

Auditoría General del Poder Ejecutivo (AGPE)

**Instituto de Estudios para la Consolidación
del Estado de Derecho (ICED)**

Manual de Auditoría Forense

**Programa de Democracia
Más Justicia**



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



ICED
Instituto de Estudios para la
Consolidación del Estado de Derecho



FICHA TÉCNICA

Manual de Auditoría Forense

Elaborado en base a las exposiciones realizadas durante el curso de Auditoría Forense, brindado por el Instituto de Estudios para la Consolidación del Estado de Derecho (ICED) a funcionarios de la Auditoría General del Poder Ejecutivo y de otras instituciones públicas, en el marco del Programa “Más Justicia” llevado adelante por el Centro de Información y Recursos para el Desarrollo (CIRD) con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

Expositores:

María del Carmen Benítez / Javier Contreras Saguier / José Luis Kronawetter / Claudio Lovera Velázquez
Ricardo Preda del Puerto / Roy Rodgers Canas

Edición y revisión:

César Alfonso Larangeira / Javier Contreras Saguier

Cuidado de edición:

Dora Cristaldo Raskin

Diseño y armado:

Horacio Cristaldo Raskin

Edición: **ICED**

Impresión: AGR

Primera edición

1.500 ejemplares

Francisco Zurbarán 892 c/ Sargento Gauto

(595 21) 222 370 – info@iced.org.py

www.iced.org.py

Asunción - Paraguay

Año 2013

Distribución gratuita

“Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los conceptos y opiniones expresadas en la misma corresponden a los autores y no reflejan necesariamente el punto de vista de USAID ni del Gobierno de los Estados Unidos”.

Programa de Democracia Más Justicia



INTRODUCCIÓN

Para fortalecer a las instituciones públicas en su capacidad de lucha contra la corrupción, el Programa Más Justicia, a través del ICED, con el apoyo del CIRD y el patrocinio de USAID, impulsó la creación, instalación y fortalecimiento de Unidades de Auditoría Forense e Investigación de ilícitos, en la Auditoría General del Poder Ejecutivo AGPE y en las entidades dependientes del Poder Ejecutivo.

Estas Unidades son órganos especializados en auditar e investigar indicios de hechos ilícitos realizados por funcionarios y de hechos ilícitos que pudieran afectar a la entidad de la que forman parte, con el fin de buscar su esclarecimiento y, en su caso, generar los insumos para la aplicación de sanciones y realizar medidas tendientes a disminuir los riesgos de la realización de nuevos ilícitos.

El proceso de diseño y creación de la Unidad de Auditoría Forense de la AGPE fue acompañada por un fuerte y sostenido proceso de capacitación que involucró además de funcionarios de esta Institución, a personal clave de diversas reparticiones públicas. Esto, permite que el Estado cuente, actualmente, con un grupo de funcionarios con el conocimiento necesario para realizar tareas de detección y esclarecimiento de hechos ilícitos que pueden ocurrir en entidades públicas.

En este contexto, ICED desarrolló el Curso de Auditoría Forense que fue impartido semi presencialmente. El Manual que ahora presentamos, recopila y sintetiza los temas y contenidos de las clases y acompaña a los otros recursos pedagógicos desarrollados, tales como videos, tutoriales y documentos de apoyo. Estas herramientas permiten profundizar los conceptos con ejemplos y casos prácticos referidos a la realidad local.

Esperamos que el Manual de Auditoría Forense sea de utilidad para extender la aplicación de esta herramienta de investigación, en una estrategia más amplia de promover una cultura de honestidad y transparencia en el Estado paraguayo.

ÍNDICE

PARTE 1

1. La Auditoría Forense.....	11
1.1. Auditoría general	11
1.2. Consideraciones fundamentales en el trabajo de auditoría	12
1.3. Definición de un hallazgo en el marco de la auditoría	14
1.4. Concepto de certeza razonable y materialidad o significancia	16
1.5. Aproximación al concepto de auditoría forense	17
1.6. El rol del auditor forense.....	18
1.7. Etapas de la auditoría	19
1.8. Auditoría gubernamental	20
1.8.1. Tipos de auditoría	20
1.8.2. Diferencias entre la auditoría especial y la especializada.....	22
1.8.3. Normas generales de auditoría gubernamental	22
1.8.3.1. Participación de profesionales o especialistas	23
1.8.3.2. Características que debe tener una evidencia	23

PARTE 2

2. Ejecución y comunicación de resultados de la Auditoría	25
2.1. Herramientas y Técnicas de Auditoría.....	25
2.2. Técnicas según las normas de Auditoría Gubernamental.....	26
2.3. Como se deben comunicar los hallazgos	27
2.4. El Hallazgo.....	29
2.5. Algunas consideraciones sobre la Auditoría Forense.....	30

LA AUDITORÍA. AUDITORÍA FORENSE. LOS HECHOS ILÍCITOS

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Conocer las normas generales que rigen la tarea del auditor.
- Conocer conceptos básicos de la auditoría forense.
- Analizar el concepto y los elementos principales que hacen a la auditoría
- Identificar las herramientas y técnicas principales con las cuales se realizan las auditorías forenses.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial de los profesores José Luis Kronawetter y Claudio Lovera, realizada el 01/11/2012. El documento está ajustado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 1: LA AUDITORÍA. AUDITORÍA FORENSE. LOS HECHOS ILÍCITOS

Parte 1

1. La Auditoría Forense

1.1. De los conceptos básicos de la Auditoría en general

A modo de introducción se realiza un repaso de los conceptos básicos de auditoría, pero focalizados en el método de los tipos de auditoría que podríamos denominar “tradicional” (contable, de gestión, financiera, etc.) , para analizar las diferencias con la auditoría forense. De hecho existen diferencias, pero también muchas semejanzas.

Primero, se mencionarán los conceptos básicos de las auditorías tradicionales, enfatizando la metodología del trabajo de auditoría, para después definir lo que es auditoría forense y la interrelación que existe entre esta y los demás tipos de auditoría.

En primer lugar se debe aclarar que la auditoría forense es una auditoría especializada, por lo tanto el auditor forense antes que nada debe ser auditor y en las cuestiones que escapan a su ámbito de especialización para evaluar hallazgos o las evidencias, necesitará el apoyo de un especialista (abogado, perito informático, perito tasador, etc.). La auditoría forense no deja de ser una auditoría.

Hay varias definiciones técnicas de auditoría. Una de ellas, la define como una recopilación y evaluación de datos sobre una información cuantificable que tiene por finalidad determinar si dicha información responde o no a los criterios definidos en su momento y que debieron ser aplicados para prepararla y presentarla. Comenzó a realizarse en el área contable-financiera hoy conocida como auditoría financiera, cuyo objetivo era evaluar la razonabilidad de la información financiera contable o presupuestaria que las entidades privadas y públicas solían presentar en sus rendiciones de cuentas a sus dueños, accionistas o a la sociedad en general, en el caso de las entidades públicas.

Para que un auditor pueda hacer su trabajo, sea del tipo que sea, siempre necesita tener un objeto que evaluar o revisar. El auditor evalúa si el objeto se adecua o no a un **marco de criterio (el Deber ser)**.

En una auditoría siempre hay un objeto que el auditor revisa, en el marco de criterios previamente determinados que permitirá al auditor determinar si lo que encontró en el objeto auditado (lo que es o Condición) se corresponde o no con lo que debería haber encontrado, es decir con el marco de criterios (el Deber ser). Las revisiones o verificaciones, generarán conclusiones.

Empezamos estableciendo que la auditoría es un proceso, no es una actividad única, no es hacer un arqueo, un inventario físico o una entrevista, es un conjunto de actividades planificadas coordinadamente con un objetivo, el cual es llevado a cabo por un sujeto. Ese sujeto es el auditor.

A veces, el auditor, necesita apoyo de especialistas en temas puntuales que él no conoce o en los que no tiene experiencia suficiente (derecho, ingeniería civil, informática, etc.) o de un conjunto de personas, denominado equipo de auditoría. Pero siempre hay un auditor responsable final por el trabajo realizado por su equipo de trabajo, quien por tal motivo es el que firma el dictamen, la opinión y/o informe de auditoría.

El auditor necesita siempre un objeto sobre el cual va a realizar su trabajo de auditoría. Es fundamental identificar claramente cuál es el objeto a ser auditado, que puede ser un balance (por ende, su composición), el estado de ejecución presupuestaria, la gestión. Ello siempre implica la comparación de los hechos o condiciones encontrados con cumplimiento de un marco normativo que lo regula.

En ese contexto, el auditor debe previamente precisar, el conjunto de normas o de reglas que son los criterios a los que se deben adecuar los hechos o condiciones que forman parte del objeto de la auditoría.

Se precisa determinar claramente el objeto sobre el cual se va dar luego una conclusión. Sobre ese objeto el auditor aplica una serie de tareas y procedimientos, para evaluar si lo encontrado en ese objeto (Condición o lo que es) se corresponde o no con lo que se esperaba encontrar (el Deber ser).

1.2. Consideraciones fundamentales en el trabajo de auditoría

Por todo lo anteriormente expuesto es que en auditoría se manejan siempre dos conceptos muy importantes: el Deber ser y la Condición (lo que es). Cuando se trata del Deber ser, estamos hablando del criterio, que es lo que se considera la regla, la norma, lo que se considera que el auditor debería encontrar, lo que se tuvo que hacer o cómo se tuvo que haber hecho aquello verificado.

La condición son los hechos, aquello que encontró el auditor al revisar el objeto auditado. Entonces, en una auditoría se debe tener claro el Deber ser, la regla o norma, lo que debía haber sido encontrado y por otra parte lo que se encontró, los hechos que se verificaron a través de la ejecución de tareas y procedimientos de la auditoría.

Al comparar ambas cosas pueden surgir desvíos. Es decir, el ser puede no coincidir con el Deber ser. Cuando hay diferencias entre el ser (hecho o Condición) y el Deber ser (criterio, regla o norma), el auditor identifica lo que se denomina “hallazgo” y según ciertos aspectos, como ser la importancia o la significancia de tal hallazgo, decide si ciertos aspectos, como ser la importancia o la significancia de tal hallazgo, decide si informa o no del mismo.

De este modo, el “Deber ser” son los criterios que orientan el trabajo de verificación o comparación con la Condición o hechos que realiza el auditor. Cuando se va evaluar si el auditado cumple o no con algo, claramente se debe tener definido el criterio.

En la auditoría financiera, se hace referencia a normas contables o de ejecución presupuestaria; cuando se trata de una auditoría de gestión, se consideran los objetivos que se fijaron en el inicio del año en el plan operativo, se analiza en qué medida se llegó a los objetivos durante la gestión que está siendo evaluada en un período.

Entonces, el auditor siempre debe tener en claro los criterios a que debe acudir para compararlo con la condición. No importa qué tipo de auditoría sea: informática, tributaria, financiera, forense, etc.. Los criterios provienen de distintas herramientas a las que el auditor debe acceder para realizar su trabajo: los procedimientos definidos, cláusulas contractuales, objetivos, políticas, leyes, normas financieras, normas de ejecución presupuestaria, etc., estas indican qué se debería encontrar en el objeto que se va a auditar, lo que se debería haber hecho, si se hubiera cumplido el criterio o norma.

La contrapartida de los criterios o normas son los hechos, los cuales se reconstruyen a través de las evidencias: documentos, testimonios que se recogen en el marco de las entrevistas, los informes, las evidencias físicas, etc., es decir, las evidencias con que cuenta un auditor para definir en qué medida el auditado ha cumplido o no con el criterio o norma.

Como se señaló anteriormente, el hallazgo de auditoría surge cuando lo que se encuentra al ejecutar un trabajo de auditoría no se corresponde con lo que debiera haber surgido, de haberse aplicado el criterio o norma.

1.3. Definición de un hallazgo en el marco de la auditoría

Presentaremos un caso de “sobre facturación” para identificar en él, algunos conceptos. Siempre es importante tener en claro el criterio para determinar el hallazgo. La afirmación de que “existió una sobrefacturación” podría indicar que por algún motivo había un monto que un proveedor facturó a una entidad, por un monto que no debió facturar.

Para esto se debe recurrir a evidencias que ayuden a determinar cuánto debía haberse facturado. Esto, podría verificarse por medio de un documento de presentación de oferta.

Supongamos que en un contrato se pactó que el proveedor construiría un número de casas, a un costo unitario determinado, especificándose las características técnicas, por lo cual cada una tiene un costo acordado de 35 millones de guaraníes. Los deberes surgidos para cada una de las partes, como consecuencia del contrato, en el caso del ejemplo constituyen el Deber ser. Usualmente, con posterioridad a la firma del contrato, en el plazo establecido para el cumplimiento de la prestación, se verifica la obra, la existencia física de la casa, se cuantifica el valor con la presencia de un perito, que posee la pericia técnica para verificar las características técnicas de una casa.

Supongamos que el perito establece que la casa existe, está terminada, pero su valor es de 25 millones, basándose en algunos aspectos técnicos, los materiales, el terreno, la calidad del material utilizado (que no es aquel que fue acordado en el contrato), esto constituiría la Condición (lo que es el objeto auditado). Al comparar el Deber ser con la condición encontrada, surge una diferencia o desvío que sería un hallazgo.

El auditor observa que en el contrato se pactó el trabajo con ciertas características, por 35 millones, corrobora que se facturó ese monto y que se pagó al proveedor con un cheque.

De este modo lo que se espera es encontrar es aquello que constituye el producto del deber de una de las partes del contrato (el proveedor): una casa de la calidad establecida en las especificaciones y del costo acordado en el contrato firmado entre las partes.

Una vez identificado este hallazgo se debe definir si es o no reportable. Recapitulemos los hechos: se solicitó una evaluación porque se presume que hay una sobrefacturación. Entonces el auditor compara lo que debería haber encontrado con lo que encontró, lo cual surgió de ejecutar procedimientos de auditoría (en este ejemplo una verificación de un perito en construcciones) para obtener la evidencia cierta necesaria (informe del perito, contratos, facturas pagadas a proveedores, etc.), cuyas características expondremos más adelante.

Haciendo las comparaciones se descubre un desvío; el incumplimiento de un deber que surge de una norma o regla establecida, en el caso del ejemplo, por un acuerdo o contrato que, por imperio de la ley, debe ser cumplido. Ese desvío o incumplimiento constituye un hallazgo y usualmente los hallazgos son los que se reportan en los informes de auditoría.

Siguiendo con el análisis de algunos conceptos, es importante resaltar que no toda desviación detectada termina en un informe de auditoría; porque es fundamental que sea importante/significativa y que el auditor cuente con evidencias o pruebas suficientes para afirmar su realización.

Si el auditor sospecha que una persona sustrajo indebidamente bienes, pero no se cuenta con ningún elemento objetivo para probarlo no debe incluir sus sospechas en el informe. Los auditores sólo deben afirmar en el informe, aquello, que surge de la evaluación de las evidencias obtenidas y que, por ende, es susceptible de ser demostrado razonablemente.

En algunos casos, lo que el auditor verifica es si los hechos afirmados por el auditado, son ciertos o “razonablemente ciertos”. En estos casos, el criterio será lo afirmado y la condición serán los hechos o condición que surge de las evidencias.

Este tipo de auditorías, pretende ayudar a generar certeza o, al menos, confianza con respecto a afirmaciones realizadas por una o más personas, con respecto a ciertos contextos. Por ejemplo, su realidad patrimonial, económica y/o financiera.

Entonces, usualmente los auditores definen que cuando revisan el objeto auditado, que puede ser un estado contable, la gestión, la conducta de funcionarios, lo que está haciendo es verificar como auditor que lo que el auditado ha hecho o el producto de lo hecho por el auditado, como por ejemplo un balance de ejecución presupuestaria, o un informe de su gestión, es realmente cierto o, en términos propios de auditoría que veremos enseguida, es “razonablemente cierto”.

Cuando el auditado manifiesta tener disponibilidad en el banco de un millón de dólares, y así lo expone, por ejemplo, en un balance general o informe de fondos disponibles, que es el objeto auditado, está haciendo una afirmación explícita o implícita al respecto (por ejemplo que la entidad auditada tiene depositado ese banco un millón de dólares que son de su propiedad y los puede disponer libremente para pagar a sus proveedores). Los auditores, principalmente, los financieros saben que cuando se revisa una rendición de cuentas, lo que se valida es una declaración que la persona responsable de la rendición de cuentas ha hecho.

Si manifestó tener una suma de dinero o un grupo de deudas, un auditor evalúa a través de técnicas de auditoría, si esas afirmaciones que están en su rendición de cuentas, son o no ciertas.

De todas maneras, cuando se identifica una diferencia entre lo que dice el auditado o lo que informa su rendición de cuentas y lo que efectivamente encuentra o verifica el auditor al ejecutar un procedimiento de auditoría, entonces estamos ante un hallazgo.

1.4. Concepto de certeza razonable y materialidad o significancia

Existe un concepto a tener en cuenta al desarrollar el método de auditoría, el de la certeza razonable. Los auditores normalmente no dan certeza absoluta en las conclusiones que emiten. Uno de los motivos es que no revisa el cien por ciento de las transacciones o hechos del auditado.

Esto se debe a que el auditor, al no poder la mayoría de las veces, revisar la totalidad de evidencias y hechos del objeto auditado, aplica un método denominado “técnica de muestreo”, por el cual revisa una parte del total del objeto auditado, buscando revisar aquello que sea más relevante y susceptible de tener errores o desvíos, apuntando a establecer una “muestra a revisar” que refleje, lo más razonablemente posible, el todo. Las técnicas de muestreo se basan en los criterios definidos en la matemática estadística, la cual es una rama distinta a la contabilidad y a la auditoría.

De este modo, podemos identificar que, al momento de auditar existen dos conceptos rectores: (1) no revisar el cien por ciento salvo casos muy especiales, sino aplicar la técnica del muestreo, por lo tanto (2) lo que se concluye no puede aseverar con precisión o exactitud cualquier error o desvío que hubiera ocurrido en el objeto auditado.

La tarea del auditor es definir su forma de trabajar y su muestra, dado que para identificar cualquier desvío o error importante, debe recurrir a un concepto muy utilizado entre los auditores, el de materialidad o significancia

Por lo antes mencionado, el informe de un auditor usualmente no da una certeza absoluta sobre lo que encontró en el objeto auditado sino solo podría dar una certeza razonable, indicando, por ejemplo, que no existen desvíos MATERIALES o SIGNIFICATIVOS entre la condición encontrada en el objeto auditado y lo que esperaba haber encontrado o Deber ser.

Por tanto, la materialidad o significancia de una auditoría, puede ser entendida como el valor a partir del cual un desvío que pueda ser encontrado por un auditor en el objeto auditado, sea considerado importante y relevante y merezca ser mencionado por el auditor en su informe.

Por ejemplo si el objeto auditado es el saldo de USD 1.000.000 que el auditado dice tener a su libre disponibilidad en una cuenta bancaria, el auditor puede definir por ejemplo una

MATERIALIDAD de USD 10.000 y realizar sus procedimientos de auditoría apuntando solamente a identificar errores o desvíos iguales o superiores a USD 10.000, y no desvíos menores a ese monto que pudieran existir en el objeto auditado.

Por tanto, en este ejemplo, si el auditor al terminar su revisión encuentra un error o desvío de USD 15.000 (que indica que el saldo en la cuenta bancaria debería ser solo de USD 985.000 y no de USD 1.000.000), mencionará en su informe dicho hallazgo o desvío, porque el valor del mismo supera la MATERIALIDAD de USD 10.000 definida, y por tanto resulta relevante informar al destinatario del informe de auditoría, de la existencia de un desvío que debe conocer.

Si por el contrario, el auditor hubiera encontrado un desvío de USD 100, ello constituirá un hallazgo pero, como es menor a la MATERIALIDAD definida (USD 10.000), no sería necesario mencionarlo o reportarlo en el informe del auditor, por considerarse un desvío no material o no significativo.

En base a lo analizado, un auditor define sus procedimientos de auditorías apuntando a detectar solo desvíos MATERIALES o SIGNIFICATIVOS que pudieran existir en el objeto auditado (con lo cual su muestra a revisar se focaliza en aquellos hechos que sean materiales y no en todos los hechos del objeto auditado).

1.5. Aproximación al concepto de auditoría forense

Una auditoría forense se inicia cuando surge un indicio de la posible existencia de algún hecho ilícito.

La información de la posible realización del ilícito, puede surgir de cualquier fuente: denuncia de terceros, denuncia de funcionarios de una entidad, información de prensa, de informes de auditoría, etc.

Lo ideal es que una auditoría forense tome un hallazgo de cualquier otra auditoría y lo analice. Por ejemplo, tomar un indicio o parte de lo que está resolviendo el auditor financiero o un auditor de obra, que establezca que hay un posible perjuicio patrimonial. En ese momento comenzaría la labor de una auditoría forense.

Uno de los principales insumos del auditor forense son los resultados de los informes de las auditorías de otros tipos.

Si el hallazgo realizado en el marco de una auditoría contable, financiera, de gestión, etc. indica que una o más personas podrían haber realizado un ilícito, se procedería al inicio de una auditoría forense, centrado en los indicios hallados y en las hipótesis de ilícitos surgidas.

1.6. El rol del auditor forense

El auditor forense es el técnico que lleva adelante una auditoría forense.

Por ende, es la persona que, luego de detectar indicios de conductas ilícitas de una o más personas, procede a verificar si existen evidencias suficientes de la realización de la conducta (violatoria de una norma jurídica) que se sospecha realizada.

El aporte del auditor forense está en aclarar hechos que podrían ser ilícitos.

Por ejemplo, el auditor esté en condiciones de sustentar con evidencias y de manera razonable que una persona, en una fecha y hora específica, tomó un equipo de su oficina y se lo llevó. Como el criterio en la auditoría forense, son las normas jurídicas, cuya violación se constituye en “ilícitos”, el auditor forense debe tener nociones de aquellas normas que constituyen los criterios de su trabajo.

Si se trata de una auditoría forense, cuyo objeto es la verificación de la realización de hechos punibles contra el patrimonio, el auditor forense debe tener nociones de los conceptos que hacen a las figuras que se incluyen en dicha categoría.

En ese caso, debe tener en claro el concepto jurídico penal del término “patrimonio”, así como de lo que se entiende por “perjuicio patrimonial”.

Determinada la realización de un perjuicio patrimonial, el auditor forense deberá intentar determinar cómo se causó el perjuicio y quienes participaron en los hechos que lo generaron. También será relevante determinar quién o quiénes tenían conocimiento de la situación que desembocó en el perjuicio y quién o quiénes tenían el deber de evitarlo.

La determinación de cómo se generó el perjuicio patrimonial, resultará relevante para verificar si se habría realizado un hecho punible contra el patrimonio o no.

El auditor forense no es la persona encargada de afirmar que se ha realizado Estafa o Lesión de confianza o tal o cual hecho punible en concreto. En el caso de ilícitos penales, el auditor forense solamente debe verificar si existen evidencias suficientes para sostener que los hechos reconstruidos por medio de las evidencias, por sus características, indican que podría haberse

realizado un hecho punible. Será la instancia judicial, que podría iniciarse con la denuncia presentada con base en un informe de auditoría forense, la que determinará se cuenta con evidencias suficientes para afirmar que existe un hecho punible.

Antes de empezar a revisar la definición de auditoría forense, realizaremos un repaso de lo que implica el proceso de otros tipos de auditoría, para luego ver que ese proceso es el mismo en la auditoría forense.

1.7. Etapas de la auditoría

Toda auditoría tiene tres grandes etapas: planificar, ejecutar y evaluar los resultados, de modo a determinar aquello que se va mencionar en el informe.

La planificación tiene por objetivo optimizar los recursos, al momento de la ejecución de la auditoría. Para el efecto, el auditor debe precisar el objeto de su auditoría, identificar claramente los criterios con respecto a los cuales comparará a las condiciones o hechos. Además, debe identificar aquellas evidencias relevantes para el conocimiento de los hechos o condiciones que serán comparados con los criterios y, una vez identificadas, debe determinar la manera de acceder a ellas.

En la planificación, el auditor también debe definir cuáles son los riesgos de error de control y los riesgos de detección y focalizar los procedimientos de auditoría en aquellas áreas o zonas donde pueda haber mayor riesgo de error.

La ejecución es llevar a cabo lo planificado para tareas de auditoría, que puede incluir la entrevista, la indagación y la visita in situ.

Estos típicos procedimientos de auditoría permiten obtener evidencias o elementos de juicio, para comparar o contrastar lo que se encontró (condición o hechos) con lo que debería haberse observado o encontrado de haberse cumplido con los criterios, y en base a eso poder determinar si hay un desvío o un hallazgo.

Los desvíos o hallazgos se evalúan y se dan a conocer en el informe de auditoría, siempre y cuando sean relevantes o superen lo que el auditor definió como importante o materialidad. Eso es lo que habitualmente se hace en cualquier tipo de auditoría.

Los auditores deben seguir un procedimiento, un conjunto de pasos que es el método, o esquema de trabajo que ya está escrito, y se conoce como normas de auditoría.

Usualmente éstas se manifiestan en las normas internacionales de auditoría y en la normas de auditoría del sector público.

En Paraguay los auditores gubernamentales deben regirse por las normas contenidas en el Manual de Auditoría Gubernamental, como herramienta de trabajo (el cual establece las pautas de cómo un auditor gubernamental debería hacer su trabajo de auditoría).

1.8. Auditoría gubernamental

Es el proceso sistemático, técnico y profesional que mide y evalúa la gestión pública, sus operaciones financieras y/o administrativas, efectuado con posterioridad a su ejecución en las instituciones del sector público, acumulando y evaluando objetivamente las evidencias obtenidas para establecer e informar sobre el grado de correspondencia entre la información examinada y los criterios establecidos, con el fin de prevenir, detectar, corregir y mejorar sus actuaciones y resultados, en resguardo de los intereses del Estado y para beneficios de la ciudadanía.

Entonces, a partir de esto se afirma que el auditor no forma parte del proceso, porque no puede revisar algo que él mismo hizo. Su actuación debe ser posterior a la realización de los hechos que serán objeto de auditoría.

También se mencionan dos conceptos presentados anteriormente, y que son básicos componentes básicos de todo tipo de auditoría: información examinada y criterios establecidos, es decir, el Deber ser y su comparación con lo que es. Si hay correspondencia, el informe no va a mencionar los hallazgos relevantes, si hay diferencia entre el Deber ser y lo que se halló y esta es significativa es un hallazgo reportable.

La auditoría gubernamental describe varios tipos de auditoría y define a un auditor interno institucional, como un fiscalizador interno de las entidades públicas que puede realizar algunos de los tipos de auditoría que están definidos en el manual. El Manual establece los lineamientos para ejecutar cada uno de estos tipos de auditoría.

1.8.1. Tipos de auditoría

El Manual de auditoría gubernamental prevé los siguientes tipos de auditoría:

- a. Auditoría integral, examen de la gestión integral de una entidad, abarcando su información financiera, gestión, cumplimiento de normas, eficiencia y eficacia, etc.

- b. Auditoría financiera: examen de sus estados financieros y de ejecución presupuestaria.
- c. Auditoría de gestión
- d. Auditoría de cumplimiento de normas, políticas y procedimientos
- e. Auditoría especial
- f. Auditorías especializadas, el examen de aspectos puntuales de la gestión de una entidad pública en la que se requeriría el apoyo de un especialista, tales como auditoría informática, ambiental, obras públicas, etc.

Las auditorías especiales son aquellas que no encajan en alguna de las definiciones precedentes y tienen una finalidad particular especial, definida por alguien específico en un caso puntual. Puede ser una prioridad, un tema de riesgo, una denuncia, etc.

Las auditorías especializadas son aquellas que abarcan cuestiones que escapan al conocimiento técnico del típico auditor contable, y por lo tanto involucran el trabajo de especialistas; allí tenemos auditorías ambientales, de obras públicas o de bienes patrimoniales, por ejemplo.

Por otro lado, el manual de auditoría gubernamental no menciona el concepto de auditoría forense, pero desde el punto de vista conceptual encaja dentro de lo que enuncia como “auditoría especializada” que, incluso, puede nutrirse de los elementos de reportes, hallazgos o indicios que puedan surgir de los informes de otro tipo de auditoría.

De todas maneras, esta clasificación es meramente conceptual porque lo que hace el manual de auditoría gubernamental es definir lineamientos, modelos de reportes y modelos de procedimientos, para cada uno de estos tipos de auditoría.

Entonces, el auditor tiene una herramienta de ayuda en el manual. Si requiere hacer una auditoría de obras públicas, no siendo arquitecto, seguirá el proceso de auditoría y solicitará el apoyo de un arquitecto, de un tasador y/o de un perito para realizar trabajo, pero está definido un procedimiento mínimo que ayuda a los auditores gubernamentales a saber cuál es su trabajo, desde la perspectiva de la auditoría.

La auditoría especializada está prevista para trabajos puntuales, que sigan este método: evaluar el deber y contrastar con la realidad que encontró.

1.8.2. Diferencias entre la auditoría especial y la especializada.

En la auditoría especial, probablemente la tarea la pueda hacer el típico auditor con formación contable, sin la presencia de un especialista en muchos casos, sin embargo la especializada es para trabajos en que el auditor tiene que, contar la mayoría de las veces con el apoyo de un especialista competente, porque no tiene la pericia necesaria para evaluar el Deber ser o lo que encuentra.

Necesita la participación de especialistas que pueden ser tributarios, jurídicos, ambientales, informáticos, etc.

También se resalta que esta clasificación es funcional. Su único objetivo, más allá de que podamos discutir si este tipo de auditoría está más cerca o más lejos de esta o de otra, lo principal es que el manual de auditoría gubernamental las ha ordenado o clasificado de esta manera, a los efectos de presentar las ayudas para su ejecución (procedimientos a realizar, modelos de informes, etc.).

1.8.3. Normas de auditoría gubernamental

A modo de repaso, expondremos rápidamente los grandes elementos para la realización de los trabajos que establece el manual de auditoría gubernamental (conocidas como normas de auditoría gubernamental), porque esos elementos orientan cualquier tipo de trabajo de auditoría y también orientan la forma de ejecutar la auditoría forense con las características particulares que tiene.

En las normas de auditoría se cuenta con un postulado básico que señala ciertos conceptos como el muestreo, la materialidad o la obligación de rendir cuentas, en las cuales el auditor no es el responsable; lo que hace es evaluar la rendición de cuentas hecha por el auditado.

Las entidades deben tener el sistema de control interno adecuado, porque el trabajo del auditor se basa en evaluar esto; un auditor hará más o menos el trabajo de auditoría en la medida en que los controles de aquello que va auditar sean buenos o malos.

Las normas generales hablan de las cualidades que debe reunir un auditor, y esto aplica a cualquier auditoría sin importar el tipo. Debe tener entrenamiento técnico y capacidad profesional para ejecutar el trabajo, independencia profesional respecto a lo auditado, cuidado y esmero profesional en el ejercicio de su trabajo y confidencialidad con respecto a la información a la que accede al auditar.

Por otro lado están las normas relativas al trabajo, las cuales están ordenadas en las tres etapas de la auditoría que ya citamos: planificación, ejecución y conclusión.

Recapitulando, el modelo de auditoría gubernamental establece que todo proceso de auditoría tiene las tres etapas: planeación, ejecución e informe. El proceso de planeación de la auditoría interna institucional incluye: (1) hacer un plan anual de trabajo en auditoría para todo el año y después (2) hacer toda una etapa de seguimiento y evaluación de los hallazgos de auditoría del año. Estas se condicen con los conceptos que orientan el Modelo Estándar de Control Interno del Paraguay, reconocido por sus siglas como MECIP, que constituyen las guías que los Administradores de una entidad pública pueden seguir para establecer sistemas de control interno eficaces en su entidad.

1.8.3.1 Participación de profesionales especialistas

Las normas internacionales de auditoría y las normas gubernamentales establecen que cuando un auditor no tiene la pericia técnica suficiente para realizar parte de la auditoría, necesita el apoyo de un especialista, sea un abogado, un médico o un tasador, dependiendo de cuál es el objeto que quiera auditar y qué criterio necesita que el especialista le ayude a dilucidar.

También se mencionó la importancia de los especialistas dentro de las normas relativas a la ejecución; uno de los objetivos de la auditoría gubernamental es que el auditor pueda evaluar el grado de cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias.

Finalmente, la norma de auditoría gubernamental prevé que el auditor utilice el apoyo de especialistas en las áreas en que no tiene el conocimiento o la pericia técnica suficiente. Esto se complementa perfectamente con el concepto de auditoría forense.

1.8.3.2 Características que debe tener una evidencia

En cuanto a las normas de ejecución, las normas de auditoría gubernamental establecen que el auditor, cuando ejecuta un procedimiento sobre los hechos que está evaluando, revisados a la luz de un criterio, debe obtener evidencias de auditoría que tengan tres características: suficiencia, competencia y relevancia.

Si el auditor obtiene una evidencia pero no reúne estas tres cualidades, no podrá sustentar su hallazgo, por lo tanto no debería incluirlo en su informe. Entonces esas evidencias quedan documentadas o plasmadas en los llamados papeles de trabajo del auditor. Lo que está en los papeles de trabajo es lo que sustenta el trabajo de auditoría o la conclusión en el informe.

En la auditoría forense también se espera que un auditor provea las evidencias, suficientes, competentes y relevantes, de modo a sustentar razonablemente una conclusión de qué ocurrió y cómo ocurrió aquello que estaría violando normas jurídicas administrativas o penales.

La norma de auditoría gubernamental define en este capítulo cuáles son las tres características o cualidades que debe reunir toda evidencia que obtiene cualquier auditor gubernamental en Paraguay: suficiencia, competencia y relevancia.

Suficiencia: si la evidencia es objetiva y convincente, y con ella basta para sustentar los hallazgos, conclusiones y recomendaciones del auditor es suficiente. Es decir, si un tercero llega a la misma conclusión que el auditor, revisando la misma información que él auditor, quiere decir que es una evidencia suficiente. Aun sin haber hecho las mismas conclusiones, si estas son correctas.

Competencia, por su parte, implica que debe ser válida y confiable. En algunos casos las evidencias son suficientes, pero al no ser competentes no permiten sustentar un hallazgo o conclusión el auditor.

Relevancia. El auditor puede obtener mucha evidencia pero no todas las evidencias van a sustentar una conclusión o un hallazgo. Para un hallazgo puede contarse con 10 evidencias, pero se debe atender que las 10 sean relevantes para probar el hallazgo, pero a veces con que se tenga una evidencia relevante que permite sustentar la conclusión, es suficiente.

Esto aplica además al concepto de eficiencia de la auditoría; obviamente es mejor si se cuenta con 10 elementos que sustenten una conclusión o un hallazgo, pero a veces una, por sus características, ya es suficiente a los efectos de su reportabilidad o no.

A veces también los auditores tienen por costumbre la pretensión de revisar todo, haciendo mucho más trabajo del que realmente se necesita, volviéndose menos eficientes. Probablemente con una evidencia ya se tenía la prueba suficiente para sustentar un hallazgo, sin embargo se sigue invirtiendo tiempo y recursos en revisar otras cuestiones, que pueden no aportar algo diferente, por lo tanto no cambian el hallazgo reportado.

Entonces, la norma de auditoría gubernamental establece la relevancia; no porque mayor sea la cantidad de evidencias será un hallazgo más fuerte, porque el auditor puede encontrar muchos hallazgos o desvíos, pero tampoco puede hacer un seguimiento detenido de todos, entonces prioriza aquellos que son más relevantes.

PARTE 2

2. Ejecución y comunicación de resultados de la auditoría

Cuando los auditores precisan obtener evidencias sobre los hechos de la auditoría que permitan, posteriormente, comparar con el Deber ser para identificar desvíos o hallazgos, ejecutan los llamados procedimientos de auditoría.

Los procedimientos de auditoría son las tareas definidas por el auditor con el objetivo de obtener evidencias, que, a su vez, se entienden como todo elemento que obtiene un auditor, de distintas fuentes y formas, y que le permiten corroborar o no el hecho a la luz del criterio.

La evidencia se obtiene aplicando los procedimientos de auditoría; que, en la norma de auditoría gubernamental, son denominados, en una sección específica del manual: Técnicas y Herramientas de Auditoría. Estas técnicas permiten al auditor obtener la evidencia y buscar que la misma cumpla con las tres cualidades fundamentales: suficiencia, competencia y relevancia.

2.1. Herramientas y técnicas de auditoría

A continuación se describen algunas de las técnicas o procedimientos de auditoría:

- a. Indagación
- b. Entrevista
- c. Análisis
- d. Conciliación
- e. Confirmación de saldos
- f. Observación
- g. Técnica documental

Las técnicas que utiliza un auditor, en general, pueden ser resumidas en estas siete, si bien no son las únicas. Algunas pueden tener denominaciones diferentes en las distintas bibliografías.

El auditor usa, por ejemplo, técnicas de indagación, es decir, de preguntas. La indagación a veces se combina con la observación, y cuando se hace una observación, se aprovecha para indagar, es decir, preguntar.

En una entrevista también se combinan la técnica de observación, usando los sentidos. Pero básicamente lo que permite la indagación es obtener evidencia verbal de las personas con las que se interactúa y que están relacionadas con el objeto auditado.

Lo que pretende la entrevista es obtener el mayor éxito y sacar el mayor provecho a las indagaciones. Es una técnica que implica planificar las preguntas de forma previa a la a la información que se recabe, y permite orientar las preguntas vía indagación, vía preguntas referentes a las cuestiones que interesan. Las indagaciones, entrevistas, análisis y la conciliación, básicamente son técnicas más utilizadas en las auditorías financieras.

El análisis implica, por ejemplo, revisar una cuenta contable; lo cual consiste en acceder a un libro mayor, un diario, extraer documentos, seleccionar la conciliación.

La conciliación consiste en controles propios de las áreas financieras contables. Por ejemplo, un control operativo propio del área financiera es comparar el saldo que se dice tener depositado en un banco con lo que el extracto de cuenta de dicho banco indica que el auditado tiene en dicho banco. Esto permite identificar diferencias que pudieran haber entre lo que la entidad dice tener y lo que el banco dice que la misma tiene y verificar, por ejemplo, si todo lo depositado en esa cuenta fue reconocido por el banco en el estado de cuenta, o si todo lo pagado con cheques ya fue descontado del saldo en el banco, lo cual a su vez permite hacer seguimientos de diferencias que puedan ser indicios de errores o de desvíos.

La confirmación de saldos tiene un alto grado de competencia y suficiencia, pero en ocasiones es difícil de obtener. La confirmación se da cuando el auditor solicita directamente a un tercero involucrado en la transacción que se evalúa, que confirme las características de esa transacción. Por ejemplo si el monto que el tercero confirma como adeudado al auditado coincide con lo que el auditado tiene registrado como deuda a cobrar de dicho tercero, se tendría una evidencia muy objetiva de dicha deuda, porque el propio tercero relacionado con lo auditado está dando un retorno sobre ello.

En estos casos, los auditores usualmente combinan las técnicas para obtener evidencias y reforzar aquellas que no dan la suficiente competencia o relevancia que se necesita.

2.2. Técnicas según las Normas de Auditoría Gubernamental del Paraguay

a. Indagación

- Técnica verbal
- Técnica escrita

b. Observación

- Técnica ocular

c. Inspección

- Inspección física

d. Documentación

- Técnica documental

e. Muestreo

f. Técnicas de auditoría asistida por computador (TAAC)

Esta es la división básica, en que se mezclan las técnicas con los tipos de evidencias que derivan de cada técnica.. Lo que se menciona como subparte de una evidencia son las formas o técnicas que permiten obtenerlas. Por ejemplo, la forma de obtener la evidencia de observación es a través de la técnica ocular.

La inspección física implica hacer una visita “in situ”, un arqueo, un recuento físico, mediante la visita a la institución.

La técnica documental es, básicamente, la revisión de los documentos que respaldan el hecho, la transacción u operación que se está evaluando.

La norma de auditoría gubernamental establece una línea, que en la práctica el auditor muchas veces las aplica por muestreo.

Un auditor usualmente no cuenta con los recursos suficientes para revisar el cien por ciento de los objetos de su auditoría. Incluso, podría considerarse ineficiente y hasta costoso que lo haga, teniendo en cuenta que lo que encuentre, a veces, puede resultar en algo no relevante.

Por ello, cuando el auditor aplica estas técnicas para obtener evidencia, debe poner en práctica el muestreo. Esta recomendación está incluida en las normas de auditoría gubernamental, con la especificación de que se puede aplicar siempre y cuando se documenten adecuadamente los criterios del muestreo, y que queden claramente definidos en los papeles de trabajo.

2.3. Cómo se deben comunicar los hallazgos

Algo a tener en cuenta siempre es la manera de comunicar los hallazgos en el informe. Es muy común que los auditores escriban sus informes con terminología muy técnica, asumiendo que quienes los leerán, conocen los términos contables o están al tanto de que, por ejemplo, cuando se establece algo como razonable, es solo en base a una revisión parcial, por lo tanto no es preciso.

Cuando en el informe se aplican técnicas de muestreo, es porque el auditor estableció criterios profesionales. Entonces, sólo se revisa lo relevante, no la totalidad de hechos del objeto

auditado, motivo por el cual, como analizamos anteriormente el trabajo, el informe del auditor apunta solo a identificar hallazgos o desvíos relevantes y no todos los desvíos o errores que podrían haber en el objeto auditado.

En ocasiones, los auditores utilizan términos muy técnicos y el usuario común que lee el informe asume que las declaraciones están bien y que el auditor certifica que no hay ningún error, lo que aumenta el riesgo profesional del auditor.

A veces, también existe la creencia de que, en el sector gubernamental, el auditor debe revisar el cien por ciento de los hechos del objeto auditado. Esto, principalmente entre los usuarios comunes no técnicos, quienes a veces pueden aplicar las normas de auditoría gubernamental en su trabajo (las que disponen la aplicación del muestreo) le brindan un soporte y blindaje técnico ante aquellos usuarios de su informe que presumen que el auditor revisó el 100% de lo ocurrido en el auditado.

También existen técnicas de auditoría asistidas por computador. Ante una gran cantidad de elementos el auditor a veces tiene un volumen tan alto de transacciones o hechos que ocurren en el objeto auditado, que en ciertas operaciones del sector público o privado, ya no tiene la posibilidad de revisar con mucho detenimiento los papeles, documentos o legajos, aunque sea una muestra. A veces necesita cubrir una muestra mayor, pero ya no con trabajos manuales, sino utilizando técnicas de auditoría computarizadas.

De hecho, hoy en día, las entidades, por el volumen de operaciones que tienen, utilizan técnicas computarizadas para procesar, registrar y emitir reportes. En estos casos, el auditor, debe evaluar el manual de funciones y procedimientos de control informático, así como la capacidad de las personas que están a cargo de la función informática, y, además, contar con la colaboración de un especialista que evalúe si el sistema informático del cual fluyen los datos que se utilizan como evidencias o elementos, es confiable o no.

Cada día es más necesario que los auditores, no sólo los financieros, sino también los de gestión, corroboren el grado de falencias que puedan tener los sistemas informáticos al evaluar controles internos.

La norma de auditoría gubernamental reconoce que un auditor moderno depende en gran medida del sistema informático y que debe usar técnicas computarizadas para hacer su tarea. Esto no significa que el auditor contable tenga que ser analista de sistemas, simplemente convocará a un especialista informático que le ayude a evaluar ese componente, el sistema que le interesa.

2.4. El hallazgo

Las normas de auditoría gubernamental también definen lo que es un hallazgo. El hallazgo es el elemento que, eventualmente, el auditor decide reportar o no en su informe. Hallazgo es un hecho suficientemente importante que se debe resaltar y comunicar dentro del proceso de auditoría. Es un hecho que surge de comparar lo que se encontró con lo que se esperaba encontrar, según los criterios.

Entonces, primero se debe evaluar lo que se encontró y comparar con lo que se debería haber encontrado. Si hay diferencias quiere decir que hay posibilidades de que exista un hallazgo. Si lo que se encuentra es aquello que debía ser, no hay hallazgo, no se incluye en el informe. En ese caso, simplemente se pasa a evaluar otro procedimiento buscando otros hallazgos.

Cuando se trata de identificar niveles de autoridad y responsabilidad, es decir, quién lo hizo o qué responsabilidad tenía la persona, no se busca definir quién fue el culpable sino tener en claro quien realizó la acción o como ello repercutió en el hecho; hasta ese momento no se está afirmando que hay un hallazgo y un indicio, se está informando que hay un desvío. Por otro lado, se pueden definir otros aspectos como: quién generó ese desvío, quién tuvo que haberse dado cuenta, quién tuvo que haberlo reportado, quién tuvo que pedir el documento y no lo hizo, quién pagó sin que autorice el encargado de pago, etc..

Identificar el funcionario responsable, el supervisor que revisó pero no se percató, es simplemente un paso para entender mejor el hallazgo y no para tipificarlo como algún ilícito.

En un caso de ejemplo, un desvío puede ocurrir porque el procedimiento tuvo que haber pasado por el supervisor pero no fue así, por lo cual, éste no pudo darse cuenta del hecho, pero el funcionario igual hizo un pago, aún sin tener la aprobación de su supervisor. Bajo estas circunstancias, el auditor debe identificar la causa; pudo haber sido un procedimiento mal hecho intencionalmente o porque existe un vacío en el diseño de los sistemas internos de control.

Posteriormente, se trata de valorar si la ineficiencia es importante o no, si lo que se estableció como tarea obligatoria a reportar por el auditor supera la materialidad existente, si el monto es importante, entre otros. Entonces se define si el hecho es importante.

Existen otras circunstancias que inciden, como por ejemplo, si es un hecho recurrente o esporádico; si cada año, al hacer la revisión ocurre lo mismo probablemente aumentará la importancia de ese hecho, porque quiere decir que no se tomaron acciones correctivas. Eso va a determinar que el auditor le otorgue un énfasis diferente en el reporte, manifestando que ese

hecho es reiterativo. Hasta este punto el auditor puede estar convencido de que debe incluirlo como un hallazgo en el informe.

Si se diera este caso, se debe pasar por el filtro más importante, la definición de si se cuenta o no con suficiente evidencia de auditoría para demostrar ante un tercero que hubo un desvío. Si se llega a la conclusión de que la evidencia no reúne alguno de los tres requisitos: no es suficiente, competente ni relevante, no puede incluirse en el informe, pues el auditor no tendría forma de sostener su conclusión

De hacerlo se correría el riesgo profesional de afirmar un hallazgo que no tiene sustento, porque el auditor no tendría forma de demostrar en forma objetiva y fáctica que el hecho o el desvío ocurrió, en la forma en que se menciona en el informe.

A veces los auditores caen en el error de asumir que algo es obvio, que hay un faltante, aun sin tener un elemento contundente. Por ello se sugiere no incluir en el informe algo que no pueda sustentarse con la evidencia con que se cuenta en los papeles de trabajo.

2.5. Algunas consideraciones sobre la Auditoría Forense

Se puede afirmar que la auditoría forense es una auditoría especializada en detectar eventuales ilícitos o conductas que contrarían normas jurídicas y conllevan responsabilidades administrativas y/o penales.

La auditoría forense nació para detectar “fraudes”, pero, en la actualidad tiende cada día más a orientarse hacia la ayuda en la detección para prevención de fraudes. Se busca descubrir fraudes, pero también se busca que ese castigo sirva para tomar medidas correctivas para que, a futuro, no se repita.

Usualmente, la auditoría forense se inicia con denuncias o hallazgos de informes de auditorías internas o externas, o del análisis de riesgos que permitan identificar la existencia de riesgos no cubiertos por los controles, una debilidad o un área de mayor vulnerabilidad ante un fraude u otro ilícito.

Hoy en día las auditorías forenses que están operando, se basan principalmente en denuncias o en trabajos previos de auditoría.

Cabe señalar que, por ejemplo, la auditoría financiera o de gestión puede que haya abarcado la revisión de todos los contratos de compra directa que hizo la entidad durante el año y en algún

lugar se identifica un indicio que resulta un hallazgo, incluido en el informe de auditoría de gestión de ese proceso. Esa operación, ese contrato, es el que va a derivarse para la auditoría forense, de modo a ser evaluado a profundidad.

Esta es una manera de exponer el proceso operativo por el cual se inicia una auditoría forense, que trabaja sobre los puntos que otras auditorías no profundizan (por escapar a su objetivo puntual) o suponen indicios que requieren ser corroborados de forma más específica.

El auditor, en su informe, da seguridad o certeza razonable; pues sólo revisa lo importante para detectar puntos relevantes, no revisa el cien por ciento del contenido.

Se protege de este modo, porque eso es propio de las auditorías tradicionales. Al auditor financiero no se le puede solicitar, en todos los casos, la revisión del cien por ciento de las adjudicaciones de los últimos cinco años en una semana.

Por su parte el auditor forense se centra más en temas puntuales, pero, a diferencia de otros tipos de auditoría, puede analizar con mayor detenimiento los elementos, incluso el cien por ciento de los hechos o documentos relacionados al hecho que está siendo investigado. Esa es una diferencia importante.

El auditor tradicional usa el concepto de materialidad, muestreo, revisión selectiva, por lo que no da certeza absoluta. Pero, el auditor forense usualmente da un nivel de certeza mucho mayor en su informe, porque se concentra en hechos puntuales y revisa con mayor detenimiento todo elemento que hay alrededor de ese hecho, que fue identificado como posible indicio de ilícito.

Por esto, sería un grave error solicitar al auditor forense que haga una revisión del cien por ciento de las cosas para corroborar la existencia de un fraude en la empresa, porque no tiene recursos para ello. El auditor tradicional no puede hacer eso y el auditor forense debe focalizarse en algo puntual.

Usualmente el auditor forense y el auditor tradicional se basan en el concepto de seguridad razonable, presume la buena fe del auditado, pero manteniendo la objetividad y lo que los auditores llaman: escepticismo profesional.

El auditor forense tiene desarrollado un mayor escepticismo porque ya presume que hay un indicio, un error, un fraude o un ilícito. A lo que apunta es a probar si hay elementos que apunten esa conclusión. Puede llegar a la conclusión de que no hay tal hecho y plasmar eso en el informe, que dirá que no hay indicio para sostener la posible existencia de un ilícito.

El auditor forense puede trabajar no sólo en el sector público, también en las empresas del sector privado y en las grandes corporaciones que a nivel local hoy en día asignan dentro de su auditoría interna, un rol cada vez más importante a personas de su equipo que realicen investigaciones de posibles fraudes.

Imaginemos una entidad financiera que tiene grandes volúmenes de transacciones, o por ejemplo una telefónica, con más de tres millones de usuarios, con posible vulnerabilidad ante riesgos o errores. Probablemente estas empresas tengan como parte de su estructura a alguien que haga algo parecido a una auditoría forense.

Se puede decir que, en principio, son fiables los controles, la gente, el sistema informático, pero como refuerzo se cuenta con alguien que está monitoreando si hay indicios de fraude en el día a día.

En el sector público es mucho más obvia la necesidad de la auditoría forense, porque las entidades y las personas manejan fondos públicos, es decir, de la sociedad, a la cual le interesa que los recursos sean usados de manera eficiente, adecuada y sin corrupción.

Por lo tanto la sociedad tiene una expectativa mayor, respecto a los auditores del sector gubernamental, para que se indiquen si hay administradores que están mal utilizando los recursos que se generan con sus impuestos, con sus aportes.

ÍNDICE

PARTE 1

1. Introducción	39
2. ¿Qué es un hecho?.....	39
3. ¿Qué es una evidencia?.....	40
4. ¿Qué son los indicios?	41
5. Hechos humanos.....	43
6. Indicios y evidencias, fuertes y débiles.....	45
7. La ley de la función pública	51
8. Estudio de las evidencias	53

PARTE 2

8. Estudio de las evidencias(Continuación)	56
9. Procedimientos y diligencias	57
10. El debido proceso	60
11. Reporte y denuncia	62

LAS EVIDENCIAS, LOS HECHOS Y LOS INDICIOS

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Identificar los hechos, evidencias e indicios, que son elementos con los cuales se realiza la auditoría forense, y diferenciarlos entre sí.
- Identificar diferentes tipos de evidencias que sirven para demostrar la existencia de los hechos.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial de los profesores Roy Rodgers y Javier Contreras realizada el 20/03/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 2: LAS EVIDENCIAS, LOS HECHOS Y LOS INDICIOS

PARTE 1

1. Introducción

En esta unidad nos vamos a referir a las evidencias, los hechos y los indicios, que son los insumos fundamentales con los cuales trabaja un auditor forense. Al igual que cualquier auditor que realiza auditorías de otra naturaleza.

Es muy importante que tengamos en cuenta estos conceptos, porque muchas veces se los puede confundir y en realidad son los elementos básicos con los cuales trabaja un auditor forense. Con los hechos, indicios y evidencias se inicia el análisis para verificar si hay méritos para iniciar una auditoría forense.

Son también las evidencias las que un auditor forense colecta en el curso de la auditoría, a los efectos de esclarecer los hechos con el fin de confirmar o descartar las hipótesis generadas por los indicios.

Finalmente, en el informe conclusivo o final el auditor forense expone en forma ordenada y coherente, las evidencias colectadas, los hechos que habrían ocurrido y aquellas hipótesis surgidas de indicios que hubieran sido descartadas, así como aquellas que permanecieran vigentes. De esa manera, con esos insumos sumados a las normas, el auditor forense expone sus hallazgos, conclusiones y recomendaciones.

El informe final puede ser la mayor fortaleza de los auditores. Con la presentación del informe final, el auditor forense da un valor agregado a la institución a la cual presta servicios. Para realizar auditoría forense es fundamental tener en claro los conceptos de hechos, indicios y evidencias, y por eso vamos a dedicar esta unidad a su estudio.

2. ¿Qué es un hecho?

Hecho es algo que ha ocurrido, es un acontecimiento del presente o del pasado que es susceptible de ocupar un lugar en el tiempo y en el espacio, y que puede ser comprobado a través de evidencias. Hecho es aquello que puede ser demostrado, a través de las evidencias.

El hecho y la evidencia se encuentran sumamente ligados. La auditoría por naturaleza implica un control ex post, se ocupa del pasado. Como los hechos ya ocurrieron, ya “pasaron”, no existen hoy. Existieron antes, entonces solo podemos acceder a conocerlos a través de las evidencias.

Por ejemplo, hay eventos que ocurrieron hace tanto tiempo atrás cuando ni siquiera existían los seres humanos, como la existencia de los dinosaurios. ¿Cómo sabemos que existieron los dinosaurios y no los dragones? Porque hay pruebas de que los dinosaurios existieron. Hay evidencias que demuestran que este hecho es cierto.

¿Cuáles son las evidencias que demuestran que existieron los dinosaurios? Son las evidencias físicas, sumadas al conocimiento técnico, la experticia o pericia, que también es otro tipo de evidencia o prueba para conocer algo que ocurrió en el pasado.

Se trata de evidencias a las que se puede acceder en el presente que permiten conocer lo que ocurrió en el pasado.

Entonces la evidencia es un elemento objetivo que permite al ser humano, conocer hechos que ocurrieron en el pasado.

3. ¿Qué son las evidencias?

Las evidencias son elementos objetivos a través de los cuales nosotros podemos conocer porciones de hechos que ocurrieron en el pasado. Las evidencias sirven para “demostrar” hechos y, por ende, en el marco de los procesos administrativos y judiciales, también se les llama “pruebas”.

Entre los tipos de evidencias se encuentran las evidencias físicas, los documentos, los testimonios, los informes y las pericias.

Entre los documentos se encuentran aquellos que son escritos (instrumentos), así como otros que también registran información de manera fiable y que tienen un autor conocido o conocible, como por ejemplo una grabación o una filmación.

Todos los mencionados son medios a través los cuales podemos saber acerca de los hechos ocurridos en el pasado.

Las evidencias son fundamentales para un auditor porque éste siempre está verificando hechos que ocurrieron en el pasado. Entonces es muy importante tener en claro la diferencia entre lo que es un hecho y lo que es una evidencia.

4. ¿Qué son los indicios?

El indicio es un hecho que surge de una evidencia directa que indica la posible realización de otro hecho, que no se demuestra con evidencia directa.

Un poco de barro en el piso, con la forma de la suela de un zapato deportivo de una marca determinada es un indicio de que una persona estuvo en el lugar.

La existencia de barro en el piso, con forma de suela de zapato es un hecho. Es decir, es un hecho que en el piso hay barro con forma de suela de un calzado deportivo de una marca determinada. A ese tipo de hechos, se suele denominar “huella”. Entre sus acepciones, la “huella” es sinónimo de “pista” y de “indicio”.

Ese hecho, es una pista, es un indicador de que una persona estuvo allí.

Imaginemos que hemos entrado a una habitación y nos encontramos con el hecho de que hay un poco de barro en el piso, con la forma de la suela de un calzado. Inmediatamente pensaremos que una persona ha estado en la habitación unas horas atrás. No hemos visto a la persona, nadie nos dijo que allí estuvo una persona, no hemos visto una filmación de su ingreso o salida, pero podemos imaginar, con base en el hecho a cuyo conocimiento accedimos, sumado a nuestra experiencia de vida, que es probable que una persona estuvo en ese lugar, algún tiempo atrás. Tenemos entonces un hecho que es un indicio de otro hecho. Tenemos el indicio de que alguien con un calzado deportivo estuvo en ese lugar hace un tiempo no necesariamente largo.

Imaginemos que hallamos el indicio en un lugar abierto en el cual sopla el viento y que eso mueve la arena y que, sin embargo, la huella está ahí, bastante clara. Supongamos que sabemos que a la noche, por lo general en ese lugar el viento suele ser tan fuerte que mueve la arena y que, por ende, borra las huellas. Siendo eso así y considerando que la huella está aún bastante clara, eso nos puede indicar que la huella es reciente y que probablemente la persona que dejó la huella estuvo en el lugar desde esta mañana en adelante.

Tenemos así más información que no surge del hecho que hayamos visto a una persona que estuvo ahí, sino de la huella que encontramos en el lugar. Es un indicio que nos indica otro hecho probable.

Ahora imaginemos que sabemos con certeza que cierta persona tiene ese mismo calzado deportivo, y que un vecino del lugar nos dice que vio a esa misma persona, esta mañana, a dos cuadras del lugar en cuestión, vestido con ropa deportiva, cuando estaba tomando un taxi.

Ahí tenemos una evidencia (un testimonio) que nos revela otro hecho (una persona a quien conocemos, a la que llamaremos “Pedro” y de la que sabemos que suele utilizar calzados deportivos de una determinada marca que coincide con aquella plasmada en la tierra que encontramos, estuvo a dos cuadras de ese lugar, esta mañana, vestido con ropa deportiva).

Hasta ahora, no contamos con evidencia directa que nos indique que “Pedro” estuvo en el lugar en el que encontramos la huella, pero contamos con evidencia que nos revela hechos que nos “indican” (indicios) que Pedro pudo haber estado en el lugar, esta mañana y que fue él quien dejó la huella de su calzado en el lugar.

¿Ese hecho es seguro, posible o probable? Es posible por ahora, y hasta podríamos decir que es probable.

Si se tratara de un hecho que nos interesara, podríamos continuar buscando nuevas evidencias, a los efectos de conocer otros hechos que permitan esclarecer aquello que pretendo confirmar o descartar. En este caso, la hipótesis de que Pedro estuvo en ese lugar, esta mañana.

Entonces, un hecho puede indicar la posibilidad, la probabilidad o la certeza de que otro hecho ha ocurrido. El hecho que lo indica se denomina “indicio” y el indicio se diferencia del hecho indicado o de la hipótesis en que el indicio es demostrado a través de una evidencia directa, en tanto que el hecho indicado o la hipótesis surge del indicio, como posible, probable o cierto, de la interpretación del hecho conocido sumado a las reglas de la experiencia.

Todo el tiempo, las personas adquieren conocimiento de hechos, a través de indicios. Por ejemplo, las conclusiones con respecto a los hechos internos de las personas (conciencia y voluntad) de realizar un hecho contrario a una ley, se infiere de hechos que son indicadores de su ánimo. Ejemplo: La persona sabía que aprobar un crédito en las circunstancias en que lo hizo, ponía en excesivo riesgo a la empresa, ya que existen actas que demuestran que, en diez ocasiones anteriores, el mismo se había opuesto al otorgamiento de créditos, en similares condiciones, argumentando el inaceptable riesgo de hacerlo.

En el caso del ejemplo, podemos concluir que la persona tenía conocimiento de que el crédito que aprobó puso en un riesgo inadmisibles a su empresa, no porque haya un testigo que nos relate lo que pensó al momento de aprobar el crédito, sino porque tenemos evidencias (actas e

informes) que nos permitieron saber que, en otras ocasiones, ante circunstancias similares, la persona manifestó conocer los riesgos y que los mismos resultaban inadmisibles.

Ello nos permite concluir, con base en esos hechos conocidos sumados a las reglas de la experiencia que, al momento de aprobar este crédito, tenía conciencia del riesgo a que expuso a la empresa.

5. Hechos humanos

Vamos a hablar ahora de una clasificación de los hechos en hechos no-humanos y en hechos humanos (conductas).

En principio, a la auditoría le interesan los hechos humanos.

¿Por qué decimos que le interesan los hechos humanos a la auditoría? Sabemos que la auditoría busca evidencias para conocer hechos ocurridos en el pasado.

Ahora bien, los hechos ocurridos en el pasado son infinitos. Por ende, los hechos que interesan al auditor forense se encuentran definidos y limitados por los “criterios”.

En el marco de una auditoría el criterio es la norma.

La norma es la regla que regula las conductas humanas. La norma establece aquello que las personas deben hacer, pueden hacer ó deben abstenerse de hacer.

El auditor busca evidencia para reconstruir hechos y verificar si se cumplieron o no con las normas.

En el caso de los auditores contables, los mismos buscan verificar si los registros contables han sido asentados conforme a lo que corresponde.

Ahora bien, la contabilidad no aparece por generación espontánea, sino que es elaborada por alguien. Entonces, lo que estarán analizando los auditores contables es si ese alguien o las personas que realizaron la contabilidad han adecuado sus conductas a las normas técnicas en la materia, para realizar ese producto que es la contabilidad.

El registro contable será una evidencia para tomar conocimientos de hechos que son indicios de lo que han hecho o no han hecho una o más personas con respecto a las normas que

rigen sus conductas para registrar hechos que son susceptibles de ser aceptados en un registro contable, y reflejar razonablemente una realidad patrimonial y/o financiera, de una entidad, de una persona.

En caso de que un auditor contable concluya que la contabilidad no refleja razonablemente el estado patrimonial de la entidad, está afirmando, en forma indirecta, que una o más personas han incumplido normas técnicas de contabilidad.

El auditor verifica, de manera directa o indirecta, si una o más personas con su conducta se han adecuado a lo que dispone la norma.

En el caso de la auditoría forense, los criterios cuya realización verifica, son las normas jurídicas. Es decir, aquellas que regulan las conductas humanas en interferencia intersubjetiva.

Por ende, los hechos relevantes para la auditoría forense, son los hechos humanos o conductas. Aquellos que pretende reconstruir, por medio de las evidencias, son aquellos que permitan conocer si una o más personas han adecuado sus conductas a los deberes y facultades que les han sido establecidos, por determinadas normas jurídicas.

El auditor forense verifica si una o más personas cometieron un ilícito. Es decir, si violaron o no sus deberes de conducta.

