

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMA: FORMALIDADES DEL PROCESO DE FISCALIZACIÓN ESTABLECIDAS EN LA
LEY DE CONTROL INTERNO**

INTRODUCCIÓN: En el presente informe, se efectúa una breve recopilación de jurisprudencia administrativa, relativa a las formalidades que se deben seguir en los procesos de fiscalización, que se contemplan en la Ley de General de Control Interno. De esta forma, se examina el respeto a los derechos fundamentales, como parte integrante del debido proceso, así como los principios rectores que deben regir todo proceso de auditoría al interior de la función pública, principalmente.

Índice de contenido

1. Normativa.....	2
a. Ley de General Control Interno.....	2
2. Jurisprudencia.....	8
a. Fiscalización debe respetar los derechos fundamentales de los funcionarios públicos.....	8
b. Prohibiciones establecidas en la Ley de Control Interno para los auditores y subauditores.....	26
c. Principio de publicidad aplicado en la Administración Pública.....	30

DESARROLLO:

1. Normativa

a. Ley de Control Interno¹

Artículo 4.- Aplicabilidad a sujetos de derecho privado

Los sujetos de derecho privado que, por cualquier título, sean custodios o administradores de fondos públicos, deberán aplicar en su gestión los principios y las normas técnicas de control interno que al efecto emita la Contraloría General de la República de conformidad con el artículo tercero.

Aparte de las otras sanciones que el ordenamiento jurídico pueda establecer, los sujetos de derecho privado que custodien o administren, por cualquier título, fondos públicos o reciban beneficios patrimoniales de entes u órganos estatales, podrán ser sancionados, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428, de 7 de setiembre de 1994, cuando incumplan lo estipulado en el párrafo anterior.

Artículo 32.- Deberes

El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna, tendrán las siguientes obligaciones:

- a) Cumplir las competencias asignadas por ley.
- b) Cumplir el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.
- c) Colaborar en los estudios que la Contraloría General de la República y otras instituciones realicen en el ejercicio de competencias de control o fiscalización legalmente atribuidas.
- d) Administrar, de manera eficaz, eficiente y económica, los recursos del proceso del que sea responsable.
- e) No revelar a terceros que no tengan relación directa con los asuntos tratados en sus informes, información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando ni información sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley.
- f) Guardar la confidencialidad del caso sobre la información a la que tengan acceso.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

g) Acatar las disposiciones y recomendaciones emanadas de la Contraloría General de la República. En caso de oposición por parte de la auditoría interna referente a tales disposiciones y recomendaciones, se aplicará el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

h) Facilitar y entregar la información que les solicite la Asamblea Legislativa en el ejercicio de las atribuciones que dispone el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política, y colaborar con dicha información.

i) Cumplir los otros deberes atinentes a su competencia.

Artículo 33.- Potestades

El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna tendrán, las siguientes potestades:

a) Libre acceso, en cualquier momento, a todos los libros, los archivos, los valores, las cuentas bancarias y los documentos de los entes y órganos de su competencia institucional, así como de los sujetos privados, únicamente en cuanto administren o custodien fondos o bienes públicos de los entes y órganos de su competencia institucional; también tendrán libre acceso a otras fuentes de información relacionadas con su actividad. El auditor interno podrá acceder, para sus fines, en cualquier momento, a las transacciones electrónicas que consten en los archivos y sistemas electrónicos de las transacciones que realicen los entes con los bancos u otras instituciones, para lo cual la administración deberá facilitarle los recursos que se requieran.

b) Solicitar, a cualquier funcionario y sujeto privado que administre o custodie fondos públicos de los entes y órganos de su competencia institucional, en la forma, las condiciones y el plazo razonables, los informes, datos y documentos para el cabal cumplimiento de su competencia. En el caso de sujetos privados, la solicitud será en lo que respecta a la administración o custodia de fondos públicos de los entes y órganos de su competencia institucional.

c) Solicitar, a funcionarios de cualquier nivel jerárquico, la colaboración, el asesoramiento y las facilidades que demande el ejercicio de la auditoría interna.

d) Cualesquiera otras potestades necesarias para el cumplimiento de su competencia, de acuerdo con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Artículo 34.- Prohibiciones

El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna, tendrán las siguientes prohibiciones:

- a) Realizar funciones y actuaciones de administración activa, salvo las necesarias para cumplir su competencia.
- b) Formar parte de un órgano director de un procedimiento administrativo.
- c) Ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, en los de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad y afinidad hasta tercer grado, o bien, cuando la jornada no sea de tiempo completo, excepto que exista impedimento por la existencia de un interés directo o indirecto del propio ente u órgano. De esta prohibición se exceptúa la docencia, siempre que sea fuera de la jornada laboral.
- d) Participar en actividades político-electorales, salvo la emisión del voto en las elecciones nacionales y municipales.
- e) Revelar información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando y sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley.

Por las prohibiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base.

Artículo 35.- Materias sujetas a informes de auditoría interna

Los informes de auditoría interna versarán sobre diversos asuntos de su competencia, así como sobre asuntos de los que pueden derivarse posibles responsabilidades para funcionarios, ex funcionarios de la institución y terceros. Cuando de un estudio se deriven recomendaciones sobre asuntos de responsabilidad y otras materias, la auditoría interna deberá comunicarlas en informes independientes para cada materia.

Los hallazgos, las conclusiones y recomendaciones de los estudios realizados por la auditoría interna, deberán comunicarse oficialmente, mediante informes al jerarca o a los titulares subordinados de la administración activa, con competencia y autoridad para ordenar la implantación de las respectivas recomendaciones.

La comunicación oficial de resultados de un informe de auditoría se regirá por las directrices emitidas por la Contraloría General

de la República.

Artículo 36.- Informes dirigidos a los titulares subordinados

Cuando los informes de auditoría contengan recomendaciones dirigidas a los titulares subordinados, se procederá de la siguiente manera:

a) El titular subordinado, en un plazo improrrogable de diez días hábiles contados a partir de la fecha de recibido el informe, ordenará la implantación de las recomendaciones. Si discrepa de ellas, en el transcurso de dicho plazo elevará el informe de auditoría al jerarca, con copia a la auditoría interna, expondrá por escrito las razones por las cuales objeta las recomendaciones del informe y propondrá soluciones alternas para los hallazgos detectados.

b) Con vista de lo anterior, el jerarca deberá resolver, en el plazo de veinte días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la documentación remitida por el titular subordinado; además, deberá ordenar la implantación de recomendaciones de la auditoría interna, las soluciones alternas propuestas por el titular subordinado o las de su propia iniciativa, debidamente fundamentadas. Dentro de los primeros diez días de ese lapso, el auditor interno podrá apersonarse, de oficio, ante el jerarca, para pronunciarse sobre las objeciones o soluciones alternas propuestas. Las soluciones que el jerarca ordene implantar y que sean distintas de las propuestas por la auditoría interna, estarán sujetas, en lo conducente, a lo dispuesto en los artículos siguientes.

c) El acto en firme será dado a conocer a la auditoría interna y al titular subordinado correspondiente, para el trámite que proceda.

Artículo 37.- Informes dirigidos al jerarca

Cuando el informe de auditoría esté dirigido al jerarca, este deberá ordenar al titular subordinado que corresponda, en un plazo improrrogable de treinta días hábiles contados a partir de la fecha de recibido el informe, la implantación de las recomendaciones. Si discrepa de tales recomendaciones, dentro del plazo indicado deberá ordenar las soluciones alternas que motivadamente disponga; todo ello tendrá que comunicarlo debidamente a la auditoría interna y al titular subordinado correspondiente.

Artículo 38.- Planteamiento de conflictos ante la Contraloría General de la República

Firme la resolución del jerarca que ordene soluciones distintas de las recomendadas por la auditoría interna, esta tendrá un plazo de quince días hábiles, contados a partir de su comunicación, para exponerle por escrito los motivos de su inconformidad con lo resuelto y para indicarle que el asunto en conflicto debe remitirse a la Contraloría General de la República, dentro de los ocho días hábiles siguientes, salvo que el jerarca se allane a las razones de inconformidad indicadas.

La Contraloría General de la República dirimirá el conflicto en última instancia, a solicitud del jerarca, de la auditoría interna o de ambos, en un plazo de treinta días hábiles, una vez completado el expediente que se formará al efecto. El hecho de no ejecutar injustificadamente lo resuelto en firme por el órgano contralor, dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el capítulo V de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428, de 7 de setiembre de 1994.

Artículo 39.- Causales de responsabilidad administrativa

El jerarca y los titulares subordinados incurrirán en responsabilidad administrativa y civil, cuando corresponda, si incumplen injustificadamente los deberes asignados en esta Ley, sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios.

El jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa, cuando debiliten con sus acciones el sistema de control interno u omitan las actuaciones necesarias para establecerlo, mantenerlo, perfeccionarlo y evaluarlo, según la normativa técnica aplicable.

Asimismo, cabrá responsabilidad administrativa contra el jerarca que injustificadamente no asigne los recursos a la auditoría interna en los términos del artículo 27 de esta Ley.

Igualmente, cabrá responsabilidad administrativa contra los funcionarios públicos que injustificadamente incumplan los deberes y las funciones que en materia de control interno les asigne el jerarca o el titular subordinado, incluso las acciones para instaurar las recomendaciones emitidas por la auditoría interna, sin perjuicio de las responsabilidades que les puedan ser imputadas civil y penalmente.

El jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos también incurrirán en responsabilidad administrativa y

civil, cuando corresponda, por obstaculizar o retrasar el cumplimiento de las potestades del auditor, el subauditor y los demás funcionarios de la auditoría interna, establecidas en esta Ley.

Cuando se trate de actos u omisiones de órganos colegiados, la responsabilidad será atribuida a todos sus integrantes, salvo que conste, de manera expresa, el voto negativo.

Artículo 40.- Causales de responsabilidad administrativa del auditor y el subauditor internos y los demás funcionarios de la auditoría interna

Incurrirán en responsabilidad administrativa el auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna cuando, por dolo o culpa grave, incumplan sus deberes y funciones, infrinjan la normativa técnica aplicable o el régimen de prohibiciones referido en esta Ley; todo sin perjuicio de las responsabilidades que les puedan ser imputadas civil y penalmente.

