

# LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ernesto Jinesta L.

## SUMARIO:

Introducción. 1.- Noción de investigación preliminar. 2.- Fin de la investigación preliminar. 3.- Derechos del investigado en la investigación preliminar. 4.- Carácter reservado de la investigación preliminar. 5.- Diligencias de la investigación preliminar forman parte del expediente del procedimiento administrativo. 6.- Regulación normativa sectorial de la investigación preliminar

## Introducción

La investigación preliminar en los procedimientos administrativos de carácter sancionador o disciplinario ha adquirido carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, a pesar de que no se encuentra expresamente regulada en la Ley General de la Administración Pública. Precisamente, esa laguna normativa en la ley que codificó nuestro Derecho Administrativo ha provocado una serie interminable de dudas, yerros y contradicciones en su aplicación e interpretación diaria por los operadores jurídico-administrativos, las que deben ser superadas a través de un análisis dogmático que permita definir el contenido, los contornos y los fines de esa institución. No obstante, durante la última década del siglo pasado, empezaron a surgir y a plasmarse, en algunos instrumentos legislativos y reglamentarios, una regulación sectorial tímida sobre el instituto, la que, evidentemente no ha sido suficiente. Por medio de una abundante jurisprudencia de la Sala Constitucional y de algunos pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, se ha logrado una clarificación relativa de la investigación preliminar en el procedimiento administrativo. La presente es una contribución que tiene la modesta pretensión de ser un primer y, por consiguiente inacabado, esfuerzo de definición y tratamiento sistemático de la investigación preliminar que provoque la polémica jurídica de carácter constructivo tan ausente en nuestro medio jurídico nacional.

## 1.- Noción de investigación preliminar

Los procedimientos administrativos sancionadores y disciplinarios que son incoados de oficio, sobre todo cuando media una denuncia –acto de comunicación de un tercero sobre un hecho irregular-, en ocasiones, son precedidos por una investigación preliminar de carácter facultativo para el órgano competente.

Nuestra LGAP contiene una evidente y clara laguna normativa sobre el particular, sin embargo a través de su práctica casi inveterada por las autoridades públicas surgen algunos aspectos que se encuentran, por vía de jurisprudencia o de normas legislativas aisladas y sectoriales, definidos o establecidos, por lo menos fragmentadamente.

La investigación preliminar se puede definir como aquella labor facultativa de comprobación desplegada por la propia administración pública de las circunstancias del caso concreto para determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción, para identificar a los presuntos responsables de ésta o recabar elementos de juicio que permitan efectuar una intimación clara, precisa y circunstanciada. En suma, la investigación preliminar permite determinar si existe mérito suficiente para incoar un procedimiento administrativo útil. Resulta obvio que en esa información previa no se requiere un juicio de verdad sobre la existencia de la falta o infracción, puesto que, precisamente para eso está diseñado el procedimiento administrativo con el principio de la verdad real o material a la cabeza.

Se trata de un trámite que, strictu sensu, no forma parte del procedimiento administrativo y que es potestativo para la administración pública observarlo o no, incluso, en los procedimientos disciplinarios –por sus efectos en el ámbito del honor y prestigio profesional- o sancionadores. Este trámite de información previa tiene justificación en la necesidad de efficientar y racionalizar los recursos administrativos, para evitar su desperdicio y, sobre todo, para no incurrir en la apertura precipitada de un procedimiento administrativo. En nuestro criterio, es particularmente útil en el único caso en que admitimos supra la denuncia anónima, esto es, la que está dotada de apariencia de buen derecho (*bonus fumus iuris*) por su fundamento, seriedad y consistencia.

