

El debido proceso en el Derecho sancionatorio

José GREGORIO SILVA *

**SUMARIO: Introducción 1. Del derecho al debido proceso.
Conclusiones**

Introducción

En primer lugar, debo agradecer a los promotores de este libro homenaje, al considerarme para participar en el mismo, ante lo cual, he considerado trabajar sobre un punto que el Dr. PEÑA SOLÍS ha desarrollado con la profusión que le es propia, ante lo cual, cualquier trabajo que pueda presentarse, no serán más que breves notas sobre el tema.

Para el año 2001, escribimos un trabajo con el mismo título¹, indicando en aquella oportunidad que podría ser arduo su tratamiento, en especial dado lo breve que exigía dicha publicación, y donde la presente no escapa a la necesaria brevedad; sin embargo, trataré de presentar un esbozo del debido proceso como derecho y su alcance, desde la perspectiva de la Constitución venezolana. En aquella oportunidad, tratamos de centrarnos en el numeral 1 del artículo 49 de la vigente Constitución, siendo que en el presente, revisaremos superficialmente el artículo en su totalidad, con especial a los procedimientos en sede administrativa, sin ahondar más allá en los procesos judiciales, con el añadido que a más

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Gerencia Municipal. **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Derecho Administrativo en el pregrado y postgrado. **Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario**, Vicepresidente.

¹ Publicado en: *Derecho Público contemporáneo: Libro homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*. UCV. Caracas, 2003.

de 15 años de su elaboración, con un Texto Constitucional que para ese momento era significativamente reciente, nos permite ahondar en los principios que envuelve el debido proceso, lo cual, contrastando con el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado, a lo cual, el libro del profesor PEÑA SOLÍS, referido al tema sancionatorio², tomó en consideración, y que evidencia algunos cambios que sostuvo en su oportunidad la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para justificar la actuación de alguno de los órganos del Estado, podemos apreciar el principio frente a la interpretación que debida o indebidamente –la más de las veces– rige en los tribunales en la actualidad.

Cuando nos referimos al debido proceso, no se trata solo de la existencia del proceso en sí mismo como hecho objetivo, sino que debe tener cobertura en la ley, adecuado, que se trate de un proceso efectivamente garantista, y que no se trate solo de una mascarada, para dar apariencia de legalidad, que no se trate de «un parapeto jurídico con viso de legalidad» –como señalaba el difunto profesor Miguel Ángel Márquez Fernández–. No se trata meramente del cumplimiento de las formas que pudiere contener la norma que regula el proceso, sino que exige igualmente el cumplimiento de elementos subjetivos como en el caso de la presunción de inocencia, que lamentablemente en la práctica se reduce a guardar apariencias semánticas, en el entendido de no tratar al procesado como responsable, sino el uso de las expresión «presunto».

Para abordar el tema, debemos partir de la premisa que, la imposición de cualquier tipo de sanción por parte de algún órgano del Poder Público, debe ser el producto de la aplicación de un procedimiento administrativo previo, en el cual el administrado o interesado tenga la posibilidad de asegurar su intervención, y que la misma sea observada y valorada por la autoridad sancionadora, descartando de manera radical la posibilidad de la responsabilidad objetiva que, en algunos casos, pretende resucitarse o afianzarse. El punto referido, a que no basta el procedimiento y la defensa, sino que esta –defensa– debe ser debidamente valorada, resulta especialmente importante, pues se ha

² PEÑA SOLÍS, José: *La potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana*. TSJ. Caracas, 2005.

convertido en lugar común, el hecho que el administrado explane su defensa en sede administrativa, e incluso promueva elementos probatorios, a lo cual la Administración ignora –accidental, o generalmente intencional–, y en tal sentido, la defensa en sede administrativa, se convierte verdaderamente en un inútil formalismo. Aun cuando la Administración haya notificado al administrado, se haya dado la oportunidad de exponer sus alegatos, e incluso, de promover las pruebas que creyere pertinente, tal situación no garantiza el derecho a la defensa, si sus argumentos son alegremente desconocidos o ignorados, sencillamente convirtiéndose en una mascarada, donde se aparenta respetar el derecho, siendo tan cuestionable –o peor, considerando la falta de honestidad ex profeso– como la violación frontal del derecho. Pero si tal conducta ya de por sí es deleznable, resulta atroz que el órgano judicial, revisando el acto producto de tal cuestionable proceder, sencillamente le dé un espaldarazo, en siniestros alardes de contorsionismo jurídico, para concluir que el acto no es contrario a Derecho.

La Constitución venezolana de 1961 establecía en su artículo 68 y de forma secundaria, como garantía del acceso a la administración de justicia, la defensa como derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, y dado el marco donde se insertaba la protección, se llegó a sostener por parte de la Administración, que esta no estaba obligada a observar tal protección, pues la misma estaba destinada exclusivamente a los procesos judiciales, pretendiendo acobijarse bajo el argumento que solo se viola el derecho a la defensa, cuando se le impide al administrado acudir ante los órganos jurisdiccionales.