Artículo 41.- Sanciones administrativas

Según la gravedad, las faltas que señala esta Ley serán sancionadas así:

- a) Amonestación escrita.
- b) Amonestación escrita comunicada al colegio profesional respectivo, cuando corresponda.
- c) Suspensión, sin goce de salario, de ocho a quince días hábiles. En el caso de dietas y estipendios de otro tipo, la suspensión se entenderá por número de sesiones y el funcionario no percibirá durante ese tiempo suma alguna por tales conceptos.
- d) Separación del cargo sin responsabilidad patronal.

Artículo 42.- Competencia para declarar responsabilidades

Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en los entes y órganos sujetos a esta Ley, de acuerdo con la normativa que resulte aplicable.

En caso de que las infracciones previstas en esta Ley sean atribuidas a diputados, regidores y alcaldes municipales, magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, contralor y subcontralor generales de la República, defensor de los habitantes de la República y defensor adjunto, regulador general y procurador general de la República, así como directores de instituciones autónomas, en lo que les sea

aplicable, se informará de ello, según el caso, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Gobierno y a la Asamblea Legislativa, para que conforme a derecho se proceda a imponer las sanciones correspondientes.

Artículo 43.- Prescripción de la responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa del funcionario público por las infracciones previstas en esta Ley, prescribirá según el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428, de 7 de setiembre de 1994.

Se reputará como falta grave del funcionario competente para iniciar el procedimiento sancionatorio, el no darle inicio a este oportunamente o el dejar prescribir la responsabilidad del infractor, sin causa justificada.

2. Jurisprudencia

a. Fiscalización debe respetar los derechos fundamentales de los funcionarios públicos

[PROCURADURÍA GENERAL]²

"Consulta la Auditoría si se consideran privados y confidenciales los documentos de "carácter personal", tales como archivos de negocios personales, tanto de office, correos electrónicos e Internet, material o imágenes inapropiadas, música, videos u otros similares que los funcionarios públicos realizan, depositan o reciben en los equipos de cómputo dotados por la institución pública. Supuesto en el cual "deberían quedar fuera de competencia de las Auditorías Internas la evaluación del uso y utilización de los bienes públicos asignados a la gestión institucional", por estar protegidos por los artículos 20 y siguientes de la Carta Política y "por tratarse de material o documentos personales en espacios públicos".

Dado que se procura obtener una respuesta en orden al límite de las potestades con que cuenta la Auditoría Interna, estima la Procuraduría que debe, en primer término, analizarse la naturaleza de la información obtenida por medios electrónicos para luego analizar lo referente al correo electrónico.

1.- ¿Puede ampararse el uso de los fondos públicos en la inviolabilidad de los documentos privados y el derecho a la intimidad?

Duda la Auditoría de ejercer sus potestades en razón del posible

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

carácter de documento privado que tendrían las aplicaciones informáticas e información obtenida de INTERNET por parte de los funcionarios públicos. Supuesto bajo el cual habría que considerarlos como confidenciales y estarían protegidos por el artículo 24 de la Carta Política. Dicho artículo en lo que aquí interesa dispone:

"ARTÍCULO 24.-

Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

(....).

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

(...)" (Así reformado por ley N° 7607 de 29 de mayo de 1996).

La norma constitucional garantiza los derechos fundamentales a la intimidad, la inviolabilidad de los documentos privados, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la autodeterminación informativa, los tres primeros estrechamente relacionados con el punto que la Auditoría somete a conocimiento de la Procuraduría.

Estos derechos encuentran su fundamento en la dignidad de la persona y su ejercicio supone la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. La dignidad es inherente al ser humano, y es el mínimo jurídico que se le debe asegurar a la persona con el objeto de que se respete su condición de tal y un mínimo de calidad de vida humana.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El derecho a la intimidad implica un derecho al libre desarrollo de la vida propia de los ciudadanos y plantea el problema de la privacidad. Así, el derecho a la intimidad está referido fundamentalmente a la vida interior, ajena a las relaciones que se mantienen con otros individuos; una esfera que le permite identificarse como ser humano y que se funda en que el ámbito de la libertad interior es instrumento para el desarrollo de la personalidad. No obstante, normalmente se extiende el concepto de intimidad, de manera de identificarla con la privacidad. Asimismo, se extiende a ámbitos respecto de los cuales se establece una confidencialidad. Bajo ese concepto, se afirma el carácter confidencial de determinados datos. Lo confidencial hace referencia a información que se confía a alguien:

"...con la intención o ánimo de que no sea desvelado a los demás sin el consentimiento del interesado"... Se habla de datos confidenciales cuando los mismos una vez que han sido recabados no son susceptibles de ser utilizados en condiciones y circunstancias ajenas a las que justificaron su almacenamiento. Si la intimidad faculta al individuo a practicar un control eficaz sobre sus propias experiencias y vivencias, la confidencialidad constituye un medio o instrumento de protección de la intimidad. Luego, la intimidad no es tanto una cuestión de ocultamiento o secreto, que corresponda a terceros en atención a las circunstancias que justificaron la revelación, sino de libertad del individuo, de posibilitar la plena disponibilidad sobre su vida y relaciones personales" (A, HERRAN ORTIZ: La violación de la intimidad en la protección de datos personales, Dykinson S.L., 1998, p.13). La cursiva es del original.

La confidencialidad se ejerce en relación con información y documentos privados y significa una obligación para toda persona distinta de su titular de guardar la reserva necesaria sobre dicha información o documentación. Lo cual implica que si el derecho habiente confía dicha información o documentos a un tercero, normalmente la Administración, ésta está impedida de divulgarla o a darla a conocer por algún otro medio a otras personas, salvo que el ordenamiento lo autorice. Esa excepción implicaría, entonces, que hay un interés público superior que justifica dejar sin efecto la confidencialidad. Ha manifestado el Tribunal Constitucional al efecto:

"...Hay que advertir que la privacidad y la confidencialidad de los datos o información que una empresa presente al órgano público no se pierde, porque ese tipo de información queda protegida por la propia disposición de la ley (artículo 273, Ley General de la Administración Pública). Una cosa es, pues, el derecho y la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

legitimación de un órgano del Estado para contar y tener la información necesaria proveniente de una empresa privada a los fines pertinentes, y otra muy diferente es que de ahí se derive un derecho para terceros de tener acceso a esa información" (Sala Constitucional, N° 2351-94 de las 14:39 hrs. del 17 de mayo de 1994).

En el presente caso no se discute si la información puede o no ser divulgada. Antes bien, el aspecto que debe ser dilucidado es el de la posibilidad de los órganos de control interno de conocer la información que consta en los equipos de cómputo propiedad de la Institución y cuyo uso ha sido asignado a los funcionarios. Por ende, si el servidor puede invocar algún derecho fundamental que proteja la información que ha recopilado o el derecho de acceder a ciertos servicios sin ser controlado por la Administración. Dado los términos de la consulta, no se entra a analizar si un tercero extraño a los órganos de control (y por tal incluimos otros funcionarios de la Administración que no ejerzan funciones de control interno) pueden examinar, revisar o tener acceso a la información que consta en los equipos de cómputo puestos al servicio del funcionario público.

Pues bien, la información y documentos protegidos por la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos son la información y documentos de naturaleza privada. En reiterados pronunciamientos, la Procuraduría ha señalado que para diferenciar entre información de interés público y la de interés privado debe estarse a lo resuelto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al conocer un Recurso de Amparo contra el entonces Presidente de la República, don Luis Alberto Monge Álvarez. La Sala Primera en la resolución de las 14:30 hrs. del 13 de abril de 1984 manifiesta que el interés privado es " la conveniencia individual de una persona frente a otra", así como "el bien de los particulares contrapuesto al de la colectividad, al social.."; lo que implica que es de interés privado aquello que sólo es útil para el interesado, sin que la colectividad pueda obtener un beneficio directo de dicha información.

Para que pueda hablarse de que se está ante información privada es requisito indispensable que dicha información atañe directamente la esfera de la persona, física o jurídica, ya sea porque concierna las actividades a que se dedica, su situación económica o financiera, sus lazos comerciales o en el caso de las personas físicas se refiera a sus lazos familiares, creencias u opiniones, sus preferencias sexuales, por ejemplo. Para que la persona pueda alegar el interés privado de la información debe existir un nexo

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

entre la información de que se trata y la propia persona. Esta debe ser titular de esa información. Si ese nexo no existe, no podría afirmarse que por el hecho de que una información sea tenida por un particular, esa información es de interés privado y está protegida por la garantía constitucional. Basta pensar, al efecto, en toda la información -de distinta índole- que ha pasado a ser del dominio público y que, por ende, puede ser utilizada por cualquier persona sin restricciones. La circunstancia de que esa información haya sido almacenada, no permite afirmar que constituya una información de interés privado y tratar al soporte que la contiene como documento privado.

En cuanto a los documentos privados, en ausencia de una definición legal sobre el significado y alcance del término, su definición se hace por exclusión. Puede decirse, así, que el documento privado es el que se produce sin intervención de un funcionario público. Dispone el artículo 369 del Código Procesal Civil:

"· Documentos e instrumentos públicos.

Son documentos públicos todos aquéllos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones.

Las fotocopias de los documentos originales tendrán el carácter que este artículo establece, si el funcionario que las autoriza certifica en ellas la razón de que son copias fieles de los originales, y cancela las especies fiscales de ley.

Es instrumento público la escritura otorgada ante un notario público, así como cualquier otro documento al cual la ley le dé expresamente ese carácter".

Un documento que no ha sido extendido o redactado por un funcionario público es, entonces, un documento privado. Ahora bien, se entiende que para que haya documento público, su redacción o extensión se hace en el ejercicio de sus funciones públicas, lo cual viene marcado por la expresión "dentro del límite de sus atribuciones". Lo anterior significa que si el funcionario público redacta o extiende un documento que no se relaciona con el ejercicio de sus funciones, no podrá ser considerado como documento público. Por exclusión debería ser considerado como documento privado.

En orden a lo consultado, cabría decir que tiene ese carácter privado el documento que se refiera a "negocios personales" del funcionario, negocios que aunque sean redactados utilizando los bienes puestos a su disposición, están fuera del límite de sus atribuciones y son extraños a éstas.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El punto es si ese carácter puede afirmarse también cuando el negocio se hace o registra en una computadora. De acuerdo con el artículo 368 del Código Procesal Civil, es documento "todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo". El artículo 1 de la Ley N° 7425 de 9 de agosto de 1994, Ley de Registro y Secuestro de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, considera como documentos privados "la correspondencia epistolar por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo". Pareciera, entonces, que el bien mueble que represente o declare algo, puede válidamente ser considerado un documento.