El auditor forense va directamente a contrastar o a buscar la conducta de las personas en forma directa para verificar quien o quienes han sido los que han violado una norma con su conducta. Esto es muy importante porque muchas veces el auditor contable o el auditor de gestión detectan hechos que son indiciarios de que una o más personas han violado normas pero eventualmente su informe concluye en ese estadio. La contabilidad puede no reflejar razonablemente la realidad económica o patrimonial de la persona, porque el documento que justifica la adquisición de algún bien no está anotado en el registro público, no refleja la verdad. Eso indica que las personas pudieron violar normas.

Pero la finalidad de la auditoría contable no es verificar quien o quienes han violado las normas sino concluir si la contabilidad refleja o no razonablemente la realidad patrimonial de una persona y hacer sugerencias de lo que debe ser ajustado. La auditoría forense es el eslabón siguiente, a partir de esa información busca verificar quien o quienes de las personas participaron para que la contabilidad haya sido hecha de esa manera violando alguna norma, ya sea propia de su función o de rango penal, y en ese caso se ha cometido un ilícito administrativo o un ilícito penal. Por eso es importante tener en claro estos conceptos de hechos, evidencia e indicios.

6. Indicios y evidencias, fuertes y débiles

Indicio es un hecho que surge de una evidencia directa, que indica la existencia de otro hecho que no ha surgido de evidencia directa. Esta indicación puede ser en grado de posible, de probable y hasta de casi cierto, dependiendo de la fortaleza del indicio.

Cuanto mayor cantidad de indicios apunten en una dirección fáctica, mayor probabilidad tenemos de que sea cierto el hecho apuntado por los indicios, es decir, de que haya ocurrido en realidad.

Como en el ejemplo anterior en que se tenía la sospecha de que un sujeto estuvo en el lugar de un ilícito, en un rango de tiempo entre la mañana y la siesta, porque encontramos una huella, porque alguien vio al sujeto tomando un taxi a esa hora, o a una hora cercana a ese rango de tiempo, y porque tenemos la factura de que el sospechoso compró un calzado deportivo que es exactamente similar a aquel que dejó una huella en ese lugar y en ese tiempo.

Esa suma de hechos indica la posibilidad de que el sujeto haya estado ahí. Si además de eso, encontramos la cédula identidad del mismo a diez metros del lugar en cuestión, vamos sumando indicios, que van apuntando cada vez con un grado mayormente cercano a la certeza de que un hecho del cual no tenemos evidencia directa, ocurrió.

Veamos otro ejemplo:

José le contó a Pedro que escuchó a Juan hablando en inglés, ayer.

¿Cuál es el hecho que surge de esta oración? El hecho es que Juan habló en inglés, ayer. ¿Y quién dice eso? Lo ha dicho José.

José en este caso, es un “testigo”. Es “testigo” del hecho que Juan habló en inglés, ayer. Si entrevistamos a José y él dice: “yo escuché a Juan hablando en inglés ayer”, tenemos un testimonio de que ese hecho ocurrió, que “Juan habló en inglés ayer”.

Ese es un hecho que nos puede indicar otros hechos. Por ejemplo, puede indicar que Juan es norteamericano. Ahora bien, ¿Podemos estar seguros de que Juan es norteamericano, porque habló inglés ayer? En realidad no. Puede que sí, pero puede que no. Existe la posibilidad de que Juan sea paraguayo y que hubiera aprendido a hablar inglés. Juan pudo haber aprendido a hablar inglés en el extranjero, o pudo haber aprendido a recitar la letra de una canción en inglés que le gusta y que repite sin entender lo que dice. Entonces, tenemos que del hecho mencionado, surgen varias hipótesis (hechos posibles).

¿Qué pasaría si confirmáramos que José en realidad no sabe hablar inglés, y que solo le pareció que Juan habló en inglés? Puede suceder que escuchemos a alguien hablando en otro idioma que nos suena a alemán, y decimos “fulano habló en alemán” ¿Podemos tener la certeza de que lo que escuchamos es realmente alemán? Pudo haber sido inglés, pudo haber sido holandés, pudo haber sido sueco, o ruso, o algo que nos sonó a alemán. O tal vez porque la persona que escuchamos era de tez rubia pensamos que era alemán. Incluso, puede ser que la persona que escuchamos estaba fingiendo que hablaba en alemán y nosotros así lo creímos.

Es decir, nuestra evidencia puede ser fuerte o débil dependiendo de varias circunstancias al igual que los indicios pueden ser fuertes o débiles. ¿De qué depende que los indicios sean fuertes o débiles? De la mayor o menor cantidad de hipótesis que puedan surgir o generarse como consecuencia del mismo.

Un hecho es un indicio débil con respecto a una hipótesis, cuando del mismo hecho indiciario pueden surgir numerosas hipótesis distintas, sin que ninguna de ellas pueda confirmarse ni descartarse con esa sola información.

En el caso de que José dijo que “Juan habló en inglés, ayer”, las hipótesis que surgen son varias, y no podemos confirmar ni descartar ninguna con esa sola información fáctica, por tanto, decimos que el indicio es débil con respecto a las diversas hipótesis generadas. Ello, debido a que hay muchas posibilidades de lo que pudo haber ocurrido a partir del hecho que tenemos por conocido.

Si queremos saber si Juan realmente habla inglés y por qué habla inglés, si él es extranjero, porque eso es relevante para la investigación que estamos realizando ¿Qué deberíamos hacer? Pues, deberíamos buscar y obtener más información. Porque esa sola información indica que aparentemente habló en inglés, que es probable o casi seguro que él haya hablado inglés y que no lo haya recitado simplemente de memoria como un verso. Ahora bien, de ahí a descartar posibilidades o confirmar posibilidades de que él sea paraguayo, que sea norteamericano, sea inglés, sea australiano, que estudió inglés acá o que estudio inglés afuera, no podemos confirmar ni descartar ninguna de esas hipótesis. Entonces, si se trata de información cuyo esclarecimiento nos resulta relevante, tenemos que buscar más información, para lo cual necesitamos obtener evidencias.

Imaginémonos que hablamos con Esteban quien nos dice que conoce a Juan desde chico, que era su vecino en Barrio Obrero y fue su compañero de inglés durante 6 años en el Centro Cultural Paraguayo Americano. Estamos agregando una nueva evidencia. ¿Cuál es la nueva evidencia? ¿Juan estudió inglés es evidencia o es hecho? Es un hecho ¿de dónde surge ese hecho? ¿De

dónde surge nuestro conocimiento sobre el hecho? Del testimonio. Nuestra evidencia entonces es el testimonio de Esteban.

De la nueva evidencia “testimonio de Esteban”, surge la información con respecto a varios hechos: Que Juan estudió inglés desde chico en el CCPA y que vivió en Barrio Obrero. Entonces nos presentan dos proposiciones fácticas nuevas que sumamos a la anterior.

Volvamos a nuestro caso de estudio anterior, a nuestras hipótesis surgidas a partir del primer hecho ¿cuál hipótesis se va fortaleciendo y cuál se va descartando?

Juan es norteamericano, ¿se fortalece o se descarta? Él todavía podría ser norteamericano, no lo descartamos pero se va debilitando, se va desdibujando. Puede ser que él sea norteamericano y que haya aprendido a hablar inglés como primera lengua, o también puede ser que haya nacido en Norteamérica pero que hubiera vivido en Paraguay desde muy chico y que no aprendiera a hablar en inglés, y que ahora quiera aprenderlo. Pero, lo más probable es que no fuera norteamericano, ni inglés. ¿Qué pasa con nuestra hipótesis: “Juan es hijo de angloparlantes”? Puede ser que se vaya fortaleciendo la hipótesis de que “Juan aprendió a hablar inglés en el Paraguay”, y esto en algún momento lo podemos dar casi por probado. Entonces la hipótesis: “Juan aprendió a hablar inglés en el extranjero” se irá desdibujando o “debilitando”, porque probablemente aprendió a hablar inglés en el Paraguay, o eventualmente pudo haber hecho una especialización en el extranjero. La hipótesis “Juan sabe de memoria algunos versos en inglés pero no conoce el inglés”, se va debilitando.

Entonces podemos afirmar que un hecho genera una o más hipótesis, y ese hecho es un indicio. Cuanto mayor cantidad de hipótesis genere y en los casos en que ninguna de ellas pueda descartarse o confirmarse con esa sola información, decimos que es un indicio débil con respecto a la multiplicidad de hipótesis que ha generado.

En los casos en que tenemos un indicio débil de hechos o hipótesis que, por alguna razón, nos interesa saber o esclarecer, debemos buscar más información. Debemos buscar información adicional que nos permita obtener evidencia directa con respecto a lo que nos interesa saber, o bien que nos permita conocer hechos indicativos de otros hechos que nos permitan ir confirmando o descartando las hipótesis de nuestra investigación.

Analicemos otro caso.

Pedro se encuentra en Suecia, viajando en un bus. Oye que una persona se encuentra hablando al teléfono celular en fluido idioma guaraní (jopará). ¿Cuál es el hecho?

El hecho es que hay una persona enfrente a Pedro hablando a un teléfono celular, y está hablando en guaraní fluido y también en jopará. Es decir que la persona que habla no solamente conoce el idioma guaraní si no que conoce también el jopará, que es muy propio de los paraguayos. Podría existir en ese país extranjero gente especializada en el idioma guaraní, pero si así fuese, difícilmente mezclaría el guaraní con el español, o sea el jopará, de la forma en la que lo hacen los paraguayos. Ese es el hecho.

En este caso ¿cuál es la evidencia?

En este caso podemos ser testigos y afirmar: “Yo lo oí en el autobús”.

Si grabásemos el hecho tendríamos una evidencia adicional. Tendríamos un documento. Del mismo modo, si filmamos con audio tendríamos otra evidencia. Esa evidencia de que un señor habló guaraní fluido, inclusive jopará, ¿qué nos puede ayudar inferir? Que ese señor es paraguayo. ¿Cuál es otra posibilidad? Que vivió en Paraguay. ¿Otra posibilidad? Que es hijo de paraguayo, etc.

Ahora, ¿qué es lo más probable? Que sea paraguayo y que haya vivido mucho tiempo en Paraguay. Lo inferimos, por su destreza de hablar el idioma de la manera tan propia que tenemos los paraguayos. También sabemos que el idioma guaraní no es difundido en otras naciones, a diferencia del idioma inglés. El inglés es un idioma muy hablado y mucho más hablado que el guaraní. Entonces no podemos realizar la misma deducción con la hipótesis mencionada anteriormente “Juan es norteamericano porque habló inglés”. Con esto se demuestra que una misma situación nos puede llevar a elaborar hipótesis distintas con diversos grados de fortalezas teniendo en consideración las reglas de la experiencia. Las reglas de la experiencia surgen de la observación que nos genera conocimiento que se va acumulando con el transcurso del tiempo y que nos permite inferir hechos o consecuencias probables de hechos, a cuyo conocimiento accedemos.

El que una persona habla en inglés no implica necesariamente que esa persona sea norteamericana, porque hay muchas personas que hablan en inglés en el mundo, muchas más de las que hablan en guaraní.

Cuando oímos a una persona hablando en guaraní o hablando el idioma propio de algunas de las naciones indígenas de Bolivia, entonces pensaremos que es muy probable, es casi seguro que la persona sea originaria del lugar en que se utilizan dichas lenguas. Por lo tanto, con alguna evidencia adicional podríamos decir que confirmamos o descartamos las hipótesis surgidas en el caso anterior estudiado; la persona en cuestión era paraguayo, o era un ciudadano extranjero que vivió mucho tiempo en Paraguay.

También, la evidencia puede ser fuerte o débil dependiendo de muchas circunstancias. Por ejemplo, dependiendo del interés que una persona pone en su testimonio, de la atención que haya prestado, entre otras posibilidades. Si una persona dice: “yo le oí hablando inglés”, pero en realidad yo no entiendo el inglés o entiendo poco el inglés. Entonces, su conclusión de que lo que oyó estaba dicho en idioma inglés, no resulta muy fiable, teniendo en consideración las circunstancias en las cuales está dando su testimonio, las circunstancias que rodean a su testimonio, en este caso su propio conocimiento con respecto a lo que él concluye. Su testimonio sería una evidencia débil, porque genera diversas hipótesis de lo que ocurrió, sin que ninguna pueda confirmarse o descartarse sin la necesidad de sumar evidencias.

Al igual que los indicios, las evidencias pueden ser fuertes o débiles, y también deben ser valoradas o sopesadas al momento de su análisis, para comprobar si la evidencia es suficiente para afirmar que algo ocurrió y que ocurrió de cierta manera. Si la evidencia no es suficiente para ello, el interesado (que, en nuestro caso sería un auditor forense) debe buscar otras evidencias. Así, analizaremos si las nuevas evidencias, analizadas en su conjunto con las anteriores, permiten confirmar o descartar algunas hipótesis.

Así también ocurre con los indicios. Estos pueden ser fuertes o pueden ser débiles, dependiendo de la cantidad de hipótesis fácticas que surjan de cada uno de ellos, y de las hipótesis que podamos confirmar o descartar a partir del mismo.

Para seguir con el análisis, tomemos de ejemplo el “caso del lápiz labial encontrado en la guantera del auto del marido”.

Imaginemos el siguiente hecho: El marido llega a su casa, alrededor de las 21:00 horas, luego de una agotadora jornada de trabajo. La esposa, quien se encontraba en la casa, esperándolo, va al auto en busca de unos documentos y al abrir la guantera encuentra un lápiz labial. ¿Qué indica eso?

El hecho, es la existencia de un lápiz labial en la guantera del auto. ¿Qué otros hechos podemos inferir ocurridos, a partir del conocimiento del primero? Pudo haber ocurrido que una mujer,

que no era la esposa, subió al auto y olvidó su lápiz labial en la guantera. Es un hecho posible. Imaginemos que la esposa verificó la guantera, en la mañana, antes de que el marido saliera para el trabajo, porque había dejado allí un documento y que, en ese momento, no hubiera estado el lápiz labial. Surge como posible el hecho de que otra mujer hubiera subido al auto del marido, ese día. Ahora, bien, ¿Podemos afirmar que eso ocurrió así, sin lugar a dudas razonables? No podemos afirmar con certeza con solo esa información. ¿Cuál es la otra posibilidad? Que el marido le compró lápiz labial de regalo a la esposa. Esa es otra posibilidad. ¿Qué más pudo haber ocurrido?

Supongamos que en esta circunstancia la esposa estuviese verificando la conducta del marido, es decir verificando el cumplimiento de las normas por parte de este. A la esposa le interesa verificar si el marido cumplió o no con la norma. ¿En realidad le interesa saber si el marido está cumpliendo con el acuerdo que firmó, y que tiene fuerza de ley, cuando se casaron y se juraron fidelidad. Entonces, la esposa está verificando si el marido tuvo una conducta violatoria a esa norma. Esa sola información del “lápiz labial en la guantera del auto del marido” le permite a la esposa generar una alerta de un indicio de infidelidad. ¿Ese es un indicio fuerte o débil con respecto a la hipótesis de infidelidad? Decimos que es un indicio débil con respecto a dicha hipótesis, porque se generan varias hipótesis fácticas de lo que pudo haber ocurrido, a partir de ese sólo indicio, pero no se pueden confirmar o descartar ninguna de ellas, con esa sola información.

Supongamos entonces que es del interés de la esposa el verificar el comportamiento de su marido y la adecuación de su conducta a las normas que regulan su convivencia. Entonces ¿qué es lo que se inicia a partir de ese momento? Una auditoría forense. Una investigación. ¿Hacer una investigación? ¿Y qué significa hacer una investigación? Buscar más evidencias, obtener más información para verificar si las hipótesis de incumplimiento de norma jurídica se confirman o se descartan. Si se descarta la hipótesis de la infidelidad ¿vale la pena continuar la investigación?

Imaginemos que durante la investigación que realiza la esposa suena su celular y es la hermana del marido que la llama a preguntar si encontró su “rouge” en la guantera del auto. En ese momento aparece un hecho nuevo. Entonces se genera una información nueva de una evidencia nueva, de un testimonio de la hermana que dice que ella dejó el rouge ahí. Eso agrega un hecho nuevo, tenemos dos hechos. El primero: se encontró el rouge. Y segundo: que la hermana lo dejó en la guantera del auto. ¿Eso confirma o descarta alguna de las hipótesis que surgieron inicialmente? ¿Consideran que vale la pena continuar investigando?

Finalmente supongamos que fue simplemente la esposa la que dejó su rouge en el auto pero no lo recordaba, y que luego se da cuenta que fue una sospecha infundada motivada por los celos. Ahora, ¿se confirma o se descarta la hipótesis de infidelidad en ese caso concreto? Se descarta ¿Vale la pena continuar con esta investigación? No, porque descartamos un incumplimiento normativo que es lo que nos motiva a investigar.

Algo parecido a lo que acabamos de describir pasa en la auditoría forense, si bien en ese caso auditamos la conducta de los funcionarios o de las personas vinculadas con la institución en la cual prestamos servicio.

Es importante que entendamos que la evidencia o el indicio no son sólo algo que está relacionado con un incumplimiento normativo de un funcionario. Es algo que encontramos todos los días, en la vida cotidiana. Estamos hablando de hechos, estamos hablando de indicios, de evidencias y de normas. Es necesario que internalicemos eso y después lo apliquemos en casos concretos.

7. Ley de la función pública

El Art. 64, de la Ley de la Función Pública establece: “Los funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa por incumplimiento de sus deberes u obligaciones o por infringir las prohibiciones establecidas en esta ley y las leyes análogas, haciéndose pasibles de las sanciones disciplinarias determinadas en este capítulo”.

En esta ley encontramos los presupuestos para aplicar una sanción a un funcionario público. ¿Cuáles son los presupuestos para aplicar una sanción a un funcionario público? ¿Qué se requiere para que el Estado a través de una institución pública aplique una sanción a un funcionario público?

Para sancionar a un funcionario se requiere demostrar que, con su conducta ha violado una norma de rango administrativo implica demostrar que el mismo ha realizado una conducta antijurídica. Es decir, una conducta prevista en la norma como genéricamente indebida, realizada con dolo o culpa, y que además, no se encuentre amparada por un presupuesto que excluya su punibilidad.

Solamente, la demostración de lo requerido en el párrafo anterior legitima al Estado a imponerle una sanción a un funcionario. Y eso es así porque en realidad lo que hacen las leyes es poner frenos o cortapisas al poder que tiene el Estado, a un poder que es superior a los ciudadanos. El Estado establece claramente cuáles son los condicionamientos que le permiten privarle de un bien jurídico o aplicarle una sanción a un ciudadano.

Algo similar ocurre en materia de derecho penal:

Código Penal, “Artículo 1. Principio de legalidad. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”.

Código Penal, “Artículo 2. – Principio de legalidad y proporcionalidad. 1° No habrá pena sin reprochabilidad... 3° No se ordenará una medida sin que al autor haya realizado, al menos un hecho antijurídico...”

Básicamente, son dos principios, uno es “No habrá pena sin reprochabilidad”, y otro es “No se ordenará una medida sin que el autor haya realizado, al menos un hecho antijurídico”. Estas frases cortas en realidad encierran mucho, mucho de lo que ya hemos comentado anteriormente.

¿Que implica que no se va a imponer una pena a una persona, sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción? ¿Qué significa eso? ¿Qué principios estamos estableciendo? ¿Qué pasaría si esto no estuviera escrito en el código penal? Pasaría que el Estado podría imponer sanciones a las personas, las veces que se le antoje.

Entonces, se trata de un principio básico del derecho penal que está garantizando a las personas, a través del principio de legalidad, el no ser sancionados sin que medie “justa causa”, que dice que, para que el Estado se encuentre legitimado a aplicar sanciones, la persona a ser sancionada debe haber realizado una conducta, ya sea activa u omisiva, que haya sido establecida como punible antes de su realización, para que todos podamos saberlo y podamos auto determinarnos como ciudadanos, y conocer aquello que debemos hacer o no hacer para evitar que se nos imponga una sanción.

Este es el principio de tipicidad o de legalidad, y lo que está diciendo a los investigadores y al auditor forense es que si consideramos que alguien ha violado una norma, tenemos que demostrar que tal persona ha realizado una conducta que es típica, eso significa descripta, expresa y estrictamente en una ley vigente anterior a su conducta como punible o sancionable, que además es antijurídica, y reprochable si lo que corresponde es una pena, o al menos es antijurídica, si lo que corresponde es una medida.

Es decir, son varios los presupuestos que deben confluir para sancionar a una persona, los presupuestos que investiga el auditor forense deben ser demostrados para que haya méritos para

aplicar una sanción a una persona que es funcionario de la institución o a una persona que tiene relaciones con la institución y que ha cometido un hecho punible que afecta a la institución.

8. Estudio de las evidencias

Seguidamente, veamos otro ejemplo.

En el marco de un inventario de control que se realiza en el depósito de la “Empresa A” la auditoría interna detecta un faltante de un lote completo de mercaderías. El faltante surge porque uno de los documentos de respaldo del retiro de la mercadería tiene estampada una firma que no corresponde a ninguna de las personas autorizadas para retirar las mercaderías por la “Empresa B”, que es cliente de la “Empresa A”.

Entonces, en el ejemplo, los auditores hacen un inventario en el depósito de la “Empresa A”. Un inventario es un procedimiento de control que pretende verificar si en la institución o en el depósito se encuentran todos los bienes que deberían de encontrarse, y si no están ahí, verificar si existe una justificación del motivo por el que no están.

Finalmente, lo que están verificando los auditores es el cumplimiento de normas, en principio, por parte de los funcionarios, porque ven si está lo que debería estar, y si está que sea porque los funcionarios cumplieron con su deber de ingresar todo lo que se debía de ingresar, y de mantener y cuidar todo lo que debería cuidarse. Si deberá descartarse o no el indicio de que alguien ha incumplido una norma y retirado indebidamente un bien.

Supongamos que en el marco de esta actividad de control se detecta un faltante de un lote completo de mercaderías. ¿Y por qué decimos que se detecta un faltante? Porque uno de los documentos de respaldo de la mercadería que no se encontró tiene estampada una firma de retiro que no corresponde a ninguna de las personas autorizadas a retirar la mercadería por parte de la “Empresa B”, que es la que recibe la mercadería de nuestro depósito. O sea corresponde verificar si lo que está coincide con lo que se ingresó, y si existe alguna evidencia de lo que se ingresó y ahora no está, y si tuvo o no una salida autorizada legalmente.

Lo que se hizo fue verificar no solamente el ingreso de mercaderías para saber lo que debería haber en el depósito, sino también la salida, para ver si se justifica aquello que no está y que ingresó, y se encontraron varios documentos que justifican la salida, pero con uno de ellos tenía la firma de una persona que no está autorizada a retirar mercaderías. Entonces, el que escribió el informe habló de faltante. Lo que se decía es que había un lote que fue retirado por alguien que no estaba autorizado, entonces teníamos un retiro no autorizado, y eso es un problema. Por lo menos es algo que nos llama la atención. Es un indicio de violaciones de normas.

Analicemos el caso, ¿cuáles son los procedimientos? Acá tenemos un procedimiento de control que se realizó, todos los pasos que se siguieron para recoger evidencias para llegar a esta conclusión. ¿Cuáles son nuestras evidencias en este caso? Nuestras evidencias son los documentos y el registro que dejamos en el conteo de las mercaderías, y eso en realidad va a formar parte de un testimonio. Los funcionarios son testigos de lo que hay en el depósito, y ese testimonio se va registrando en un informe que después se compara con los documentos. Es importante que tengamos esto bien conceptualizado. Porque muchas veces los casos caen por falta de evidencia y nosotros mismo no nos damos cuenta de que no tenemos evidencia, sobre todo cuando no conocemos muy bien el concepto y la diferencia entre lo que es un hecho, indicio y una evidencia.

En el caso de una verificación física, nosotros estamos siendo testigos de algo, y vamos registrando con los documentos que en realidad plasman nuestro testimonio. Vamos asentando datos y dejándolos por escrito, y esto se constituye en un testimonio, que genera un documento, que es el inventario físico. Ese inventario físico, luego lo comparamos con los documentos que respaldan los ingresos y las salidas. Si encontramos que todo lo que ingresó tuvo una salida regular y que lo que no tuvo una salida regular se encuentra en el depósito, no encontramos ningún indicio de incumplimiento normativo por parte de nadie.

Si nos encontramos en el depósito, con que una parte de la mercadería que ingresó no se encuentra y que no encontramos evidencias de una salida regular, o por lo menos tiene una apariencia de salida irregular ¿que tenemos?, un indicio de que alguien realizó una conducta antijurídica. ¿Quién realizó una conducta antijurídica? No sabemos a ciencia cierta qué pasó. ¿Tenemos suficiente información, evidencia y hechos, los presupuestos requeridos por el código penal para aplicarle una sanción a alguien? No, no tenemos aún. No sabemos ni a quién. Ni tampoco tenemos los presupuestos para aplicarle una sanción administrativa a alguien. Pero sí tenemos indicios de que es probable que algún funcionario o alguna persona externa haya incumplido algún deber que configure un hecho punible contra el patrimonio y la propiedad de la institución.

Si la empresa en que ocurrió el hecho fuera una entidad privada y fuéramos los dueños de la misma el hecho afecta nuestro patrimonio. ¿Qué haríamos al recibir esta información? Conversaríamos con los responsables de entregar la mercadería. Hablaríamos con el cliente para ver si recibió la mercadería faltante en nuestro depósito. Imaginemos que el cliente dice “sí, se fue nomás fulano, nos olvidamos de actualizar la firma, recibimos y estamos conformes”. Así tenemos una nueva información que surge de un testimonio bastante fuerte porque es de una persona que no tiene ningún interés en mentir, en principio, y si el cliente dice que recibió la mercadería y que no va reclamar nada, eventualmente estamos eliminando un tema patrimonial, un resultado que es típico de un hecho punible. Estamos eliminando una hipótesis de hecho punible.

Ahora bien, imaginemos que tenemos el caso de una firma no autorizada para retirar mercaderías, y que nosotros conocemos muy bien cuáles son las autorizadas. Nos encontramos con una firma autorizada y le llamamos al gerente de la empresa que es la que nos compra, y el gerente nos dice que él retiró la mercadería y que se hace responsable, que no tiene problemas. Descartamos una hipótesis de hecho punible, eventualmente.

¿Descartamos todas las hipótesis de ilegalidad en la actuación de las personas en esta operación? Si alguien tenía el deber de controlar que solamente se retire la firma autorizada y no lo hizo, y entregó la mercadería sin controlar la firma autorizada ¿continúa o no la hipótesis de ilegalidad? Sí, pero la irregularidad parte del funcionario que constituye una falta administrativa es menos grave que un hecho punible. Pero eso no significa que debamos agotar la investigación con respecto a la falta administrativa, porque nos interesa saber si hay violaciones de normas internas. Porque justamente, esas normas son las que tienen como finalidad prevenir daños mayores.

Entonces, en este caso, y si se tratara de una institución pública, si nosotros confirmamos que la mercadería llegó a su destinatario, independientemente de que se entregó a una persona con firma no autorizada, amerita continuar investigando para verificar si el funcionario que entregó la mercadería violó alguna norma, es decir, si realizó una conducta típica. Y eventualmente hay que verificar si realmente su conducta fue antijurídica con respecto a la totalidad del ordenamiento, o si él obró amparado en algún tipo de permiso que le permitiera hacerlo. Aunque en este caso llegáramos a demostrar que no existe un perjuicio contra el patrimonio o la propiedad de la institución, todavía estaríamos ante la existencia de un indicio de violación de norma de conducta por parte de un funcionario. Sobre todo si el funcionario tenía que cumplir un reglamento con respecto al cual tenía que actuar, y una de sus obligaciones hubiera sido verificar la firma autorizada para entregar mercaderías y hubiera entregado la mercadería a pesar de darse cuenta de que la firma no era la autorizada.

Salvo que, por ejemplo, el funcionario hubiera pedido una instrucción a la propia autoridad que emitió el reglamento. Si la propia autoridad le dió la instrucción, entonces estaría violando un deber establecido en el reglamento pero con un permiso de la misma autoridad facultada para regular sus deberes en la institución. Lo que no ocurrió en este caso. Eventualmente, el funcionario pudo haber entregado la mercadería en un momento de distracción. Es una posibilidad que habría que verificar y confirmar, pues entregó mercaderías a otra persona con el riesgo de generar un perjuicio para el patrimonio de la institución mediante una conducta negligente.

PARTE 2

8. Estudio de las evidencias (Continuación)

Decíamos durante el estudio de un caso acerca de “faltante de mercaderías”, que los presupuestos para aplicar una sanción requieren del conocimiento concreto acerca de la conducta de una persona que ha violado una ley penal o una administrativa, y decíamos que, en el caso en cuestión, en realidad no estaban dados aun los elementos de fondo necesarios para sancionar a una persona.

Cuando nos preguntábamos qué haríamos si fuéramos dueños de la empresa afectada, respondimos que recabáramos mayor información, que preguntáramos a los encargados, o que íbamos a organizar una investigación, pero en realidad pudimos haber dicho también: “vamos a hacer una denuncia ante el Ministerio Público”. Sin embargo, no lo hicimos.

No lo hicimos, porque faltaban datos importantes, tendientes a fortalecer los indicios de la realización de uno o más ilícitos penales, y eso es muy importante. El rigor que tuvimos en este mismo análisis es el rigor que tenemos que tener siempre, cada vez que vamos a analizar si hay méritos para enviar el caso al Ministerio Público o no. Porque enviar un caso al Ministerio Público, sin evidencias ni indicios suficientes, será pérdida de tiempo para nosotros y para el Ministerio Público. Pues ¿qué haría el fiscal que reciba la causa en estas condiciones? Lo más probable es que, luego de analizar la denuncia, solicite al propio denunciante, más información acerca de lo denunciado.

En una ocasión, nos contrataron como abogados para hacer una denuncia ante el Ministerio Público de unos hechos que una auditoría interna había revelado en un banco.

El informe exponía una serie de irregularidades detectadas, en materia de control interno. Inclusive, habían indicios fuertes de perjuicio contra el patrimonio del banco, pero no había ninguna claridad de cómo se había llegado a ese perjuicio y quienes habían realizado las conductas relevantes para causar el perjuicio patrimonial o para no evitarlo, ni de cuáles eran los deberes internos. Ni siquiera se establecía claramente quienes eran los funcionarios de las áreas vinculadas con el perjuicio patrimonial.

Entonces, nuestra sugerencia - y revelamos esta experiencia porque puede ser útil para este curso— fue que era demasiado prematuro el momento para hacer una denuncia al Ministerio Público. Porque lo que habría ocurrido si hubiéramos hecho la denuncia al Ministerio Público en esas circunstancias, tanto como ocurriría en el caso de las mercaderías en el depósito (conste

que este caso es mucho más simple), sería que probablemente un fiscal luego de una distribución interna del caso recién en dos o tres meses se sentaría a tratar de entender que pasó en la empresa. Es decir, estaríamos perdiendo dos o tres meses hasta que alguien empiece a analizar qué paso, resultando finalmente en la solicitud por parte del fiscal de un montón de información adicional a la propia empresa.

Entonces si a la empresa o entidad le interesa, como debería interesarle, saber qué es lo que ocurrió cuando tiene indicios de que ha habido conductas antijurídicas en su seno, la propia empresa debe organizarse para juntar la mayor cantidad de información útil para tomar decisiones.

En este caso podría comunicarse el hecho al Ministerio Público sobre todo si es que existiera alguna necesidad de realizar algún procedimiento que requiriera de una orden judicial o de una orden de allanamiento. Pero, si este si no fuera el caso, lo ideal sería agotar las investigaciones internas para verificar si encontramos indicios suficientes como para imputar a alguna persona en concreto la condición de una falta administrativa o para evidenciar que se ha cometido un hecho punible contra la institución.

9. Procedimientos y diligencias

En los casos que estudiamos, mencionamos indicios bastante llamativos que generaron la hipótesis de la realización algunos hechos ilícitos. Sin embargo, esos indicios no llegaban a un grado de fortaleza que nos permitieran afirmar con probabilidad bastante elevada que en realidad ocurrió un hecho punible o una falta administrativa, no obstante haber contado con información indiciaria que nos alertaba que eso podría haber ocurrido.

En todos los ejemplos, hemos requerido recoger la mayor cantidad de información para poder contar con los elementos necesarios, tanto de fondo como de forma, y llegar al grado necesario para aplicar alguna sanción a alguna persona.

En cuanto a los procedimientos y diligencias, podemos afirmar que un procedimiento o una diligencia es un conjunto de pasos tendientes a tener una evidencia. Procedimiento es sinónimo de diligencia para el derecho procesal penal. Los Agentes Fiscales hablan de “realizar diligencias”. La diligencia de los fiscales es el procedimiento para recabar evidencias.

Una de las diligencias, o uno de los procedimientos que realizamos en uno de nuestros casos estudiados, fue la de comunicarnos con el representante o el dueño de la empresa con la cual se tenía un contrato de provisión de mercadería para preguntar si ellos recibieron la mercadería. ¿Por qué consideramos esa información como relevante de todas las averiguaciones que

podríamos hacer? ¿Qué la hace relevante? ¿Por qué nos interesa saber si la empresa que es cliente recibió la mercadería? Nos interesa, porque queremos verificar si hubo perjuicio para el patrimonio de la institución.

Porque si esta mercadería tenía que ser destinada a una empresa que la recibió y pagó por ella o va pagar por ella, entonces en principio descartamos la hipótesis del perjuicio patrimonial. Es decir, una salida de mercadería sin una contraprestación de valores equivalentes. ¿Por qué? Porque si esa mercadería no hubiera llegado al destinatario correspondiente tendríamos con respecto al destinatario una deuda, o sea, deberíamos entregarle al destinatario igual la mercadería y eso crearía un perjuicio patrimonial.

¿Y por qué verificar si existió o no un perjuicio patrimonial es relevante en este caso? Porque el auditor forense analiza el cumplimiento e incumplimiento de normas de carácter administrativo y de carácter penal. ¿Qué norma de carácter penal o que tipo penal estamos analizando, cuando consideramos la posibilidad de la existencia de perjuicio matrimonial y de afectación de derecho de propiedad? Hurto, estafa, lesión de confianza, apropiación, entre otros. El Hurto, al igual que la apropiación, es un hecho punible contra la propiedad.

Estamos hablando de un resultado típico de los hechos punibles contra el patrimonio y contra la propiedad, podría ser lesión de confianza. Eventualmente, también pudo suceder que el propio funcionario haya hecho un acto de disposición indebida de la mercadería.

El auditor tiene en cuenta los tipos penales, hechos generalmente antijurídicos, que guían sus decisiones con respecto a los hechos que necesita conocer. Esos hechos que necesita conocer le hacen analizar cuáles son las evidencias que podrían dar a conocer esos hechos, y las evidencias son las que le indican cual es la mejor manera de llegar a ellas y que procedimientos se deben aplicar.

El auditor debe tener siempre en mente un criterio, y para el auditor forense en este caso sus criterios son las normas penales y las normas administrativas sancionadoras.

Entonces, en nuestro ejemplo, se recomendó verificar si se configura alguno de los presupuestos para la realización de hechos punibles contra el patrimonio de la empresa, y ese hecho punible se puede llegar a verificar a través de la existencia o no de un perjuicio a la empresa. Ese perjuicio se dará si la mercadería fue sacada y trasladada a un destinatario distinto de la empresa compradora. Entonces, si la empresa compradora recibió los bienes, no tenemos perjuicio en el patrimonio y con eso confirmamos o descartamos una hipótesis de hecho punible contra el patrimonio. Descartamos, y eso es muy importante, ya que ahora concluimos que

no existen méritos para presentar denuncia ante el Ministerio Público. Entonces siempre es el criterio el que va guiando nuestro procedimiento de búsqueda de información.

Por lo tanto, si nosotros hubiéramos denunciado al Ministerio Público de forma muy prematura, y después hubiéramos obtenido la información de que en realidad la empresa compradora recibió la mercadería, hubiésemos perdido el tiempo haciendo todo el escrito de denuncia y también hubiésemos hecho perder tiempo al Ministerio Público. Hubiéramos tenido que retirar la denuncia y hasta podríamos haber generado algún daño a la imagen de la empresa o de algunas personas si la información se publicaba en la prensa, por ejemplo.

Entonces, todo eso lo evitamos, al decidir y proceder a buscar mayor cantidad de información antes de presentar la denuncia. Porque de hecho, no estaban cumplidos los presupuestos de fondo para sancionar a alguien por más que teníamos indicios que nos indicaban que alguien pudo haber cometido un hecho punible o una falta. Pero la información era insuficiente y se debía investigar. Alguien tiene que investigar y la auditoría forense es el órgano indicado para investigar.

¿Nos queda algo para investigar todavía si descartamos que haya habido un perjuicio patrimonial?. Todavía vamos a verificar si hubo un incumplimiento administrativo. Entonces ya no va a tener una relevancia penal, pero sí tiene una relevancia para el control interno, el fortalecimiento de los controles internos.

Por lo general la norma administrativa tiene un carácter preventivo, entonces el hecho que no haya ocurrido un resultado no deseado no implica que a nosotros no nos interese verificar que cada uno de los funcionarios haya cumplido con sus obligaciones a fin de minimizar riesgos de que eso ocurra, tenemos que verificar si hubo alguien que incumplió con un deber de cuidado. En el ejemplo que estamos estudiando, es nuestro deber identificar a la persona que ha entregado la mercadería, quién ha estampado la firma para retirarla y constatar que la mercadería no haya sido entregada a una persona no autorizada.

Así verificamos el cumplimiento o el incumplimiento de las normas jurídicas, entonces estaríamos terminado nuestra investigación forense en este caso y podríamos presentar perfectamente conclusiones válidas.

10. El debido proceso

Ahora bien, habíamos dicho que existen requisitos que legitiman al Estado para aplicar una sanción. Para que esto ocurra, debe constarse con evidencia suficiente para afirmar y sostener, que alguien realizó una conducta antijurídica en el caso de los hechos ilícitos administrativos, o un hecho punible en el caso de los ilícitos penales.

El contar con la evidencia suficiente de que una persona incumplió una ley previamente establecida es un presupuesto para aplicar una sanción, pero solamente, luego de un proceso previo.

Este proceso previo a la decisión de aplicación de una sanción, es una garantía que tienen todas las personas, de que no van a ser pasibles de una sanción sin tener el derecho de defenderse de una acusación, en forma amplia. La acusación es la atribución de la violación de alguna norma jurídica.

Entonces, cuando el Estado, ya sea como patrón o como gobierno, atribuye a una persona, la comisión de una conducta antijurídica pasible de ser sancionada, surge su derecho de contar con un debido proceso antes de que se tome una decisión. Eso significa que se le debe comunicar qué es lo que se le está atribuyendo. Se le tiene que dar la posibilidad de acceder a todas las evidencias que fundamentan los hechos que se le atribuyen, se tiene que dar la posibilidad de contar con un abogado que le asesore en la materia jurídica. Así también, de contar con plazos y con derechos procesales que permitan presentar sus propias pruebas, y si lo desea impugnar o criticar las pruebas que surgen en su contra y argumentar a su favor, antes de que se tome la decisión con respecto a su suerte en materia de sanción. Esto se denomina debido proceso. El principio del debido proceso, se aplica tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo sancionador.

Con respecto a una falta administrativa, la ley de la función pública en su artículo 73 establece: sumario administrativo es el proceso establecido para la investigación de un hecho tipificado como falta grave en el capítulo diez de la presente ley. Esto todavía es un resabio del sumario entendido desde el punto de vista inquisitivo.

Entonces, si utilizamos el sumario como una herramienta de investigación, la misma se dará cuando nos encontramos ante indicios de que ocurrió un hecho ilícito. Pero esos indicios no son suficientes para atribuirle a un funcionario una conducta concreta que viola una norma concreta. Investigar no implica violar ninguna garantía de nadie, la garantía que tiene una persona es de defenderse ante una imputación o ante una acusación. El que investiga no está imputando ni está acusando, justamente se investiga para determinar si hay méritos para

imputar o para acusar, por lo que no existe un derecho a la defensa de la investigación. Lo que existe es un derecho a la defensa ante la acusación o atribución de la realización de un hecho punible o de una conducta ilícita.

Por eso se requiere el sumario como un mecanismo para viabilizar ese derecho que tiene la persona de defenderse de una acusación en el marco de un debido proceso. Esto es lo que establecen los artículos siguientes:

Artículo 73 - habla de cómo investigar un hecho tipificado.

Artículo 74- dice: “a pedido de la máxima autoridad del organismo o entidad del que depende el funcionario, la Secretaría de la Función Pública nombrará un Juez Instructor. En todo lo referente al trámite sumarial, la autoridad administrativa de la institución como parte actora, y el funcionario afectado, como demandado, ajustarán sus actuaciones a lo que disponga el juez instructor”.

Artículo 75 –“El sumario administrativo podrá ser iniciado de oficio o por denuncia de parte y en el mismo se dará intervención al acusado para ejercer libremente su defensa, por sí o por apoderado”.

Entonces, esto también nos da la pauta de que nuestro ejemplo no cumple con los presupuestos establecidos ni siquiera para iniciar un sumario administrativo. ¿Por qué? ¿Que necesitamos para tener un sumario administrativo según los artículos mencionados? Necesitamos un acusado, o una persona que sea la “demandada”. Nosotros aquí tenemos indicios de que alguien violó alguna norma, pero no son suficientes para decir quién violó la norma.

Imaginemos que tenemos tres turnos y tres funcionarios que están permanentemente entregando mercaderías. Podríamos decir: “Ah bueno, entonces se le sumaría a los tres”. Y tenemos tres acusados de lo mismo. O sea si A fue el que hizo “uno”, si B lo hizo “uno”, y si C también lo hizo “uno”.

Entonces, estamos violando un principio elemental de la lógica que es el principio de no contradicción. Los tres funcionarios no pudieron haber tenido la misma conducta. O fue uno de ellos el que tuvo la conducta y los otros dos no. Entonces nuestras acusaciones serían contradictorias, además de ser algo absolutamente no práctico.

Entonces, no tenemos elementos para acusar a ninguno de los tres porque no sabemos a esta altura de la investigación quien de los tres fue el que había omitido su deber de cuidado y entregado la mercadería. Por lo tanto, no existen aún méritos para iniciar un sumario.

Anteriormente el sumario era realizado ante cualquier irregularidad que se detectaba, y se insituía para investigar, se designaba un juez sumariante que investigaba sin que estuviese claro a quien se le atribuía la responsabilidad o no de un hecho, y de qué se le responsabilizaba.

En realidad, de este modo se violaría el derecho a la defensa. Imagínense que antes ocurría una irregularidad y se tenía un marco sobre el cual se sospechaba lo que ocurrió, se sumariaba a 20 funcionarios, se les llamaba a todos a declarar, y se les hacían preguntas sin decirles concretamente qué se les estaba atribuyendo. Finalmente, venía una resolución en la que se le atribuía al funcionario lo que no se le atribuyó en un comienzo. De este modo el sumario viola la garantía de ser oídos previamente, con respecto a una acusación concreta, antes de que se decida con respecto a la aplicación de una sanción.

Hay que agotar la investigación para tener elementos suficientes para afirmar que una persona concretamente hizo algo que no debía o que omitió hacer algo que debía, y cuál es la fuente de la obligación, y cuáles son las pruebas de que ello ocurrió para poder iniciar un sumario, porque dicho sumario requiere un demandado o un acusado.

El Decreto N°17.781/2002 fue el primer instrumento normativo que reglamentó el sumario administrativo contra funcionarios, previsto en la Ley de la función pública, estableció que: "...el funcionario sumariado será considerado como demandado, debiendo ajustar sus acusaciones a lo que disponga el juez sumariante". Eso significó la eliminación de los sumarios innominados que "metían a todos en una misma bolsa", a todos y a nadie.

En esa misma línea continúa el Decreto vigente en la misma materia, el 360/2013 que, en su artículo 11 establece que el sumario debe ser notificado al funcionario sumariado y que debe ponerse a su disposición la documental relacionada con los hechos investigados...

Entonces, para instruir un sumario, se necesita contar con evidencias suficientes para atribuirle concretamente a una persona determinada la realización de una falta administrativa y eso requiere de una investigación, muchas veces exhaustiva, antes de tomar la decisión de iniciar el sumario.

El decreto vigente, reconoce expresamente la potestad lógica de la autoridad de cada institución, de realizar investigaciones internas, ante indicios de hechos ilícitos.

11. Reporte y denuncia

La elaboración del reporte o informe final de una auditoría forense puede ser el inicio de un proceso administrativo o de un proceso penal.

Los reportes de los auditores forenses podrían llegar a ser insumos para el inicio de una investigación penal o para el inicio de un sumario administrativo.

Si la auditoría forense es un eslabón de una cadena en la que el eslabón posterior es un proceso administrativo o un proceso penal, anterior al eslabón siguiente de la cadena, entonces el auditor forense debe saber qué es lo que requiere el destinatario de su informe para dar el paso siguiente en la cadena de investigación de un hecho ilícito. Podría adelantarse que, en materia de derecho penal, lo que se requiere son indicios suficientes de que ocurrió un hecho punible.

Es fundamental tanto para un auditor como para un fiscal o un abogado, el relato de los hechos. Qué ocurrió, qué se sospecha que ocurrió, cual es el fundamento de nuestra sospecha, en qué se basa. Si nosotros decimos que alguien con su conducta ha violado una norma, debemos decir en forma clara y concreta qué es lo que hizo o no hizo.

Si tenemos evidencia directa, tenemos que citar cual es la evidencia directa. Si tenemos evidencia indirecta tenemos que decir cuáles son los hechos de los cuales surgen nuestras inferencias de que esa persona violó una norma con su conducta.

Es muy importante que el auditor forense cuente con esa claridad conceptual, porque es el insumo de su informe o reporte, y el insumo de trabajo para el análisis del destinatario del reporte, que podría ser el Ministerio Público o un Juez Sumariante, siempre y cuando la autoridad de la institución decida enviar el reporte a un Juez Sumariante o al Ministerio Público.

El Artículo 18 del Código Procesal Penal, que se refiere a la forma y contenido de una denuncia penal, dice: “la denuncia obtendrá en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los autores y partícipes, perjudicados, testigos, y demás elementos probatorios que puedan conducir a su comprobación y calificación legal”.

En realidad la denuncia siempre tiene los elementos con respecto a los cuales estaremos trabajando. Tiene un relato de hechos y el relato circunstanciado del hecho, y en lo posible indicación de autores y partícipes, porque se trata de una calificación legal.

El denunciante no es quien tiene la responsabilidad de calificar quien es el autor y quien es el partícipe, sencillamente lo que tiene que hacer es presentar la mayor cantidad de hechos que a su criterio evidencian la realización de un hecho punible. El trabajo de verificación. Las calificaciones les a corresponden a las autoridades judiciales.

Lo que sí se debe presentar es la mayor cantidad de información que se considera relevante para afirmar que una o más personas han cometido un hecho antijurídico.

Por ejemplo, si vamos a la comisaría a presentar una denuncia es porque tomamos conocimiento de algo que consideramos que ocurrió y que indica claramente que una o más personas cometieron un hecho punible. Tenemos que presentar la mayor cantidad de información porque ese es el insumo inicial que van a tomar las autoridades de persecución penal para verificar si existen méritos para iniciar su investigación.

Entonces el relato de los hechos es fundamental. Si yo no presento los hechos claros y concretos, cualquier análisis inicial debería generar una desestimación a la denuncia por falta del insumo básico de análisis para verificar si lo que se denunció, de ser cierto, sería un hecho punible.

Un caso bastante básico que ocurrió con abogados fue el de un funcionario de alto rango de gobierno que presentó una lista de jueces y fiscales corruptos a la fiscalía, porque quería denunciar la corrupción en el poder judicial afirmando que lo hacía dando nombres y apellidos de los corruptos, y en forma responsable porque iba a firmar la denuncia. Entonces presentó un listado con nombres y apellidos de jueces y fiscales ¿Es eso una denuncia? El denunciante sospechaba que esos fiscales y jueces era corruptos por eso les denunció dando sus nombres y apellidos. La pregunta que debemos hacer no es: ¿dónde están las pruebas? sino más bien ¿dónde están los hechos?..

Otro caso. La gente se quejaba mucho de la delincuencia, entonces las autoridades policiales apresaron a 100 personas y presentaron un escrito ante la Fiscalía, en el que afirmaron que: “Todas las personas aprehendidas, que fueron debidamente individualizadas, son ladrones con frondosos antecedentes”. Pero la fiscalía tuvo que liberarlas inmediatamente, porque nadie dijo qué hizo cada uno de ellos, en forma clara y concreta. No se presentó el presupuesto mínimo necesario ni siquiera para iniciar una investigación. Mucho menos, para privar de su libertad a una persona.

El análisis de la evidencia es el segundo paso del análisis de una denuncia y consiste en verificar si lo que se dice es cierto. En la denuncia sobre delincuencia mencionada más arriba no se dice nada, se está haciendo una calificación vacía de contenido. ¿Qué es ser “ladrón”?

Tratemos de interpretar el caso. Todos entendemos lo que quisieron decir los policías. “Ladrón” es el calificativo coloquial de una persona que ha cometido un hecho punible de hurto, probablemente en varias ocasiones de su vida. En forma concreta, en fecha tal, en fecha tal y en fecha tal. Pero, para que exista una denuncia y méritos para iniciar un proceso penal, se debe atribuir al supuesto “ladrón” las conductas concretas para que él se pueda defender. El mismo derecho tiene cada uno de los sospechosos, de forma individual.

Si se afirma “fulano es corrupto”, no se trata de una denuncia. Se trata de una calificación vacía de contenido. Pero si decimos: “fulano en fecha tal, solicitó dinero a mengano y luego dictó un fallo que no tiene ningún fundamento, y tal y tal y tal cosa concretamente”. A partir de ahí surgen méritos para iniciar una investigación, ya que se estaría presentando información fáctica indiciaria de la realización de hechos punibles de acción pública. También a partir de ahí, también, surgen los méritos para analizar las evidencias con el objetivo de determinar si son suficientes para demostrar que alguien cometió el hecho punible.

Si el análisis de la evidencia es el segundo paso, el primer paso es el análisis de los hechos, que significa que cuando vamos a elaborar un informe lo fundamental es que expliquemos lo que ocurrió, de donde surge que eso ocurrió y por qué decimos que eso que ocurrió viola o no viola alguna norma. Ese es el insumo principal porque si el relato de los hechos, de ser cierto, surge que no sería un hecho punible y ni siquiera constituye indicios de hecho punible, ya se puede concluir, en esa misma etapa, que no hay mérito para investigar. Por ende, ni siquiera interesa si existen evidencias.

Para ejemplificar lo dicho en el párrafo anterior, se expone el siguiente ejemplo: Voy al Ministerio Público y digo que el árbitro del partido del barrio cobró dos penales en contra de mi equipo y que por eso hemos perdido injustamente el partido. Y afirmo que hay diez personas que puedo individualizar, que han sido testigos de lo ocurrido ¿La fiscalía va a llamar a los diez testigos? ¿Por qué? El hecho que se relata de ser cierto no sería un hecho punible. Si no es un hecho punible, no se tiene el criterio necesario que se requiere para iniciar una investigación penal.

Lo anterior demuestra que el análisis básico e inicial de cualquier denuncia se inicia en los hechos y que, solamente, si son ciertos, ellos resultarían ilícitos (penales o administrativos, según el caso), existirían méritos para pasar a analizar las evidencias.

Es por ello que, en el caso de una auditoría forense que hubiera detectado indicios serios de hechos punibles o de ilícitos administrativos, es sumamente importante ser muy claros en la exposición correcta, completa y ordenada de los hechos relevantes, acreditados en la auditoría, con la exposición también correcta y ordenada, de las evidencias relevantes a las que se ha accedido.

El Art. 286 del Código Procesal Penal es muy importante para todos los funcionarios públicos y dice: “Tendrán obligación de denunciar los hechos punibles de acción pública: los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones”.

Este artículo establece que los funcionarios públicos tienen una obligación mucho más acen-
tuada que cualquier ciudadano común de denunciar los hechos punibles de los que toman
conocimiento en el marco de sus funciones. Se insiste en que la denuncia no debe ser impro-
visada, ya que debe cumplir con los requisitos necesarios para generar méritos para el inicio
de un caso penal.

En la auditoría forense surgen méritos para iniciarla cuando existen indicios de conductas ilí-
citas (faltas y/o hechos punibles). No hace falta que esté confirmado el hecho. La auditoría o
la investigación se inicia cuando surge el indicio no confirmado, justamente para verificar si,
de la investigación posterior, los elementos que se van recolectando, acreditan o descartan la
hipótesis inicial de hecho ilícito.

Entonces, el ciclo de una investigación de ilícitos se inicia por lo general con una denuncia o
información inicial indiciaria de la realización de un ilícito. La denuncia puede provenir de una
fuente externa a la institución, o puede surgir del propio órgano, por ejemplo, del órgano de
una auditoría no forense que está realizando un inventario, o que está realizando una auditoría
contable o de gestión.

El primer análisis que se realiza siempre, es el análisis de los hechos, porque son los hechos, las
conductas, los que interesan a un auditor forense. Son las conductas, porque las reglas jurídicas
o técnicas están destinadas a que las personas las cumplan, y nosotros estamos verificando, al
analizar sus conductas, si las persona han cumplido las reglas. Entonces, los hechos también
pueden ser directamente el relato de conductas humanas, o bien indicios que nos indican que
es lo que han realizado los humanos con sus conductas.

Si las únicas hipótesis que surgen son de conductas que no son típicas o no resultan antijurídi-
cas, no hay mérito para realizar una investigación forense.

Si de nuestros análisis, de ser ciertos los hechos, surgen hipótesis de que alguien con su con-
ducta violó alguna norma, a partir de ahí sí existen méritos para iniciar una auditoría forense.
Como ha ocurrido en nuestro caso de estudio donde había un “faltante” de mercadería, que es
un término en realidad bastante vago, por eso nos ocupamos nosotros de precisar qué significa
esto cuando presentamos el caso y cuando lo explicamos. En realidad lo que se está significan-
do es que existen mercaderías y existe información que indica que no toda la mercadería que
ingresó realmente se encuentra en el depósito, y que un lote en particular no se encuentra y
tampoco existe un documento válido que acredite o justifique su retiro. Eso es lo que estamos
diciendo cuando ponemos el rótulo de “faltante”.

Ahora bien, de ser cierto lo que declaramos en el caso de faltante de mercaderías, tenemos por lo menos la hipótesis de que alguna persona ha violado una norma con su conducta, lo que genera méritos para buscar más información. Y buscar más información significa buscar más evidencias. Y buscar más evidencias significa investigar.

Entonces nosotros investigamos teniendo en consideración que tenemos por lo menos una hipótesis “típica”, y esa hipótesis típica significa que por lo menos tenemos una sospecha de que una persona violó alguna norma con su conducta, esa norma presuntamente violada va a ser el criterio que va a guiar nuestra investigación.

Al auditor forense le interesa revisar con qué evidencias cuenta, recién después de verificar que la información fáctica que se le ha presentado le ha dado indicios de que hubo una violación de normas. ¿Por qué debe analizar las evidencias recién después de asegurarse de que cuenta con algunas hipótesis de conducta violatorias de normas? Porque no necesita buscar evidencia que ya tiene. O sea, verificamos lo que ya tenemos, y así tendremos porciones de hechos ya acreditados. Tenemos documentos que indican las mercaderías que ingresaron al depósito. Tenemos información de los auditores que nos dicen lo que había en el depósito y todos los documentos que justifican las salidas regulares de mercaderías y uno, que parece irregular.

No vamos a repetir toda la misma evidencia por regla general, no vamos a pedir los documentos que ya tenemos, salvo que haya algo fundamental cuya evidencia nos parezca muy débil y quisiéramos verificar nuevamente si lo que me revela esa evidencia es fiable o no.

Pero por lo general lo que ya tenemos probado lo vamos a apartar y vamos a empezar a verificar qué hechos tenemos acreditados, y qué hechos necesitamos acreditar o demostrar o descartar. Y vamos a identificar cuáles son las evidencias útiles para acreditar o descartar esas porciones de hechos que todavía no tenemos acreditados, y lo que nos guía a saber si se violó o no la norma.

En este caso, lo primero que analizamos es si esa salida de mercaderías es realmente no justificada y cuál fue su destino, porque nos interesa saber si hubo un elemento de perjuicio patrimonial o la afectación de un atributo del derecho de propiedad sobre las mercaderías, porque estamos analizando si ha habido un hecho punible contra el patrimonio o contra la propiedad de la empresa.

Lo que tenemos que verificar es “a dónde se fue a parar” esa mercadería. Si verificamos que la mercadería fue a parar a donde tenía que haber ido a parar, entonces acreditamos un hecho y ese hecho nos sirve para descartar una hipótesis, y descartamos una hipótesis muy importante que es la hipótesis del hecho punible.

Entonces, el testimonio del dueño de la empresa será nuestra evidencia que nos revela que ellos retiraron la mercadería, que la tienen en su poder. ¿Eso qué indica? Que se descarta una hipótesis típica, un elemento típico que es el perjuicio al patrimonio de mi empresa. Por lo tanto, se elimina la hipótesis de que alguien haya realizado una estafa o una lesión de confianza o cualquier otro hecho punible contra el patrimonio o la propiedad de mi empresa.

Si el dueño de la otra empresa nos dice que no recibió la mercadería, no se elimina la hipótesis, al contrario, se va fortaleciendo la hipótesis de que hay un hecho punible contra el patrimonio o contra la propiedad de mi empresa y que se debe continuar investigando.

Nuestro criterio nos indica qué porción de información nos falta, cuáles son las evidencias que nos podrían poner en conocimiento de esa información que nos falta y cuál es el procedimiento a través del cual tenemos que acceder a esa evidencia. Cuando tenemos la evidencia se inicia un nuevo análisis, analizamos qué información nos proporciona esa evidencia, y qué hipótesis se va descartando y qué hipótesis se va confirmando. La investigación es dinámica: puede resolverse con una primera batería de evidencias recabadas, o bien puede generar la necesidad de obtener mayor cantidad de información, y hasta puede ir modificando la hipótesis de investigación. La investigación es dinámica porque se va accediendo a la información, es como armar un rompecabezas.

El análisis en nuestra evidencia nos va presentando nueva información fáctica que en algunos casos nos hace ver o determina la necesidad de ajustar la hipótesis. Y ese ajuste de hipótesis a veces nos genera la necesidad, dependiendo de a donde llegue, de realizar una nueva planificación, diligencias o procedimientos de auditoría, y volver a realizar el ciclo, si fuese necesario. La investigación termina cuando se descartan todas las hipótesis típicas, cuando se confirma al menos una o cuando se agotan los procedimientos o diligencias y la evidencia no resulta suficiente para descartar todas las hipótesis típicas, pero tampoco se constituye en indicios suficientes de la realización de un ilícito.

Imaginémonos el caso de que nuestra única hipótesis típica era la hipótesis de la estafa y que, finalmente el destinatario de la mercadería, confirmó haberla recibido sin inconvenientes. Se elimina, en ese caso, esa hipótesis típica y damos por terminada la investigación del ilícito porque descartamos el ilícito. Ese es uno de los motivos que ameritan dar por concluida la investigación.

Otra posibilidad es que no se obtuvieran evidencias suficientes para acreditar que al menos una persona identificada hubiera realizado un ilícito administrativo o existieran indicios suficientes de la realización de un hecho punible. En esos casos, existirán méritos para dar por concluida

la auditoría, al menos, con respecto a dichas hipótesis y elaborar un informe final al respecto. Algo que ocurre también a menudo, lastimosamente, es que se agotan las diligencias posibles y no se generan los indicios suficientes de ilícitos como para recomendar sumario ni formular denuncia penal, pero tampoco se descartan todas las hipótesis que generaron los méritos para auditar.

Entonces, eso hace que existan méritos para concluir la investigación, si no tenemos nuevas diligencias o nuevos procedimientos que razonablemente nos permitan obtener nuevas evidencias.

También, se debe tener en cuenta que los recursos son escasos y que, por ende, se deben utilizar racionalmente. Tenemos que ser bastante cautos en la selección de los hechos que van a formar parte de la investigación de la auditoría forense, porque, si “llenamos de casos” a un órgano de recursos limitados, lo que vamos a hacer es perjudicar su funcionamiento.

Por lo tanto, hay que establecer muy bien cuáles son los casos a partir del estándar, y cuáles van a ser los criterios que van a hacer que nosotros seleccionemos los casos que van a ser auditados y profundizados, y cuáles, a pesar de existir indicios por una cuestión de una política sancionatoria de la institución, van a ser dejados de lado por falta de recursos para profundizarlos. Hay que ser bien sinceros, objetivos e inteligentes en el uso de los recursos.

Finalmente, se elabora el reporte de la investigación que tiene que tener no solamente la conclusión del auditor, sino sobre todo, cuando se trata de un reporte en el cual se concluye que ha habido o se considera que se tiene evidencia suficiente de que ha habido un ilícito, el elemento fundamental es el relato de hechos, eso es lo más importante de una denuncia.

En una denuncia se puede obviar la calificación legal, puede uno no presentar evidencias (que sería muy irresponsable). Pero lo que no puede faltar en una denuncia es el relato de hechos, porque eso es lo básico de una denuncia.

La denuncia es comunicar a un órgano de persecución penal, o a alguien que puede tomar medidas al respecto, algo que ha ocurrido que sería ilícito. Y esos son hechos humanos o conductas que se considera han violado normas.

Si se trata de un órgano de auditoría forense lo ideal es que esa presentación de los hechos se haga también con las evidencias que respaldan esos hechos, y que indican que son hechos que se exponen, que no surgieron de la imaginación de los auditores, sino que existen elementos objetivos que indican que esos hechos han ocurrido de esa manera, por lo que se someten a consideración del órgano destinatario del informe final.

CONCLUSIONES

En esta unidad de estudio hemos presentado elementos básicos del trabajo de los auditores forenses: los hechos, los indicios, las evidencias, y hemos descrito cómo interactúan estos elementos en el marco de una investigación forense.

Estos elementos son fundamentales para tomar la decisión de iniciar la auditoría forense, son fundamentales para verificar si hay méritos para continuar la auditoría y para concluirla, y , son fundamentales, también, para hacer un informe final o un reporte de auditoría forense.

ÍNDICE

1. Utilidad.....	77
1.1. Dos aspectos generales en la planificación de la auditoría forense	77
1.2. La planificación	77
1.3. Pasos para planificar y construir hipótesis	78
1.3.1. Examinar o analizar los hechos	78
1.3.2. Ordenar la hipótesis.....	79
1.3.3. Investigar	79
1.3.4. Ejecutar y analizar.....	79
a) ¿Cómo se analiza?	80
1.4. Dictámenes.....	81
2. La auditoría forense como un medio especializado	81
3. Recordemos, ¿que son hechos?	82
3.1. Como analizar los hechos	82
3.2. Construcción de hipótesis.....	83
3.3. Hacer una lista de los hechos	83
3.4. Diferencias entre hechos directos e indicios.....	84
3.5. Redactar las hipótesis con nuestras propias palabras	84
3.6. Priorizar las hipótesis	85
3.7. Construir las hipótesis por áreas	85
3.8. Diferenciar acciones de omisiones	86
3.9. Circunstancias anteriores y posteriores para construir hipótesis	86
3.10. ¿Qué constituye una norma jurídica?	86
4. Identificar evidencias	87
4.1. Trabajo en grupo.....	87

EL INICIO DE LA AUDITORÍA FORENSE

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Identificar los criterios que implican la planificación de un trabajo de auditoría forense.
- Comprender la importancia de la planificación y el análisis detallado para optimizar resultados en una investigación.
- Discernir el rol del auditor forense y el alcance de su trabajo dentro de una auditoría forense.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial de los profesores Claudio Lovera y José Luis Kronawetter realizada el 22/11/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 3: EL INICIO DE LA AUDITORÍA FORENSE

1. Utilidad

Vale la pena insistir en algunas pautas de lo que implica planificar en el tipo de tarea que nos concierne.