Aún, corriendo la segunda década de la promulgación de la Constitución, es frecuente observar como elemento de defensa por parte de la Administración, que no existe violación toda vez que resulta evidente que al administrado acudir al órgano jurisdiccional, está ejerciendo su defensa, olvidando que tal facultad no se debe a una gracia de la Administración, sino al ejercicio válido de un derecho y dentro de la mejor demostración de la separación de poderes como legado de la Revolución francesa y en ejecución práctica de la noción de «Estado de Derecho», al cual la Administración no puede oponer resistencia, pero obviando que la protección de un debido proceso debe igualmente

garantizarse en sede administrativa. Tan absurda resulta tal consideración, que obvia además la regulación que proviene de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que si bien es cierto estaba redactada de forma similar a la Constitución de 1961, en tanto y en cuanto refería a los derechos en el proceso, las interpretaciones consultivas de la Comisión, así como las decisiones de la Corte correspondiente, establecieron el alcance en los mismos términos tanto al proceso judicial como en los procedimientos administrativos, por lo menos, a partir de los años 80.

Posteriormente, con motivo de la entrada en vigencia de la Constitución de 2000, y ante interesantes antecedentes, entre los que podemos citar el caso español y colombiano, se aclara la aplicación de tales principios al Derecho Administrativo, en especial al sancionador, y se constitucionalizan como garantías del debido proceso en el artículo 49, cuando expresa: «El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...». Bajo este precepto, no existe la posibilidad de dudar de su aplicación, y considero, que aún fue tímida en su acepción y tratamiento.

1. Del derecho al debido proceso

En Venezuela, como se expresó anteriormente, se constitucionalizaron de manera expresa algunas garantías que ya, bien producto de otras normas o del desarrollo jurisprudencial, se venían aplicando, y de esta manera el artículo 49 señala:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en toda

clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien le juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delito, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente. 8. Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del particular para exigir la responsabilidad personal del magistrado o juez y del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Se trata de anotarse en los mismos estándares que el constitucionalismo global, por lo menos, en Occidente, han recogido en sus cartas fundamentales, y que ya veníamos aplicando gracias al trabajo que jurisprudencialmente desarrolló de manera especial la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo –principalmente– y la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y, posteriormente, por la aplicación convencional de pactos de derechos humanos, razón por la cual no era desconocida ni novedosa su aplicación, para el momento de su constitucionalización en el año 2000. Lo que sí debe sorprender es el supino desconocimiento en su aplicación, que a más de 15 años de su constitucionalización y más de 25 en su manejo, la Administración, y peor aún, los «tribunales especializados» en la materia, hacen oídos sordos en su verdadero alcance.

i. «El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas». La claridad de la redacción no permite límites ni interpretaciones evasivas a su aplicación, y de allí se desarrollan todas las garantías mínimas que la Constitución prevé para que el proceso o el procedimiento sea debido y justo. Sin embargo, debemos partir de una interpretación coherente frente al enunciado de la norma en general, y no limitarnos a verificarlo desde el enunciado parcial de la norma, en el entendido que esos procedimientos a que alude como «todas» actuaciones judiciales y administrativas, no son cualquier procedimiento, sino aquellos que efectivamente conllevan a una imposición de cargos, que ameriten descargos, que requieran de una verdadera defensa, que demande, entre otro, desplegar una actividad probatoria que pudiera ser a favor de a quién se le instruye el expediente y que sea necesario considerar como inocente, hasta tanto no sea determinada su responsabilidad; en definitiva, para aplicar aquellas sanciones «por actos u omisiones que no fueren previstos como delito, faltas o infracciones en leyes preexistentes».

Tal verificación es importante, pues existen una serie de procedimientos de la Administración, donde no hay participación de quien pudiere resultar interesado y aun cuando pudiere afectar desfavorablemente su esfera jurídica, no requieren de ese procedimiento participativo, toda vez que no se va a traducir en la eventual imposición de una sanción.

Para dibujar de mejor manera lo que trato de exponer, veamos la consecuencia jurídica del retiro como separación del ejercicio de la función pública, distinguiendo la muerte, renuncia, remoción y destitución. Aun cuando todas estas circunstancias se agrupan bajo la misma consecuencia de separación del ejercicio de un cargo, la primera resulta indudablemente involuntaria a la voluntad de las partes; la segunda atiende al interés unilateralmente manifestado por el funcionario. La tercera y cuarta devienen de la actuación unilateral de la Administración, siendo que la remoción atiende a la verificación de un procedimiento interno, donde se determina la verdadera naturaleza del cargo y la libre voluntad del jerarca de disponer del mismo, mientras que la destitución, en ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, requiere de la sustanciación de un procedimiento administrativo que verifique

la comisión de un hecho, considerado en la Ley como falta que amerita la destitución y la responsabilidad personal del funcionario a quien se le atribuye el hecho.

