

ENTREVISTA A JORGE DANÓS ORDÓÑEZ SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

INTERVIEW WITH JORGE DANÓS ORDÓÑEZ ON THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE NATIONAL CONTROL SYSTEM LAW

Entrevista a Jorge Danós Ordóñez

Catedrático de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Licenciado en Derecho (1985). Doctorando en Derecho Constitucional-Universidad Complutense de Madrid

(1993)

RESUMEN

El Círculo de Derecho Administrativo tuvo la oportunidad de conversar con uno de los más reconocidos catedráticos expertos en Derecho Administrativo, quien brindó respuestas a preguntas sobre la inconstitucionalidad de la Ley del Sistema Nacional de Control.

PALABRAS CLAVE: Principio de legalidad | Constitución

ABSTRACT:

Círculo de Derecho Administrativo had the opportunity to dialogue with one of the most recognized experts in Administrative Law, who provided answer to questions related about the unconstitutionality of the law of the national control system.

KEYWORDS: Legality principle | Constitution

SOBRE EL ARTICULO

La siguiente entrevista fue realizada por José Aliaga Maravi, miembro del Círculo de Derecho Administrativo – CDA. Agradecemos a Jorge Danós por haber participado en esta entrega N° 17 de la Revista de Derecho Administrativo. Las preguntas estuvieron a cargo de Mildred Valdivia Acuña y la transcripción estuvo a cargo de Guillermo Proaño. Aprobado para su publicación el 28 de agosto de 2019.

SOBRE EL ENTREVISTADO

Jorge Danós Ordóñez es Licenciado en Derecho (1985). Estudios completos de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid (1993). Profesor categoría principal en los Cursos de Derecho Administrativo y Coordinador hasta mayo del 2018 del área, Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo desde su fundación. Ex presidente de las Comisiones designadas por el Ministerio de Justicia que elaboraron los proyectos que posteriormente dieron lugar a las vigentes: Ley de Procedimiento Administrativo General y Ley del Proceso Contencioso Administrativo, además de integrar varias comisiones revisoras de dichas normas. Ex integrante del grupo de juristas que elaboró el proyecto del vigente Código Procesal Constitucional. Socio categoría principal del Estudio Ehecopar abogados, dedicado a la práctica del Derecho Administrativo y todos los temas vinculados a dicha especialidad del Derecho.

Entrevistador (en adelante, E): ¿La ST 0020-2015-PI/TC modifica El Sistema Nacional de Control en la identificación de malos funcionarios por incumplir sus funciones o afectar los intereses del Estado?

Jorge Danós (en adelante, JD): No, definitivamente la sentencia del Tribunal Constitucional que venimos conversando no debilita la posibilidad de sancionar a los malos funcionarios. ¿Por qué? Tengamos en claro que en nuestro régimen jurídico existen varias modalidades para imputar responsabilidad a los malos funcionarios. Uno es la responsabilidad disciplinaria, que es aquella que imputa la misma entidad donde labora el funcionario y que puede procesarlo y sancionarlo en sede administrativa en aplicación del régimen sancionador disciplinario del régimen legal del servicio civil por aquellas inconductas que haya podido realizar. Otro tipo de responsabilidad es la responsabilidad penal, que se tramita ante el Ministerio Público o el Poder Judicial por la comisión de delitos e, incluso, la posibilidad que, en caso haya generado un daño cuantificable económicamente, se le pueda demandar ante el Poder Judicial por la responsabilidad civil o patrimonial por los perjuicios que pueda haber originado a la administración pública o a los intereses públicos.

Por tanto, no se afectan esas otras modalidades de responsabilidad de los funcionarios públicos que siempre han existido en nuestro ordenamiento jurídico, incluso desde mucho antes que se haya creado la responsabilidad funcional que aplica la Contraloría. Lo que ha fallado el Tribunal Constitucional es que la norma que fue incorporada hacia el año 2010 en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General, aquella que contiene de manera imperfecta e insuficiente y no adecuada a la Constitución la tipificación de las infracciones que aplica la Contraloría es declarada inconstitucional. ¿Cuál es la razón? Porque contiene una descripción bastante amplia, imprecisa, podríamos decir vaga, ambigua, acerca de las conductas que constituyen infracciones o ilícitos que configuran responsabilidad funcional de los funcionarios sancionables por Contraloría y, por tanto, esa norma, el artículo 46 en cuestión, atenta contra el principio constitucional de legalidad exigible, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el ámbito de todo el Derecho Administrativo Sancionador, y específicamente no cumple con el sub principio de tipicidad o taxatividad, también previsto en la Constitución, porque forma parte del principio de legalidad, el cual constituye una de las garantías esenciales de todo Estado de Derecho.

