

DISPARE PRIMERO Y AVERIGÜE DESPUÉS

De las sanciones de plano o la perniciosa tendencia a prescindir del procedimiento administrativo constitutivo en el ámbito sancionador

*Por Alfredo Parés Salas
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica Andrés Bello*

Introducción.

Empecemos con la artillería pesada: los maestros GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ califican de «*aberrantes*» las denominadas sanciones de plano, las cuales, afirman, han sido «*contundente e incontestablemente criticadas por la doctrina... y finalmente, por la jurisprudencia*»¹. NIETO, a su vez, no duda en colocarlas como ejemplo de una figura «*incompatible... con las exigencias del Estado de Derecho*»². En Colombia, OSSA ARBELÁEZ se refiere a ellas como un «*descarnado e impertinente atentado contra el procedimiento... una técnica burda y grotesca*»³. En ese mismo país vecino, la Corte Constitucional ha «*estimado que la imposición de sanciones administrativas “de plano”, desconoce el derecho de defensa del sancionado*»⁴ y que «*este derecho fundamental se profana si a la persona se le impone una sanción sin otorgársele la oportunidad para ser oída y ejercer plenamente su defensa*»⁵. El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha sostenido «*que los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE [similar a nuestro 49.1, por lo que al derecho a la defensa respecta]... no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento*

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 456.

² NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, Derecho administrativo sancionador, 3era Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 157.

³ OSSA ARBELÁEZ, JAIME, Derecho administrativo sancionador: Una aproximación dogmática, 2da Edición, Legis, 2009, p. 256.

⁴ Sentencia C-1088/08 de la Corte Constitucional colombiana.

⁵ Sentencia C-564 de la Corte Constitucional colombiana.

alguno»⁶. Este tipo de sanciones son, pues, como lo refiere PEÑA SOLÍS, una herencia del «Estado Absoluto»⁷.

No obstante la meridiana claridad con la que la doctrina y la jurisprudencia han abordado el tema, lo cual bastaría para afirmar que debiera tratarse de un tema ya superado, observamos con suma preocupación cómo en los últimos tiempos se han aprobado muy censurables reformas y artificios legislativos que socavan instituciones y principios fundamentales del derecho administrativo. Así pues, la lucha emprendida en nuestro país desde hace varios decenios para limitar y controlar el poder público, en particular aquel que se ejerce a través del Poder Ejecutivo, ya no es sólo resistida únicamente por éste, sino que ahora lo es con complicidad de los restantes poderes. En el caso que hoy nos ocupa, la defenestración del procedimiento administrativo es urdida, primeramente, por el Legislador -o, a veces, por el propio Ejecutivo disfrazado de Legislador, pero con la venia de aquél para vestir el embozo- y posteriormente por el Ejecutivo, mediante inicuas interpretaciones de la ley, las cuales, en muchos casos, son finalmente convalidadas por el Judicial.

Algunas de estas leyes desarticulan frontalmente y sin tapujos principios fundamentales que rigen el procedimiento administrativo, otras lo desnaturalizan, sirviéndose de él como una especie de manto de formalidad -muy delgado y transparente, por cierto- con el único propósito dotar al irrespeto de garantías y derechos fundamentales de algún tipo de cobertura o apariencia de legalidad. Tomemos como ejemplo el procedimiento sancionador contenido en la vigente Ley de Aeronáutica Civil. Este procedimiento administrativo se inicia con la propia multa. La sustanciación es posterior a la imposición de la sanción, transmutando al procedimiento *de* una verdadera garantía para el administrado *en* una mera careta hueca de legalidad. El resultado efectivo es que ahora le corresponde al particular refutar y destruir una inconstitucional presunción de culpabilidad que, cual yugo, pesa sobre él desde el inicio mismo del procedimiento.

Otro ejemplo puede encontrarse en el procedimiento sancionatorio de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁸, en la cual se encuentran normas tan insólitas como la definición del requisito *fumus boni iuris*, para la procedencia de una medida cautelar administrativa que el artículo 111 da y

⁶ Sentencia 70/2008 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español de fecha 23 de junio de 2008.

⁷ PEÑA SOLÍS, JOSÉ, La potestad sancionatoria de la Administración Pública en Venezuela, Colección Estudios Jurídicos No. 10, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005 p. 395.