Aparte de los nuevos medios que pueden contener la información, el citado artículo agrega como elemento el que el documento privado registra información de ese carácter, lo que reafirma la relación documento privado-información privada.

Conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 7425, la información que consta en los discos o disquetes (documento continente) de las computadoras puede considerarse como documento en el tanto es susceptible de representar o declarar algo y será documento privado cuando la información de que se trate tenga ese carácter privado. Interpretado a contrario, significa que si la información registrada no tiene carácter de interés privado, no puede entenderse que se trata de un documento privado para fines de la protección constitucional y legal. Este será el caso normal de la información que se almacena en las computadoras de los entes públicos. Y es que, en principio, allí debería archivarse el trabajo que desarrolla el servidor e información necesaria para realizar las tareas.

La circunstancia de que esa información no pueda ser considerada documento privado para efectos de la protección constitucional no entraña, empero, que cualquiera puede tener acceso a esa información. Antes bien, el acceso a esa información debe enmarcarse en lo dispuesto en el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, particularmente porque en los equipos de cómputo puede constar proyectos de resoluciones, dictámenes, informes y otros documentos cuyo conocimiento puede dañar los intereses de la Administración o de otros administrados. Baste señalar, por ejemplo, los proyectos de dictámenes u opiniones jurídicas de la Procuraduría.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Es de advertir, sin embargo, que la información referida a un negocio particular (término que tendría que ser empleado para referirse a un acto que tenga relación con la vida familiar, económica, financiera o académica de la persona) que el funcionario realiza debe ser considerado un documento privado. Ello por cuanto no sólo no es realizado por el funcionario dentro del ejercicio de sus funciones, sino que tampoco puede considerarse que, en principio, dicho negocio constituya una información de interés público.

No obstante, puede cuestionarse si al realizarse el negocio o guardarse la información utilizando el equipo de cómputo que el organismo público pone a disposición del funcionario, puede ejercerse un control sobre esa información. Sea si al ser el soporte electrónico del negocio un bien propiedad de la Administración y, como tal, fondo público, debe entenderse que es posible el control de la información por parte de la Auditoría interna.

Como es sabido, la inviolabilidad de los documentos privados no es un derecho absoluto, por lo que está sujeto a restricciones. El ejercicio de cada derecho humano encuentra su límite en el respeto de los demás derechos fundamentales, así como de los principios constitucionales que informan el sistema jurídico costarricense. Conforme lo dispuesto por el artículo 24 constitucional, diversos órganos públicos tienen acceso a los documentos privados; además, la ley aprobada por mayoría calificada puede disponer cuáles son los órganos de la Administración que pueden revisar documentos privados, en el ejercicio de su competencia, y para conseguir fines públicos (párrafo 3). La Sala Constitucional ha señalado que esta garantía constitucional encuentra su límite tanto en el respeto de los otros derechos fundamentales, como de los principios establecidos en la Constitución Política. Es por ello que en diversas resoluciones (por ejemplo, No. 6776 de las 14:57 hrs. de 22 de noviembre de 1994 relativa a la facultad del Ministerio de Economía, Industria y Comercio de revisar documentos de los comerciantes para comprobar el costo de las mercaderías establecido en el inciso d) del artículo 9 de la Ley de Protección al Consumidor; N° 6497 de las 11:42 hrs. del 2 de diciembre de 1996 en relación con de los artículos 89 y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ley N° 1860 del 21 de abril de 1955, y del artículo 20 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), Ley N° 17 del 22 de octubre de 1943) ha considerado como constitucional que la ley permita a autoridades administrativas el acceso a tales documentos privados.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

De acuerdo con lo cual puede decirse que la garantía de inviolabilidad de los documentos privados presenta las siguientes excepciones:

* Los casos tipificados por una ley aprobada por mayoría calificada en que se permite a los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento (artículo 24 párrafo 2 de la Constitución Política).

* Los supuestos tipificados por ley en que los funcionarios del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos (artículo 24 párrafo 4 en relación con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley No. 7428 del 7 de septiembre de 1994).

* Los casos establecidos por ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, en los que se determine cuáles órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale para el cumplimiento de las competencias de regulación y fiscalización que le sean propias, para conseguir fines públicos (artículo 24 párrafo 5).

* La razonabilidad y proporcionalidad de la limitación a la garantía constitucional estará dada por su conformidad con el ordenamiento constitucional, de modo tal que se trate de una derivación directa de principios constitucionales o de potestades públicas consagradas en la Carta Magna (así dictamen N° C-242-2002 de 18 de septiembre de 2002).

Observamos que la Constitución establece una amplia potestad de la Contraloría General para revisar documentos privados, en tanto estén de por medio fondos públicos. Aspecto que luego es desarrollado por la Ley Orgánica de ese Órgano. Cabe cuestionarse si una facultad de igual alcance puede ser reconocida a la Auditoría Interna como órgano de control interno.

La Ley N° 8292 atribuye a la Auditoría Interna una amplia competencia respecto de la organización en que se desempeña, para lo cual puede realizar diversas actividades fiscalizadoras, debiendo entenderse, además, que con el objeto de controlar el empleo de los fondos públicos puede revisar los distintos documentos de la Administración. Pero, puede legalmente hacer lo mismo con documentos privados? La ley no otorga expresamente a la Auditoría un poder de revisión de documentos privados almacenados por los funcionarios públicos en los equipos de cómputo propiedad

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del organismo público. Ausencia que se justifica en que la ley parte de que los citados equipos deben ser utilizados exclusivamente para la realización de las tareas que la función pública entraña; no se ha previsto que dichos equipos sirvan para realizar y almacenar documentos privados. Y partiendo de ese destino y de que toda la información que conste en los equipos de cómputo debe estar referida a la función pública, no se ha establecido un caso de excepción para la información constante en los equipos de cómputo (sea la revisión de documentos privados). Empero, es de recordar que el artículo 33 de la Ley le atribuye un "libre acceso a otras fuentes de información relacionadas con su actividad"; libre acceso a los archivos de los entes y órganos de su competencia institucional, así como "solicitar, a cualquier funcionario y sujeto privado que administre o custodie fondos públicos, ...los informes, datos y documentos para el cabal cumplimiento de su competencia. En el caso de sujetos privados, la solicitud será en lo que respecta a la administración o custodia de fondos públicos de los entes y órganos de su competencia institucional. Puede solicitar documentos privados en tanto esté relacionado con la competencia que el legislador le atribuye y, por ende, su revisión sea necesaria para el control de los fondos públicos.

Como el equipo debe ser utilizado para el desarrollo de la función pública y dada las competencias que tiene la Auditoría para fiscalizar el uso que se haga de los equipos y, por ende, garantizar el correcto manejo de los fondos públicos, se sigue que puede realizar Auditorías informáticas que permitan determinar que se ha hecho un correcto uso de los bienes públicos, aún cuando para ello tenga que acceder la información almacenada y resulte que ésta pueda ser considerada privada. El artículo 33 de mérito fundamenta ese acceso. Si un funcionario estima que el acceso violenta sus derechos fundamentales, porque parte de la información almacenada es de interés privado, configurando documentos privados, tendría que darlo a conocer formalmente a los organismos de control. Es claro que si la persona no hace referencia a que tiene dicha documentación privada, el auditor no podrá determinar de antemano que esa documentación es privada y no tendría motivo para abstenerse de revisarla, siendo que se encuentra en un equipo de cómputo público donde sólo debe constar información pública y dadas las amplias potestades de revisión que el artículo 33 le atribuye.

Es claro que si por ausencia de comunicación del interesado, el auditor llega a tener acceso a documentación privada, está obligado por el deber de confidencialidad. Si este deber impide al Auditor divulgar a terceros no previstos por la Ley información de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

interés público, con mucha mayor razón se debe imponer tratándose de documentos e información privada que conste en las oficinas de la Administración. Por consiguiente, le está prohibido revelar a terceros que no tengan relación directa con los asuntos investigados la información privada que ha obtenido (artículo 32 de la Ley N° 8292). El desconocimiento de ese deber de confidencialidad implicaría, además, un incumplimiento de sus deberes y un quebranto al régimen de prohibiciones que se impone al auditor, lo cual puede generar responsabilidad en los términos del artículo 34 de dicha Ley, que dispone en lo conducente:

Artículo 34.—Prohibiciones. El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la Auditoría interna, tendrán las siguientes prohibiciones:

(...).

Revelar información sobre las Auditorías o los estudios especiales de Auditoría que se estén realizando y sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley".

Se entiende, por demás, que esa prohibición se refiere a terceros, ya que los "hallazgos" que la Auditoría realice en ejercicio de sus competencias deben ser comunicados a las autoridades que el artículo 35 de la citada dispone.

La Auditoría consulta, además, en relación con la utilización de INTERNET. En la medida en que el funcionario navegue por la red y baje información disponible en INTERNET, que puede ser disfrutada por cualquiera, se sigue que no puede calificarse la información correspondiente como de interés privado ni su almacenamiento en el disco duro o en diskettes determina el carácter de documento privado. Esas actuaciones no pueden considerarse, por ende, amparadas por la garantía de inviolabilidad de los documentos privados del artículo 24 constitucional. Se sigue, entonces, que la Auditoría no sólo podría ejercer sus potestades para determinar a qué páginas web tiene acceso el funcionario, sino también a la información que haya almacenado. Es de recordar, por demás, que la información que se baja y almacena no es directamente referida al funcionario, aunque sí puede revelar los intereses o aspectos de la personalidad de éste. Supuesto en el cual el tema podría plantearse ya no respecto de la protección de los documentos privados, sino del derecho a la intimidad.

Ahora bien, si entendemos la intimidad como las zonas de retiro y de secreto de cada persona, podría afirmarse que en el tanto en que el funcionario accede a determinadas páginas o sitios de la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Red, utilizando el servicio de INTERNET que la Administración pone a su disposición para el cumplimiento de la función pública y almacena la información así obtenida en el equipo de cómputo público, no podría hablarse de que se está ante el ámbito de secreto y retiro protegido por la intimidad y respecto del cual la persona tiene un derecho de exclusión de terceros. Si así fuere, la navegación tuviese lugar utilizando otros medios y no los públicos. Recuérdese que:

"...tanto la noción de retiro como la de secreto hacen referencia a zonas de las que poder excluir a los demás, a zonas en las que cosas, informaciones, actividades, e incluso personas pueden quedar al resguardo de intrusiones no deseadas, de la mirada del mundo público...". Banco Rodríguez Ruiz: El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 11.

