

25 de junio del 2013

C-114-2013

Señora

Irma Gómez Vargas

Auditora Interna

Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Estimada señora:

Con la anuencia de la señora Procuradora General de la República, me refiero a su oficio AG-1064-2012 del 16 de mayo de 2012, mediante el cual nos solicita que se emita criterio sobre una serie de interrogantes relacionadas con las investigaciones preliminares que realiza la Auditoría y que terminan con el archivo del caso. Específicamente consulta lo siguiente:

“1.-¿Procede la devolución y entrega del documento de entrevista si al momento de la solicitud respectiva, ya se encuentra finalizada la investigación preliminar y emitida la resolución de archivo, habiéndose conformado un expediente de papeles de trabajo al respecto, en el cual se incorporaron las mismas?”

“2.-¿Puede el denunciado tener acceso a la denuncia anónima y papeles de trabajo dentro de los cuales se encuentran los documentos respaldo de entrevistas de funcionarios convocados por esta Auditoría?”

“3.-¿Debe considerarse que la resolución de archivo de una denuncia opera como informe a la luz de la interpretación antes citada y por lo tanto otorga a las partes involucradas en la denuncia, acceso a los papeles de trabajo, información y prueba recabada, considerando que no se encuentra en trámite ningún Procedimiento Administrativo o investigación posterior?”

“4.-¿Cómo procede el acceso a los papeles de trabajo de la Auditoría respecto de la denuncia si luego de efectuada la investigación preliminar es archivada?”

5.-¿Quién podría tener acceso a dichos papeles de trabajo si la denuncia es archivada por no existir elementos de prueba suficientes que determinen la comisión de actos ilegales?”

6.-¿Puede considerarse que el archivo de la denuncia, implica el fenecimiento total del trámite y por lo tanto nadie puede tener acceso a los papeles de trabajo con posterioridad a la resolución de archivo correspondiente, lo anterior por cuanto este trámite no es ni un Informe de Control Interno ni una Relación de Hechos y por lo tanto el acceso posterior estipulado en el artículo 6 de la Ley General de Control Interno antes citado no aplicaría?”

“7.-¿Se encuentran amparadas a la garantía de confidencialidad, las declaraciones sobre los hechos denunciados y personas involucradas, efectuadas por funcionarios convocados por la Auditoría General, a pesar de que dichos funcionarios no se hayan constituido en denunciantes.”

Previamente a entrar a valorar el fondo del asunto, debe señalarse que la presente consulta se evacuará en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que faculta a los auditores internos a acudir en forma directa a solicitar el criterio técnico-jurídico de esta representación, aun sin acompañarse del criterio legal respectivo.

I. SOBRE LOS ALCANCES DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN LAS INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

La consulta que se plantea por la señora Auditora tiene relación con la interpretación normativa del artículo 6 de la Ley 8292 del 31 de julio de 2002, Ley de Control Interno y el artículo 8 de la Ley 8422 del 6 de octubre de 2004, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. En virtud de su importancia, procederemos a analizar los alcances de dichos artículos en lo que aquí interesa y algunos criterios de este órgano asesor y de la Sala Constitucional que resultan de importancia.

Al respecto, establecen los artículos indicados respectivamente:

“Artículo 6°—Confidencialidad de los denunciantes y estudios que originan la apertura de procedimientos administrativos. La Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas, guardarán confidencialidad respecto de la identidad de los ciudadanos que presenten denuncias ante sus oficinas.

La información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúan las auditorías internas, la administración y la Contraloría General, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que obren en el expediente administrativo.

Para todos los casos, la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de las facultades contenidas en el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política, podrá acceder a los informes, la documentación y las pruebas que obren en poder de las auditorías internas, la administración o la Contraloría General de la República.”

“Artículo 8.-

(*)Protección de los derechos del denunciante de buena fe y confidencialidad de la información que origine la apertura del procedimiento administrativo. La Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, guardarán confidencialidad respecto de la identidad de los ciudadanos que, de buena fe, presenten ante sus oficinas denuncias por actos de corrupción.

