pruebas ha suscitado en la doctrina procesalista y en la jurisprudencia europea y latinoamericana.

El protagonismo estelar de las pruebas científicas en el contexto de la investigación penal ha ido acompañado de un aura de infalibilidad de dichas pruebas. Sin embargo, su carácter de pruebas infalibles y, como tales, irrefutables, debe ser cuestionado y rechazado. Las pruebas científicas se basan en las leyes de naturaleza probabilística y sus resultados deben ser interpretados recurriendo a criterios estadísticos» (GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 139).

Pág.	Párrafo ⁵	Afirmación del predictamen	Observaciones
7	2	«Se concluye que es irrefutable el carácter de informe técnico oficial especializado del informe de control, no obstante es necesario fijar las condiciones de su incorporación y actuación mediante norma expresa para así evitar tratamientos diferentes a este tipo de elemento probatorio».	<ul style="list-style-type: none"> • Que se trata de un informe oficial, no hay duda: su emisión por parte de la entidad estatal respectiva le da esa índole. • Pero sostener que es técnico puede tener dos sentidos: <ul style="list-style-type: none"> - El deber oficial de encargarle la facción del informe a personal especializado técnicamente en este propósito. En este sentido, «informe técnico» querría decir: «informe que debería ser técnico». - Presumir que como el informe debería ser técnico, de hecho lo es. En este sentido, tendríamos que «informe técnico» querría decir: «por su enaltecido origen, es y no puede no ser el informe más técnico que es posible emitir sobre esta materia». • ¿«evitar tratamientos diferentes»? ¿Es que el predictamen quiere hacer diferencia con la exposición de motivos? Es decir: no se trata —como dice ésta— de una prueba privilegiada por su enaltecido origen, tocada con el aura de la infalibilidad, y que por tanto debe ser tratada de manera especial. Por lo contrario, debería ser tratada como una prueba normal. Su única diferencia radicaría en su forma de ingresar al proceso (sin designación o pedido del fiscal o del juez a cargo del caso). Veremos a continuación que esta idea es desmentida por el predictamen.
7	3	«Por las razones anotadas y dada la naturaleza probatoria de los informes de control, antes expuestos, es que se deberían citar a los auditores en un proceso penal no en calidad de testigos técnicos sino, por el contrario en su calidad de peritos, sin que ello signifique que la referida prueba deba regularse jurídicamente por las normas procesales de la pericia; más aún, dado el carácter técnico oficial institucional del informe de control, la sustentación del informe debería también ser realizada excepcionalmente, por cualquier funcionario competente de la institución en caso que los auditores que inicialmente suscribieron el informe estuviesen inhabilitados de concurrir a las diferentes audiencias del juicio oral».	<ul style="list-style-type: none"> • En efecto, se desmiente la idea señalada en el ítem anterior: sí se trata de una prueba privilegiada, tocada de un aura divina. Y ello debido a estos factores: <ul style="list-style-type: none"> - No debe ser tratada por “como cualquier pericia”. Es decir, merece un trato especial, diferenciado. - Tiene “carácter técnico oficial institucional”. Como ya se indicó, esto tiene varios prejuicios dentro: <ul style="list-style-type: none"> * Se presume que es técnico (en el sentido de hecho de acuerdo con la <i>lex artis</i> respectiva) solo por el origen que tiene. * El sobrenombre de “oficial” indica que debe prevalecer sobre todo otro pronunciamiento experto sobre la materia. * El apellido “institucional” le da una autoridad que se impone, no por su debate técnico y esclarecedor (como se ve, las reglas de su actuación probatoria van más bien contra ese supuesto), sino por el <i>magister dixit</i>: si la Contraloría lo dice, así debe de ser. • El que los sustentadores en juicio sean eventualmente personas distintas de quienes redactaron el informe “por sus muchas ocupaciones” (o sea, no tienen tiempo para darle explicaciones al juez) tiene también una carga ideológica: <ul style="list-style-type: none"> - El informe tendrá tres aspectos: <ul style="list-style-type: none"> * De fondo. Sus cifras y conclusiones. * De forma: <ul style="list-style-type: none"> - Lo concreto. Los pasos específicos que se hicieron esta acción de control individual. - Lo abstracto. La metodología en que se llegaron a esas cifras y a esas conclusiones. - Lo único que merece la pena explicarse es lo abstracto. Lo de fondo y lo concreto (que solo los autores podrían explicar) no vale la pena sustentarlo en juicio, pues lo de fondo debe ser creído a pie juntillas por el Juez (a menos que sea un corrupto, ¿no es cierto?) y dado ello, ya no interesa lo concreto: sería irrelevante.