Tanto en la remoción como en la destitución, se va a afectar la esfera jurídica del funcionario, separándolo –generalmente contra su voluntad– del ejercicio del cargo, pero es en la destitución, donde se ha de garantizar el debido proceso a que alude el artículo 49 constitucional. Distinto es que bajo el manto y apariencia de remoción, se le impute a un funcionario la comisión de un hecho que amerite la destitución, sin embargo, para sustraerse del procedimiento sancionatorio, se ordene la remoción, pues dicho acto, de entrada, estaría viciado por violación de defensa, ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido o desviación de procedimiento, según las particularidades del caso.

Otro caso en el que podemos evidenciar la diferencia que queremos acotar, es en el caso de las expropiaciones, que si bien son producto de la noción de «potestad» de la Administración, y necesita de manera indudable de un procedimiento –al igual que de la intervención del órgano judicial y «justo y oportuno pago»–, el procedimiento no es el que correspondería a un procedimiento sancionatorio y, por ende, no se habría de aplicar las garantías propias del artículo 49 constitucional, toda vez que no estaría sujeto a cargos, descargos, presunción de inocencia, etc.

Este «debido proceso», que en apariencia se aplica a toda actuación judicial o administrativa, se centra en aquellos procedimientos donde la potestad deviene del *ius puniendi* del Estado.

Ahora bien, cuando de aplicación de esas garantías, observamos cómo tanto en Venezuela, doctrinaria como judicialmente, así como en la mayoría de la doctrina internacional, se busca «matizar» esos principios cuando su aplicación corresponde al Derecho Administrativo, frente a su aplicación en el Derecho Penal. Dentro de esa pugna por escindir el Derecho sancionatorio con sus características propias y, a su vez, el Derecho disciplinario, se ha

aceptado tímidamente la aplicación de aquellos principios que alguna vez fueron propios del Derecho Penal, y como tal, ampliamente desarrollados a través del tiempo por la doctrina penal, tratando de mutarlos –matizarlos– al Derecho Administrativo, lo que ha derivado que se acepte su aplicación, pero moderando la rigurosidad en su exigencia, cuando del Derecho Penal o Administrativo se trate, aun cuando su sustrato –constitucional y convencionalmente– es exactamente igual y no hace distinción entre uno u otro, situación que he tenido la oportunidad de apuntar como crítica en anteriores oportunidades.

ii. «La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso». Así entonces, la primera parte del numeral 1 del artículo 49 constitucional clarifica la aplicación de las garantías del debido proceso, tanto al procedimiento administrativo como al proceso judicial, incluso en fase de investigación. Implica, entonces, que desde el mismo momento en que se decide «investigar» a una determinada persona, natural o jurídica, ante la presunta comisión de alguna falta, debe ser notificada; sin embargo, el problema podría surgir en aquellos casos en que comienza a investigarse un hecho genérico a los fines de establecer si efectivamente existe algún ilícito que podría generar responsabilidad. Verificado que existe un hecho que pudiere generar responsabilidad y que existen suficientes elementos que presuntamente comprometen a una persona determinada, debe procederse a notificar a dicha persona, pues ya ha de garantizarse la defensa; es decir, desde el momento en que se singulariza en persona cierta el hecho, asume la posibilidad de defenderse, lo que implica la oportunidad de acceso al expediente y a los medios probatorios sin obstáculos de ningún tipo, atendiendo siempre a la existencia previa de un hecho que ha de ser investigado.

Siendo igualmente garantizada la asistencia jurídica, sin ningún tipo de excepción, habría que determinar si la asistencia jurídica ha de ser provista por el Estado o necesariamente provista por el interesado. En el caso penal, nuestro sistema tiene establecido la asignación de defensores públicos, así como en el sistema de protección de niños y adolescentes y defensa de trabajadores. En el primero la asistencia se provee solo al procesado, entendiendo que en casos en que la víctima o un tercero decidan intervenir, debe proveer

la defensa a sus expensas, aún cuando resulta evidente el interés que le asiste en el mismo proceso, siendo imposible iniciar o proseguir el proceso, sin la debida asistencia jurídica al procesado. En el caso del sistema de protección del niño, se provee asistencia a cualquiera de las partes intervinientes, mientras que en el sistema laboral solo se provee de asistencia a los trabajadores, con lo cual el cumplimiento de la norma es parcial, pues al igual que en el sistema de protección de niños, en el sistema laboral ambas partes son sometidas al proceso, donde debería existir ciertos rasgos de igualdad³; esto, sin tomar en consideración la cantidad de procedimientos administrativos que en materia laboral se encuentran atribuidos a las inspectorías del trabajo, órgano administrativos de protección y seguridad laboral, sanidad, etc.

En aquellos casos que tratan de procedimientos administrativos de corte sancionatorio, no está previsto la asistencia jurídica, salvo en materia disciplinaria policial, en cuyos casos, ante la falta de asistencia jurídica o incluso, ante la incomparecencia del funcionario investigado, se le asigna en la misma audiencia la asistencia jurídica. Siendo que se asigna en la misma audiencia, otorgando al defensor un tiempo verdaderamente breve para hacer conocimiento de la causa, siendo que el asignado se trata de otro funcionario generalmente, podrá el lector hacerse una idea de lo justo y pertinente de dicha defensa, no siendo más —en la mayoría de los casos— que una fachada para dar apariencia de cumplimiento.