En síntesis, lo que dice el Tribunal Constitucional es que tal y como está redactado el artículo 46° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República que esta entidad ha venido aplicando, ha deslegalizado la tipificación de las conductas que constituyen infracciones para que sean creadas o ampliadas por normas de rango inferior a lo legal y, que por dicha razón el citado precepto, no cumple los roles disuasivo y de prevención que deben cumplir todas las normas legales que tipifiquen como un ilícito una conducta; en otras palabras, la norma que utiliza la Contraloría para imputar responsabilidad funcional y sancionar, no sirve para poder prevenir a los funcionarios que conductas constituyen ilícitos y por ende desalentar la realización o comisión de dichos ilícitos.

Por tanto, no constituye una afirmación arreglada a la Constitución y mucho menos objetiva u imparcial sostener que el restablecimiento de la constitucionalidad del marco legal dispuesto por el Tribunal Constitucional mediante la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 46° de la ley orgánica de la Contraloría constituye una afectación a la posibilidad de sancionar o castigar las inconductas o ilícitos administrativos cometidos por

los funcionarios públicos, porque el ejercicio de dicha función de sanción de los ilícitos de los funcionarios solo puede realizarse dentro del marco de la Constitución.

E: ¿Las conductas tipificadas son muy genéricas y no permite identificar con precisión las conductas por las que la Contraloría pueda imponer una sanción?

JD: La sentencia del Tribunal Constitucional está siguiendo precedentes anteriores, donde el tribunal ha cuestionado, la amplitud con que algunas normas legales habilitan a los reglamentos a poder tipificar infracciones; por tanto, en realidad, no es una -vamos a decir así- postura nueva por parte del Tribunal Constitucional, porque con anterioridad ha seguido el mismo criterio en otras sentencias precedentes. Lo que el Tribunal Constitucional está señalando, es que corresponde a una norma con rango legal tipificar las conductas que constituyan infracciones o ilícitos y, que en todo caso, como lo prevé la Ley de Procedimiento Administrativo, la norma con rango legal que tipifique las correspondientes infracciones podría habilitar al reglamento a efectos de precisar, especificar las conductas consideradas ilícitas, pero no para poder modificar, ampliar, rectificar o crear subrepticamente nuevas infracciones por vía reglamentaria; porque ello no respetaría el principio constitucional de legalidad, en específico el subprincipio de tipicidad o taxatividad. Por tanto, lo que ha hecho el Tribunal Constitucional, es señalar que ese, tantas veces citado, artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría, no cumple precisamente con el requerimiento constitucional de que la tipificación sea establecida por una norma con rango de ley, porque en la práctica está remitiendo a tarea de tipificación al reglamento debido a que las conductas susceptibles de sanción que contempla son genéricas e imprecisas vulnerado flagrantemente la Constitución porque como dice el Tribunal Constitucional la descripción de la correspondiente conducta punible no cumple con los estándares mínimos constitucionales de precisión

Pero llama la atención un tema adicional, existe una ley posterior aprobada en el 2018, con el pretendido objeto de “fortalecer” las funciones de Contraloría en que el desarrollo de la tipificación que ha sido cuestionado por el Tribunal por su disconformidad con la Constitución ya ni siquiera se aprueba mediante un Decreto Supremo dictado por el Poder Ejecutivo, sino que se autoriza que la tipificación de las infracciones que constituyen ilícitos generados de responsabilidad funcional se realice mediante Resolución del Contralor; esto es, desde la vigencia de dicha ley de “fortalecimiento” es la propia Contraloría (ya no el Poder Ejecutivo), la que mediante resolución del titular de Contraloría ha tipificado las conductas que considera infracciones funcionales, las mismas que dicha entidad directamente supervisa, denuncia, procesa, condena y ejecuta. Esta norma, el artículo 46 de la Ley Orgánica, es la que ha sido declarada inconstitucional porque no satisface y no cumple la exigencias constitucionales del respeto al principio de legalidad en materia sancionadora y a su subprincipio de tipicidad o taxatividad.

E: ¿La Ley 29622 vulnera el derecho fundamental al debido proceso al posibilitar la actuación de la Contraloría como juez y parte?

JD: La sentencia del Tribunal Constitucional por mayoría sí le reconoce potestad sancionadora a la Contraloría, aunque es notorio el voto singular de un magistrado que claramente señala que discrepa de la mayoría, que considera que del texto de la Constitución no se deriva que la Contraloría pueda tener potestad sancionadora, además del voto de otro magistrado que afirma que, si de él dependiera y la decisión de otorgarle

funciones sancionadoras a Contraloría fuera una decisión que se pueda adoptar a nivel meramente legislativo, no le otorgaría tampoco ese rol sancionador a la Contraloría.