2. Equivocidad

Quando hablamos de «prueba preconstituida» tenemos en la tradición jurídica dos nociones: la procesal civil y la procesal penal.

Nuestro sistema nacional de control ha pretendido crear una tercera, que **de alguna** manera se plasma en la Ley N.º 30214.

A) Noción procesal civil

1) Guillermo CABANELLAS dice en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, sobre este género de prueba, que:

“Se denomina preconstituida, por constituirse o crearse antes del conflicto jurisdiccional, como probanza preparatoria de los hechos o derechos. Con todo, la sutileza de los desavenidos encuentra siempre una interpretación posible que discrepe de la del otro contratante y copartícipe en un acto; y ello abre la puerta de la interpretación judicial, que como norma superior ha de conciliar”¹⁰.

2) Jorge GARCÍA LÓPEZ remarca esta idea cuando expresa, a propósito del documento, lo siguiente:

“El documento es una prueba preconstituida porque existe y se manifiesta desde antes que surja el litigio, incluso muchas ocasiones se crea a fin de prevenirlo”¹¹.

3) En suma, para la noción procesal civil (ya expuesta en el soporte doctrinario del proyecto de Ley, conforme se ha analizado supra):

(i) La prueba preconstituida se llama así porque su soporte material¹² se genera antes de que surja la *litis*.

(ii) Sin embargo, quienes generan el soporte prevén que va a haber (o que es muy probable que haya) una *litis* entre ellos.

(iii) Justamente por ello, se crea tal soporte con la finalidad

3 Un tema que excede los alcances específicos de este artículo es qué debe ser entendido como prueba. Muchas distinciones se han hecho al respecto en la doctrina, y bajo varios puntos de vista. Para los efectos de haber dicho aquí «soporte material» como algo distinto de la prueba en sí, acotaremos lo siguiente, **en lo que al proceso penal** se refiere (esto no es del todo aplicable a las otras formas del proceso):

- Hay una fase previa a la controversia judicial, que en términos generales se llama investigación.
- Se incorporan durante la investigación gran cantidad de elementos (declaraciones, documentos, fotografías, vídeos, actas, etc.)
- No se puede hablar de prueba propiamente en esa etapa, por al menos dos razones:
 - La prueba se da en el juicio oral y no necesariamente todo lo que se actuó en la investigación será ofrecido como prueba para el juzgamiento.
 - La prueba no es tanto la información que contienen esas actuaciones de la investigación, cuando su análisis y el debate que sobre ello se actuará en la audiencia del juicio.
- En consecuencia, cuando hablamos de esas hojas de papel (o fotos, o discos compactos) que se contienen en el expediente, más que hablar de “pruebas”, solo hablamos de su soporte material.
- De más está decir que hay normas, resoluciones judiciales y obras de la doctrina que hacen muy clara la distinción entre una cosa y otra. Como normas, resoluciones y obras dogmáticas que mezclan ambos conceptos.

10 Citado por el Tribunal Constitucional boliviano, en la Sentencia Constitucional N.º 0922/2005-R, de fecha 11 de agosto del 2005.

11 GARCÍA LÓPEZ, Jorge, *La prueba documental en materia laboral*. Versión en línea: <<http://bit.ly/1Nrpv2K>>.

de uno de dos fines (no muy compatibles entre sí):

- (a) Evitar la *litis* (que supone contrariar la razón por la cual se generó la prueba preconstituida).
- (b) Hacerla menos controversial y más fácilmente resoluble.
- (iv) Los antiguos tenían una expresión sinónima para ello: *prueba antilitigiosa*, cuyo mayor ejemplo ha sido sin duda el **recibo**: qué discusión podría haber —se decía— sobre si la obligación de dar se cumplió o no, si hay un recibo girado al respecto.