Existen algunos puntos particulares muy interesantes en la realización de una buena planificación, cuando se trabaja con hechos concretos, como ocurre en la auditoría forense.

1.1. Dos aspectos generales en la planificación de la auditoría forense

Vale la pena invertir tiempo en el análisis y, en su caso, en la planificación de la auditoría forense.

Hay dos aspectos fundamentales para que esa tarea sea exitosa en dos sentidos.

- a) En cuanto a la obtención de resultados: que la misma no tenga un elevado costo.
Los recursos no abundan en el sector público ni en el privado y no siempre es eficiente utilizar todos los recursos en la verificación de determinadas hipótesis
- b) El otro aspecto es realizar un buen análisis para verificar un hecho en particular.
De esta forma, en lugar de realizar cuatro o cinco diligencias, con un buen análisis y organización podemos realizar la tarea con una o dos diligencias y así ahorramos en recursos.

Cada actividad que se realiza implica la utilización de recursos, por ejemplo, para entrevistar a una persona, se utiliza tiempo en la oficina, el uso de una computadora específica para ese fin, papel, tinta, costos de transporte para llevar una notificación, etc. Por eso es importante realizar buenos análisis y buenas planificaciones, para hacer realmente lo pertinente, en el momento oportuno.

1.2. La planificación

Planificar implica : a) el análisis de los hechos y la construcción de hipótesis; y b) la identificación de los parámetros que utilizaremos en el contexto del proceso de verificación.

Es decir, si creemos que por las características de las hipótesis que estamos elaborando realizaremos una verificación con el fin de poder afirmar al final que un funcionario causó o no un perjuicio patrimonial, debemos volver a rememorar y analizar con el grupo de trabajo qué entendemos por patrimonio y perjuicio patrimonial. Esto, debido a que los tipos penales previstos en el apartado de hechos punibles contra el patrimonio, previstos en el Código Penal, serán los criterios con los que compararemos los hechos ocurridos y detectados.

Un proceso de planificación se inicia con el análisis de las normas penales o administrativas que se considera habrían sido violadas, porque entender los requisitos mínimos de las normas nos dará la pauta de lo que debemos verificar o buscar, ese será el norte.

En otras palabras, si vamos a auditar un caso en el que una de las hipótesis consiste en la realización de un hecho punible de estafa o de lesión de confianza y no nos representamos lo que implica un perjuicio patrimonial en un caso concreto, será muy difícil identificar la totalidad de elementos que debemos buscar, ya que uno de los elementos que componen dichos delitos, es el perjuicio patrimonial. Estos aspectos son sumamente importantes dentro del proceso de planificación.

Entonces, cuando hablamos de planificación y de construcción de hipótesis se pueden identificar conceptualmente algunos pasos que necesariamente debemos realizar en todos los casos.

1.3. Pasos para planificar y construir hipótesis

1.3.1. Examinar o analizar los hechos

Cuando hablamos de auditoría forense, esta se inicia porque se recibió información inicial de la presunta realización de un ilícito. Dicha información puede surgir de otro proceso de auditoría, de una denuncia, o de medios de prensa, o una orden de un superior jerárquico de verificar un punto concreto, es decir, ya ingresa información inicial.

Entonces, el primer paso para un auditor forense es el de examinar o analizar los hechos que se le presentan. A partir de ese análisis hay que formular hipótesis fácticas.

Recordemos que hablar de hipótesis fáctica es como ver la escena de una película y relatarla.

1.3.2. Ordenar la hipótesis

Luego de identificar algunas opciones de hipótesis, el siguiente paso es ordenarlas.

Cuando se realiza un trabajo de verificación, generalmente se hace en grupo. Lo más recomendable metodológicamente es primero escuchar todas las opciones e ideas y anotarlas para luego analizar su relevancia o utilidad, luego ordenarlas y priorizarlas.

Sobre estas bases planificamos las actividades para poder realizar la investigación.

1.3.3. Investigar o realizar procedimientos

Se investiga en dos sentidos, con el mismo fin: para confirmar las hipótesis y para descartar hipótesis, con el fin de esclarecer lo ocurrido

Cuando tenemos poca información, que es lo que suele ocurrir al inicio de un proceso de verificación, una característica es que tenemos varias hipótesis posibles, es decir, cuanta menos información tenemos surgen más hipótesis posibles.

Entonces, debido a que las hipótesis no se pueden investigar todas al mismo tiempo, porque no hay recursos para hacerlo, a veces empezamos a investigar para ir descartándolas y quedarnos con una principal.

Así, entendemos que al investigar no siempre lo hacemos con el objetivo de confirmar la totalidad de las hipótesis, sino que muchas veces empezamos la investigación para ir descartando las menos plausibles y quedarnos en un corto tiempo con algunas principales, donde invertiremos la mayoría de los recursos y el tiempo.

En realidad, solamente hay méritos para investigar o para realizar auditoría forense, cuando al menos una de las hipótesis contiene una posible conducta ilícita. Por ende, si se descartan todas las hipótesis de esa naturaleza, ya no existirán méritos para continuar la auditoría forense y deberá elaborarse el informe final.

1.3.4. Ejecutar y analizar

El siguiente paso implica ejecutar lo planificado, buscar las evidencias, recolectarlas, controlarlas y analizarlas confrontando con las hipótesis planteadas.

Aquí surge un gran problema en el proceso de investigación, y no sólo en auditoría forense, y consiste en que existe una tendencia a confundir investigar o auditar, con acumular papeles. ¿En qué sentido? Planificamos hacer tres entrevistas, planificamos enviar una cantidad de notas para solicitar una cantidad de documentos a tales secciones, pedimos esas informaciones, realizamos esas entrevistas, pero lo que hacemos con el resultado es acumular, acumular, acumular. Cuando creemos haber agotado todas las posibilidades, recién analizamos el resultado, y esto es un error. Si entendemos que una entrevista es importante para esclarecer una hipótesis, es nuestra obligación, luego de realizada la entrevista, analizar en ese momento la información obtenida.

a) ¿Cómo se analiza?

Repetimos los pasos, verificamos los hechos aportados y los analizamos.

Ponemos un ejemplo, si se trata de una entrevista y el entrevistado nos dice: “Me robaron”, no podemos quedarnos con la expresión “me robaron”, debemos ver qué significa “robo” en los hechos para esta persona. Recordemos que es un término jurídico, es una abstracción. Hay muchas formas distintas de “robar” en el día a día y lo que nos interesa no es el término jurídico, sino qué es lo que concretamente ha ocurrido y la forma en que ocurrió aquello que la persona ha calificado como “robo”, en términos coloquiales.

Un celular pudo haber “desaparecido”. Si alguien lo tomó y lo llevó de una mesa, eso tiene consecuencias jurídicas; si alguien lo tomó y lo estiró de la mano de una persona conlleva una consecuencia jurídica distinta. Por ello, lo que verdaderamente es relevante para un auditor forense, es la obtención de la información fáctica - los hechos – de la manera más clara, concreta y precisa posible.

El derecho se aplica sobre un acontecimiento histórico. El derecho se aplica sobre la base de qué conducta en concreto desarrolló una persona.

Es cierto que ciertas características del efecto jurídico también se determinan de acuerdo a ciertas características personales, pero la cuestión se inicia porque se habría realizado una conducta en concreto –que resultaría ilícita - realizada por una persona en particular.

Es la única manera de declarar responsabilidades jurídicas, no importa el tipo de responsabilidad.

1.4. Dictamen. El informe final del auditor forense

Los hechos esclarecidos son los que se necesitan para que un auditor forense genere un informe final. Sobre el informe, podrán dictaminar luego, los encargados del área jurídica.

En el informe final, el auditor forense deberá exponer con claridad los hechos detectados y las evidencias de los que surgen. También deberá exponer el análisis con respecto a la adecuación de las conductas analizadas a las normas que las rigen, en materia administrativa y penal y si se considera que se ha descartado o fortalecido una o varias hipótesis de hechos ilícitos.

En caso de que, del análisis realizado por los auditores surja que se han descartado todas las hipótesis de la realización de ilícitos o que estas no se han podido descartar, pero que tampoco se han podido fortalecer lo suficiente como para recomendar la realización de un sumario o de una denuncia penal, en el informe se deben exponer claramente, la información inicial, las hipótesis iniciales que generaron los méritos para iniciar la auditoría forense, los procedimientos realizados para buscar confirmarlas o descartarlas, las evidencias obtenidas, los hechos que se han podido reconstruir y las conclusiones finales.

De esa manera y, con esos insumos sumados a las normas, el auditor forense expone sus hallazgos, conclusiones y recomendaciones.

2. La auditoría forense como un medio especializado

Lo ideal es reservar los casos en el que existe ya cierta información procesada y esa información podría sostener una mínima sospecha razonable de un fraude. ¿Fraude en qué sentido? En el sentido de actividades que causan perjuicios patrimoniales a las entidades o actividades que maliciosamente distorsionan la información de la entidad.

Muchas veces, en los sistemas de información de las entidades se puede ver datos registrados que no se corresponden con la realidad, eso se puede deber a dos cuestiones: a errores o a conductas que llamamos en el ámbito penal, dolosas, es decir en las que se reconoce que se está distorsionando la información.

¿Por qué es muy importante tener en cuenta es tipo de casos? Porque nos percatamos que hoy en día, por la complejidad del mundo en que vivimos, no existe prácticamente casos en que alguien carga dinero en una mochila y sale corriendo de una institución pública, excepto que ese alguien sea una persona afectada en sus capacidades intelectuales.

Lo que primero se hace es debilitar expreso (adrede) los sistemas de control para dificultar que los hechos sean detectados. Entonces, esa es información que generalmente lleva a hacer una verificación en cuanto a fraudes, en el contexto de perjuicios patrimoniales.

Por ende, siempre hay que prestarle un poco más de atención a esos casos en los que uno puede observar a veces “debilidades”, pero que generan la sensación de que son debilidades causadas intencionalmente.

3. Recordemos, ¿que son hechos?

Son acontecimientos del presente o pasado que ingresan a la realidad. Y, por ende, son susceptibles de ser comprobados por medio de las evidencias.

Los hechos pertenecen al mundo exterior y al mundo interior. Lo que una persona se representa en un momento determinado también son hechos, es por eso que cuando trabajamos en auditoría forense y analizamos responsabilidades no debemos quedarnos sólo con la verificación de esa circunstancia en concreto, sino que de igual forma es importante verificar si hubieron, por ejemplo, otros informes de auditoría anteriores en los cuales se le hacía advertencia a esa área de que cierto comportamiento que se está repitiendo podría culminar en tal cuestión, porque si hubieron advertencias previas.

Esto es muy útil cuando se discuten relevancias y aplicaciones de consecuencias jurídicas, ya que muchas veces las personas pueden afirmar no estar en conocimiento de alguna norma, cuando en realidad, al realizar una verificación completa podemos encontrar varios informes anteriores donde consta que ya fue advertida varias veces, es decir, la persona sí tenía conocimiento.

3.1.Cómo analizar los hechos

Para analizar los hechos, lo primero que debemos hacer es leer varias veces la información que se nos presenta, y no debemos temer leer en voz alta, ya que la lectura en voz alta nos permite identificar las características de lo que estamos leyendo, nos permite saborear las palabras.

En una entrevista, utilizando siempre el ejemplo del robo, si la persona nos dice, “Me robaron”, debemos tomarnos el tiempo de preguntar y pedir que nos explique lo que ocurrió concretamente. “Entraron a mi casa cuando estábamos de viaje y se llevaron todos los muebles”, esto es lo que nos interesa; si el entrevistado le llama robo, hurto, etc., ya no es relevante, lo que es útil para el auditor forense, es el acontecimiento histórico.

Entonces, en este sentido, interpretar significa tratar de llegar al hecho hasta representarse lo que ocurrió históricamente y a partir de ahí volver a procesar la información que obtuvimos y escribirla en términos exclusivamente fácticos.

3.2. Construcción de hipótesis

Nunca se construyen hipótesis utilizando términos técnicos o términos jurídicos. Los términos técnicos y jurídicos son abstracciones y, por ser abstracciones, en la realidad pueden tener distintas formas de presentarse. Lo que nosotros buscamos es la forma en que se presentaron en el día a día.

Entonces ésta es una regla de oro: Jamás se construye una hipótesis con términos jurídicos o técnicos.

Cuando hablamos de hipótesis tenemos que hablar de cuestiones fácticas, ni siquiera en un homicidio -que nos parece tan sencillo-, podemos construir hipótesis sobre la base de abstracciones. Todo nuestro campo normativo, sin importar el ámbito que sea, está constituido en bases a conceptos.

Cuando investigamos, no buscamos conceptos, buscamos realidades, después viene la tarea de comparar esas realidades frente a los conceptos.

Volvemos a repetir, un hecho puede llamarse jurídicamente como se llame, el aporte está en el esclarecimiento, en los hechos concretos.

3.3. Hacer una lista de los hechos

Cuando analizamos los hechos en el contexto de elaboración de hipótesis, siempre es muy importante que podamos listar esos hechos y hacer el siguiente análisis:

Los hechos se pueden presentar de tres maneras, dependiendo de la cantidad de información a considerar:

- Hechos que efectivamente acontecieron.
- Hechos que se considera que no sucedieron.
- Dudas con respecto a si los hechos ocurrieron o no.

Es importante identificarlos porque eso nos permitirá organizar el proceso de verificación, es decir, ¿cuándo hablamos de hechos que no ocurrieron?, ¿Cuándo hablamos de hechos que ocurrieron? ¿Cuándo tenemos dudas si ocurrieron o no?, esto es por un lado.

3.4. Diferencias entre hechos directos e indicios

Por otro lado, entre los hechos que identificamos debemos diferenciar entre hechos directos e indicios.

El hecho directo es aquel que responde de manera directa al elemento que estamos verificando, por ejemplo, se pagó de tal cuenta cien millones de guaraníes, eso influye en la constitución del patrimonio, si estamos investigando un perjuicio patrimonial, es un hecho directo.

Un indicio es un hecho que nos permite inferir otro hecho que es de nuestro interés.

Entonces, la importancia de diferenciar entre hechos directos e indicios radica en que, por lo general, un sólo indicio es insuficiente para afirmar un hecho -no es una regla que se da en el 100% de los casos-, pero debemos recalcar que cuando tenemos un indicio que señala la posibilidad de un hecho, si queremos realmente acreditarlo debemos buscar otros indicios más o una evidencia que lo demuestre, en forma directa.

Son muy pocos los casos en que un sólo indicio sea suficiente para acreditar un hecho.

3.5. Redactar las hipótesis con nuestras propias palabras

Y, cuando formulamos una hipótesis debemos hacerlo con nuestras propias palabras. Es decir, el denunciante nos puede plantear un acontecimiento, el informe de otra área nos puede plantear un acontecimiento, el informe previo de auditoría también nos puede plantear un acontecimiento, pero cuando construimos una hipótesis lo hacemos con nuestras propias palabras y según con lo que pudimos interpretar porque es con lo que vamos a trabajar.

Insistimos que al redactar hipótesis, jamás se debe utilizar términos o conceptos jurídicos o técnicos.

Algunas palabras, en nuestro idioma, muchas veces no tienen un significado unívoco. Entonces, también debemos evitar en la construcción de hipótesis, aquellas palabras que pueden tener más de un significado. Debemos ser precisos para poder entender con qué estamos trabajando y no solamente por uno mismo, sino porque el trabajo es en grupo y debemos llegar a un consenso en cuanto a lo que estamos verificando.

3.6. Priorizar las hipótesis

Como vimos anteriormente, cuando tenemos poca información se disparan varias hipótesis, es decir, mientras menos información tenemos, surgen más cantidad de hipótesis posibles.

Así, lo que necesitamos es identificar la totalidad de las hipótesis plausibles, ordenarlas y priorizarlas y entender que muchas veces una investigación o una auditoría forense, a veces se inicia descartando hipótesis, no necesariamente con el objetivo de confirmarlas. Descartar hasta quedarnos con una o más hipótesis principales. Salvo que hubiéramos descartado todas las que contienen una posible conducta ilícita.

Priorizamos cuando ordenamos las hipótesis, si tenemos una hipótesis que señala que se causó un perjuicio patrimonial versus otra hipótesis en la cual observamos que alguien hizo todo lo posible para causar un perjuicio pero no lo consiguió, ¿cuál es la prioridad? La causación de perjuicio, a eso se llama consumación. Se produjo en ese caso el resultado.

Entonces, esa es la hipótesis que empezaremos a profundizar y si no ocurrió, nos preocupamos por la siguiente, porque tienen implicancia jurídica distinta. Siempre debemos empezar por la que está más cerca del resultado, porque eso influirá en las demás hipótesis.

3.7. Construir las hipótesis por áreas

Un tema importantísimo en el sector público o en el sector de las organizaciones, es cuando, en un proceso de compra donde generalmente intervienen varios departamentos y varias personas dentro del departamento, jamás debemos hacer una hipótesis por la totalidad del proceso, sino elaborar la hipótesis por áreas e incluso por persona, debido a que la auditoría forense implica verificar acontecimientos históricos que generan responsabilidades; las responsabilidades en cualquier ámbito, penal, civil, administrativo o político se aplican sobre la base de conductas en concreto.

Entonces, si pretendemos plantear una hipótesis tratando de representar en el total del proceso con todos los departamentos que intervinieron y con todas las personas que intervinieron dentro de ese proceso, es un error.

Debemos trabajar sobre las conductas en concreto que creemos que sucedieron en cada parte de ese acontecimiento, en relación a determinadas personas.

Cabe recordar que las conductas pueden constituir acciones o pueden también constituir omisiones, el dejar de hacer algo en concreto en un momento determinado teniendo la posibilidad de realizarlo, también es una conducta.

Por eso es importante invertir tiempo en la planificación, porque si no tenemos claridad en lo que estamos buscando no podremos llegar a una conclusión clara.

3.8. Diferenciar acciones de omisiones

Otra pauta importante cuando elaboramos hipótesis es que, en una misma hipótesis jamás debemos mezclar una acción con una omisión.

Si entendemos que una persona intervino en dos oportunidades en un proceso, en una oportunidad intervino realizando una acción y en otra oportunidad lo hizo realizando una omisión, tenemos que hacer una hipótesis por cada conducta.

Trabajar con acciones y trabajar con omisiones son cosas completamente distintas, tienen estructuras lógicas completamente diferentes.

3.9. Circunstancias anteriores y posteriores para construir hipótesis

Cuando se construye hipótesis, no solamente hay que hacerlo considerando la conducta en concreto, sino también las circunstancias que acontecieron antes, las circunstancias que son concomitantes a la conducta y también las circunstancias que pudieron acontecer después, todo esto nos permite reconstruir un caso.

3.10. Qué constituye una norma jurídica

Cuando hablamos de normas jurídicas no hacemos referencias a artículos, sino a parámetros que vamos a utilizar.

Por ejemplo, si construimos la hipótesis de que un funcionario causó un perjuicio patrimonial, la norma será entonces qué es perjuicio y cómo se configura, qué es patrimonio y a partir de ahí comprender lo que es perjuicio patrimonial; además de verificar los deberes de ese funcionario y determinar cómo se causó el perjuicio.

En pocas palabras, se debe designar una norma jurídica bajo la cual se considera que la hipótesis pueda adecuarse.

En Paraguay, el sólo hecho de causar un perjuicio patrimonial no es suficiente para hablar de relevancia penal, es muy importante determinar además cómo se causó ese perjuicio.

4. Identificar evidencias

Al planificar, también tenemos que organizar e identificar las evidencias con las cuales ya contamos y determinar si ya son suficientes para acreditar hechos, para no duplicar el trabajo.

Recordemos que en la auditoría forense hay un previo ingreso de información y generalmente esa información ya viene incorporada con algo de evidencia. Las listamos y analizamos cuál es pertinente y cual no; de esta forma se priorizan y determinan las tareas.

4.1. Trabajo en grupo

Si trabajamos en grupo, distribuir tareas no significa solamente asignar quien lo va a realizar, implica asignar quién lo va a hacer y cuándo lo va hacer.

Luego, preocuparnos, como superior, de la llegada de esa fecha y si la persona no vino a rendir cuentas de lo que hizo, debemos ocuparnos de preguntar; porque tampoco es un buen supervisor el que asigna una fecha y ésta pasa y uno siempre sabe que el jefe nunca se da cuenta que la fecha pasó.

Es decir, no sólo distribuir las tareas es importante sino también controlar si se cumplen los plazos.

ÍNDICE

1. Introducción	95
2. Estructura de los hechos punibles	95
2.1. Relevancia penal o administrativa de un caso.....	95
2.2. Aspecto objetivo y subjetivo de la tipicidad.....	95
2.3. Antijuridicidad	96
2.4. Análisis de la reprochabilidad.....	96
2.5. Punibilidad.....	96
3. Aplicación de medidas	97
3.1. Medidas de mejoramiento y de seguridad	97
3.2. Medidas de vigilancia	97
4. Hechos punibles contra la propiedad.....	97
4.1. Derecho de propiedad	97
4.2. El daño	98
4.3. La cosa ajena	98
4.4. Destrucción y daño.....	99
4.5. Sanción administrativa y penal.....	99
4.6. La apropiación	99
4.7. Hurto, posesión y apropiación	99
4.8. Posesión civil y posesión penal.....	100
4.9. Otros hechos punibles.....	100

HECHOS PUNIBLES CONTRA LA PROPIEDAD. DAÑO, APROPIACIÓN, HURTO Y ROBO

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial del Abg. Ricardo Preda del Puerto. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 4: HECHOS PUNIBLES CONTRA LA PROPIEDAD. DAÑO, APROPIACIÓN, HURTO Y ROBO

1. Introducción

Esta unidad se refiere a los hechos punibles contra la propiedad. Los órganos de control internos o externos (como la Contraloría General) al realizar sus tareas específicas pueden encontrarse con indicios de estos hechos punibles.

2. Estructura de los hechos punibles

Los hechos para ser punibles requieren la concurrencia de determinados presupuestos, por tanto, de no ser así, el hecho no tendrá relevancia para el ámbito penal, aunque podría tener relevancia para otro ámbito del derecho.

2.1. Relevancia penal o administrativa de un caso

Un hecho puede no tener relevancia penal, pero esto no significa que no tenga una relevancia en el ámbito administrativo. Las siguientes reflexiones se limitan a los hechos punibles, sin entrar a analizar si eso podría o no tener relevancia administrativa.

Una conducta es típica cuando se corresponde con una descripta en el Código penal o en otra ley especial.

El juzgamiento de hechos punibles se hace a través del sistema jurisdiccional. En el ámbito de la sanción administrativa la aplicación la hace, un órgano administrativo. No lo hace el órgano jurisdiccional, aunque eventualmente podría llegar un caso de esta naturaleza a conocimiento de un órgano jurisdiccional, a través de una acción contenciosa.

2.2. Aspecto objetivo y subjetivo de la tipicidad

La ley penal describe aspectos del mundo exterior, así como momentos internos del autor. Los elementos que describen los primeros componen el tipo objetivo, mientras que los segundos el tipo subjetivo.

Por ejemplo la descripción del homicidio presupone, en un plano objetivo, la existencia de una persona viva, cuya muerte es causada por otra persona. Se atribuye generalmente la causación, cuando al suprimir mentalmente a la persona del autor el resultado concreto (en este caso la muerte) desaparecería.

En un plano subjetivo, los hechos punibles contra la propiedad requieren que autor obre dolosamente. Para decir que hay dolo, para quedar en el ejemplo del homicidio, el autor debe saber que una persona está viva y representarse al menos como posible que esta persona moriría, como consecuencia de su conducta.

2.3. Antijuridicidad

La antijuridicidad del hecho puede afirmarse, cuando no concurre una denominada causa de justificación. Causas de justificación son por ejemplo la legítima defensa y el estado de necesidad.

Además de las mencionadas, pueden haber otras causas de justificación en otras leyes o en otras reglas de mayor jerarquía.

En el ámbito de los hechos punibles contra la propiedad, más aún en el ámbito del control del funcionario, difícilmente alguien invoque causas de justificación.

2.4. Análisis de la reprochabilidad

El siguiente paso en el análisis es la reprochabilidad que según el Código penal es la capacidad de conocer la antijuridicidad del hecho y de comportarse conforme a este conocimiento.

Se requiere que el ciudadano conozca o haya podido conocer que su comportamiento estaba prohibido. No hace falta que el ciudadano sepa que hay, por ejemplo, un artículo 161 CP que habla del hurto.

2.5. Punibilidad

Los denominados “demás presupuestos de la punibilidad” se refieren a presupuestos distintos a los de la tipicidad, la antijuridicidad y la reprochabilidad.

Estos presupuestos tienen que ver con una decisión de política criminal del Estado, en la que para castigar una conducta se tiene que dar cierta situación. También puede darse el caso en que si bien la conducta es típica, antijurídica y reprochable, el legislador establece que no puede ser punible si no se da cierta condición, y establece causas para excluir la punibilidad; como por ejemplo, la prescripción, si transcurrió un tiempo dado puede no poder perseguir más un hecho, aunque éste sea típico, antijurídico, y reprochable.

De lo dicho hasta aquí puede derivarse que un hecho para ser punible debe ser típico, antijurídico, reprochable y, en su caso, reunir los demás presupuestos de punibilidad.

3. Aplicación de medidas

El Código Penal adopta un sistema denominado de doble vía en cuanto a las consecuencias: penas, por un lado y medidas, por el otro. Para aplicar una medida, constituyen los primeros presupuestos que la conducta sea típica y antijurídica.

3.1. Medidas de mejoramiento y de seguridad

Las medidas pueden ser de mejoramiento o de seguridad; las que son de mejoramiento por ejemplo son para los toxicómanos para que se recuperen o para las personas con problemas mentales.

Por otra parte están las medidas de seguridad que se traducen en la internación en establecimientos de seguridad.

3.2. Medidas de vigilancia

También existen medidas de vigilancia. Por ejemplo la imposición a un hinchado de fútbol de presentarse todos los domingos a la comisaría, cuando juega su equipo.

4. Hechos punibles contra la propiedad

Todo hecho punible tiene que estar fundado en la protección de un bien jurídico. No debe prohibirse o mandarse un comportamiento por mera ocurrencia.

4.1 Derecho de propiedad

Cuando se comete un hecho punible contra la propiedad no se extingue el derecho mismo, sino que se afecta su ejercicio. Si a alguien le es sustraído un auto, no significa que ha perdido la propiedad sobre el mismo, sino las posibilidades de su ejercicio.

De la misma manera si alguien daña un objeto ajeno, permanece el derecho de propiedad, pero las posibilidades de uso han sido mermadas.

Entonces cuando se habla de proteger la propiedad, se habla de velar por las posibilidades de su ejercicio.

En contra de la voluntad del dueño, se puede perder la propiedad de dos maneras: Expropiación y Sentencia judicial. Por ejemplo, si se ejecuta un pagaré y no tenemos fondos en el banco y nos arrebatan la casa, aunque no queramos firmar la escritura, ya que la puede firmar el juez de la ejecución y de ese modo nos pueden privar de la propiedad.

La expropiación y la sentencia judicial son los dos únicos casos en los que nos pueden privar del derecho a la propiedad.

4.2 El daño

El primer hecho punible que trata el capítulo de Hechos Punible Contra la Propiedad es el daño. El daño está previsto en el artículo 157 del Código penal.

El Código penal tiene una regla general en el artículo 17 inciso primero, que debe concordarse con el art. 157 inc. 1 CP. Entonces esta disposición debe ser leída de la siguiente manera “el que dolosamente destruyera o dañara una cosa ajena”.

En el art. 157 CP se describe la destrucción y el daño de una cosa ajena. Se requiere un objeto, una cosa ajena. Este objeto debe destruirse o dañarse. De esto se deriva la necesidad de un nexo causal.

4.3 La cosa ajena

El bien sería un género y la cosa sería una especie dentro de ese género, porque como bienes se puede definir tanto las cosas como los derechos. Entonces si decimos bien en realidad estamos subiendo un peldaño, o sea nos estamos refiriendo a la parte más general.

Una cosa es un objeto tangible. Como nuestro código penal protege la propiedad es irrelevante si tiene un valor económico o no la cosa, porque protege la propiedad, es decir el derecho sobre la cosa.

La cosa es ajena cuando pertenece a una tercera persona independientemente que la primera no sepa quién es esa tercera persona.

No es lo suficientemente preciso definir lo ajeno como lo que no es del autor, ya que hay cosas que no son mías, ni pertenecen a otra persona.

4.4 Destrucción y daño

Destruir es inutilizar definitivamente la cosa. La relación de destrucción y daño es una de grado, o sea la destrucción es el mayor grado de daño.

El daño es afectar una cosa en su esencia o en sus capacidades de utilización.

Podría suceder que algún chofer de una institución esté disconforme porque no recibió el ascenso y a propósito choque el auto; o también que en una huelga funcionarios pinchen las ruedas a los vehículos para que no salgan.

Si un funcionario, sin querer enchufa la impresora y la quema, eso no puede tener una relevancia penal, porque no actuó como dice el tipo penal con dolo.

4.5 Sanción administrativa y penal

Si una persona daña o descompone la impresora, eso amerita una sanción administrativa por negligencia que puede ser una multa, pero no es razón para echar a alguien porque enchufó mal la impresora, en todo caso para exigirle que compre una nueva computadora, impresora, etc.

4.6 La apropiación

En la apropiación se requiere una cosa mueble como objeto.

Mueble es algo que se puede trasladar de un lugar a otro. Una vaca es por ejemplo una cosa mueble. Hay que desplazar al propietario en el ejercicio de ese derecho.

Por ejemplo si nos presentan un libro y le ponemos nuestro sello, ésto suele aceptarse ampliamente como un acto de apropiación.

4.7 Hurto, posesión y apropiación

En el caso del hurto no basta con sustraer una cosa mueble ajena, sino además que el autor obre con la intención de apropiarse.

En el caso del hurto se requiere que haya una sustracción, un cambio de posesión de la cosa mueble. Termina la posesión de uno y se asegura la posesión de otro.

En el caso del hurto, si bien siempre se tiene que comenzar por considerar el tipo objetivo, no nos confundamos con lo que dice el artículo en cuanto a “con la intención de apropiarse”, porque no se refiere a que efectivamente alguien se apropie, basta con que tenga la intención de apropiarse y esto es un elemento subjetivo adicional.

El cambio de posesión se da cuando el autor gana una posesión.

4.8 Posesión civil y posesión penal

Si alguien toma la billetera que se encuentra en el interior de las prendas de alguien que acaba de fallecer, con la intención de quedarse con ella; se plantea la pregunta si ha existido un quebrantamiento de una posesión.

La respuesta es negativa, ya que los muertos no poseen voluntad y con ello falta un presupuesto para una posesión en el sentido del derecho penal.

En el ámbito del derecho civil, existe una ficción, en el sentido que en el caso de la muerte la posesión sobre sus cosas pasa a sus herederos. De esto se sigue que el concepto de posesión en el ámbito civil y el de la posesión en el ámbito penal no siempre coinciden.

Otro ejemplo: en el ámbito civil se parte de la idea de que el locador tiene la posesión del objeto. En el ámbito penal la posesión la tiene el inquilino.

Un criterio para diferenciar un hurto y una apropiación es el elemento de la sustracción.

4.9. Otros hechos punibles

En el robo los medios de la amenaza o la fuerza están vinculados funcionalmente con el hurto, o con la sustracción con ánimo de apropiación.

El hurto de uso no se encuentra penado en nuestro sistema, salvo el uso no autorizado de un vehículo automotor. Por ejemplo si yo llevo la computadora del trabajo a mi casa y la uso para mi trabajo doméstico, eso es un hurto de uso. Eso no se castiga.

El automotor es aquel que tiene una autopropulsión. Si queremos llevar esa definición a una cuestión más restringida, tal vez la lleve a la ley del registro automotor que enumera cuáles son los vehículos que se consideran que deben ser inscriptos y por lo tanto podría inferir que son vehículos automotores.

Se trata de un delito de acción privada. Tiene que haber querrela de parte, pero en realidad esa regla se vence con el Código Procesal diciendo que si la víctima es el Estado, quien ejerce la acción penal en nombre del Estado siempre es el Ministerio Público, por lo tanto un hecho punible cometido contra el Estado debería ser perseguido por el Ministerio Público.

Un uso no autorizado, no es simplemente cuando alguien no dio permiso, sino también cuando se sale del permiso. Si me dicen que puedo hacer un viaje de aquí a Ciudad del Este (CDE) y de paso me voy a Encarnación a visitar a un amigo, el viaje de aquí a Encarnación es un uso no autorizado.

Generalmente para dejar bien en claro cuál es la ruta, se escribe cual es el itinerario y también la cantidad de kilómetros.

Caso 1:

Pedro es el jefe de depósito del MOPC, según el manual de funciones, tiene como obligación verificar los insumos recibidos, así como los que de ahí son llevados a las respectivas reparticiones de la institución.

El 25 de abril de 2011, firmó la recepción de 100 cubiertas para un camión tipo 26-1100 proveída por la empresa ROTAR S.A. No obstante, según lo pudo constatar la auditoría interna el inventario realizado el 20 de julio de 2011, en stocks se hallaban 35 cubiertas, y como entregadas 35 cubiertas.

Los funcionarios encargados de descargar los productos y ubicarlos en el depósito indicaron que ellos contabilizaron solo 70 cubiertas y que las instalaciones no dan para almacenar más que esa cantidad. Con el acta de recepción y la respectiva factura, Julio, administrador del MOPC, pago la suma de Gs. 100.000.000 a la empresa.

Consideraciones sobre el caso

Estaríamos ante indicios de un hecho punible contra el patrimonio. No hay propiamente un delito contra la propiedad porque nunca existió el total de 100 cubiertas. Solamente se recibieron 70 cubiertas.

Se usó el acta de recepción para cobrar 100 cubiertas. No es la propiedad lo que se afecta, sino el patrimonio; se pagó como 100 cuando en realidad solamente se recibieron 70.

Si se hubieran recibido 100 y el funcionario se llevaba 20 a su casa y las vendía, entonces ahí sí habría un delito contra la propiedad.

Caso 2:

Víctor es chofer del camión Ford F 12000, numero de orden 1089. A dicho vehículo se le habían colocado el 30 de abril de 2011 cuatro cubiertas nuevas tipo 26-1100. El 3 de junio de 2011 Víctor lleva el camión a la gomería “el clavito” y le dice a Raúl, dueño de la misma, si no quería adquirir las cuatro cubiertas por Gs. 1.500.000, más proveerles cuatro cubiertas usadas que tengan en su stock. Raúl accede el negocio y adquiere las cubiertas.

Consideraciones sobre el caso

Habría un delito contra la propiedad, en el momento que le dice a Raúl te vendo las cubiertas.

Caso 3:

Pedro es asistente fiscal de la unidad penal N° 60 de Caaguazú, a él le asignaron una computadora portátil de la marca HP, la cual habitualmente llevaba a su casa para realizar los trabajos prácticos de un postgrado que se encontraba cursando, además de algunas tareas propias de la oficina.

El 23 de julio de 2010, se decide realizar un inventario en la oficina, justo ese día, Pedro olvidó la computadora en casa.

Consideraciones sobre el caso

Pedro se olvidó la computadora en casa. No existiría una apropiación, ya que no existe una voluntad de desplazar al titular del objeto.

ÍNDICE

1. Concepto de patrimonio	109
1.1. Teoría económica del patrimonio	109
1.2. Principio del saldo.....	109
1.3. Herramientas metodológicas: preguntas claves	109
1.4. Valor nominal y valor real.....	110
2. Hechos punibles contra el patrimonio.....	110
2.1. ¿Qué es una declaración?	110
2.1.1. Declaración expresa	110
2.1.2. Declaraciones por actos concluyentes	110
2.2. Hechos y pronósticos.....	111
2.3. Diferencias entre hechos y juicios de valor	111
2.4. Errores	111
2.5. Disposición patrimonial.....	111
2.6. Perjuicio Patrimonial	112
3. Elementos Subjetivos en una estafa.....	112
3.1. Beneficio patrimonial indebido	112
4. Estafa mediante sistemas informáticos	113
4.1. Uso de datos falsos o incompletos	114
4.2. Uso indebido de datos	115
4.3. Desvío de dinero a través del uso de software	115
4.4. Influencia en el procesamiento de datos.....	115
5. Lesión de confianza	116
5.1. La calidad de garante	116
5.2. Interés patrimonial relevante.....	117
5.3. Omisión. Situación típica. Ejemplos.....	118
6. Casos.....	119
6.1. Caso 1	119
6.2. Caso 2	120
6.3. Caso 3	121

HECHOS PUNIBLES CONTRA EL PATRIMONIO. LESIÓN DE CONFIANZA Y ESTAFA

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Entender el concepto de patrimonio y todo lo que lo constituye.
- Conocer el alcance de los hechos punibles contra el patrimonio y los elementos que los componen
- Diferenciar las características entre la estafa y la lesión de confianza

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial del profesor Ricardo Preda realizada el 08/11/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 5: HECHOS PUNIBLES CONTRA EL PATRIMONIO. LESIÓN DE CONFIANZA Y ESTAFA

El derecho de propiedad forma parte del derecho patrimonial. Puede haber conductas que atacan al derecho patrimonial y no a un derecho de propiedad.

1. Concepto de patrimonio

El concepto de patrimonio más aceptado es el que está relacionado al concepto económico, que lo describe como la suma de todos los bienes patrimoniales pecuniarios correspondientes a una persona.

Cuando hablamos de bienes también debemos hablar de posiciones patrimoniales, porque hay veces que podemos ejercer cierta posición sobre un objeto que tiene un valor patrimonial. Por ejemplo un teléfono hurtado. El ladrón puede usarlo o venderlo.

1.1. Teoría económica del patrimonio

Lo que se denomina la teoría económica del patrimonio, incluye las cosas materiales y las inmateriales que son, por ejemplo, los derechos. No podemos apropiarnos de la cuenta de alguien, no podemos apropiarnos, por ejemplo, de dos millones de guaraníes depositados en una cuenta, estos son simplemente valores, derechos, no son cosas tangibles.

1.2. Principio del saldo

Para determinar si hay un perjuicio hay una regla metodológica llamada principio del saldo.

En cuanto al saldo, sabemos que parte de nuestro patrimonio es tanto el activo como el pasivo. Nuestro patrimonio disminuye cuando baja el activo o cuando sube el pasivo.

1.3. Herramientas metodológicas: preguntas claves

En virtud al principio del saldo hay que establecer: qué salió del patrimonio y qué ingresó al patrimonio. Luego hay que establecer cuánto vale lo que salió y lo que ingresó. Si estas prestaciones se compensan económicamente, no existe inconveniente. Si lo que salió vale más de lo que ingresó, entonces puede afirmarse un perjuicio.

1.4. Valor nominal y valor real

Un pagaré de cien millones firmado por el que cuida autos en la esquina tiene el valor nominal de cien millones, pero ¿cuál es el valor real? Tal vez no sea cero, pero tampoco será cien millones. Es lo que quizá una entidad le pueda dar como descuento por ese documento. No interesa el valor nominal, lo importante es el valor real.

Cuando nos preguntamos ¿cuánto vale lo que salió? decimos que vale cien millones. Cuando nos preguntamos ¿cuánto vale lo que entró? Debemos determinar cuánto cuesta el pagaré. Una vez que vemos el valor de lo que ingresó, se puede estimar el saldo.

2. Hechos punibles contra el patrimonio

Existen varios hechos punibles contra el patrimonio, uno de ellos es la Estafa. Los siguientes son sus elementos.

2.1 ¿Qué es una declaración?

Declarar es comunicar una idea y esa declaración puede hacerse de manera expresa o a través de actos concluyentes.

2.1.1. Declaración expresa

Declarar de manera expresa sería, por ejemplo, si decimos, “está a punto de llover”; también podemos hacer la misma declaración escribiendo en el pizarrón “está a punto de llover”. Otra forma de declaración expresa es también haciendo una seña, mostrando que va a llover, es decir, podemos declarar una idea de diferentes maneras.

2.1.2. Declaraciones por actos concluyentes

Por otro lado, a diferencia de las declaraciones expresas, están las que se denominan declaraciones por actos concluyentes.

Las declaraciones por actos concluyentes son las que se dan a través de ciertos comportamientos que son interpretados de una misma manera por todas las personas. Un comportamiento, si bien puede ser la declaración expresa de una idea, también puede ser un acto concluyente de otra cosa.

Si entramos a un hotel y pedimos una habitación es una declaración expresa. Pero al mismo tiempo, esa declaración y esa conducta de ingresar al hotel también expresan nuestra voluntad de pagar, es decir, cuando vamos a un hotel y pedimos una habitación no es necesario aclarar que vamos a pagar por la misma.

Una declaración no es sólo aquella que se hace de manera expresa, sino también la que se hace con actos concluyentes. Son comportamientos que encierran por sí mismos un significado declarativo y así se interpretan en el tráfico.

2.2. Hechos y pronósticos

Por su parte, las declaraciones deben referirse a hechos.

Recordemos que los hechos son circunstancias, acontecimientos, comportamientos del pasado o del presente; tanto lo que ocurre externamente, como lo que ocurre internamente.

Lo que estamos pensando también es un hecho, obviamente es más difícil de corroborar que un hecho externo, pero igualmente es un hecho. En cambio, lo que ocurrirá mañana ya no se considera un hecho, sino un pronóstico.

2.3. Diferencias entre hechos y juicios de valor

Se puede predicar que las declaraciones son falsas o verdaderas. En cambio, los juicios de valor no son ni falsos ni verdaderos, son opiniones personales. Decir que algo es lindo o feo no es ni falso ni verdadero, es simplemente nuestra opinión personal.

Hecha esta aclaración, se entiende que para afirmar que hubo una estafa, debe haber una declaración sobre hechos, no juicios de valor.

2.4. Errores

Esta declaración falsa sobre un hecho debe causar un error. Un error es la representación de que lo afirmado se adecua a la realidad, cuando esto no es así. La declaración falsa debe determinar el error, en la realidad o según la representación del autor.

2.5. Disposición patrimonial

Ese error debe a su vez determinar un acto de disposición patrimonial. Una disposición patrimonial no se da solamente a través de una conducta activa, también podemos disponer de

nuestro patrimonial a través de una conducta omisiva. Es decir, podemos disponer de nuestro patrimonio entregando algo o no reclamando algo

Supongamos que ocurre un siniestro. Una persona que tiene asegurado el auto llama a su agente de seguro y dice: “Tuve un siniestro ¿cómo tengo que hacer para anunciar el siniestro y para que me lo reconozcan en el seguro?”, - El agente responde que con comunicarle a él, ya es válido. Pero en realidad, para que valga la póliza es a través de un escrito, ya sea por telegrama o a través de una carta recibida por la aseguradora. Cuando al mes no hay noticias del seguro, llama el asegurado y reclama el cobro, a lo que ellos responden que la denuncia se debe hacer por escrito y dentro de los cinco días a partir del momento en que ocurrió el siniestro.

2.6 Perjuicio patrimonial

La disposición patrimonial debe determinar un perjuicio patrimonial.

Estos son los elementos del tipo objetivo de una estafa. Luego, debemos hacer el análisis del tipo subjetivo. En el artículo 17 del código penal hay una regla que dice que si no se lee la palabra culposo entonces se entiende que solamente se castiga la conducta dolosa.

Si vemos el artículo 187 CP donde se habla sobre la estafa no encontraremos la palabra culposo, por lo tanto, necesariamente requiere de dolo. Pero además del dolo, la estafa requiere lo que se denomina un elemento subjetivo adicional, que se enuncia como la intención de obtener un beneficio patrimonial.

3. Elementos subjetivos en una estafa

Definiremos ahora estos dos elementos que tiene la estafa.

En el tipo subjetivo, el dolo es saber y querer la circunstancia concreta del hecho. Si bien hay una enunciación muy teórica donde dice: “Conocer y querer los elementos del tipo objetivo”, en realidad es justamente un expresión teórica, porque la expresión práctica debe ser: “Conocer y querer la situación concreta del hecho”.

3.1. Beneficio patrimonial indebido

La intención de obtener un beneficio es suficiente. No es necesario que se obtenga el beneficio. Basta con que al momento de mentir se haya tenido esa intención. Por ejemplo, el autor no obtiene el beneficio porque perdió el bien que se le entregó. Esto es irrelevante, basta que haya tenido la intención de obtenerlo.

La estafa no se consuma con la simple intención de obtener el beneficio, la estafa se consuma con la causación del perjuicio.

Un beneficio es toda mejora que obtenemos, así como un perjuicio es cuando disminuye un activo o cuando se acrecienta un pasivo.

Entonces, obtenemos un beneficio cuando el pasivo baja, librarse por ejemplo de una obligación también es un beneficio, o disminuir esa obligación o tener la intención de disminuirla. Beneficio patrimonial es toda mejora en el patrimonio. Es indebido cuando la otra persona no tiene la obligación de realizar una disposición a mi favor.

El objeto del beneficio debe estar relacionado con el perjuicio. Una persona dice “Fulano tiene un cuadro en su casa. El receptor del mensaje es entendido en cuadros y sabe que si el dueño lo tiene por falso se va a poner tan nervioso que va a romper el cuadro. Le paga cinco mil dólares a otro para que vaya y diga, como experto en arte, que ese cuadro es falsificado”. La persona recibe los cinco mil dólares y va junto a la persona y le dice que ese cuadro se compra en un supermercado, el sujeto se pone nervioso y rompe el cuadro. La persona mintió, el dueño creyó, dispuso de su patrimonio porque rompió el cuadro y sufrió un perjuicio. La persona sabía que estaba mintiendo y que el dueño podía creer, y que eso llevaría a la rotura del cuadro.

En este caso se anheló e incluso obtuvo el beneficio, pero el objeto anhelado no es el que conforma el perjuicio. Entonces no es estafa, porque el beneficio no provino del perjuicio directamente.

4. Estafa mediante sistemas informáticos

Existen figuras que pretenden ampliar el ámbito de protección brindado por el tipo de Estafa. Las mismas se encuentran reguladas en el artículo 188 del Código penal.

En la estafa tiene que haber un error y un error solo lo puede concebir una persona física. No podemos estafar a una persona jurídica; la persona jurídica no puede caer en un error, en todo caso, sí caerá en un error una persona física que dispone del patrimonio de una persona jurídica.

Tampoco las máquinas pueden caer en error, y son estos supuestos abarcados por el artículo 188 CP. En estos casos, no se podría aplicar el tipo de estafa porque no hay nadie que caiga en error, se puede aplicar la estafa en el sistema informático.

Existen varias modalidades. Una modalidad puede ser la programación incorrecta, que se da cuando ingresamos al software mismo de la máquina, eso sería programar incorrectamente.

Por ejemplo, un funcionario ingresa al sistema informático del banco donde trabaja y programa el software cambiando la modalidad de que todo monto que no termina en 000 se desvíe a su cuenta. Entonces, cuando en un ministerio cargan el sueldo de fulano que es 2.555.210, los 210 van a la cuenta del funcionario que cambió el sistema.

¿Cómo funcionaba antes el sistema? Se cargó 2.555.210 y así va a la cuenta del funcionario Pedro, pero ahora para cambiar la forma en que procesa el sistema, ordenamos que lo cargue, pero el monto de esos tres últimos dígitos lo envían a la cuenta del funcionario bancario.

En este caso, es una programación incorrecta, porque esa no es la forma en que funciona originalmente el sistema y para eso tengo que ingresar directamente al sistema de la computadora.

4.1. Uso de datos falsos o incompletos

También se puede dar el uso de datos falsos o incompletos. Cuando decimos datos falsos o incompletos, en el contexto de este artículo, pueden ser utilizados en todas las acepciones posibles, datos como informaciones y como dice en el código penal en el artículo 174, Alteración de datos inc. 3º: Como datos, en el sentido de inciso 1º; se entenderán sólo aquellos que sean almacenados o se transmitan electrónicamente o magnéticamente, o en otra forma no inmediatamente visible.

Un dato es cualquier tipo de información, pero datos en el sentido de lo que expresa aquí son los que se transmiten electrónica o magnéticamente. Si utilizamos una banda magnética que no le corresponde a otra persona, es un uso de datos falso; también lo es cuando digitamos una información incorrecta.

Por ejemplo, si el sueldo de Ricardo es 2.522.423 y le cargamos 2.522.423 a Pedro, eso es un dato o puedo aumentar el sueldo de Ricardo que es de dos millones y cargamos diez millones, es un dato falso, porque el dato correcto del sueldo de Ricardo es dos millones y diez millones es un dato distinto.

Cuando alguien clona una tarjeta es un dato falso, que también ingresa en este concepto de datos, porque acá el concepto de datos no es solamente el del código penal, sino también de lo que dice el diccionario sobre su significado. Datos se refiere a cualquier tipo de información que permita llegar a una conclusión.

4.2. Uso indebido de datos

También el uso indebido de datos es una modalidad. Es uso indebido cuando, por ejemplo, estamos autorizados a usar datos, pero lo hacemos de una manera fuera de lo que nos fue otorgada. Si alguien nos da su tarjeta y su PIN y nos dice, “Utiliza esto para retirar esta suma”. Si nos salimos de esa situación, es una utilización indebida de ese dato.

4.3. Desvío de dinero a través del uso de software

Un grupo de funcionarios fue responsable del extravío de alrededor de 700 millones de guaraníes, modificando el software, desviaban a una cuenta los tres últimos dígitos de los sueldos de unos 30 mil funcionarios, y como la cantidad era pequeña, 100 o 200 guaraníes, no llamaba la atención.

En este caso, la utilización de maniobra no permitida se puede definir solamente como no autorizada, porque no hay una lista de cuáles son esas maniobras.

Las modalidades son cualquiera de las que se mencionaron; basta que sea una. Luego esa modalidad debe tener una influencia dentro de un procesamiento de datos.

4.4. Influencia en el procesamiento de datos

Si, por ejemplo, cambiamos la información del salario de alguien, influye sobre el procesamiento de datos. Esta influencia en el proceso debe a su vez causar un perjuicio patrimonial.

Hemos oído alguna vez que las deudas pueden eliminarse del sistema informático, por ejemplo, un funcionario de IPS puede eliminar una cuenta o un funcionario de la SET puede eliminar la cuenta de un contribuyente.

Hubo también casos en las municipalidades donde se cambió la categoría del barrio donde vivían algunas personas, es decir, si una persona vivía en el centro y resulta que según la categoría cambiada, el barrio era otro donde el impuesto inmobiliario es menor. En este caso, el funcionario que ingresó a modificar ese dato hizo un uso indebido de datos; el dato existe, hay categorías 1, 2, 3, 4 y siendo la categoría 1 la más cara, el funcionario tomó el dato de la categoría 4 y lo cargó a algún inmueble que no le corresponde. Esto influye en el procesamiento de datos, ya que la liquidación de impuestos inmobiliarios que se realizó en el sistema se basó sobre un dato falso. Y por otro lado, hubo un perjuicio patrimonial, porque la municipalidad

tenía derecho a cobrar 1% sobre cien millones y no 1% sobre diez millones. En otras palabras, la institución tenía derecho a cobrar un millón y cobró sólo cien mil, es decir, si existió un déficit hubo un perjuicio patrimonial.

5. Lesión de confianza

La lesión de confianza se da cuando el sujeto que dolosamente, en base a una ley, a una resolución administrativa o a un contrato, haya asumido la obligación de proteger un interés patrimonial relevante para un tercero y causara o no evitara, dentro del ámbito de protección que le fue confiado, un perjuicio patrimonial.

5.1. La calidad de garante

El autor debe tener el deber de proteger el patrimonio y este deber debe ser uno principal. Sabemos que quienes estén en la función pública tienen el deber de proteger el patrimonio del lugar donde se encuentran. Cualquier empleado de una entidad privada tiene el deber de proteger el interés patrimonial de su empleador. Si nos contratan para ser sastre en una sastrería nuestra función principal es hacer sacos y pantalones, aunque también tengamos que protegerlos, porque esa es una regla general en el código laboral, eso no significa que sea nuestra obligación principal, por lo tanto no somos garantes porque nuestra función principal no es esa.

Pero, si nos contratan para administrar la cuenta de la sastrería, la obligación principal es hacer actos de disposición, es decir, manejar el patrimonio, por consiguiente, en ese caso sí somos garantes.

Luego viene el manejo, que implica tomar decisiones pero dentro de un ámbito mucho más restringido. Por ejemplo, le entregamos a alguien diez millones de guaraníes y le pedimos que luego nos rinda cuentas de ello, significa que le estamos pidiendo que lo administre; ahora, si le entregamos diez millones de guaraníes y le decimos, “Cuando llegue la factura de la electricidad, paga con este dinero y a fin de año paga el impuesto inmobiliario”, esto es manejo, no administración, porque no tiene discrecionalidad, es decir, tiene disposición sobre la suma pero solamente para unas cuestiones establecidas, eso es un manejo. Así como también es ser garante del patrimonio, ya hablando en el sentido del código penal.

Y la última forma, es la de cuidado, solamente la de custodiar. Por ejemplo, un síndico no tiene facultad de disponer, pero sí tiene la obligación de custodiar, entonces en ese caso también él es un garante, porque su obligación principal es custodiar el patrimonio, no es una obligación secundaria, por lo tanto él será también un garante.

Decimos entonces que la forma de tener calidad de garante sobre el patrimonio ajeno es, ya sea porque uno lo administra como obligación principal, porque uno maneja parte de ese patrimonio o cuando uno tiene el deber de custodiarlo, por ejemplo, a un sereno se le paga por custodiar, él es así garante del patrimonio.

5.2. Interés patrimonial relevante

El siguiente elemento es el asunto patrimonial ajeno que debe ser relevante. Se refiere a proteger un interés patrimonial relevante para un tercero y cuando expresamos esto no nos referimos a la relevancia del perjuicio, sino al interés patrimonial que garantiza el sujeto.

Ponemos el siguiente ejemplo. Si le damos diez mil guaraníes a una persona que trabaja en nuestra oficina y le decimos, “Con este dinero, te vas a encargar de preparar el tereré de lunes a viernes”. Lo que él tiene sobre este dinero es el manejo, no la administración, porque él no puede decidir qué comprar con ese dinero, no tiene esa facultad. Por otro lado, si la suma de diez mil guaraníes es un interés patrimonial relevante para nosotros, dependerá de la época del mes. En principio, uno podría concluir que no es un interés patrimonial relevante.

Lo peligroso es que el término “interés patrimonial relevante” no es algo objetivo; el interés patrimonial relevante no es igual a un millón de guaraníes, se debe medir utilizando dos criterios, por un lado, el aspecto subjetivo del titular del patrimonio, es decir, proporcionalmente a su patrimonio sin que importe esa suma, y también desde el punto de vista de un tercero. Con esto nos referimos a que depende de un aspecto del titular del patrimonio, por ejemplo, si manejamos cien mil dólares del patrimonio de Bill Gates y causamos un perjuicio, podría no ser relevante para él, pero sí lo será para la mayoría de nosotros.

La bagatela no elimina que la conducta sea típica, solamente diferencia el que va a instar, pero sí puede ser un parámetro interesante porque si ya el Código penal lo toma como tal uno podría decir, “el Código penal no da interpretación a algo que está por debajo de 600 mil guaraníes”.

La causación del perjuicio debe producirse dentro de ese ámbito. Si se lee el contenido del artículo vemos que dice lo siguiente: En base a una ley, a una resolución administrativa o a un contrato, haya asumido la obligación de proteger un interés patrimonial relevante para un tercero y causara o no evitara, dentro del ámbito de protección que le fue confiado. Esto significa que la causación del perjuicio tiene que ser dentro de las actividades que habitualmente desarrolla el garante, como explicamos más arriba.

Si un empleado lleva el auto de la empresa y está molesto porque no lo ascendieron, va y lo choca, es un perjuicio patrimonial, el valor del vehículo puede ser algo relevante dentro del patrimonio de la empresa, pero la causación del perjuicio no lo hizo dentro del ejercicio de su función, porque el ejercicio de función del gerente administrativo no es manejar vehículos.

Por el contrario, si el funcionario gira un cheque contra la cuenta de la empresa, ahí el comportamiento es relevante, ya que esto sí está dentro del ámbito de sus funciones.

El tema de la lesión de confianza es un delito sumamente complejo y para los críticos también tiene muchas cuestiones de atentado contra el principio de legalidad.

En cuanto a la causación dentro del ámbito que le fue confiado, es fácil de identificar que el gerente administrativo que chocó el auto no causó el perjuicio en el mencionado ámbito.

Si el administrador gira un cheque con el cual paga un viaje de su primo, el giro está dentro del ámbito de sus funciones. Lo que entró a cambio de ese dinero no compensa el patrimonio de la empresa.

A nivel del tipo subjetivo basta el dolo, no como en la estafa, en la que además del dolo, se requiere una intención de obtener beneficio patrimonial indebido.

En la lesión de confianza, basta que él sujeto sepa que es garante y que su acto de disposición causará un perjuicio patrimonial, eso ya es suficiente.

No hace falta que el sujeto se beneficie, ni siquiera que tenga la intención de beneficiarse, basta con que haya perjudicado.

5.3. Omisión. Situación típica. Ejemplos

Una situación típica es, por ejemplo, aquella en la que alguien está pataleando en el agua, diríamos una situación típica previa a un ahogamiento.

Una situación típica puede ser sólo el transcurso del tiempo, porque generalmente, tiene efectos sobre ciertos derechos. Si tenemos un pagaré, el transcurso del tiempo puede determinar que pierda su cualidad título ejecutivo.

Seguidamente, al haber una situación típica, tiene que faltar una acción determinada para impedir un determinado resultado. En el caso del sujeto que está pataleando en el agua, que alguien le tire un salvavidas o algo para que pueda agarrarse.

Si el tiempo está transcurriendo y tenemos un pagaré en nuestro poder, la acción que falta es la de ejecutar el documento.

Luego, tiene que existir la capacidad de realizar esa acción debida.

Esta capacidad se divide en tres sub elementos:

- a) Conocimiento como real o posible de la situación típica, es decir, la persona tiene que saber que está dándose esa situación típica. Por ejemplo, es necesario ver que el sujeto se está ahogando.
Se puede dar que nos representamos la situación típica, pero desconocemos la acción que se manda, en este caso, sabemos que hay un pagaré, pero no sabemos que debemos notificar la demanda y ejecutar para interrumpir el plazo.
- b) Y luego debemos tener la capacidad física real para realizar el plan. Podemos representarnos que el sujeto está pataleando, sabemos que le podemos tirar un salvavidas, sólo que no lo tenemos ni sabemos nadar.
- c) Específicamente en este tipo de casos, tampoco pueden atribuirnos una omisión si no sabemos nadar, es decir, no podemos atribuir algo a alguien que no le es posible realizar de ninguna manera.

6. Casos

6.1. Caso 1

La señorita A, es cajera del Banco Nacional de Fomento. La misma está asignada a la caja N° 9 de la institución. En esta caja solamente se hacen depósitos en dólares americanos y la mayoría de los clientes son representantes de casas de cambio. Los depósitos que realizan son cifras generalmente no redondas, es decir incluyen centavos de dólar.

Cada vez que se realizan depósitos de esa naturaleza, la señorita A previamente inserta en su computadora personal un software, que hace que el sistema informático del banco no registre los decimales de estas operaciones y que dichos decimales sean acreditados a una cuenta perteneciente a la misma en dicho banco.

En el mes de mayo de 2010, la señorita A, a través de esa modalidad logró un depósito en su cuenta de 2.100.45 dólares, suma que utilizó para la restauración de su vehículo y pago de unos pasajes a Hawái.

Consideraciones del caso

En este caso, no habría una “cosa”, porque no hay billetes. Ella no se puede apropiar en el sentido del Código penal, porque no hay cosa.

Cuando ella va a un cajero y retira esos 2.100 dólares tampoco puede haber apropiación, porque del momento en que están en su cuenta y salen los billetes, -los billetes como cosas son de ella, no se puede apropiar porque no son cosas ajenas con relación a ella.

Lo que ocurre es que el patrimonio del banco sí se ve afectado. No hay programación falsa porque ella no cambia el sistema informático, pero sí es una utilización de otra maniobra no autorizada.

6.2. Caso 2

Carlos, asesor jurídico de ciudad Gótica, entre mayo y julio de 2010 informa a través de una serie de memos al intendente Ricardo que un pagaré de Gs. 120.000.000 a favor de la municipalidad está a punto de prescribir. Carlos solicita al intendente que le entregue el documento para iniciar la ejecución del mismo, sin embargo, no recibe respuesta. El 27 de julio de 2010 el pagaré prescribe.

Consideraciones del caso

Podríamos estar ante una lesión de confianza por omisión, recuerden, la situación típica es el transcurso del tiempo, falta una acción determinada, que es notificar la ejecución del pagaré.

En cuanto a la capacidad física de Ricardo de realizar esto, él sabe de la situación típica, sabe cuál es el medio de solución, el abogado le está diciendo que entregue los documentos para ejecutar y sabe dónde está el pagaré también. Entonces, analizaremos aquí un caso de lesión de confianza. Para determinar si un sujeto es garante o no, nos hacemos una simple pregunta, ese sujeto ¿puede hacer actos de disposición lícitos sobre el patrimonio del lugar? Si es así, es garante.

6.3. Caso 3

Roberto es director general de administración y finanzas de la DNA, el 25 de mayo de 2010 firma un cheque por Gs. 100.000.000 contra factura de RG Ingeniería, por las reformas del local de Ciudad del Este. Sin embargo, la empresa sólo había hecho el 50% de las obras contratadas y pagadas.

Roberto decidió el pago, pues el Ing. Víctor, funcionario de la DNA y fiscal de obras, había certificado que la obra se realizó en su totalidad.

Consideraciones del caso

Debemos comenzar siempre con lo que está más cercano al resultado, que es el perjuicio patrimonial y quien está más cercano a esto es Roberto, porque es el que dispone.

Si analizamos la conducta de Roberto, él es garante y puede disponer lícitamente del patrimonio. Luego, tenemos que es un interés patrimonial relevante, 100.000.000 que forman parte del patrimonio de la Aduana, y él maneja todo el patrimonio. 100.000.000 es el monto del que dispondrá en este momento. Ahora vamos al perjuicio patrimonial ¿Qué sale? 100.000.000 ¿que entra? La obra ¿Cuánto vale lo que salió? Cien millones, ¿Cuánto vale lo que entro? Cincuenta millones. ¿Hay un déficit? Sí. Después, tal vez como nexos causales, si se le suprime a Roberto, ¿habría un perjuicio patrimonial? No, porque no firmará el cheque, entonces él es causa de ese perjuicio, ¿tipo objetivo? Si.