(*)(Así reformado por el artículo 2° inciso a) de la Ley N° 8630 del 17 de enero de 2008)

La información, la documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúen las auditorías internas, la Administración y la Contraloría General de la República, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que consten en el expediente administrativo.

No obstante, las autoridades judiciales podrán solicitar la información pertinente, ante la posible existencia de un delito contra el honor de la persona denunciada.

Las personas que, de buena fe, denuncien los actos de corrupción descritos en el Código Penal, Ley N° 4573, y en esta Ley, serán protegidas por las autoridades policiales administrativas, conforme a los mecanismos legales previstos para tal efecto, a petición de parte.

(Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 2° inciso a) de la Ley N° 8630 del 17 de enero de 2008) “

De los artículos anteriores podemos extraer que el principio de confidencialidad ahí consagrado, protege por un lado, a todas aquellas personas que presenten una denuncia, pero adicional a ello, este principio cubre en algunos momentos procesales de la investigación, toda la documentación que se genere y que efectúen los órganos competentes, entre ellos, las auditorías internas. Por su importancia, pasaremos a detallar los alcances del principio de confidencialidad en ambos supuestos.

En primer lugar, debemos señalar que los artículos citados, no establecen límites temporales con respecto a la confidencialidad del denunciante. Precisamente en protección del denunciante, este órgano asesor ha reconocido que el deber de confidencialidad no se extingue con la emisión del informe por parte de la Auditoría Interna, y por el contrario, no tiene límites temporales. En el dictamen C-076-2004 de 04 de marzo de 2004, indicó:

“Importa recalcar que el primer párrafo del artículo 6 otorga una garantía de confidencialidad no sujeta a límites temporales. La norma impone un deber y éste no es sino guardar confidencialidad sobre la identidad del denunciante. Un deber que en modo alguno se condiciona a que la auditoría interna finalice su informe. ...

El objetivo de la garantía es preservar la identidad del denunciante, de manera que no sea expuesto a represalias por el hecho que está denunciando. Se alienta con ello la posibilidad de que el ciudadano acuda a los órganos de control, interno y externo, a efecto de exponer situaciones que considera irregulares en relación con la Hacienda Pública. Generalmente, la persona no va a temer represalias de la auditoría interna ni de la Contraloría General de la República; si hay represalias provendrán de la administración o sus funcionarios. Si el objetivo es proteger la identidad del denunciante carecería de sentido lógico que la garantía se otorgue cuando el asunto es objeto de investigación por la Auditoría Interna, pero que esa garantía desaparezca una vez que el informe sea concluido y pase a la administración activa para que tome las decisiones correspondientes. Bajo ese supuesto, se protegería la identidad frente al órgano de control pero se desprotegería frente al órgano con poder de decisión. Y, por ende, frente a quien puede tomar represalias.” (La negrita no forma parte del original) (ver en igual sentido C-368-2005 del 26 de octubre de 2005)

Del criterio transcrito se desprende que la confidencialidad del denunciante se extiende más allá de la emisión del informe de la Auditoría Interna, y no tiene límites temporales, por cuanto la intención del legislador al protegerlo, es incentivar a los ciudadanos a denunciar hechos irregulares, sin que sean sujetos de represalias o censura. Precisamente en esa línea, y en cuanto a hechos de corrupción, el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 32333 del 12 de abril de 2005, Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece:

“El Estado y demás entes y empresas públicas deberán fomentar la educación, la organización y el poder de denuncia ciudadana en el combate y el control de la corrupción”

Es claro entonces que en aras de incentivar la denuncia ciudadana, el denunciante debe estar siempre protegido sin importar la fase en que se encuentra la investigación administrativa o si ésta ya finalizó.

Ahora bien, en el segundo supuesto, sea el alcance del deber de confidencialidad con relación a la información, la documentación y otras evidencias, debemos señalar que existe un tratamiento distinto, según la etapa procesal en que se encuentre la investigación administrativa, lo cual queda en evidencia en los artículos 6 y 8 ya citados, que diferencian el acceso durante la fase preliminar, el procedimiento administrativo y la resolución final.