La opinión de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo (asociación conformada esencialmente por profesores en la disciplina que emitió un pronunciamiento público apenas se tuvo conocimiento en el año 2010 del proyecto de ley que proponía crear la denominada responsabilidad funcional otorgándose la potestad de sancionar a Contraloría) es que, realmente, de la Constitución no se deriva la potestad sancionadora de la Contraloría, porque lo que establece la Constitución es que la Contraloría se encarga de supervisar la ejecución del presupuesto por parte de la administración pública y en consecuencia a la Contraloría le corresponde constitucionalmente el ejercicio de las funciones de supervisión, fiscalización, inspección y control de la administración pública y de sus funcionarios, las que no comprenden la potestad de sancionar que universalmente y especialmente en nuestro ordenamiento jurídico – administrativo constituye una potestad de naturaleza y finalidades diferentes a las funciones anteriormente mencionadas. Pero, además, como sabemos y hemos comentado hace un momento, ya existen otros mecanismos y procedimientos administrativos y judiciales para efectos de poder sancionar las disfunciones, las inconductas, los ilícitos que cometan los funcionarios. Lo que es más, hace un momento señalé cómo con la reforma que ha operado en los últimos tiempos con la denominada ley de “fortalecimiento” de la Contraloría, en la práctica tendríamos que dicha entidad, de no ser por la sentencia del Tribunal Constitucional que estamos comentando, de un lado tipificaría las infracciones, además fiscalizaría si se ha producido o no una conducta punible, a continuación determinarían el inicio de un procedimiento sancionador, procesaría a los imputados y finalmente estaría determinando la comisión o no de una infracción y la graduación de la correspondiente sanción e inhabilitación, además de poder exigir la ejecución de las sanciones que aplica; es decir, en buena cuenta todo el ciclo punitivo completo regulado y procesado en una misma entidad administrativa.

Aunque, las normas que Contraloría ha dictado contienen en su texto una serie de garantías para los imputados en el trámite del procedimiento administrativo de responsabilidad funcional considero que, en la práctica, no siempre tienen vigencia dichas buenas intenciones, por ello es inconveniente que las funciones anteriormente reseñadas se concentren en una sola entidad que evidencia considerar que cumple sus objetivos en función de la mayor cantidad que periódicamente publicita del número de funcionarios sancionados. Por tanto, en síntesis, la opinión que comparto con el grupo de profesores que conformamos la Asociación Peruana de Derecho Administrativo es que no creemos que tenga fundamento en la Constitución esta potestad sancionadora de Contraloría, aunque, como repito, así lo ha considerado en mayoría la sentencia del Tribunal Constitucional.

E: ¿Es válido entender que ahora la Contraloría solo puede observar hechos irregulares pero no imponer sanciones por responsabilidad administrativa funcional?

JD: El Tribunal Constitucional ha establecido que el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría tipifica de manera insuficiente las infracciones y por ende es inconstitucional porque, en nuestro régimen constitucional como en otros, y esto es casi un estándar a nivel mundial, se es muy riguroso en la exigencia de cumplir el principio constitucional de legalidad a la hora de caracterizar, tipificar, cuales son aquellas conductas que se consideran ilícitas, debido a que constituyen restricciones la libertad personal.

Realizar correctamente la tipificación permite que la potestad sancionadora de la administración pueda cumplir con plenitud su rol. ¿Cuál es? El que aquellos a los que esta destinada, los funcionarios y servidores públicos, tengan certeza de en qué inconductas no deben incurrir, qué tipos de comportamientos, qué tipo de acciones no deben realizar porque constituye un ilícito. Por eso es muy importante que se respete el principio de legalidad y el principio de tipicidad conforme al marco constitucional y que el ejercicio de las funciones que tienen asignadas cualquier órgano estatal respecto de las personas, en este caso funcionarios y servidores públicos, se realice dentro del marco de la Constitución.