B) Noción procesal penal

- 1) La idea en que la doctrina es unánime es que la prueba preconstituida es el conjunto de las actuaciones iniciales de la investigación, que serán aportadas luego para que se debatan en el juicio oral mediante las actas que registren su realización. Se remarca desde esta orilla que se llama así a la prueba “irrepetible” en la audiencia de juzgamiento.
- 2) A la luz de lo antes dicho, se ve que hay varias confusiones en esta terminología y su respectiva conceptualización.
 - (i) Las actas iniciales (hallazgo, incautación, recepción; de levantamiento del cadáver, etc.) son solo eso: actas de la investigación.

- (ii) Pasarán a ser prueba cuando se ofrezcan (**si se ofrecen**) para su actuación —mediante lectura— en el juicio oral.
- (iii) Llamarlas “prueba preconstituida” por su sola facción en la etapa inicial supone —pues— dos errores:
 - (a) Confunde el soporte material de la prueba, con la prueba en sí.
 - (b) Se adelanta al momento: asume que todas las actas levantadas en los momentos iniciales llegarán a ser actuadas como prueba en el juicio. Y hay por lo menos tres razones que pueden hacer que todas o parte de ellas nunca llegue a ser prueba propiamente dicha:
 - (1) Razón estratégica. Ni el Fiscal ni alguna de las otras partes ve utilidad, conducencia o pertinencia de su contenido para sus teorías del caso.
 - (2) Razón legal. Terminación anticipada o conclusión anticipada, figuras bajo las cuales no llega a haber actuación probatoria alguna (en el primer caso, ni siquiera se llega a **ofrecer** prueba alguna; ya no decimos que la prueba se actúe o no).
 - (3) Razón legal estratégica. Las convenciones probatorias, según las cuales, las partes

pueden acordar que el contenido de las respectivas actas son hechos probados, que no necesitan actuación en juicio para que queden demostrados.

3) Base normativa

(i) Art. 136.1.b: «Contenido del Expediente Judicial. 1. Una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo Expediente Judicial. En este Expediente se anexarán: [...]

b) Las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público [...].»

(ii) Art. 325: «Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba [...] las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código».

(iii) Art. 383.1.e: «Lectura de la prueba documental. 1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: [...]

e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento,

registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras».

(iv) Art. 425.2: «Sentencia de Segunda Instancia [...] 2. La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia».

C) Noción del sistema nacional de control

1) Oficio Circular N.º 001-94-CG/AJ, del 29 de abril de 1994.

(i) Este oficio trató de contrarrestar la reacción de muchas entidades públicas, que ante los muchos errores de los informes de control, emprendían una o ambas de estas acciones:

(a) Sustentar que no era viable su aplicación.

(b) Formular consultas sobre lo que se quiso decir.

(ii) El Oficio indica que lo señalado en el informe de control se cumple sin dudas ni

murmuraciones. Al sostener que ello se deriva del carácter de prueba preconstituida, lo que está dando a entender es una tercera noción de tal concepto: ahora *prueba preconstituida* no versa sobre la noción procesal civil ni sobre la procesal penal. Según el sistema nacional de control, *prueba preconstituida* quiere decir *prueba incuestionable, sagrada*. Por esta razón, amenaza a las entidades públicas, mediante las acciones de seguimiento, con verificar que lo señalado en el informe de control se tiene que cumplir invariablemente.

- «3. En tal virtud, las recomendaciones formuladas mediante nuestros Informes —sean informes legales, informes preliminares o algún otro— en las cuales se disponga iniciar acciones judiciales —de orden civil o penal— u otra acción dirigida a un oportuno deslinde de responsabilidades administrativas, ameritan la implantación directamente por su destinatario teniendo dichos documentos, una vez emitidos, mérito probatorio por sí mismos, para la interposición de la denuncia penal, la demanda civil o la apertura del proceso disciplinario administrativo (Ré-

gimen laboral público) o del proceso investigatorio (Régimen laboral privado), según el caso, sin dar lugar a ningún trámite adicional o complementario, sea de orden decisorio, probatorio, consultivo u otro. A título enunciativo 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.