Vamos ahora al tipo subjetivo, ¿él sabe que es garante? Lo sabe ¿sabe que administra el patrimonio ajeno? Sí sabe. ¿Él se representa el perjuicio patrimonial? No, porque él se representó que la obra estaba completa, por lo tanto, ante el análisis de si el cometió o no lesión de confianza, la respuesta es no.

Seguidamente, pasamos a analizar la conducta de Víctor. Ya determinamos que es un perjuicio patrimonial. Ahora, ¿cómo se hizo el perjuicio patrimonial? A través de una mentira de Víctor, que dijo que la obra había sido terminada. Víctor es funcionario de la entidad, no es garante del patrimonio, por eso no se analiza como lesión de confianza sino como una estafa, él mintió al administrador que sí es garante.

En este caso sería estafa, y no estará solo, porque no solamente es la declaración de Víctor, sino también del funcionario de la empresa que emite la factura. Porque si le pasamos una factura a alguien por el total, le estamos diciendo que hemos terminado la obra. En el caso de Víctor, era una declaración expresa y en el caso del que emite la factura es una declaración por un acto concluyente.

Podrían ser coautores. Para que sean coautores se tuvieron que poner de acuerdo, pero igual serían autores aunque no se hayan puesto de acuerdo, en ese caso, cada uno tendrá una autoría individual de estafa.

Y podemos preguntarnos cuál es el beneficio de Víctor, pero no es necesario que lo tenga, si él está al tanto de que la empresa sería beneficiada. Es lo mismo que se diga, “no, pero yo estafé para Teletón”, igual es obtener un beneficio para un tercero. Por supuesto que es un móvil más altruista y a la hora de medir la pena le pueden tener más consideración y se acercará más a los seis meses que a los cinco años. Pero si se estafó para comprar un auto 0 km se acercará más a los cinco años que a los seis meses. Pero no cambia que la conducta sea típica.

ÍNDICE

PARTE 1

1. Producción y uso de documento no autentico	129
1.1. Concepto de documento	129
1.2. Autenticidad de documentos	130
1.3. Veracidad de los documentos	131
1.4. Función del documento.....	131
1.5. Fórmulas y elementos del Código Penal	131
1.6. Como identificar la autenticidad de un documento	132
1.7. Consideraciones al redactar un informe	133
1.8. Producción de documentos.....	134
1.9. Formas de elaboración de documentos	134
1.10. Presunción e indicios.....	135

PARTE 2

2. Producción y uso de documento no auténtico	137
2.1. Implicancias de la producción de documentos	137
2.2. Producción de documentos no auténticos	138
2.3. Documento público	141
2.4. Funcionarios facultados para dar fe pública.....	141
3. Producción de documentos públicos de contenido falso.....	142
3.1 Producción inmediata o mediata de documentos públicos de contenido falso...	142

HECHOS PUNIBLES CONTRA LA PRUEBA DOCUMENTAL. PRODUCCIÓN Y USO DE DOCUMENTOS NO AUTÉNTICOS. PRODUCCIÓN MEDIATA E INMEDIATA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE CONTENIDO FALSO

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Comprender los conceptos generales básicos vinculados a documentos como prueba en un caso.
- Analizar las principales consideraciones que debe tener el auditor forense en el uso de documentos como prueba.
- Distinguir entre autenticidad y veracidad de documentos.
- Comprender conceptos básicos relacionados a la producción y uso de documentos no auténticos.
- Describir los elementos vinculados a la producción de documentos públicos de contenido falso.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial del profesor Claudio Lovera realizada el 13/11/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 6: Hechos punibles contra la prueba documental. Producción y uso de documentos no auténticos.
Producción mediata e inmediata de documentos públicos de contenido falso

PARTE 1

1. Producción y uso de documento no auténtico.

1.1. Concepto de Documento

Un documento es la declaración de una idea materializada, aunque esto último no siempre sea por escrito. Ejemplo: en algunos bares en Alemania hay una costumbre por la cual al solicitar una cerveza para consumir se entrega con un posavasos. A medida que va sirviendo la cerveza, el mozo va marcando en el posavasos con una raya la cantidad consumida. Cuando se pide la cuenta se entrega el posavasos, el mozo cuenta la cantidad de marcas que tiene y prepara la liquidación.

Supongamos que una persona pide 6 cervezas, con lo cual el mozo le consigna 6 marcas en el posavasos, entonces la persona cuando va a pedir la cuenta toma un borrador y le quita 3 líneas al posavasos. Entrega el posavasos al mozo y se liquida la cuenta sobre la base de 3 cervezas consumidas.

Tal como se mencionó anteriormente, un documento implica la declaración de una idea, esa declaración tiene que poder ser asignada a una persona, a un autor y debe ser materializada. En el caso del mozo el ha expresado que una persona consumió un número determinado de cervezas.

También es importante saber si se puede identificar al autor de la declaración. En este caso es el mozo. También se debe tener en cuenta que esa declaración tiene una corporalidad en el posavasos. Entonces ese posavasos es un documento.

A partir de esto, lo que se quiere es dejar bien en claro es que al cumplir con tarea de auditor, se trabaja con conceptos. Lo que se intenta hacer es identificar las características de ese concepto, independientemente de lo que día a día escuchamos.

Tradicionalmente se considera que un documento tiene que ser algo por escrito. Pero por ejemplo, los hitos limítrofes son construcciones en metal u otro material que se colocan para poder demarcar la línea divisoria entre dos países. Esa construcción permite identificar una

declaración de ideas: que ese es el límite territorial. Permite identificar un autor, que puede ser por ejemplo el Ministerio de Defensa Nacional. En sí es una construcción conceptualmente, por lo tanto es un documento.

La tarea del auditor no es hacer calificaciones jurídicas, en el sentido de que defina, por ejemplo, que es un caso de un documento no auténtico en los términos del Código penal, sino que debe tener ciertas pautas mínimas para saber qué tiene que buscar en cada caso en concreto y empezar a discutir cómo. Por ejemplo, un documento es algo que tiene una existencia corporal y que implica la declaración de una idea, que se puede atribuir a una persona, pero que también hay que entender que eso va más allá del papel por escrito, tal cual se expuso anteriormente.

Otro compromiso de un auditor es tener la capacidad de definir qué puede ser considerado un documento, por ejemplo, saber si una fotocopia es o no un documento. Es fundamental tener ciertas pautas para poder trabajar y saber qué buscar en cada caso en concreto.

Siempre las figuras penales tratan de proteger lo que se llama un bien jurídico. Un bien jurídico es una condición que el legislador entiende como indispensable para que las personas puedan desarrollarse individual y socialmente.

Es usual, que al discutir cuestiones documentales o delitos que se desarrollan con aspectos documentales, buscar qué es lo que se pretende proteger con esa figura, y suelen señalarse varias posturas, como seguridad en el tráfico jurídico y el tratar de proteger la fe pública.

1.2. Autenticidad de documentos

Al hablar de autenticidad se hace referencia a que, por ejemplo, si se trata de una declaración, asegurar que provenga de la persona de la cual dice provenir. Pero es de atender que en este caso no se trata de que sean verdades o mentiras. Cuando se habla de autenticidad la discusión es si la declaración de ideas proviene o no de la persona a quien se la atribuye.

Por ejemplo, una persona presta un millón de guaraníes a otra, acordando la devolución en 30 días. Pasado el periodo el dinero fue devuelto como correspondía. Pero resulta que el deudor olvidó pedir un recibo. Entonces, una vez en su casa completa una hoja de recibo con la fecha, el monto y el nombre y firma de quien le prestó el dinero. El documento no contiene ninguna mentira, pero ese documento no proviene de Juan. A esto se refiere la autenticidad o no de un documento.

Cuando se habla de autenticidad o no de un documento, no se discuten verdades o mentiras del contenido, sino si la declaración de ideas proviene o no de quien aparece como autor de la misma.

1.3. Veracidad de los documentos

Por otro lado, existen también situaciones en las que se debe revisar si la persona que da una declaración está facultada para hacerlo, es decir, para certificar hechos. Eso le otorga veracidad al contenido del documento, porque declaran sobre circunstancias realizadas por ellos mismos o que ocurrieron en su presencia. Aquí es cuando importa si el contenido es verdadero o falso. Recapitulando entonces, podemos decir que al hablar de documentos se los puede considerar desde dos aspectos: la autenticidad y la veracidad.

No se debe dejar de mencionar que en cuanto a lo que concierne a la tarea del auditor forense, un documento es la corporización de una declaración del pensamiento de una persona, que permite conocer al que la emite y que está destinado a probar algo en las relaciones jurídicas. Además esta declaración se perpetúa en el tiempo, porque se convierte en algo corporal.

1.4. Función del documento

- a. Una primera función del documento es la de perpetuación; pretende fijar sobre un soporte material la declaración del pensamiento, porque eso la perpetúa en el tiempo.
- b. Cumple una función probatoria; porque prueba que la declaración se ha hecho, esa declaración puede probar algo en las relaciones jurídicas.
- c. Cumple una función de garantía; en el sentido de que esa declaración perpetuada puede ser atribuida a una persona a un sujeto determinado.

1.5. Formulas y elementos del Código penal

Señala el Código penal que el que produjera o usara un documento no autentico, con intención de inducir en las relaciones jurídicas al error sobre su autenticidad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

Se ha de recordar que siempre que se tenga un texto del Código penal, se debe separar aquellos elementos objetivos de los subjetivos. Esto es, separar las descripciones del texto legal que están fuera de la mente de una persona, de aquellas circunstancias que pertenecen a lo que una persona se representa y quiere en un momento determinado.

Al revisar el Código penal paraguayo, se puede observar que el mismo se ocupa de definir dos elementos de ese concepto: qué es para ésta ley un documento y cuándo ese documento se considera no auténtico.

Seleccionamos una definición legal que afirma que documento es “la declaración de una idea formulada por una persona de forma tal que, materializada permite conocer su contenido y su autor”. De este modo, lo que se requiere es una declaración de pensamiento, que tenga una existencia corporal y necesitamos que pueda ser atribuida a una persona en concreto, un autor de esa declaración.

Por otro lado, es no auténtica cuando esa declaración no proviene de la persona que surge del análisis de ese documento. Es de atender que, al hablar de personas, pueden ser personas físicas o jurídicas. Eso es muy importante cuando se trata del aspecto documental.

También se debe prestar mucha atención, cuando se analiza un documento, sobre quién es el que se expresa en él. A veces se expresa una persona física, pero otras es una persona jurídica, lógicamente a través de una persona física, pero esa persona física que se expresa en representación de la jurídica debe estar autorizado para que tenga ello validez.

1.6. Cómo identificar la autenticidad de un documento

Se señala un caso: Juana se presenta delante de un juez y solicita un mandamiento de secuestro de un automóvil. Afirma que el mismo fue vendido por la empresa representante de la marca, presentando un certificado de venta que lleva el membrete que identifica a la empresa y que se encuentra firmado por Clara, en el carácter de gerente.

Luego se le pide información a esa empresa y dice que el automóvil no fue vendido a Juana, y que Clara efectivamente es una de sus gerentes, pero ella no está autorizada y no le corresponde expedir certificados de ventas de vehículos, eso corresponde a otro departamento de la empresa.

Hay dos documentos en el caso, uno primero presentado por Clara y otro presentado por la empresa. Una vez que se tengan ambos se deben verificar si el informe de la empresa en realidad está respaldado, eso se llama profundizar, por ejemplo revisando los organigramas para poder confirmar en el informe de la empresa.

Este también es un aspecto de verificación. No debe acabarse con revisar el informe, si no se debe buscar reforzar la evidencia, revisando el organigrama en este caso, para identificar qué tipo de gerente es Clara. Con eso el caso se va delimitando.

Posteriormente se pasa a lo que denominamos hechos comprobados; si se trabaja sobre un informe en relación al caso, ese informe tiene que estar dividido en dos partes. La primera es si es la empresa la que se expresó a través de Clara o no.

Recordemos siempre que cuando se trabaja con documentos, autenticidad es una cosa, falsedad de contenido es otra cosa totalmente distinta. Al trabajar con un informe de auditoría se deben tratar estos aspectos de manera separada.

1.7. Consideraciones al redactar un informe

Al redactar un informe se debe decir “Se cuenta con un documento de tal fecha, en el cual se expresa que la persona jurídica tal (la empresa), comunica la venta de un vehículo de tales características a fulana (primera parte). La labor de verificación arrojó un informe de esa empresa que señala que esta persona no está autorizada a expresarse en representación de la persona jurídica para ese tipo de constancias. Además la constancia no se corresponde con la realidad, porque la persona jurídica informa que el vehículo fue vendido a otra persona”.

El relato se hace sin necesidad de incurrir en calificación jurídica alguna. Eso es lo que se espera cuando se hace una descripción.

Es de considerar también que los términos jurídicos y técnicos, al igual que en otras áreas y profesiones, son abstractos, porque están construidas para que puedan abarcar la mayor cantidad de realidades cotidianas posibles. Los auditores deben comunicarse con un lenguaje fáctico, señalando qué hechos ocurrieron. El mismo cuidado se debe tener no solamente con los términos jurídicos, sino con los términos técnicos en general.

Siguiendo con el ejemplo, la falsedad del contenido que se señaló, requiere ciertos elementos para que sea relevante jurídicamente.

Supongamos que la situación era algo diferente. Existe un certificado que señala la venta a tal persona; esa venta no se produjo a esa persona, sino a otra. Pero la gerente que firma sí está autorizada a dar ese tipo de documento. Entonces se cuenta con un documento que es auténtico, pero que expresa una mentira.

Es importante mirar con cuidado y verificar en los casos que se llevan, cuándo se trata de autenticidad y cuándo de falsedades. Ambas deben tratarse de manera distinta, por separado. Puede incluso que documentos no auténticos contengan verdades.

1.8. Producción de documentos

Se puede producir un documento, haciéndolo de principio a fin o alterando partes de uno. Por ejemplo, se tiene un cheque que dice 1.000.000 de guaraníes a la orden de Juan Pérez y con una firma. A ese cheque se puede fácilmente agregar un cero, entonces el texto en lugar de 1.000.000 se lee 10.000.000.

1.9. Formas de elaboración de documentos

Tal como se mencionó anteriormente los documentos pueden ser completamente elaborados o alterados.

Cuando se habla de construir un documento es cuando, por ejemplo, se toma una hoja de pagaré y se escribe “Páguese a la orden de Claudio Lovera la suma de 50.000.000 de guaraníes” con una firma muy parecida a la de Juan. Ahí se está haciendo íntegramente el documento.

Cuando se habla de alteración de un documento, implica tomar uno existente y modificarlo de manera tal, que luego de esa alteración aparece un contenido distinto. Por ejemplo, a un documento legal auténtico, como un cheque, que originalmente tiene el valor de 1.000.000 de guaraníes, se le puede agregar un 0 y pasa a valer 10.000.000. Tiene la firma que corresponde, pero no es lo que originalmente “Juan” consignó.

De este modo, producir no es solamente hacer la totalidad, si no que producir también significa alterar de una manera tal que ya es un contenido totalmente distinto al original, entonces ya no proviene del autor original del documento.

Inclusive viendo algunas complicaciones adicionales, se acepta que también se puede producir un documento no autentico, cuando originalmente la declaración proviene de uno mismo. Por ejemplo, una persona le entrega a Juan un recibo firmado por 10 millones, pero en un descuido de Juan, esa persona se acerca y borra un cero, volviendo a modificar así, de tal modo que en lugar de leerse diez millones se lea un millón. La firma es de quien corresponde, pero como ya había entregado el recibo a Juan, no tenía la potestad de hacer ninguna alteración al documento, por lo tanto ese también es un documento no autentico, aunque tenga la firma real.

Pasa lo mismo con el siguiente ejemplo, con la dificultad probatoria que eso pueda implicar. Si por ejemplo, el jefe le entrega a un subalterno un cheque, con su firma y le pide que pague la factura de la electricidad, pero como no sabe cuál es el monto, le ordena que vaya hasta el local de pagos, verifique la cuenta y complete ahí el monto del cheque y pague. Pero, esa persona en

vez de consignar el monto de consumo, que es de un millón, consigna diez millones y cobra el cheque. Entonces se presenta una discusión muy interesante.

Se debe definir si el haber excedido la instrucción, por más de que sea el cheque autentico y la firma correspondiente, lo convierte en un documento, y, si es un documento no autentico. Con este ejemplo lo que se quiere transmitir es la amplitud del alcance de la figura, lógicamente no es fácil comprobarlo, pero los auditores deben saber hasta dónde tiene implicancia la figura, para saber qué buscar.

1.10 Presunción e indicios

Para tener una noción de estos conceptos vale el siguiente ejemplo.

Un grupo de personas que está en un salón escucha que afuera se realiza un disparo. Dos personas salen segundos después y ven a un hombre arrojar un arma y huir, dejando en el lugar a otra persona herida, tendida en el suelo. Éstos, gritan que se detenga a la persona que está corriendo y unos policías que están cerca lo detienen.

Rato después se presenta el área criminalista, ya sea la policía o la fiscalía, toma muestras de ambas manos del sospechoso, y las analiza. El resultado es que, en esa fecha y hora, se encuentran componentes de pólvora en sus manos. Posteriormente verifican que el arma es un revolver. Extraen la bala del cuerpo de la víctima y hacen otro disparo en el laboratorio para comparar ambas balas (porque las armas dejan rastros únicos en las balas) que se pueden ver con microscopios. Resulta ser que ambas balas tienen los mismos rasgos, lo que significa que la bala que está en el cuerpo salió del revolver que arrojó el sospechoso.

Un especialista en criminalista afirmaría que la presencia de los componentes de la pólvora en las manos se produce por la explosión del arma, eso más que el hecho de haber sido visto segundos después del disparo con el arma, es lo relevante, porque la fórmula para condenar a alguien es que existe una certeza más allá de la duda razonable. Siempre se puede afirmar una duda, la pregunta es si es o no razonable.

Tal como en este ejemplo, cotidianamente un porcentaje altísimo de casos se resuelven con indicios, en este en particular, las únicas personas que vieron el disparo fueron la víctima y el que disparo. El primero no puede ya declarar porque está muerto y el que disparó está amparado bajo una regla que establece que no se puede obligarlo a declarar.

Aquí viene la aclaración: no se deben confundir indicios con presunciones; con presunciones no se puede condenar, pero mediante indicios sí.

Los indicios son los hechos que tienen una relevancia jurídica, cuya existencia determina ciertas consecuencias jurídicas, y por tanto son los hechos que interesan a un auditor. Ahora bien, para comprobar esos hechos se cuenta con dos posibilidades, se puede comprobar su existencia con una prueba directa o un indicio.

Una prueba directa puede ser, en nuestro caso, que había una tercera persona que vio el momento del disparo o puede ser también la grabación del hecho con una cámara que captó el momento.

Un indicio es un hecho que implica otros hechos, a través de una regla de experiencia (que puede vincularse a una ciencia), permite inferir la existencia de otros hechos. Esto se llama indicio y eso es distinto a la presunción.

Una presunción es, por ejemplo, que en el ámbito civil, una pareja se separa y poco tiempo después nace una criatura, ante lo cual hay una presunción de que ese hijo es del marido. Parte de un efecto que se considera posible, no de la acreditación real a través de hechos.

Lógicamente, se requieren una serie de indicios que llevan a la certeza, por eso existe una regla que señala que por lo general un solo indicio es insuficiente para acreditar un hecho. Necesariamente se debe contar con varios indicios que señalan en un sentido determinado. Esto es importante aclarar, porque es muy común que se reconstruyan los acontecimientos históricos a través de indicios.

En el ejemplo presentado se cuenta con una serie de indicios: el disparo, el sospechoso estaba en el lugar segundos después del disparo, lo vieron tirar al piso el arma, la cual fue certificada como el arma de la cual salió la bala que causo la muerte, además el sospechoso tiene un comportamiento que generalmente es propio de quien tuvo participación de un ilícito, que es escapar del lugar, y, finalmente se tienen los resultados del análisis que señalan que en sus manos hay restos de pólvora.

Un gran número de casos se resuelven de esta manera. Es importante dejar esto bien en claro, porque muchos profesionales en este ámbito confunden día a día indicios y presunción, y muchos de los casos que tratan los auditores se construyen a través de indicios.

El indicio es una categoría de prueba, que el auditor debe poder distinguir cuándo lleva al nivel de convicción necesario para informar o no. Para esto existe una técnica particular con la cual se puede ver cómo se hace ese análisis de comparación, de cuándo es suficiente un indicio. Esta técnica será presentada en otra unidad.

PARTE 2

2. Producción y uso de documento no auténtico.

2.1. Implicancias de la producción de documentos

Muchas veces es difícil comprobar quién realizó la producción, por esto el Código penal no se ocupa solamente de sancionar a quien hizo el documento, sino también de quien lo utilizó, es decir, es penalmente relevante no solamente producir un documento no auténtico, si no también utilizar un documento no auténtico.

Cuando se habla de usar se hace referencia a que se utiliza funcionalmente el documento en el tráfico jurídico. Implica dar la oportunidad a un tercero, para que acceda al conocimiento sobre el contenido del documento, en el contexto del tráfico jurídico donde está destinado. Por ello siempre que se trate de documentos es importante analizar a qué está destinado, a probar en qué contexto se lo introduce; si es para acreditar circunstancias, eso permitirá inferir efectivamente, que se ha utilizado el documento.

Supongamos que un docente desarrolla una clase orientada a explicar cuáles son los elementos de un cheque. Expone una discusión sobre cuáles son los elementos que debe contener un cheque para ser considerado como válido. Para ello pide a una persona una hoja con un formato de cheque, a su nombre, por 1.000.000 de dólares y con la firma de un tercero, que ni está al tanto del caso.

Entonces, usa con sus alumnos ese ejemplo, efectivamente es un cheque y tiene todas sus características. Él no lo hizo, se lo pidió a alguien más que lo hizo tan parecido que hasta podría pasar como real en el banco.

Se trata de un documento no auténtico, porque no proviene de la persona que la misma dice que hizo la declaración. Pero, no está comprendido por la prohibición, pues no está siendo utilizado en un sentido funcional, porque eso sería utilizarlo en el tráfico jurídico, es decir, tratar de pagar con él o llevarlo al banco para cambiarlo o depositarlo. Ese es el tipo de uso de documento, que le interesa al Código penal, utilizarlo funcionalmente.

El auditor debe analizar a qué está destinado el documento y cómo se lo utiliza normalmente en el tráfico jurídico.

Otro ejemplo práctico puede ser el justificar viáticos, que tiene como regla que hasta cierto monto se debe justificar con comprobantes, de lo contrario se debe proceder a la devolución del viático. En este sentido usar significa que haya un área administrativa, donde se reciben esos documentos, implica presentarlo en ventanilla, independientemente de que alguien lo haya analizado. A partir de ahí ya es irrelevante si alguien leyó o no el documento.

Entonces, usar es dar la oportunidad, por lo menos en el tráfico jurídico, lo cual en nuestro ejemplo implica presentarlo en esa ventanilla, eso es usar.

Se debe recordar que en ese tipo de cuestiones al auditor le interesa la producción, pero también el uso al que fue destinado.

Utilizamos un ejemplo impositivo para complementar. Pensemos en un individuo que está sujeto al Impuesto al Valor Agregado (IVA). Éste presenta sus declaraciones de IVA mensualmente, hasta que alguna vez miente, para liquidar por menos dinero, a la espera que nunca lo fiscalicen, porque para liquidar el IVA no se deben presentar comprobantes, sólo se declaran montos.

Supongamos que hay una denuncia por evasión de impuestos y al Ministerio Público se le ocurre allanar el domicilio del sujeto. Allí encuentran una serie de facturas no auténticas, es decir, un documento que consigna una venta de productos que la empresa no realizó. Como no formaba parte de los archivos tributarios, es decir no utilizó los documentos, todavía no es relevante penalmente.

Por este tipo de circunstancias es que es muy importante reconstruir dónde estaba archivado ese documento y poder explicar cuál es la función de ese archivo, para saber qué tipo de verificaciones se deben hacer.

El auditor tiene la tarea de hacer referencia a un documento en el contexto de un proceso muy importante, porque es la base para que, quien tenga que resolver el caso, sepa realmente si se usó o no dicho documento.

2.2. Producción de documentos no auténticos

Cuando hablamos de producción de documentos no auténticos, esta figura no se agota solamente en documentos privados, pueden ocurrir también en relación a documentos públicos, al alterar el contenido de documentos públicos se puede caer en esta figura, porque a veces en la práctica, la gente cree que la producción de documento no autentico es solamente para documentos privados.

A veces en el sector público, para poder ejecutar algo, se requiere una serie de autorizaciones, es decir, un papel con varios documentos. No hay que confundir una hoja de papel, con un documento, una hoja de papel puede contener más de un documento. Por ejemplo, para poder ejecutar algo, se necesitan autorizaciones de diversas áreas. Entonces, una de las áreas solicita algo con un formulario, el cual suscribe. El hecho de que haya una firma no necesariamente lo convierte en un documento, no es necesario que en todos los documentos haya una firma, basta con un nombre o la denominación de un área para ser un documento.

Luego el área dos hace una revisión y aprueba o no. Eso significa que el contenido del área uno es un documento y lo que el área dos hizo es otro documento. Supongamos que luego, el área tres deja constancia de que se entregó el producto, esto es un tercer documento y estamos hablando de una sola hoja de papel.

Pero pueden plantearse otras alternativas, pongamos que área uno pide diez resmas de hojas, áreas dos aprueba la entrega de diez resmas, solamente que área uno no quiere diez resmas, quiere cien, entonces antes de llegar al depósito, modifica lo aprobado y presenta en el depósito.

Entonces debemos averiguar si el área dos nota esta modificación de contenido y qué declaró posteriormente, aprueba diez resmas o aprueba cien resmas.

Surge una gran cantidad de variantes que se pueden presentar. Nuevamente, no se debe confundir documentos con una hoja; en una hoja puede haber varios documentos.

Otro ejemplo válido puede ser, que una persona formula una solicitud a una institución pública y se le coloca un sello de mesa entrada. Entonces un documento es la solicitud y el sello es otro documento distinto. Si la persona que presentó la solicitud toma su constancia y sobre la base del sello que tiene en su mesa de entrada le modifica la hora, se puede tratar de un caso de producción de documento no auténtico.

Si desde otra figura, en la cual sí nos interesan ciertas eventuales mentiras que pueden estar contenidas en el documento, entonces estaremos hablando de producción inmediata de documentos públicos, de documentos falsos.

El Código penal señala que “El funcionario facultado para elaborar un documento público que, obrando dentro de los límites de sus atribuciones, certifica falsamente un hecho de relevancia jurídica o lo asentara en libros, registros o archivos de datos públicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”.

Esto implica que como auditores es muy importante identificar ciertas mentiras que puedan estar constatadas en un documento; el concepto de documento sigue siendo el mismo, una declaración de ideas que está caracterizada y permite conocer su contenido y su autor. Solamente que en este caso particular para que las eventuales mentiras sean relevantes, se requiere ciertos presupuestos.

En primer lugar, que ese documento sea elaborado por un funcionario. Según el Código penal funcionario y funcionario público son distintos. Cuando menciona funcionarios públicos lo hace desde el punto de vista administrativo, es aquel que ocupa un cargo presupuestado, mientras que el funcionario es aquel que desempeña una función pública, es decir, cumple una actividad que está reservada al Estado y que delega, a veces en funcionarios, en contratados, o empleados públicos e incluso a particulares.

Por ejemplo, un escribano da fe pública sobre hechos realizados por él mismo o sucedidos en su presencia, porque el Estado delegó esa atribución en el mismo. Es decir, en principio el único que puede dar fe pública sobre hechos es el Estado, solamente que en ciertos contextos opta por delegar la misma en particulares, o sea, los escribanos. De este modo, un escribano público, no es funcionario público, pero si es funcionario en términos del Código penal, porque desempeña una función pública.

De este modo, puede darse el caso de que sean funcionarios públicos, en el sentido del derecho administrativo, pero que no tengan la cualidad de funcionario exigida por el Código penal para esta figura.

Entonces al hablar de esta figura penal, no basta con buscar un funcionario público, sino que se debe buscar un documento que ha sido labrado por alguien que tiene la facultad de certificar, la cual proviene de una delegación a través de la ley o puede ser característica de un órgano.

Esto es algo a tener en cuenta en todo momento, el Código penal diferencia conceptualmente lo que es un funcionario público de lo que es un funcionario. Por esta razón, al tratar con documentos públicos, se debe prestar especial atención a aquellos labrados por quienes están ejerciendo una potestad de certificar. Es muy relevante que se haga toda una verificación, acerca de cuáles son las atribuciones de esa persona y del órgano en donde está integrada esa persona.

2.3. Documento público

Es muy importante establecer qué documento público es aquel expedido por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones.

Pero para hablar de la figura penal, ese funcionario tiene que tener atribución de dar fe pública, de certificar.

2.4. Funcionarios facultados para dar fe pública

Cuando hablamos de funcionarios facultados para elaborar un documento público tenemos dos posibilidades: aquellos casos en los cuales el funcionario certifica hechos, es decir, da fe pública sobre hechos realizados por él mismo u ocurridos en su presencia, o aquellos funcionarios que tienen la atribución de asentar en libros registros o archivos de datos públicos, es decir, de aquellos archivos públicos de los cuales se pueden extraer informes y que sirven para acreditar determinadas circunstancias.

Por ejemplo, un funcionario del registro de la propiedad no emite un documento certificando pero lo que hace es asentar en el archivo que una persona específica es el propietario de tal inmueble. El objetivo final es que alguna vez cuando se solicite un informe sobre ese mueble, no se expida un informe con un dato que no se corresponde con la realidad, a eso se refiere con asentar.

Puede también certificar escribiendo un documento donde se da fe pública sobre un hecho o puede ser asentando en los registros públicos, como por ejemplo el estado civil de las personas. Pero tiene que referirse a archivos de los cuales se puede extraer información que sirva para acreditar determinadas circunstancias y tiene que ser una persona que está facultada para asentar tal información.

En este tipo de cuestiones documentales es muy importante verificar los funcionarios que intervinieron y cuáles son sus atribuciones, revisando manuales de funciones, manuales de procedimiento y las delegaciones que se hacen mediante resoluciones, leyes u otros.

Esa es la labor de reconstrucción que debe hacer el auditor en estos aspectos documentales.

3. Producción de documentos públicos de contenido falso

3.1 Producción inmediata o mediata de documentos públicos de contenido falso

Una persona se pone de acuerdo con la obstetra de un hospital y le paga para que le expida el certificado de nacido vivo de un niño en donde se consigna que él es el padre. Luego esa persona se presenta con el certificado y su cedula de identidad en un registro civil y solicita que se asiente esa circunstancia.

El funcionario que va a asentar eso, tiene como límite de verificación esa documentación, es decir, confía en que son auténticos su cédula de identidad y el certificado de nacido vivo, puesto que cumplen con las formalidades del documento que debiera.

Entonces él asienta el dato, que esa persona es el padre del niño, pero en ese caso particular él no es el padre real, pagó por ese certificado falso. Eso se llama producción mediata de documentos de contenido falso, en cuanto que una persona utiliza como un instrumento al funcionario, para dejar esa constancia que no se corresponde a la realidad.

Supongamos que el hombre se puso de acuerdo con un funcionario del registro civil, para que expida un certificado de nacimiento donde se consigan que él es el padre de un niño, cuando en realidad no lo es y tampoco es el dato que aparece en el registro civil. Le paga para que le entregue el certificado. En ese caso en particular ese funcionario es punible por producción inmediata.

Si el hombre lleva ese certificado y lo presenta para la obtención de una cedula de identidad también tiene responsabilidad penal por usar ese documento en esas condiciones. Esto porque tal como se ha mencionado anteriormente, usar, es dar la oportunidad a otro de acceder al contenido de ese documento, en el tráfico jurídico según la funcionalidad de ese documento. Entonces el Código penal se ocupa de los funcionarios, pero también se ocupan de quienes utilizan el producto generado por el funcionario.

En principio el concepto de producción de documentos públicos de contenido falso, está relacionado con funcionarios facultados a dar fe pública, pero hay otros tipos de actos jurídicos que son relevantes y si bien son generados por particulares, y que además no cumplen un rol de funcionarios, también se penalizan bajo un concepto muy semejante: Expedición de certificados de salud de contenido falso.

“El que siendo médico u otro profesional sanitario habilitado expidiera a sabiendas un certificado de contenido falso sobre la salud de una persona destinado al uso ante una autoridad o compañía de seguros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con multas”.

Entonces, equipara aspectos relacionados con un médico que no es funcionario, porque entiende como muy relevante esta actividad. Es un concepto muy semejante en el sentido de mentiras documentadas. En este caso en un documento privado, pero se equipara esta categoría de instrumentos públicos por su relevancia en el día a día.

ÍNDICE

1. Introducción	151
2. Cohecho pasivo.....	151
3. Beneficio	152
4. Cohecho pasivo agravado.....	152
5. Soborno	153
6. Enriquecimiento ilícito	154
7. Tráfico de influencias	155

HECHOS PUNIBLES CONTRA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de auditorías de otra naturaleza.
- Valorar la aplicación eficiente y eficaz de la auditoría forense para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Analizar hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas.
- Identificar las conductas típicas del cohecho pasivo y cohecho agravado.
- Diferenciar entre casos de soborno, enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial del profesor Ricardo Preda realizada el 24/04/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 7: HECHOS PUNIBLES CONTRA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

1. Introducción

Se aborda el tema de los hechos punibles contra el ejercicio de las funciones públicas, analizando el contenido y significado de las disposiciones vigentes.

En el marco de una auditoría, difícilmente se analicen casos de cohecho o soborno. Es difícil corroborar en este contexto que un funcionario recibió dinero (o no) o que le ofrecieron dinero (o no). Por este motivo no se desarrollan casos con esta tipología. Por lo general se analizan en una auditoría actuaciones de funcionarios, que pudieron (o no) estar envueltos en casos de cohecho o soborno.

La incorporación de los denominados hechos punibles contra el ejercicio de la función pública tiene la finalidad de velar por su correcto ejercicio. No se pretende “cuidar” (al menos, no en primer término) el patrimonio estatal. Un funcionario podría, por eso, realizar un hecho punible contra el ejercicio de las funciones públicas, aunque con su actuar favorezca patrimonialmente al Estado.

2. Cohecho pasivo

El cohecho pasivo es un hecho punible especial: se requiere una cualidad especial en el autor. Solo un funcionario puede llenar esta exigencia. Si se trata de un juez o árbitro —árbitro es una persona a quien se le otorga la facultad de resolver ciertos casos— el marco penal es más severo. Las conductas tipificadas como cohecho se encuentran en los artículos 300 y 301 del Código Penal.

Las conductas son: solicitar, que es: la “sugerencia de que se entregue un beneficio como contraprestación”. En este caso, no es necesario recibir el dinero: basta con solicitarlo. Si alguien realiza la solicitud, ya está consumado el hecho, no hace falta esperar que reciba el dinero. “Se dejará prometer”. Recordemos que el cohecho, el soborno y cada una de las conductas de soborno y cohecho son contracaras. Entiéndase en este sentido que lo que es una posición en el cohecho es la contracara en el soborno. Acepta que en un futuro se admitirá lo que se le promete como contra prestación. Dejarse prometer es, por ejemplo, que alguien diga: “Si quitas un dictamen favorable de auditoría para mi administración, te voy a dar tal cosa”. No estamos recibiendo nada.

“Aceptar recibir voluntariamente lo que se da u ofrece como contraprestación”. El cohecho no significa solamente recibir algo, sino que describe también lo siguiente:

- a) solicitar: basta con pedir;
- b) dejarse prometer: no se pidió, pero otro fue el que prometió y se asiente, se hace sin recibir; y
- c) aceptar: en este punto sí estamos hablando de recibir.

3. Beneficio

El concepto de beneficio abarca lo patrimonial, así como otras mejoras para una persona, como un mejor estatus o posición laboral (sin mejora salarial) o favores sexuales, por ejemplo.

El beneficio, si bien no debe guardar necesariamente una proporcionalidad con el acto, debe ser idóneo para motivar al funcionario. Si, por ejemplo, nuestro informe impedirá que un sujeto sea denunciado por cien mil dólares, y el sujeto nos entrega quinientos dólares, no podemos decir que no es una contraprestación porque no es equivalente. No hace falta que haya una proporcionalidad, basta con que el que realiza el informe lo haga motivado por el beneficio que recibe, aunque sea una suma totalmente desproporcionada con lo que está salvando.

El beneficio puede estar vinculado con un acto ya realizado o ha realizar en el futuro.

Aquellas mejoras que se dan dentro de las denominadas pautas sociales, como un regalo de cumpleaños por ejemplo, no se encuentran (en principio) abarcadas por la prohibición.

Si, por ejemplo, el director de Delitos Económicos de la Policía prometiera a alguien que lo nombrará asistente fiscal del Ministerio Público, no puede ser cohecho porque no está relacionado con las funciones del director. Esto es, en el cohecho solamente se da cuando recibimos, pedimos o nos dejamos prometer en un acto relacionado con nuestras funciones. Por ejemplo, si le dijéramos a alguien: “Si me das quinientos dólares, quitaré más rápidamente el dictamen que tengo que quitar”, eso sería un cohecho pasivo “simple”.

4. Cohecho pasivo agravado

Un cohecho agravado tiene que ver con realizar un acto del servicio, lesionando los deberes que regulan la función.

Pedir dinero para agilizar la expedición de un dictamen representaría un cohecho pasivo simple; mientras que pedir dinero para dictaminar favorablemente una cuestión en ausencia de presupuestos materiales, constituiría un cohecho pasivo agravado.

“El soborno es, en algunos casos, la contracara del cohecho. El que ofrece, así como el que está dispuesto a acceder a las exigencias de un funcionario, revela con su conducta una tendencia peligrosa para el bien jurídico”. Ofrecer es la contracara de recibir. En el soborno alguien ofrece y el funcionario recibe. La contracara de dejarse prometer es prometer; la de garantizar, solicitar.

Prometer: el que soborna dice al funcionario que si hace bien tal o cual cosa, le retribuirá con algo. El funcionario, al dejarse prometer, dice: “Perfecto, voy a hacer mi dictamen bajo esa promesa”. Eso es dejarse prometer. Garantizar es que el funcionario solicite: “Quiero cinco mil dólares para dictaminar favorablemente”, y la otra persona le responda: “Listo”. Eso sería garantizar. Entonces, todas las conductas del cohecho tienen su contracara en la conducta del soborno.

5. Soborno

El art. 302 inc. 1º del Código Penal (Soborno) expresa : “El que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un funcionario a cambio de un acto de servicio ya realizado o que realizará en el futuro, y que dependiera de sus facultades discrecionales, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años con multa”.

El soborno simple tiene una característica en lo que respecta a decisiones dejadas al criterio del funcionario público. Se pretende que el funcionario, en vez de dejarse guiar exclusivamente por criterios de hecho, ceda a consideraciones relativas a las ventajas o beneficios.

En el cohecho no se habla de facultades discrecionales, mientras que en el soborno sí. En el cohecho se castiga al funcionario que recibe dinero para hacer lo que tiene que hacer de cualquier modo. En cambio, si alguien paga por algo que el funcionario está obligado a hacer en el futuro, propiamente no habría soborno según la definición de nuestra ley. Ahora bien, si una persona entrega dinero a un funcionario de mesa de entrada para que este ponga un expediente encima de todos, puede existir cohecho, si es que se considera que establecer el orden de los expedientes cae bajo su poder discrecional.

6. Enriquecimiento ilícito

La Ley 2523/2004 dice: “Ámbito de su aplicación. Esta ley será aplicable a toda persona que cumpla una función pública o tenga facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos, cualquiera sea la denominación del cargo o su forma de elección, nombramiento o contratación, que incurra en los hechos punibles tipificados en la presente ley”.

Se recomienda la siguiente forma de lectura: “Esta ley será aplicable a toda persona que cumpla una función pública”; “Esta ley será aplicable a toda persona que tenga facultades de uso”; “Esta Ley será aplicable a toda persona que tenga custodia”; “Esta Ley será aplicable a toda persona que tenga administración...”. “Esta Ley será aplicable a toda persona que tenga facultades de uso de servicios públicos” es otra variante.

Todos tenemos facultades de uso de servicios públicos, pero no todos somos funcionarios del Estado; sin embargo, tenemos facultades de uso de un servicio público. La ley puede abarcar situaciones no queridas, cuando la redacción tiene algún problema. La ley pretendía establecer su aplicación para los funcionarios públicos. Ahora, cuando se expresa “alguien que tenga facultades de uso de servicios públicos”, no existe una referencia específica a funcionario público. Un funcionario público puede contar con servicios de agua, luz, teléfono, pero estas circunstancias no le dan la investidura de funcionario público.

El enriquecimiento ilícito describe la obtención de bienes, en un contexto en el que los ingresos lícitos no la permitirían. También cuando alguien cancela una deuda y esto no se corresponde con la capacidad patrimonial de acuerdo a los ingresos de los que dispone la persona o su cónyuge.

Existen prohibiciones que rigen con posterioridad al ejercicio del cargo. Según el artículo 4: “Será sancionado con cien a trescientos sesenta días multa el funcionario público que dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo en la entidad donde prestó servicios, se vincule laboral o societariamente con la persona física o jurídica favorecida”.

El art. 4 establece una multa penal, no una administrativa. “Dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo en la entidad donde prestó servicios, se vincule laboral o societariamente con la persona física o jurídica favorecida”. Se debe entender que se trata de un funcionario que estuvo vinculado contractualmente. Pero así como está escrito en la ley se referiría a cualquier funcionario. ¿Qué pasaría si un chofer del Ministerio Público sale y trabaja como empleado en Petrobras antes de que pase un año y, casualmente, el Ministerio

Público había firmado un contrato de provisión de combustible con las estaciones de servicio Petrobras? Obviamente, no es eso lo que se quiere castigar. Nada tiene que ver un chofer del Ministerio Público que no estuvo vinculado con el proceso de concesión de la provisión de combustible a Petrobras. Ni siquiera es razonable la prohibición al funcionario que decidió el contrato. No se puede, simplemente castigar si después se sale a trabajar. Podemos inferir que el funcionario salió justamente a trabajar porque hizo algo con esa empresa y por eso sale a trabajar. Pero eso no puede ser un motivo para sancionar penalmente a alguien. Si existe sospecha de que hay alguna irregularidad, debe probarse que a la firma del contrato el funcionario le causó un perjuicio a la institución donde trabajaba. No castigarlo por el solo hecho de firmar un contrato, salir de la institución y después trabajar en la empresa que fuera beneficiada. Se prodría hablar de una cuestión ética, para establecer una prohibición administrativa de ingreso a la función pública.

7. Tráfico de influencias

El art. 7 de la ley arriba mencionada expresa: “El que dolosamente reciba o se haga prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier otro beneficio como estímulo o recompensa para mediar ante un funcionario público, en un asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer, invocando poseer relaciones de importancia o influencia reales o simuladas”.

Se habla de dinero o cualquier otro beneficio. Bastaba con decir “beneficio”. El concepto de beneficio engloba al de dinero. Otra parte de la regla se refiere al que verdaderamente tenga influencia y al que diga tener influencia.

En otro orden de ideas, se ha interpretado en parte que se requiere ser funcionario, para ser destinatario de la prohibición, pero desde la perspectiva del expositor no tiene que ser, necesariamente un funcionario el que trafica influencias. Por ejemplo, el presidente de un partido político, ausque no tenga un cargo específico dentro del Estado, es un autor idóneo para traficar influencias.

El tráfico de influencias consiste en recibir un beneficio a cambio de una “prestación”; no por ejemplo en ir a hablar para saber si se nombró en algún cargo a alguien. El tráfico de influencias es cobrarle un canon a quien pregunta. Pedir algo no es tráfico de influencias. El tráfico de influencias castigado por la ley penal es aquel en el que alguien se deja prometer o recibe un beneficio por realizar algún trabajo. Cuando aún no estaba vigente esta ley, la anterior legislación sobre enriquecimiento ilícito, que era un decreto ley de 1940, hablaba de una de las formas de enriquecerse: “El que se enriqueciera por la influencia del cargo”. Se había tomado a un senador. El senador cobraba una suma de dinero por convencer al viceministro de Hacienda

de que desembolsara el dinero que le correspondía a una persona a la que le habían expropiado su tierra. Entonces, recibió el dinero por “abogar” ante el viceministro de Hacienda, que nada tenía que ver en el caso. Él simplemente fue a hablar, y la persona a la que le fue expropiada la tierra le tenía que pagar. El caso es que el legislador recibió dinero. Pidió dinero y luego lo recibió, para pedir que la persona expropiada ingresara al sistema de pago en aquel año.

“Igual pena se aplicará a quien entregue o prometa dinero o cualquier otro beneficio para obtener el favor de un funcionario público”. Esto es muy parecido al cohecho. Si tal conducta es señalada ante un magistrado, la misma es agravante. Cuando se trata del ámbito de la justicia, se agrava el marco penal.

La “administración en provecho propio” prevista en el art. 8 de la ley arriba citada se describe de la siguiente manera: “Será castigado con pena privativa de libertad hasta diez años, el funcionario” —cuando dice hasta diez años se entiende que es de seis meses a diez años— “el funcionario público que dolosamente decida, autorice o suscriba actos o contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios indebidos para su provecho personal, o para su cónyuge o conviviente, o el de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad”. Se castiga al que tiene la facultad de suscribir estos actos, es decir, se trata de personas de cierta competencia dentro de la institución, que con el otorgamiento reciban un beneficio indebido para su provecho personal, o para su cónyuge o conviviente, o el de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Segundo de consanguinidad pueden ser solamente el padre o el abuelo. Si es colateral se habla del padre y del hermano. Si se señala hijo se refiere a hijos y nietos. El segundo grado implica a los suegros.

ÍNDICE

1. Introducción	163
2. Tipos de responsabilidades.....	163
3. Definición de funcionario público para el derecho administrativo	164
4. Función pública para el derecho penal	165
5. Personal contratado y auxiliares	166
6. Relación jurídica entre Estado y funcionario.....	167
7. Procedimiento administrativo y procedimiento penal.....	168
8. Ilícitos administrativos previstos en la Ley 1626/2000 “de la función pública”	173
9. Faltas leves.....	174
10. Faltas graves	176
11. De las faltas graves en particular.....	177
12. Sanciones a faltas graves	186
13. Faltas sancionadas con la destitución.....	186
14. Medidas disciplinarias	187
15. La investigación de ilícitos administrativos.....	187
16. El Sumario administrativo	195
17. Áreas en que se expide el Juez Sumariante	196
18. Momento de investigación y juzgamiento.....	197

ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Diferenciar las principales características de los ilícitos administrativos que pueden ocurrir en la función pública.
- Identificar casos sujetos a la potestad disciplinaria
- Identificar responsabilidades del funcionario público según la Ley de la Función Pública
- Comprender las características y el alcance de la investigación y del sumario en una auditoría forense

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de las clases presenciales de los profesores Ricardo Preda y Claudio Lovera, realizadas el 30/03/2012 y el 02/05/2012, respectivamente. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 8: ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS

1. Introducción

En esta unidad, analizaremos aspectos relacionados con la Ley de la Función Pública, en la que existen varios presupuestos útiles a tener en cuenta en el contexto de un proceso de auditoría forense, de investigación de hechos.

2. Tipos de responsabilidades

En el Paraguay un funcionario público podría tener cuatro tipos de responsabilidades: la responsabilidad penal, la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad política.

Básicamente, a lo largo de las anteriores unidades de estudio hemos estado analizando presupuestos de responsabilidades penales. Habíamos mencionado también al inicio que el ordenamiento jurídico es un concepto general, dentro del ordenamiento jurídico existen normas jurídicas de distintas naturaleza. Entonces, cada una de estas responsabilidades responde a la violación de una norma jurídica de una naturaleza en particular.

Estudiamos las características de la norma penal. Vimos que debe cumplir ciertos presupuestos, y que esos presupuestos son específicos de acuerdo a cada uno de los hechos punibles que hemos analizado a lo largo de este curso.

Lo mismo ocurre con la responsabilidad civil, también tiene presupuestos y, básicamente, el primero de ellos es haber causado un daño, a lo que se debe sumar un elemento subjetivo: dolo civil o culpa, y eso genera una obligación de reparar el daño. También la responsabilidad administrativa tiene presupuestos que determinan su existencia, y tiene una forma de verificación de esos presupuestos según la Ley, en este caso, de la Función Pública, para aquellos que son funcionarios públicos de instituciones que se rigen por dicha ley.

El último tipo de responsabilidad que habíamos mencionado es la denominada responsabilidad política y es la que aplica a todos aquellos funcionarios que están sujetos al juicio político según la disposición constitucional.

3. Definición de funcionario público para el derecho administrativo

El artículo 4° de la Ley de la 1626/00 “de la Función Pública establece: “es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido y se presta en relación de dependencia con el Estado.”

Entonces conforme a la Ley de la Función Pública, es funcionario público aquel que ocupa un cargo presupuestado, ya que es en el presupuesto General de Gastos de la Nación el lugar en el que se presupuestan aquellos cargos que implican funciones permanentes.

La Ley de la Función Pública también, además de los funcionarios, abarca a los funcionarios contratados con algunas disposiciones, y también abarca a los que son integrantes del servicio auxiliar. Los encargados del servicio auxiliar son los ascensoristas, mozos, limpiadores, etc.

En el caso del funcionario contratado, su relación con el Estado está regulada por el Código Civil. Si existe contrato con una persona se puede tomar la decisión de rescindir ese contrato, pero si se resigna un contrato sin causa, se asume la responsabilidad de los daños y perjuicios que acontezcan. Ello, a diferencia de si se resigna contrato con causas.

Entonces, en el caso de los funcionarios contratados, si la consecuencia es la rescisión del contrato, eso no significa que no se tenga que investigar y probar la causa que se invoca para rescindir el contrato. Porque si el Estado rescinde sin causa, asume la responsabilidad de indemnizar.

Es decir, si una autoridad pública manejando correctamente la administración de los bienes del estado pretende rescindir un contrato, tiene que acreditar la causa, tiene que guardar, archivar todos los elementos que prueban esa causa. ¿Por qué? Porque los va a necesitar, en el caso en el cual la persona contratada decida demandar al Estado. En ese caso, deberá probar esos aspectos. Hay que investigar y hay que asegurar los elementos.

Una cuestión que a veces causa confusiones con respecto a la Ley de la Función Pública es el concepto de funcionario. Funcionario público es aquel que ocupa un cargo presupuestado, y eso abarca al Presidente de la República, al Vicepresidente, a los Miembros de la Corte, a los Ministros del Poder Ejecutivo, etc.

Lo que señala la Ley de la Función Pública en su artículo primero es que esa ley no es aplicable a ciertos funcionarios de un determinado nivel. Pero eso no significa que no sean funcionarios públicos. Lo que señala es que el régimen que está prevista en esa ley no es aplicable a esos funcionarios públicos: Presidente de la República, Ministros, integrantes de la Corte Suprema, del listado de cargos que esté en el artículo primero.

Pero eso no significa que ellos no sean funcionarios públicos, significa solamente que están sometidos a otros mecanismos jurídicos. El Presidente de la República, al juicio político, que abarca dos aspectos, uno de ellos es el mal desempeño de funciones, y eso está relacionado a su rol como funcionario público. Igual que los ministros del Poder Ejecutivo, que están sujetos a interpelaciones, a juicios políticos. Es decir, hay otros mecanismos jurídicos, pero eso no significa que no sean funcionarios públicos, esa es otra confusión que suele ocurrir habitualmente. Son funcionarios públicos pero están exonerados al régimen de la ley de la Función Pública. Es eso lo que se comunica en la Ley.

Lo que estábamos mencionando con respecto al artículo primero: “Esta Ley tiene por objeto regular la situación jurídica de los funcionarios y de los empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar, que presten servicios en la Administración Central, en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y las municipalidades, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Banca Pública y los demás organismos y entidades del Estado”. Luego la ley anuncia quienes están exceptuados en este régimen. Pero al estar exceptuado de ese régimen no elimina su carácter de funcionario público.

4. Función pública para el derecho penal

¿Por qué es interesante este análisis? En unidades de estudio anteriores habíamos recurrido a ejemplos y vimos como cada área jurídica puede tener sus propios conceptos. Por ejemplo, en este caso vemos lo que es el funcionario público para el derecho administrativo. El rasgo característico para determinar a una persona como funcionario público para el derecho administrativo es ocupar un cargo presupuestado.

Sin embargo, nosotros podemos encontrar disposiciones en el código penal, el cuál señala que las personas que pueden cometer esos hechos punibles son funcionarios. Entonces ahí surge una duda ¿qué significa funcionarios en ese contexto? ¿Significa también, para el derecho penal, que es funcionario aquél que cumple un cargo presupuestado?

El código penal tiene una particularidad en su definición de funcionarios, y señala: “aquél que desempeña una función pública”. Es decir, su rasgo característico no está dado por ocupar un

cargo presupuestado, sino su rasgo característico está dado por desempeñar una función pública. Entonces nos tenemos que preguntar ¿qué es una función pública? Es una función que está reservada al Estado, aunque el Estado en determinado contexto la puede delegar en particulares. Entonces, para el Código Penal por ejemplo, un funcionario es un escribano. Pero para el derecho administrativo, un escribano no es un funcionario público. Entonces siempre hay que tener en cuenta que, para normas jurídicas de ramas distintas, un mismo término puede tener conceptos propios para los efectos de cada ley.

5. Personal contratado y auxiliares

Recordemos que Ley de la Función Pública se encarga de funcionarios, pero también se ocupa de contratados. “Es personal contratado la persona que en virtud de un contrato y por tiempo determinado ejecuta una obra o presta servicio al Estado. Sus relaciones jurídicas se regirán por el Código Civil, el contrato respectivo, y las demás normas que regulen la materia. Las cuestiones litigiosas que se susciten entre las partes serán de competencia del fuero civil.”

Vamos a repetir que en el caso de que un contratado incumpla un deber, y la consecuencia sea rescindir el contrato, no significa que la institución está exonerada de investigar y de probar la causal. Porque si no estamos en condiciones de probar la causal, estamos exponiendo a nuestra institución a la posibilidad de indemnizar.

Vamos a poner un ejemplo sencillo de cualquiera de nosotros que en su casa tiene un servicio doméstico. Hay una relación laboral, hay un contrato con las personas del servicio doméstico, si hay un contrato. No confundamos, contrato es un acuerdo de voluntades destinado a regir derecho de contenido patrimonial, y otra cosa es la forma de un contrato, ya sea verbal, o escrito. Entonces, desde el momento que uno habla con una persona, y pacta con una persona que va a desempeñar servicio en el hogar, y se pacta un precio por esos servicios, ya existe un contrato. Como se va a probar en la práctica, ya es otra cuestión.

¿Pero qué ocurre existiendo un contrato, y si la persona de servicio domestico realizó un incumplimiento?, por ejemplo, no vino a la casa durante una semana, entonces decidimos terminar con esa relación contractual. Si no tenemos elementos posteriores para acreditar la causa, pasa lo que a veces pasa en la práctica, tenemos una demanda laboral y a pesar de que la empleada incumplió su contrato le tengo que pagar, porque no puedo probar que el despido fue con causa. Ese es el mismo concepto para la institución pública. Que la consecuencia de un incumplimiento en caso de un contratado sea la rescisión del contrato, no significa que la institución está exonerada de investigar y probar la causa.

Entonces, se tiene que investigar, se tiene que documentar la causa, y se tienen que documentar los elementos que existen para acreditar la causa. ¿Con que objetivo? Con el objetivo de que en el caso de que el funcionario decida demandar civilmente, podamos probar esa circunstancia, y liberar a la institución de indemnizar por haber cortado una relación contractual sin causa justificada.

Luego se señala en esta ley: “Es personal del servicio auxiliar (choferes, ascensoristas, limpiadores, ordenanzas y otros de naturaleza similar) la persona nombrada para tales funciones por la máxima autoridad del organismo o entidad del Estado en que fuera a prestar sus servicios. El nombramiento se efectuará mediante un procedimiento de selección simplificado que será establecido en el reglamento interno del organismo o entidad respectivo. “

Entonces vemos que la Ley describe y se ocupa de tres tipos de personas que se vinculan jurídicamente con el Estado. Los funcionarios, los contratados, y los auxiliares. Entonces, por más de que sean relaciones de naturaleza contractual, volvemos a repetir, eso no exonera a una autoridad de esa obligación de investigar, de reunir elementos y resguardarlos para el futuro.

6. Relación jurídica entre Estado y funcionario

Cuando utilizamos el término investigación lo hacemos en un sentido general, eso inclusive abarca el auditar, porque auditar básicamente es investigar. Entonces, después de haber visto estos elementos surge un extremo que tiene que ser abarcado por un proceso de investigación, que en este caso tiene posibilidad de que culmine en una valoración de responsabilidades.

Lo primero que tenemos que investigar es si existe una relación jurídica entre el Estado y la persona. Porque una persona pudo haber cometido ciertas conductas irregulares, pero puede que haya dejado de ser funcionario. Entonces en ese contexto ya no existe la posibilidad de someterlo a un sumario administrativo.

Por lo tanto en ese caso se perdería el interés en desarrollar una investigación con el objeto de establecer responsabilidades administrativas. Pero si por las características del hecho, surge la posibilidad de que por ejemplo, además de responsabilidad administrativa, esa persona pudo haber tenido responsabilidades civiles, o podría tener responsabilidades penales, sí habrá méritos para seguir profundizando con la investigación.

Todo esto tiene que ver con el buen uso de recursos. Es decir, no tiene mucho sentido el desarrollar toda una investigación con respecto a una persona desvinculada del carácter de funcionario, desvinculada del Estado, porque el Estado ya no le va a poder imponer ninguna sanción.

Porque al no estar el Estado en una relación jurídica con el mismo, ya no le puede imponer una sanción administrativa. Sí tiene sentido el de seguir la investigación, si se visualiza que pueden existir sospechas de responsabilidades civiles o penales. Las responsabilidades civiles en este tipo de circunstancias prescriben a los dos años.

Entonces una persona pudo haber, por ejemplo, dañado el proyector de la institución pública porque tuvo un manejo poco responsable del mismo y a lo mejor eso le motivó a renunciar a los diez días. Entonces, en ese contexto ya no podemos aplicarle sanciones administrativas, entonces no tendría objeto desarrollar una investigación para esclarecer porque ya no se tiene la potestad de sancionarle. Pero sí tendría sentido en el caso en el cual se verifiquen los requisitos para reclamarle responsabilidades civiles, en el sentido de reparar los daños, que sería adquirir un nuevo proyector.

Entonces, siempre es importante tener bien en claro cuáles son los objetivos de las investigaciones. Si entre los objetivos, se encuentra el de la aplicación de responsabilidades administrativas, corresponde verificar que se mantiene la relación jurídica entre el Estado y esa persona en concreto, como primer paso.

Esta relación jurídica entre el organismo de la entidad del Estado y su funcionario termina por renuncia, jubilación, supresión o fusión del cargo, destitución, muerte y cesantía por inhabilidad física o mental debidamente comprobada.

7. Procedimiento administrativo y procedimiento penal

La establecida en el art. 42 de la Ley de la función pública es una de las disposiciones que causan mayor cantidad de problemas, al momento de la toma de decisiones administrativas: “Cuando un funcionario público fuera imputado de hechos tipificados como punibles será suspendido en el cargo por el tiempo que dure el proceso. Si hubiese sido absuelto o sobreseído definitivamente en el proceso penal respectivo, el funcionario será repuesto en el cargo que desempeñaba en el tiempo de la suspensión o en otro equivalente.”

Esta disposición legal hace referencia a la posibilidad de que se lleven adelante dos procedimientos de naturaleza distinta. El procedimiento administrativo y el procedimiento penal. Y esta disposición también está relacionada con una que más adelante también vamos a volver a tocar. ¿Pero dónde está el problema de la interpretación de esta disposición?

Tomemos un ejemplo. Un funcionario dice: “Bueno, yo quiero ver el partido de uno de los clubes el sábado, pero quiero verlo con los amigos del barrio, y como no tengo pantalla gigan-

te, me sería muy útil el proyector de la institución para ver el partido, entonces, voy a sacarlo al final del día, al final del viernes, total nadie da vueltas por ahí, y el lunes a primera hora lo coloco de vuelta”. Y realiza esa conducta el funcionario. Supongamos que la institución tiene cámaras de seguridad, y de alguna manera u otra, se puede verificar y acreditar que el funcionario retiró el fin de semana el proyector, lo utilizó para fines particulares y lo devolvió el lunes. Entonces la autoridad administrativa toma dos cuestiones; instruirle un sumario y denunciarle penalmente. Entonces, si toma esas dos decisiones, la de instruir el sumario y la de denunciar penalmente ¿qué debería pasar con el sumario según esa disposición legal? Cuando se presentan este tipo de circunstancias, antes de tomar una decisión de qué pasa con el sumario hay que analizar la totalidad de los hechos. ¿Por qué? No todos los hechos que pudieron haber acontecido son objeto de una persecución penal.

Vamos a agregar un ejemplo en el caso de la persona que llevó el proyector a su casa. Supongamos que finaliza su jornada de trabajo a las trece horas. Para que no lo vieran salir con la pantalla en el horario de salida, el funcionario se llevó el proyector a las once de la mañana, saliendo sin permiso de la institución. El salir sin permiso de la institución implica una causal de una falta administrativa. Si ese aspecto es verificado por el sistema penal, entonces ya empieza a cambiar la cuestión. Para suspender los sumarios, se debe determinar cuál es el objeto de cada uno de ellos.

Veamos a otro ejemplo; el llevarse una cosa mueble teniendo la intención de retornarla a los dos días de utilizarla ¿es un hecho punible? No es apropiación ni hurto, ya que es evidente que no tiene la intención de apropiarse de la cosa. Antes de realizar la denuncia hay que analizar los hechos presentes. Ese funcionario podría ser sancionado por haber abandonado la institución pública en horario de trabajo, lo que no constituye un hecho punible, sino falta administrativa.

Entonces hay que diferenciar las evidencias que tenemos cuando hablamos de un hecho, pues el hecho tiene varias características y muchas de ellas no son objeto de una persecución penal, y tiene que ser resuelto en el ámbito administrativo.

En lo que concierne a responsabilidades administrativas que implican la destitución, los jueces y los agentes fiscales están sujetos a la competencia del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Ya hay varios casos en los cuales el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados acertadamente ha resuelto lo siguiente: cuando entiende que hay una cantidad de hechos que valen la pena someter a un procedimiento administrativo, por ejemplo la conducta de un fiscal, diferencia del total de hechos aquella porción que solamente es administrativa de aquella porción que es solamente penal y envía los antecedentes para la persecución penal, pero se hace cargo de juzgar aquella porción que es netamente administrativa.

Se suspende el procedimiento administrativo cuando los hechos, en su totalidad, responden exclusivamente a un hecho punible y responden también a una falta administrativa. En ese caso, sí debe suspenderse el procedimiento de juzgamiento administrativo, no la investigación. Lo que se suspende es el proceso del sumario, no la investigación administrativa. Pero cuando hay características que están fuera del campo penal, eso debe ser juzgado en el ámbito administrativo.

Recordemos que la Ley habla de auxiliares de servicios, ascensoristas, limpiadores, etc. Supongamos que tenemos un ascensorista en la institución pública y esa persona siempre nos trata bien, nos da prioridades, etc., entonces decidimos darle quinientos mil guaraníes. Eso llega a conocimiento de la autoridad y denuncian penalmente al ascensorista porque aceptó una dádiva por los servicios que presta en la institución pública. Entonces lo denuncian penalmente.