En cuanto a la pérdida de la potestad sancionadora por parte de la Contraloría es correcto. A partir de esta sentencia la Contraloría podrá seguir ejerciendo todas sus funciones, salvo sancionar; esto es, podrá realizar acciones de control posterior, acciones de control concurrente, podrá tramitar denuncias, podrá, como resultado de las auditorías que realiza, formular recomendaciones, podrá formular advertencias, podrá evaluar la conducta de los funcionarios y servidores, podrá proponer que se les denuncie penalmente, podrá pedir que se les demande civilmente y también podrá pedir (en la práctica lo exige) que la entidad administrativa, la entidad pública empleadora, les inicie un procedimiento administrativo disciplinario. ¿Por qué? Porque aquello se realiza conforme a las normas de la ley y reglamento del Servicio Civil y, por tanto, de ninguna manera es cierto afirmar que los funcionarios públicos que actúan irregularmente hayan quedado impunes o sin la posibilidad alguna de ser sancionados, porque las normas del Servicio Civil si contemplan la potestad de poder sancionar en sede administrativa a aquellos funcionarios y servidores públicos que cometan inconductas o ilícitos en perjuicio de los intereses públicos y de la organización administrativa y las normas penales permiten que se les denuncie, sean judicialmente procesados y finalmente condenados con las garantías que la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establecen.

E: Si bien la sentencia no tiene efectos retroactivos, ¿es posible que el juez pueda revisar la sanción si viene siendo cuestionada vía contencioso administrativo?

JD: Si es correcto, por la siguiente razón: la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la propia sentencia del Tribunal, han dicho que las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad contra leyes o normas con rango de ley no tienen efectos retroactivos, de eso no hay ninguna duda. Como he comentado, la sentencia surge efecto desde el día siguiente de su publicación y no tiene efectos retroactivos. Sin embargo, en este caso si opera el principio de retroactividad benigna, que es un principio previsto en la Constitución. Es verdad que en el texto constitucional existe para las infracciones y sanciones penales, sin embargo, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en numerosos casos, y la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo que contenga los principios de la potestad sancionadora administrativa, regula la retroactividad benigna.

Por ende, no por efecto de la sentencia del Tribunal Constitucional, sino por aplicación del principio de retroactividad benigna, al haber quedado sin efecto la norma que tipificaba de forma insuficiente esas inconductas en la Ley Orgánica de Contraloría del artículo 46, es posible que aquellos sancionados por la Contraloría y que hubieran impugnado su sanción ante los jueces en vía de los procesos contenciosos administrativos, puedan pedir al juez que por aplicación de retroactividad benigna declare fundada su demanda y quede sin efecto su sanción. Más aún, cuando pueda estar en ejecución o no. Insisto en que hay que saber diferenciar que la sentencia no tiene efecto retroactivo pero, como deja sin efecto

una norma que tipifica sanciones, las partes y los afectados podrían invocar el principio de retroactividad benigna en materia sancionadora y pedir que quede sin efecto las sanciones que hayan podido aplicar la Contraloría utilizando precisamente esas normas que han sido declaradas inconstitucionales.

E: En el marco de la emisión de la sentencia ¿qué debe hacer la Contraloría con los procedimientos en trámite?

JD: En mi opinión, al haber declarado inconstitucional la norma que precisamente es la que consideraba de manera insuficiente la tipificación de las inconductas, ya no es posible que continúe los procedimientos administrativos sancionadores ante Contraloría, ni que tampoco se puedan iniciar nuevos procedimientos administrativos sancionadores en base a aquella norma declarada inconstitucional. Insisto, no porque la sentencia tenga fuerza ni efecto retroactivo porque ello no lo permite la Constitución ni el Código Procesal Constitucional, sino solamente por la aplicación del principio de retroactividad benigna en materia sancionadora. Entiendo que aquellos que son parte o que tienen la calidad de imputados en un procedimiento sancionador que se esté tramitando, en este momento, en las instancias de Contraloría, deben estar solicitando, seguramente, que termine el procedimiento porque ya no constituye infracción por haber sido declarada inconstitucional la norma bajo la cual se inició el procedimiento sancionador. En aquellos casos donde pueda haber concluido una acción de control y pueda haberse recomendado a iniciar un procedimiento sancionador en base a estas normas declaradas inconstitucionales, tampoco debería ya poder iniciarse.

Lo que está pendiente, en todo caso, es la propuesta de Contraloría para que el Congreso apruebe una reforma, una norma, un nuevo artículo 46 que satisfaga, en buena cuenta, los requisitos que el Tribunal le ha dicho, para cumplir con el principio de legalidad y el principio de taxatividad. Es decir, una nueva tipificación de lo que constituirán infracciones susceptibles de ser sancionadas por Contraloría, pero que contengan los tipos legales con una descripción adecuada y no una mera previsión para ser desarrollada, ampliada o realmente tipificada por norma reglamentaria, menos por la propia contraloría; lo cual creo que no sería realmente objetivo o imparcial.