Un aspecto importante que debe resaltarse es que la investigación preliminar no interrumpe la prescripción o caducidad de la potestad para incoar el procedimiento, de modo que los órganos administrativos deben ser particularmente cuidadosos y celosos cuando la disponen para que sea concluida en un plazo razonable. Así se ha establecido, por ejemplo, para el caso de los procedimientos disciplinarios en el Poder Judicial, por la Corte Plena, con fundamento en el artículo 211 de la LOPJ al señalar que *“La acción para investigar las faltas deberá iniciarse, dentro del mes*

*siguiente a la fecha en que quien deba levantar la investigación tenga conocimiento de ellas (...)*". De modo que, si se dispone una investigación preliminar, debe efectuarse antes del cumplimiento del lapso del mes pautado para incoar el procedimiento para, de ese modo, evitar que opere la caducidad de la potestad disciplinaria.

## 2.- Fines de la investigación preliminar

La investigación preliminar puede tener diversos fines, sin embargo, es posible identificar claramente tres: a) Determinar si existe mérito suficiente para abrir el respectivo procedimiento, b) identificar a los presuntos responsables cuando se trata de una falta anónima –en la que intervino un grupo determinable de funcionarios o servidores- y c) recabar elementos de juicio para formular el traslado de cargos o intimación. Estos fines puede concurrir conjuntamente o existir solo uno, según las circunstancias concretas, para justificar la apertura de una investigación preliminar.

Sobre el particular la Sala Constitucional en el Voto No. 8841-01 de las 9:03 hrs. de 31 de agosto de 2001, señaló lo siguiente:

*"II.- (...) la indagación previa es correcta y pertinente, en tanto necesaria para reunir los elementos de juicio apropiados para descartar o confirmar la necesidad del procedimiento formal, o bien para permitir su correcta sustanciación, por ejemplo, cuando se deba identificar a quienes figurarán como accionados en el proceso, o recabar la prueba pertinente para la formulación de cargos que posteriormente se deberán intimar (...)"*

La Procuraduría General de la República en el dictamen C-082-05 de 24 de febrero de 2005, sostuvo lo siguiente:

*"(...) es posible que, previo al inicio de un procedimiento administrativo ordinario, se realice una fase de investigación previa o fase preliminar, mediante la cual se pretende la investigación y recopilación de hechos que puedan constituir infracciones o faltas y la identificación de posibles responsables. En este sentido, los informes de auditoría se revelan como ejemplos típicos de esta fase preliminar."*

*Dicha investigación constituye una fase preliminar que servirá como base del procedimiento ordinario; su inicio constituye una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso que tienda a averiguar la verdad real de los hechos objeto de investigación”.*

Desde el punto de vista de sus propósitos, la investigación preliminar resulta congruente con varios principios del procedimiento tales como el de economía, racionalidad y eficiencia, en cuanto permite ahorrar recursos financieros, humanos y temporales al evitar la apertura de procedimientos innecesarios e inútiles, sea por que no exista mérito, no estén identificados los funcionarios presuntamente responsables o no se cuente con elementos que permitan formular una intimación clara, precisa y circunstanciada. Sobre este particular la Procuraduría General de la República en el dictamen C-006-96 del 12 de enero de 1996, referido específicamente a la anulación o revisión de oficio de los actos favorables en sede administrativa, señaló que puede existir una primera etapa de actos preparatorios al estimar lo siguiente:

*“Ante los indicios sobre la nulidad de un acto declaratorio de derechos, la Administración tiene la posibilidad de desarrollar ciertos actos preparatorios que ayuden a determinar si hay mérito suficiente para impulsar el procedimiento administrativo ordinario que culminaría con la anulación del acto; todo ello en aplicación del principio de economía procesal que evitaría la inútil pérdida de tiempo y esfuerzo (...)*

*Esta etapa preliminar podrá o no ser necesaria dependiendo de los elementos de juicio con que cuente la Administración, que revelen de manera indubitable la gravedad intrínseca del acto que daría motivo a la declaratoria de nulidad. También será prudente cumplir esta etapa en el tanto la cancelación del acto pueda afectar a terceros (...)*

*Un vez cumplidas las medidas cautelares y asegurada la prueba, puede continuarse la investigación preliminar con el afán de determinar el mérito de abrir e impulsar el*