Lo primero que se debería de analizar es si la persona cumple con el concepto de funcionario del código penal. ¿Quién es funcionario? Es aquella persona que desempeña una función pública”. ¿Qué es una función pública? Es una actividad reservada al Estado. Entonces “¿manejar un ascensor es una función pública? No, es una actividad de naturaleza privada prestada en el contexto de una institución pública”. Por eso lo llaman servicio auxiliar, no está relacionado con las funciones públicas del ente. ¿Eso qué significa? Que esa persona no es punible por ese hecho en particular, no es punible por cohecho. Entonces no debe ser procesado penalmente.

Pero hay una disposición de la ley de la función pública que señala como falta el hecho de que cualquier funcionario o auxiliar reciba dádivas. ¿Eso qué significa? Que por más de que el ascensorista haya sido sobreseído por no cumplir las cualidades de funcionario, ha realizado una falta administrativa por lo que puede ser sancionado administrativamente. Porque el alcance de la prohibición es más general, es para todos aquellos que tengan esa vinculación con el Estado, independientemente del desempeño o no de una función pública.

Entonces hay que ver caso por caso, para ir analizando. Tenemos que tener bien en claro que no es una cuestión matemática de sumario más de denuncia penal en paralelo para el sumario. No es así. Hay que analizar caso por caso. Inclusive en los casos de sobreseimiento hay que analizar por qué el funcionario fue sobreseído.

Una persona puede ser sobreseída en un proceso penal, inclusive luego de haber admitido la realización de uno o más hechos punibles. Vamos a poner el ejemplo del proyector. La persona llevó el proyector no para devolverlo el lunes, sino para quedarse con el proyector y utilizarlo en su casa. Allí sí se configura un hecho punible contra la propiedad. Dependiendo de la característica, puede configurarse una apropiación o un hecho punible de hurto. Entonces, la persona

es denunciada penalmente y sometida a un proceso penal, pero los procesos penales admiten lo que se denomina “salidas alternativas al juicio”.

En este caso, en particular la persona dice “yo admito esas circunstancias fácticas de haber llevado el proyector.” Y entonces en lugar de ser llevado a juicio y condenado, el sistema procesal permite suspender el procedimiento penal, establecer reglas de comportamiento durante un tiempo determinado, que si las cumple, la consecuencia es el sobreseimiento.

En el caso referido en el párrafo anterior, el sobreseimiento se dictará no porque el hecho no haya existido o porque el mismo no sea punible, sino porque, por haber admitido el hecho y cumplido las reglas de comportamiento, el sistema penal permite sobreseer a quien ha cometido cierto tipo de hechos punibles. En este ejemplo, entonces, la persona pese a que fue sobreseída, podría ser sancionada administrativamente. Inclusive si cumple con los requisitos de la falta grave, que en este caso los cumple, podría ser destituida, por más de que haya sido sobreseída, porque el sobreseimiento puede ser consecuencia de varias causales, y no todas están relacionadas con las circunstancias de que la persona no haya cometido un hecho punible.

Existen ya varios casos en los que la Corte Suprema de Justicia, correctamente, revocó pronunciamientos del Tribunal de Cuentas, con respecto a anulación y revocación de casos de destitución de funcionarios que fueron sobreseídos en sus casos penales.

¿Pero sobreseídos por qué? Porque se les aplicó, por ejemplo, lo que se llama criterio de oportunidad, que es un mecanismo que tiene el Ministerio Público para descargar la cantidad de casos que tiene, pero no significa un pronunciamiento en el sentido de que la persona no haya cometido un hecho punible. O la suspensión condicional del procedimiento.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado qué hay que diferenciar para hacer ese análisis, qué causal de sobreseimiento se aplicó en cada caso en concreto.

Entonces, podemos tener perfectamente una persona sobreseída, pero no corresponder su reincorporación a la institución. La cuestión es que hay que analizar caso por caso, el cúmulo de hechos y las características de los hechos para definir si hay que suspender o no el proceso administrativo. Pero, cabe recalcar que cuando hablamos de suspender el proceso administrativo implica suspender el sumario, pero solamente en aquellos casos en que la totalidad de los hechos respondan a las características de los hechos punibles, entonces ahí hay que esperar el procesamiento penal para pronunciarse administrativamente. En ningún caso, si es que no se instruyó un sumario y se formuló una denuncia penal, eso es motivo para suspender la investigación interna. Porque debe ser del mayor interés de la propia autoridad pública saber que pasó al interior de esa Institución.

Si de los hechos tenemos algunas características, por ejemplo, la persona para llevar dinero de la institución pública salió sin permiso de la institución, esa porción de hechos, el haber salido sin permiso de la institución, no es de competencia de la persecución penal, es de competencia administrativa.

Como ejemplo, se presenta el caso de un efectivo de la policía. Este comete algún hecho punible, distintos al servicio que tienen. Entonces el estar en un lugar distinto, o sea supongamos, el policía está encargado a cumplir servicios en Encarnación, y es detenido cometiendo un hecho punible de robo en Ciudad del Este, va a haber una persecución penal por el robo y se va a esperar el pronunciamiento penal por el robo. Pero el hecho de que él esté en un lugar distinto a su servicio ya implica responsabilidad administrativa, y tendría que ser paralelamente juzgado y sancionado administrativamente, por ese hecho.

Entonces tenemos que mirar con más detalles los hechos para poder responder a ese tipo de circunstancias, y ver lo que es exclusivamente administrativo. No tiene razón de suspender, y no está justificado jurídicamente el hecho de suspender el proceso administrativo, esperando un pronunciamiento penal, que justamente no se va a pronunciar sobre esos hechos porque no son de su competencia.

Entonces hay hacer un buen análisis, para eso también es importante tener en claro qué pasó. Cuáles son los hechos que ocurrieron.

En consonancia con ese artículo, la Ley 1626/2000 “de la función pública” en su artículo 43 establece: “La destitución del funcionario público será dispuesta por la autoridad que lo designó y deberá estar precedida de fallo condenatorio recaído en el correspondiente sumario administrativo”.

Las faltas administrativas tienen que cumplir presupuestos similares a lo que son los elementos de un hecho punible. Tipicidad, en el sentido de que debe existir la posibilidad de reprobarle también a la persona la circunstancia. Acá hay que tener en claro un tema que suele crear confusión. Ni siquiera en el campo de las faltas administrativas existe lo que se llama responsabilidad objetiva por el producto. ¿Eso qué significa? Vamos a usar un ejemplo. Sabemos que el Poder Judicial y la Secretaría están integrados por el Juez y por un Actuario Judicial. El Actuario Judicial tiene varias responsabilidades, entre ellas, una de sus principales es estar presente en todas las audiencias, porque tiene que labrar actas a la audiencia, y tiene que dar fe pública del contenido de esa audiencia. Entonces básicamente una audiencia no puede ser llevada al Poder Judicial sin el Actuario. Entonces una de sus obligaciones principales es la de estar presente en la audiencia.

Supongamos un caso en particular, en el cual todas las partes van a esa audiencia y preestablecidas, notificadas, se presentan, se presenta también el Juez, y no está el Actuario. Entonces, se averigua qué pasó con el Actuario. Se averigua en la Dirección de Recursos Humanos y no lo encuentran y no tienen ningún pedido de permiso. Entonces el Juez pide que se le instruya un sumario al Actuario. Esa verificación, ese proceso que hizo el juez pidiendo los informes ya es un proceso de investigación. Es importante porque él es su superior jerárquico. Esos elementos, el de que esté fijada la audiencia, de que haya estado informado el Actuario de la audiencia y no se haya presentado, de que no exista ninguna constancia en Recursos Humanos de que se le haya otorgado un permiso. ¿Es suficiente para sancionarlo administrativamente? ¿Qué más falta? Hay que verificar si no existió un caso fortuito ni de fuerza mayor que le impedía asistir al Actuario. En este ejemplo en particular, el Actuario quedó encerrado en el ascensor del Poder Judicial.

Es decir, por más de que se trate de cuestiones relacionadas con faltas administrativas, ciertos principios no se relajan en el sentido de que debe existir también la posibilidad de reprochar a la persona por el incumplimiento normativo. Entonces se tienen que verificar otros extremos más. No basta con una verificación de que están presentes ciertas circunstancias fácticas del mundo exterior, para concluir forzosa y necesariamente que deba haber una infracción administrativa.

Corrientemente, en los ilícitos administrativos, en especial en Paraguay, están descritas las normas. La norma indica cual es el modelo de conducta que es lesivo. Por ejemplo dice: “El funcionario debe cumplir con sus obligaciones” o “El funcionario que no cumpliera con sus obligaciones”. De esta manera se enuncian las normas.

8. Ilícitos administrativos previstos en la Ley 1626/2000 “de la función pública”

Las reglas disciplinarias tienen habitualmente una estructura binaria. Los presupuestos, es decir, donde se describe lo que está prohibido o lo que está obligado, -hay normas prohibitivas y normas de mandato.

Hay dos tipos de normas en el ámbito sancionador, ya sea penal o administrativo. Hay normas que prohíben hacer algo y hay normas que mandan hacer algo. Las que prohíben se violan haciendo algo, y las que mandan se violan omitiendo hacer ese algo.

La consecuencia básicamente es la sanción aplicable. Generalmente, una regla contiene siempre una persona, una conducta, otra circunstancia objetiva y el aspecto subjetivo.

“Y las consecuencias son la sanción y la medida de la sanción”.

9. Faltas leves

En el Artículo 66 de la Ley 1626/2000 se establece: “Serán consideradas faltas leves las siguientes:

- a) Asistencia tardía o irregular al trabajo;
- b) negligencia en el desempeño de sus funciones;
- c) falta de respeto a los superiores, a los compañeros de trabajo o al público, y;
- d) ausencia injustificada”.

Estas son faltas leves según la Ley de las Función Pública.

- a) Asistencia tardía o irregular al trabajo.

La mayoría de los funcionarios, tiene que asistir al lugar en el que debe cumplir sus funciones, en el marco de un horario predeterminado.

El no cumplir con dicho horario, implica infringir el deber que configura este tipo de infracción administrativa.

- b) Negligencia en el desempeño de sus funciones

Es el incumplimiento de los deberes propios de las funciones, sin la diligencia requerida.

- c) Falta de respeto a los superiores, a los compañeros de trabajo o al público

Es el incumplimiento del deber de tratar a los superiores, compañeros de trabajo o al público, en forma decorosa y comedida, cumpliendo los deberes propios de sus funciones, tanto con palabras como con otro tipo de actos.

- d) Ausencia injustificada

Consiste en el incumplimiento del deber de asistir al lugar de trabajo, preestablecido por las normas vigentes.

En los casos de faltas leves, la autoridad de la institución se encuentra facultada a aplicar las sanciones, directamente, sin necesidad de un sumario administrativo previo. En todo caso, el

funcionario a quien se le aplica una sanción leve puede manifestar que no está de acuerdo y solicitar la apertura de un sumario administrativo.

Una vez que el funcionario lo solicite, la autoridad está obligada a disponer que se realice un sumario administrativo.

Por ejemplo, con el informe de Recursos Humanos, se hacen los descuentos, o se aplican las multas y el Funcionario dice: “No acepto la sanción, ya que en este día, intenté registrar mi asistencia, pero el reloj marcador no funcionaba”. Supongamos que esa sea la cuestión. “Yo quiero que se inicie un sumario”. Entonces, él mismo pide la apertura de un sumario. Esto, con esa salvedad de que uno pueda pedir el sumario es correcto. Es decir, en el ámbito administrativo se puede directamente sancionar siempre que se dé la oportunidad al sujeto de no estar de acuerdo con la sanción y que ahí sí se abra un proceso.

Lo que no corresponde es la aplicación directa de una sanción, sin dar la posibilidad de solicitar una revisión. Es decir, dar la oportunidad de abrir un proceso.

En el ámbito administrativo, generalmente se elabora un acta en que se consigna la aplicación de una sanción con la explicación de sus causas.

Por ejemplo, si una persona no detiene la marcha de su vehículo ante un semáforo en rojo, directamente el Oficial de Tránsito labra un acta en la que consigna lo ocurrido y la transgresión que constituye. Esto, abre un proceso para aplicar la sanción, en forma directa. Luego, se notifica al sancionado, quien, si no está de acuerdo, puede acudir al Juzgado de Faltas para que se de apertura a un sumario con respecto al caso.

El artículo 67 de la Ley 1626/2000 “de la función pública”, establece: “Serán aplicadas a las faltas leves, las siguientes sanciones disciplinarias.”

- a) “Amonestación verbal;
- b) apercibimiento por escrito; y
- c) multa equivalente al importe de uno a cinco días de salario”.

En cuanto a la amonestación verbal, generalmente no establece y por lo habitual no queda registrado en el legajo. No es que en todos los casos se hace un proceso previo, como sería un proceso penal, es decir, en el ámbito penal no se puede aplicar una sanción y después discutir si corresponde o no.

En el ámbito administrativo es perfectamente aceptable que se impongan una sanción y que la persona decida si paga o impugna en un plazo, luego de haber sido notificada. Si no presenta impugnación en el plazo o si paga la multa, significa que acepta. Si no acepta, tiene el derecho de litigar.

a) Multas

“Multa equivalente al importe de uno a cinco días de salario”. Cuenta con un marco, es decir un mínimo y un máximo, por lo tanto, las circunstancias del sujeto (antecedentes) serán relevantes para la aplicación de la sanción.

La situación del funcionario que estuvo cinco años cumpliendo funciones si haber sido sancionado nunca, debería ser tenida en consideración para que la sanción sea en este marco, tendiente hacia el mínimo.

En cambio, si ya fue sancionado, posiblemente será dentro del marco, hacia el máximo.

b) Amonestación verbal y apercibimiento por escrito

Para la amonestación verbal y el apercibimiento por escrito no importan las circunstancias porque es una sola sanción, no tiene un marco. Es decir, la amonestación verbal es graduada en tono de voz, por ejemplo.

Para la amonestación verbal en tono de voz o la amonestación verbal en situación escrita, no existe una graduación, es simplemente una sanción absoluta, única.

10. Faltas graves

El artículo 68 de la Ley 1626/2000, de la función pública, establece: Serán faltas graves las siguientes:

- a) ausencia injustificada por más de tres días continuos o cinco alternos en el mismo trimestre;
- b) abandono del cargo;
- c) incumplimiento de una orden del superior jerárquico, cuando ella se ajuste a sus obligaciones;
- d) reiteración o reincidencia en las faltas leves;

- e) incumplimiento de las obligaciones o trasgresión de las prohibiciones establecidas en la presente ley;
- f) violación del secreto profesional, sobre hechos o actos vinculados a su función que revistan el carácter reservado en virtud de la ley, el reglamento o por su naturaleza;
- g) recibir gratificaciones, dádivas o ventajas de cualquier índole por razón del cargo;
- h) malversación, distracción, retención o desvío de bienes públicos y la comisión de los hechos punibles tipificados en el Código Penal contra el Estado y contra las funciones del Estado;
- i) el incumplimiento de las obligaciones de atender los servicios esenciales por quienes hayan sido designados para el efecto, conforme a los artículos 130 y 131 de esta ley;
- j) nombrar o contratar funcionarios en trasgresión a lo dispuesto en esta ley y sus reglamentos; y,
- k) los demás casos no previstos en esta ley, pero contemplados en el Código del Trabajo y las demás leyes como causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador.

11. De las faltas graves en particular

- a) Ausencia injustificada por más de tres días continuos o cinco alternos en el mismo trimestre

Consiste en el incumplimiento reiterado del deber de asistir al lugar de trabajo, preestablecido en las normas vigentes, en la forma y marco de tiempo señalado en el inciso transcripto.

- b) Abandono del cargo

Consiste en el incumplimiento de todos y cada uno de los deberes correspondientes a las funciones propias del cargo, preestablecido en las normas vigentes, con ánimo de no volver a hacerlo, en un tiempo prolongado.

- c) Incumplimiento de una orden del superior jerárquico, cuando ella se ajuste a sus obligaciones

Consiste en no cumplir instrucciones impartidas por un funcionario de rango superior, que tiene potestad para establecer deberes.

Estas disposiciones pueden ser dictadas en forma verbal o escrita. Ejemplo: instrucciones impartidas y comunicadas a través de una “Circular”.

d) Reiteración o reincidencia en las faltas leves

Consiste en realizar conductas que configuran faltas leves, en diversas ocasiones, ya sea, que hubieran sido previamente juzgadas administrativamente o no.

e) Incumplimiento de las obligaciones o trasgresión de las prohibiciones establecidas en la presente ley

Para completar dicha normas, resulta necesario hacer remisiones a otros artículos.

Por ejemplo, en el Artículo 57 se establecen las obligaciones del funcionario.

Existen algunas obligaciones de los funcionarios en general y otras, que corresponden a los cargos que ocupan. Estas últimas, son detalladas en los decretos y resoluciones administrativas que establecen los deberes y facultadas correspondientes a cada cargo.

Establece el artículo 57 de la Ley 1626/2000: Son obligaciones del funcionario público, sin perjuicio de lo que se establezca en los reglamentos internos de los respectivos organismos o entidades del Estado, las siguientes:

- a) realizar personalmente el trabajo a su cargo en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que determinen las normas dictadas por la autoridad competente;
- b) cumplir la jornada de trabajo que establece esta ley;
- c) asistir puntualmente al trabajo y prestar sus servicios con eficiencia, diligencia, urbanidad, corrección y disciplina, y portar identificación visible para la atención al público dentro del horario establecido y, cuando fuere necesario, en horas extraordinarias;
- d) acatar las instrucciones de los superiores jerárquicos relativas al trabajo que realiza cuando ellas no sean manifiestamente contrarias a las leyes y reglamentos;
- e) observar una conducta acorde con la dignidad del cargo;
- f) guardar el secreto profesional en los asuntos que revistan carácter reservado en virtud de la ley, del reglamento, de su propia naturaleza o por instrucciones especiales;
- g) observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado;
- h) denunciar con la debida prontitud a la justicia ordinaria o a la autoridad competente los hechos punibles o irregularidades que lleguen a su conocimiento en el ejercicio del cargo;

- i) presentar declaración jurada de bienes y rentas, en el tiempo y en la forma que determinan la Constitución Nacional y la ley;
- j) concurrir a la citación por la instrucción de un sumario administrativo o prestar declaración en calidad de testigo;
- k) someterse periódicamente a los exámenes psicofísicos que determine la reglamentación pertinente;
- l) permanecer en el cargo en caso de renuncia, por el plazo máximo de treinta días, si antes no fuese reemplazado;
- m) cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos públicos;
- n) capacitarse en el servicio;
- o) velar por la economía y conservación del patrimonio público a su cargo; y,
- p) abstenerse de realizar actividades contrarias al orden público y al sistema democrático, consagrado por la Constitución Nacional.

Artículo 58 de la ley 1626/2000: Cuando el funcionario público se ausente del trabajo por razones de salud, deberá justificar su ausencia con la presentación del certificado médico correspondiente, dentro de las cuarenta y ocho horas. Caso contrario se considerará como día no trabajado.

El permiso por causa de salud no podrá exceder de noventa días.

El jefe de la sección, departamento o dirección de la repartición pública donde se desempeñe el afectado podrá, en cualquier momento, disponer la verificación del estado de salud del funcionario

Artículo 59 de la ley 1626/2000: La jornada ordinaria de trabajo efectivo, salvo casos especiales previstos en la reglamentación de la presente ley, será de cuarenta horas semanales. Las ampliaciones de la jornada ordinaria de trabajo diario que se hiciesen para extender el descanso semanal no constituirán trabajo extraordinario.

El trabajo extraordinario en ningún caso podrá exceder de tres horas diarias u ocho horas semanales y sólo podrá ser autorizado por escrito y en cada caso por el superior jerárquico de la sección, departamento o dirección de la repartición pública en que se necesitase.

Se considerarán horas extraordinarias las que se trabajen después de cumplida la jornada de trabajo.

Artículo 60 de la ley 1626/2000: Queda prohibido al funcionario, sin perjuicio de lo que se establezca en los reglamentos respectivos:

- a) utilizar la autoridad o influencia que pudiera tener a través del cargo, o la que se derive por influencia de terceras personas, para ejercer presión sobre la conducta de sus subordinados;
- b) trabajar en la organización o administración de actividades políticas en las dependencias del Estado;
- c) usar la autoridad que provenga de su cargo para influir o afectar el resultado de alguna elección, cualquiera sea su naturaleza;
- d) ejecutar actividades ocupando tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial de la dependencia, para fines ajenos a lo establecido para el organismo o entidad donde cumple sus tareas; y en especial, ejercer cualquier actividad política partidaria dentro del mismo;
- e) vestir o cargar insignias o uniformes de naturaleza proselitista dentro de las instalaciones del Estado;
- f) recibir obsequios, propinas, comisiones o aprovechar ventajas en razón del cargo para ejecutar, abstenerse de ejecutar, ejecutar con mayor esmero o con retardo cualquier acto inherente a sus funciones;
- g) discriminar la atención de los asuntos a su cargo poniendo o restando esmero en los mismos, según de quién provengan o para quién sean;
- h) intervenir directamente, por interpósita persona o con actos simulados, en la obtención de concesiones del Estado o de cualquier privilegio por parte del mismo que importe beneficio propio o de terceros;
- i) aceptar manifestación pública de adhesión, homenaje u obsequios de parte de sus subordinados, por razones referidas al cargo mientras se encuentre en ejercicio del mismo;
- j) mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios, con personas físicas o jurídicas fiscalizadas por el organismo en que se encuentra prestando servicios;
- k) obtener directa o indirectamente beneficios originados en contratos, comisiones, franquicias u otros actos que formalice en su carácter de funcionario;
- l) efectuar o patrocinar para terceros trámites o gestiones administrativas o judiciales, se encuentren o no directamente bajo su representación;
- m) dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicios remunerados o no, a personas físicas o jurídicas que gestionen o exploten concesiones de la Administración en el orden estatal, departamental o municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas;

- n) retirar, sin previa anuencia de la autoridad competente, cualquier documento u objeto de la repartición;
- o) ejercer una industria o comercio relacionado con las actividades del organismo o entidad del Estado en que presta servicio, sea personalmente o como socio o miembro de la dirección, administración o sindicatura de sociedades con fines de lucro. También es incompatible con toda ocupación que no pueda conciliarse con las obligaciones o la dignidad del cargo; y,
- p) aceptar comisiones, empleo o pensiones de otros estados, sin autorización del Poder Ejecutivo.

Artículo 61.- Ningún funcionario público podrá percibir dos o más remuneraciones de organismos o entidades del Estado. El que desempeñe interinamente más de un cargo tendrá derecho a percibir el sueldo mayor.

Artículo 62.- Exceptúase de la disposición del artículo anterior a la docencia de tiempo parcial. Ella será compatible con cualquier otro cargo, toda vez que sea fuera del horario de trabajo y no entorpezca el cumplimiento de las funciones respectivas.

Artículo 63.- El incumplimiento de las disposiciones del presente capítulo será sancionado, previo sumario administrativo, independientemente de cualquier otra responsabilidad civil o penal que traiga aparejado.

- f) Violación del secreto profesional, sobre hechos o actos vinculados a su función que revistan el carácter reservado en virtud de la ley, el reglamento o por su naturaleza

Debe determinarse, en primer lugar, qué hecho o actos vinculados a la función, revisten carácter reservado, por una disposición normativa.

En estos casos, solamente debe compartirse la información relacionada con aquello que reviste el carácter de reservado, con los funcionarios competentes para acceder a dicha información.

- g) Recibir gratificaciones, dádivas o ventajas de cualquier índole por razón del cargo

Esto, aparte de ser un ilícito administrativo también podría ser una conducta penal.

No obstante, conforme se explicara precedentemente, para que se configure el tipo penal, se requiere que la dádiva sea realizada a una persona que cumple una función reservada al Estado, en tanto que para que se configure el ilícito administrativo, basta con que la dádiva sea

realizada a cualquier persona que ocupa un cargo previsto en la ley de presupuesto general de gastos de la Nación.

h) Malversación, distracción, retención o desvío de bienes públicos y la comisión de los hechos punibles tipificados en el Código Penal contra el Estado y contra las funciones del Estado

h.1.) Malversación

Malversar consiste en aplicar un gasto a algún objeto que no estaba establecido previamente en la ley.

Ejemplo: En el presupuesto de una entidad pública (establecido por ley) se previó comprar sillas, pero, se compraron mesas.

El caso del ejemplo no configuraría un hecho punible, en principio, si no existe perjuicio patrimonial. No obstante, sí podría realizarse malversación que también podría subsumirse en los presupuestos de un hecho punible.

h.2.) Distracción, retención o desvío de bienes públicos

Por ejemplo, si se debe depositar una recaudación en el banco en los primeros días o al otro día después de recaudar y se deposita a los diez días, pero el administrador no se queda con nada, ello no sería penalmente relevante, pero sí podría tener relevancia administrativa.

Tanto por esta regla como por incumplimiento de las obligaciones o trasgresiones de las prohibiciones a las obligaciones, porque sabemos que existe una obligación, en otra ley que deriva otra vez a la Ley de la Función Pública, que se debe depositar al día siguiente.

Siempre se debe tener presente que, para atribuir responsabilidad a alguien por una omisión, se requiere, entre otros requisitos, que la acción debida hubiera sido de realización posible.

En el caso de que, por ejemplo, se debiera depositar en la cuenta de la Dirección del Tesoro Público, al día siguiente, lo recaudado en una institución, y la Dirección del Tesoro tuviera cuenta en una sucursal en un lugar rural, con acceso por camino de tierra y a varios kilómetros del banco en que se debe realizar el depósito, deberá tenerse en cuenta si, por ejemplo, por problemas de transporte o de camino, el funcionario omitió realizar el depósito en el plazo establecido.

En este caso, no corresponde atribuir una infracción al funcionario, ya que la acción debida le resultaba de cumplimiento imposible. No corresponde sancionar a alguien que está imposibilitado de hacer lo que la ley manda.

Como así también, hay veces que sí lo puede hacer y no lo hace, tal vez por una cuestión de comodidad espera acumular una cantidad y luego recién va a depositar al banco. Debe analizarse cada caso.

- i) Incumplimiento de las obligaciones de atender los servicios esenciales por quienes hayan sido designados para el efecto, conforme a los artículos 130 y 131 de esta ley

Estos son casos muy específicos para algunos funcionarios que tengan alguna facultad especial.

A continuación, se transcriben los artículos 130 y 131 de la Ley 1626/2000 “de la función pública”:

Artículo 130.- Se consideran servicios públicos imprescindibles para la comunidad aquellos cuya interrupción total o parcial pongan en peligro la vida, la salud o la seguridad de la comunidad o parte de ella.

Estos servicios públicos imprescindibles serán:

- a) la atención sanitaria y hospitalaria;
- b) la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles;
- c) el transporte de pasajeros;
- d) la educación en todos sus niveles; y,
- e) las telecomunicaciones.

Artículo 131.- Al declararse en huelga, quienes presten servicios públicos imprescindibles, deberán garantizar el funcionamiento regular de dichos servicios. La autoridad administrativa del organismo o entidad afectado comunicará al sindicato propiciante, la nómina del personal necesario para el efecto.

- j) Nombrar o contratar funcionarios en trasgresión a lo dispuesto en esta ley y sus reglamentos

Esto solamente sería aplicable a funcionarios que tengan esa facultad. Porque obviamente, la mayoría de los funcionarios no tienen esa facultad, la de nombrar.

- k) Demás casos no previstos en esta ley, pero contemplados en el Código del Trabajo y las demás leyes como causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador.

Se trata de una norma sancionadora abierta. Ello, porque se remite, para completarse, a disposiciones de otra ley. En este caso, a disposiciones del Código del Trabajo.

A continuación, se transcriben las normas previstas en el artículo 81 del Código de Trabajo, que describen las causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador.

Son causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador, las siguientes:

- a) El engaño por parte del trabajador mediante certificados o referencias personales falsas sobre la capacidad, conducta moral o actitudes profesionales del trabajador;
- b) Hurto, robo u otro de delito contra el patrimonio de las personas, cometido por el trabajador en el lugar del trabajo, cualesquiera que sean las circunstancias de su comisión;
- c) Los actos de violencia, amenazas, injurias o malos tratamientos del trabajador para con el empleador, sus representantes, familiares o jefes de la empresa, oficina o taller, cometidos durante las labores;
- d) La comisión de alguno de los mismos actos contra los compañeros de labor, si con ellos se alterase el orden en el lugar del trabajo;
- e) La perpetración fuera del servicio, contra el empleador, sus representantes, o familiares, de algunos de los actos enunciados en el inciso c), si fuesen de tal gravedad que hicieran imposible el cumplimiento del contrato;
- f) Los perjuicios materiales que ocasione el trabajador intencionalmente, por negligencia, imprudencia o falta grave, en los edificios, obras, maquinarias, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados con el trabajo;
- g) La comisión por el trabajador de actos inmorales, en el lugar del trabajo;
- h) La revelación por el trabajador de secretos industriales o de fábricas o asuntos de carácter reservado que conociese en razón de sus funciones en perjuicio de la empresa;
- i) El hecho de comprometer el trabajador con su imprudencia o descuido inexcusables la seguridad de la empresa, fábrica, taller u oficina, así como la de las personas que allí se encontrasen;

- j) La concurrencia del trabajador a sus tareas en estado de embriaguez, o bajo influencia de alguna droga o narcótico, o portando armas peligrosas, salvo aquéllas que, por naturaleza de su trabajo, le estuviesen permitidas;
- k) La condena del trabajador a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo;
- l) La negativa manifiesta del trabajador para adoptar las medidas preventivas o someterse a los procedimientos indicados por las Leyes, los reglamentos, las autoridades competentes o el empleador, que tiendan a evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;
- ll) La falta de acatamiento del trabajador, en forma manifiesta y reiterada y con perjuicio del empleador, de las normas que éste o sus delegados le indiquen claramente para la mayor eficacia y rendimiento en las labores;
- m) El trabajo a desgano o disminución intencional en el rendimiento del trabajo y la incitación a otros trabajadores para el mismo fin;
- n) La pérdida de la confianza del empleador en el trabajador que ejerza un puesto de dirección, fiscalización o vigilancia. Si dicho trabajador hubiese sido promovido de un empleo de escalafón, podrá volver a éste, salvo que medie otra causa justificada de despido;
- ñ) La negociación del trabajador por cuenta propia o ajena, sin permiso expreso del empleador, cuando constituya un acto de competencia a la empresa donde trabaja;
- o) Participar en una huelga declarada ilegal por autoridad competente.
- p) La inasistencia del trabajador a las tareas contratadas durante tres días consecutivos o cuatro veces en el mes, siempre que se produjera sin permiso o sin causa justificada;
- q) El abandono del trabajo de parte del trabajador. Se entiende por abandono del trabajo:
 - 1) La dejación o interrupción intempestiva e injustificada de las tareas;
 - 2) La negativa de trabajar en las labores a que ha sido destinado; y,
 - 3) La falta injustificada o sin aviso previo, de asistencia del trabajador que tenga a su cargo una faena o máquina, cuya paralización implique perturbación en el resto de la obra o industria.

El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo quedará configurado, con la falta de justificación o silencio del trabajador, ante intimación hecha en forma fehaciente para que se reintegre al trabajo, en un plazo no menor de tres días;

- r) La falta reiterada de puntualidad del trabajador en el cumplimiento del horario de trabajo, después de haber sido apercibido por el empleador o sus delegados.
- s) La interrupción de las tareas por el trabajador, sin causa justificada aunque permanezca en su puesto.

En caso de huelga, deberá abandonar el lugar de trabajo;

t) La desobediencia del trabajador al empleador o sus representantes, siempre que se trate del servicio contratado.

Habrà desobediencia justificada, cuando la orden del empleador o sus representantes pongan en peligro la vida, integridad orgánica o la salud del trabajador o vaya en desmedro de su decoro o personalidad;

u) Comprobación en el trabajador de enfermedad infecto contagiosas o mental o de otras dolencias o perturbaciones orgánicas, siempre que le incapaciten permanentemente para el cumplimiento de las tareas contratadas o constituyan un peligro para terceros; y,

v) Las violaciones graves por el trabajador de las cláusulas del contrato de trabajo o disposiciones del reglamento interno de taller, aprobado por la autoridad competente.

12. Sanciones a faltas graves

Conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1626/2000 “de la función pública”, las sanciones que pueden ser aplicadas a las faltas graves Son:

a) Suspensión del derecho a la promoción por el periodo de un año.

b) Suspensión en el cargo sin goce de sueldo de hasta treinta días.

c) Destitución o despido, con inhabilitación para ocupar cargos públicos por dos a cinco años”.

Las sanciones aplicables a las faltas graves tienen grados. Es decir, tienen mínimo y máximo. Tienen marcos, por eso es importante establecer las circunstancias que sirvan para medir la sanción.

13. Faltas sancionadas con la destitución

“Las faltas establecidas en los artículos tal del artículo anterior serán sancionadas con la destitución”. Vean cuales son h, i, j y k en el texto.

H es “Malversación, distracción”. I es “El incumplimiento de las obligaciones de atender los servicios esenciales”. J es “Nombrar o contratar funcionarios en trasgresión”. K es “Los demás casos no previstos en esta ley pero contempladas en el Código de Trabajo”. En realidad no tiene mucho sentido porque lo que está en el Código del Trabajo, algunas pueden ser graves y otras no son tan graves. Pero eso es lo que dice la ley.

14. Medidas disciplinarias

El Artículo 65 de la ley de la función pública establece “Las medidas disciplinarias”, esto sería para medir la sanción, aunque no tiene muchos detalles.

Dice: “Las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes y agravantes que rodeen al hecho”, pero no enumera qué circunstancias o hechos podrían ser considerados atenuantes o qué podrían ser agravantes. Así que se debe interpretar e integrar dichas normas.

Por ejemplo, que la persona no haya sido sancionada anteriormente, es una circunstancia que por lo menos, el sentido común nos dice que debe ser tomada a su favor. Si ha sido sancionado anteriormente por hechos graves, será una circunstancia que seguramente vamos a tener en su contra a la hora de medir la sanción.

Lo mismo con respecto a la gravedad de la falta cometida, por ejemplo, significa que una persona puede incumplir una obligación. El hecho de incumplir la obligación, en principio, configura el ilícito administrativo.

Supongamos que la persona incumplió la obligación, en forma voluntaria y habiendo tenido la posibilidad de cumplirla, y que, además, produjo un perjuicio.

El perjuicio no forma parte del ilícito administrativo, el ilícito administrativo se consuma simplemente al no cumplir la obligación en forma voluntaria. Y el perjuicio generado no forma parte del ilícito administrativo pero se debe tener en cuenta para medir la sanción.

15. La investigación de ilícitos administrativos

Observemos que en la Ley de la Función Pública existe un listado de obligaciones de los funcionarios públicos, y al final de esas obligaciones, se enuncia en el Artículo 63: “El incumplimiento de las disposiciones del presente capítulo será sancionado, previo sumario administrativo, independientemente de cualquier otra responsabilidad civil o penal que traiga aparejado.”

Entonces, en el propio concepto de la Ley es muy relevante analizar concretamente qué hechos y qué cantidad de hechos son los sospechados, y hacer esas diferencias de aquellos que corresponden excluyentemente al campo penal, y a aquellos que le corresponden exclusivamente al ámbito administrativo. A una persona por un cúmulo de hechos se le pueden imponer hasta los cuatro tipos de responsabilidades: la penal, la administrativa, la civil y eventualmente la política.

Entonces, la fórmula no es una fórmula matemática en el sentido de que mediante la existencia de una persecución penal y una imputación, necesariamente en todos los casos no es procedente un sumario administrativo.

Tenemos que diferenciar un sumario administrativo de un proceso de investigación interna, son cuestiones distintas.

La investigación interna está sujeta a un plazo de un año, y el objetivo de ese proceso de investigación interna es verificar si hay méritos para instruir un sumario administrativo. El sumario administrativo es una etapa posterior, y una etapa de juzgamiento. Lo que se hace en el sumario es producir la prueba y dar oportunidad a la persona que ejerza su defensa respecto a los hechos que se sospechan.

Si no podemos identificar una persona y no podemos identificar una conducta en concreto que se le puede atribuir, no están cumplidos los requisitos para instruir un sumario administrativo.

Cabe insistir en que ese proceso de investigación interna tiene el propósito de verificar si se reúnen los requisitos para el sumario administrativo. Se debe eliminar el concepto de que el sumario es para investigar. No es para investigar, es para juzgar. Es lo mismo que en las etapas del proceso penal se disponga la realización de un juicio oral y público para investigar si hay posibilidades de atribuirle a una persona una conducta. No es el objetivo. Primero se investiga, si se investiga y se cree que hay una sospecha suficiente se imputa, y luego de esclarecida esa sospecha desde el punto de vista de una investigación, se eleva a un juicio para juzgar. Es el mismo concepto.

Y respecto a la responsabilidad administrativa, señala la Ley: “Los funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa por incumplimiento de sus deberes u obligaciones o por infringir las prohibiciones establecidas en esta ley y las leyes análogas, haciéndose pasibles de las sanciones disciplinarias determinadas en este capítulo.”

Es importante recalcar, que cuando hacemos referencia al incumplimiento de deberes o a la violación de prohibiciones, establecidas en la ley, se debe recordar que las redacciones de la ley de la Función Pública en la mayoría de los casos, en este tipo de deberes o prohibiciones, son redacciones que se denominan abiertas. ¿Por qué? Porque el contenido específico es completado por reglamentos, circulares, ordenes de servicio, manuales, o incluso instrucciones verbales.

En ciertos casos se debe recurrir a algunos conceptos que no forman parte necesariamente de la reglamentación. Una de las causales de faltas administrativas, es por ejemplo, no conservar el debido decoro, incluso fuera del desempeño de la función pública. En ese caso en particular entonces hasta se debe definir qué significa decoro, y cuál es el alcance en ese momento determinado.

Entonces fijémonos inclusive que las relaciones abiertas se integran con un contenido que no es normativo, sino un contenido que corresponde a la realidad social, y todo eso es objeto de una investigación.

Si investigamos para verificar si existió una conducta que viola una norma, no podemos hacer esa investigación si no sabemos cuál es el contenido de esa norma. Entonces una de las primeras etapas de nuestra actividad de investigación es integrar el contenido de la norma. No podemos pretender investigar la conducta del funcionario, para luego al final ver cuáles eran sus obligaciones. Yal inicio se debe tener en claro cuál es el contenido de esas obligaciones para saber qué es lo que vamos a buscar, y el contenido específico en ese caso en concreto.

Tenemos que integrar la norma que vamos a evaluar posteriormente para saber si fue o no violada en el caso concreto.

Cabe reiterar que, como primera etapa, se debe verificar la existencia de esa relación jurídica entre el funcionario y el Estado, y que tiene que estar vigente porque de lo contrario, corresponderá ninguna consecuencia administrativa.

Señala la Ley de la Función Pública: “Las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que rodeen al hecho.”

Es decir, no solamente tenemos que buscar las características concretas de la conducta en un proceso de verificación, sino inclusive otras características para que la persona que va a decidir finalmente luego pueda definir el tipo de sanción, y el grado de sanción dentro del tipo. Es decir, todo eso debe ser abarcado en el contexto de ese proceso de verificación. Y son formulas que están abiertas y sus contenidos específicos tienen que ser definidos en cada caso en concreto.

Observemos entonces características de gravedad a la falta y circunstancias que pueden ser atenuantes o agravantes, y que rodean al hecho. Recordemos que la máxima autoridad lo que hace es tomar una decisión sobre la base de lo verificado. Esta autoridad no ingresa a hacer una

verificación por sí misma para tomar esa decisión, lo hace sobre la base de lo que ya se verificó durante la investigación, y lo que se verificó en el contexto del sumario, y solamente sobre esa información se basa, y lo que no se recopiló ya no podrá sustentar una decisión.

Vamos a ver unos ejemplos de lo que decíamos cuando hablábamos de formulas abiertas que tienen que ser integradas. La ley señala: “Serán consideradas faltas leves las siguientes:... Asistencia tardía o irregular al trabajo.”

Pongamos un ejemplo. Supongamos que nos toca hacer un proceso de investigación interna y tenemos que elaborar un dictamen, y pasar ese dictamen para que se decida si corresponde aplicar una falta leve o corresponde un proceso disciplinario en el sentido de un sumario.

No basta en un formato de presentación decir en el dictamen: “Juan Pérez asistió tardíamente al trabajo” ¿Por qué? ¿Qué significa tardíamente? En realidad, primero se tiene que verificar el horario de trabajo de los funcionarios de la repartición, la resolución que estable que el horario es de tal hora a tal hora. Juan Pérez en fecha tal y en fecha tal llegó a tal hora, según tal evidencia luego de verificar esta información recién viene el aspecto de la conclusión. Es un proceso de silogismo, en consecuencia Juan Pérez asistió en tal fecha y tal fecha tardíamente.

Para poder hablar de qué es tardío, tenemos que integrar esta disposición con, por ejemplo, la reglamentación que establece el horario de asistencia. Entonces de esa manera voy trabajando en cada caso en concreto. O sea no investigamos si Juan Pérez llegó tardíamente y luego al final de la investigación pedimos la resolución para acreditar el horario de asistencia al lugar, sino verifico primero, y reúno toda esa información como para poder saber que extremo tengo que acreditar. Y eso va a pasar en todas las causales, porque son fórmulas abiertas que en cada caso varían. Una institución tiene horario de siete a una, otra tiene de siete a tres, o sea va variando. Otras instituciones como el Banco Central tienen turnos, y los funcionarios optan por ingreso en horarios distintos y salidas en horarios distintos, entonces se tiene que integrar la norma para cada caso en concreto.

Fijémonos en este otro ejemplo de fórmula: “Negligencia en el desempeño de sus funciones.”

No podemos llegar a una conclusión de negligencia en el desempeño de funciones si primero no estamos en condiciones de describir en qué consiste una función ejercida correctamente en el caso en concreto. Es decir, si vamos a hacer un reporte tenemos que establecer que para esa persona en ese contexto y en ese momento, el correcto ejercicio de sus funciones implicaba realizar ciertas tareas. Segundo paso, esa persona, en el caso concreto, desempeñó de cierta manera sus tareas, y debemos explicar por qué hay una diferencia entre lo correcto y lo que realmente aconteció.

Entonces debemos destacar la importancia del trabajo de investigación de normas en cada caso en concreto. Si discutimos solamente un concepto abstracto de negligencia, es muy posible que ese sumario administrativo al final sea revocado en el ámbito judicial. Porque se requiere una descripción concreta de las circunstancias.

Estos son ejemplos que están enunciados como faltas leves.

“Falta de respeto a los superiores, a los compañeros de trabajo o al público; y Ausencia injustificada.”

Las consecuencias para las faltas leves como sanciones disciplinarias: amonestación verbal, apercibimiento por escrito, y multa equivalente al importe de uno a cinco días de salario. Entonces, cuando hablamos de proceso de verificación tenemos que abarcar inclusive características que están relacionadas con la gravedad. Si no abarcamos en el proceso de verificación los hechos y esas características de gravedad, no le podremos imponer cinco, le vamos a tener que imponer necesariamente uno. Porque si le imponemos cinco sin poder explicar por qué dentro de la escala utilizo la valoración mayor, será una sanción injustificada, no estará sustentada. Fíjense que aquí tenemos un límite mínimo y un límite máximo, tenemos que justificar porque subimos del mínimo al máximo, si no podemos justificar solamente podemos aplicar el mínimo. Desde el momento que aplicamos dos valoraciones, tenemos que estar en condiciones de explicar fundadamente por qué hicimos el paso del mínimo a un grado mayor, si no lo hacemos será una sanción arbitraria. Entonces tiene que estar verificada esa circunstancia.

Luego la Ley pasa a las causales de lo que se consideran como faltas graves. Tenemos ausencias injustificadas por más de tres días continuos o cinco alternos, abandono del cargo; incumplimiento de una orden del superior jerárquico, cuando ella se ajuste a sus obligaciones. Consideremos que tenemos que integrar describiendo cuales eran las ordenes aplicables en el caso en concreto y acreditando cuales eran las mismas.

Reiteración o reincidencia en las faltas leves. Incumplimiento de las obligaciones o transgresión de las prohibiciones establecida en la presente ley, violación del secreto profesional sobre hechos o actos vinculados a su función que revistan el carácter reservado en virtud de la ley, el reglamento o por su naturaleza.

La labor de integración que tenemos que realizar no basta con afirmar que un funcionario reveló un dato, sino primero tenemos que verificar que ese dato tenía carácter reservado. Y ese carácter reservado solamente puede provenir de una expresa disposición de la ley, una expresa disposición de un reglamento, porque la naturaleza misma de esa circunstancia lleva implícito ese carácter reservado.

Cabe reiterar que las formulaciones abiertas, en cada caso en concreto tenemos que integrarlas con otras disposiciones normativas de diferentes jerarquías para poder entender cuál es el alcance de la norma en un caso concreto. Estas normas no tienen un alcance específico, ese alcance específico solamente se determina verificando las características del caso en concreto y las reglamentaciones en ese caso en.

“Recibir gratificaciones, dádivas o ventajas de cualquier índole por razón del cargo.” Este es un ejemplo que ya habíamos mencionado. Pudo haber supuesto en los cuales recibir una gratificación es una falta grave pero no es sinónimo de un hecho punible. Y puede haber casos en los que ya a primera vista se observa que la consecuencia es, por ejemplo, una disposición administrativa en el sentido de la declaración de una falta grave y de la destitución, pero no cumplen con las características de un hecho punible. Entonces no tiene lógica, y es más, la propia ley no contempla para ese tipo de circunstancias el esperar la conclusión de una persecución penal, porque tienen una naturaleza diferente.

“Malversación, distracción, retención o desvío de bienes públicos y la comisión de los hechos punibles tipificados en el Código Penal contra el Estado o contra las funciones del Estado.” Aquí hay un ejemplo muy interesante, y que ya estábamos viendo en algunas de las unidades de estudio de este curso. Por ejemplo, que un funcionario en un contexto de administración de ciertos fondos utilice esos fondos para un fin distinto al preestablecido. Podríamos tener el caso de un funcionario que maneje una caja chica, y que se tenga una reglamentación de esa caja chica que establezca la finalidad para la cual se pueden utilizar esos fondos, y el funcionario opte por utilizarlos para una finalidad distinta. ¿Eso tiene que ser esclarecido en qué sentido? Si no existió un perjuicio patrimonial para el Estado, habíamos visto en el ejemplo, no aplica la figura de lesión de confianza, y eso implica dar una finalidad distinta a la preestablecida, eso se llama malversación que es una causal de destitución por falta grave.

Lo que típicamente ocurre es que se verifica la circunstancia, se formula una denuncia ante el Ministerio Público, nos olvidamos de llevar adelante los procesos administrativos, y esperamos larga cantidad de años hasta que la persona es absuelta porque no resulta ser un hecho punible. Entonces, por eso es muy importante en cada caso en particular ver las competencias, y no siempre la solución es que el ámbito administrativo espere para la acreditación de responsabilidades. Hay figuras como la malversación que son exclusivas del ámbito administrativo, y en esa confusión y al no esclarecer esas circunstancias se formula la denuncia y se espera a partir de ahí a ver qué ocurre.

La ley Señala al final los demás casos: “los demás casos no previstos en esta ley, pero contemplados en el Código del Trabajo y las demás leyes como causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador.”

Veamos entonces que inclusive para tener un catálogo de causales para aplicación de consecuencias jurídicas, tenemos que remontarnos al propio Código Laboral. Lo que deberíamos hacer si trabajamos en una de estas áreas que tienen que hacer verificaciones, en este caso de hechos, para poder afirmar si es que existe una posibilidad de responsabilidad administrativa, es completar esta disposición jurídica, listando todas las disposiciones establecidas en el Código Laboral.

Por ejemplo, una de las obligaciones de cualquier trabajador es la de velar por el patrimonio del empleador. Entonces el mal manejo de ciertos bienes también es causal de faltas. En este caso en particular se integra con otras disposiciones jurídicas, y las consecuencias de las faltas graves son: suspensión del derecho a promoción por el periodo de un año, suspensión en el cargo sin goce de sueldo de hasta treinta días, o, destitución o despido, con inhabilitación para ocupar cargos públicos por dos a cinco años. Observemos que estamos hablando de gradación de diversas sanciones, inclusive de límites mínimos a límites máximos.

Entonces, debemos repetir lo trascendente que es no solamente verificar que ocurrió la conducta, sino además hay que verificar todas sus características para tener la información suficiente como para poder optar por una de estas gradaciones, y para poder optar fundadamente, de lo contrario es un pronunciamiento arbitrario y pasible en consecuencia de ser revocado.

Más adelante establece la ley: “las faltas establecidas en los incisos H, i, j, k del artículo anterior serán sancionadas con la destitución.” Establece el catalogo de las faltas más graves, cuya única consecuencia en caso de ser verificadas es la desvinculación en esa relación jurídica con el Estado.

Dependiendo de la naturaleza de faltas leves o faltas graves hay dos procedimientos para la aplicación de las consecuencias. En el caso de faltas leves: “Las sanciones por las faltas leves son aplicadas por el jefe de la repartición sin sumario administrativo previo. Si el inculcado se considera inocente por la pena de amonestación o apercibimiento, podrá solicitar la instrucción de un sumario administrativo.”

Lo que no hay que confundir, cuando se hace referencia a que en el caso de faltas leves se aplica sin sumario administrativo, que eso no es sinónimo de que se deben aplicar sanciones sin darle la oportunidad a la persona de que se pueda expresar con respecto a la circunstancia. Lo

que señala la ley es que se aplican sin necesidad de la formalidad de un sumario administrativo. Pero eso no es sinónimo de que la persona no pueda tener una oportunidad de expresarse respecto a los hechos. Por eso en las instituciones públicas hay que, por ejemplo, en el caso de sanciones por faltas leves por llegada tardías, de manera previa se irán listando esas circunstancias para que si el funcionario se sienta agraviado, la autoridad pueda explicarlo antes de aplicar la consecuencia. Y en el caso que se aplique, de todas formas, el funcionario puede solicitar un sumario administrativo para esclarecer los hechos. Pero no hay que confundir formalidad del sumario con eliminar la posibilidad de escuchar a la persona. Y es bueno siempre como en una técnica de investigación en algún momento determinado, tratar de escuchar, porque esto nos puede proporcionar información que a lo mejor a uno se le pasó o no observó, etc., es una buena manera también de obtener información.

“Sí el funcionario ocasionase un perjuicio al Estado, éste tendrá acción contra los bienes del mismo para el resarcimiento correspondiente.” Por eso habíamos mencionado que cuando hacemos estas verificaciones tenemos que tener en cuenta que las responsabilidades de los funcionarios no se agotan con aspectos solamente administrativos. Cuando se refiere al manejo de bienes o manejos de ciertos elementos que pueden causar perjuicios, también hay que verificar la posibilidad de cumplimiento de lo que son las responsabilidades civiles. La responsabilidad civil parte de un concepto como primer elemento de la existencia de un daño, más lo que se llama el dolo civil. Pero por lo menos en el campo de verificación nuestro, verificar si existió o no un daño, implica la posibilidad cierta de que haya o no acción para reclamar el resarcimiento del mismo.

Ya dentro de la naturaleza del sumario administrativo señala esta ley: “El sumario administrativo es el procedimiento establecido para la investigación de un hecho tipificado como falta grave en el Capítulo X de la presente Ley.” Y ahí hay un tema interesante, nosotros no siempre tenemos que guiarnos por las expresiones que usa el legislador, necesariamente, en lo que significa cotidianamente. Nosotros tenemos que interpretar las disposiciones del legislador dentro de un contexto determinado. Especialmente cuando estamos ante el legislador paraguayo. ¿Por qué? Porque lastimosamente en nuestro país, y lastimosamente en el Congreso, tenemos muchos problemas para usar el lenguaje. ¿Eso qué significa? Fijense, este es el texto de la ley de a Función Pública y señala: “Es el procedimiento establecido para la investigación de un hecho tipificado.” Cuando usa el término investigación, ¿se refiere a investigación en el sentido de reunión de elementos, como nosotros lo entendemos, o lo hace en el sentido de investigación para juzgar? La respuesta solamente se puede dar si analizamos el total de la Ley de la Función Pública, y si vemos que la Ley de la Función Pública diferencia dos momentos, diferencia un momento de verificación y diferencia un momento de juzgamiento. Pero de una manera técnicamente incorrecta, el legislador utiliza la definición como sinónimo de juzgamiento. Pero

esa es la función que debemos cumplir cuando se trabaja con normas jurídicas, uno tiene que interpretar el alcance.

16. El Sumario administrativo

La ley de la función pública dispone que: “El sumario administrativo podrá ser iniciado de oficio o por denuncia de parte, y en el mismo se dará intervención al acusado para ejercer libremente su defensa, por sí o por apoderado.”

Queda claro que el requisito de un sumario es poder atribuirle hechos en concreto a un funcionario en concreto, y que se sospecha porque se reunieron elementos en el sentido de que pueden ser constitutivos de una falta grave. Esos son los requisitos del sumario.

El requisito para iniciar un sumario no es la mera denuncia realizada por una persona. Si una persona denuncia a un funcionario, lo que debe hacer la autoridad a través de su área respectiva es verificar la denuncia, verificar su sustento y verificar qué elementos de prueba la acompañan. Si lo que presenta la denuncia cumple con los requisitos del sumario, se instruye un sumario. Si no cumple los requisitos para instruir sumario, pero presenta indicios de infracción administrativa o hecho punible, se tiene que investigar.

Lo que ocurre es que esta disposición de la Ley de la Función Pública abarca prácticamente a la totalidad de las instituciones públicas, y dentro de las instituciones lo que están excluidos son ciertos cargos, Ministros, etc.

Hay algunas Instituciones Públicas que promovieron la acción de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley de la Función Pública, y obtuvieron una suspensión de los efectos de esos artículos por parte de la Corte Suprema de Justicia. En algunos casos, la Corte Suprema declaró inaplicables las normas de la ley de la función pública, para algunas instituciones que la impugnaron de inconstitucional. Entonces aquellas instituciones que obtuvieron la suspensión de los efectos de los artículos de la Ley de la Función Pública que regule al sumario administrativo se siguen rigiendo por la ley 200, que es la ley anterior. Y esa Ley 200 establecía que el juez sumariante es alguien de la propia institución.

17. Áreas en que se expide el Juez Sumariante

Aquí están establecidas las áreas dentro de las cuales tiene que expedirse el juez sumariante. ¿Por qué es importante referirse a las áreas dentro de las cuales se va expedir el Juez Sumariante? Por lo siguiente, ¿Quién investiga? Y se aclarara que, cuando usamos el término “investigación”, lo hacemos en término genérico, eso abarca auditoría, etc.

Quien investiga hechos siempre tiene que tener como visión final qué requisitos va a considerar aquél que tiene que pronunciarse sobre ese producto. Quien investiga va a generar un producto que proporcionará información. Entonces para saber qué información se debe recabar, siempre se debe mirar un poco más allá de nuestra área de funciones y considerar qué opinión tendría la siguiente persona que va a recibir ese producto y que tiene que tomar decisiones sobre esa base. No tenemos que necesariamente investigar pensando cuáles son nuestras prioridades, sino qué requisitos debe cumplir el producto para que otra área pueda tener algo que le sea útil, en atención al probable o a los probables destinatarios de cada informe que será elaborado por el área de investigación o auditoría forense.

Y si se dispuso el inicio de un sumario administrativo, como consecuencia del informe de investigación o de auditoría forense, el Juez, luego de analizar el informe, la contestación del funcionario sumariado, en su caso, las pruebas presentadas y, en su caso, los respectivos alegatos, deberá pronunciarse sobre:

- “la comprobación de los hechos, en el sentido de qué hechos acontecieron y qué persona está relacionada con esos hechos.”
- “la culpabilidad o inocencia del encausado” En el sentido de si se le puede vincular a esos hechos o además, si pese a que existieron esos hechos no se deben por ejemplo, a un caso de fuerza mayor o caso fortuito.

Cabe reiterar que ni siquiera en el ámbito administrativo existe hoy en día en vigencia el principio de que haya una responsabilidad objetiva por la realización de una conducta genéricamente prohibida por la ley.

Es importante que en el caso señalado observemos qué abarca la sanción correspondiente, la selección de la sanción, e inclusive la gradación de la misma. Pero esa gradación no se hace, o no se debe hacer, de manera arbitraria, tiene que estar fundada en hechos. Entonces si tenemos un límite mínimo y un límite máximo de una multa, y no podemos acreditar ni justificar los grados mayores de la pena, solamente le puedo imponer el mínimo. De lo contrario es una resolución arbitraria.

Lo que queda a cargo de la máxima autoridad es la aplicación de las sanciones en concreto. Es decir, el Juez Sumariante juzga bajo esos elementos, y la aplicación de la pena queda a cargo de la máxima autoridad del organismo.

18. Momento de investigación y juzgamiento

El sumario tiene como objetivo el juzgar administrativamente la conducta de un funcionario al que se atribuye la sospecha de la realización de una o más infracciones administrativas.

En el artículo 78 de la Ley de la función pública, tenemos las consecuencias de la instrucción de sumarios, sin cumplir los requisitos para el efecto. Si transcurren los plazos del sumario sin resolución, se entiende que el sumario se resolverá favorablemente al sumariado. “Transcurrido el plazo para resolverse, sin que hubiese pronunciamiento del Juez Instructor, se considerará automáticamente concluida la causa sin que afecte la honorabilidad del funcionario.” Entonces, hay que tener mucho cuidado, debemos repetir, con las instrucciones tempranas de sumario. Porque en realidad, indirectamente, puede ser un paso hacia un indebido “blanqueo”.

Lo que ocurre muchas veces en la práctica en la instrucción del sumario contra personas in-nominadas es que transcurren los plazos, no se pueden acreditar que alguien hubiera realizado una infracción y se sobresee el sumario. La instrucción del sumario con respecto a personas sin verificar concretamente qué elementos hay, termina en la desvinculación del sumariado. Eso sin tener en cuenta los perjuicios que se le causa a un funcionario por instruirle un sumario sin siquiera saber qué sospechas le podemos atribuir.

Pero la mayor consecuencia es que terminan con estos sobreseimientos formales. ¿Por qué sobreseimiento formales? Porque no se sobreseen porque el hecho haya existido o no, se sobresee por una disposición legal de plazos. O sea no se esclarecen los hechos. Lo que corresponde es intentar esclarecer las sospechas de ilícitos.

Y aquí viene la disposición que tiene concordancia con la que habíamos visto inicialmente cuando teníamos dos procesos, uno administrativo y uno penal. Dice: “cuando la falta imputada al funcionario constituyese además un hecho punible de acción penal pública, el Juez Instructor se limitará a verificar la verosimilitud de la acusación y de comprobarse dicho presupuesto, la autoridad competente suspenderá al funcionario en el cargo, con goce de sueldo, hasta tanto se dicte auto de prisión preventiva o equivalente.”

Recordemos que el término hace referencia al sumario como una etapa prevista para investigar. Recordemos que siempre debemos interpretar en el contexto de la ley, y en este caso cuando se hace referencia a las labores del Juez Instructor se dice: “se limitará a verificar la verosimilitud de la acusación.” ¿Cuándo existe conceptualmente una acusación? Una acusación existe cuando le atribuimos a una persona hechos en concreto. Cuando ya hicimos una labor de verificación y creemos que según los elementos estamos en condiciones de decir: “tenemos la sospecha clara de que realizaste estas circunstancias.”

Entonces, la propia Ley de la Función Pública equipara la instrucción de un sumario a una acusación. Los requisitos que enuncia para la instrucción de un sumario son requisitos elevados que se asemejan a los requisitos de una acusación. Entonces si tenemos que verificar la existencia de los elementos de una acusación, eso significa una labor de investigación previa.

Es decir, la propia ley usa términos distintos en momentos distintos. Y en ese contexto es que tenemos que quitar la conclusión de a qué es lo que hace referencia en concreto.

Y señala la Ley “se limitará a verificar la verosimilitud de la acusación y de comprobarse dicho presupuesto, la autoridad competente suspenderá al funcionario en el cargo, con goce de sueldo, hasta tanto se dicte auto de prisión preventiva o equivalente.” Pero aquí el punto trascendente es cuando la falta imputada constituya además un hecho punible. Y es lo que habíamos mencionado, cuando un hecho en concreto, tiene la dualidad de ser, una falta administrativa y un hecho punible, se suspende el procedimiento administrativo. Pero cuando hablamos de un hecho tenemos que tener en cuenta todas sus características. Si además de ese hecho hay otras circunstancias fácticas, que pertenecen exclusivamente al ámbito administrativo, esos procedimientos administrativos no tienen por qué parar.

Utilicemos el ejemplo que vimos del policía; si el policía en horario de servicio, teniendo un destino en particular se traslada a asaltar un banco, lógicamente el asalto a ese banco tiene una dualidad de ser una infracción administrativa y también de ser un hecho punible. Entonces en ese contexto en particular, tendrá que esperar la autoridad administrativa, el avance del procedimiento penal. Pero eso no exonera la obligación de aplicar los procedimientos administrativos porque esa persona abandonó su destino de servicio y se trasladó sin autorización a otro lugar. Eso no pertenece al campo del hecho punible en particular. Y eso sí debe ser valorado y ya resuelto por la autoridad administrativa. Entonces, cuando vemos un hecho tenemos que ver todas las características, y las porciones que no pertenecen al campo penal deben seguir en el contexto del ámbito administrativo.

Por eso es muy importante aplicar a los casos correctos esta disposición. “En estos casos de sumario administrativo quedará suspendido y estará supeditado al proceso judicial, prologándose la suspensión del cargo hasta que se dicte sentencia. Si éste absolviese al encausado, el mismo deberá ser repuesto en el cargo de conformidad a lo dispuesto en esta ley; si lo condenase, se procederá a su inmediata destitución.” Estos son casos en los cuales se paralizó el sumario administrativo, se suspendió a la espera del pronunciamiento en el campo penal.

Pero esto no es una fórmula de simplemente ver una resolución judicial, y ver una resolución de instrucción de sumario. Hay que analizar el contenido de cada una de ellas. Hay que basarse en los hechos, no es simplemente sumar. Una suma de coexistencia implica que uno tiene que estar paralizado. Depende mucho del contenido.

“El sumario administrativo es independiente de cualquier otro proceso que se inicie contra el funcionario en la justicia ordinaria, salvo lo establecido en el artículo anterior. En el caso que corresponda efectivamente la suspensión de los procedimientos en trámite.

Y señala: “la sanción administrativa aplicada a un funcionario público por la comisión de una falta se aplicará sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudieran corresponderle por el hecho imputado.”

Es decir, lo que ya habíamos mencionado, por ciertas circunstancias fácticas, a una persona se le puede aplicar varias consecuencias jurídicas: destitución, obligación de indemnizar, se refiere a responsabilidad civil, inclusive una sanción penal.

Y señala: “la responsabilidad administrativa del funcionario público se extingue: por muerte, por cumplimiento de la sanción o por prescripción de la acción disciplinaria.”