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial No. 39.358 de fecha 1º de febrero de 2010.

conforme al cual ésta «se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz». La pomposa frase podrá timar al lego, pero al jurista le retorcerá por dentro. Y, peor aún, la frase que se le acompaña -a modo de consecuencia jurídica-, según la cual «*las funcionarias o los funcionarios autorizados del Instituto... dispondrán de amplias facultades para proceder a dictar y ejecutar las medidas preventivas*». Así, una noción como la empleada, tan etérea, imprecisa e intangible -casi imposible de palpar- quiere servir de fundamento jurídico o supuesto de hecho para la atribución a la autoridad administrativa de las más amplias facultades de expedición y ejecución de unas medidas preventivas, que a veces incluso se confunden con -o adelantan descaradamente- el fondo.

El (ab)uso de conceptos jurídicos cada vez más indeterminados es otra arma para la devastación del derecho administrativo, que en esta oportunidad, empero, no abordaremos. Se trata del empleo cada vez más común e incisivo de un nuevo léxico jurídico, una especie de «*neolengua*» en el sentido ORWELLIANO, que comprende nociones, frases y conceptos que parecen ser producto de una inagotable «*creatividad*» y que no sólo resultan ajenos a la dogmática tradicional del derecho administrativo, sino que parecieran hallarse flotando en una suerte de éter jurídico, impreciso e indefinido; en fin, se trata de una potenciación y maximización de lo que en otra oportunidad hemos llamado *conceptos jurídicos súper-indeterminados*, y que lo único que pretenden es procurarle subrepticamente al Ejecutivo un amplísimo margen de arbitrariedad, camuflada en una (mal)llamada discrecionalidad administrativa.

Como ya lo dejaba entrever líneas atrás, hasta el propio Legislador se ha atrincherado junto al Ejecutivo en esta inconstitucional resistencia, apoyándole mediante la edición de aciagas leyes o permitiéndole normar arbitrariamente a sus anchas, como lo acabamos de experimentar, una vez más, hace algunas semanas.⁹ No se trata, pues, -al menos no únicamente- de un tema de interpretación o aplicación de normas por parte de la Administración pública, en el que pudiera estarse en presencia de un mero conflicto con el principio de legalidad. La vigencia de este principio supone la existencia de un bloque de legalidad más o menos razonable. Pero cuando la Ley, fundamento y límite de la actividad administrativa, pierde esa razonabilidad, pasamos a un plano distinto, dejamos de lado el conflicto entre actuación sub-legal y Ley y ascendemos al plano de contradicción entre Ley y Constitución, plano ajeno, al menos en principio, al problema administrativo. Digo

⁹ Nos referimos aquí a la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan por un lapso de dieciocho meses, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.009 del 17 de diciembre de 2010.

en principio, porque no podemos dejar de lado que la supremacía constitucional y la acérrima sujeción de todos los órganos del Estado al Derecho tienen su ámbito de mayor influencia en la propia Administración pública. No obstante ello, se trata, en puridad de términos, de un problema pendiente de solución más por la justicia constitucional -concentrada o difusa- que por la administrativa. Con leyes y criterios administrativos y judiciales como los que aquí someramente revisaremos se le pretende dar cobertura o apariencia legal a actuaciones arbitrarias del Ejecutivo y -lo que consideramos peor aún- se le fomenta.

Ante esta situación queda el último de los poderes tradicionales, aquel al que confiamos nuestras restantes esperanzas: el Judicial.¹⁰ El Poder Judicial, como *primus inter pares*, tiene la responsabilidad de detener tanto la actuación arbitraria del Ejecutivo, como la inicua normación por parte del Legislativo. Basta, sin embargo, dar una breve lectura a las estadísticas develadas en el estudio del profesor CANOVA¹¹ sobre las decisiones de la instancia máxima del contencioso-administrativo venezolano, para apreciar los negativos efectos que sobre la protección de los derechos ciudadanos ha producido la paulatina desarticulación del poder judicial que se ha experimentado en el país durante el último decenio, proceso este que, por cierto, ha sido brillantemente resumido por el profesor CASAL en una de sus más recientes publicaciones.¹² En la primera de las obras aludidas encontraremos los resultados: estadísticas, cifras, números, esto es, elementos objetivos; en la segunda, una explicación del proceso que condujo a esa realidad. Cuando, *gratia argüendi*, se evidencia que durante el año 2007, de 61 sentencias cautelares que se pronunciaron sobre solicitudes de suspensión de efectos de actos administrativos, 60 fueron declaradas improcedentes, esto es, el 98%, y que, por ejemplo, de 59 decisiones sobre amparo cautelar el 100% también lo fue sin lugar,