Por otra parte, la Defensa Pública ha ido ampliando el margen de actuación en sede administrativa y en algunos procesos administrativos, pero de manera muy puntual, siendo que a pesar de haber transcurrido más de 15 años de la publicación de la Constitución, no puede darse cumplimiento a dicho mandato.

Lo que puede evidenciarse sin mayores esfuerzos, es la diferencia en un proceso penal, y en un procedimiento administrativo de corte sancionatorio, cuando en ambos casos, el sustrato de protección tiene el mismo origen, sin

³ Estamos refiriéndonos a un proceso, donde debe existir cierta igualdad de partes, pero en su objeto está llamada a proteger los derechos e intereses de los trabajadores.

distingo entre uno y otro, siendo que el proceso penal se paraliza hasta tanto sea provista la asistencia jurídica, mientras que en el otro caso el proceso o el procedimiento sigue.

iii. «Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga». En primer lugar surge la obligación de determinar los cargos y notificarlos, con lo que la Administración, en principio, se ciñe un ceпо que no permite desviar la investigación a otros rumbos, toda vez que sobre esos cargos es que el administrado ha de desarrollar su defensa⁴. A su vez, iniciada la investigación y notificada –como debería ser–, por la supuesta y pretendida comisión de una falta, y esgrimidas las defensas y pruebas por parte del administrado, no se puede cambiar posteriormente los cargos de la investigación, al igual que no puede cambiarse dicha calificación con motivo del ejercicio de los recursos en sede administrativa ni en sede judicial.

Por otra parte la notificación ha de ser precisa en cuanto los cargos que se imputan, en el entendido que existen presupuestos legales que abarcan a su vez distintos supuestos. De ser así, debe precisarse cuál de los supuestos se pretende imputar, evitando la imputación genérica de la norma. Una vez imputados los cargos no pueden los mismos sufrir variaciones o modificaciones salvo que se reponga el procedimiento o en todo caso se inicie un nuevo procedimiento; sin embargo, se ha observado en algunas oportunidades que impuestos unos cargos determinados, se atribuye la sanción por otros.

Tampoco puede modificarse en sede recursiva o incluso en sede judicial, tal como sucedió en un caso en el cual al funcionario al cual se le impuso en sede administrativa una sanción de amonestación por parte de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y ante el recurso judicial ejercido por el Inspector General de Tribunales, la Sala Político Administrativa anuló el acto cuestionado e impuso la sanción de destitución⁵.

⁴ Para explicarlo mejor, gusto de usar un ejemplo absurdo, pero que dibuja la situación, en el entendido que al funcionario se le sigue un procedimiento por tener los zapatos sucios, ante lo cual demuestra fehacientemente que dicha imputación es falsa y termina sancionado por estar despeinado, ante lo cual nunca presentó defensa.

Así, una vez que iniciado el procedimiento en sede administrativa, formulados los cargos, la Administración se encuentra vedada de modificarlos, ampliarlos o sustituirlos por otros, siendo a partir de ese momento, el procedimiento para el administrado.

En este orden de ideas, debemos conectar la inmutabilidad de los cargos formulados con la tipificación de la falta, en el entendido que si se trata de una falta redactada en la norma de manera genérica o ambigua, que impida al administrado conocer a ciencia cierta, cuáles son los cargos imputados, resultaría igualmente lesivo al derecho a un debido proceso, pues si bien, existe el cumplimiento formal de tipificación y la imputación oportuna de cargos, la misma no es debida en tanto y en cuanto, se impide conocer cuáles son verdaderamente los cargos sobre los cuales se han de presentar descargos. Igual sucede con normas generales que al no ser precisadas en relación con un hecho concreto y específico, no puede determinarse su alcance e imposibilita igualmente la defensa.

De forma tal que los cargos ha de contener no solo los hechos que conllevan a la pretendida falta, sino su determinación en el catálogo legalmente establecido de faltas, para concretizar la protección constitucional.

Garantiza igualmente el numeral primero del artículo 49 *in comento*, el derecho de «acceder a las pruebas y disponer los medios adecuados a su defensa», lo cual implica la posibilidad al investigado, de desarrollar conforme a la Ley, toda su actividad probatoria conforme a esta, evacuando la parte investigada o haciendo evacuar todos los medios probatorios que disponga, así como ejerciendo el pleno control de las pruebas aportadas por la Administración, siendo ese control el derecho de conocer la prueba y discutirla, incluyendo el derecho a contraprobar o destacar elementos que invalidan o desmeritan la prueba. Debe partirse del principio que el procedimiento impuesto en razón de la potestad sancionatoria no es la oportunidad para que la Administración

⁵ TSJ/SPA, sent. N° 933, de 29-07-04, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00933-290704-2003-0798.htm>.

pruebe⁶ –a diferencia de los procesos–, sino para el Administrado, haciendo uso de todo su arsenal, controla los elementos aportados por la Administración.