Tenemos dos momentos con respecto al plazo. “La facultad del organismo o entidad el Estado para aplicar las sanciones previstas en esta ley prescribe al año, contado desde el día que se hubiese tenido conocimiento de la acción u omisión que origina la sanción. No obstante si hubiesen hechos punibles la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal”; y lo que habíamos señalado: “la prescripción de la acción se interrumpe con el sumario administrativo.”

Entonces, para volver a insistir; hay dos etapas, y cada etapa tiene una finalidad en particular. La propia Ley nos señala que el Estado tiene el derecho a aplicar una sanción administrativa. Ese derecho está supeditado a que sea ejercido en un plazo determinado. ¿Cuál es ese plazo? Se produce el hecho, a partir de que es conocido tenemos un año para aplicar esa sanción. Ese

plazo se interrumpe cuando se instruye un sumario. Y ahí se dispara otro plazo, que ese sumario debe culminar es sesenta días más la posibilidad de prorrogar por veinte días más.

Entonces, son plazos muy distintos. No es lo mismo hablar de verificar durante un año, que verificar durante sesenta u ochenta días. Entonces, aprovechemos este plazo. Hacer esa verificación y tener suficiente elementos claros con respecto a una persona, para poder tomar decisiones correctas que apurar estos plazos. Si realizamos esto sin mucho análisis, haremos conocer el hecho, se instruirá el sumario, y ya no tendremos un año para verificar, sino solamente sesenta días.

Por lo tanto, si la propia ley diferencia los momentos, ¿Por qué nosotros nos ponemos la soga al cuello apurando ese momento? Hay que tener en claro que sí la propia ley diferencia esos momentos: momento de investigación y momento de juzgamiento, tenemos que manejarnos de acuerdo a esa diferenciación, y por eso se justifica tener los plazos distintos.

Pasa lo mismo que nos puede pasar en el Ministerio Público; tenemos plazos de la prescripción penal para investigar, y a veces al imputar apuradamente lo único que hacemos es ponernos la soga al cuello y llegar a conclusiones inadecuadas por el apuro. El apuro nunca es buena compañía para verificar hechos.

ÍNDICE

1. Introducción	207
2. Conceptualización	207
3. Mecanismos para la valoración de evidencias.....	211
4. Cómo analizar la evidencia	218
5. Oportunidad de los reportes	219
6. Características del informe	220
7. Conceptualización de componente fáctico	222
8. Conceptualización de indicio	224

ELABORACIÓN DE REPORTE

OBJETIVOS GENERALES

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Comprender aspectos básicos en la elaboración de reportes.
- Comprender aspectos básicos y fundamentales en la valoración de las evidencias y de los hechos
- Identificar las principales características del informe de auditoría

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial del profesor Claudio Lovera realizada el 08/05/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 9: ELABORACIÓN DE REPORTES

1. Introducción

Esta unidad está orientada a dar a conocer cuándo existen méritos para elaborar un reporte o informe de auditoría forense y a transmitir criterios y técnicas útiles para elaborarlos.

2. Conceptualización de reporte o informe de auditoría forense

En sentido genérico, un reporte es un mecanismo a través del cual una o más personas comunican a otra de una determinada situación.

A través del reporte o informe final de auditoría forense, uno o más auditores informan al destinatario del reporte que se ha finalizado la auditoría, generalmente, por alguna de las siguientes razones:

- a. Se han descartado todas las hipótesis que contenían la descripción de alguna posible conducta ilícita;
- b. Se ha obtenido evidencias que generan indicios suficientes de la realización de una o más conductas ilícitas
- c. Se han agotado los procedimientos de auditoría, posible y las evidencias obtenidas no son suficientes para descartar ni para generar indicios suficientes con respecto a, al menos una hipótesis que contiene la descripción de una conducta ilícita.

En todos los casos, el reporte debe contener datos básicos, como los son la fecha de su elaboración, la Unidad o dependencia en que se elaboró, su responsable y las personas que participaron en su elaboración, entre otros.

Además, debe contener una breve descripción de la información inicial que generó la realización de la auditoría forense, una breve descripción de los procedimientos de auditoría aplicados, de las evidencias relevantes obtenidas y, sobre todo, de los hechos que han surgido como presuntamente realizados.

Finalmente, el reporte debe tener un análisis conclusivo de la presunta ilicitud de una o más conductas que habrían sido realizadas, según las evidencias obtenidas y recomendaciones finales. Entre las recomendaciones, según el caso, estarían la de presentar denuncia ante el Ministerio Público, instruir sumario administrativo, archivar la denuncia y, además, según los casos, tomar medidas administrativas tendientes a prevenir ilícitos u otras circunstancias no deseables.

Si se ha obtenido evidencias que generan indicios suficientes de la realización de una o más conductas ilícitas, en el informe final se debe poner énfasis en los hechos reconstruidos y en las evidencias que los acreditan.

Si se dan los demás supuestos, es decir, si se han descartado todas las hipótesis que contenían la descripción de alguna posible conducta ilícita y si se han agotado los procedimientos de auditoría, posible y las evidencias obtenidas no son suficientes para descartar ni para generar indicios suficientes con respecto a, al menos una hipótesis que contiene la descripción de una conducta ilícita, el énfasis al elaborar el reporte debe ser puesto, según el caso, en la descripción de las hipótesis iniciales que generaron los méritos para realizar la auditoría forense, en los procedimientos realizados, en las evidencias obtenidas y sobre todo, en los motivos por los cuales se considera que se han descartado todas las hipótesis que ameritaron la auditoría o bien, en los motivos por los cuales se considera que se han agotado los procedimientos de auditoría posibles y que no se han fortalecido lo suficiente los indicios iniciales, como para recomendar el inicio de un sumario o la presentación de una denuncia penal.

Es importante entender que cuando se analizan casos en los que hay méritos para realizar auditoría forense, porque la información inicial es indiciaria de la realización de conductas ilícitas, la primera tarea es esclarecer qué ocurrió. Hecho esto, se avanza a un segundo paso que implica hacer una valoración acerca de ese acontecimiento. Es decir, reconstruir hechos y luego hacer una valoración de si, por ejemplo, constituyen indicios suficientes de que una o más personas hubieran cometido ilícitos. Por esto es fundamental tener en cuenta, desde el inicio del proceso, que se deberán hacer las valoraciones al final.

Reconstruir hechos implica recolectar evidencias y analizar la información que estas van proporcionando. La evidencia y la información que proporciona serán valoradas luego, pero, si bien hay dos tareas diferentes -reconstruir hechos y hacer valoraciones- no significa que estén disociadas. La reconstrucción de hechos va acompañada constantemente de una tarea de valoración; es decir, si no está clara la conclusión a la que se requiere llegar, no se podrá considerar la información que se deben recolectar, y viceversa.

Un error usual es considerar que se escribe un informe o un reporte luego de que se han recogido determinados datos y elementos. El reporte se debe ir construyendo en la medida que se acumulan los datos, ya que al no tener claridad del resultado buscado durante el proceso, ese mismo resultado reflejará esa falta de claridad.

Es decir, se debe construir ese reporte a medida que se va trabajando. Hecho de este modo, se podrá observar cuán sencillo es trasladar esa claridad conceptual a un papel. A partir de esto

se afirma que el primer paso para elaborar un informe es tener una claridad conceptual acerca de qué se debe hacer.

Es recomendable en primer lugar, resolver mentalmente el caso luego, aclarar el concepto de qué es lo que se quiere transmitir, para posteriormente trasladar ese concepto a un papel. Son pasos muy importantes que en ocasiones no se toman en cuenta por error.

En el Manual de Auditoría Gubernamental vigente, aprobado por el Poder Ejecutivo, por la Contraloría General de la República y sugerido para su implementación en las demás entidades, se señala en una de las normas cuanto sigue: “Evaluación del Cumplimiento de Disposiciones Legales y Reglamentarias. El auditor debe conocer las características y tipo de riesgos potenciales de la Entidad, área o proceso auditado y de los actos ilícitos que puedan ocurrir, posibilidad de identificar los indicios de que esos actos puedan haber ocurrido”.

A modo de ejemplo de cómo funciona, podemos señalar que al reconstruir hechos de un acontecimiento histórico en una institución pública en que se sospecha ha ocurrido uno o más ilícitos, no se debería empezar la tarea sin previamente discutir en equipo y tener claro de qué ilícito se trata, cuáles son sus elementos y cómo es que habría ocurrido en el caso concreto. Si al conformarse un equipo para llevar adelante un proceso de reconstrucción, cada miembro lo hace según su propio criterio de lo que sería el ilícito, resultará difícil que esa tarea sea eficiente.

La propia norma técnica del mencionado manual señala que, cuando se va a hacer la tarea, el equipo previamente debe discutir y tener en claro si será utilizado un término de auditoría, los criterios a utilizar y los alcances de esos criterios.

Para los que son auditores, los hallazgos de auditoría se identifican a través de una labor de comparación entre una condición y un criterio. Lo que ocurre muchas veces es que esos criterios no son realmente discutidos, analizados y tenidos bien en claro en cuanto a su alcance antes de empezar la tarea. Y eso forma parte ya de la planificación de un trabajo.

Se debe buscar información en relación a los elementos del concepto para verificar si ese concepto en la práctica se da, por el hecho de que la definición de “hecho ilícito” es una abstracción; no se puede ver, lo que se va a buscar son circunstancias fácticas que respondan al concepto. ¿Qué es un concepto? A través de un concepto se expresan las características que algo debe reunir para poder afirmarse que responde a esa abstracción.

Entonces, si hay acuerdo sobre el uso de cada uno de los términos con que se describe un hecho ilícito, se requiere hacer una labor de reconstrucción mental de los hechos supuestamente

realizados para buscar las evidencias que nos permitan reconstruir los hechos y las conductas que constituirían el ilícito. Esa es la primera discusión a tener como equipo.

Por otro, lado, la norma también señala que: “Se reconoce no obstante que el auditor no necesariamente está capacitado para investigar actos ilícitos que por su especialización o complejidad competen a las autoridades responsables de investigar esa clase de hechos o de aplicar las leyes correspondientes.” Esta disposición es interesante, pero siempre hay que analizarla en el contexto de la totalidad de las normas jurídicas vigentes.

A partir de esto se puede interpretar erradamente que el auditor no necesariamente tiene que estar capacitado para investigar actos ilícitos complejos, y que si se da de este modo se debe pasar la tarea a otra instancia.

Las normas jurídicas no se interpretan de manera aislada. De este modo, si se interpreta que eventualmente podría ser un hecho ilícito penal muy complejo, por lo cual tiene que intervenir el Ministerio Público, es de atender que para ello deben existir indicios fácticos que sostengan la sospecha de un hecho punible en concreto, de lo contrario, el Ministerio Público no es competente para intervenir. Hasta este punto, al menos, debe llegar el auditor. Ese es el límite mínimo, el auditor debe llegar por lo menos indicios fácticos que sostengan una sospecha razonable de que ocurrió un acto ilícito, que responde a los presupuestos, en un hecho punible en concreto. Entonces, queda claro que estas normas no significan que el auditor deba desentenderse del tema. La ida a otro lugar depende de que se cumplan los requisitos sobre la competencia de ese lugar. Y es hasta ese lugar donde hay que avanzar.

El auditor hace conclusiones cuando reporta y una primera parte de esas conclusiones es una conclusión fáctica. Lo primero que hace un auditor o un investigador cuando concluye su trabajo es formular una afirmación con respecto al pasado. Esto, en el sentido de que, según la tarea de reconstrucción del pasado, se presenta una descripción del hecho como una opción, o en su defecto se establece que no se reunió la suficiente información para poder esclarecer qué es lo que ocurrió.

Otro aspecto que se debe atender es que, actualmente, por norma, a los auditores e investigadores no les está permitido -y eso es extremadamente lógico y razonable- afirmar lo que crean pertinente, sino solamente pueden afirmar aquello que se puede sustentar con evidencias suficientes, competentes y relevantes, que permitan fundamentar razonablemente los juicios y conclusiones que expone en sus informes.

3. Mecanismos para la valoración de evidencias

Existen algunos mecanismos prácticos sugeridos para realizar la valoración de la evidencia recolectada cuyo objetivo es conocer si cumple con los requisitos actuales, que la bibliografía sobre el tema menciona en los términos de “evidencia competente, suficiente y relevante”. Ahora bien, cómo es posible verificar si en la práctica la evidencia cumple con estos requisitos.

Los manuales señalan que “la evidencia deberá someterse a prueba para asegurarse de que cumpla los requisitos básicos de suficiencia, competencia y relevancia. Los papeles de trabajo deberán mostrar los detalles de la evidencia y relevar la forma en que se obtuvo.” Es decir, al hacer esa tarea de reconstrucción se documenta la tarea y el resultado, pero también el modo mediante el cual se obtuvo ese resultado.

Al hablar de la aplicación de responsabilidades jurídicas, no importa el campo, ya sean responsabilidades jurídicas administrativas, civiles o penales, no basta con afirmar que se poseen las evidencias que indican ese hecho, si esa evidencia se obtuvo violando normas jurídicas.

Por ejemplo, se cuenta con un documento muy importante que acredita un hecho relevante para sostener que una persona, por medio de un engaño, habría causado a la institución un perjuicio patrimonial, pero el mismo se obtuvo ingresando a una oficina, abriendo la cartera de uno de los funcionarios y extrayendo ese documento de la cartera. En ese caso, se cuenta con un documento relevante, pero que no puede ser utilizado para acreditar responsabilidades jurídicas. Por esto, al hablar de la documentación de la tarea no solamente es importante documentar el resultado, sino también el procedimiento para obtener esos resultados. Obviamente, el procedimiento debe ser lícito. Es decir, la evidencia debe colectarse sin violentarse los derechos de otras personas.

Entonces, es de considerar en este contexto que se pueden hacer todas las tareas pertinentes conducentes a obtener información, siempre que no se viole un derecho.

Un auditor puede preguntar a alguien, a una persona física, que puede no pertenecer a la institución, y ésta puede preguntar y solicitar una entrevista. Un auditor puede recurrir a fuentes externas a una persona jurídica y pedir información, otra discusión es si la persona, en este caso, el representante de la persona jurídica, se niega a proporcionar esa información, y si hay o no, dependiendo de cada institución, métodos coactivos para requerir y obtener la información (en ocasiones hay algunas que sí). Si vemos, por ejemplo, el caso de la Sub Secretaría de Estado de Tributación, nos vamos a percatar de que ellos tienen ciertos métodos coactivos para obtener datos.

Pero el concepto siempre es: puede hacerse todo aquello pertinente y útil para obtener información, siempre que sea lícito. Ese es el parámetro a tener en cuenta. No se necesita un listado de cosas que pueden hacerse para recolectar información, se requiere comprender qué todo lo necesario y posible, lo puedo hacer, siempre que sea lícito.

Los auditores deben mantener un registro completo y detallado de la labor efectuada, de los resultados de sus procedimientos realizados y de las conclusiones alcanzadas. Esto se realiza en los papeles de trabajo, los cuales deberán contener la evidencia suficiente, competente y relevante, necesarias para fundamentar los hallazgos, opiniones y conclusiones que se presenten en el informe. Esto significa que en muy pocas oportunidades un auditor expone una percepción directa, sino que expone lo que surge de las evidencias obtenidas, porque conceptualmente el trabajo de auditoría implica entrar a verificar luego de que acontecieron los hechos, es decir, los hechos ya sucedieron uno o más años atrás.

Se han dado muy pocos casos en los cuales la percepción del auditor es la fuente directa del conocimiento de los hechos, por lo que es importante consignar la fuente en los papeles de trabajo, porque, por ejemplo, si sobre la base del reporte se formula una denuncia penal, quien dirija la investigación penal va a ir, principalmente, a la fuente citada en los papeles de trabajo para esclarecer los hechos, no necesariamente al auditor. Ahora bien, si el informe no expone claramente la fuente, lógicamente lo primero que va a hacer el encargado de una investigación basada en el informe final de auditoría forense o reporte, es consultar al auditor, pero esto será para que le explique cuáles son las fuentes de sus afirmaciones.

Entonces, cuando hablamos de papeles de trabajo y hablamos de informe es muy importante no solamente explicar con claridad cuál es la percepción de la reconstrucción que tuvo el auditor y cuál es su criterio de valoración, sino también dejar en claro cuáles son las fuentes de esas afirmaciones. Esto es así, porque quien impulse el proceso de declaración de responsabilidades va ir a esa fuente directa, o sea, si el auditor entrevistó a un funcionario y él relató su percepción, al hacer una afirmación fáctica sobre la base de esa percepción, implica que quien lleve adelante ese proceso de declaración de responsabilidades tiene que ir hasta ese funcionario declarante. Por lo cual se debe registrar la participación del funcionario y sus datos de contacto.

Los informes y los reportes tienen que ser autosuficientes, se debe encontrar en los mismos toda la información central que facilite la toma de decisiones, y ayude a organizar todas las tareas, al menos iniciales, de esa decisión. Por otro lado, las normas señalan la debida comunicación de observaciones a los responsables de la entidad examinada, como un mecanismo para poder validar los hallazgos que se crean haber encontrado. Sin embargo, hay normas que complementan la misma, que señalan que: “Los informes de auditoría deben emitirse lo más

pronto posible, a fin de que la información pueda ser utilizada oportunamente por el titular de la institución examinada y/o funcionarios de los niveles apropiados del gobierno.”

Es común creer que la tarea de verificación es sinónimo de informe, pero en la realidad cuando se hace un trabajo los hallazgos no se cierran en un mismo momento, sino que se van cerrando a medida que se va trabajando.

Si se encuentran eventualmente hallazgos que señalan la posibilidad o la sospecha de indicios fácticos acerca de la realización de actos ilícitos, y especialmente si esos actos constituyen hechos punibles, es de considerar género y especie. Ese es el momento para reportar, no necesariamente seis meses después de haber encontrado o haber cerrado el hallazgo, cuando se está haciendo el informe global. El reporte tiene que ser oportuno y por eso es bueno ir adquiriendo la costumbre de reportar en el momento las cuestiones que son muy relevantes, independientemente de que en el informe final se mencionen nuevamente.

Esto debe ser así porque cuando se habla de esclarecimiento de responsabilidades, investigar esas responsabilidades es muy complejo, dado que uno de sus mayores enemigos es el tiempo. Es sabido además que la declaración de responsabilidades está sujeta a plazos, es decir, por más que se tenga un muy buen hallazgo cerrado, con todos los elementos de un hecho que podría eventualmente ser punible o ameritar una sanción administrativa, si transcurre determinado plazo, el Estado pierde la potestad de aplicar sanciones. Entonces a veces, por ese criterio de oportunidades, por más de que sea un trabajo muy importante, detallado y profesional, el factor tiempo afecta el valor del resultado.

Además, si por ejemplo se tratara de responsabilidades administrativas de funcionarios, es de atender que el primer requisito para poder aplicarle esas responsabilidades es que el funcionario o contratado siga ligado al sector público. Puede incluso darse el caso de que en un interesante trabajo de auditoría de varios meses se cierren varios hallazgos, pero durante el transcurso de ese proceso las personas se percataron de que iban a ser en algún momento expuestos y se desvinculan de la institución. Pueden renunciar y cobrar sus salidas de la institución pública al Estado, siendo que, si las comunicaciones hubieran sido oportunas, habrían salido de las instituciones, destituidos.

Esa así que la oportunidad de reportar también es muy relevante. Dependiendo de la relevancia y el momento en que son cerrados los hallazgos se identifica el momento oportuno para exponer los mismos.

Cuando se hace referencia a hallazgos relacionados con responsabilidades jurídicas, tampoco es correcto el concepto de que necesariamente antes de reportar se debe comunicar ese hallazgo para que haya un descargo, interpretando eso como el cumplimiento de un derecho constitucional, en el sentido de inviolabilidad de la defensa.

Cuando se audita, se investiga, no se juzga, se reporta. La persona tendrá la oportunidad de ejercer ese derecho constitucional de la defensa en los procesos de declaración de responsabilidad. No obstante ello, dependiendo de las circunstancias, en algunos casos puede resultar útil el exponer el caso a una o más de las personas que pudieran haber realizado uno o más ilícitos, a los efectos de tomar en cuenta sus respectivas versiones. Salvo que, por una cuestión de estrategia se requiera el sigilo y la prudencia para, por ejemplo, que la autoridad competente realice un allanamiento, en algunos casos podría ser útil obtener la versión de las personas referidas, con el fin de verificar todas las hipótesis posibles.

No obstante esto, debe tenerse en cuenta que la verificación no es una tarea de juzgamiento. El resultado de esa tarea de verificación que hace el auditor no es una decisión de la aplicación de una consecuencia jurídica.

Entonces, el principio constitucional funciona en los procesos cuya conclusión es la declaración de una responsabilidad jurídica, con lo cual tampoco hay que creer que una acusación basada en la presunción personal de la comisión de un hecho irregular por parte del funcionario puede reportarse o que primero, necesariamente, hay que comunicar para el descargo. La cuestión es que, una vez que está cerrado, si para hacer el hallazgo vale la pena como una técnica para obtener información, se puede escuchar al funcionario, pero como una estrategia; no hay que verlo como cumplimiento de un derecho constitucional, porque absolutamente no tiene que ver con eso.

El informe debe ser preparado en lenguaje sencillo y fácilmente entendible, tratando los asuntos en forma concreta y concisa, los que deben coincidir de manera exacta y objetiva con los hechos observados. Incluso, existe una norma que señala que el auditor no debe presuponer que quien va recibir el reporte posee los mismos conocimientos técnicos que posee el auditor, y que necesariamente va a comprender el lenguaje que utiliza al expresarse. Es decir, cada grupo de profesiones tiene una manera técnica de comunicarse, pero no hay que presuponer que quien va a recibir ese reporte y que tiene que tomar decisiones con respecto a él, tiene el mismo conocimiento técnico de las profesiones que redactan el documento.

Hay que utilizar la menor cantidad de expresiones técnicas o si se utilizan en el contexto del informe, hay que explicar cuál es su contenido. Hay que bajar el lenguaje a un nivel que consi-

dere que quien lo reciba posiblemente no sea de la misma preparación que el redactor en cierto ámbito. Esto, generalmente causa problemas, principalmente, cuando uno quiere utilizar un lenguaje técnico que no es de su profesión y que no domina. A veces, el entusiasmo provoca que el redactor use expresiones cuyo alcance no maneja correctamente, lo que a veces se presta para malas interpretaciones por quienes reciben el mensaje.

Si, por ejemplo, se quiere afirmar que un documento no es auténtico, término que para el profesional que escribe representa un concepto claro, es recomendable que se describan las características que posee el documento que lo hacen no auténtico, de modo a que quién no esté familiarizado con el concepto pueda igualmente entender que el mismo no es auténtico.

En cuanto a la norma de auditoría gubernamental, esta está formulada como una obligación: “Cuando en la ejecución del trabajo de auditoría, se evidencien faltas graves y/o indicios razonables de comisión de delito en perjuicio de los intereses del Estado, el auditor, sin perjuicio de la continuidad del respectivo examen, debe emitir con la celeridad del caso, un informe especial con el respectivo sustento técnico y legal, para que se efectúen las acciones pertinentes en forma inmediata por parte de las instancias correspondientes”.

Es decir, se ha cerrado un hallazgo que implique sostener la sospecha de la comisión de una falta grave o inclusive de un delito. Ese es el momento de reportar, independientemente de que se continúe con el trabajo, respecto a los otros objetivos de la labor que lleva adelante.

En este punto, vemos el contenido específico de un reporte: “La información que sustenta un hallazgo”. Comparándolo con el concepto de hallazgo, cuya condición es determinar la reconstrucción fáctica con un criterio específico. El criterio es un parámetro y se verifica si esa condición responde o no a ese parámetro. Puede responder de manera negativa o positiva. Lo que se tendrá a consideración en este marco son los que responden de manera negativa y que eventualmente impliquen responsabilidades por parte de funcionarios o contratados.

Otro enunciado a analizar es: “La información que sustenta un hallazgo debe estar disponible y desarrollada en forma lógica, clara y objetiva, en la que se pueda observar una narración coherente de los hechos. La valoración de los hallazgos debe ser producto del análisis y juicio profesional y objetivo de los auditores.” Para elaborar un reporte se puede tener en cuenta, dependiendo de las características del caso, más de una estrategia. Es decir, se debe evaluar en cada caso en concreto cuál es la mejor estrategia para exponer los hechos. En ocasiones, en un determinado caso, luego de hacer un buen análisis, se cae en la cuenta de que la manera más clara de ser entendida la información puede implicar una exposición cronológica.

Entonces se desarrolla una exposición cronológica para una mejor comprensión de los hechos. Pero eso no funciona en el cien por ciento de los casos. Eventualmente, la exposición cronológica no necesariamente es la mejor manera de transmitir claramente los hechos, especialmente cuando en un caso se manejan varios indicios.

Entonces se debe decidir, en cada caso en concreto, qué es lo más conveniente, pudiendo hacerse una exposición cronológica o exponiéndola de una manera que se presentará a continuación. Cuando hablamos de indicios, no siempre la mejor manera es una exposición cronológica de los hechos. Por ejemplo, usaremos un caso interesante de homicidio para discutir este punto.: Estamos en nuestra casa y, de pronto, oímos el sonido de un disparo de arma de fuego que se realizó afuera. Quienes ante el sonido, salen a mirar, observan que una persona está tendida en el suelo, sangrando y otra persona, Carlos, se aleja, corriendo. Por casualidad hay policías en la salida y, como ven que Carlos sale corriendo, lo aprehenden.

A partir de ahí se debe hacer una labor de reconstrucción. En resumen, se tiene un disparo que fue oído por varias personas y una persona, inmóvil en el piso, sangrando. En consecuencia, se tiene la sospecha de que posiblemente alguien disparó un arma de fuego, por lo que se debe buscar el arma en el lugar y determinar que esa persona que se encuentra en el suelo, herida, lo esté como consecuencia de un impacto de bala.

Entonces, uno de los policías busca el arma y encuentra una pistola entre las plantas, a 10 metros del lugar en que se encuentra el cuerpo en el piso. Toma el arma utilizando un pañuelo, intentando no tocar la culata directamente, porque hay una regla de experiencia que señala que, en muchas ocasiones la persona que manipula un arma y la dispara, lo hace sin colocarse guantes: entonces, hay una posibilidad razonable de que, el que disparó, lo haya hecho sin colocarse guantes y de que no haya tenido tiempo de limpiar el arma para borrar las huellas digitales. También hay una regla de la experiencia que señala que las huellas tienen características únicas.

De este modo notamos que cuando se realiza una labor de investigación o de esclarecimiento de indicios, y en ese marco se busca algo (evidencias en el caso de la auditoría forense y de la investigación de ilícitos), es porque se tiene una idea del concepto, al menos aproximado, de la manera en que se debe realizar esa tarea. Siguiendo con el caso de ejemplo, se tiene el arma, pero se debe confirmar si la persona herida o fallecida como consecuencia de una bala que salió de esa arma, para lo cual se debe verificar el calibre. Otro principio de experiencia señala que las armas dejan rasgos únicos en las balas, no hay un arma que deje en las balas los mismos rasgos al dispararse.

El método para hacer esta verificación es realizar otro disparo con el arma en cuestión y comparar ambas balas bajo un microscopio, si los rasgos son comunes se puede afirmar científicamente que esa bala también salió de esa arma.

Por otro lado, la experiencia señala que quien acaba de realizar un hecho punible intenta evitar ser descubierta y, por ende, intenta alejarse lo más rápidamente posible, del lugar en que intentó o realizó el delito o crimen.

Ahora bien, se tienen en este caso algunas cuestiones a considerar. Por un lado, la persona estaba en el lugar en el momento que se escuchó el disparo y estaba corriendo, alejándose del lugar en que se encontraba la persona en el piso, inmediatamente después de que se oyó el disparo. Por otro lado, puede levantarse muestras de las huellas digitales de Carlos para comparar con las que se encuentren en el arma que fue hallada en el lugar. Se cuenta también con otro principio de experiencia que dicta que, dependiendo de las características del arma, del lugar donde se hacen los disparos, y otras condiciones como temperatura, viento, etc., pueden quedar restos de los componentes de la pólvora en la mano de una persona que dispara un arma.

Entonces se hace toda la reconstrucción. Haciendo un recuento, se puede decir que se cuenta con que:

- Las huellas de Carlos se corresponden con aquellas levantadas del mango del arma encontrada;
- Las huellas halladas en la bala “testigo” disparadas con el arma encontrada en el lugar son idénticas a aquella extraída del cuerpo de la víctima, lo que indica que la bala que causó la muerte de la víctima efectivamente salió de esa arma;
- En el momento que se levantaron las muestras de las manos, que sería el 8 de mayo, a las 15:00 hs., Carlos tenía en las manos restos de los componentes de la pólvora, nitrato y nitrito, minutos después de que se produjo el disparo; y,
- Finalmente, varios vecinos manifestaron que Carlos debía mucho dinero a la persona que falleció como consecuencia del disparo. Entonces, se puede afirmar que Carlos fue él que realizó el disparo.

Como ejercicio de análisis, se plantea un resumen con la incorporación de la variable tiempo, es decir, horario de los acontecimientos: El día 8 de mayo del año 2012, a las 14:55 hs., se oye un disparo en el barrio; 14:55:12 hs. un grupo de personas ve a uno de los vecinos del barrio, Víctor, tendido en la vereda, sangrando y a Carlos, corriendo por una de las veredas, alejándose del lugar en que se encuentra el cuerpo. Un par de efectivos policiales que pasaba por el lugar en un vehículo, aprehendieron a Carlos, a una cuadra y media del lugar y, posteriormente,

uno de ellos encuentra el arma tirada a pocos metros de donde se encontraba Víctor. El mismo 8 de mayo del 2012, a las 15:00 hs., se levantan las muestras de las manos de Carlos, que revelan que tenía restos de los componentes de la pólvora. Sus huellas están en el arma. Además, Carlos tenía un inconveniente con la víctima por una deuda.

Dadas estas condiciones, la relatoría del caso puede incluso empezar a partir del último hecho acontecido, que es la verificación de la presencia de componentes de la prueba de la mano para organizar mejor lo que se quiere comunicar, porque en este punto la cronología no ayudará a transmitir con claridad el acontecimiento.

Con eso se concluye nuevamente que cuando se comunican hechos en un reporte no siempre el criterio cronológico es el mejor, depende de las características de los casos. Por lo general el criterio cronológico no funciona bien cuando la mayoría de los elementos del caso son indicios.

4. Conceptualización de Indicio

Un indicio es un hecho respecto al cual se tienen evidencias que permite, a partir de una regla de experiencia, afirmar la existencia probable de otro hecho respecto al cual no se tiene evidencia directa. Es decir, afirmar que Carlos, en fecha 8 de mayo del 2012, a las 15:00 hs., tenía restos de componentes de pólvora en la mano, no es lo mismo que decir Carlos disparó. Pero ese hecho, la presencia de los componentes, se une con una regla de experiencia que suele indicar, dependiendo de las condiciones en las cuales se hace un disparo y de las características del lugar, que existe posibilidades de que esos componentes queden impregnados en la mano del que efectúa el disparo. Se trata de un hecho (la presencia de restos de pólvora en las manos de Carlos) que surge de evidencia directa (evidencia física y el testimonio de expertos que la analizaron) que indica la probable realización de otro hecho (Carlos disparó un arma de fuego, hace unos minutos) que no surge de una evidencia directa. Se trata de un indicio.

A partir de un hecho que está unido a través de una regla de experiencia y a veces esa regla de experiencia puede ser parte de una ciencia, en este caso la criminalística, esto permite afirmar la existencia de otro hecho.

Otra regla puede aplicarse al caso. Cuando se quiere acreditar un hecho, en este caso, el hecho de disparar, por lo general un sólo indicio es insuficiente. Afirmar que Carlos disparó el arma basados en que tenía restos de pólvora en la mano no tiene la misma consistencia que si a eso se le incorporaran otros indicios como por ejemplo, complementar con que además de tener restos de pólvora, sus huellas estaban en el arma, él estaba en el lugar, estaba próximo al cadáver, el arma se encontró en un lugar próximo a donde él estaba y además él estaba huyendo del lugar segundos después del disparo.

Estos datos representan una serie de afirmaciones fácticas para sustentar un hecho, que es el disparo. En la mayoría de los procesos llevamos adelante, especialmente cuando se investigan responsabilidades, persiste un altísimo porcentaje de casos que están constituidos por indicios. Lo importante es percatarse de esa circunstancia y acostumbrarse a trabajar con esos indicios. En muy pocos casos se cuenta con la foto de lo que ocurrió, esa imagen se debe reconstruir a partir de varios datos. Y esos datos hay que organizarlos en los informes para que se entienda que lo que se está comunicando es razonable y objetivo.

De este modo se debe tener en cuenta que a veces se puede exponer cronológicamente, pero también que en ocasiones ese método debilita el relato hecho en el informe.

Esos hallazgos deben reunir -siempre hablando de normas de auditoría gubernamental- determinadas características. Debe ser objetivo, contar con fundamentos que surjan de la comparación entre el criterio y la condición y/o situación revelada. Deben ser fácticos, basados en hechos y evidencias precisas que figuren en los papeles de trabajo, presentados como son, independientemente del valor emocional o subjetivo.

5. Conceptualización de componente fáctico

Se debe tener en cuenta, antes que todo, que cuando se relatan hechos se debe transmitir información de un acontecimiento histórico, y éstos no son abstracciones. Si un relato señalara: “Juan Pérez produjo un documento no autentico”, no se comunica un relato histórico, se comunica una valoración y el primer componente trascendente es fáctico, es comunicar un relato histórico de qué es lo que aconteció en la realidad. Si eso se hiciera expresándolo con conceptos, se cae en un error. Lo más importante de reportar es la descripción de lo que ocurrió.

No se debe confundir, entonces, el contenido fáctico con las valoraciones. Si se dijera: “Causó un perjuicio patrimonial”, se da una valoración, no una exposición fáctica. Si se dijera: “Produjo un documento no autentico”, no es una exposición fáctica, es una valoración. Tampoco se deben utilizar términos como “se apropió” o “sustrajo”, ya que son igualmente valoraciones. Es de rigor acostumbrarse a describir situaciones fácticas.

Debe ser verificable, es decir, por cada afirmación fáctica que se realiza en el reporte se debe permitir deducir cuál es la evidencia que sustenta la misma. Las expresiones fácticas realizadas deben permitir la posibilidad de ubicar en el informe cuál es el sustento en evidencias para hacer esas afirmaciones.

A modo de refuerzo, decimos que quien investiga o audita en muy pocos casos resultará siendo la fuente directa de la percepción, porque una persona que investiga o audita ingresa después de que acontecieron los hechos. Por lo general esa percepción la construye a partir de conversar con otras personas, revisar documentos, hacer cierto tipo de tareas de verificación, esa es la fuente de la información fáctica que comunica. Es muy importante poder identificar de donde provienen las afirmaciones fácticas que realiza el auditor o el investigador.

6. Características del informe

En cuanto a las características del informe señala la norma de auditoría que “el informe debe ser redactado con un lenguaje sencillo y claro, de manera a facilitar su comprensión, inclusive por parte de usuarios que no tengan conocimientos detallados sobre los temas incluidos en el mismo.”

Es muy importante bajar del lenguaje técnico a un nivel comprensible por cualquier usuario, es decir, supongamos que el reporte lo escribe un contador y lo recibe un abogado, éste no necesariamente podrá tener herramientas para tener una discusión técnica de ciertos aspectos contables. Ahora bien, lo que sí puede hacer, porque ya forma parte de un mero ejercicio lógico, es concluir si el reporte es o no razonable. Y para poder llevar adelante esta tarea, definir si el reporte es o no razonable, es muy importante el lenguaje que se utiliza en el mismo. Siempre hay que tener en cuenta que está destinado a personas que no pertenecen a las profesiones de quienes elaboran el documento.

Los informes deben ser, escritos señala la norma. Esto es porque son necesarios para comunicar resultados a los funcionarios a niveles apropiados del gobierno, para reducir el riesgo que los resultados sean erróneamente interpretados. Pero lógicamente que para que el informe escrito reduzca los riesgos de que haya interpretaciones erróneas, es muy importante poner empeño en la claridad del informe. Poner a disposición de las autoridades pertinentes los resultados del examen y facilitar el seguimiento de los hallazgos.

La norma contiene otro enunciado que señala: “El auditor no debe suponer que el usuario del informe posee conocimientos detallados sobre los temas incluidos en el mismo.” ¿Por qué se hace referencia a las normas de auditoría? Porque inclusive, aunque se trate de una unidad de investigación interna, tiene que basarse en estos postulados para llevar adelante esa labor de reconstrucción, puesto que esa labor de reconstrucción no es distinta a una de auditoría y tiene que sujetarse a estas normas para poder llevar adelante un trabajo de calidad.

Para que un informe sea conciso, no debe ser más extenso de lo necesario para transmitir su mensaje, por lo tanto requiere un adecuado uso de palabras según su significado, excluyendo las innecesarias, la inclusión de detalles específicos sólo se hace cuando fuera necesario a juicio del auditor.

Por otro lado, es fundamental que cuando hablamos de un informe acerca de eventuales hechos que puedan implicar responsabilidades, es muy relevante ir directo al punto. Es común creer que un informe o un reporte bueno es sinónimo de un reporte largo y en realidad eso no es así. En primer lugar, la persona que va recibir el reporte seguro que no tiene tiempo, por lo cual necesita hacer prioridades con su tiempo y es muy probable que un reporte largo no sea prioritario para nadie.

Si para poder entender una comunicación que se quiere realizar sobre responsabilidades, se obliga a una persona a leer 30 páginas, lo más probable es que la persona vaya a optar por hacer otras tareas antes de sentarse a leer esas 30 páginas. Si se busca reportar algo, y que eso genere una consecuencia positiva, pues se deberá tener en cuenta que es muy importante ganarse la atención de quien tiene que hacer algo, y que obligándolo a dedicarle tiempo a leer 30, 40 o 50 páginas no se gana su atención.

Si se tiene un hallazgo que, por ejemplo, señala la sospecha de una responsabilidad penal, pero también la sospecha de una responsabilidad administrativa y también la de una responsabilidad civil, la solución no es un solo reporte que englobe los tres que se remita a la Procuraduría, a la Fiscalía y a la autoridad que tiene que ordenar la instrucción del sumario. No se puede someter a la persona a escudriñar dentro de 30 o 40 páginas para identificar lo que le es útil.

Dadas estas circunstancias, se debe hacer un informe que claramente organice la información de acuerdo al tipo de requisitos de responsabilidad. Esto es lo que gana la atención de quien tiene que tomar una decisión a partir del mismo, dado que cada uno de esos presupuestos o responsabilidades tiene contenidos distintos. Se debe organizar la información de acuerdo a la competencia de a quién va dirigido el reporte.

Suele darse que un reporte inicia expresando: “El proceso de verificación se inició como consecuencia de la resolución de fecha tal en la cual el equipo...”, y se da pie a un relato que puede ser práctico para un informe final que conglomere todas las tareas que se hicieron, pero otra cosa son los reportes relacionados con eventuales responsabilidades. En este caso se debe ir a lo concreto.

Si en un informe se colocan todos los pasos que se dieron en un equipo no es información relevante para el Ministerio Público. También se puede hacer esto para justificar los recursos de la institución que se utilizaron para hacer esa verificación, pero eso tiene otra finalidad. No es la información relevante para la Procuraduría, ni para quien tiene que ordenar la instrucción de un sumario. Sí es relevante para el que tiene que verificar que lo que aportó la auditoría se utilizara bien.

7. Oportunidad de los reportes

Los últimos apartados van repitiendo las normas anteriores y básicamente el punto en el que vale la pena insistir es lo que se denomina oportunidad de los reportes.

Cerrado un hallazgo de responsabilidades, ese es el momento de reportar. Independientemente a que los demás procesos continúen y culminen dentro de 6 meses y se haga un reporte final, ese es el momento oportuno para comunicar y reportar los mismos. Se debe recordar siempre que el mayor enemigo de una investigación es el tiempo. Ya sea por plazos que pueden impedir la aplicación de consecuencias jurídicas o porque también en ese lapso de tiempo o desaparecen pruebas o se inventan pruebas.

En este contexto también es muy relevante hablar de papeles de trabajo y medidas tendientes a asegurar la evidencia. Esto significa que, por ejemplo, se deben obtener copias autenticadas, por si se de el caso, posteriormente, que el original no se encuentre.

Se puede perder evidencia de manera distinta, puede que “casualmente” alguien manipule mal una computadora y se borrarán todos los datos. Entonces, cuando se posee evidencias que pueden ser muy relevantes en un caso, ese es el momento de asegurar la misma, porque no se sabe qué puede ocurrir en el futuro.

Se debe recordar que elaborar un informe no significa sentarse a escribirlo. Antes, se debe tener bien en claro qué es lo que se quiere comunicar. Esto implica analizar el caso antes de iniciarlo y hacer apuntes, como cálculos auxiliares, de lo que posteriormente se pretende a comunicar con el reporte. Y el primer paso siempre es tener en claro cuáles son los elementos o los componentes de lo que se quiere comunicar.

Si se ha culminado una labor de verificación que, como conclusión reportará el hallazgo de un perjuicio patrimonial que habría sido causado dolosamente por un administrador, se debe primero hacer un repaso mental y conceptual de qué es un perjuicio patrimonial, porque de lo contrario no se tendrá en claro cómo comunicar una circunstancia cuyo alcance no se comprende a cabalidad. Si, por ejemplo, se tiene un perjuicio patrimonial, se necesita poder describir

qué había en el activo y qué había en el pasivo, antes de la realización de la conducta. Del mismo modo se debe tener la capacidad de identificar qué había en el activo y qué había en el pasivo de la institución luego de la realización de la conducta.

A partir de ello se puede hacer una comparación, de modo a afirmar que hubo una disminución en el valor del activo o un aumento en el monto del pasivo, sin que hubiera existido una contraprestación equivalente en el activo. Ahí puede afirmarse la existencia de un perjuicio patrimonial. Esa es la tarea a realizar antes de escribir la expresión perjuicio patrimonial, porque así se aclara lo que se debe exponer como contenido fáctico, que se corresponde con esos elementos. Por ello no hay que confundir elaborar un reporte con escribir, en realidad se empieza a elaborar un reporte cuando se analiza y entiende el caso.

Al elaborar un reporte o un informe, siempre es importante identificar qué es lo que se tiene en la mano y que luego se trasladará al papel. Esto implica trabajar con conceptos. Pero en el informe no se transmite el concepto o, al menos, no solamente el concepto, sino que se transmiten los hechos, en forma detallada, que el investigador o el auditor estima que responden al concepto.

Entonces, para poder analizar esos hechos y la evidencia, es muy importante hacer un ejercicio mental de descomponer el concepto en los elementos que lo integran. Por ejemplo, el elemento común de los hechos punibles contra el patrimonio, consumados, el denominado “perjuicio patrimonial” tiene elementos que lo caracterizan, que se pueden listar para poder hacer la tarea de identificar si los hechos que se tienen responden a esas características. Para esto, además, se debe tener bien en claro cuál es el contenido o la definición de cada elemento.

Habiendo identificado los elementos y habiendo identificado cuál es la definición o el contenido del elemento, se empieza a hacer la tarea de ir agrupando cuáles son los hechos que responden a ese contenido, junto con la fuente de información que corresponde a cada hecho. Cualquier hecho que se afirme, necesariamente tiene que tener una evidencia que lo respalde y que apoye la afirmación que se da en el reporte.

Organizada de esta manera la información, se verifica cuál es la mejor forma de presentarla. En algún caso puede ser cronológicamente, pero a veces es útil presentarla por elemento, es decir, en el caso de que se denuncie perjuicio patrimonial debe hablar de cómo estaba constituido el patrimonio, si se habla de cómo estaba constituido el patrimonio y existe interés en los componentes del activo, se van expresando cuáles eran los componentes del activo. Pero para que esto se haga así, se debe contar primero con información organizada.

Podría decirse, en un cálculo auxiliar, de esta manera: elementos, cuál es su definición, cuáles son los hechos que se entiende que corresponden a esa definición y cuál es la fuente (evidencia o indicio/s) que soportan esa afirmación fáctica.

Es por eso que se afirma que elaborar un informe o un reporte no es sentarse a escribir cuando se ha recolectado toda la información, porque organizar de esta manera los hechos y la evidencia se debería realizar a medida que se va avanzando con el trabajo, no solamente cuando efectivamente se va elaborar el informe. Esto permite ir analizando el caso a medida que se va trabajando, porque lo primero que se planea es con cuáles conceptos se va a trabajar, cuáles son sus elementos y cuáles son sus contenidos.

A medida que se va recolectando la información, se debe ir organizándola. No es lo mismo tener desarrollada información, con las respectivas evidencias obtenidas en los últimos dos meses del periodo de verificación, que tratar de hacerlo el día antes de elaborar y entregar el reporte o informe final de auditoría. Organizado conceptualmente de esta manera, se toma la decisión de la manera de redactar el texto del informe.

Esto, además, es importante porque un hallazgo debe ser objetivo, debe estar fundamentado en evidencia, debe presentar objetivamente hechos y la evidencia debe ser creíble.

8. Cómo analizar la evidencia

Una cuestión que se debe tener bien en claro es que una cosa es analizar los hechos y otra muy distinta es analizar la evidencia. Son dos niveles de análisis distintos. Una cosa es analizar la fortaleza o la debilidad de un hecho y otra es la de una evidencia. Se puede tener información sobre un hecho que, haciendo una valoración sobre él, se considera relevante, un hecho fuerte e importante, pero puede estar sustentado en evidencia débil. Son dos niveles de análisis distintos.

Antes de tomar la decisión de reportar o no ciertas circunstancias se deben realizar una serie de tareas. Un hecho puede ser, por ponerle un término, fuerte, o puede ser un hecho débil, dependiendo del resultado del análisis para la definición de su fortaleza o debilidad.

Un hecho es fuerte cuando responde directamente al elemento de la descripción de la conducta generalmente prohibida. En derecho penal, denominada “tipo legal”. Y un hecho es débil cuando no me permite afirmar directamente el cumplimiento, sino lo que permite afirmar es otro hecho a partir del cual se infiere el cumplimiento del elemento.

A modo de ejemplificar, podemos retomar el caso del homicidio cometido por Carlos, con algunas características distintas. En ese caso, sí hubo una persona que vio el momento en el cual Carlos apuntó a la víctima y gatilló. Entonces, sí se podrá afirmar fácticamente que Carlos, en fecha 8 de mayo del 2012, en la plaza denominada “6 de enero” del barrio La colina, sacó un arma de su portafolios, lo apuntó hacia la víctima, gatilló, salió una bala e impacto en la misma; se cuenta con un hecho fuerte, porque ese hecho responde directamente a determinados elementos del homicidio, que es matar a alguien.

Pero si en lugar de eso se puede afirmar que Carlos, en fecha 8 de mayo del 2012, a las 15:00 hs., tenía restos de componentes de pólvora en la mano, estamos ante un hecho débil, porque no permite afirmar directamente el elemento que es matar. Lo que me permite afirmar es otro hecho a partir del cual se deduce el elemento. Lo que significa que un hecho es fuerte cuando responde directamente al elemento. Un hecho es débil cuando constituye a un indicio del elemento. Un indicio es un hecho que me permite afirmar otro hecho sobre el cual no hay evidencia directa, y ese hecho es relevante porque responde a un elemento.

¿Por qué se habla entonces de fortaleza y debilidad? Porque significa lo siguiente: Carlos, en fecha 8 de mayo del 2012, a las 15:00 hs., tiene restos de pólvora en la mano. Este sería el hecho de prueba con que se cuenta y a partir de ahí se deduce que Carlos disparó. Es una conclusión razonable. Pero así como esa conclusión es razonable, también hay otras, se podría deducir que una persona que está lo suficientemente cerca de otra que dispara también puede quedar con restos de los componentes de la pólvora impregnado en el cuerpo. Es decir, el sólo hecho de que Carlos tenga restos de pólvora en sus manos no asegura que él hubiera efectuado disparos. Pudo haber estado cerca de alguien que efectuó disparos; pudo haber intentado detener a alguien que estaba efectuando disparos. Entonces, cuando un hecho admite más de una explicación igual de razonable, el hecho se va debilitando.

Para analizar estas fortalezas o debilidades de hechos se hace lo que se llama test de superposición. Es decir que, mientras un hecho admita más de una explicación razonable, se debilita y mientras admita menos cantidad de explicaciones igual de razonables, el hecho se fortalece. Ese es el nivel de análisis que se hace cuando se valoran hechos. Esto implica que se debe acumular más información para poder sostener lo que se afirma. Eso se llama entonces hacer un test de superposición.

Esto es importante en un informe, porque si se cae en la cuenta de esa circunstancia y de cuáles son los otros hechos que van fortaleciendo la hipótesis hecha, cuando se prepara el informe ya se toma la precaución de que todos esos hechos se expongan en conjunto. Entonces, eso implica analizar fortalezas o debilidades de los hechos. Pero hay un segundo plano a considerar, donde se analiza la fortaleza o la debilidad de la evidencia o del medio de prueba.

Recapitulando, decimos que cuando se analizan las fortalezas o debilidades de los hechos se habla del test de superposición. En cambio, si el análisis es sobre las evidencias, se realiza lo que se llama test de credibilidad.

Volviendo al ejemplo de Carlos, supongamos que existe una persona que afirma: “Yo vi que Carlos, en fecha 8 de mayo del 2012, disparó en dirección a la víctima”, eso aporta hechos fuertes, responden directamente a los elementos, pero ahí no acaba el análisis. Luego hay que analizar la fuente, para definir la credibilidad de quien proporciona la información.

Puede resultar que después del análisis se descubra que ese informante tenía problemas personales con Carlos, o que en esa fecha, en la cual el afirma haber visto el hecho, el supuesto testigo estaba en otra ciudad. Quizás, esa persona odia a Carlos. Quizás, esa persona fue la que disparó a la víctima y pretende que se culpe a Carlos para evitar ser descubierta. Es decir, se tienen hechos fuertes pero evidencia poco creíble o no creíble, según el caso. Aquí se visibiliza nuevamente que son dos niveles de análisis diferentes. Primero se analiza la fortaleza o la debilidad del hecho, lo cual está relacionado a si es un hecho directo el que responde al elemento o si es un indicio. Si es un indicio empieza a debilitarse. Por eso hay una regla que señala que, por lo general, un sólo indicio es insuficiente para acreditar un hecho. Así que lo recomendable es obtener más de un indicio para fortalecer la demostración de uno o más hechos que derivan del mismo.

Analizando desde un segundo nivel, se puede decir que por más de que se tengan hechos fuertes, éstos pueden estar sustentados en evidencias no creíbles. Entonces, tampoco resulta suficiente. Al hablar de hechos o de test de superposición, se debe pensar en qué cantidad de otras explicaciones igual de razonables admite, porque si existen, las mismas disminuye la fortaleza.

Al hablar de prueba o de evidencia se hace lo que se llama el test de credibilidad, que tiene reglas para definirlas. Por ejemplo, un documento emitido de manera unilateral tiene menor fortaleza que un documento bilateral. No es lo mismo escribir: “Juan me debe diez millones de guaraníes”, a que haya un escrito en el que se señala “Juan le debe a Claudio diez millones de guaraníes”, y esté firmado por Juan y por Claudio.

Los documentos unilaterales están supeditados a la fuente de donde provenga, en tanto que los documentos bilaterales tienen mayor credibilidad. No tiene la misma credibilidad un documento generado espontáneamente que un documento generado en el contexto indicado para un proceso de verificación. Son dos niveles de análisis que realizar, para lo cual se debe organizar la información según elementos, hechos, y fuente.

En resumen, se afirma que los pasos lógicos para hacer un informe, reporte, dictamen u otros afines, son: test de superposición, test de credibilidad y finalmente el análisis completo.

ÍNDICE

PARTE 1

1. Preliminares.....	233
1.1. Redacción de informes.....	233
1.2. Obstáculos para la redacción de informes.....	233
1.3. Diferencia entre conclusión y fundamentación	234
 2. Análisis de un caso Práctico	236
2.1. Caso 1	236
2.2. Pautas metodológicas.....	237
2.3. Desarrollo.....	237

PARTE 2

3. Consignación de fechas y administración del tiempo en la redacción de un informe.....	245
3.1. Fechas.....	245
3.2. Administración del tiempo	246
 4. Consideraciones sobre la redacción del informe	247
4.1. Concepto de autosuficiencia	247
4.2. Uso de referencias	247
4.3. Valor de las filmaciones y fotografía en los procesos jurídicos	248

ELABORACIÓN DE REPORTES (CASOS PRÁCTICOS)

OBJETIVOS GENERALES DEL CURSO

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Reconocer la importancia del proceso de redacción de informes en el marco del proceso de elaboración de una auditoría forense.
- Comprender la importancia de la realización de un análisis profundo y amplio de los hechos y de las evidencias obtenidas en el marco de la realización de un proceso de auditoría forense, para lograr la transmisión clara de las conclusiones al redactar un informe final.
- Diferenciar los distintos roles que podrían haber a un auditor, en el marco de procedimientos jurídicos relacionados con la auditoría realizada.
- Identificar los tipos de informe que pueden ser elaborados al concluir una auditoría forense, para aplicar el procedimiento de elaboración adecuado a las conclusiones de cada caso.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial de los profesores José Luis Kronawetter y Claudio Lovera, realizada el 27/11/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 10: ELABORACIÓN DE REPORTES (CASOS PRÁCTICOS)

PARTE 1

1. Preliminares

La presente unidad trata acerca de la elaboración de reportes.

Hay algunas características que vale la pena considerar al momento de elaborar informes relacionados con el tipo de circunstancias que veremos a lo largo de la actividad, porque, cuando alguien quiere comunicar circunstancias fácticas que considera relevantes conforme a algún parámetro, conviene que la redacción presente ciertas particularidades.

1.1. Redacción de informes

Antes de hablar de los aspectos de los reportes, cabe señalar que elaborar un informe no es una acción que se circunscriba únicamente a tomar un grupo de documentos y escribir en torno a ellos en un momento determinado; sino que, cuando se habla de auditoría e investigación, es parte de un proceso que acompaña toda la referida actividad.

1.2. Obstáculos para la correcta redacción de un informe

El hábito que sí puede llegar a generar problemas es la acumulación de papeles; juntar documentos, realizar entrevistas y juntar más documentos. Luego, cuando se acerca la fecha tope de presentación del informe del caso, el auditor o investigador se sienta a tratar de entender lo que ha acumulado y a escribir aquello que, en ese momento, puede extraer y comprender de aquello.

Por lo general, cuando los informes se redactan “a última hora”, el análisis de las evidencias obtenidas y los hechos revelados por las mismas, se realiza en forma simultánea. En esas circunstancias, es común que, después de la presentación del informe, el auditor y el investigador se percaten de que podría haber considerado otras variables, lo cual es natural, ya que a medida que pasa el tiempo se pueden analizar los datos con más detenimiento.

En algunas ocasiones, puede surgir el problema de que se prepare un informe y se presente; pero después, tras un análisis mental, percatarse el auditor de que olvidó algún detalle. En realidad, este inconveniente se relaciona con el tiempo: generalmente, lo que se hace apresuradamente no arroja muy buenos resultados. Por tanto, es cuestión de acostumbrarse a cumplir ciertas pautas de trabajo, que no son muy complejas; pero son muy interesantes y ayudan en la redacción.

¿Por qué es importante la redacción de los informes? Porque un buen trabajo no solamente está supeditado a lo bien que se pudo haber trabajado en el esclarecimiento de los indicios; sino también, a la claridad con que se transmite el trabajo que se llevó a cabo y, sobre todo, la información reconstruida, con la mención clara y ordenada de las evidencias que la sustentan. Uno pudo haber hecho una excelente investigación, pero el reporte puede no ser muy inteligible. Debe tenerse en cuenta que es muy importante que los destinatarios de los informes, puedan comprender claramente aquello que se les pretende transmitir o dar a conocer. En el caso de la auditoría forense, el informe podría ir “a parar” en otras instancias en las cuales se discuten responsabilidades civiles, administrativas y penales.

Con frecuencia, los que trabajaron en la auditoría y elaboraron o colaboraron en la elaboración de informes o reportes de auditoría forense son llamados, por ejemplo, en sede penal a declarar respecto a esos informes, cuando ellos fueron utilizados para el inicio de causas penales. A veces se puede llegar a pensar que es innecesario redactar reportes, si el Ministerio Público convocará a los auditores a entrevistas con respecto a aquello que ya obra en el informe. Unas veces, esto ocurre por mala práctica; otras, porque no se comprende el alcance del informe lo que, en muchos casos, se debe a problemas generados por la mala redacción del informe o la mala exposición de los resultados de la auditoría realizada.

Entonces, el reporte debe traslucir la mayor claridad posible (claridad en el sentido de qué circunstancias fácticas se desea comunicar). Un segundo aspecto que requiere claridad es la determinación de la fuente de información de los hechos que están consignados en el informe (las evidencias). Esto facilita la consulta de la información a quien recibe el documento final.

Como se venía diciendo, mientras más clara sea la presentación de los hechos y la fuente de que proviene la información, más práctico y preciso se torna el trabajo de quien recibe los informes. Asimismo, se evita el gasto innecesario de volver a citar a quien presentó el informe. Entonces, la claridad y la determinación precisa de las fuentes son dos aspectos que siempre se han de tener en cuenta: si se afirma que ocurrió o habría ocurrido un hecho, debe manifestarse sobre la base de, al menos, una evidencia que así lo indique.

1.3. Diferencias entre conclusión y fundamentación

Otra cuestión muy importante para la elaboración de informes es tener presente la diferencia entre la conclusión y la fundamentación de la conclusión. Hay dos formas de redactar un informe de auditoría forense: una está relacionada con la forma que se llama «dictamen», la cual consiste en analizar toda una serie de circunstancias y, tras el análisis lógico, se presenta el resultado o la conclusión. La otra forma es inversa: en primer lugar, se expone la conclusión; luego, se fundamenta cómo se llegó a ella.

Cuando se habla de hallazgos, lo primero que debemos comunicar en un informe es en qué consiste el hallazgo; es decir, cuáles son los hechos que entendemos que ocurrieron y cuál sería su relevancia. El segundo paso consiste en explicar cómo llegamos a la conclusión.

Ahora, en la fundamentación se empieza a exponer cuáles son los hechos puntuales que detectamos y cuál es su fuente de conocimiento.

La conclusión y la fundamentación son distintas. La conclusión se asemeja más a la hipótesis. Recordemos que la hipótesis, conforme a los elementos de los cuales disponemos, es un relato de lo que los elementos recopilados indican que pudo haber acontecido. El relato (o hipótesis) va confirmando o rectificándose a medida que avanza el proceso investigativo. Así, si se confirma completamente y se recopilan elementos suficientes para sustentar la hipótesis, esta se convierte en la conclusión.

Llegando a este punto, se puede decir que, al mismo tiempo en que se desarrolla la investigación, ya se puede elaborar el informe si nos ceñimos a ciertas pautas de trabajo.

Siempre hemos de tener en cuenta que cuando se lleva a cabo una auditoría forense, se cuenta con una información anterior: puede ser una denuncia, otro informe de auditoría o el trabajo de otro departamento. Esto se da porque, necesariamente, existió una hipótesis relevante en materia del ejercicio de las funciones. A veces, el resultado de la investigación o de la auditoría, es el descarte de la hipótesis; es decir, se pensó que pudo haber sucedido el hecho o circunstancia, se hizo la verificación y la conclusión es que no ocurrió la misma o que no hay suficientes elementos para poder afirmar que ocurrió.

Es también importante mencionar ese tipo de circunstancias, porque en ellas se justifica el uso de recursos; esto es, llevar a cabo un proceso de auditoría implica usar recursos y hay que tener una justificación de la utilización de determinados recursos. Además, hay que señalar en el informe que hubo hipótesis que no se confirmaron.

La lógica del reporte debería ser consignar la conclusión (qué es lo que se cree que aconteció), la relevancia y luego el paso de fundamentación.

Asimismo, si el objetivo de esos reportes no es generar un archivo voluminoso, sino llamar la atención de otra área para que esta tome cartas en el asunto, indudablemente, ha de comunicarse claramente lo que fue detectado, ya que una información clara y concisa permitirá a quien vaya a tomar decisiones poder priorizar el tema de interés.

Si esperamos suscitar interés haciendo un informe de veinte páginas, haciendo que en página 19 obre la conclusión, hemos de tener en cuenta que muy poca gente tendrá el espíritu de leer las diecinueve anteriores; más bien tratarán de encontrar algún subtítulo que diga conclusión y se remitirán a leer tan solo esa sección. Por tanto, el orden lógico debería ser: primero la conclusión y luego la fundamentación.

2. Análisis de un caso práctico

2.1. Caso 1

Pedro es miembro del directorio de la empresa Fortuna SA, con competencia en el área de infraestructura y mantenimiento edilicio. La empresa necesita un nuevo edificio y Pedro organiza una licitación para contratar a una empresa constructora. Varios competidores, entre ellos Pablo y César, entregan sus ofertas en sobre cerrado.

El día fijado, una secretaria abre los sobres. Luego escribe en la primera página de cada oferta la fecha de recepción y su firma; en las demás páginas consigna su media firma. Pedro revisa las ofertas y nota que varían solo en precio. Más tarde visita a Pablo para informarle sobre sus chances. Pedro le indica que, por el momento, se ve obligado a presentar al directorio la oferta de César, por ser la más económica.

Para asegurar el negocio para sí, Pablo pide a Pedro que remplace algunos precios en su oferta por otros que sean menores a los de César en un 5 %. Pedro le indica que el negocio, es conveniente solo para su empresa. Pablo capta enseguida el interés de Pedro en sacar alguna ventaja personal, así que le pregunta si tiene sugerencias.

Finalmente, Pedro propone modificar algunos precios en la oferta de César, aumentándolos en un 5 %, a fin de igualarlos a los de la oferta de Pablo y convencer al directorio de otorgarle el contrato a él, pero solo a cambio de una obra de reforma en su propiedad privada, equivalente al 5 % de diferencia que Pablo estaba dispuesto a conceder. Pablo acepta.

Pedro realiza los ajustes en la oferta de César y la presenta junto con las demás al directorio. Con su consejo como jefe del área y su voto, consigue la adjudicación del contrato para Pablo. Este presta a la empresa un servicio perfecto, pero la obra en la propiedad de Pedro es muy deficiente. Esto produce diferencias y discusiones vociferantes que culminan en el descubrimiento del pacto.

2.2. Pautas metodológicas

El método consiste en leer el caso, tomando todas las circunstancias del mismo como probadas (a los efectos de su análisis inicial). Asimismo, habrá que extraer cuáles son las circunstancias relevantes, en lo referido a conductas. Recordemos la serie de parámetros estudiados a lo largo del módulo (por ejemplo, perjuicio patrimonial, para los casos de hechos punibles contra el patrimonio, consumado), y cuándo es relevante cierto tipo de situación. Entonces, el ejercicio consiste en extraer del relato cuáles son las conductas relevantes y por qué lo son.

2.3. Desarrollo

En primer lugar, cuando se presenta una conclusión respecto a circunstancias fácticas que una persona considera que acontecieron, puede presentarse de dos maneras: por medio de un relato histórico y cronológico, como en el caso expuesto, que es una serie de conclusiones con respecto a hechos relatados cronológicamente. Otra manera de presentar la información consiste en relatar las conductas en concreto que se consideran acontecidas.