Pero difícilmente se puede excluir a los demás y particularmente a los órganos de control interno si se hace uso de los bienes públicos para el ejercicio de esas actividades. Por el contrario, podría decirse que en el tanto se usan dichos bienes para fines privados, se pone la actividad, información sobre los propios intereses al alcance de los demás, ya que los bienes corresponden a la Administración. Si el funcionario tiene interés en que nadie se inmiscuya respecto de la información que accesa o almacena, debe abstenerse de usar los bienes públicos para fines privados que revelen, precisamente, esa esfera privada.

2.- Las comunicaciones electrónicas

Consulta la Auditoría en relación con la privacidad de los correos electrónicos recibidos en los equipos de cómputo de las oficinas públicas.

El secreto de las comunicaciones privadas constituye un derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Carta Política, al disponer:

"Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República....

(....).

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación".

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La Sala Constitucional ha señalado que dicho numeral, tanto en su texto original como en las distintas modificaciones que ha sufrido, protege la "privacidad de las comunicaciones escritas y orales de los habitantes de la República, las que son inviolables" (Sala Constitucional, resolución N° 3308-94 de 14:57 hrs. de 5 de julio de 1994). Por lo que se prohíbe la intervención de las comunicaciones. Y ello es así porque el derecho al secreto de las comunicaciones garantiza la libertad de las comunicaciones. Lo que implica una prohibición de interceptar o imponerse del contenido de las comunicaciones ajenas, de manera antijurídica. Es decir, es una prohibición para que terceros se impongan en forma ilícita de ese contenido. (cfr. R, HERNÁNDEZ VALLE: El Derecho de la Constitución, V. II, Editorial Juricentro, p. 389). Se garantiza la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma, por lo que en el proceso de comunicación no debe intervenir ningún tercero, no autorizado por el ordenamiento.

A pesar de que normalmente se considera que el secreto de las comunicaciones es, junto con la inviolabilidad del domicilio y de los documentos privados, una manifestación del derecho a la intimidad, y que todos estos derechos están contenidos en el artículo 24 constitucional, la regulación constitucional del secreto de las comunicaciones difiere de aquélla de estos otros derechos. Ello en el tanto en que la ley no puede autorizar a cualquier funcionario público para tener acceso a las comunicaciones privadas, sino que ese acceso sólo es posible por resolución judicial, como se indicará más adelante.

El punto es cuál es el alcance del secreto de la comunicación. Sobre este punto existe divergencia entre los distintos sistemas jurídicos. El sistema anglosajón limita el secreto al momento de la transmisión de la comunicación, en tanto que en el sistema continental se protege incluso el momento posterior de la comunicación. No se trata sólo de proteger el contenido de la comunicación, sino que se amplía la garantía a otros aspectos de ésta, incluido el soporte físico de transmisión.

Esta posición parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Malone, el que ha afirmado que el secreto de la comunicación (en ese caso, telefónicas) cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Dicha decisión fue recogida también por el Tribunal Constitucional español, sentencia 114/1984 de 29 de noviembre, en la que se pronunció sobre la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas, abarcando en la libertad de comunicaciones la protección de la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. Se ha

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

indicado que el secreto de las comunicaciones abarca el contenido de lo comunicado, "sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado" (sentencias Ns. 114/1984, antes citada y 70/2002, de 3 de abril del Tribunal español).

El secreto de las comunicaciones protege todo proceso de comunicación, cualquiera sea la técnica de transmisión utilizada. Lo que implica que independientemente del medio que se utilice para efectuar la comunicación, los comunicantes tienen la garantía constitucional de que terceros no podrán interceptar o captar la comunicación que realizan. Podría decirse que ese aspecto está presente en la Ley N° 7425, Ley del Registro y Secuestro de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, la que en sus artículos 1 y 9 no diferencia en el medio por el cual se transmite la comunicación. Antes bien, prevé que sus disposiciones deben ser aplicadas con independencia del "medio" que utilicen los comunicantes.

Lo anterior es importante porque tradicionalmente la comunicación ha tenido lugar por medio de carta, teléfono, fax o telex, pero más recientemente se privilegia la comunicación por vía electrónica, en parte porque los medios informáticos permiten una comunicación rápida y segura. Entendemos por tal el mensaje electrónico de persona a persona por el cual se establece una correspondencia.

En ese sentido, el correo electrónico se convierte en un mecanismo facilitador del desarrollo personal, pero también del cultural, científico, tecnológico, así como comercial. Se comprende, entonces, su uso en el desempeño de las distintas actividades que despliegan las personas físicas y jurídicas.

El punto es si el correo electrónico está amparado también por el secreto de las comunicaciones y si se prohíbe su interceptación. Este aspecto ha suscitado discusión, particularmente cuando la comunicación se efectúa a través de equipo de cómputo y software que los patronos ponen a disposición de los empleados.

La respuesta que han dado los ordenamientos es a veces contradictoria. Por ejemplo, en España se han dictado distintas resoluciones (sentencias de 5 de julio de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 31 de octubre de 2002 del Tribunal Superior del País Vasco, de 4 de octubre de 2001 del Tribunal Superior de Galicia y de 4 de diciembre de 2001 del Tribunal Superior de Madrid) en orden a la relación laboral privada que reconocen la competencia de los patronos privados para acceder a los correos electrónicos de sus empleados. Dichas resoluciones parten de que el material informático es propiedad

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del patrono y consideran que el secreto de las comunicaciones no ampara esas comunicaciones electrónicas por medio de los equipos de cómputo del patrono. Pero, resoluciones más recientes afirman que el examen de los archivos personales que el trabajador almacena en dichos equipos de cómputo vulnera los preceptos constitucionales (resoluciones de los Tribunales de Andalucía (de 25 de febrero de 2002), Madrid (31 de enero de 2002) y del Juzgado de lo Social N. 23 de Barcelona. En esta última resolución se consideró que el entrar en el correo electrónico de un empleado es una «intromisión desproporcionada» de la empresa, que sólo es posible por orden judicial y de manera tal que respete la dignidad del empleado. Además, la restricción de los derechos del empleado sólo es posible si es necesaria para la protección del patrimonio del empleador o el de los demás trabajadores (reproducido de ABC en <http://www.internautas.org/article.php?sid=654>).

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia francesa (por ejemplo, Tribunal Correccional de Paris, sentencia de 2 de noviembre de 2002 contra funcionarios de la Escuela Superior de Física y Química Industrial (ESPCI), que califica la apertura del correo electrónico de los trabajadores por parte de los empleadores de 'violación de privacidad', por lo que se estima que: "un empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por un trabajador y recibidos por éste a través de un útil informático puesto a su disposición para su trabajo" sin violar el secreto de correspondencia (cfr. <http://www.baquia.com/com//20011004/not00005.html>). Y el Tribunal de Trabajo de Bruselas, en sentencia de 2 de mayo de 2000, con base en el artículo 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos, considera que el envío de correos personales desde la empresa pertenece a la vida privada del trabajador y al analizar si el atentado a la vida privada del trabajador era indispensable y proporcionado al perjuicio causado al empleador, concluye que el conocer el número de correo, su tamaño y su carácter privado, son datos suficientes para proceder a la sanción del empleado, sin necesidad de intervenir el correo.

Por el contrario, en Estados Unidos se considera aceptable que las empresas instalen sistemas de vigilancia que permitan controlar el correo de los empleados, al punto de revisar los correos enviados y recibidos por los empleados o que se establezcan cámaras de videovigilancia (cfr. Endika Zulueta: (endika@nodo50.org)Uso del correo electrónico en la publicidad sindical, Redacción (10-09-2001), / <http://www.nodo50.org/altavoz/endika.htm>)

Ahora bien, en nuestro ordenamiento, aun cuando la Procuraduría ha indicado que la reforma constitucional degrada la protección del

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

secreto de las comunicaciones (dictamen C- 225-95 de 26 de octubre de 1995), es lo cierto que la posibilidad de intervenir las comunicaciones es excepcional. El legislador no puede atribuir la facultad de intervenirlas a cualquier autoridad. Tampoco es libre para regular la intervención de "cualquier tipo de comunicación". Así, en resolución N. 678-91 de 14:71 del 27 de marzo de 1991, la Sala Constitucional se refirió a una propuesta de reforma al artículo 24 constitucional, señalando:

"En cuanto al fondo, la Sala, estima es su deber manifestar que si se pretende garantizar a los ciudadanos el derecho a la intimidad, la frase que autoriza al legislador ordinario la regulación de la intervención de ;cualquier tipo de comunicación", significa la desconstitucionalización de lo pretendido en el párrafo primero de la reforma, o lo que es lo mismo, no dejar ámbito privado alguno al ciudadano...".

Además, como se indicó, la intervención de las comunicaciones es una atribución que sólo puede corresponder al juez. Así resulta de diversas resoluciones de la Sala Constitucional y en particular de la N° 3195-95 de las 15:12 hrs. de 20 de junio de 1995. En esta resolución la Sala, entre otros contenidos, interpretó el artículo 10 de la Ley N° 7425, en el sentido de que el juez puede delegar la "realización de actos materiales de ejecución de la intervención" pero "no a la responsabilidad sobre la misma ni la escucha de las comunicaciones intervenidas...". Por lo que sólo el juez puede ordenar y regular una medida como la indicada.

Ahora bien, el artículo 9 de la Ley N° 7425 dispone:

"Artículo 9.-Autorización de intervenciones. Dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, los tribunales de justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado; genocidio, terrorismo y los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, N° 8204, del 26 de diciembre del 2001.

En los mismos casos, dichos tribunales podrán autorizar la intervención de las comunicaciones entre los presentes, excepto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 26 de la presente Ley; cuando se produzcan dentro de domicilios y recintos privados, la intervención solo podrá autorizarse si existen indicios

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

suficientes de que se lleva a cabo una actividad delictiva. (Así reformado por Ley N° 8238 de 26 de marzo del 2002)".

No sólo no podrían intervenir las comunicaciones electrónicas sin orden judicial, sino que la orden tampoco puede ser dictada si no se está ante los delitos que allí se indican. Aspecto este último que desarrollamos en el dictamen N° 233-2002 de 11 de septiembre de 2002, a propósito de la información que registra el Sistema del 9-1-1.