En la oportunidad que la Administración se niegue a evacuar, o a valorar debidamente las pruebas aportadas, aparte del vicio de nulidad que provoca por violación al derecho a la defensa, puede igualmente incurrir en el vicio de desviación de poder, al no dar oportunidad plena de defensa. Del mismo modo señala el texto constitucional, que «serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso», que puede encontrarse en la oportunidad de evacuar pruebas antes de haber notificado al accionante, y no dar la oportunidad del control de estas al administrado. Frecuentemente se evacúan testimoniales, sin posteriormente dar oportunidad de repreguntar a quien funge como testigo⁷, o la realización de «experticias» administrativas, sin la oportunidad de conocer cuáles son los parámetros «técnicos» que utilizó el experto, lo cual conlleva igualmente a la violación del derecho a la defensa.

La exigencia de la prueba en sede administrativa en cuanto a su aporte, en especial de aquellas evacuadas por parte de la Administración, requiere el cumplimiento de las exigencias de la prueba judicial. Así, en el ejercicio del control de la prueba, el administrado puede exigir conocer de las condiciones personales y profesionales de quien ha operado como perito o experto, o conocer de las condiciones técnicas del equipo que se usó para proveer el medio probatorio, entre otras opciones.

⁶ Salvo en aquellos casos donde a similitud del proceso penal, un órgano investigativo del procedimiento formula cargos en un procedimiento controlado por terceras personas como son los consejos de investigación, sin embargo, en los procesos donde aún el mismo órgano de la Administración sustancia y tramite, siendo la decisión del mismo jerarca del órgano o de uno ajeno, la situación cambia.

⁷ El control corresponde exclusivamente al administrado, por lo que de un interrogatorio que se suscite con motivo del control de esa prueba en los procedimientos a que hicimos mención en el pie de página anterior –aquellos donde el mismo órgano sustancia y decide–, la Administración no puede intervenir haciendo nuevas preguntas. Por otra parte, el llamado de los testigos debe hacerse en la misma forma que en la declaración original, de tal forma que si la Administración llama compulsivamente a un empleado, ante la solicitud del investigado debe traerlo de la misma forma.

iv. «Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario». La carga de demostrar la responsabilidad del investigado en sede administrativa en los procesos iniciados en virtud de la potestad sancionadora, recae exclusivamente sobre la propia Administración. En muchos actos administrativos hemos visto que una vez impuestos los cargos y sustanciado el procedimiento, se decide imponer la sanción al administrado, bajo la premisa de que el investigado no probó su inocencia. Como presunción que se trata, en aquellos casos en que la Administración no ha podido probar fehacientemente la responsabilidad del investigado, ha de entenderse que el mismo es inocente.

Por otra parte nos llevaría a analizar qué rigurosidad se ha de exigir en la noción de responsabilidad, en el entendido de si es necesario demostrar el dolo, o si se trata de culpa, determinar en qué grado resultaría sancionable. En todo caso, lo que ha de demostrarse en la mayoría de los casos es la responsabilidad, salvo en aquellos casos en que la propia norma exige demostrar el dolo o la culpa en la conducta del agente imputado.

La mejor forma de dibujar lo planteado es en el caso de las construcciones ilegales, donde no resulta determinante la persona que construyó –el inquilino, el anterior propietario, etc.– como elemento de culpabilidad, sino el responsable del inmueble –generalmente el propietario.

Lo que se encuentra proscrito de manera definitiva es la noción de responsabilidad objetiva, como aquella en la cual, verificado la existencia del hecho, se tiene la responsabilidad del agente, siendo entonces el procedimiento administrativo una mascarada para darle visos de legalidad al acto que impone la sanción. Un ejemplo lo podemos encontrar en la situación planteada en materia funcional en Venezuela, donde se encuentra instituida como causal de destitución en la mayoría de los estatutos la inasistencia injustificada por tres días a su sitio de labores. Por otra parte, la mayoría de las normas exige que el justificativo de la inasistencia sea entregado en la oficina respectiva en un plazo máximo de tres días a partir de su expedición o de la fecha más cercana en que el funcionario o persona a su nombre pueda trasladarse a entregar dicho certificado. Es el caso que de no entregarse dentro de dicho plazo, la

jurisprudencia ha entendido que se trata de una falta injustificada y poco importa que el funcionario pueda alegar o demostrar razones que demuestren la justificación.

En un escenario como el anterior, donde la Administración considera como injustificada la falta, el procedimiento no es más que una mera escenografía o un decorado, para dar la apariencia meramente formal que se siguieron las fases para determinar la responsabilidad, aun cuando el funcionario ya es considerado responsable desde el solo vencimiento de los lapsos sin que llevase el justificativo; es decir, se viola flagrantemente la presunción de inocencia.