La segunda, es la mejor forma para este tipo de informes. En lugar de relatos cronológicos de circunstancias (que podrían utilizarse, pero son más útiles en materia de fundamentación), una opción interesante es realizar el relato de las circunstancias en concreto, en relación con las conductas referidas a personas determinadas, que se estima que acontecieron. Consideramos esta última una buena manera de presentar las conclusiones para este tipo de reportes.

El relato histórico, sin embargo, requerirá del lector, paciencia y la voluntad de tratar de comprender lo que quiere comunicarse y, si el lector carece de conocimientos o experiencia en auditoría, le resulta más complicada la comprensión del contenido del reporte.

Prosiguiendo el tema, dentro del relato de circunstancias, tendría que dilucidarse qué partes se consideran relevantes en el sentido fáctico. En este punto, deberán tenerse en cuenta los criterios.

Recordemos que, para la auditoría forense, los criterios son las normas jurídicas que rigen las conductas, cuyos incumplimientos implican ilícitos, por lo general, administrativos y penales. Por ende, los hechos relevantes serán aquellos que se pueden subsumir en los elementos que componen las descripciones de las conductas y hechos que, ocurridos, al menos en principio, se consideran violatorios a normas administrativas o penales.

Ahora veamos cuáles son las circunstancias interesantes de ser por lo menos debatidas a profundidad en el relato. Hay que inferir qué es lo que salta a la vista como inadecuado o inco-

recto. Se trata de un proceso que, prácticamente, roza el límite del mero instinto investigativo. El procedimiento consiste en ir descomponiendo los elementos que intervienen en el análisis de casos: se comienza con cuestiones más genéricas, hasta que, finalmente, se llega a los detalles, a los hechos más particulares. En nuestro caso de estudio, a primera vista, lo que puede llamarnos la atención en el relato es la alteración de los datos.

Una sugerencia interesante para el análisis de datos es acostumbrarse a elaborar una suerte de fichas, en las cuales anotar —hasta se podría dibujar— ciertas circunstancias que llaman la atención. Esta herramienta es muy útil a la hora de repasar los hechos que recopilamos.

Entonces, se alteraron los datos que estaban consignados en una de las ofertas: la que fue presentada por César. En el documento de la oferta obra una serie de datos y, según el relato, hay una persona, Pedro, que incluye unos datos distintos en el escrito. Pero insistamos en precisar el lenguaje: alterar puede tener numerosas acepciones que describan circunstancias en concreto. Lo que ocurre en el caso de estudio es que se introduce unos datos nuevos, distintos a los anteriores.

La inclusión de datos distintos a los originales genera una interpretación diferente. Pongamos un ejemplo numérico más puntual: antes, César había hecho una oferta por 100, y luego de la actuación de Pedro se lee en el papel que la oferta fue de 105 (aumentó en 5 %). Significa que, tras la intervención de Pedro, leemos que la propuesta de César asciende a 105. Ahora, sabemos por el relato que el costo mayor no proviene de César. Es esa la particularidad que erige el hecho en una circunstancia interesante. Nos preguntamos, ahora, si existe soporte documental. Acto seguido, vemos que sí existe, ya que la oferta fue entregada por escrito. Llegados a este punto, cabe señalar que el soporte material en que se sustentan los datos se llama documento. Reanudando el análisis, leemos en el documento que la oferta asciende a 105. Naturalmente, atribuimos el dato a César. Ahora, el dato en realidad no proviene de él. Esta es la manera de analizar. No necesariamente el hecho mencionado consiste en producción de documentos no auténticos, dicho parecer no era el interés de la explicación previa, sino ofrecer ciertas herramientas para el día a día del quehacer del auditor. De hecho, si luego se verifican las circunstancias requeridas en la ley para la configuración de ilícito, se comunicará, de manera más pulcra, lo mismo que se ha dicho hasta ahora.

Con todo, en la lectura del caso había más de un documento —no debe confundirse papel con documento: en un papel puede haber más de un documento—. Otro detalle de interés es la fecha de recepción: el sello de fecha de recepción. En el papel que presentó César, antes de la intervención de Pedro, la secretaria estampó un sello de mesa de entrada, en el que consta la fecha en la cual fue presentado el papel o soporte físico en el que consta el documento. Pero, no

solamente la fecha. Otro dato consignado en el momento de la presentación fue la media firma de la secretaria. Este último hecho implica una declaración de idea por parte de la secretaria. Está declarando que, en esa fecha, ella recibió los documentos con los datos.

Ahora, Pedro modificó los datos y se lee que el precio alcanza 105; sin embargo, no se puede leer que la secretaria haya dejado constancia de que recibió en tal fecha una oferta por valor de 105: esa no es la declaración de la secretaria.

Fijémonos en que tenemos dos circunstancias; sin embargo, si nos preocupáramos solamente por los términos jurídicos, no notaríamos todos los detalles: lo importante deben ser los hechos, leer al detalle los hechos.

Pongamos un ejemplo: un caso en el cual queremos explicar nuestra conclusión a la máxima autoridad (para usos didácticos, diremos que es un médico). Si le dirigimos la palabra y le decimos que tenemos un caso de producción de documentos no auténticos, el doctor podría respondernos que nos hiciéramos cargo de la conclusión, ya que él no tiene idea de lo que significa el término jurídico producción de documentos no auténticos. De este ejemplo se colige que lo importante es tratar de describir circunstancias fácticas, no términos jurídicos.

Volviendo al caso que nos atañe, hasta ahora identificamos dos circunstancias que surgen de documentos.

Un elemento más para considerar es la charla entre Pedro y César. Dependiendo del carácter o situación jurídica de Pedro (si es funcionario o no), adquirirá relevancia jurídica; pero está correcto el razonamiento, porque en la lectura nos damos cuenta de que no está del todo el bien que un empleado obtenga una ventaja de la labor y es una cuestión a ser considerada. Como elemento adicional para ver si se profundiza o no, está el carácter o situación jurídica de Pedro, si es funcionario público. Si lo es, sí tendría ciertas consecuencias jurídicas; si no, no sería el hecho punible de cohecho pasivo. No obstante, podría ser relevante si se trata de una auditoría forense realizada en una empresa del sector privado, a los efectos de verificar la realización de un ilícito laboral.

Siguiendo con las secuencias documentales, hay otra cuestión documental interesante, que es la presentación de la oferta de César para su análisis por parte del directorio. Cuando recordamos que esa oferta cumplía ciertos requisitos, en el sentido que fueron modificados los datos, y los nuevos no provienen del autor de la oferta.

Aquí no solamente nos interesan los casos en los cuales hay personas que redactan o alteran documentos en esas condiciones, sino también nos interesan los casos en que hay personas que usan los documentos en esas condiciones.

Por usar se entiende ‘proporcionar a otro la posibilidad de que acceda al conocimiento acerca del contenido’. Por tanto, el hecho de que Pedro presentara el documento implica, funcionalmente, utilizar el documento en esas condiciones.

Además de presentar el documento en esas condiciones, tenemos dos cuestiones que son distintas e independientes. Por un lado, recomendó que se adjudicara a Pablo. Por otro, tenemos que también votó.

Notemos que tenemos toda una serie de circunstancias, y cada una debe ser analizada por separado, y todavía hay una más. Remitámonos al cuarto párrafo: “Para asegurar el negocio para sí, Pablo pide a Pedro que remplace algunos precios en su oferta por otros que sean menores a los de César en un 5 %”. Básicamente, Pablo está diciéndole a Pedro que quiere ganar la licitación y que está dispuesto a hacer la obra por un precio inferior. Entonces, Pedro, teniendo la oportunidad económica de realizar la obra por un precio más bajo para la empresa, dice no, no acepta la posibilidad para la empresa de hacer la misma obra por menos.

Recordemos que a veces no solamente es relevante lo que se hace, sino también es relevante lo que se deja de hacer. Es importante leer, releer y usar como parámetro lo que fuimos viendo lo largo del desarrollo de las unidades.

Por ejemplo en los denominados hechos punibles contra el patrimonio, el perjuicio patrimonial se constituye en uno de los criterios o parámetros para desarrollar una suerte de olfato que nos ayude a intuir qué podría ser considerado interesante para nosotros, dentro del cúmulo de hechos ocurridos.

La gran cantidad de opciones que tenemos para trabajar no debe desesperarnos. Simplemente, habrá que analizar el caso, releer, etc. Como tenemos muy bien sabido, lo importante es la información fáctica y tratar de reflejar lo que ocurrió con nuestro léxico. En principio, la información se constituye en opciones para trabajar, pero a medida que se avanza en el trabajo y se va puliendo el informe, esta información se convertirá en el insumo para las conclusiones. Si hay cuestiones que se confirman y, una vez pulido el relato, se confronta con un aspecto documental, será más conveniente decir que la declaración contenida en el documento no proviene de César ni de la secretaria. Esto es muy distinto a afirmar que se trata de un caso de producción de documentos no auténticos: si decimos lo segundo, no comunicamos nada de forma fáctica.

Debe recordarse que lo que el auditor forense debe hacer, en el caso de que su informe vaya a ser remitido a otra instancia, por ejemplo, de persecución penal o administrativa, es presen-

tar los hechos tal y cual surge de las evidencias, evitando en lo posible, las conclusiones. Por ende, si lo que hacemos es comunicar circunstancias fácticas que razonablemente pueden ser sostenidas por las evidencias invocadas, es irrelevante que en alguna etapa de la valoración los hechos sean considerados una estafa o no. Lo que permite cumplir con la tarea y responsabilidad del auditor forense es el comunicar hechos, sin inventarlos, determinar cuáles son las fuentes de los hechos, tampoco corresponde inventar una evidencia fuente que no existe. Esas son las únicas circunstancias que pueden generar responsabilidad negativa para los auditores: presentar información falsa o no fundada en evidencia.

Una vez que tenemos una idea de lo que vamos a buscar, ocurre lo que habíamos visto antes: hay que hacer una lista de actividades para obtener información y ver qué priorizar (no podemos hacer todo al mismo tiempo). Tenemos que priorizar y tener en cuenta a qué nos lleva cada cosa, cuál es su relevancia, distribuir tareas y controlar el resultado de las tareas.

Ahora, para poder concluir si realmente estamos ante un hallazgo reportable, si podemos afirmar algunas circunstancias relevantes, debemos evaluar el resultado de las diligencias, lo cual implica realizar un par de análisis que están en niveles distintos, aunque suenen parecidos. Valorar hechos y valorar evidencias son cosas bien distintas, pero hay que llevar a cabo ambas labores para poder fundamentar cierta conclusión; sin embargo, hemos de hacer los dos trabajos de manera separada. La primera tarea, muchas personas la denominan test de superposición. Es decir, esto se explica en materia de hechos.

Recordemos que ya hemos identificado dos categorías de hechos que nos interesan: los hechos directos y los indicios. Luego, hay que saber cómo valoramos si un hecho es fuerte o débil. Cuando buscamos hechos es porque los consideramos relevantes, porque encuadran en de ciertos parámetros identificados (por ejemplo, perjuicio patrimonial), que poseen ciertos elementos; entonces, buscamos circunstancias fácticas que respondan a dichos elementos. Hay circunstancias fácticas que directamente encuadran en el elemento que nos interesa; es decir, hablamos de que encuadran directamente cuando, para poder hacer una afirmación, no se necesita hacer una inferencia a partir de ciertos hechos para deducir la posible existencia de otros hechos que respondan al mismo parámetro.

Aquí se aplica lo que llamamos test de superposición: un hecho se va tornando débil a medida que admite más de una explicación posible.

Por ejemplo, si decimos que Andrés tiene rastros de los elementos que conforman la pólvora en la mano, nos referimos a un elemento determinado. Ahora, la circunstancia fáctica en concreto es que Andrés, en fecha 27 de noviembre de 2012, a las 15:30, tenía rastros de elementos de

pólvora en la mano derecha: esa es la circunstancia fáctica. Luego corresponde ver qué nos permite inferir la circunstancia fáctica a partir de ciertas reglas. Una posibilidad es que Andrés disparó un arma de fuego.

Solamente con información razonable, la misma regla nos hace ver que, dependiendo de ciertas circunstancias, si Andrés estuvo lo suficientemente cerca de la persona que disparó, también puede tener presencia de componentes de la pólvora. Hasta acá, ya vamos por dos explicaciones posibles. Otra posibilidad es que, dependiendo de la actividad desarrollada por Andrés, puede estar trabajando con elementos que puedan contener componentes de la pólvora: tercera explicación posible.

Lo que se infiere ahora es que el hecho relatado va tornándose débil, lo cual se denomina test de superposición. A medida que un hecho permite inferir mayor cantidad de hechos probables razonables, se va debilitando como indicio. Esto significa que se necesita más información para fortalecer lo que se pretende verificar si se acredita. El procedimiento se denomina test de superposición y es la tarea que se desarrolla respecto a los hechos.

Prosiguiendo, vemos que hay una tercera categoría de hechos que también nos interesan, aparte de los hechos directos y los indicios, que son los hechos que resultan útiles para valorar evidencia. Son hechos que permite valorar la credibilidad de una evidencia.

Por ejemplo, hay una persona que señala que vio una determinada circunstancia, y la circunstancia es relevante para esclarecer el caso. Pero, también está otra persona que dice que la primera en declarar estaba en Argentina, es una circunstancia fáctica relevante, ya que permite valorar la credibilidad de la circunstancia inicial. Entonces, existen tres categorías importantes en la valoración de los hechos.

La valoración de evidencias es un proceso distinto. Cuando se valora evidencias, hay algunos que sostienen que lo que se hace ya no es un test de superposición, sino es un test de credibilidad, la cual es una labor distinta a la anterior.

Por ejemplo, en el mismo contexto, Juan señala que vio cuando Andrés disparó contra Alberto y disparó tomando primero un arma de tales características, luego apuntó y gatilló dos veces. La declaración de Juan aporta hechos fuertes, porque son hechos directos. La cantidad de información fáctica que Juan relató responde a varios de los elementos del homicidio; por tanto, está suministrando hechos fuertes, hechos directos.

Pero aún no se termina el análisis, porque ahora viene el test de credibilidad, con el objeto de saber si la versión de Juan es creíble, está en juego, como decíamos en el ejemplo anterior, que Juan podría no haber estado en el lugar de los hechos.

Por tanto, cabe la distinción de que se trata de procesos distintos: uno consiste en valorar si un hecho es fuerte o débil; el otro, si una evidencia es creíble o no.

Puede haber evidencias que aporten hechos fuertes, hechos directos; pero la evidencia puede ser débil porque no es creíble. Entonces, notamos que, por más que se aporten hechos fuertes o directos, de todas formas tendremos que buscar más evidencias.

Valorar los hechos y valorar las evidencias son labores que, en muchos casos no se manejan con parámetros distintos. A veces, el auditor o el investigador se entusiasman con evidencias que, aparentemente, apuntan a hechos que son sumamente importantes, pero la evidencia resulta no creíble.

Recordemos que se trata de dos actividades distintas:

- a. test de superposición: hechos, verificar la cantidad de explicaciones razonables que admite un hecho.
- b. test de credibilidad: si la evidencia es creíble.

Veamos una pauta importante: si trataremos de hacer una suerte de ranking de credibilidad, hay unas reglas básicas. Por ejemplo, un documento bilateral tiene un poco más de credibilidad que uno unilateral. Los documentos emitidos unilateralmente prueban en contra de quien los emite, no en contra de los que no estén incluidos en el documento. Por ejemplo, no es igual que alguien escriba en un documento: “Luis me debe un millón de dólares”, a que la misma persona escriba en un documento: “Debo a Luis un millón de dólares”, tiene un aspecto distinto.

Cabe mencionar una pauta muy importante: los documentos de contabilidad pertenecen a la categoría de los emitidos unilateralmente. La contabilidad, si bien tiene pautas para tratar de reflejar la realidad económica en un momento determinado, no siempre lo hace, debido a que se puede distorsionar la información contenida en la contabilidad. En los documentos contables de una institución se puede consignar lo que se le antoje a quien lo elabora. Una característica de la auditoría forense es que no se queda solamente con la información contable, sino que debe validarse por medio de otras fuentes para poder sostener su confiabilidad.

Entonces, cuando hablamos de contabilidad, también hablamos de documentación administrativa de una entidad pública: son documentos que a veces, unilateralmente, requieren más de un

emisor: si requiere más de un emisor, sube el nivel de confiabilidad. Pero hay que analizar en cada contexto determinado y siempre nos percataremos de que, en temas de auditoría forense, se busca información complementaria para ver si se puede creer en la información generada en el interior de una institución. Es una de las labores que se espera en ese contexto.

Los delincuentes de “cuello blanco” no cargan una mochila y salen corriendo de la institución para quedarse con recursos públicos: hacen procesos, debilitan controles internos, en muchos casos, la gente se pone de acuerdo con los proveedores. En el ámbito público, no es raro ver que los proveedores, con determinadas autoridades, inician con su factura n. ° 0001, llegan a la factura n. ° 0015, después no proveen más a nadie. No significa que sea el único dato que debemos tener en cuenta, significa que podría haber cierto acuerdo entre autoridad y proveedores. Entonces tenemos que buscar más elementos para ver si la operación fue real por los montos pagados.

Cabe repetir que nadie hace una transferencia directa desde la cuenta de la institución a su cuenta particular o nadie carga el efectivo, sino que se asesoran, y cada vez hay más profesionales en este tipo de cuestiones.

Por eso, tenemos que actualizarnos constantemente en cuestiones de investigación de ese tipo de circunstancias. No se trata de buscar la flagrante comisión de delitos: para eso no se necesita una investigación. Investigar implica entrar a un mundo complejo, un mundo en el que se debilitan los controles internos, se ponen de acuerdo con los proveedores, en el lugar de ir a la fuente se generan personas en el medio para ir levantando precios. Entonces, son las cuestiones que deben llamar la atención en el proceso de verificación.

PARTE 2

3. Consignación de fechas y administración del tiempo en la redacción de un informe

3.1. Fechas

Estuvimos viendo el método para analizar los hechos y las evidencias y es el mismo que debería aplicarse en el momento de elaborar informes o reportes.

Cuando hablamos de un reporte o un informe de auditoría forense, comenzamos por la conclusión; es decir, la circunstancia fáctica que estimamos acontecida y es la que estamos comunicando

Naturalmente, hacemos énfasis en aquello que creemos más relevante, lo cual se vislumbra a través de la investigación: si se trata de un caso en el cual detectamos un eventual perjuicio patrimonial o, por ejemplo, un aspecto documental, previamente a la conclusión, conoceremos el campo de auditoría en cual hemos de desenvolvemos y sabremos si es necesario otro tipo de información (habitualmente, institución verificada, características de la institución verificada, algún informe relacionado con las actividades de auditoría que nos ocupan, etc).

Una cuestión que también es recomendable en el contexto previo a la conclusión es que consignemos las fechas en las cuales consideramos que acontecieron los hechos que son importantes dentro de la conclusión a la cual arribamos. Esto tiene mucha relevancia en el campo jurídico. Por un lado porque si de informe se derivará a una instancia de justicia administrativa, la precisión de los hechos atribuidos, aún en grado de sospecha a una persona, se relaciona directamente con su derecho a la defensa. Lo mismo ocurre en los casos en que el informe se utilice como elemento para el inicio de una causa penal. No obstante en dicha instancia, el órgano encargado de impulsar la acción penal pública, tendrá la posibilidad de realizar diligencias adicionales, en caso de necesidad de obtener información más precisa que aquella proporcionada por el informe o reporte de auditoría.

Además de todo lo dicho en el párrafo anterior, la consignación de las fechas de realización de los hechos, así como aquellos en que fueron detectados, es relevante debido a que el aspecto referido a posibles procedimientos para hacer efectivas responsabilidades jurídicas en nuestro sistema está sometido a plazos.

En realidad, es un dato que no solamente debe consignarse al momento de redactar el informe, es un dato que hay que tener muy en cuenta en el momento de elaborar la auditoría o

investigación. Por ejemplo, en el ámbito de la función pública, una autoridad tiene potestad de ordenar la instrucción de un sumario hasta un año después de que se tomó conocimiento de la posible existencia de circunstancia fáctica que constituye una falta. Si no lo hace, y transcurre ese tiempo, opera la prescripción.

3.2. Administración del tiempo

En atención a lo referido, se insiste mucho en que, cuando se estima la posibilidad de que se haya cometido alguna infracción administrativa en el ámbito interno de las instituciones, la solución no es instruir un sumario, sino investigar para verificar si hay méritos para realizar un sumario, porque son dos plazos distintos.

Por un lado, está el plazo de un año para poder decidir la instrucción de un sumario; por otro lado, el plazo para culminar el sumario instruido. Cuando se instruyen a ciegas los sumarios (se instruye a ciegas un sumario cuando la autoridad no tiene mayor información acerca de lo que aconteció ni de quién sería responsable), el plazo del sumario generalmente es insuficiente para culminar. Porque, en realidad, los sumarios no están estructurados para investigar. Los sumarios están estructurados para que una persona pueda ejercer su defensa en relación con circunstancias que ya fueron previamente investigadas y verificadas. Una cosa es verificar una circunstancia; otra, probar su existencia. Primero se verifica, se identifica cuáles son los elementos de pruebas, luego se reproducen los elementos en un sumario. La investigación tiene que estar fuera del sumario; por eso, la ley da el plazo de un año para instruir el sumario, porque investigar es algo distinto a juzgar.

Lo mismo pasa en el sector de los hechos punibles y en responsabilidades civiles: hay plazos máximos dentro de los cuales, por ejemplo, en el sector de los hechos punibles, el Estado mantiene la potestad de aplicar sanciones; transcurrido el tiempo marcado, la potestad se extingue.

Gran parte de las figuras que analizamos en el desarrollo del módulo (hechos punibles contra la propiedad y hechos punibles contra la prueba documental) tienen plazo de cinco años, para la prescripción. Inclusive hay algunas figuras (como el uso de certificado no auténtico) que tienen plazo menor. Si no se realiza ningún procedimiento penal en dicho plazo, de aquellos susceptibles de interrumpirlo o suspenderlo, el Estado pierde la potestad de sancionar penalmente.

Conviene tener presente que no siempre alcanza el tiempo para procesar todos los datos: hay que priorizar. Un criterio que se puede tener en cuenta es la fecha en que acontecieron los hechos.

También es útil para quien recibe la información que se pueda consignar la fecha, al menos estimada, en que acontecieron las circunstancias. Así, quien reciba la información puede fijar prioridades en el reporte realizado: si no se toman decisiones en cierto momento, se puede tornar inviable cualquier tiempo de pretensión de aplicar consecuencia jurídica.

4. Consideraciones sobre la redacción del informe

4.1. Concepto de autosuficiencia

Además, hemos visto que, amén de la conclusión, está la fundamentación. Cuando componemos la fundamentación, exponemos el camino que seguimos para llegar a la conclusión, camino constituido por hechos y evidencias.

La conclusión es un grupo de afirmaciones fácticas que sostienen una historia; es decir, se comunica un conjunto que puede dividirse en pequeñas afirmaciones fácticas.

En la fundamentación se expone cada una de las afirmaciones fácticas que forman parte del todo que componen la conclusión. También se expone la fuente de las mismas; esto es, de qué evidencia proviene cada afirmación.

Es importante tener presente que se expone cómo se concatenan las afirmaciones que sostienen la historia completa. Hay que lograr que la fundamentación llegue a ser autosuficiente, que quien lea el informe pueda comprender lo que se está comunicando sin necesidad de recurrir a documentos adicionales, eso significa autosuficiencia.

4.2. Uso de referencias

Asimismo, hay que tener cuidado con las referencias “hacia abajo”. Decimos que una referencia se hace “hacia abajo” cuando se alude a un concepto cuyo contexto se encuentra más adelante en el documento: dentro de lo posible, deben evitarse las referencias “hacia abajo”, justamente porque el lector aún no las conoce. Por dicho motivo, metodológicamente, solamente están permitidas las referencias “hacia arriba” (referirse a un concepto cuyo contexto se explicó anteriormente en el informe).

Igualmente, esto influye en la autosuficiencia de una fundamentación. La autosuficiencia implica que en el cuerpo se encuentre toda la información fundamental para comprender lo que se está comunicando. Por tanto, debe cuidarse que resulte innecesario buscar más información que aquella contenida en el informe, al menos, para comprenderlo. Otra cosa es entrar en detalles para comprender el concepto que se está comunicando, ir a otros documentos.

Asimismo, es importante tener en cuenta, para la elaboración de reportes, el tipo de evidencia del que han surgido los hechos y aclaraciones o explicaciones acerca de cómo se obtuvo la evidencia.

Por ejemplo, puede haber documentos archivados de manera particular, para que no resulte de fácil acceso para terceros. Por eso, en determinados casos, puede ser útil mencionar cómo se obtuvo un archivo, dado que, cuando hablamos de procedimientos para aplicar consecuencias jurídicas, no solamente basta tener documentos; sino que también puede ser relevante explicar la manera y en qué circunstancias fueron obtenidos.

4.3. Valor de las filmaciones, grabaciones de audio, fotografías en los procesos jurídicos

Hoy en día genera mucha discusión la utilización de filmaciones. Las filmaciones pueden utilizarse, excepto en aquellos casos que se filmen áreas de intimidad: solamente las áreas de intimidad requiere, o del permiso de la persona cuya intimidad será objeto de filmación o grabación de audio o, en su defecto, de una autorización judicial previa.

Para explicar las implicancias de esto, comentaremos un caso.

Anteriormente, los docentes que contaban con más de un rubro podían cobrar sus remuneraciones en dos bancos: la correspondiente a uno de los rubros, en el Citibank y la correspondiente al otro rubro, en el BNF. Luego se aprobó una reglamentación que señalaba que debían optar por una sola cuenta, en la cual serían acreditadas todas las remuneraciones correspondientes a cualquier rubro. Cuando se les comunicó que debían optar por una cuenta, hubo docentes que no sabían qué hacer con la tarjeta. La opción válida era destruirla, pero muchos docentes iban al Ministerio de Hacienda para devolverla.

Un grupo de funcionarios indicó a los docentes que devolvieran la tarjeta con el sobre que contenía el número personal de identificación (PIN). Los funcionarios mantenían activa la cuenta y hacían acreditaciones en ellas con las tarjetas devueltas. Posteriormente, se pudo saber que los funcionarios que habían obtenido las tarjetas, con sus respectivos números PIN, lograron que se transfieran fondos a dichas cuentas y, posteriormente, fueron a varios cajeros automáticos para extraer dichos fondos, usando las tarjetas que deberían haber destruido y las respectivas contraseñas.

Lo anterior fue descubierto, al visualizar las imágenes captadas por las cámaras filmadoras de seguridad que estaban instaladas y apuntaban a los cajeros automáticos. En las imágenes, se podía ver a los funcionarios que se habían quedado con las tarjetas, haciendo fila para retirar indebidamente, dinero de la máquina. En cada filmación se registró la hora exacta de cada toma y la fecha correspondiente.

Las filmaciones fueron consideradas pruebas válidas y fueron admitidas en el juicio. En ese caso, la cámara estaba dispuesta en un lugar público. Que sea lugar público no significa que deba depender de una institución pública: un lugar público es un lugar de acceso público. En un cajero electrónico, de acceso al público en general, no existe el derecho a la intimidad de la persona que ingresa a hacer una transacción.

En este caso, si alguien realiza actividades en un lugar público, no se violan sus derechos al exhibir lo que realizan en dicho sitios. En consecuencia, lo que se filme en lugares públicos, sin vulnerar la intimidad de una persona, es perfectamente admisible como medio de prueba en el marco de un proceso. Si una institución pública tiene cámaras en sus pasillos, se trata de un lugar público. Lo que se materialice en un lugar público no está amparado por la intimidad: puede ser registrado mediante cámaras y ser utilizado en un procedimiento.

Por ejemplo, si alguien va a cobrar un cheque a un banco y lo captan las cámaras del banco ingresando a los cajeros, hablamos, nuevamente, de un lugar público. Es lo mismo que alguien arroje algo en un estadio deportivo, es un lugar público, donde puede haber sistemas de filmación. En síntesis, no se necesita una orden judicial previa para utilizar como evidencia en el marco de un proceso, las imágenes o sonidos captados en lugares públicos.

Las fotografías tienen el mismo tratamiento, aunque una foto puede no ser utilizada en un proceso, si, desde un lugar público, se capta una zona privada, sin autorización de las personas cuya intimidad se está afectando o la autorización de un juez. Por ejemplo, si un fotógrafo se ubica en la calle, que es un lugar público; pero capta imágenes de lo que sucede en el interior de una casa de familia. En ese caso es distinto: rige un campo de intimidad.

Cuando se trata de grabaciones en las que se registra un soborno, la Fiscalía, en el cien por ciento de los casos, pide autorización a un juez para que una persona que va a recibir información que otra le proporcionará voluntariamente, grabe los dichos de su interlocutor; pero solo por protegerse de excesos en la declaración de nulidades. Frecuentemente, las discusiones de un proceso no terminan por una razón jurídica de fondo, sino por cuestiones jurídicas de naturaleza formal o procesal.

Es por esto que en la mayoría de las investigaciones se solicita autorización judicial para grabar a una persona que, voluntariamente realizará manifestaciones a quien le graba, para evitar discusiones más profundas. No obstante ello, el Código Procesal Penal es claro al establecer que la autorización judicial es requerida solamente para los casos de “intervención” en la comunicación de dos personas, que no está destinada a quien la interviene.

Sin embargo, consideremos el siguiente ejemplo: si en los pasillos de una institución pública un particular quiere pagarle a un funcionario por un trámite que está realizando para él y ambos se ubican en la esquina de un pasillo, desconociendo que detrás de ellos hay una cámara que capta imágenes y sonido y, por ende, la negociación, la filmación es perfectamente válida, ya que carece de alguna características que la torne inadmisibles, como lo sería, la violación de un derecho de rango constitucional (por ejemplo, el derecho a la intimidad, a la propiedad privada, etc.)

ÍNDICE

1. Introducción	257
2. El auditor y temas a considerar para el sumario	260
3. Sumarios	262
4. Estructura y requisitos para instruir un sumario.....	263
5. Técnicas para redactar un informe o dictamen	264
6. Medios de prueba.....	265
7. Presupuestos fácticos, hechos y valoraciones	267

EL ROL DEL AUDITOR FORENSE EN EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

OBJETIVOS GENERALES

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de auditorías de otra naturaleza.
- Valorar la aplicación eficiente y eficaz de la auditoría forense para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Analizar el rol que podría cumplir un auditor forense o un investigador en el contexto de un sumario administrativo en una institución pública.
- Diferenciar características del sumario y la investigación en el marco de la auditoría forense.
- Identificar aspectos relevantes en la redacción de informes o dictámenes de auditoría.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir del desarrollo de la clase presencial del profesor Claudio Lovera y la profesora Ma. Carmen Benítez realizada el 16/05/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

UNIDAD 11: EL ROL DE AUDITOR FORENSE EN EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

1. Introducción

Esta unidad está orientada a analizar el rol eventual que podría cumplir un auditor forense o un investigador en el contexto de un sumario administrativo realizado a un funcionario de una institución pública.

Para esto, es muy importante entender que el aspecto del rol o las funciones que el auditor podría desempeñar, se inician mucho antes de que se decida incluso, si se instruirá sumario. A modo complementario, se señala que el sumario es un procedimiento establecido para probar hechos y declarar responsabilidades. No se debe confundir probar hechos con investigar, son cosas distintas.

El auditor forense primero debe identificar la potencial evidencia o prueba para luego buscarla, analizar su contenido y, si resulta útil por conducente al esclarecimiento de los hechos, debe ser ingresada al proceso de auditoría.

La auditoría forense, al igual que cualquier auditoría de otra naturaleza, se va desarrollando con obtención y análisis de evidencias. Si, llegado el momento, estas evidencias indican la presunta realización de ilícitos administrativos, ello deberá ser expuesto en el informe final. En consecuencia, la autoridad administrativa deberá disponer que se instruya el sumario con respecto a la o a las personas que habrían infringido sus deberes de funcionarios.

En los sumarios que se instruyen como consecuencia de una auditoría forense, las evidencias que deberán presentarse y producirse en el sumario, serán, en su mayoría, aquellas obtenidas en el marco de la auditoría y que resultaron relevantes para formular las conclusiones. Y, sobre todo, aquellas relevantes para decidir la apertura del sumario.

En los casos en que la auditoría realizada derive en la instrucción de un sumario, quien impulse el sumario por parte de la institución (por lo general, un abogado de la entidad en la que presta servicios el sumariado) y el propio Juez sumariante, deberán identificar correctamente a cada evidencia, así como su contenido, con el fin de que produzca las pruebas en el sumario. Esto, debido a que será en dicha instancia (en el sumario) en donde se determinará si las pruebas producidas son suficientes para demostrar que el sumariado ha realizado una conducta violatoria de un deber de funcionario y, en consecuencia si existen méritos para aplicarle una sanción administrativa.

Cabe recordar que las evidencias, son aquellos elementos o medios a través de los cuales se toma conocimiento de porciones de hechos ocurridos en el pasado. Ejemplos: documentos, testimonios, informes, evidencia física, etc.

Estos hechos revelados por cada evidencia, pueden ser relevantes para demostrar, en forma directa o indirecta, una conducta ilícita, así como sus causas y consecuencias, y, además, para valorar otras evidencias.

Ejemplo: Un testimonio de un funcionario que dijo haber llegado a las 6:00 hs de la mañana a la oficina y que manifestó que, cuando llegó a la puerta de entrada, no se encontraba nadie allí, ni siquiera el guardia de seguridad y que, cuando intentó abrir la puerta de entrada, esta se abrió sin necesidad de utilizar la llave.

La información proporcionada por el mencionado funcionario, es relevante como idóneos para acreditar varios hechos que, a su vez, indican posibles conductas violatorias de deberes propios de las funciones. Así, es un indicador de que uno o un par de funcionarios (encargados de seguridad de la institución) habrían omitido concurrir a sus puestos de trabajo ese día y que, el encargado de seguridad del turno anterior, no echó llave a la puerta de ingreso a la entidad (en contra de su deber como funcionario de seguridad).

Obviamente, esa sola evidencia (testimonio de ese funcionario) resultará insuficiente para concluir que dos o más funcionarios han realizado conductas presuntamente violatorias de sus deberes de funcionarios.

Por ende, para verificar si las conductas que surgen en las hipótesis derivadas de los hechos conocidos, resultará importante, en el marco de la auditoría forense, obtener otras evidencias. Así, se podría intentar obtener una copia del archivo de vídeo generado por el sistema de circuito cerrado de filmación, si una o más cámaras se encuentran enfocadas al sector de la entrada de la entidad o en otros lugares relevantes, además de citar al Jefe del área de seguridad de la institución para conocer su versión de lo ocurrido.

Además, se podría obtener las planillas de registros de entradas y salidas de los funcionarios del área de seguridad, etc.

Si todas esas evidencias, indican que uno o más funcionarios de la institución, han realizado conductas (activas u omisivas) contrarias a sus deberes surgidos de normas jurídicas concretas, escritas y dictadas previamente a las conductas, dichas evidencias deberán:

- Ser citadas y su contenido, explicado, en el reporte o informe de auditoría forense.
- Ser ofrecida y producida en el sumario administrativo que se instruya a los funcionarios cuyas conductas se han considerados, violatorias de sus deberes de funcionarios.

En algunos casos, las evidencias son útiles para fortalecer o para controvertir el contenido de otra evidencia.

Así, si una persona dijera que el encargado de seguridad José González estuvo en su puesto de trabajo toda la madrugada y que se retiró del lugar a las seis de la mañana, se podría buscar otras evidencias tendientes a verificar la fuerza probatoria de dicho testimonio.

Así, podríamos obtener los archivos con las imágenes de las áreas de seguridad en las que José González debió haber estado presente, en el horario en el que cumplía sus funciones.

Si las imágenes indican que José González se retiró de área en la que debía estar presente, a las 03:00 am y que, a las 06:00 am regresó y marcó su “tarjeta de salida”, nos hallaremos ante una nueva evidencia (archivo de vídeo) que revela un hecho distinto del que había sido expuesto por el testigo, con respecto al hecho de la presencia del funcionario de seguridad en su puesto de trabajo.

A lo dicho anteriormente, debe sumarse el que, tan importante como la evidencia misma, es la indicación y demostración de su origen. Y, en algunos casos, de su trato posterior a su obtención.

Así, si se cita un documento (escrito, de audio, de vídeo), porque su contenido es relevante, debe indicarse quién lo ha proporcionado o de dónde ha sido obtenido y cómo ha sido obtenido. Lo mismo, con respecto a los informes.

Con respecto a las evidencias físicas, además de lo anterior, debe demostrarse que su sustancia no se ha alterado en el momento de su levantamiento hasta el momento de su análisis o hasta el momento de su entrega al órgano que deberá valorarla.

En lo que a los testigos y peritos respecta, es muy importante demostrar quiénes son (identificarlos y brindar referencias de sus antecedentes). De esa manera, se podrá valorar la credibilidad de sus dichos, así como la confiabilidad de sus conclusiones.

Entonces, el rol del auditor en un sumario que se instruye como consecuencia de su informe de auditoría, se inicia en la labor misma de la auditoría, ya que serán las evidencias colectadas en la auditoría, aquellas que, en su mayoría serán las que se producirán en el curso del sumario, a los efectos de dictar allí la resolución correspondiente.

El auditor deberá individualizar correctamente cada evidencia que sustente los hechos que considere reconstruidos, indicando y demostrando clara y correctamente el origen de cada una, el lugar y la forma de su obtención.

Si se trata de evidencia física, deberá asegurarse de demostrar que la evidencia no fue alterada desde el momento de su obtención hasta el momento de su análisis o hasta el momento de su entrega a otro órgano de custodia.

El auditor, además, podrá interactuar con el funcionario de la institución, encargado de impulsar el sumario, a los efectos de ayudarlo a comprender el caso y a presentarlo de la mejor manera posible, incluyendo, la realización del ofrecimiento de las pruebas más relevantes.

El auditor también podrá ser ofrecido para declarar en el sumario, en carácter de testigo. En estos casos, el auditor será, más bien, testigo de hechos que ha conocido de manera indirecta, o sea, a través de las evidencias que ha obtenido y valorado.

En algunos casos, su testimonio podrá ser considerado valioso, por sus conocimientos técnicos y, por ende, por su capacidad y habilidad de interpretar cierto tipo de evidencias.

También, su testimonio podría ser útil para esclarecer el origen y la fuente de otras evidencias, cuando esto no resultara claro del informe de auditoría forense.

2. El auditor y temas a considerar para el sumario administrativo

El sumario es el proceso administrativo tendiente a verificar si existen pruebas suficientes para afirmar que un funcionario (sumariado) ha realizado una o más infracciones administrativas y, en su caso, para aplicarle una sanción administrativa.

El sumario, entonces, es la segunda parte de una serie de pasos que se inicia con la detección de indicios de ilícitos administrativos y la realización de la investigación o auditoría correspondiente.

El autor forense tiene un rol preponderante en esa primera etapa de esclarecimiento de indicios y de presentación de informes.

La labor del auditor forense ya resulta más secundaria y auxiliar, en la etapa del sumario o procesamiento administrativo posterior. En esta, puede colaborar con el funcionario encargado de impulsar el sumario por parte de la institución en la que cumple funciones el sumariado y también, incluso, podría ser ofrecido como testigo en el mismo.

Un interesante tópico a analizar es el juzgamiento, que cuenta con dos elementos. Primero, quien juzga decide sobre los hechos, es decir, dice: “Según la prueba esto es lo que ocurrió.” Cualquier juzgamiento tiene primero una plataforma fáctica, alguien tiene que decir y tiene la última palabra en decidir lo que ocurrió. Es el primer soporte de un pronunciamiento. En el segundo aspecto, se afirma que eso que aconteció genera una determina consecuencia.

Entonces dentro del proceso de juzgamiento primero hay juzgamiento sobre los hechos y luego un pronunciamiento sobre el derecho. Por eso se habla de comprobar.

Es importante tener en cuenta que cuando se investiga, se debe identificar la fuente de información y el contenido de la información que aporta. Cuando se comprueba en el contexto de un sumario, se producen con ciertas formalidades sobre esas fuentes de información.

Dado el caso, un auditor puede entrevistar a una persona e identificarla como alguien que conoce los hechos y posee información relevante. Luego, en el contexto de un sumario, esa persona reproduce los hechos que conoce y también el sumariado tiene la facultad de entrevistarlos, formulando preguntas para obtener información respecto de esa persona y sus afirmaciones, para definir su credibilidad. O sea, no hay que confundir investigar con comprobar pues son momentos distintos. Primero se identifica y luego se produce. El auditor participa en primer lugar en la tarea de identificar.

Otro factor a considerar es que la propia Ley de la Función Pública señala que este proceso, para poder tomar la decisión de instruir o no un sumario, se tiene un plazo de un año desde el momento en que se hace conocida la infracción. Es decir, los propios legisladores le otorgan ese plazo para hacer la labor de reconstrucción. Una vez corrido el traslado del sumario, se cuenta con sesenta días para concluirlo. Esto porque se entiende que son momentos diferentes. Una cosa es investigar, otra cosa es un proceso donde se comprueba, se discute la prueba y se toma una decisión.

Si en el plazo de un año de conocida la infracción no se instruye un sumario, se extingue la potestad del Estado de aplicar sanciones disciplinarias. Excepto que la sanción disciplinaria también constituya un hecho punible. En ese caso, el plazo se equipara a los plazos de prescripción penal.

Otro detalle considerable es que la Ley de la Función Pública también señala que: “Para el sumario administrativo se aplicará supletoriamente el trámite previsto en el Código Procesal Civil para el juicio de menor cuantía”. ¿Qué significa esto para quienes no conocen este tipo de procedimiento? Hay una diferencia importante entre el procedimiento penal y el procedi-

miento civil, en el siguiente sentido: dentro del procedimiento penal hay una primera etapa que está relacionada con ese proceso de investigación y de recolección de elementos para decidir si corresponde o no acusar a una persona, es decir, atribuirle hechos y pedir que se habilite un procedimiento para comprobar esos hechos.

Entonces, en el procedimiento penal ya se tocan las puertas del sistema estatal, ya sea Ministerio Público o el Poder Judicial, cuando existe la sospecha de un hecho punible a investigar, si hay méritos para acusar. Eso no pasa en el procedimiento civil. Cuando se presenta una demanda civil, es porque ya se entiende que se tienen todas las pruebas para obtener un determinado pronunciamiento jurídico; es decir, se presenta la demanda explicando cuales son los hechos que definen el mérito, acompañada de todos los documentos comprobatorios. Si no se cuenta con ellos es obligación señalar dónde se encuentran.

En el caso de este tipo de procedimientos de menor cuantía, se tiene también la obligación de ofrecer todas las pruebas que sustenta el derecho de cada persona. Esto significa que, dado que la propia Ley de la Función Pública, al remitir a este procedimiento, señala que una resolución que ordena la instrucción de un sumario tiene que cumplir los mismos requisitos de una demanda civil, se deben acompañar con pruebas. Si no se cumplen esos requisitos, no se instruye el sumario. Esto implica que previamente se debe investigar, porque de otro modo no se podrán complementar esos requisitos.

En el decreto reglamentario de Ley de la Función Pública, se establece los requisitos que debe cumplir una denuncia para que amerite la instrucción de un sumario.

Cita como requerimientos la identificación de las personas, de los hechos, la presentación de pruebas, identificación de testigos si los hay y los datos para ubicarlos. Señala el decreto que las áreas jurídicas en las instituciones tienen que analizar si esos requisitos están o no cumplidos, para recomendar a las máximas autoridades sobre la instrucción o no los sumarios.

3. Sumarios

Los sumarios se pueden iniciar de oficio o se puede iniciar por una denuncia. Entonces significa que si el concepto era de que una denuncia para habilitar un sumario, se tiene que cumplir todos los requisitos que establece la ley. El hecho de no darse así, no implica que se archive el sumario, si no que la propia institución inicia un proceso de verificación para obtener más información. Entonces también es lógico que si una institución pública va ordenar la instrucción de un sumario tiene que cumplir los mismos requisitos citados en el párrafo anterior.

Luego de esto, en la propia Ley de la Función Pública y en el decreto reglamentario, se señala que se debe designar un abogado por parte de la institución encargado, para cumplir el rol de actor de demandante, y para impulsar toda la atribución, ya que la demanda tiene que estar ya en la resolución que instruye el sumario.

El abogado asignado de la institución se encarga en este contexto, de impulsar que esa prueba que ofrece la institución se tramite. Luego se encarga, al final de ese proceso de comprobación, de alegar sobre la prueba. Esa resolución que instruye el sumario ya debe ser la demanda. Entonces su función poner a conocimiento de la persona demandada qué hechos se le atribuyen y de ofrecer toda la prueba para comprobar eso, que luego el juez sumariante tiene también que tramitar para que se produzca.

Entonces es fundamental instalar ese concepto, de que una cosa es investigar y otra cosa es instruir un sumario, y ambas cumplen finalidades distintas. Si discutiera el rol que un auditor o un investigador cumplen en el contexto de verificación, no solamente el sumario, diríamos, en consonancia con la Ley de la Función Pública, que es identificar todas las circunstancias que puedan estar relacionados con la comprobación de esos hechos, es decir, el proceso de comprobación que sirve de base para luego emitir un juzgamiento.

El decreto reglamentario señala que se deben mencionar todas las circunstancias que puedan estar relacionadas con la comprobación de esos hechos. Se tiene que acompañar toda la prueba documental o indicar donde se encuentra la misma.

Por último señala que también se debe ofrecer las demás pruebas, lo que incluye tener testigos. Incluso señala que en el caso de testigos hay que aportar sus datos personales y de contacto que permitan ubicarlos. Entonces, decidir la instrucción de un sumario implica ya tener un producto.

4. Estructura y requisitos para instruir un sumario

La estructura y los requisitos de una resolución que ordena un sumario, son básicamente aquellos con los que debería contar un informe de auditoría forense.

En primer lugar se debe identificar cuáles son los hechos que se entiende que constituyen una falta. Eso es muy importante cuando se redacta un informe, porque se deben diferenciar cuándo se atribuyen hechos y cuando se están describiendo hechos para obtener esa atribución. Por ejemplo, tomando un caso sencillo, se debe atribuir hechos a una persona que llegó tarde

al trabajo, para lo cual se expresa que: “Juan Pérez en fecha 16 de mayo del 2012 llegó a la oficina a las siete y treinta horas”, es decir, se presenta la descripción de una conducta que constituye una falta.

Ahora bien, describir hechos que sustentan esa conclusión es distinto. Primero se deben describir los hechos: qué es lo que aconteció y que violaría una norma jurídica, que en consecuencia constituiría una falta.

Luego viene el siguiente componente, el de describir todas las demás circunstancias fácticas o hechos que permiten hacer esa afirmación. Es decir, primero es una afirmación de atribución de conducta y segundo es describir cómo se llegó a esa conclusión.

5. Técnicas para redactar un informe o dictamen

Cuando se redactan informes o dictámenes se pueden hacer de dos maneras o técnicas.

Un modelo es el deductivo, que se inicia con la explicación de las bases de la conclusión y finaliza con la conclusión propiamente dicha. Ejemplo:

“En la institución pública hay una resolución que señala que se debe ingresar a trabajar hasta las siete y quince. La institución pública tiene un sistema de control de llegada y salida de sus funcionarios, constituido por la marcación de tarjetas.

Existe un informe de recursos humanos que señala que en fecha 16 de mayo del 2012 Juan Pérez marcó su entrada a las siete y treinta horas. Esa marcación dejó una constancia de que se ingresó en horario posterior al señalado para el ingreso.

En consecuencia, Juan Pérez cometió una falta por haber llegado a la institución a las siete y treinta”.

En este tipo de casos, ese tipo de informe no es el modelo más recomendable, porque en primer lugar, siempre se debe contextualizar cuando se hacen atribuciones, y para contextualizar y entender de qué se trata el caso, siempre genera mayor claridad, cuando primero se realiza la afirmación de atribución, es decir, se estima que, como conclusión del proceso de verificación ocurrió “esto”. Primero se comunica el resultado de la verificación y luego se comunica el camino que lleva a ese resultado.

Entonces, se cuenta con los hechos que se considera que constituyen una falta, a las cual se atribuyen las demás circunstancias o hechos y finalmente los medios para comprobar esos hechos.

Otra técnica también interesante consiste en exponer o relatar los hechos o porciones de hechos con sus respectivos medios para comprobarlos, a medida que se van exponiendo. Por cada afirmación fáctica que se hace, seguidamente se enuncia la fuente de esa afirmación. Esto permitirá ir controlando que realmente lo que se está afirmando se puede acreditar. Esto ayuda a evitar el error de hacer afirmaciones sin considerar la capacidad que se tenga para citar su fuente, lo cual implicaría que hay todavía una debilidad probatoria en el caso.

Al hablar de circunstancias y pruebas, lo recomendable es hacerlo en orden, es decir, al hacer una afirmación fáctica citar cuál es la fuente. Por ejemplo si señalo “En fecha 16 de mayo del 2012 Juan Pérez marcó su entrada a las siete y treinta” se hace una afirmación fáctica. Como siguiente elemento entonces surge el informe de Recursos Humanos que señala lo mismo, o la copia del sistema del registro, como evidencia.

Se debe recordar, por otro lado, que muy pocas veces debería un auditor o un investigador declarar en un sumario, porque en los sumarios está limitada la cantidad de pruebas.

Entonces, si el auditor deja en claro de donde proviene la información que él comunica, no necesita ya testificar él mismo en el sumario, sino que se recurre a las fuentes que la cita. Porque él no percibió directamente esa circunstancia, sino que del informe que analizó. Lo relevante no es que el auditor diga cuál fue el hecho, sino que su fuente, el testigo, reproduzca lo que dijo en el contexto de su declaración al auditor.

6. Medios de prueba

Lo importante para el Juez sumariante, no necesariamente es lo que el auditor leyó de un documento, sino acceder al documento.

La tarea del auditor permite llegar a esas fuentes. Porque, conceptualmente, existen tres medios de prueba principales, a citar:

- El testimonio: es lo que una persona percibió directamente a través de sus sentidos y que lo comunica al destinatario de sus dichos.

Esos testimonios se pueden agrupar en aquellos proporcionados por las personas que perciben los hechos de manera fortuita, es decir por estar en el lugar; aquellos que perciben los hechos por ser parte de un procedimiento y aquellas personas que son convocados a tomar conocimientos de los hechos o de las evidencias, para transmitir su percepción sobre ellos porque tienen algún tipo de conocimiento en alguna ciencia, a lo que se denomina peritos.

La única diferencia entre ambos, es que el perito, en lugar de percibir espontáneamente los hechos, son convocados por los conocimientos que tienen para analizar los hechos y transmitir una opinión en particular sobre ellos.

- El documento: es un soporte material elaborado por una o más personas, en el cual se deja constancia de circunstancias fácticas, incluyendo e los pasos que se siguieron para el efecto. Pueden ser escritos, gráficos (bidimensionales y tridimensionales), auditivos, visuales, audiovisuales.

Dentro del género de documento está lo que se llama la prueba de informes que consiste en aquella información que está en una base de datos, a la cual se tiene dos maneras de acceder yendo hasta la base de datos y revisarla o pidiendo al dueño de la base de datos que extraiga esa información y la entregue.

- La evidencia física, es la huella o rastro que se ha generado en un lugar determinado, como consecuencia de hechos ocurridos.

Así, si por ejemplo alguien rompe la puerta para ingresar a una casa para sustraer algo, en la madera de la puerta y/o de su marco, que es el soporte material, surge una modificación de la situación actual “normal” de la puerta.

Básicamente son las tres maneras de obtener información en cualquier proceso de reconstrucción de hechos ocurridos. Testimonios, documentos, y evidencias físicas. Son las tres formas de reconstruir porciones del pasado, que es lo que se realiza en estos procesos de verificación: hacer una reconstrucción acerca del pasado de una manera indirecta buscando estas fuentes de información que permitan reconstruir el mismo.

Lo importante es que si el informe está lo suficientemente detallado, en el contexto de un sumario administrativo por ejemplo, se puede ir fácilmente a la fuente.

Las excepciones serían que en algunos casos, se requiera del testimonio del auditor, ya sea para explicar con detalle el origen y la forma de obtención de una evidencia producida en el

sumario, ya sea que para poder analizar y comprender mejor evidencias o hechos, se requiera de ciertos conocimientos con que cuente el auditor.

Otra posibilidad, consiste en que el auditor hubiera percibido directamente hechos que a veces no están relacionados con reconstrucción de los hechos, pero sí con la credibilidad de cierta prueba.

Por ejemplo se quiso entrevistar en el contexto de una auditoría a una persona que siempre fue esquiva a dar su versión de lo que percibió con respecto a un hecho que es objeto de investigación o auditoría forense, y que, posteriormente, se presentara en el marco de un sumario a brindar una versión respecto a los hechos.

Desde el punto de vista de la definición de la credibilidad del testimonio, ese antecedente puede resultar relevante.

7. Presupuestos fácticos, hechos y valoraciones

Vale aclarar que cuando se hace referencia a presupuestos facticos o a circunstancias fácticas, se habla de los hechos, es decir, de los acontecimientos que pertenecen al presente o al pasado y son susceptibles de ser probados.

Por otro lado están las valoraciones, que son las conclusiones personales a las que se llega a partir de los hechos y los medios de pruebas que las sustentan.

Es importante resaltar que son dos tareas distintas las de valorar los hechos y las pruebas, se las considera como dos diferentes niveles que tienen sus propios procedimientos, los cuales han sido ya presentados en el módulo anterior de este curso. También, se debe comprender que las valoraciones pueden ser jurídicas o pertenecientes a una ciencia en particular.

A modo de recordatorio se señala que la tarea que se hace es la de verificar que hay circunstancias fácticas que respondan a elementos de una descripción jurídica. Cuando a esos elementos de la descripción jurídica se les atribuye una cualidad, un hecho fuerte es aquel que directamente responde a ese elemento jurídico coincidiendo con la cualidad que se le ha otorgado. En cambio, un hecho débil es aquél que no encaja en ese elemento, pero a partir de una interacción intelectual, que a veces está apoyada en reglas de la experiencia, se puede afirmar la existencia de otro hecho que sí responde al elemento. Y esto se llama indicio.

Se afirma que el indicio, a diferencia del hecho, es débil porque admite otra explicación distinta de lo sucedido, y a medida que surgen más explicaciones alternativas se va debilitando.

Si por ejemplo un grupo de personas abandona un salón dejando allí una notebook, y regresa luego de unos minutos descubriendo que ya no está, se concluye que, dado que por sí misma no pudo moverse, alguien la tomó. Entonces se afirma que el hecho que responde directamente al elemento es que alguien tomó la notebook sin autorización y se la llevo. Ese sería un hecho fuerte. Como nadie vio quien es la persona que llevo la notebook, se utiliza la información con la que se cuenta: “Al último que vimos a lado de la notebook es a Juan”. Al haber estado cerca de la notebook y ser la última persona vista cerca de ella, es un indicio de que él pudo haber tomado la notebook, pero es débil, porque ese indicio en sí no garantiza que haya sido él quien la tomó. Alguien que no estaba al lado también pudo haberla tomado, que también es una explicación razonable. Eso significa que es un hecho débil, y los hechos que son débiles son los indicios.

No obstante, los indicios pueden generar hipótesis fácticas fuertes, si varios de ellos apuntan solamente en su dirección.

Por otro lado se puede valorar la prueba, lo que implica definir su credibilidad. Se puede tener un hecho fuerte pero que está sustentado en un medio de prueba débil. La persona, por ejemplo, no es creíble porque tiene relación de parentesco con la persona que se está investigando o por el contrario tiene una relación de enemistad con ella. Significa que, por más de que pueda aportar un hecho fuerte, se deberá recolectar más información para poder fortalecer la suministrada por esa persona.

Entonces son dos niveles de análisis que se deben hacer para definir si se tiene o no un caso cerrado. Primero, un nivel fáctico, hechos fuertes o hecho débiles, y en segundo lugar un análisis de credibilidad de los medios de prueba. De esta manera se van analizando los casos y evaluando el momento para cerrarlos con una afirmación acerca de los mismos.

Pero lo importante al hablar del rol del auditor o investigador en el contexto de los procesos administrativos sumarios, es la verificación, es ese el primer momento, que lleva a concluir si corresponde o no, si se hallan reunidos o no todos los méritos para la instrucción de un sumario. Si el informe realmente está bien detallado, lo que se consigue es que, quienes reciben esos informes, comprendan que debe ir a la fuente para producir prueba en el sumario.

ÍNDICE

1. Introducción	275
2. Estructura del sistema penal de justicia en Paraguay	275
3. El proceso penal	278
4. Diferencia entre el procedimiento penal y el procedimiento civil.....	280
5. La prescripción de la sanción penal	281
6. La denuncia. Su admisibilidad y la investigación de un presunto hecho punible....	283
7. El acta de imputación	291
8. La etapa preparatoria de un procedimiento penal	293
9. La desestimación	294
10. El sobreseimiento	295
11. La acusación	296
12. La etapa intermedia.....	296
13. El Juicio Oral.....	296
14. Los recursos	298

PARTE 2

15. Labores que competen al auditor en el contexto de una investigación penal.....	299
16. Definición de producto.....	301

17. La audiencia preliminar 302

18. El juicio oral 302

19. El procedimiento penal..... 304

20. La sentencia firme..... 305

21. La elaboración del informe, los hechos y la fuente de los hechos 305

EL ROL DEL AUDITOR FORENSE EN EL PROCESO PENAL

OBJETIVOS GENERALES

- Comprender los principales componentes o etapas que se requieren para realizar una Auditoría forense y que la diferencian de otros tipos de auditorías.
- Valorar la utilidad de la auditoría forense como herramienta idónea para mejorar la gestión de las instituciones públicas.

OBJETIVOS DE ESTA UNIDAD

- Analizar el rol del auditor forense en el contexto del procedimiento penal.
- Definir en qué consiste un proceso penal e identificar sus características.
- Comprender básicamente la estructura del sistema penal de justicia en Paraguay.

Nota: *El contenido de esta unidad está editado a partir de la clase presencial del profesor Claudio Lovera realizada el 22/05/2012. El documento está ajustado y editado para fines didácticos. Como complemento de este material impreso se dispone de la clase audiovisual y el aula virtual del curso.*

PARTE 1

1. Introducción

Hoy analizaremos el rol del auditor forense en el contexto del procedimiento penal.

Para poder hablar de este tema, tenemos que definir en qué consiste un proceso penal y cuáles son sus características.

Conocer esto también es útil para aquellos que no desarrollan una actividad como la de los abogados, pero que están en contacto con el sistema de justicia, constantemente, como en el caso de los auditores forenses

Es útil para cuando eventualmente alguien deba tener algún tipo de contacto, ya sea buscando información o ya sea proporcionando información si es convocado dentro el marco de un proceso penal.

2. Estructura del sistema penal de justicia en Paraguay

Básicamente, se estructura en torno a dos instituciones fundamentales que son el Ministerio Público y el Poder Judicial, conjuntamente con la Policía Nacional que también forma parte del sistema penal pero que hasta hoy, focaliza sus recursos de investigación en la investigación de algunos de los tipos de hechos punibles, como los homicidios y las lesiones; así como algunos hechos punibles contra la propiedad de las personas; el tráfico de drogas; entre otros.

Conceptualmente hay un órgano que investiga, otro que dirige la investigación, y uno tercero que juzga. Se hace referencia, solamente al sistema penal. La investigación penal constitucionalmente está a cargo de la Policía Nacional. La dirección de la investigación, (después vamos a ver qué significa dirigir una investigación), está a cargo del Ministerio Público, y el juzgamiento de los casos está a cargo del Poder Judicial.

La Policía Nacional tiene el rol constitucional de la investigación de los hechos punibles y de hacer tareas de prevención. Es por eso que, por ejemplo, la Policía Nacional se encarga de aspectos de seguridad, como ser la prevención en espectáculos deportivos, etc., en su rol de prevención para evitar la comisión de hechos punibles.

El Ministerio Público constitucionalmente no tiene una función de prevención, sino solamente un rol de dirección de una persecución penal. El órgano del Estado que colabora en la prevención es la policía.

El Poder Judicial tampoco tiene un rol constitucional de prevención, ni el de persecución penal. Su rol es el de juzgar.

Básicamente, juzgar implica dos aspectos; decidir acerca de los hechos que acontecieron, lo que significa que es el Poder Judicial quien al final dice: “Señores: según la prueba que se produjo esto es lo que ocurrió”, primera función en el momento de juzgar. Su segunda actividad o función dentro del juzgamiento, luego de decidir qué es lo que ocurrió, es la aplicación del derecho. Es decir, señalar el alcance o las consecuencias jurídicas de la realización de ciertos hechos considerados probados. Esa es la función del Poder Judicial.

El Ministerio Público es una organización vertical, en tanto que el Poder Judicial es una organización horizontal. Cada uno de los Magistrados que integran el Poder Judicial es absolutamente independiente de los demás al momento de juzgar.

Otra cosa son los controles de Recursos Humanos en el sentido de asistencia, etc. No estamos hablando de eso, estamos hablando de la labor de juzgar. A eso se le llama jurisdicción. La atribución de decidir cuestiones que se llaman contenciosas, es decir discutidas, y aplicar el derecho, eso le corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Y en ejercicio de esa función, cada uno de los Magistrados del Poder Judicial es independiente entre sí.

¿Cómo se organizan en el sistema penal? La intervención de Magistrados está dividida básicamente en tres momentos. Por un lado están los jueces que intervienen en una primera etapa o en un primer momento. Están los jueces que se denominan , (luego vamos a ver en el contexto de la estructura del procedimiento penal), jueces de garantía. Y están los tribunales de sentencias.

En un segundo momento, intervienen los denominados tribunales de apelación y en un último momento puede o no intervenir, -dependiendo de la característica del caso-, la Corte Suprema de Justicia a través de unas de sus salas que es la sala penal.

¿Pero... qué significa independencia?

Ninguna de estas instancias le puede decir a la anterior qué hacer o cómo aplicar el derecho. Cada una de ellas es independiente en el momento de ejercer esa función. Lo que sí puede

acontecer es que se pueden revisar sus decisiones, pero eso no es lo mismo que indicarle qué tiene que hacer. Por lo tanto, constituye una organización horizontal.

Eso no ocurre en el Ministerio Público. El Ministerio Público es una organización vertical a cuya cabeza está el fiscal general del Estado. Y en el contexto de la estructura del Ministerio Público están: el fiscal general del Estado, los fiscales adjuntos, los fiscales delegados y los agentes fiscales.

¿Por qué es una organización vertical? Porque a diferencia del Poder Judicial, si el fiscal general del Estado no está de acuerdo con la manera en que cual un agente fiscal lleva adelante la dirección de una persecución penal, él puede darle directrices de cómo llevar adelante esa persecución penal. No puede obligar a un agente fiscal a observar esas directrices si él tiene un fundamento razonable para oponerse a las mismas. Pero en su caso, sí puede sustituirlo, es decir, si no está de acuerdo con la manera en la que se lleva adelante una persecución penal y si pese a dar directrices, el agente fiscal señala fundadamente que no está de acuerdo con la misma, el fiscal general del Estado tiene la opción de tomar ese caso y entregárselo a otro.