Debe tomarse en cuenta que se considera que la interceptación de la comunicación se produce cuando hay aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación por otra forma del proceso de comunicación, pero también cuando se produce un conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Para efectos de la comunicación telefónica, la Sala Constitucional consideró que se violentaba el secreto de las comunicaciones cuando se accedía a documentación que haga referencia a la existencia de la comunicación (listado de beeper) y que contemple datos como la fecha y hora en que una persona se comunicó con otra, la identidad del emisor del mensaje y de su receptor (cfr. la resolución N° 3444-97 de 10:21 hrs. de 20 de junio de 1997).

Por lo anterior estima la Procuraduría que en nuestro sistema no es posible admitir que la Administración Pública, incluidos los órganos de control interno, puedan captar el proceso de comunicación que realicen los funcionarios públicos y particularmente, imponerse del contenido de la comunicación electrónica.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que los funcionarios puedan destinar impunemente los correos electrónicos de la Institución para fines personales. Es claro que el uso indebido implica una transgresión de los deberes de la función pública y pone en riesgo el funcionamiento de los servicios públicos. Considérese, por ejemplo, los problemas que pueden presentarse con el servidor de la Institución encargado de transmitir los correos, lo que puede obligar a modificar la cola de entrega de los correos para no impedir el normal funcionamiento del mismo.

Empero, esos problemas y la violación implícita de los deberes de la función pública no justifican que la Administración y sus Auditorías puedan imponerse del contenido de los correos para verificar si el uso es lícito o no. Ello porque la Constitución y la ley establecen claramente el mecanismo para salvaguardar el derecho fundamental. Máxime que existen medios que permiten establecer qué uso se hace del correo, como lo es el conocimiento

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de la dirección del remitente o el asunto, así como la Administración puede acudir al bloqueo del servicio de correo electrónico. Se ha indicado al efecto:

"... Consecuentemente, para comprobar si un mensaje es idóneo dentro del fin social del empresario, bastaría, en la mayoría de las ocasiones, con mirar el destinatario o el asunto del correo. Obviamente, la entrada en el cuerpo del mensaje es alcanzar un límite que quizás no se debería sobrepasar, si ya se tienen pruebas suficientes sobre el destino del correo en cuestión. Lo contrario, podría suponer una vulneración de los Derechos antes explicados, sobre todo si no se hacen con las garantías suficientes. ..

(...).

Los programas-cliente de correo actuales, o las cuentas web-mail ya proporcionan suficiente información al respecto para averiguar el destino, uso, fecha, y muchos mas detalles como para razonar el debido o indebido uso de una persona de los medios informáticos de una empresa, sin la necesidad de usar mecanismos como el que estamos contemplando ahora mismo. Aunque por supuesto, ello provocaría un refuerzo cuasi inapelable sobre la autoría del envío de los e-mails". Alfonso VILLAHERMOSA IGLESIAS: Alfonsovillahermosa@abogado.zzn.com Apuntes sobre el correo electrónico en la empresa, 30 septiembre 2002, en www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo.shtml

Por demás, si un servidor instala -sin autorización de la Administración- herramientas de encriptación (sobre estos mecanismos, cfr. A, Villahermosa Iglesias loc. cit. y B. Rodríguez Ruiz, op. cit. p. 79), esto sería un elemento a tomar en cuenta respecto del uso que se da al correo de la Institución.

Se sigue de lo expuesto que si bien la Administración podría utilizar Software y Hardware que le permitan restringir el acceso o salida a INTERNET si así lo establecen las políticas y normas institucionales, le resulta prohibido utilizar programas que generan imágenes del procesador utilizado por el servidor, a fin de determinar cómo es utilizado. Tómese en cuenta, incluso que en países como Estados Unidos, donde está permitido el uso de esos programas, la licencia de uso del software correspondiente advierte que el adquirente debe avisar a los empleados que están siendo "observados" mientras trabajan (cfr. A, Villahermosa Iglesias: loc. cit).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Por otra parte, no existiría violación al derecho fundamental si el servidor diera libremente su consentimiento para que se acceda a su correo y la Auditoría se imponga del contenido de los mensajes recibidos y enviados.

Se podría argüir que la dirección del remitente, el asunto o "subject" forman parte del correo electrónico tanto como el cuerpo de éste, por lo que también deberían estar cubiertos por el secreto de las comunicaciones. Podría alegarse que, conforme lo resuelto por la Sala Constitucional en la resolución N° 3444-97 antes citada, para los listados de beeper, el conocer esos datos podría considerarse una "interceptación de la comunicación", que obligaría a aplicar el artículo 9 de la Ley N° 7425. No obstante, considera la Procuraduría que esa resolución no resulta aplicable a los correos electrónicos, en el tanto en que la auditoría informática tenga como exclusivo propósito el determinar el uso de los bienes públicos y el respeto de las normas que rigen ese uso, así como que se limite al conocimiento de los elementos de la presentación del correo. Y es que no puede ser lo mismo entrar en el contenido del mensaje que conocer la presentación del correo según el formato que se adopte normalmente. Por demás, cabría recordar que en el dictamen N° C-225-95 antes citado, la Procuraduría ya había señalado que el "simple registro del número de teléfono o extensión internos, así como el tiempo de duración de la llamada... no quebranta los derechos constitucionales" cuando tienen como objeto el ejercicio del poder disciplinario, ya que es el único medio para investigar el abuso cometido por un funcionario público en el empleo de bienes y servicios públicos que le han sido brindados para cumplir el cometido del ente u órgano para el que trabaja. Y es en esa medida en que se estima que la Auditoría Interna podrá revisar la presentación de los correos recibidos y enviados por los servidores sujetos a su fiscalización. En este caso, más que ante el ejercicio del poder disciplinario, se está ante la necesidad de tutelar el correcto destino de los fondos públicos y de la función de control sobre éstos, que es fundamental para el correcto desenvolvimiento del Estado de Derecho y, por ende, para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

Resta señalar que en la fiscalización y análisis del uso que se hace de los medios tecnológicos debe tomar en consideración los principios constitucionales, en particular los de equidad y proporcionalidad, pero también el sentido común. Factores como el número de email personales que se envían, la frecuencia de la actividad, la productividad del funcionario que envía y recibe el correo, si se trata de un dominio de INTERNET propio de la Institución, deben ser ponderados a fin de determinar la

responsabilidad del funcionario. No puede desconocerse, por demás, que con el objeto de propiciar la cercanía de la Administración con los habitantes del país y el derecho de información de la colectividad, diversos organismos públicos han divulgado las distintas direcciones electrónicas de sus servidores. Lo cual propicia que los funcionarios reciban mensajes de los administrados y los expone a recibir correspondencia no solicitada ni deseada. Todo lo cual impone la necesidad de establecer políticas, normas y procedimientos claros en relación con la tecnología de la información y su manejo y uso adecuado. Disposiciones todas que deben ser conocidas por los servidores. Y es que del conjunto de disposiciones que regulan el control interno, se desprende la necesidad de que se dicten normas, procedimientos y técnicas sobre la tecnología de informática y, por ende, sobre su uso adecuado. Los cuales, repetimos, serán elementos fundamentales para la fiscalización por parte de la auditoría y, por ende, para valorar la actuación de los servidores que hacen uso indebido de la tecnología de la Institución."

b. Prohibiciones establecidas en la Ley de Control Interno para los auditores y subauditores

[PROCURADURÍA GENERAL]³

"Las prohibiciones respecto a las cuales versa el asunto que nos ocupa, son las mencionadas en el artículo 34 de la Ley General de Control Interno. Dicha norma dispone:

"Artículo 34.-Prohibiciones. El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna, tendrán las siguientes prohibiciones:

- a) Realizar funciones y actuaciones de administración activa, salvo las necesarias para cumplir su competencia.
- b) Formar parte de un órgano director de un procedimiento administrativo.
- c) Ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, en los de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y colaterales por consanguinidad y afinidad hasta tercer grado, o bien, cuando la jornada no sea de tiempo completo, excepto que exista impedimento por la existencia de un interés directo o indirecto del propio ente u órgano. De esta prohibición se exceptúa la docencia, siempre que sea fuera de la jornada laboral.
- d) Participar en actividades político-electorales, salvo la emisión del voto en las elecciones nacionales y municipales.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

e) Revelar información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando y sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley.

Por las prohibiciones contempladas en esta Ley se les pagará un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base".

Cabe indicar que si bien el último párrafo de la norma recién transcrita hace referencia al pago de la compensación económica por "las prohibiciones contempladas en esta Ley", lo cierto es que luego de revisar la totalidad de la Ley General de Control Interno se pudo constatar que sólo en su artículo 34 se imponen prohibiciones a los servidores de la auditoría interna; de ahí que nuestro análisis deba centrarse en las prohibiciones contempladas en esa norma.

Hecha la anterior aclaración, analizaremos seguidamente cada una de las prohibiciones mencionadas, con la finalidad de determinar cuáles de ellas reúnen las características requeridas para justificar el pago de una compensación económica.

1.- Prohibición de realizar funciones y actuaciones de administración activa, salvo las necesarias para cumplir su competencia:

A nuestro juicio, el hecho de que se prohíba a los servidores de las auditorías internas realizar funciones de administración activa, no genera para ellos perjuicio alguno que justifique el pago de una compensación económica. Se trata de tareas que son incompatibles con la labor que desempeña la auditoría interna, pues ésta no podría fiscalizar objetivamente la conducta de sus propios miembros.

En todo caso, nos encontramos frente a una prohibición de carácter técnico, inspirada en las prácticas usuales de control, que en vez de perjudicar a los funcionarios de la auditoría interna, les permite un ejercicio eficiente de sus competencias esenciales.

2.- Prohibición de formar parte de un órgano director de un procedimiento administrativo:

Al igual que en el caso anterior, se trata de una prohibición que no lleva consigo perjuicio alguno para el personal que integra las auditorías internas. Ni los auditores, ni el resto del personal de las auditorías, sufren menoscabo alguno en su patrimonio como consecuencia de no poder integrar un órgano director de un procedimiento administrativo.

Téngase presente que en algunos casos, los procedimientos

administrativos se inician precisamente como consecuencia de un informe de la auditoría interna, situación en la cual es particularmente obvio el antagonismo que existe entre la labor sustantiva del personal de auditoría y la posibilidad de formar parte de un órgano director del procedimiento.

Tampoco escapa del entendimiento común el hecho de que la auditoría debe fiscalizar la apertura y el trámite de ciertas investigaciones, por lo que no es correcto que su personal asuma un papel activo en la integración de los órganos correspondientes.