Precisamente, sobre el grado de acceso a la información en las diferentes etapas de la investigación administrativa, la Sala Constitucional se refirió en la sentencia 2003-02462 de las 10:16 horas del 21 de marzo de 2003, en la cual indicó en lo que interesa:

*“...la Sala interpreta que existen, al menos, tres etapas en una investigación administrativa, cada una de las cuales se caracteriza por un grado distinto de acceso a la información. **La primera se refiere al inicio de la denominada investigación preliminar, que puede comenzar con una denuncia, como en este caso, o con una actuación de oficio del Estado. Esta fase se relaciona con las primeras averiguaciones y pesquisas que realiza la Administración con el fin de determinar si en efecto hay mérito para iniciar un procedimiento administrativo formal. En este momento, la documentación recopilada y los dictámenes al efecto resultan confidenciales para cualquier persona en la medida que, por un lado, se deben garantizar los resultados de la investigación y, por otro lado, no existe certeza aún sobre la procedencia o no de lo denunciado. La segunda fase comprende el momento desde que empieza un procedimiento administrativo, normalmente a partir de una investigación***

preliminar, hasta que se comunica la resolución final del mismo. En esta etapa, resulta obvio que las pruebas e informes relativos a lo indagado tienen que estar a disposición de las partes involucradas, a fin de que las autoridades públicas investiguen lo concerniente y los cuestionados ejerzan efectivamente su derecho de defensa. El denunciante no se puede tener técnicamente como parte en un procedimiento administrativo de este tipo por el mero hecho de la denuncia interpuesta, sino que éste debe hacerse presente en dicho procedimiento y demostrar poseer algún derecho subjetivo o interés legítimo que fuera actual, propio y legítimo, y pudiera resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final del procedimiento de investigación, según lo contemplado en el artículo 275 de la Ley General de Administración Pública. Con excepción de la partes, durante tal segunda etapa ninguna otra persona puede tener acceso al expediente administrativo correspondiente, puesto que aún la Administración no ha concluido si el acto investigado efectivamente sucedió y de qué forma, o si existe mérito o no para una sanción. En la última etapa, que concluye con la notificación de la resolución final de la investigación a las partes, cesa la confidencialidad de la información contenida en el expediente administrativo correspondiente, que por versar sobre cuestiones relacionadas con el desempeño de los servidores estatales resulta de evidente interés público y debe estar a disposición de todo ciudadano...” (El destacado no forma parte del original)

De la anterior sentencia y de las normas comentadas, se desprende claramente que con respecto a la información durante la investigación administrativa, incluyendo aquellas realizadas por las auditorías internas, existen tres grados de accesibilidad que dependen de la fase procesal en la que se encuentre, sea investigación preliminar, tramitación del procedimiento administrativo y resolución final. Así, durante la investigación preliminar la información resulta totalmente confidencial, en la tramitación del procedimiento administrativo será confidencial para terceros pero no para las partes, y con la resolución final, la información se convierte en accesible por el interés público existente.

Así las cosas, a diferencia del caso del denunciante, que requiere tener garantías de que no será perseguido ni censurado en ningún momento, en el caso de la información, la documentación y otras evidencias, el legislador previó su confidencialidad únicamente con la intención de garantizar los fines de la investigación y no comprometer sus resultados de manera prematura. Es por ello, que una vez finalizado el procedimiento administrativo correspondiente, el expediente resulta accesible a terceros por el interés público existente.

Lo anterior, resulta de vital importancia para evacuar la presente consulta, según pasaremos a detallar.

II. SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES EN LOS CASOS DE ARCHIVO DE LA DENUNCIA POR PARTE DE LA AUDITORÍA INTERNA

De lo señalado en el apartado anterior, podemos llegar a la conclusión inicial de que la investigación preliminar que lleva a cabo una auditoría interna, es confidencial, pues pretende proteger al denunciado y los fines de la investigación, sin embargo, debemos agregar un tercer elemento, y es que con dicha confidencialidad también se pretende proteger al denunciado, pues en esa fase procesal no existe certeza aun de si hay mérito o no para llevar a cabo la investigación administrativa.