Lo anterior, no significa que el Fiscal General ni que los Agentes Fiscales puedan actuar arbitrariamente. Siempre deben basar sus decisiones en criterios objetivos y en las normas jurídicas vigentes. Es sólo que el criterio, debe ser institucional y puede ser fijado por instrucciones generales o particulares.

El Ministerio Público es una organización vertical y no horizontal como el Poder Judicial. Quienes llevan adelante las persecuciones penales son los agentes fiscales. Aunque en la realidad el fiscal general de Estado puede impulsar las acciones penales por sí mismo ya que no hay ningún impedimento legal para ello, pero eso no ocurre en la práctica. Las acciones penales son ejercidas por los agentes fiscales mientras que los fiscales delegados y los fiscales adjuntos funcionan, en principio, como coordinadores y supervisores de la tarea que llevan adelante los agentes fiscales.

Supervisan cómo llevan adelante sus tareas los agentes fiscales para trasladar esa información al fiscal general del Estado a fin de que el mismo tome las decisiones que crea pertinentes. Jerárquicamente, los que son superiores al agente fiscal, son el agente adjunto y el fiscal general.

El fiscal delegado funciona como una suerte de brazo para obtener información. No es superior jerárquico al agente fiscal. Su función es la de, -en lo que sería por ejemplo la persecución penal,- acumular información para poder pasarle a sus superiores, para, -dentro ya del principio jerárquico -tomar decisiones, y otras cuestiones administrativas que realizan, pero no son superiores jerárquicos.

Generalmente, el fiscal delegado es otro agente fiscal más, al que se le dan tareas adicionales. Jerárquicamente, -si vamos a un principio jerárquico- no están por encima del agente fiscal, sino que son un brazo ejecutor en la obtención de información para poder ir tomando decisiones. Y coordinan ciertos aspectos administrativos también en las unidades fiscales, pero no necesariamente en un sentido jerárquico. Jerárquicamente, están los fiscales adjuntos y el fiscal general del Estado.

La Fiscalía General optó por un sistema de organización con base en la división en áreas geográficas y de tipos de hechos punibles, encabezadas por un fiscal adjunto.. Así, por ejemplo, hay un área destinada a delitos económicos y a anticorrupción, lo que no es necesariamente una cuestión de criterio geográfico sino una cuestión de especialidad. Al frente de dicha Unidad, se encuentra un fiscal adjunto.

Hay otras áreas que responden a una cuestión de especialidad, como ser la Unidad de hechos punibles contra el medio ambiente, la Unidad de delitos informáticos, anti drogas, contra la propiedad intelectual, entre otras. Cada una de ellas está encabezada por un fiscal adjunto.

Existen decisiones que los adjuntos las pueden tomar por una cuestión de delegación por parte del fiscal general. Hay decisiones que las pueden tomar directamente los adjuntos. Pero es por un tema de delegación que les autoriza el fiscal general a hacerlo. Así como también el fiscal general puede reservarse tomar esas decisiones él mismo. Porque, cabe reiterar, es un órgano de una sola cabeza y es vertical. Es una estructura totalmente distinta a la del Poder Judicial.

3. El proceso penal

Para comprender el rol que le podría caber a un auditor o un investigador interno en el contexto de un proceso penal, vamos a conocer lo que es un proceso penal, cómo se lleva adelante y cuáles son sus fines.

Como sabemos la ley establece normas penales que pueden ser de fondo o pueden ser de forma.

Las normas penales de fondo son aquellas que establecen lo que un ciudadano tiene prohibido hacer, o lo que está obligado a hacer bajo la amenaza de la aplicación de una consecuencia jurídica que es la sanción penal. Por ejemplo, las disposiciones penales de fondo establecen que está prohibido matar. Si una persona viola dicha norma, corresponde se le aplique una consecuencia jurídica, que es una pena privativa de libertad de cinco a quince años, ya que, en principio, el caso del ejemplo se trataría de un homicidio simple.

O por ejemplo, por medio de las normas penales de fondo, se ordena evitar perjuicios a determinadas personas o se ordena a determinado grupo de personas el evitar perjuicios patrimoniales. Es lo que vimos como una de las variantes de la lesión de confianza. Y si no lo evito, pese a que tengo el deber de hacerlo, quedo bajo la amenaza de la aplicación de una sanción penal de seis meses a cinco años de privación de libertad o de multa. Eso es lo que establecen las normas penales.

¿Qué presupuestos deben reunir las conductas para poder hablar de un hecho punible? Para que los ciudadanos opten por respetar las normas penales, no basta con que conozcan su existencia. Mucha gente, la gran mayoría en realidad, sabe que está prohibido matar pero de todas formas sigue habiendo homicidios. Es decir, no solamente se necesita conocer la existencia de la norma, sino que también se necesita saber que la norma está vigente. Pero no vigente en el sentido de que la ley no está, por ejemplo, cambiada o ha perdido su fuerza, sino sentir que está vigente en el contexto de que es una amenaza que hace la legislación y que en la práctica se aplica. Es decir, saber que en los casos en los cuales se violaron las normas, fueron efectivamente aplicadas las consecuencias jurídicas.

Si se habla de la aplicación de las consecuencias jurídicas que están señaladas de manera abstracta en la ley, para poder aplicar una consecuencia jurídica en primer lugar se necesita hacer una afirmación fáctica, como: “Juan en tal fecha y a tal hora engañó a Pedro, para que éste le preste dinero., implica hacer una afirmación sobre un supuesto fáctico. Estos son los hechos que acontecieron.

Lo primero que se hace en el contexto de un procedimiento penal es una afirmación acerca del pasado. Es decir, luego de ciertos pasos, el Poder Judicial dice: “en el año 2008 ocurrió esto”. Y esto que ocurrió, segundo aspecto, cumple con todos los presupuestos del homicidio, por lo que en consecuencia le corresponde esta sanción.

La finalidad del procedimiento penal es la de esclarecer la sospecha acerca del desarrollo de una conducta que podría constituir un hecho punible. Pero, ese proceso de verificación del pasado, por mandato constitucional, no se puede hacer de cualquier forma.

Un proceso de verificación implica obtener información que nos permita reconstruir el pasado. Sin embargo, la Constitución Nacional señala ciertos límites mínimos para proceder a realizar esa reconstrucción. Es decir, si se sospecha que Juan mintió a Pedro para que este le entregara su dinero, una manera eficiente de obtener información sería sentar a Juan y golpearlo hasta que cuente si, efectivamente engañó a Pedro y se quedó con su dinero, y eso proporcionaría información y a lo mejor da información de primera mano de lo que aconteció.

Ciertamente, ese podría ser un método o proceso muy eficaz para obtener información, pero nuestra Constitución Nacional, no nos permite actuar de esa manera. En la Constitución encontramos límites para ese proceso de verificación. Por lo tanto, en el Código PROCESAL Penal, en cumplimiento de las disposiciones de rango constitucional, se regulan los pasos que se deben seguir para hacer esa reconstrucción del pasado por un lado y para decidir los alcances concretos de la ley en cada caso en concreto con el objetivo de que esos pasos respeten los límites constitucionales.

Por ejemplo, un límite constitucional señala que en ese proceso de reconstrucción del pasado, en el sentido de definir qué aconteció y si a lo que aconteció le corresponde la aplicación de una sanción penal, todos los ciudadanos deben contar con un profesional, un abogado que los defienda, aunque la persona se niegue a contratar a alguno, por ejemplo.

Otro aspecto muy importante y que debe ser comprendido por quién trabaja en ese proceso de reconstrucción

es el principio de presunción de inocencia que, algunos denominan “principio de estado de inocencia”. ¿Qué significa eso? Que para que el Estado, a través de sus operadores, puedan legalmente aplicar consecuencias penales a una persona, debe necesariamente probarse en el caso concreto y más allá de la duda razonable, que esa persona realizó una conducta prohibida por una norma penal, independientemente de lo que la persona sospechada haga o deje de hacer en el contexto del procedimiento penal.

En materia penal, la carga de la prueba corresponde al Estado, a través del Ministerio Público, porque se presume la inocencia de las personas.

4. Diferencia entre el procedimiento penal y el procedimiento civil

El procedimiento penal y el procedimiento civil tienen varias diferencias, pero una fundamental. En el procedimiento penal rige el principio de la verdad real, en tanto que en derecho procesal civil rige el principio de preponderancia de la prueba.

El principio de la verdad real implica que, para poder aplicar consecuencias penales a una persona, se debe llegar hasta el esclarecimiento de lo que realmente aconteció. En tanto que el principio de preponderancia de la prueba, implica que, independientemente de cuál sea la verdad en el caso en concreto, la parte que cuenta con pruebas de mejor calidad y es más diligente puede obtener un pronunciamiento civil favorable. Esto último no debería ocurrir en el procedimiento penal, ya que en este se busca el esclarecimiento de los hechos que son objeto del proceso.

Respecto a cada hecho en concreto, las pruebas o evidencias pueden indicar con certeza o más allá de toda duda razonable, que ocurrió, que no ocurrió o que no son suficientes para demostrar que ocurrió o que no ocurrió.

Cuando, al final de la investigación o de la producción probatoria, se llega a un estado en el que las pruebas no son suficientes para confirmar que el hecho ocurrió o que no ocurrió, ese estado se denomina “estado de duda”. El estado de duda favorece a la persona sometida al procedimiento penal, ya que, en ese estado, el Poder Público no se encuentra legitimado para aplicarle una sanción, debido al denominado principio de “presunción de inocencia”.

El principio de “presunción de inocencia, se aplica con respecto a los hechos y a las pruebas de su realización.

No se resuelve de igual manera la duda sobre el derecho. La duda sobre el derecho se resuelve interpretando el derecho e identificando su alcance. El principio que reza: “en caso de duda a favor del procesado”, se refiere a la duda fáctica. Se puede estar seguro de que un hecho existió, se puede estar seguro de que un hecho no existió, o se puede dudar acerca de la existencia o no del mismo. Eso se resuelve con la aplicación del principio de presunción de inocencia. Si se duda, en el campo jurídico, de cómo se aplica una norma, lo que corresponde es aplicar las reglas de interpretación del derecho y, de esa manera, se aplica el derecho en cada caso en concreto.

5. La prescripción de la sanción penal

Cuando ocurre un hecho o, técnico jurídicamente hablando, cuando termina de realizarse un hecho punible, se inicia el cómputo del plazo de lo que se denomina la prescripción de la sanción

Si en diciembre de 2007, un administrador de un Hospital Público decide comprar una ambulancia que vale cien millones de guaraníes en el mercado, pagando novecientos millones de guaraníes, teniendo conciencia de que ha dispuesto pagar con fondos del Estado, una suma muy superior al valor del vehículo adquirido, en ese momento ha causado, en forma consciente y voluntaria, un perjuicio patrimonial de ochocientos millones de guaraníes al Estado y, por ende, ha realizado el hecho punible de lesión de confianza. Inmediatamente, también, ha dado inicio al cómputo de lo que se denomina, plazo de prescripción de la sanción penal.

El plazo de prescripción de la sanción penal es un lapso de tiempo en el cual el Estado mantiene la potestad de aplicar sanción penal. Eso significa que, transcurrido ese plazo, se extingue la potestad del Estado de aplicar sanciones penales (pena privativa de libertad y multas).

Es importante tener conocimiento o, al menos noción de la existencia de los plazos de prescripción de la sanción penal, cuando, se decide llevar adelante procesos de verificación de cumplimiento de normas, como una auditoría forense.

En esos casos, es importante tomar buenas decisiones con respecto al uso de los recursos porque, teniendo en consideración a los resultados que podrían obtenerse como consecuencia de los esfuerzos realizados.

Cuanto más lejanos en el tiempo se encuentran los presuntos hechos punibles auditados o investigados, mayor es la posibilidad de que, independientemente de su esclarecimiento, resulte inaplicable la sanción penal, por el transcurso del plazo de prescripción de la sanción penal.

Los plazos de prescripción de la sanción penal varían, de acuerdo a los tipos penales realizados. En el caso de hechos punibles contra el patrimonio, que son aquellos que, en razón de sus funciones, con mayor frecuencia se podrían detectar en el marco de las auditorías forenses realizadas en instituciones públicas, el plazo de prescripción es de cinco años.

Recordando el ejemplo presentado, con respecto a la compra de una ambulancia realizada en diciembre de 2007, tenemos que, de haberse tratado de un hecho punible contra el patrimonio de la institución o del Estado, salvo que hubieran existido causales de interrupción o de suspensión, se cumplió en diciembre del año 2012. Lo anterior implica que, salvo alguna de las referidas causales, independientemente del esclarecimiento de lo ocurrido, el Estado no tendrá la posibilidad legal de imponer sanción alguna, a los responsables penales del hecho.

Los plazos de prescripción de la sanción difieren en las distintas ramas del derecho, en lo que respecta a su extensión, a los momentos de cómputo y, obviamente, en lo que a las causales de interrupción y suspensión respecta.

Todos los días se realizan hechos punibles y, por ende, todos los días se inician plazos de prescripción de la sanción penal. Sin embargo, en muchos de los casos, la información de la realización del hecho y, en otros, la información completa del hecho ocurrido no llega al Ministerio Público. Eso sucede porque el Ministerio Público no es un órgano de prevención, y al no ser un órgano de prevención, no es un órgano cuya función sea la de detectar hechos punibles. No es lo mismo tener por función controlar para detectar hechos punibles que tener como función perseguir hechos punibles detectados.

El Ministerio Público se entera de la presunta realización de los hechos punibles sobre la base de que otros tomaron conocimiento, de la sospecha o convicción que le trasladan para su

conocimiento; quien lo hace puede ser cualquier persona, puede ser la policía, pueden ser , -en este caso a nosotros nos interesa,- los órganos de control de las instituciones públicas.

Debemos tener en cuenta, en ese contexto, que el Ministerio Público por lo general toma conocimiento de la sospecha de la realización de un hecho punible, como consecuencia de que otro le traslada esa información. Por ello, para un auditor forense, es muy importante contar con los conocimientos y las capacidades necesarias para detectar los indicios de la realización de un hecho punible.

Por principio constitucional y legal, el Ministerio Público no se encuentra facultado a investigar lo que se antoje. Solamente se encuentra facultado a investigar la presunta realización de hechos punibles de acción pública. Y, solamente, cuando existen indicios suficientes de su realización.

Si una organización estatal eficiente requiere de la distribución de tareas, con base en las respectivas funciones o competencias. Es justamente por ello que existen diferentes órganos que realizan tareas distintas y que no hay competencias superpuestas.

6. La denuncia. Su admisibilidad y la investigación de un presunto hecho punible

Como estamos tratando de hechos punibles, la prescripción de la sanción penal y del proceso penal, trataremos a continuación sobre la denuncia de hechos punibles.

Una denuncia es la comunicación que una o más personas realizan a un órgano de persecución penal de que han tomado conocimiento de hechos que indican la presunta realización de uno o más hechos punibles.

A los efectos de colaborar con el esclarecimiento de lo denunciado, el o los denunciantes, deben presentar la mayor cantidad de información relevante y señalar las evidencias conocidas que pudieran acreditar los hechos relatados.

Al analizar una denuncia o una supuesta denuncia, o al realizar la tarea de definir a una comunicación (escrita o verbal) como tal, debe tenerse en cuenta el contenido necesario de ella: información fáctica que, de ser cierta, se constituiría en indicios suficientes de la realización de un hecho punible.

Cualquier escrito en el que se ponga el “rótulo” de “denuncia” no solamente por ello se constituye en una denuncia. Si no tiene el contenido fáctico requerido, no podrá ser considerada como tal o, al menos, no ameritará la realización de la función de persecución penal del Estado.

Si una persona presenta un escrito ante el Ministerio Público, con el siguiente texto:

“Objeto: Formular denuncia” “Señor de turno”, “Fulano de Tal, quien suscribe, con domicilio en tal lugar, por derecho propio, viene a formular denuncia por mal uso de los fondos de la Itaipú Binacional, como es de público conocimiento y, por ende pido abrir una investigación y se procese y sanciones a quienes resultaran responsables”.

Eso no es una denuncia por más de que tenga el rótulo de denuncia.

El Código Procesal Penal, en su artículo 18, establece: “Legalidad. El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento siempre que haya suficientes indicios fácticos de la existencia de los hechos...”

El texto reza: “El Ministerio Público estará obligado”, es imperativo, “a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento”. Pero lo imperativo está sujeto a una condición: “siempre”; esa es la condición, “siempre que haya suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos”.

En este Artículo 18, lo que se enuncia es el estándar mínimo requerido por la ley para facultar al Ministerio Público a asignar sus recursos a la apertura de una investigación penal. Puede haber más, pero no puede haber menos, es decir, lo que enuncia es el estándar mínimo que debe existir para abrir una investigación penal, inclusive para que el Ministerio Público pueda legalmente abrir una investigación penal.

Sabemos que, en materia de auditoría forense, de investigación y de procesamiento de ilícitos, existen hechos fuertes y hechos débiles. Los hechos fuertes son los que encuadran directamente en los elementos de un hecho punible, y los hechos débiles son los que no encuadran directamente, pero son hechos que permiten inferir, -a partir de una operación mental que está sustentada en reglas de experiencia que, incluso, pueden ser partes de una ciencia-, la existencia de otro hecho que sí encuadra como elemento de un hecho punible.

Lo que señala el legislador, en términos coloquiales, a través de lo establecido en el artículo 18 del Código Procesal Penal es: “ como mínimo tiene que existir una sospecha de un hecho punible que esté basada en indicios fácticos suficientes.”

Se tiene que estar en condiciones de poder afirmar la existencia de ciertos hechos como mínimo y de manera razonable, que aunque admita varias posibilidades, varias de ellas indiquen la sospecha de un hecho punible. Si eso es así, está abierta la vía para una investigación penal.

Si eso no es así, no se debe abrir la puerta de una persecución penal.

En concreto: se enuncia en estándar mínimo. Denunciar no es poner rótulos. Denunciar implica comunicar suficientes indicios de la realización de hechos punibles.

A veces, los ejemplos sencillos ayudan a facilitar la comprensión de las explicaciones teóricas.: una señora sale con sus tres hijos del supermercado y suena la alarma, se le revisa y ella tiene una barra de chocolate en su envoltorio cerrado, en uno de los bolsillos de la ropa.

¿Qué tenemos? Una alarma que suena. Varias personas que acaban de salir de la puerta del supermercado. Una de dichas personas lleva en su bolsillo una barra de chocolate suizo “premiun”, en un envoltorio cerrado. ¿Qué ocurrió? No podemos saberlo con certeza, con la sola información con la que contamos hasta ahora. Ello, debido a que los hechos conocidos permiten generar diversas hipótesis, que no pueden confirmarse ni descartarse con la información con la que se cuenta hasta el momento.

Las hipótesis de lo ocurrido son:

- La señora tomó la barra de chocolate y lo oculto, con la intención de no pagar por ese producto. Cuando estaba atravesando la puerta de salida, el sensor detectó la mercadería no pagada y disparó la alarma.
- La señora pago por la barra de chocolate y la cajera olvidó sacar el sensor que dispara la alarma al atravesar la salida del supermercado.
- La señora ya tenía la barra de chocolate cuando ingresó al supermercado, ya que lo adquirió de otra tienda. La alarma sonó por otra causa.

Dentro otra vez de lo que pudo haber ocurrido, existe la posibilidad de que la señora haya pagado por el producto, aunque también la posibilidad de que no lo haya hecho.

En el caso de que no hubiera pagado, existe la posibilidad de que no lo hubiera hecho porque no debía hacerlo, ya que el producto era suyo y no lo había adquirido en el supermercado.

Puede verse que existen varias hipótesis posibles y que todas son, en principio, aceptables.

¿Al momento de detectarse la barra de chocolate en el bolsillo de la ropa de la señora, resulta conveniente y necesario presentar la denuncia a la Policía o a la Fiscalía? ¿O, sería recomendable, buscar un poco más de información, antes?

¿Resulta posible recoger información adicional, útil para verificar si puede descartarse o fortalecerse alguna de las hipótesis surgidas?

En efecto, sí. Como una de las hipótesis es que la barra de chocolate no fue tomada de dentro del supermercado, podría verificarse, rápidamente, si se trata de un producto ofrecido en dicho lugar.

Imaginemos el caso en el que, de una averiguación rápida, surge que esa marca de barra de chocolates no se ofrece en ese supermercado. Inmediatamente, estaremos eliminando la hipótesis de un hurto al supermercado, al menos, ya que la mercadería no habría sido de su propiedad. Quedaría por averiguar el motivo por el cual sonó la alarma, en coincidencia con la salida de la señora y sus hijos. Una posibilidad es un error en el dispositivo, otra, que hubiera otra persona saliendo en ese momento, con mercadería por la cual no pagó, entre otras.

Imaginemos que la barra de chocolate sí figura en el comprobante de venta de la señora, como “pagada”, al igual que toda la demás mercadería que lleva consigo. También, estaría descartándose la hipótesis del hecho punible.

Si lo anterior no ocurriera y, por el contrario, de las verificaciones surgiera que se trata de una barra de chocolate suizo “premium” que se ofrece en venta en ese supermercado y que en la constancia de venta que lleva la señora se verifica que no ha pagado por el mismo, dichas circunstancias reforzarían la hipótesis de la realización de un hecho punible de hurto y, por ende, reforzaría los méritos para presentar denuncia de lo ocurrido.

No obstante ello, debe recordarse que, con las averiguaciones realizadas, se sumaron indicios de la realización de un hecho punible, aún existen hipótesis posibles en las que no se hubiera tratado de un hecho punible. Ejemplo: que uno de los hijos pequeños de la señora, hubiera metido la barra de chocolate en el bolsillo del saco de la madre, sin que esta se percatara de ello.

Por ello, en atención al respeto debido a las personas con base en el principio constitucional de presunción de inocencia y con el fin de evitar incurrir en un hecho punible contra el honor de las personas, en caso de la presentación de una denuncia, debe exponerse, de la manera más objetiva posible, aquello que ha ocurrido, la información fáctica existente y cada una de las evidencias de las que surge.

Debe exponerse que, cuando la señora traspasó el portal de salida, sonó la alarma instalada para detectar sensores instalados a los productos ofrecidos en el supermercado. Los sensores deben ser retirados por los cajeros, al momento de pagar por la mercadería correspondiente.

Luego de que sonara la alarma, personal de seguridad pidió autorización a la señora para verificar sus bolsillos, en donde se encontró una barra de chocolate suizo “premium”, que contaba aun, con el sensor referido.

Inmediatamente después, se verificó que se trataba de un producto que estaba siendo ofrecido en venta en el supermercado y que en la constancia de venta que se encontraba en poder de la señora, no constaba el pago por dicha mercadería.

Esos son los hechos, y así deben exponerse en la denuncia.

Si se presentara el dueño del supermercado ante la Fiscalía y manifestara que formula una denuncia por escrito que dice “Objeto: Formular una denuncia penal. Señor: vengo a denunciarle a Juana González por ladrona”, y su escrito señala solamente eso, entonces no es una denuncia. Porque señalar: “Juana Pérez o Juana González es una ladrona” no es comunicar hechos, es comunicar una abstracción.

Si el escrito dice: “Juana González es una ladrona”, eso no es suficiente para abrir una persecución o una investigación penal. Se debe comunicar hechos.

Si en el escrito, el dueño del Supermercado dijera: “Juana González hurtó una barra de chocolate suiza, del tipo “Premium”, súper exclusiva, que tiene un valor de dos mil dólares”, se mejoraría la situación, aunque tampoco se estaría cumpliendo a raja tabla, con el requisito de comunicar hechos concretos. En el caso de este ejemplo, se están comunicando una calificación jurídica y conclusiones fácticas emanadas de indicios que apuntan en varias direcciones posibles. Por ende, en caso de no demostrarse el hurto, el denunciante se expondría a una querrela por difamación o a una demanda por daños y perjuicios.

En resumen: una denuncia no está dada por un rótulo. Y el estándar mínimo requiere de la inclusión en el relato, de hechos que por lo menos permitan sostener las sospechas mínimas de otros hechos que sí corresponden a los elementos de al menos un hecho punible en particular.

Cuando se redacta una presentación al Ministerio Público, se tiene que hacer pensando en ese concepto.

En Paraguay, los ciudadanos no están obligados a denunciar los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, salvo en casos excepcionales. Los ciudadanos solamente están obligados a denunciar los hechos punibles que lleguen a su conocimiento en un determinado catálogo de hechos punibles previstos en el Código Penal y, dentro de ese catálogo, con el objetivo de evitar que los mismos ocurran.

Por ejemplo, el homicidio se encuentra en el catálogo mencionado. Así, si una persona toma conocimiento de actos preparatorios de la realización de un homicidio y omite ponerlo a conocimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal, puede tener responsabilidades penales por no haber transmitido esa información, porque esa información podría haber sido útil para evitar el homicidio.

En otros contextos, el hecho de no comunicar, para el ciudadano común podría implicar ciertas responsabilidades penales bajo otras figuras que se llaman frustración de la persecución penal. Pero, no ocurre lo mismo, según una disposición procesal, con los funcionarios públicos.

El Código Procesal Penal establece los funcionarios públicos se encuentran obligados a denunciar los hechos punibles que hayan llegado a su conocimiento, como consecuencia del ejercicio de su función pública.

El omitir cumplir dicha obligación, en caso de que surja, o hará incurrir al funcionario, necesariamente, en responsabilidad penal, pero sí constituirá una violación de su deber de funcionario y, en consecuencia, una falta administrativa, al menos.

Cabe recordar y tener presente que, cuando se hace referencia a poner a conocimiento de un órgano de persecución penal, un hecho punible conocido como consecuencias de las funciones del funcionario, se hace referencia al mandato establecido en el Artículo 18, del Código Procesal Penal.

Para resultar admisible, la denuncia debe contener la comunicación de indicios que permitan sostener una sospecha mínima al menos, de la existencia de un hecho punible. Y eso no implica abstracciones, no implica calificaciones jurídicas, implica información fáctica.

¿Qué pasa si el Ministerio Público recibe una denuncia periodística o anónima?

El Ministerio Público, no importa la vía por la cual tome conocimiento de este estándar, está obligado a analizar la información y, en caso de resultar indiciaria de la realización de un hecho punible de acción pública, de impulsar la realización de una investigación o verificar si se dan los elementos para impulsar una salida procesal alternativa a la imputación. Ahora, el tema de la publicación periodística puede o no cumplir el estándar y eso es un tema de análisis caso por caso. A veces motiva a la apertura de investigaciones y a veces no. Depende de la información fáctica que provea y de que esta resulte indiciaria de la realización de hecho punible de acción pública. No importa la vía a través de la cual el Ministerio Público acceda a la información. Aun cuando sea anónima, si cumple el estándar, igual está obligado a investigar.

Si alguien deja un sobre en la entrada del Ministerio Público, y ese sobre contiene información fáctica, contiene por ejemplo fotocopias de documentos, y al parecer son documentos- supongamos oficiales- que tienen la apariencia de ser copia de documentación auténtica. Y un Fiscal obtiene información adicional y sostiene esa sospecha, la Fiscalía está obligada a abrir una investigación penal, aunque la información provenga de una persona no identificada.

Obviamente, se inicia la investigación, para verificar si la información inicial se confirma, se complementa, se fortalece, se debilita o se descarta.

Entonces, el proceso penal se inicia con la admisión de la denuncia que, por regla general, implicará el inicio de una investigación.

Se afirma que “en algunos casos” se iniciará la investigación, porque el Código Procesal Penal vigente en el Paraguay, permite al Ministerio Público, con autorización judicial, prescindir de la persecución penal de un hecho de acción pública, en algunos casos. En estos casos, si el Juez lo autoriza y se cumplen las condiciones, se declara extinguida la acción penal.

También existe la posibilidad de que se realice una conciliación entre víctima y victimario, en cierto tipo de hechos punibles, como por ejemplos, los hechos punibles contra el patrimonio y los culposos. En los casos de conciliación, el órgano jurisdiccional también puede declarar la extinción de la acción penal.

En los demás casos en que existieran indicios suficientes de la realización de hechos punibles y en los que no existiera un obstáculo legal para impulsar la acción penal pública, el Ministerio Público deberá impulsar la investigación.

Y se realizará el primer período del proceso penal, que es el período de investigación, que tiene por finalidad, la búsqueda y obtención de nuevas evidencias que permitan generar las bases para la toma de las siguientes decisiones procesales.

La investigación preliminar del Ministerio Público se realiza hasta que:

- a. Las evidencias obtenidas resultan suficientes para sostener la existencia de indicios suficientes que permitan sostener la sospecha razonable de que una o más personas físicas han realizado un hecho punible de acción pública.
- b. Las evidencias obtenidas permiten descartar la realización del hecho punible que se sospechaba realizado.

c. Se hubieran agotado las diligencias y no se hubiera podido individualizar al presunto responsable del hecho punible, cuya sospecha de realización sigue vigente.

En el caso “a”, corresponderá presentar una imputación, siempre y cuando no hubiera surgido alguna causa de extinción de la acción penal, como por ejemplo, una conciliación aprobada o la declaración de la extinción de la acción penal por aplicación de criterio de oportunidad. Tampoco se podrá impulsar la acción penal, en caso de prescripción de la sanción.

En el caso “b” corresponderá solicitar al Juez que disponga la desestimación de la denuncia o información inicial.

En el caso “c” corresponderá disponer el archivo del caso.

La sospecha suficiente de que una persona ha realizado un hecho punible, implica el que el Ministerio Público cuente con evidencias que indiquen, en forma directa o en forma indiciaria, hechos que se subsuman en cada uno de los elementos de, al menos, un tipo legal de acción pública y que no resulte evidente, la existencia de una causa de justificación.

Tenemos, entonces que la imputación consiste en el acto realizado un Agente Fiscal del Ministerio Público, en virtud del cual manifiesta en un acta, que cuenta con evidencias de las que surgen, en forma directa o indiciaria, la realización de una conducta por parte de una persona individualizada que se subsume en los elementos de, al menos, un tipo legal de acción pública.

El documento en el que se consignó la imputación y sus fundamentos, debe ser presentado ante un Juez Penal, de modo tal a que este, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para el efecto, deberá admitir la imputación y disponer el inicio del proceso penal para el imputado.

Cuando una persona es imputada y vinculada a un proceso penal, el plazo de prescripción de la sanción penal se interrumpe, es decir “se corta” y, por ende, a partir de ese momento se reinicia su cómputo, desde cero.

La imputación es un acto de aquellos que, por imperio de la ley, interrumpen el plazo de prescripción de la sanción. En ese caso, ¿qué plazo tiene el Ministerio Público, para investigar? El Ministerio Público toma conocimiento de los hechos, pero los hechos ya acontecieron un tiempo antes. El plazo de prescripción empezó a correr, a partir de la realización del hecho.

Luego de realizado el hecho punible y de que el Ministerio Público haya recibido noticia de ello, debe tener en cuenta que, uno de los límites de su tiempo de investigación, se encuentra dado por el plazo de prescripción.

Si, por ejemplo, el plazo de prescripción del hecho punible que llegó a conocimiento del Fiscal es de cinco años, mientras no haya ocurrido otro acto interruptorio, antes.

Una persecución penal está sometida a dos plazos. No solamente está limitada por el plazo de prescripción que está establecido en el Código Penal, sino que un procedimiento penal está también sujeto a un plazo procesal.

¿Qué señala el plazo procesal? Que los procesos penales pueden durar como máximo cuatro años. Señala el Código Procesal Penal que los procesos penales en un plazo máximo de cuatro años deben contar con una sentencia firme. Si no existe una sentencia firme en el plazo de cuatro años, el Código establece que se extingue el proceso penal y que, el imputado, queda desvinculado del proceso. Sin embargo, ese plazo de cuatro años se computa desde un momento distinto, así como también, se interrumpe como consecuencia de actos distintos

¿Cómo se organiza la investigación? La investigación se organiza de la siguiente manera: el Ministerio Público, cumplido el requisito del Artículo 18 del Código Procesal Penal, entiende que hay mérito y la obligación de iniciar una investigación.

Cuando el Ministerio Público llega al siguiente estado de convicción, estima que en relación a una persona determinada, existe una sospecha en la cual se le pueden atribuir hechos en concreto y que esos hechos en concreto constituyen un hecho punible en particular.

7. El acta de imputación

El mecanismo para vincular a una persona al procedimiento penal, por considerar que es sospechoso de realizar un hecho punible, se denomina Acta de Imputación. A través de él, se comunica a una persona que el Ministerio Público tiene la sospecha fundada en evidencias de que habría realizado un hecho punible. A partir de la formulación del acta de imputación y de su notificación a la persona imputada, comienza el transcurso de los cuatro años de duración máxima del proceso penal.

El acta de imputación también interrumpe el plazo de prescripción. Eso significa que a partir de ese momento, el plazo de prescripción vuelve a contarse desde cero. ¿Qué otra cuestión motiva también? Motiva que desde el momento de formulación del acta de imputación, el Mi-

nisterio Público tiene que culminar su investigación en el plazo que le establezca el Juez, cuyo máximo es seis meses, prorrogable por cuestiones extraordinarias.

Hay ocasiones en que el Agente Fiscal se ve presionado a formular un acta de imputación, por razones legítimas o sin ellas. , pero hay que saber que formular un acta de imputación implica contar con evidencias suficientes que indiquen, de manera directa o indirecta, hechos que se subsuman en cada uno de los elementos objetivos y subjetivos de, al menos, un tipo penal de acción pública.

Por otro lado, formular imputación con poca información o con evidencias débiles, para el Agente Fiscal podría implicar “ponerse la soga al cuello”, porque dispara un plazo límite de la finalización de su investigación que, en principio, no debería exceder de seis meses y si el caso fuera muy complejo, podría ser prorrogado.

A veces, algunas personas creen que un producto de la persecución penal es el acta de imputación, y el acta de imputación es solamente decirle a una persona: “se sospecha que hiciste esto en concreto”, pero te dispara un plazo de seis meses para terminar la investigación.

Otras veces no se entiende muy bien cuando se dice: “Che, no hay nadie imputado”, y en realidad si el caso es muy complejo, el imputar con poca información puede, por un lado, violar garantías constitucionales del derecho a la defensa en juicio y, por otro, “poner la soga al cuello” al Fiscal, en materia de plazo para la presentación de sus conclusiones. Cada caso es distinto, dependiendo de la complejidad y del tipo de información que se busca. Una investigación puede ser de media hora, el ejemplo de la señora que salió con un chocolate, y una investigación puede durar varios años, en casos complejos.

El caso de la señora que salió con un chocolate sin pagar no es similar al caso de la realización de hechos punibles contra el patrimonio de un banco o de una institución pública.

El investigar no está sujeto a un plazo mágico, en el sentido de que se puede establecer un mismo plazo para todos los casos, sino que depende de las características de cada caso en particular.

El acta de imputación interrumpe el plazo de prescripción, pero determina que se dispara un plazo no mayor a seis meses para concluir la investigación y otro plazo de cuatro años para culminar el proceso penal.

En determinados casos el Ministerio Público, ante casos complejos, puede solicitar la prórroga de ese plazo de seis meses y en la práctica se habilita esa prórroga hasta un máximo de seis meses más para culminar la investigación. Pero si concluyen esos plazos y el Ministerio Público no formula una acusación, la persona es desvinculada del procedimiento penal.

Resumiendo: ocurre un hecho y hay una primera etapa en la cual se transporta información acerca del hecho al Ministerio Público para que tome la decisión de abrir una investigación penal.

Esa investigación penal en principio está sujeta al plazo de prescripción. Si en el contexto de esa investigación se formula un acta de imputación, suceden dos cuestiones fundamentales: esa investigación debe culminar en un máximo de seis meses y en ciertos casos complejos, en la práctica se puede prorrogar hasta seis meses más, lo que hace un total de doce meses y se dispara un plazo de cuatro años para culminar el procedimiento penal. Con la particularidad de que el plazo de prescripción se interrumpió y volvió a contarse desde cero. Con la particularidad de que este plazo de prescripción y este nuevo plazo de cuatro años corren en paralelo.

El Código Penal señala que hay otras causales de interrupción de los plazos, como por ejemplo la resolución que dispone la elevación de un caso a juicio oral. Sin embargo, el Código Penal señala que, independientemente de la cantidad de interrupciones que hubo, si transcurre el doble del plazo original de prescripción de la sanción, se extingue la potestad del Estado para aplicar sanciones penales.

Lo que implica que si era un caso de lesión de confianza, su prescripción era de cinco años. Independientemente de la cantidad de interrupciones que pudieron haber acontecido, si desde el hecho transcurren diez años, por más de que exista imputación, elevación a juicio oral, e incluso una condena a primera instancia, si en el plazo de diez años no hay una sentencia firme, se extingue la potestad del Estado de aplicar sanciones penales.

8. La etapa preparatoria de un procedimiento penal

En la etapa preparatoria, el Ministerio Público debe coleccionar las evidencias necesarias para intentar esclarecer las hipótesis que son objeto de la investigación, y que han sido expresadas en el acta de imputación.

El Ministerio Público deberá verificar si logra obtener evidencias suficientes para confirmar alguna de las hipótesis de realización de hechos punibles que fueron presentadas en su imputación. En su caso, tendrá expedita la vía para formular acusación contra aquellos imputados con respecto a los cuales, considerase que pudiera demostrar sus responsabilidades penales, en el marco de un juicio oral (que, también podría ser, un proceso abreviado).

En caso de que las evidencias permitieran descartar las hipótesis de realización de hechos punibles que sustentaron la imputación, el Ministerio Público deberá solicitar al Juez que resuelva el sobreseimiento definitivo. En caso de que las evidencias no resultaran suficientes para confirmar ni descartar las hipótesis que sustentaron la imputación, el Ministerio Público deberá requerir al Juez que disponga un sobreseimiento provisional. Para ello, además, deberá señalar las evidencias que pretende incorporar para culminar su investigación y pronunciarse, posteriormente, conforma a lo que corresponda, a la luz de las nuevas evidencias que pretende incorporar al proceso.

El Poder Judicial trata de reconstruir ese pasado identificando la prueba, y eso puede implicar revisar el producto de la tarea del auditor y sobre esa base ubicar los mismos elementos de prueba que identificó el auditor. También puede implicar entrevistar al auditor a efectos de obtener información, que puede ser información con respecto a la prueba, puede ser información respecto a los hechos o puede ser información que pertenece a la interpretación de los hechos sobre la base de conocimientos técnicos particulares. Por ejemplo, en un balance se consigna información y esa información en muchos casos es interpretada a partir de ciertos conocimientos técnicos.

Cuando se realizan entrevistas, puede ser para conocer hechos, puede ser para identificar la prueba, o puede ser justamente para identificar esa interpretación técnica que alguien tiene en una determinada profesión respecto a esos hechos. Bajo esos tres objetivos también puede ser entrevistado un auditor, en el contexto de un procedimiento penal, como fuente de información para el esclarecimiento de los hechos.

9. La desestimación

Inmediatamente luego de recibir la denuncia, el Ministerio Público puede decidir que los hechos expuestos en la denuncia, no amerita el inicio de una investigación penal, por no tratarse siquiera de indicios de hechos punibles de acción pública.

El Ministerio Público también puede decidir que corresponde desestimar la denuncia, luego de haber iniciado la investigación preliminar, cuando aún no hubiera formulado imputación o, al menos, con respecto a aquellas hipótesis que no sustentaron imputación alguna. Esto procede, en los casos de que, de las evidencias colectadas surgiera que la hipótesis inicial que implicaba la sospecha de la realización de un hecho punible de acción pública, se descartara totalmente.

El Ministerio Público debe presentar su requerimiento de desestimación a un Juez Penal, por medio de escrito fundado. Es el Juez quien resuelve este requerimiento.

Luego de recibido el requerimiento de desestimación, el Juez Penal tiene dos posibilidades procesales: si está de acuerdo, dictar una resolución resolviendo desestimar el caso (en el sentido de señalar que “no tiene relevancia penal”) y, si no está de acuerdo, dictar una resolución, a través de la cual resuelve devolver el caso al Ministerio Público, para que se vuelva a analizar.

Si el Agente Fiscal se mantiene en la posición de que corresponde desestimar, el juez puede enviar para realizar una revisión al fiscal general del Estado. El fiscal general suele delegar esa decisión en el Fiscal Adjunto de la zona donde se estuvo manejando ese caso. Si la Fiscalía se mantiene en la postura de desestimar, el juez debe disponer la desestimación.

Según el Código Procesal Penal, en el caso en que con posterioridad a la desestimación surjan nuevos elementos que hicieran cambiar esa convicción, entonces el Ministerio Público puede solicitar al juez penal la reapertura de la investigación, siempre y cuando no hubiera prescrito la sanción de los hechos.

10. El sobreseimiento

En los casos en que se formuló un acta de imputación, y en los que, posteriormente, el Fiscal considera que los hechos ocurridos no son punibles, debe plantear el sobreseimiento.

Es importante mencionar que, si el Juez hace lugar al pedido de sobreseimiento definitivo y si este queda firme, causa estado y el caso ya no se puede reabrir, ni aunque, posteriormente, aparecieran evidencias con las que no se contaban antes.

Por lo tanto, si el Fiscal tiene una sospecha muy lejana de la realización de un hecho punible de acción pública, no es buena decisión la de imputar, ya que limita su plazo para continuar investigando. Y, además, porque si no puede acusar, deberá plantear sobreseimiento (definitivo o provisional, según el caso) y, la consecuencia de la aplicación del sobreseimiento, es que causa estado.

La desestimación ocurre solamente hasta el momento previo a una imputación. Cuando se produce la imputación, y la decisión posterior se denomina: acusación o sobreseimiento.

Cuando se llega hasta ese momento previo hay dos opciones: o desestimar o imputar. Y cada opción tiene un requisito. Cuando se pasa al momento de la imputación hay dos opciones distintas: o sobreseer o acusar, ya no existe la posibilidad de formular la desestimación.

11. La acusación

Luego de formulada la imputación, si el Agente Fiscal considera que ha obtenido evidencias suficientes para demostrar que una o más personas imputadas en el proceso, han realizado los hechos punibles por los que han sido procesados, debe presentar acusación.

La acusación debe ser presentada ante un Juez Penal y tiene como consecuencia, la apertura de la etapa intermedia.

Al presentar la acusación, el Ministerio Público debe adjuntar las pruebas que sustentan sus afirmaciones fácticas.

12. La etapa intermedia

La presentación de una acusación o de un pedido de sobreseimiento definitivo, abre la etapa intermedia del proceso penal.

El Juez debe poner a consideración de los imputados, el o los escritos conclusivos presentados por la Fiscalía, con sus respectivas pruebas, ya se trate de acusación, ya se trate de pedido de sobreseimiento.

El Juez deberá fijar una audiencia que deberá producirse en forma oral, que se denomina “audiencia preliminar”.

En dicha audiencia, el Ministerio Público y, en su caso, la parte querellante, deberán exponer sus respectivas pretensiones (acusación, sobreseimiento o salida alternativa) y, posteriormente, se deberá oír a cada uno de los imputados.

Al finalizar la audiencia, en atención a los planteamientos y a sus fundamentos, el Juez deberá resolver si dispone la apertura de la causa a juicio oral y público. También puede resolver la realización de un proceso abreviado y, al finalizarlo, incluso puede condenar al imputado sometido al mismo. También puede resolver el sobreseimiento definitivo o provisional de los imputados, así como disponer salidas procesales alternativas.

13. El Juicio Oral

El juicio oral deberá realizarse en los casos en los que el Ministerio Público hubiera presentado acusación y el órgano jurisdiccional considera que procede su realización.

En el juicio oral, el Ministerio Público buscará demostrar ante un Tribunal Judicial, que las personas a las que ha acusado, han realizado los hechos punibles que les ha atribuido.

Para el efecto, deberá presentar sus pruebas, las que deberán producirse en el Juicio Oral. Por su parte, los acusados tendrán el derecho amplio de defensa, en el marco de dicho Juicio. Para el efecto podrán presentar pruebas o esperar a que se produzcan las del Ministerio Público, las cuales podrá impugnar y controvertir o argumentar sobre ellas.

Básicamente, en el juicio oral, las partes inician explicando sus respectivas posiciones. La Fiscalía explica su acusación y la defensa, presenta su posición, conforme a su estrategia.

Luego, se inicia la producción de las pruebas: Primero, declararán los Peritos y los Testigos. Cada parte puede hacerles preguntas y el Tribunal también podrá hacerlo. Posteriormente, se introducirán las demás pruebas admitidas, por su lectura oral.

Al finalizar la producción probatoria, cada parte presentará su alegato final.

Los acusados tienen el derecho de prestar declaración indagatoria o de abstenerse de hacerlo, al inicio del juicio oral y también, el derecho de dar palabras finales, al finalizar la audiencia. La presunta víctima también tendrá el derecho de pronunciarse, al finalizar el debate, antes de la decisión.

Posteriormente, el Tribunal pasará a deliberar y a dictar sentencia definitiva, con cuyo dictado y explicación oral, se dará por terminado el Juicio Oral.

En principio, como consecuencia del juicio oral, el Tribunal podrá declarar que las pruebas han demostrado que uno o más acusados han realizado los hechos punibles de los que se les ha acusado y aplicarles sanción, o bien, declarar que no se ha probado que uno o varios o todos ellos han realizado los hechos punibles de los que se les ha acusado y absolverles de reproche y pena.

En algunos casos, el Juicio podrá concluir con la resolución de algún incidente que pudiera dar por terminado el proceso, como por ejemplo, la declaración de la prescripción de la sanción penal que, a su vez, traerá aparejada la resolución de sobreseimiento definitivo de los acusados.

También, podría concluir con la declaración de la antijuridicidad de las conductas probadas, pero en la ausencia de reprochabilidad, lo que abrirá la posibilidad a los Jueces de aplicar medidas de seguridad y medidas de rehabilitación a los acusados.

14. Los recursos

Los recursos son los medios de impugnación de las resoluciones, que el Código de Procedimientos penales, reconoce a las partes en el marco de un proceso penal.

Como en los demás procedimientos, se reconoce la facultad de plantear recursos de reposición o de reconsideración ante el mismo órgano que dictó la resolución, además de recursos de apelación, para solicitar su estudio por órganos de instancia superior, además del recurso extraordinario de casación.

PARTE 2

15. Labores que competen al auditor en el contexto de una investigación penal

Para determinar qué tipo de labor puede caber al auditor o al investigador en el contexto de una investigación penal, cabe tener presente cuál es el objeto de la investigación penal.

Si la labor es reconstruir hechos, en casos de indicios de hechos punibles, para verificar si resulta posible confirmar alguna de las hipótesis que generaron méritos para iniciar la investigación resultará relevante, entre otros, identificar a las personas que de alguna manera pudieron haber percibido los hechos. Esas personas son los testigos.

En el proceso de identificación de la prueba, conseguir una entrevista con quien pudo haber hecho el primer descubrimiento de esa información podría ser muy útil en el contexto del campo penal, y eso implica justamente tener algún tipo de entrevista o una charla con el auditor que realizó el informe o con el auditor que formuló la denuncia.

El primer objetivo es siempre tratar de llegar a la fuente primaria de la información, a la fuente directa. Pero, a veces también el auditor pudo haber percibido ciertas circunstancias que son útiles a la investigación. A veces, también, el auditor puede ayudar al Ministerio Público a acceder al conocimiento del funcionamiento de una institución. Investigar en el sector público no es sencillo, porque en realidad se tiene que comprender cómo funciona internamente una institución pública.

En el campo penal es muy relevante el aspecto vinculado con el dolo, que implica la representación y lo que quería la persona en un momento determinado. Para obtener esas conclusiones, el Fiscal requiere conocer al detalle cómo funciona toda la operativa de una institución pública y ese conocimiento lo va a tener, por regla general, alguien que conoce el sector público y conoce el funcionamiento de una institución, como el auditor forense o el investigador de ilícitos.

La Ley Orgánica del Ministerio Público permite inclusive sumar a investigaciones penales a funcionarios de otras instituciones públicas. Esta ley permite al fiscal general, el solicitar que, en el contexto de investigaciones penales en concreto, una institución pública pueda facilitar el concurso de otro funcionario público u otras instituciones, especialmente por los conocimientos profesionales que puedan tener.

Se observan algunos casos en los cuales hay que hacer una labor pericial en el contexto de una obra pública, en la cual, en lugar de contratar a un ingeniero del campo privado como perito,

a veces lo que se hace es, a través de ese mecanismo de la Ley Orgánica, incorporar a un funcionario que también es ingeniero, pero que por ejemplo, presta servicio en el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.

Y se puede también sumar en el contexto de ese proceso de investigación a funcionarios de otras instituciones públicas, y al final, el Ministerio Público le otorga una constancia o una certificación de que desempeñó tareas en el contexto de ese procedimiento.

Cuando hablamos de una investigación, en realidad tenemos que pensar que una entrevista de investigación no implica algo formal, una investigación es eso, identificar cuáles son los medios de prueba que sería pertinente producir en un juicio oral. ¿Qué significa eso? Una entrevista no solamente se realiza cuando alguien concurre al Ministerio Público y se elabora un acta de lo que ocurre en la entrevista. Una entrevista también puede ser una conversación telefónica, una charla informal, pero eso pasa mucho por el aspecto de confianza en el sentido de que no es lo mismo consultar a alguien a quien no se conoce, que consultar a alguien que sí se conoce y que resulta confiable por su nivel de desempeño en el sector público.

Uno de los grandes problemas que tenemos en este país es que todas las bases de datos están dispersas. Los registros están en papel y eso implica buscar; un segundo problema está en que la búsqueda no permite cruzar la información.

Recordemos que la tarea de aquel que primero detectó la evidencia, tiene como función principal la de trasladar ese conocimiento posteriormente al Ministerio Público para facilitar ese aspecto de la investigación. Y el primer punto importante que determina ese traslado, es la manera de elaboración de los informes. Debe tenerse presente que siempre que se hace una afirmación fáctica es porque hay una fuente. Es muy importante que, de las afirmaciones fácticas que se vayan haciendo en un informe, se tenga en cuenta el hecho de dejar expuesta con mucha claridad la fuente de la que extrajimos o conseguimos esa información.

La labor del auditor no varía de la labor que se hace en una investigación penal. Un auditor también hace lo siguiente: trabaja con el pasado y reconstruye ese pasado a partir de las evidencias. Es exactamente lo mismo lo que se hace en una investigación penal; se hace una reconstrucción del pasado sobre la base de las evidencias.

Lógicamente, eso se facilita si hay un previo camino recorrido y ese es el camino que recorre el auditor.

Cuando el auditor entiende que el fruto de su trabajo de auditoría podría tener relevancia en el contexto de una investigación penal, tiene que trabajar con ese estándar.

16. Definición de producto

¿Qué cosa es un producto? Algo que permite que una etapa siguiente de un proceso se pueda iniciar a partir de él. Cuando alguien comprende que el producto de la auditoría puede ser formular una denuncia penal, tiene que saber cuál es el requisito de esa denuncia penal para motivar que otra etapa posteriormente pueda empezar a trabajar. Y se debe tener presente que el punto principal son los hechos. Y que los informes tienen que ser claros respecto a la información fáctica y a la fuente de esa información fáctica.

La valoración jurídica carece de la importancia significativa que sí tiene la correcta exposición de los hechos y sus respectivas evidencias. Inclusive si el Ministerio Público, a los tres días de recibida la denuncia sostuviera que “corresponde desestimar la denuncia, porque estos hechos no son punibles”, se trataría de una gran ventaja para el sistema, porque no es lo mismo cerrar una investigación en tres días que en seis meses, cuando recién se comprenden claramente los hechos.

Luego de la presentación de la denuncia, es posible que el Fiscal del caso convoque al encargado de realizar la auditoría, a una entrevista.

Una unidad fiscal donde habitualmente uno es convocado o contactado para proveer información está integrada por un agente fiscal y sus funcionarios (asistentes, secretarios y auxiliares).

El que representa al Ministerio Público en la institución penal es el agente fiscal. Y quienes trabajan con él en la unidad fiscal son los asistentes fiscales que son abogados, o que deben serlo según la normativa del Ministerio Público; los asistentes fiscales, los secretarios fiscales y los auxiliares fiscales.

Las notas a través de las cuales se solicita información, documentación o se cita a entrevistas, son suscriptas por el agente fiscal o en algunos casos por el asistente fiscal.

Un tema que les puede servir, ya hablando de la práctica, es que por lo general en el Ministerio Público existe la costumbre de asignarle un caso a un asistente. Suele ser la costumbre. Si tenemos quince casos, entonces el Fiscal posiblemente asignará cinco casos a cada asistente fiscal.

En atención a ello, en algunos casos será útil para el auditor forense, contactar con el asistente fiscal a cargo del caso, a los efectos de generar un canal de comunicación con el mismo, a los

efectos de poder aclararle lo que resultara necesario, a medida que este vaya avanzando en su análisis e investigación.

17. La audiencia preliminar

Conforme se ha explicado, el Ministerio Público considera que se cumplió el estándar de la acusación, la deberá formular y, en consecuencia, el mérito de esa acusación será discutido ante el juez de garantía en una audiencia preliminar, en cuyo marco, el juez deberá verificar si se cumple el estándar para la realización de un juicio oral.

Ese estándar es la presentación de pruebas obtenidas en forma lícitas que permitan conocer hechos en concreto, y que esos hechos sean de relevancia penal, es decir, que cumplan con todos los presupuestos de un hecho punible; se ofrece prueba que puede ser lícitamente introducida en el contexto de un procedimiento penal, y, por último, se verifica que no exista ningún obstáculo procesal.

Si se cumplen esos requisitos, se habilita el momento en el cual realmente se juzgan los hechos, el juicio que en nuestro sistema es oral y público. Fijense que no varía mucho la estructura del sumario. Una etapa para investigar y el sumario administrativo para juzgar.

Hay etapas previas para investigar, una etapa que se llama intermedia donde se busca evitar que no cualquier “caso”, llegue a juicio, sino sólo aquellos que tienen mérito para un juicio oral. Y el juicio oral, donde se juzga.

18. El juicio oral

Conforme se explicara más arriba, el juicio oral es la etapa procesal en la cual se produce, en forma amplia, la prueba admitida.

Pongamos de ejemplo que en la investigación, el Fiscal se entrevistó con Juan para saber qué conoce Juan. Si lo que conoce Juan es relevante para reconstruir los hechos, la declaración testimonial de Juan será ofrecida por el Ministerio Público, para que se produzca o realice en el juicio oral.

En el escrito de acusación, el Fiscal informará al Juez que de la investigación realizada ha surgido que Juan puede aportar información sobre hechos, y que estos hechos permitirán reconstruir este acontecimiento, y que este acontecimiento cumple con todas las características de un hecho punible. La prueba, es decir, el testimonio de Juan, se producirá en el juicio oral.

En el caso de los hechos punibles de persecución pública, en el marco de un Juicio Oral y Público, Juan va a ser citado a la audiencia del Juicio Oral y Público, a donde deberá asistir, en forma obligatoria.

El día de la audiencia, Juan proporcionará y confirmará sus datos personales y, además, prestará juramento de decir verdad. Luego, cuando le toque el turno, se va a sentar ante un Tribunal de sentencia que está integrado por tres jueces, y va a transmitir cuál es su conocimiento sobre los hechos, a esos tres jueces. ¿Sobre la base de qué? Sobre la base del interrogatorio del acusador, que es el Ministerio Público, y sobre la base del interrogatorio de la defensa.

Es una cuestión muy interesante el hecho que, lo que una persona manifiesta en una entrevista en el contexto de una investigación, a veces no coincide con lo que la persona está dispuesta a decir en el contexto de un juicio oral. O, a veces, el tema de las conclusiones técnicas que alguien está dispuesto a colocar en un papel, en un informe, no coincide con las conclusiones técnicas que está en condiciones de sostener en un juicio oral.

¿Por qué? Porque cuando se trabaja es un informe hay que trabajar muy detenidamente en los fundamentos de las conclusiones, las conclusiones no son tan importantes, sino los fundamentos. Y cuando se interroga en un juicio oral, lo van a hacer fuertemente sobre los fundamentos de las conclusiones. No basta con decir “Yo concluyo que...” y listo. ¿Pero cuál es el fundamento de esa conclusión? Ahí es donde a veces se observan las debilidades. Quien es entrevistado como auditor en el contexto de una investigación, si lo que aporta con respecto a los hechos es relevante para la reconstrucción en un juicio, puede nuevamente ser convocado para prestar una declaración testimonial en el contexto de un juicio oral, pero ya no es una entrevista con el agente fiscal, que inclusive puede ser solamente entre ellos, o con el asistente.

Es una sala con estas mismas características, con las sillas distribuidas en dos lugares antagónicos (acusación y defensa), con público observando y captando lo que se expresa, sentado frente a tres jueces y siendo interrogado por el Ministerio Público y por la defensa. A veces la defensa o el propio Ministerio Público pueden ser asesorados por otros profesionales de la misma especialidad que la del que presta testimonio.

En esos casos es perfectamente posible que un auditor que es contador y está prestando su testimonio en el contexto de un juicio oral, esté siendo interrogado por otro contador, que está asistiendo a la defensa o está asistiendo al Ministerio Público.

En el Paraguay, antes del año 2.000, teníamos un procedimiento penal en el que predominaban los documentos que se glosaban a un expediente. Es decir, se hacía un informe, era un procedimiento escrito.

Sostener oralmente una acusación y tener que probar oralmente los extremos de esa acusación, en el marco de una audiencia oral y pública, es algo muy distinto a presentar una acusación por escrito y a sentarse a esperar una resolución.

Independientemente de lo que aún nos falta por avanzar, puede decirse que la reforma del proceso penal y el establecimiento de los juicios orales, se han constituido en un gran avance en materia de transparencia y de fortalecimiento del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso. No es lo mismo “tirar” un informe y no ser más responsable de él, a “tirar” un informe y después tener que ir a explicar y a fundar la posición asumida en el mismo, oralmente, ante un Tribunal de Sentencia.

Lo que se afirme y no corresponda a la realidad, en el sentido de afirmaciones fácticas que no correspondan con la realidad, implican consecuencias jurídicas como testimonio falso.

19. El procedimiento penal

El procedimiento penal, por la relevancia de las decisiones que se toman, tiene una estructura distinta al procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo sigue los lineamientos del procedimiento civil, y el procedimiento civil hoy en día en Paraguay sigue siendo un procedimiento escrito.

El procedimiento penal es, predominantemente, un procedimiento oral. Hay países como el Uruguay en el cual el procedimiento civil también es oral. Y justamente se está tratando de ver la posibilidad de cambiar el procedimiento civil paraguayo por un sistema también oral. ¿Por qué? Porque en el sistema oral se puede valorar mejor la prueba. No es lo mismo decir: “Me remito a mi informe”, a poder escuchar cómo se sustenta la conclusión, en evidencias, hechos y, en su caso, argumentos técnicos y de experiencia. .

Se puede hacer una valoración diciendo: “él me transmite esta percepción sobre la interpretación de un balance, eso es lo que transmite en el informe”. Pero yo puedo decir como miembro del Tribunal de Sentencia: “esta persona no tiene la mínima capacidad de explicar técnicamente eso.” Por más que se llegue a esa conclusión, yo no me puedo valer de la misma para sentenciar. Tampoco es lo mismo que una persona envíe por escrito y diga: “Yo he visto esto”, a que esa persona lo relate en el contexto de un juicio. Es un contexto distinto.

20. La sentencia firme

¿Qué es la sentencia firme? La sentencia firme es aquél pronunciamiento del Poder Judicial que resuelve un asunto y ya no puede ser revisado. Supongamos que alguien fue condenado, que fue en apelación a la segunda instancia; la segunda instancia confirmó la condena; se fue a lo que se llama recurso de casación ante la corte. Y la corte confirmó la condena: sentencia firme, no caben recursos contra ese pronunciamiento.

Pero en el proceso penal, por lo trascendente de privar de un bien jurídico a alguien como es su libertad o su patrimonio a través de la multa, si después de la sentencia firme se llega a tomar conocimiento, por ejemplo, de ciertos hechos que hacen cambiar completamente la base fáctica sobre la cual se condenó a la persona, pongamos que eso no llegó a conocimiento antes porque el defensor no trabajó lo suficiente. Eso permite dar vía a lo que se llama un recurso extraordinario de revisión, que permite volver a revisar esa sentencia firme, siempre y cuando, sea en beneficio de un condenado y, a los efectos de evitar una injusticia evidente. Y si se dice: “Acá hay hechos que realmente existen y se pueden comprobar”, cambia completamente la base sobre la cual se condenó a la persona, y permite inclusive volver a mandar a nuevo juicio oral.

La revisión se da solamente en caso de condenas; si es un caso de absolución no se puede reabrir.

El caso de la condena injusta, en el sentido de una condena realizada sobre la base de un error judicial, o inclusive si se acredita que se condenó sobre la base de soborno a los magistrados, también se puede revisar. Esto se da en los casos de condenas, no en los casos de absoluciones, por la trascendencia de ese pronunciamiento de privarle a un ciudadano de esos bienes jurídicos como la libertad o el patrimonio. O sea: permite ser revisada. Y, el Estado carga con esa cuestión y tiene que perseguir a los magistrados, pero en nuestro sistema, no se reabre.

21. La elaboración del informe, los hechos y la fuente de los hechos

La herramienta principal de conexión entre el auditor forense y el proceso penal, se encuentra en el informe de auditoría, es por ello que su elaboración correcta y objetiva, es clave para el éxito de la comunicación.

Para ello, es fundamental comprender que el centro de lo que comunicamos son los hechos y la fuente de los hechos (las evidencias de las que surgen los hechos).

Es clave la objetividad en el análisis de las evidencias, también la correcta y objetiva de la información fáctica que surge de ellos.

Recuerden que, cuando se habla de hechos, de relato de hechos, se habla de relato de circunstancias fácticas.

Un relato de hechos es, por ejemplo:

“Este documento está firmado por Pedro. En el documento figura el logo de la empresa X. Pedro es gerente de repuestos de dicha empresa y no es el autorizado para certificar venta de otro tipo de productos.” No es lo mismo relatar eso, a decir: “Pedro produjo un documento no auténtico.” Esto último es una subsunción (aplicación de norma a hechos) que puede ser correcta o incorrecta, pero no es un relato estricto de hechos.

La subsunción no es la tarea principal del auditor forense. La tarea principal del auditor forense es la de relatar clara y ordenadamente los acontecimientos detectados: “Pedro es jefe de talleres”. Ciertamente. “Pedro trabaja en la empresa, pero este es un documento expedido a nombre de la empresa y la empresa señala que Pedro no está autorizado a certificar estas cuestiones”.

Y eso proviene de estas fuentes, de estos medios de prueba. Esa es la labor que compete al auditor forense.



Para fortalecer a las instituciones públicas en su capacidad de lucha contra la corrupción, el Programa Más Justicia, a través del ICED, con el apoyo del CIRD y el patrocinio de USAID, impulsó la creación, instalación y fortalecimiento de Unidades de Auditoría Forense e Investigación de ilícitos, en la Auditoría General del Poder Ejecutivo AGPE y en las entidades dependientes del Poder Ejecutivo.



Estas Unidades son órganos especializados en auditar e investigar indicios de hechos ilícitos realizados por funcionarios y de hechos ilícitos que pudieran afectar a la entidad de la que forman parte, con el fin de buscar su esclarecimiento y, en su caso, generar los insumos para la aplicación de sanciones y realizar medidas tendientes a disminuir los riesgos de la realización de nuevos ilícitos.