v. «Toda persona tiene derecho a ser oída en toda clase de proceso». El derecho a ser oído debe verse a través de una doble vertiente. La primera, desde el punto de vista de darle al administrado la oportunidad de presentar sus alegatos y defensas, promoviendo las pruebas que considere pertinentes y haciendo evacuar las que así lo ameriten; pero surge la pregunta ¿de qué vale que el administrado se defienda, si la Administración no está dispuesta a oírlo? La segunda, que deviene de la interrogante anterior, es la obligación que tiene la Administración de escuchar debidamente al administrado, lo cual se consigue con la debida y exhaustiva motivación, en el entendido que en los casos de actos ablatorios, en especial los de contenido sancionatorio, no basta la exigua motivación que la jurisprudencia venezolana ha previsto para dar por cubierta la exigencia de motivación a que alude el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Así, la demostración que el administrado no perdió su tiempo en alegatos, y que la Administración efectivamente los oyó y valoró, independientemente de la pertinencia y conducencia tanto de los dichos como de las pruebas, estriba en que el acto los recoja todos y se pronuncie sobre ellos.

vi. «Con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente». El tiempo adecuado solo lo puede dar la dinámica del procedimiento, y de lo discutido, por lo que si en caso concreto, el lapso previsto en la norma resulta insuficiente, aplicando la noción de la flexibilidad del

procedimiento, la Administración debe —en casos debidamente justificados— prorrogar los lapsos en pro de la defensa.

Por otra parte, en Venezuela, la legislación recoge la figura de perención para aquellos procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte, así como la de prescripción de la falta; sin embargo, iniciado un procedimiento de oficio —especialmente de corte sancionatorio— sobre el cual no haya operado la prescripción, de no cumplirse los plazos de ley, en el mejor de los casos, genera la posibilidad de ejercer la queja contra el funcionario que no ha cumplido los plazos y eventualmente la imposición de una multa a este, sin embargo, el procedimiento no decae, lo que conlleva que esta garantía pueda convertirse en letra muerta.

Por otra parte, en el caso de la materia funcionarial, la prescripción de la falta ha sido entendido por buena parte de los tribunales que solo opera antes del ejercicio o del inicio del procedimiento formal, siendo esta una causal de interrupción de la misma; sin embargo, ha entendido también que superado ese término, ya no operaría la prescripción, por lo que el procedimiento puede volverse indefinido sin consecuencia alguna, pendiendo sobre el administrado una espada de Damocles de forma perenne.

vii. «Por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad». Esta garantía se encuentra vinculada a la referida en el numeral cuarto, en el entendido que el decisor no solo tiene que ser competente, independiente e imparcial sino tratarse de su juez natural. La competencia se encuentra sometida a la existencia de una norma expresa que atribuya la facultad para actuar en ejercicio de aquellas funciones que son propias del órgano, y si bien es cierto, pudiera —ligeramente— que la delegación rompe el principio de improrrogabilidad de la competencia⁸, ha sido considerado que la potestad sancionatoria y la competencia para ejercerla es indelegable, lo cual se encontraba expresamente previsto en la anterior Ley Orgánica de Administración Pública, aun cuando en la vigente, esa prohibición no tiene texto expreso.

⁸ Lo cual no es así, toda vez que al tener cobertura legal la delegación, la competencia se mantiene en los mismos términos que la ley prevé y autoriza.

Siguiendo la corriente que impone la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la legislación moderna, en muchas de las nóveles leyes en materia sancionatoria⁹, en especial en materia funcional, separa las funciones instructoras de las funciones decisoras en la materia disciplinaria, lo cual ahonda en un decisor imparcial, que no ha sido contaminado con la instrucción del expediente, lo cual muchas veces se echa por tierra, cuando el decisor declara públicamente no solo la culpabilidad del investigado, sino su responsabilidad sin haber culminado el proceso investigativo.

viii. «Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales». La noción de juez natural se encuentra estrechamente vinculada a la noción de competencia, tal como se indicara anteriormente. Esta noción implica también la forma de interpretar la norma sancionadora y su alcance, así como la finalidad y alcance del proceso y el procedimiento, en el entendido que cualquier interpretación extensiva solo tendría cabida *in bona parte*, impidiendo cualquier interpretación distinta a la exhaustivamente gramatical para agravar la situación del investigado. Por otra parte, si bien soy partícipe que el órgano contencioso-administrativo puede sustituirse en la Administración, a los fines de dar cumplimiento al mandato constitucional recogido en el artículo 259¹⁰, no alcanza a que el órgano jurisdiccional, anulando una decisión del órgano disciplinario judicial para el momento, que impuso sanción de amonestación, lo convierta en sanción de destitución, tal como sucedió en la decisión de la Sala Político-Administrativo,

⁹ Vid. Ley del Estatuto de la Función Policial, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.940 extraordinario, de 07-12-09; Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.598, de 05-01-07, entre otras.