*procedimiento ordinario que culminaría con la cancelación del acto.”*

La Sala Constitucional en el Voto 9125-03 de las 9:21 hrs. de 29 de agosto de 2003, estimó lo siguiente:

*“(...) III.- En cuanto a la fase preliminar del procedimiento administrativo disciplinario (...) Sobre el particular, la Sala ha mantenido el criterio de que una correcta inteligencia del carácter y fundamentos del debido proceso exige admitir que, de previo a la apertura de un procedimiento administrativo, en ocasiones es indispensable efectuar una serie de indagaciones preliminares, pues la Administración –con anterioridad a la apertura del expediente administrativo– podría requerir la realización de una investigación previa, por medio de la cual se pueda no solo individualizar al posible responsable de la falta que se investiga, sino también determinar la necesidad de continuar con las formalidades del procedimiento, si se encuentra mérito para ello (...)*

*Lo anterior constituye entonces una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso que tienda a averiguar la verdad real de los hechos objeto de las pesquisas (...)”*

Puede sostenerse, también, sin temor a equívocos, que, en ocasiones, la investigación preliminar busca evitar lesionar la intimidad, el honor objetivo y subjetivo y la presunción de inocencia de un funcionario público, respecto del cual se ha formulado alguna denuncia o queja, puesto que, de no existir mérito suficiente se evita exponerlo a una eventual lesión esos valiosos derechos y bienes jurídicos.

### 3.- Derechos del investigado en la investigación preliminar

En nuestro criterio el sujeto de Derecho contra el que se abre una investigación preliminar –sea persona física o jurídica- debe tener en la investigación preliminar la condición de parte interesada. Los derechos

fundamentales al debido proceso y la defensa tienen un alcance limitado y relativo en esta etapa, puesto que, en nuestro criterio, únicamente se le debe permitir el acceso al expediente, formular y presentar alegatos y ofrecer contra-prueba, de modo que al tratarse de un trámite previo al procedimiento, no tendrá facultad para exigir que se realice una audiencia o posibilidad de plantear recursos. Si el objeto de una investigación preliminar es evitar un procedimiento inútil y precipitado, con la garantía de tales derechos el sujeto de Derecho contra quien se ha enderezado la investigación preliminar, bien puede aportar elementos de juicio que permitan desvirtuar la razones que, eventualmente, justificarían la apertura del procedimiento administrativo, evitándose así, incluso, la afectación de derechos fundamentales muy sensibles (derechos de la personalidad). Ahora bien, el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales del sujeto investigado no debe llevar a la equívoca conclusión de que la investigación preliminar debe transformarse en una especie de procedimiento con un contradictorio, puesto que, se desnaturalizaría su función.

No obstante, la Sala Constitucional en una línea jurisprudencial que consideramos restrictiva, ha estimado que la persona contra quien se dirige la investigación preliminar no tiene derecho al debido proceso y la defensa en la investigación preliminar, puesto que, tales garantías se deben observar en el procedimiento posterior. Esta línea jurisprudencial entiende que, a la luz del ordinal 275 de la LGAP, la persona que es investigada preliminarmente no tiene, aún, la condición de parte interesada, la investigación preliminar no es un procedimiento con los trámites y fases propios de éste, por lo que, en tesis de principio, no debe observarse la bilateralidad de la audiencia o el contradictorio (debido proceso y defensa) y el resultado de la misma no constituye un acto administrativo final. Incluso, para justificar la inexistencia de derechos a favor de la persona investigada se ha invocado la eficiencia y eficacia administrativas, por cuanto, se entiende que una participación activa de ésta podría entorpecer y obstaculizar el desarrollo de la investigación. Al respecto, la Sala Constitucional considera que la investigación preliminar puede ser puesta en conocimiento del investigado cuando exista “posibilidad lógica de dar inicio a un procedimiento en su contra”. Consecuentemente, al no haber derechos fundamentales en juego en esta fase preliminar, según la tesis de la mayoría del Tribunal Constitucional, cualquier amparo resulta prematuro antes de ser iniciado el procedimiento administrativo propiamente dicho.