En todo caso, lo que interesa destacar es que la prohibición de integrar tales órganos no causa perjuicio patrimonial alguno a los funcionarios de la auditoría interna.

3.- Prohibición de ejercer profesiones liberales fuera del cargo:

Esta prohibición, a diferencia de las anteriores, sí lleva implícito un perjuicio para sus destinatarios. Se trata de una limitación para el ejercicio del derecho al trabajo, limitación que, sin lugar a dudas, repercute en la esfera patrimonial de los funcionarios de la auditoría interna.

Como ya reseñamos en una transcripción anterior, la Sala Constitucional ha sostenido la tesis de que en estos casos existe una justificación razonable para el pago de una compensación económica.

4.- Prohibición de participar en actividades político-electorales, salvo la emisión del voto en las elecciones nacionales y municipales:

La prohibición dirigida a ciertos funcionarios públicos de participar en actividades político electorales (exceptuando la emisión del voto) ya existía en nuestro ordenamiento desde antes de la aprobación de la Ley General de Control Interno. El artículo 88 del Código Electoral (Ley n.º 1536 del 10 de diciembre de 1952) prohíbe a todos los funcionarios públicos dedicarse a ese tipo de actividades durante horas laborales y, a algunos en particular, citados expresamente en esa norma, les prohíbe participar en actividades político electorales incluso fuera de su jornada de trabajo. También el Estatuto de Servicio Civil, en su artículo 40, prohíbe a los servidores públicos "... ejercer actividad político partidista en el desempeño de sus funciones".

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

A manera de referencia, cabe indicar que la Sala Constitucional, en su resolución n.º 2883-96 de las 17:00 horas del 13 de junio de 1996, consideró que si bien la participación política constituye un derecho fundamental, tal derecho no es irrestricto, sino que puede limitarse en los términos en que lo hace el citado artículo 88 del Código Electoral.

De toda suerte, lo que interesa señalar ahora es que la prohibición dirigida a los funcionarios de las auditorías internas, en el sentido de no participar en actividades político-electorales, con excepción de la emisión del voto en las elecciones nacionales y municipales, no causa, a juicio de este Despacho, perjuicio patrimonial alguno a esos servidores.

5.- Prohibición de revelar información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando y sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a la Ley General de Control Interno:

El hecho de guardar confidencialidad sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, más que una prohibición, constituye un deber de todo funcionario público. En ese sentido, el artículo 39 inciso b) del Estatuto de Servicio Civil, menciona como deber de los servidores públicos "Guardar la discreción necesaria sobre los asuntos relacionados con su trabajo que por su naturaleza o en virtud de instrucciones especiales lo requieran, aun después de haber cesado en el cargo ...".

La propia Ley General de Control Interno, en su artículo 32 inciso e), señala como deber de los funcionarios de la auditoría interna "No revelar a terceros que no tengan relación directa con los asuntos tratados en sus informes, información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando ni información sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley". También el inciso f) de ese mismo artículo indica que es deber de los funcionarios mencionados "Guardar la confidencialidad del caso sobre la información a la que tengan acceso".

Con base en lo anterior, no consideramos que se cause perjuicio alguno a los funcionarios de las auditorías internas al prohibírseles revelar información sobre los asuntos que lleguen a su conocimiento."

c. Principio de publicidad aplicado en la Administración Pública

[PROCURADURÍA GENERAL]⁴

“El principio democrático que permea toda la estructura política y administrativa del Estado determina la necesidad de que los ciudadanos estén debidamente informados del acontecer político y administrativo. Un derecho que se ejerce frente al poder público, constituyéndose en un límite para éste.

El régimen constitucional costarricense se ha fundado en el derecho de acceso a la información de interés público, derecho que hoy es fundamental para participar en la vida pública del país y, por ende, constituye un requisito indispensable para el derecho de participación.

Contribuye a esta participación, el principio de publicidad de las normas y actos públicos, el cual tiene como manifestación básica la publicación de las normas jurídicas y de actos de alcance general. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el principio de publicidad «consiste en una forma de control social de los administrados» sobre la administración y los legisladores (resolución N° 3771-99 de 17:51 hrs. del 19 de mayo de 1999). Control que se imposibilitaría si la Administración actuara bajo el principio del secretismo.

Dado que estos derechos y principios son de raigambre constitucional, no cabe duda que el ciudadano debe contar con mecanismos que permitan exigir su respeto y que, por ende, la Administración debe actuar de manera de garantizar tal respeto. Empero, esa exigencia se presenta en forma intensa en la Administración actual, por cuanto de ésta se predica la transparencia y cercanía con el ciudadano (sobre la transparencia en el accionar administrativo nos referimos en el dictamen N° C-335-2003 de 28 de octubre de 2003). En efecto, los procesos de modernización y racionalización de la Administración Pública han conducido a erigir la transparencia, la claridad, la eficiencia y la publicidad como principios fundamentales del accionar administrativo. El respeto de esos principios determina e impone el derecho de las distintas personas a conocer la actuación administrativa, a pedir explicaciones sobre dicho accionar y a que se divulgue la distinta información que en las oficinas administrativas conste. En consecuencia, cualquier interesado puede enterarse y examinar esa actuación, según conste en los registros y archivos administrativos.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional ha manifestado en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sentencia N° 3074-2002 de 15:24 hrs. de 2 de abril de 2002:

"... En primer lugar debe partirse, como se indicó supra, de que el derecho a la información es un derecho público que se distingue por su carácter preferente y ello es así por cuanto su objeto, la información, implica participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la colectividad, con lo cual, en la medida en que se proteja el derecho a la información, se garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre que precisamente es el pilar de una sociedad libre y democrática. Ahora bien, si se parte del supuesto de que para poder participar en la toma de decisiones de la colectividad, se requiere estar bien informado, ello lleva necesariamente a la conclusión de que una sociedad en la que se niega la información de relevancia pública, sin estar en un caso de excepción, no se permitiría la conformación de una opinión pública libre y por ende, no se garantizaría de manera efectiva y real la participación ciudadana. Uniendo lo anterior, no cabe la menor duda de que, respecto de todos aquellos asuntos de trascendencia pública, como lo es el informe sobre Costa Rica elaborado por el Fondo Monetario Internacional como órgano externo al país y en el cual no participó ningún ente u órgano costarricense, existe un evidente interés de parte de todos los ciudadanos, de tener acceso a esa información toda vez que, en la medida en que la ciudadanía en general pueda acceder a esa información, podrá tener conocimiento sobre el contenido de ese informe y, en consecuencia, podrá ejercer con mayor propiedad y conocimiento, su derecho de participación en la toma de decisiones de la colectividad y por ende, podrá también ejercitar los derechos que de ahí se desliguen."

La información es, entonces, un medio de propiciar la participación democrática en la gestión pública:

"... es a través de esa interrelación entre los receptores pasivos de la información o de quienes la demandan, que se realiza no sólo el pluralismo político, sino la intervención de un pueblo en la formación de proyectos que puedan afectar sus derechos fundamentales...". Sala Constitucional, N° 2331-96 de las 14:33 hrs. del 14 de mayo de 1996.

Pero no se trata sólo de conocer las normas o actos que la Administración emita. El derecho de información comprende, necesariamente, el conocimiento de los fundamentos de las decisiones administrativas. Si el administrado no conoce las decisiones que le conciernen y sus fundamentos, no sólo no puede analizarlas, cuestionarlas sino que difícilmente puede comprenderlas, interpretar la situación del país y, eventualmente, ejercer el derecho de defensa. En el dictamen C-018-1999 de 26 de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

enero de 1999 se señaló al respecto:

"Conocer los motivos de una decisión de la Administración facilita el ejercicio de acciones impugnatorias, mejora la posibilidad de formular una defensa del derecho afectado y en general, da acceso a la información pertinente y necesaria para conocer en su totalidad, la decisión tomada.

El principio de publicidad y transparencia, en ese sentido, adquiere vital relevancia, en particular el derecho que el artículo 30 constitucional contiene, es decir, que según el cual, como regla general, se debe admitir el acceso a todos los archivos y expedientes administrativos, salvo que se esté en los casos de secreto de Estado, o bien, en el supuesto del artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, ...".

El conocimiento de las deliberaciones puede derivar de su enunciación misma en los considerandos del acto, de la asistencia a las sesiones del órgano colegiado, o bien, del conocimiento del documento que contiene dichas deliberaciones. No puede olvidarse, al efecto, que el principio es la publicidad de las actas de las sesiones de los órganos colegiados. Dichos órganos constituyen el órgano superior de la entidad respectiva. En calidad de tales, les corresponde deliberar sobre las políticas generales que determinarán el rumbo administrativo concreto del ente y, por tanto, el modo en que se gestionarán los recursos públicos y que se desplegarán las potestades de imperio a él reconocidas. Por tal razón, la transparencia de su gestión es condición esencial para que los habitantes puedan ejercer su derecho fundamental de participar en la vida política mediante el examen de la conducta pública de los funcionarios. Lo anterior es predicable de todo órgano colegiado y, por ende, lo es -y quizás con mayor razón- en tratándose de un cuerpo como el Concejo Municipal:

"I.- El desarrollo de las sesiones de las municipalidades, se fundamenta, entre otros, en el principio tradicional de la publicidad de las mismas, que tiene como objeto principal que el Gobierno Local entere a la comunidad de la toma de decisiones que les atañe, en el más claro concepto del ejercicio democrático. Por ello las actas en las que se materializan las decisiones son de interés general y a ellas tienen acceso todas las personas para revisarlas, informarse y solicitar que se le certifiquen los asuntos en los que tenga particular interés. Si tal ocurre con los particulares, con mayor razón debe ser amplio el acceso a ellas, de los miembros del Gobierno Local y los representantes distritales cuyo mandato procede del artículo 172 de la Constitución Política". Sala Constitucional, resolución N° 275-91 de 14:52 de 2 de junio de 1991.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

De las sesiones del Concejo Municipal se establece su publicidad (artículo 41 del Código Municipal). Lo cual significa que los interesados pueden asistir a dichas sesiones, a efecto de conocer qué discute y decide el Concejo. De ese modo, el público se entera no sólo de la decisión adoptada sino de los motivos que llevaron a su adopción y de las distintas posiciones de los participantes. En ese sentido, el público tiene derecho a conocer no sólo el acuerdo que se adopta, sino también la deliberación correspondiente.