¹⁰ Vid. artículo 259 de la Constitución 1999, «La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa».

citada *supra*, la cual fue posteriormente anulada por «revisión» de la Sala Constitucional¹¹. En ese caso, el juez natural para imponer la destitución sería el órgano administrativo, por lo que al modificarse la sanción por parte del órgano judicial, no solo altera la prohibición de *reformatio in peius*, sino que asume la imposición de una sanción que solo puede ser ejercida en virtud de la potestad sancionadora que se impone en cabeza de la Administración.

ix. «Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien le juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto». Los jueces sin rostros, utilizados en alguna oportunidad en Colombia, producto del flagelo del narcotráfico y el ensañamiento contra los jueces que no accedían a sus prácticas, impuso la necesidad de crear juzgados dirigidos por jueces con identidad protegida, lo cual, en Venezuela, se encuentra expresamente proscrito. Sin embargo, otras prácticas igualmente prohibidas constitucionalmente, son ejercidas en alguna oportunidad, tal como sucede con la exigencia que el órgano decisor debe estar establecido con anterioridad, lo cual impide el nombramiento de comisiones *ad hoc*, para investigar hechos concretos sucedidos y, sin embargo, tanto para aplicación de sanciones morales como disciplinarias son creadas estas comisiones.

x. «Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza». Ampliamente desarrollada por la doctrina penal y el Derecho Probatorio, debemos entender que no todo lo dicho por el investigado puede ser considerado como confesión, sino que debe estar presente el ánimo de confesar, y en todo caso, la confesión no puede ser descontextualizada, sino analizada dentro del marco de la exposición.

Por otra parte, revisando la doctrina probacionista, la mayoría limita la confesión al campo del proceso judicial, lo cual, conforme a la primera parte del

¹¹ TSJ/SC. sent., N° 861, de 04-05-07, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/861-040507-04-2156.htm>.

citado artículo 49 en su relación con la doctrina que ha analizado el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se ha de entender extendida al procedimiento administrativo, y entiende a la confesión como declaraciones que afectan al proceso, distinguiéndola de los testigos en cuanto la confesión refiere a hechos propios y los testigos a hechos ajenos. En este orden, la Constitución refiere a la confesión contra sí mismos, o la declaración –testigos– de cónyuges, concubinos o parientes cercanos, manteniendo esa distinción tácita entre confesión y testimonial¹².

Resulta pertinente traer a colación algunos de los requisitos de la confesión, para lo cual nos basaremos en el trabajo del autor venezolano BELLO TABARES¹³, parafraseándolo y adaptándolo a las exigencias constitucionales, y al efecto tenemos:

- a. Se trata de una declaración de la misma parte investigada, o de un familiar cercano o de la persona con quien se haga vida en pareja¹⁴.
- b. Debe ser personal, en el entendido que debe proceder del propio sujeto a quien perjudica o de un familiar cercano o de quien haga vida en pareja. En caso que se trata de un apoderado, debe mediar un poder expreso a tales fines o en caso de autorizaciones administrativas, debería expresar específicamente tal mención, para dejar claro el ánimo *confitendi* de quien va a sufrir los efectos adversos de la declaración. Así, se excluiría la posibilidad de confesión o tomar alguna declaración de un defensor judicial de oficio como confesión, pues tal como aduce el citado autor, su mandato proviene de la ley y no de voluntad expresa de las partes.

¹² En su texto, la Convención Interamericana refiere solo a la confesión, no amparando a otras personas independientemente del vínculo.

¹³ BELLO TABARES, Humberto Enrique: *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo I. Editorial Paredes. Caracas, 2009.

¹⁴ Aun cuando nuestro sistema aún no reconoce las relaciones entre un mismo género, la tendencia mundial obligaría a aceptarlo de la misma manera, atendiendo a lo indicado anteriormente de la interpretación extensiva favorable.

- c. Los hechos sobre los cuales ha de recaer la confesión han de ser desfavorables para el declarante, y en caso de familiares o parejas, ha de ser desfavorable para la persona a que se refiere, pues de ser beneficiosa deja de ser confesión para convertirse en una declaración de parte. Implicaría el hecho controvertido que se opone al investigado.
 - d. Debe versar sobre hechos propios o atinentes al investigado sobre el cual existe el vínculo personal.
 - e. Debe ser consciente, en el entendido que debe saber lo que hace, no debiendo existir elementos internos o externos, naturales o artificiales, permanentes o transitorios que afecten la conciencia. En algunas partes se les exige a la persona que además tiene que tener conciencia de las consecuencias, tal como sucedió en el reciente caso de Ariel Castro –también conocido como el secuestrador de Cleveland– donde el juez preguntó al imputado si comprendía la idea de que nunca saldría de la cárcel.
 - f. Debe ser seria, expresa y terminante, en el entendido que no puede ser sobreentendida, implícita o tácita, obtenida mediante razonamientos deductivos o inductivos.
 - g. Que no exista violencia, coacción o apremio, bien sea física, psicológica o de ninguna otra índole.
- xi. «Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delito, faltas o infracciones en leyes preexistentes». El principio de legalidad entendido desde una doble vertiente. La tipicidad, entendiendo que el hecho debe estar perfectamente definido como falta en la ley y que sus consecuencias jurídicas deben estar igualmente determinadas en la Ley.

En Venezuela, pese a la reiterada práctica, se discute cuál es el instrumento que ha de definir estos elementos, entendiendo si se trata de la ley formal, como el producto de la labor de los cuerpos legisladores, o los denominados «decretos leyes» como aquella suerte de delegación con cobertura constitucional donde el Legislativo autoriza al Ejecutivo a dictar instrumentos con forma, rango y fuerza de ley.