4. Por lo expuesto, los informes emitidos deben ser atendidos prioritariamente y objeto de toma de decisiones en concordancia con la recomendación dispuesta por el Sistema Nacional de Control sin mayor trámite que el derivado solo de su debido cumplimiento, dando cuenta a la Contraloría General de la República de su efectivización dentro del término de la distancia, siendo preciso en el caso de haberse recomendado acciones judiciales la expedición de la Resolución autoritativa al Procurador Público respectivo, conforme al D. Leg. N.º 17537, en su caso.

Sin perjuicio de lo dispuesto, la etapa de seguimiento y adopción de otras medidas correctivas se encuentra regulada por los plazos y procedimientos previstos en el Reglamento de Acciones de Control aprobado mediante R.C. N.º 196-88-CG.

Finalmente, cabe señalar que, la Contraloría General de la República, en virtud de la atribución de control posterior que le es inherente, evalúa permanentemente el debido cumplimiento de lo expuesto».

- 2) Directiva N.º 008-2011-CG/DES, aprobada por la Resolución de Contraloría N.º 333.2011-CG.
 - (i) Esta directiva trata de dar aplicación a la Ley N.º 29622 —Ley que modifica la Ley N.º 27785—, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.
 - (ii) Sus antepenúltimo y penúltimo considerandos dicen los siguiente:

«Que, adicionalmente, conforme a la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley

N.º 29622, precisada en la Primera Disposición Complementaria Transitoria de su *www.contraloria.gob.pe* Reglamento, la potestad sancionadora asignada a la Contraloría General de la República resulta de aplicación inmediata a los informes de control emitidos por este Organismo Superior de Control, a quien corresponde establecer las etapas y criterios para su aplicación a los informes de control emitidos por los Órganos de Control Institucional y las Sociedades de Auditoría designadas; que, para asegurar la uniformidad de procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes de control, corresponde establecer que la potestad sancionadora reconocida a la Contraloría General de la República, también será de aplicación inmediata a los informes de control emitidos por los Órganos de Control Institucional (OCI) y Sociedades de Auditoría designadas (SOA), que contengan hechos observados cometidos a partir del 06 de abril del 2011, momento de entrada en vigencia de la Ley N.º 29622 y su Reglamento».

(iii) Su artículo segundo expresa lo siguiente:

«Establecer que la potestad sancionadora asignada a la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, también se aplicará de manera inmediata a los informes de control emitidos por los Órganos de Control Institucional (OCI) y las Sociedades de Auditoría designadas (SOA), que contengan hechos observados cometidos a partir del 06 de abril del 2011».

(iv) Como se ve, hay dos lecturas posibles:

(a) La benigna. La potestad de la Contraloría para sancionar directamente se tiene que ver, como potestad, no como necesidad, en los procesos iniciados a propósito de informes de control ya existentes al momento de emitirse esta resolución.

(b) La maligna. La potestad de la Contraloría para sancionar directamente se tiene que ver, como necesidad, no como mera potestad, en los procesos iniciados a propósito de informes de control ya existentes al momento de emitirse esta resolución. O sea:

se tiene que sancionar a los funcionarios comprendidos en tales informes de control.

(v) Pareciera ser razonablemente claro que la directiva se refiere a lo primero y no a lo segundo. Pero en el contexto que se ha analizado en este artículo, ¿es así?

3. Haciendo un balance

Algunos problemas con la noción dada por la Ley N.º 30214

A) El refuerzo de la tercera noción, tomando como pretexto la primera

1) Como balance, diremos que la Ley enfatiza dos cosas:

(i) En la generación de esta peculiar pericia. La generación del informe de control como una pericia especial.

(a) No ha de seguir las pautas de una pericia “común y corriente” (ni siquiera una pericia oficial):

(1) No es la autoridad encargada de una parte del proceso la que designa a los peritos.

(2) No se corre traslado a los otros sujetos procesales para que designen peritos de parte, si lo tuvieran a bien.