Ese conocimiento puede provenir de la asistencia a las sesiones puesto que estas son públicas o bien, del acceso al acta de la sesión, en tanto esta debe ser transcripción fiel de lo discutido y acordado. Se sigue de lo anterior que las actas son documentos de libre acceso por parte de los ciudadanos y que, en principio, la información en ellas contenida es de interés público. El punto es si este criterio puede mantenerse también respecto de los medios que registren las deliberaciones de los órganos colegiados y, en concreto, del Consejo Municipal.

B.- LA PUBLICIDAD DE LOS CASSETES

Se consulta si el Auditor Municipal puede tener acceso a los casetes que registran las sesiones del Concejo Municipal o a un acta no aprobada. El criterio jurídico adjunto señala que dichos casetes son "instrumentos de ayuda para la confección del acta" pero no constituyen documentos públicos. Al no estarse ante un documento público, no existe obligación de suministrarlos.

En ausencia de una disposición expresa que determine cuándo hay documento público, el operador debe recurrir a las disposiciones de Derecho común. El punto es regulado por el artículo 369 del Código Procesal Civil, a cuyo tenor:

"Documentos e instrumentos públicos.

Son documentos públicos todos aquéllos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones.

Las fotocopias de los documentos originales tendrán el carácter que este artículo establece, si el funcionario que las autoriza certifica en ellas la razón de que son copias fieles de los originales, y cancela las especies fiscales de ley.

Es instrumento público la escritura otorgada ante un notario público, así como cualquier otro documento al cual la ley le dé expresamente ese carácter".

Para que haya documento público se requiere que haya sido extendido o redactado por un funcionario público. Por otra parte, un documento se considera extendido o redactado por un funcionario

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

público cuando este lo hace en ejercicio de sus funciones públicas, lo cual viene marcado por la expresión "dentro del límite de sus atribuciones".

El punto es si el casete puede ser documento público. Lo cual implicaría que pueda, primero, ser considerado un documento. Al respecto, debe tomarse en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico consagra un criterio amplio en orden al "documento". Ese concepto está contenido tanto en el Código Procesal Civil como en la Ley de Registro, Secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, N°7425 de 9 de agosto de 1994. Dispone el Código Procesal Civil:

"ARTÍCULO 368.- Distintas clases de documentos.

Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo".

Por su parte, la Ley de Registro, Secuestro y examen de documentos privados establece:

"ARTICULO 1.- Competencia.

Los Tribunales de Justicia podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento.

Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo."

Se desprende de lo transcrito que, dentro de la legislación costarricense, los casetes son documentos. Pueden ser documentos privados o bien públicos. No puede existir duda, por demás, que en el tanto en que el casete registre las sesiones de un órgano colegiado y el registro lo haga un funcionario público en el cumplimiento de sus funciones, dicho documento será público para efectos de su divulgación. Por demás, si la sesión del órgano es pública, la Administración no puede pretender mantener en secreto el contenido de las deliberaciones y el registro mismo de éstas.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Consecuentemente, la Administración no podría negarse a suministrar copia de dicho casete o en su caso, negarse a que un tercero también registre en casete las sesiones del órgano colegiado, las cuales son públicas. En dictamen C-018-1999 de 26 de enero de 1999, la Procuraduría se pronunció sobre "si los cassettes (sic) de grabación de las sesiones de Junta Directiva y Asambleas son de carácter público". En dicha oportunidad se sostuvo:

"Claro lo anterior, es decir, el carácter de la deliberación de acto interno aunque de carácter indirectamente externo, por vincular la voluntad del órgano ejecutivo, o por estar en posibilidad inclusive de generar por sí misma efectos jurídicos, es preciso considerar la utilidad de admitir, a los efectos de los particulares destinatarios de los actos respectivos, el acceso a las grabaciones que de las sesiones de Junta Directiva o Asamblea de colegiados se realicen.

(...).

Debe hacerse notar además que las actas de los órganos colegiados tienen un indudable carácter público.

Así las cosas, las actas de los órganos colegiados han de incorporar: a) las personas asistentes, b) las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, c) los puntos principales de la deliberación y resultado de la votación, y d) el contenido de los acuerdos -vid. artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública-.

De ahí que limitar el acceso a las grabaciones de las sesiones de los órganos colegiados no podría ser lícito ni razonable, en el tanto tendrá, en general, la misma información que acreditan las actas, ampliándose tan sólo en cuanto a los detalles de la deliberación que, por razones materiales, ha sido descrita tan sólo en sus líneas generales por el acta.

Debe hacerse notar, sin embargo, que dicho acceso será autorizado únicamente en el momento en que sea aprobada el acta de la sesión correspondiente y se de eficacia a lo ahí deliberado, dado que, sin dicha ratificación, entendida como condición suspensiva de la eficacia de lo deliberado, no se trata de un acto colegial eficaz.

Así, sin la aprobación del acta carece de interés que se acceda a lo deliberado, por tratarse tan sólo de un acto preparatorio del final, al cual es de aplicación la regla del artículo 273 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, para el que, el acceso a los "proyectos de resolución" ha de impedirse.

II.- CONCLUSIONES

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Con fundamento en todo lo expuesto, esta Procuraduría concluye lo siguiente: 1.- Que las grabaciones de sesiones de Junta Directiva y Asambleas Generales del Colegio de Contadores Privados son, en principio, públicas, en virtud de lo cual son accesibles a los interesados.

2.- El acceso a esas grabaciones se encuentra únicamente limitado a los supuestos previstos por el artículo 30 de la Constitución Política y a los establecidos por el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública."

Más recientemente, en dictamen N° C-145-2004 de 14 de mayo de 2004 ante una consulta de esa misma Municipalidad sobre la posibilidad de que el alcalde municipal o cualquier ciudadano llegara con un equipo de vídeo a grabar las sesiones del Concejo municipal o la posibilidad de que el Concejo Municipal acordara por reglamento que cualquier ciudadano puede grabar una sesión con equipo de grabadora, la Procuraduría dictaminó que los interesados pueden grabar las sesiones del Concejo mediante equipos de audio y/o video.

En igual forma, cabe señalar que la negativa de suministro de copias del registro de la sesión puede determinar la procedencia de un Recurso de Amparo. En la resolución N° 275-91 antes citada la Sala señaló:

"II.- La reproducción de la sesión, materializándola en el acta respectiva, es función encomendada al Secretario Municipal, como lo dispone el artículo 162 del Código Municipal; pero ello no obsta para que cualquier persona, sea particular, regidor o síndico municipal, pueda grabar los asuntos que sean de su interés, con tal que no se altere el orden y la disciplina interna de la sesión, aspectos que deben ser cuidados por el Presidente Municipal. Pero estas labores encomendadas al Presidente Municipal, no le otorgan ninguna otra función, como no sea la de dirigir el debate, ni ningún otro privilegio que le permita tomar decisiones unilaterales como la de la intervención de las autoridades de policía según su criterio. Para ello sería requisito imprescindible, la opinión favorable del Concejo Municipal, que debe constar en forma inequívoca.

III.- En el presente caso, del informe rendido bajo juramento por el Presidente Municipal, se obtienen algunas conclusiones: primero, que efectivamente, le fue quitada la grabadora al accionante y entregada a la fuerza pública; que a criterio del Presidente, la grabación del promovente alteraba el orden de la sesión, no obstante que lo hacía en forma furtiva u oculta y que

presumió que la grabación se usaría con fines distintos al trabajo municipal. Dicho lo anterior, a juicio de la Sala ha existido un exceso de poder por parte del Presidente Municipal en el ejercicio de sus funciones, limitando con su decisión la libertad de acceso a un acto público, a reproducir la sesión con la consecuente responsabilidad personal del interesado, a comunicar lo resuelto por un ente público y la propiedad del promovente, al ser despojado injustificadamente de su grabadora. Todo ello como producto de un acto administrativo excesivo y adoptado al margen de lo que dispone el artículo 11 de la Constitución Política y con violación de los derechos consagrados en los artículos 27, 28, 29 y 30 ibídem, por lo que procede declarar con lugar el recurso, como se dispone".

Posibilidad de grabar que también se dispone en la resolución N° 3185-2004 de 11:20 hrs. de 26 de marzo del presente año, que resuelve un Recurso de Amparo interpuesto contra el Consejo de Transporte Público por su negativa de suministrar, entre otras informaciones, reproducción en casete del acta de una sesión:

"III.- Sobre el fondo. El recurrente Alfaro Castro demanda amparo porque el Concejo de Transporte Público no le ha provisto la información que solicitó el 13 de octubre del 2003. El Presidente del Concejo recurrido informó que el 17 de diciembre del 2003 entregó una reproducción debidamente certificada del acta de la sesión ordinaria 21-2003 de 23 de julio del 2003 con la cual atendió la solicitud de 13 de octubre del 2003. El recurrente en escrito posterior a su recurso, objetó lo informado porque lo que se le proveyó, no es la información que requirió en su petición. Según éste, lo que solicitó fue una copia del borrador del acta de la sesión 21-2003 o fotocopia del libro de actas en la cual se asentó y una reproducción de los casetes de esa sesión y lo que se le entregó fue una reproducción del acta de la citada sesión. Sobre esa base, debe acogerse el amparo solicitado. En efecto, si bien, en principio, el contenido de las peticiones no es algo que garantiza la Constitución (art. 27), la Sala ha excepcionado tal situación cuando la información no se corresponde con lo solicitado, que es, precisamente, lo que plantea el agraviado. De la petición concreta que planteó el recurrente resulta que, en efecto, lo que solicitó fue que se le certificara copia del borrador del acta de la sesión ordinaria número 21 del 23 de julio del 2003 o en su defecto fotocopia certificada del libro de actas en la cual se asentó, así como una reproducción del casete o casetes de dicha sesión (petición visible a folio 3) y lo que se le proveyó fue una reproducción del acta de la sesión ordinaria 21-2003 de 23 de julio del 2003 y respecto de los casetes se le informó que su contenido no corresponde a documentos oficiales a

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

disposición del público, por lo que en cuanto a este punto se rechazó su solicitud (oficio CTP-SE-03-2003 visible folio 8). Es claro, a partir de lo dicho, que, ciertamente, lo provisto no se corresponde con lo solicitado. En cuanto a este último aspecto, que se sugiere por el informantes no corresponde a documentos oficiales a disposición del público, no se precisó que se trate de información de carácter personal que garantiza el derecho a la intimidad (art. 24 de la Constitución Política) o un secreto de Estado (art. 30). Por lo que, la negativa le ha significado al agraviado una lesión a su derecho de petición. La Sala estima que la información solicitada, es de acceso del público, pues, no puede ver, de los puntos concretos que la motivan, datos íntimos, sensibles o nominativos que deriven un detrimento de la esfera de intimidad intangible que supone una intromisión o injerencia externa e inconstitucional (RSC N.º 2003-00136, 15:22 horas del 15 de enero 2003), ya que ha surgido del ejercicio de la función pública. Se trata, más bien, de una información que se constituye en información indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer su participación en las tareas públicas, que es un derecho público y subjetivo. (RSC N.º 2002-03074, 15:24 horas; 2 de abril, 2002). Lo mismo debe decirse respecto de la restante información que no fue proveída en los términos que se solicitó. De ahí, que proceda estimar el amparo solicitado por una vulneración de los derechos que reclama con sus consecuencias". La negrilla no es del original.