Sin embargo, últimamente ha existido voto disidente de dos Magistrados de esa Sala especializada –Armijo y Jinesta-, en el sentido de permitirle al investigado preliminarmente, conocer los hechos investigados, acceder el expediente, formular alegatos y aportar los elementos de prueba pertinentes que determinen, incluso, la falta de mérito de la apertura de un procedimiento administrativo.

El reconocimiento de unos derechos limitados en la investigación preliminar, según la posición de minoría del Tribunal Constitucional, tiene por propósito evitar la apertura de un procedimiento administrativo inútil, ante el desconocimiento por la propia administración pública de una prueba determinante que le lleve a la conclusión de su carácter innecesario. Evidentemente, este voto disidente está inspirado en la eficacia directa e inmediata y la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, en especial el debido proceso y la defensa, los cuales irradian, parcialmente, su carácter vinculante, incluso, a la etapa de la investigación preliminar.

No obstante la pauta jurisprudencial de mayoría de la Sala Constitucional anteriormente reseñada, sí se ha admitido, en forma unánime, que la persona contra quien se dirige la investigación preliminar sí puede acceder el expediente administrativo –como parte del derecho de acceso a la información administrativa ad intra-.

#### 4.- Carácter reservado de la investigación preliminar

La información o investigación previa debe tener un carácter reservado, de modo que debe encontrarse excepcionada del derecho de acceso ad extra a la información administrativa (artículo 30 de la Constitución Política) que pueda ejercer cualquier tercero ajeno a la misma con el propósito de imponerse de su contenido. Con mayor razón, el expediente en que se sustancia la investigación preliminar debe estar fuera del acceso de los medios de comunicación colectiva para evitar un eventual juicio paralelo que afecte seriamente ciertos derechos fundamentales.

El propósito de brindarle un carácter reservado es proteger la intimidad, el honor objetivo y subjetivo y la presunción de inocencia del funcionario público involucrado y evitar que se le imputen preliminarmente faltas o infracciones que no ha cometido.

Sobre el particular, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (No. 8422 del 6 de octubre del 2004), en su artículo 8°, párrafo 2°, dispone que *“La información, la documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúen las auditorías*

*internas, la Administración y la Contraloría General de la República, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo (...)*” –en idéntico sentido el artículo 6º, párrafo 2º, de la Ley General de Control Interno, No. 8292 del 31 de julio del 2002-. Por su parte, el artículo 10º, párrafo 1º, de ese instrumento legislativo reitera que *“Cuando estén en curso las investigaciones que lleve a cabo la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus atribuciones, se guardará la reserva del caso, en tutela de los derechos fundamentales del presunto responsable o de terceros”*.

En lo relativo al auditor interno, subauditor y demás funcionarios de la auditoría interna, el artículo 32, incisos e) y f), de la Ley General de Control Interno, No. 8292 del 31 de julio del 2002, les impone, respectivamente, las obligaciones de no *“(...) revelar a terceros que no tengan relación directa con los asuntos tratados en sus informes, información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando ni información sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley”* y de *“Guardar la confidencialidad del caso sobre la información a la que tengan acceso”*, las cuales se ven reforzadas por la prohibición del artículo 34, inciso e), de *“Revelar información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría que se estén realizando y sobre aquellos que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los funcionarios de los entes y órganos sujetos a esta Ley”*.

5.- Diligencias de la investigación preliminar forman parte del expediente del procedimiento administrativo

Resulta claro que en la hipótesis en que la administración pública llega a la conclusión de la necesidad y utilidad de incoar un procedimiento administrativo, todas las diligencias que conforman la investigación preliminar deben quedar incorporadas al expediente respectivo, constituyendo, incluso, su contenido la motivación para el acuerdo de inicio del procedimiento y, obviamente, para formularle al respectivo funcionario público una relación clara, precisa y circunstanciada de los cargos que se le imputan o trasladan.