Lo anterior resulta de importancia para evacuar la interrogante de la señora auditora consultante, la cual radica en aquellos casos en que una vez realizada la investigación preliminar por parte de la Auditoría Interna, se adopta la decisión de archivar la causa por no existir méritos para emitir un informe o una relación de hechos. Su inquietud en este supuesto, se refiere a la accesibilidad o no de las entrevistas, papeles de trabajo y la denuncia anónima, por parte del denunciante, investigado o terceros participantes o testigos en el proceso de investigación preliminar.

Sobre el particular, debemos señalar que el Decreto Ejecutivo 37349 del 31 de agosto de 2012, establece en cuáles supuestos deben las auditorías internas dar trámite a las denuncias que se les plantee. Al respecto, el artículo 54 de dicha normativa señala:

“Artículo 54.—Principios generales y formas de presentación. La Auditoría General dará trámite únicamente a aquellas denuncias que versen sobre posibles hechos irregulares o ilegales en relación con el uso y manejo de fondos públicos incluidos dentro del ámbito de competencia institucional. En la admisión de denuncias se atenderán los principios de simplicidad, economía, eficacia y eficiencia.

Las denuncias podrán presentarse en forma presencial, escrita, fax, correo electrónico, teléfono o red cuando las circunstancias así lo exijan. Serán atendidas las denuncias en el tanto aporten elementos de prueba suficientes o indiquen de manera precisa y accesible, la forma de alcanzar la prueba correspondiente que permita iniciar la investigación respectiva; de lo contrario se procederá con su archivo. La denuncia puede ser anónima, sin que interese, para ese efecto, la forma o medio de presentación.” (La negrita no forma parte del original)

De la norma anterior se deduce que ante una denuncia planteada ante la Auditoría Interna, esta debe valorar si existen elementos de prueba suficientes para iniciar la investigación respectiva, pues de lo contrario debe proceder con el archivo de la causa. Esta decisión sin embargo, no es antojadiza, pues debe estar debidamente motivada a la luz de la

investigación realizada y únicamente en aquellos casos donde no existan méritos suficientes para continuar con un procedimiento, se faculta a la Auditoría para dictar su archivo.

Es claro entonces que la Auditoría Interna puede y debe garantizarse la información necesaria para determinar si debe proseguir o no con la investigación, o si por el contrario, debe archivar la denuncia interpuesta. En este proceso, lógicamente tiene la competencia de emitir papeles de trabajo, e incluso solicitar la colaboración de terceros o de funcionarios públicos que conozcan el caso.

Es por tal motivo, que en los casos de archivo de la causa, resulta de aplicación el razonamiento expuesto en el apartado anterior. Ya indicamos, que en la fase preliminar la investigación se mantiene confidencial; una vez que se encuentre mérito para el procedimiento y hasta la resolución final, el principio de confidencialidad se mantiene salvo para las partes involucradas. Y solamente al dictarse la resolución final del procedimiento, el expediente resulta –en principio– accesible a terceros.

Si bien en los casos de archivo no existe propiamente una relación de hechos o una resolución final, lo cierto es que la Auditoría debe dictar un acto que decida sobre el archivo de la causa, acto que como indicamos debe estar debidamente motivado a la luz de la investigación realizada. Es por ello, que una vez que la Auditoría Interna ha determinado que no resulta procedente la apertura de un procedimiento, el expediente y la documentación que se ha levantado al efecto debe ser accesible a terceros, salvo en lo que se refiere a los nombres del denunciante y denunciado.