En lo particular sostengo que si bien es cierto que el decreto ley puede tener todas las características, atributos y fuerza de ley, carece de ese elemento propio de las democracias donde el cuerpo legislativo, que acoge en su seno todas, o por lo menos, la mayoría de las corrientes políticas más representativas de un país, discute un proyecto, en algunos casos lo someten a consideración del pueblo –referéndum– y posteriormente es sometido al escrutinio del Ejecutivo para su ejecútese, para pretender que el solo designio del presidente resulta suficiente para «saltarse» esos pasos. De allí, que si el constituyente hubiere pretendido que los decretos leyes igualmente hubieren contemplado esta especial materia, lo hubiere indicado expresamente. Además, por otra parte, la materia penal –y acogemos que la sancionatoria en general– es materia reservada a la ley –reserva legal–, por lo que ningún otro instrumento podría regularla.

De allí, podría discutirse la constitucionalidad de los decretos leyes que establecen faltas, delitos o imponen sanciones o penas, lo cual ha sido la constante en la mayoría de los decretos leyes recientemente publicados en Venezuela.

xii. «Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente». En este punto surge una discusión que entre amigos ha tenido acogida, en el entendido de la distinción de la regulación de la norma prevista en el artículo 49 de la Constitución y el artículo 8 de la Convención Interamericana que refiere: «El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

Si bien son manifestaciones del denominado principio *non bis in ídem*, la forma de redacción de la norma tiene importantes diferencias, en el entendido que la Convención requiere una sentencia firme y absolutoria, mientras que el texto constitucional venezolano exige solo el haber sido sometido a juicio o procedimiento. De allí, que la decisión que se pronuncie sobre un decaimiento –a título de ejemplo– permitiría que la persona sea nuevamente procesada.

Otro punto en discusión refiere a la autonomía de la responsabilidad que se desprende de la Constitución, que no contempla al hecho abstractamente considerado,

sino al hecho que atiende a la responsabilidad específica. Así, la conducta de un funcionario policial podría dar lugar a una investigación de carácter penal y resultar absuelto y, sin embargo, resultar responsable disciplinariamente por el hecho. Dibujémoslo con un ejemplo: el funcionario que exige dinero a una persona para evitar instruirle un procedimiento puede resultar absuelto penalmente por un tecnicismo en el juicio penal por extorsión que se le sigue, pero puede resultar responsable disciplinariamente –destituido– por falta de probidad.

En otros países, España por ejemplo, en casos como el anterior, sujeta la responsabilidad disciplinaria a las resultas de la acción penal, mientras se ha considerado en Venezuela, que la autonomía de la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria le otorga igualmente autonomía a los procedimientos y decisiones a tales fines.

Conclusiones

Para obtener la verdadera excelencia es necesario un sistema donde tanto los administrados, como los administradores, sean conscientes de los instrumentos que tienen a su alcance. Se discute si es preferible buenos operadores –de justicia, legisladores, Administración Pública– a buenas normas. Lo ideal es la optimización de las normas, con buenos operarios, donde entre los últimos se incluya también a los profesionales que forman parte del mismo sistema.

De nada sirven excelentes y moderna normas, cuando se termina buscando y obteniendo una interpretación que no solo desvaloriza la norma, sino que nos transporta a tiempo atávicos.

El sistema constitucional venezolano, en materia de regulación de un debido proceso, no solo recoge lo expresado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, lo cual no sería más que la positivización del instrumento internacional, que ya se encuentra recogido en nuestro sistema y que, pese a su «denuncia», ya adquirió cobertura constitucional, sino que en muchos casos lo convierte en un sistema más garantista; sin embargo, la interpretación que del mismo se ha dado en algunas oportunidades, echa por tierra

cualquier avance que se haya podido lograr. Empero, no en todos los casos sucede, existiendo decisiones que ciertamente colocan en justa posición y medida la norma constitucional.

Independientemente de que la Constitución ha podido tener detractores patrios en algunos casos o con respecto a algunos puntos, entre los cuales no me excluyo, en lo referente a las normas constitucionales relativas al debido proceso, considero que podemos estar a la vanguardia, lo cual se trató de plasmar en el presente trabajo, que por la brevedad exigida no se pudo ahondar, siendo que tan solo se hizo menciones puntuales a la misma, sin mayor posibilidad de análisis comparativos.

Pese a lo anteriormente expuesto, y siendo que no siempre resulta positiva o negativa la interpretación que se haga, tenemos la esperanza que teniendo normas de primera, podemos también tener intérpretes de primera.

* * *

Resumen: En la presente colaboración el autor retoma un tema que es de vital interés para el foro, como lo es el debido proceso en los procedimientos sancionatorios llevados por la Administración Pública. En tal sentido, esboza de forma resumida los principales aspectos que se deducen del artículo 49 de la Constitución y su relación con la Administración cuando interviene en un procedimiento sancionador. **Palabras clave:** derecho sancionatorio, debido proceso, derecho a la defensa. Recibido: 03-02-16. Aprobado: 15-04-16.