Lo anterior se justifica, aun más, por razones de economía procedimental cuando la administración pública ha practicado alguna diligencia irreproductible o irreplicable –en el ulterior procedimiento administrativo- durante el curso de la información previa, como, por ejemplo, la deposición de un testigo o de varios que luego egresan del

territorio nacional, claro está, siempre que se haya respetado el debido proceso, la defensa, el contradictorio y la participación del interesado en la producción de la prueba. Sin embargo, como la regla es que el investigado preliminarmente no participa en la producción de la prueba que se recabe en esa fase –incluso para los que admitimos un debido proceso limitado en esa etapa–, resulta absolutamente acertada la pauta jurisprudencial sentada por la Sala Constitucional en el sentido que, ante la ausencia de intervención –contradictorio– de la parte interesada en el futuro procedimiento administrativo, lo propio es reproducirla, en el procedimiento propiamente dicho, para ser tomada en cuenta en el dictado del acto final.

Sobre el particular, la Sala Constitucional en el Voto No. 8841-01 de las 9:03 hrs. de 31 de agosto de 2001, estimó lo siguiente:

*“II.- (...) En cualquier otro supuesto, es enteramente inexcusable subsumir dentro de la etapa de investigación un acto o actos propios del trámite formal, lo cual comportaría un quebranto indubitable del derecho de defensa o de las garantías del debido proceso. El caso típico ocurre cuando, sin intervención de las partes interesadas, se evacuan ciertas pruebas durante la investigación preliminar, para luego hacerlas valer durante el procedimiento, siendo el caso que por su naturaleza, las mismas son definitivas e irreproducibles. Dichas probanzas, a no dudarlo, son inútiles para los efectos de fundamentar el acto final, si para su evacuación no se ha brindado al afectado el debido proceso y el derecho de defensa como en derecho corresponde; asimismo, existen pruebas para cuya evacuación es indispensable la participación de las partes interesadas, por ejemplo, en lo que se refiere a testigos, realizando preguntas o bien repreguntando, probanzas que al igual que las anteriormente citadas son inútiles para los efectos de fundamentar el acto final, si para su evacuación no se ha brindado al afectado el debido proceso y el derecho de defensa, debiendo entonces repetir las en su momento con participación del afectado o afectada –de ser posible–, para que puedan cobrar eficacia, pues de lo contrario no*

*pueden ingresar válidamente al proceso. Por el contrario, y sólo para efectos de clarificar el punto, no se ve objeción en que, durante la etapa preliminar se recopilen documentos o se preparen informes –como en el caso particular aquí señalado-, a fin de identificar a las partes del futuro proceso o para preparar los alegatos contra ellas, sometiendo luego el resultado de ese trabajo al procedimiento administrativo como parte de la evidencia que los interesados podrán entonces examinar y valorar, pues caso contrario sí se les violentaría su derecho de derecho consagrado constitucionalmente, pero que de todas formas no es lo que ocurre con el recurrente. De igual forma, se pueden interrogar a posibles testigos; sin embargo, para la validez de esos testimonios como medio de prueba en el posterior procedimiento administrativo, propiamente dicho, deben necesariamente repetirse las deposiciones en presencia de los investigados o de su representante, para que así pueda ejercitar su derecho de defensa”.*

En el ulterior Voto No. 9125-03 de las 9:22 hrs. de 29 de agosto de 2003, consideró lo siguiente:

*“III.- (...) Estas pruebas así evacuadas no pueden hacerse valer durante el procedimiento propiamente dicho, habida cuenta que para su obtención no se contó con la participación del investigado, y por lo tanto, habría quedado en indefensión. De igual forma, si se trata de pruebas que por su naturaleza son definitivas e irreproducibles, a no dudarlo son inútiles para los efectos de fundamentar el acto final, si para su evacuación no se ha brindado al afectado el debido proceso y el derecho de defensa como en derecho corresponde (...)”*

## 6.- Regulación normativa sectorial de la investigación preliminar

En nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, algunos órganos tienen la competencia expresa dispuesta por ley para abrir investigaciones

preliminares. A continuación, expondremos, sin ánimo exhaustivo, algunas regulaciones expresas de carácter sectorial o fragmentado sobre la investigación preliminar.