(3) No se realiza entonces un solo examen pericial, con los peritos de parte y los oficiales, a la vez.

(b) Se hace por iniciativa de la Contraloría.

- (1) Antes de que surja la investigación por el presunto delito.
 - (2) Ella designa a los peritos (es decir, a los auditores).
 - (3) Las reglas del debido proceso que se apliquen, serán las de la acción de control, y no las del CPP.
 - (ii) En la actuación de esta peculiar pericia. No son necesariamente sus autores los que deberán acudir a audiencia para realizar la defensa de las conclusiones respectivas. La Contraloría puede designar a otros profesionales para que sean interrogados y contrainterrogados sobre el contenido del informe en cuestión.
- B) Actuación probatoria del informe de control.
- 1) Justamente en esa forma de actuación hay un problema, cuya irresolubilidad no puede más que indicar la tercera noción de prueba preconstituida: prueba plena, infalible e incontrovertible. Dicho problema ya fue señalado supra, pero se reitera en esa conclusión:
 - (i) En la génesis del informe de control se pueden distinguir estos tres planos:
 - (a) Una metodología abstracta sobre cómo realizar el informe de control. Este plano es normativo (las llamadas NAGUs —normas de auditoría gubernamental— son un buen ejemplo).
 - (b) Una metodología concreta.
 - (1) Por dónde se empezó.
 - (2) Cómo se organizaron los papeles de trabajo.
 - (3) Qué fuentes informativas se eligieron y por qué.
 - (4) Cómo se dilucidaron problemas sobre datos contradictorios sobre un mismo hecho, provenientes de dos fuentes distintas.
 - (5) Cómo se interpretaron diversos usos lingüísticos, para decidir si se referían o no a la misma realidad (por ejemplo, si la documentación habla —en relación con una operación— concreta de «funcionario encargado» y de «servidor responsable», ¿se está refiriendo a la misma persona? ¿Cómo decidimos qué respuesta es la correcta a la anterior pregunta?).
 - (6) Cómo se validaron los datos matemáticos hallados.
 - (7) Cómo se interpretaron o valoraron las tomas de declaración de los funcionarios investigados.
 - (c) Unos resultados
 - (1) Hallazgos
 - (2) Conclusiones

- (3) Recomendaciones (que en realidad no son tales: son verdaderas órdenes para las dependencias que **deben** aplicar lo “recomendado”)
- (ii) Como se verá, tenemos dos certezas:
- (a) Solo los autores del informe podrán sustentar con solvencia los tres planos antes señalados.
- (b) Si van a juicio personas que no fueron los autores, ellos podrán explicar con total solvencia solo la metodología abstracta.
- (iii) Para la metodología concreta y al porqué (no la mera reiteración o enunciado) de los hallazgos, de las conclusiones y de las recomendaciones, una persona distinta de los autores del informe de control, podrá tener cierta probabilidad de poder hacer una explicación o una sustentación suficiente; y ello dependerá de cuán fácil resulte ir a los pasos dados a partir de los resultados obtenidos. Si el puente entre aquellos pasos y estos resultados es más bien complejo, tanto menos podrán decir los funcionarios de la Contraloría que acudan al juicio, sin ser ellos autores del informe en sí.
- 2) La única conclusión “razonable” sería:
- (i) Lo único que debería explicarse es la metodología abstracta de generación de los resultados
- (ii) La metodología concreta no es de interés del órgano jurisdiccional.
- (iii) Los resultados deben ser aceptados sin dudas ni murmuraciones, porque se trata de una pericial técnico oficial institucional, que lleva en sí infalibilidad por el gran prestigio institucional bajo el cual fue creado.
- 3) El enorme peso de la “tradicción” creada con el Oficio Circular N.º 001-94-CG/AJ, del 29 de abril de 1994 hará —nos tememos— que lo que para la Ley N.º 30214 es una mera peculiaridad de la forma de generarse y actuarse esta prueba, se convierta en la consolidación de ese postulado de prueba sacrosanta. El Poder Judicial ha solido ser crítico y escéptico frente a semejante pretensión. La pregunta es: ¿hasta qué punto?
- Entre el temor y la esperanza nos debatimos.