En la consulta de la Municipalidad de Curridabat se indica que la Sala Constitucional ha declarado sin lugar un Recurso de Amparo contra esa Municipalidad, recurso interpuesto por el representante de FEDEMUR por no entrega de copia de las cintas de que transcriben una sesión del Concejo Municipal. Al respecto, considera la Procuraduría que la Municipalidad se refiere a la resolución N. 8939-2003 de 17:43 hrs. de 26 de agosto de 2003. En dicha resolución, la Sala rechaza un recurso de amparo presentado por el representante de la Federación Municipal Regional del Este, por no suministro de copia de casete de la totalidad de la sesión ordinaria del 24 de abril de 2003. La Sala desestimó el recurso por considerar que no existía violación al derecho de petición. Se consideró que la Municipalidad había dado respuesta al petente y "Por lo anterior, este Tribunal concluye que a pesar de que la solicitud de información presentada por el recurrente fue contestada fuera del plazo establecido en el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional -diez días- la misma fue resuelta dentro de un plazo razonable, e inclusive con antelación a la presentación del recurso. En consecuencia, se rechaza la lesión a los artículos 27 y 41 de la Constitución Política. De ahí

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que, lo procedente es declarar sin lugar el recurso". Es decir, la Sala no se pronunció respecto de una violación al artículo 30 constitucional, que es el que nos ocupa. No puede considerarse que haya variado su jurisprudencia en orden al acceso a la grabación de las sesiones.

C.- EL SUMINISTRO DE CASETE AL AUDITOR

Se consulta si el Auditor Municipal puede tener acceso a los casetes que registran las sesiones del Concejo Municipal.

Como ya se indicó, el casete que registra las sesiones constituye un documento público, al cual pueden tener acceso los terceros. Ese acceso es predicable de los casetes que registran las sesiones del Concejo Municipal. Por consiguiente, el público interesado puede solicitar copia de los mismos. Pero, además, ese derecho asiste al Auditor Municipal para el ejercicio de su competencia.

El Auditor Municipal es parte del sistema de control interno de la Municipalidad. De acuerdo con la Ley General de Control Interno le corresponde una actividad asesora, dirigida a proporcionar seguridad a la organización a que pertenece. Para ello debe evaluar los controles internos de la administración, determinar su eficacia y eficiencia. Auditoría es:

"una actividad de evaluación independiente, establecida dentro de una organización para examinar y evaluar sus actividades como un servicio para la organización". R, WHITTINGTON-K, PANY: Auditoría. Un enfoque integral, MCGRAW-HILL Interamericana S. A., Colombia, 2000, p. 592.

Para el cumplimiento de sus labores de Auditoría, la Ley General de Control Interno otorga al Auditor diversas facultades. Entre ellas, el acceso tanto a documentos e información pública como a documentos privados (el supuesto es la gestión privada de fondos públicos o de origen público). Dispone en lo que aquí interesa el artículo 33 de la citada Ley:

"Potestades. El auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna tendrán, las siguientes potestades:

a) Libre acceso, en cualquier momento, a todos los libros, los archivos, los valores, las cuentas bancarias y los documentos de los entes y órganos de su competencia institucional, así como de los sujetos privados, únicamente en cuanto administren o custodien fondos o bienes públicos de los entes y órganos de su competencia institucional; también tendrán libre acceso a otras fuentes de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

información relacionadas con su actividad. El auditor interno podrá acceder, para sus fines, en cualquier momento, a las transacciones electrónicas que consten en los archivos y sistemas electrónicos de las transacciones que realicen los entes con los bancos u otras instituciones, para lo cual la administración deberá facilitarle los recursos que se requieran.

b) Solicitar, a cualquier funcionario y sujeto privado que administre o custodie fondos públicos de los entes y órganos de su competencia institucional, en la forma, las condiciones y el plazo razonables, los informes, datos y documentos para el cabal cumplimiento de su competencia. En el caso de sujetos privados, la solicitud será en lo que respecta a la administración o custodia de fondos públicos de los entes y órganos de su competencia institucional.

(...)"

La facultad de acceso a la información es amplia. De ella se predica que es "en cualquier momento". El acceso es a todo tipo de documentación, incluida la electrónica. Puesto que no se define qué es documento, debe estarse a la definición del artículo 368 del Código Procesal Civil antes transcrita. Por consiguiente, el libre acceso en cualquier momento bien puede concernir un casete que registre las sesiones del Concejo Municipal. Y aún cuando el casete no fuere un documento, que no es el caso, el Auditor podría tener acceso al mismo puesto que se trata de una "fuente de información relacionada con su actividad".

Ahora bien, en la medida en que el casete es un documento, la comunicación de éste al Auditor no puede ser condicionada a la aprobación del acta de la sesión correspondiente. Recuérdese que la sesión es pública, que su grabación es pública y que el casete que registra la sesión es también público. Por consiguiente, no resulta razonable sujetar la comunicación al Auditor a que el acta sea aprobada. El Concejo Municipal no puede pretender limitar el acceso a esas grabaciones porque no le asiste un poder de decidir si sus sesiones son públicas o privadas y, por ende, facultad alguna para decidir mantener en secreto sus deliberaciones.

Por otra parte, si bien en el dictamen N° C-018-1999 consideró que el acceso a la grabación estaba condicionado al momento en que el acta es aprobada, estima la Procuraduría que en tratándose del registro de una sesión que necesariamente es pública, dicho condicionamiento no es válido. No resulta conforme a la lógica jurídica permitir que una sesión sea grabada por cualquier interesado y simultáneamente el suministro de copias sobre la grabación se condicione a la aprobación del acta.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Por demás, el suministro del casete tiene como objeto permitir el acceso a la información, satisfaciendo los principios en orden al accionar administrativo y sobre todo cumplir con lo dispuesto en el artículo 30 de la Carta Política. Ese suministro no tiene relación alguna con la eficacia de los acuerdos que hayan sido aprobados. Eficacia que puede depender de la aprobación del acta (artículo 56.2 de la Ley General de la Administración Pública). Por ello, estima la Procuraduría que el Auditor Municipal puede tener acceso al casete que registra una sesión y al acta correspondiente incluso antes de su aprobación.

En resolución N° 6723-2002 de 14:30 hrs. de 9 de julio de 2002, la Sala Constitucional se pronunció sobre un recurso de amparo, interpuesto por un directivo de un ente autónomo, por la negativa de suministro de la copia de los casetes en que se grabó una sesión, suministro considerado indispensable par el cumplimiento de sus funciones. Al acoger el recurso, la Sala manifestó:

"I.- Sobre los hechos. El recurrente acude a esta vía para que se tutele su derecho de petición y el libre acceso a los departamentos administrativos con fines de información, a efecto de que pueda ejercer la función pública que le ha sido encomendada. El Presidente Ejecutivo alega que el recurrente obtuvo respuesta sobre su petición y que el trato que se le dio a la petición del accionante es el mismo que se le dio a la petición de la Auditora General del Instituto. Por su parte, Gerente General de ese Instituto manifiesta que al amparado se le entregaron las copias que requirió.

II.- Como en autos quedó debidamente acreditado que el recurrente fue restablecido en el pleno goce de sus derechos fundamentales estando el curso el amparo, en virtud de que el veinticuatro de mayo de este mismo año se le entregaron las grabaciones que solicitó (véase copia a folio 65), el recurso debe estimarse conforme lo dispone el artículo 52 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Pese a esa declaratoria, cabe recordarle al recurrido que por definición del artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública toda la actividad del servidor público como expresión de los intereses individuales coincidentes con la colectividad es evidentemente de interés público, en virtud que el desempeño de sus funciones está encaminado primordialmente a la satisfacción de ese interés. Por ello, aceptar que por la existencia de una disposición como el acuerdo N° SJD-1150-2001 tomado por la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo en la sesión N° 4157 de doce de

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

noviembre de dos mil uno, se le puede limitar al amparado el acceso a la información que requirió, sería aceptar que puede separarse de aquella finalidad y que puede faltar a la esencia de sus funciones. La función que al amparado como Director del Instituto recurrido le ha sido encomendada, implica necesariamente reconocer, que aquel como servidor público tiene derecho a desplegar toda la actividad que requiera para la consecución de los fines que se le encomendaron. Si al amparado se le encomendó tutelar ese interés público como Director de un órgano de la Administración, no brindarle oportunamente la información que requiera para ejercer el control sobre los actos dispositivos tomados por el órgano del que forma parte, constituye una violación a sus derechos fundamentales. Por lo demás, el que se le haya dado parte de la información al petente no enerva el amparo, pues como no se acreditó que se le haya entregado la totalidad de la información requerida, no podría hablarse de satisfacción. Por lo expuesto, el recurso debe estimarse, como en efecto se hace.-" De lo anterior se extrae que la Administración Pública no puede negar a sus funcionarios la información de interés público necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Dicha negativa afecta el interés público que el funcionario debe tutelar, afectando además el cumplimiento de las funciones asignadas al funcionario.

En igual forma, cabe considerar que la negativa de suministrar información al Auditor no sólo resulta contraria a lo dispuesto en la Ley General de Control Interno, sino que es susceptible de impedir el ejercicio de la función que a ese órgano le corresponde, con grave lesión del interés público presente en el sistema de control interno."

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

FUENTES CITADAS:

- 1 Ley Número 8292. Costa Rica, 31 de julio de 2002.
- 2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 003-2003, del catorce de enero de dos mil tres.
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 39-2003, del diecisiete de febrero de dos mil tres.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 329-2004, del doce de noviembre de dos mil cuatro.