Así, destaca la potestad de investigación conferida a la Contraloría General de la República por el artículo 22 de la Ley Orgánica de ese órgano (No. 7428 de 7 de septiembre de 1994) al disponer que

*“(...) podrá instruir sumarios administrativos o realizar investigaciones especiales de oficio, a petición de un sujeto pasivo o de cualquier interesado.*

*La Contraloría General de la República también deberá instruir sumarios o realizar investigaciones especiales, cuando lo soliciten los órganos parlamentarios de la Asamblea Legislativa o cuando lo soliciten conjuntamente al menos cinco diputados”*

Por su parte, la Ley General de Control Interno (No. 8292 del 31 de julio del 2002), en su artículo 35, párrafo 1º, habilita a las auditorías internas para realizar informes (auditorías o estudios especiales, artículo 32, inciso e, ibidem) sobre diversos asuntos de competencia *“(...) así como sobre asuntos de los que pueden derivarse posibles responsabilidades para funcionarios, ex funcionarios de la institución y terceros”*, siendo que deben comunicarse *“Los hallazgos, las conclusiones y recomendaciones de los estudios (...)”* (párrafo 2º del artículo 35 ibidem) al jerarca o los titulares subordinados para que se ordene la implantación de las respectivas recomendaciones, dentro de las cuales, lógicamente, puede figurar la apertura de un procedimiento administrativo por el órgano competente (artículos 39 y 42 ibidem).

La Sala Constitucional en el Voto No. 7190-94 de las 15:24 hrs. de 6 de diciembre de 1994, insistió en la diferencia entre la investigación preliminar y sus resultados y la eventual apertura de un procedimiento disciplinario y su sanción como acto final, al señalar lo siguiente:

*“(...) Es por eso que el contenido del informe de la Auditoría General de Entidades Financieras, no puede ser otro que el de una simple noticia de actuaciones y resultados, que sin atribuir responsabilidades a nadie en particular, se comunica al jerarca respectivo. El objeto del informe no es sancionar, ni puede serlo; ninguna información levantada en el ejercicio de una función contralora tiene esa naturaleza, puesto que, constitucionalmente no existe relación de jerarquía entre el contralor y el controlado.*

*El trabajo de fiscalización y control, cual ocurre en este caso y se ha dicho repetidamente, no contiene más que un estado de resultados; no pasa de ser una simple denuncia de carácter administrativo, que para transformarse en proceso sancionatorio, debe pasar por el tamiz del procedimiento ordinario, que la Ley General de la Administración Pública creó, como principio general del derecho procesal administrativo, y lógicamente constitucional, según resulta de la armónica conjunción de los artículos 39 y 41 constitucionales, y 211, 212, 213, 214, 216, 308, siguientes y concordantes de esa Ley General (...)*”

Quizás las normas más explícitas sobre la investigación preliminar y sus fines se encuentran en el Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Decreto Ejecutivo No.25234-MEIC de 25 de enero de 1996). En efecto, su artículo 34, ante una denuncia, habilita a la Unidad Técnica para “*preparar un informe preliminar, incluyendo un análisis de aspectos tales como la legitimación del denunciante, la observancia de los requisitos mínimos previstos en la LGAP y los elementos probatorios existentes (...)*” dirigido a la Comisión de Promoción de la Competencia. El ordinal 35 de ese cuerpo normativo indica lo siguiente:

*“Con base en el informe preliminar presentado por la Unidad Técnica, la CPC, si estimare que hay mérito suficiente y cuando la resolución final pueda resultar en la imposición de alguna de las sanciones previstas en el artículo 25 de la Ley, acordará el inicio formal del procedimiento administrativo.*

*Si no se diese alguna de las circunstancias indicadas en el párrafo anterior, la CPC acordará el rechazo de la denuncia y el archivo del expediente o, en su caso, la remisión del asunto a la vía que corresponda”*