Los principios de transparencia y publicidad que deben regir la función pública, obligan a que exista un control ciudadano sobre las actuaciones de las auditorías internas, y que aquellas denuncias que finalmente han sido archivadas sin investigación alguna, cuenten con control de terceros para evitar actuaciones irregulares. Es el mismo principio que aplica para aquellos casos en que se realice la apertura de un procedimiento administrativo, pues el acto final es el momento a partir del cual se otorga el derecho de acceso a terceros, en virtud del interés público involucrado. En este otro supuesto, es el acto de archivo el que da publicidad al expediente levantado durante la fase preliminar, pues existe también un interés público en conocer las razones por las cuales se ha decidido no continuar con la investigación.

Así las cosas, no debe confundirse la confidencialidad de la información durante la fase preliminar, con el secretismo en la función pública, y por tanto, una vez garantizados los fines de la investigación y determinado por la Auditoría que el asunto debe archivar, el expediente que se ha levantado al efecto debe ser accesible a terceros, pues debe haber total transparencia sobre el fundamento del archivo de un asunto que ha sido denunciado previamente.

No ocurre lo mismo con relación al denunciante y al denunciado, tal como hemos adelantado. En primer lugar, el principio de confidencialidad no está sujeto a límites temporales con

respecto al denunciante, por ello, independientemente de que el asunto sea archivado o se continúe con el procedimiento administrativo, el denunciado debe ser protegido para evitarle represalias o censura, tal como indicamos.

En cuanto al denunciado, según lo ya explicado, debemos señalar que si el asunto es archivado, y en consecuencia no avanza más allá de la investigación preliminar, debe evitarse lesionar su intimidad y su honor, así como garantizarle el principio de inocencia, evitando exponerlo de manera innecesaria cuando no se ha encontrado mérito para la apertura de un procedimiento administrativo en su contra.

Así las cosas, en aquellos casos donde la Auditoría Interna decida archivar una denuncia, el principio de confidencialidad se mantiene con relación al denunciante y al denunciado, pero no así con relación al resto del expediente levantado durante la investigación preliminar, pues una vez decretado el archivo de la denuncia, o posteriormente dictado el acto final del procedimiento en los casos en que haya continuado el asunto, el expediente debe ser accesible a terceros, para cumplir con los principios de transparencia y publicidad, garantizando el interés público.

III. CONCLUSIONES:

De lo indicado en los apartados anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones:

a) A partir de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Control Interno y el artículo 8 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, durante la investigación administrativa, existen tres grados de accesibilidad de la información que dependen de la fase procesal en que se encuentre. Así, durante la investigación preliminar la información resulta totalmente confidencial, en la tramitación del procedimiento administrativo será confidencial para terceros pero no para las partes, y con la resolución final, la información se convierte en accesible por el interés público existente;

b) La investigación preliminar que lleva a cabo una auditoría interna, es confidencial, pues pretende proteger al denunciante y los fines de la investigación, sin embargo, también pretende proteger la intimidad y el honor del denunciado, pues en esa fase procesal no existe certeza aun de si hay mérito o no para llevar a cabo la investigación administrativa;

c) Si bien en los casos de archivo de la denuncia no existe propiamente una relación de hechos o una resolución final, lo cierto es que la Auditoría debe dictar un acto que decida sobre el archivo de la causa, acto que debe estar debidamente motivado a la luz de la investigación realizada;

d) Es por ello, que una vez que la Auditoría Interna ha determinado que no resulta procedente la apertura de un procedimiento, el expediente y la documentación que se ha levantado al efecto debe ser accesible a terceros, salvo en lo que se refiere al denunciante y al denunciado, por cuanto los principios de transparencia y publicidad que deben regir la función pública, obligan a que exista un control ciudadano sobre las actuaciones de las auditorías internas, y que aquellas denuncias que finalmente han sido archivadas sin investigación alguna, cuenten con control de terceros para evitar actuaciones irregulares;

e)Por lo anterior, una vez archivada la denuncia por parte de la Auditoría Interna, los papeles de trabajo, entrevistas y otra documentación deben mantenerse en el expediente levantado al efecto y ser accesibles a las partes y a terceros, salvo en lo que se refiere a la identidad del denunciante y del denunciado.

Atentamente,

Silvia Patiño Cruz

Procuradora Adjunta

SPC/gcga