¹⁰ Por supuesto, siempre hay loables excepciones, aún en las circunstancias más bizarras para el Derecho. No queremos generalizar, porque sabemos que aún hay jueces y muchos funcionarios públicos que son conscientes de lo aquí denunciado y que, obrando silenciosamente y dentro de sus posibilidades reales de acción efectiva, procuran mantener la vigencia de la Constitución y de los principios e instituciones del derecho administrativo que alguna vez estudiaron. Empero, comprendemos que ante la más absoluta inexistencia de la independencia del funcionario público, en general, no se trata aquí de una lucha que pueda sostenerse abiertamente sin someterse a grandes riesgos personales y profesionales, en estos temas que a todos nos afectan.

¹¹ CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008), Funeda, Caracas, 2009.

¹² CASAL HERNÁNDEZ, JESÚS MARÍA, ¿De la constitución nominal a la constitución fachada?, en: Sobre la justicia constitucional y la instrumentalización del Derecho, Colección Cuadernos del Centenario No. 7, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2010, pp. 51-100.

puede uno reservarse sus conclusiones y dejar al lector que arribe a las suyas. La situación es diáfana para aquel que quiera observarla.

Nuestro panorama parece entonces ser uno en el que el Poder Judicial no hace valer la Constitución ni protege a los ahora inermes ciudadanos ante la violación de sus derechos, convirtiendo a nuestra Carta Magna en lo que la doctrina califica de pseudo-constitución o constitución fachada.¹³ Un Legislador que ha claudicado sus funciones, deshonrando el compromiso con sus electores, lo que se traduce en un desconocimiento de su propia esencia, y un Ejecutivo que no duda en atropellar, sin cortapisa alguna, las libertades y derechos individuales, en aras de la llamada revolución, que todo parece poder y todo parece justificar.

Pues bien, de esa vorágine de macro-problemas, dos nos interesan desde la perspectiva especializada -micro, por así decirlo- del procedimiento administrativo: por una parte, la indebida judicialización del procedimiento administrativo; y, por la otra, la prescindencia del procedimiento administrativo constitutivo o de primer grado en la actividad sancionadora. Abordaremos el primer problema en otra oportunidad, pero en este punto remitimos al lector al trabajo del profesor SUÁREZ, quien ya lo ha atacado desde una perspectiva muy actual y que bien vale la pena leer.¹⁴ Nos encargaremos del segundo, pues, en las líneas que siguen.

1. Presentación de tres casos puntuales: tres argumentos y un mismo y único despropósito.

Analicemos puntualmente tres casos actuales desde la óptica de la legislación, la administración y la jurisprudencia. En cada uno de ellos nos encontraremos con una repetida -y, por cierto, lamentable- realidad. Tres líneas argumentales para lograr un mismo y único fin: procurar de cualquier forma darle una apariencia de legalidad, *lato et improprio sensu*, a las sanciones impuestas sin la precedencia de un procedimiento administrativo constitutivo.

¹³ CASAL HERNÁNDEZ, JESÚS MARÍA, ¿De la constitución nominal a la constitución fachada?, en: Sobre la justicia constitucional y la instrumentalización del Derecho, Colección Cuadernos del Centenario No. 7, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2010, pp. 51-100.

¹⁴ SUÁREZ, JORGE LUIS, La verdadera naturaleza de los procedimientos administrativos: Su profundo desconocimiento en la Administración Pública venezolana, en: Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela, Tomo I, Paredes Editores, Caracas, 2009, pp. 353-369.

- a) *La Ley de Aeronáutica Civil, el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil y la jurisprudencia.*

En nuestra introducción aludimos a un primer caso: la Ley de Aeronáutica Civil.¹⁵ Esta ley, cuya última reforma data del año 2009, establece un procedimiento sancionador particular. Particular porque, como lo veremos de inmediato, o se trata aquí de un fárrago jurídico o se trata de una -no muy- hábil manipulación de la redacción, para pretender ocultar una finalidad muy específica. Nos explicamos. El artículo 119, que regula el inicio del procedimiento sancionador, dispone textualmente cuanto sigue:

Artículo 119. Notificación: «El acto de imposición de la sanción deberá contener la citación del presunto infractor para que comparezca al tercer día hábil siguiente ante la Autoridad Aeronáutica que la practicó... A la hora y fecha fijada en la boleta de citación, el presunto infractor deberá comparecer a los efectos de presentar su descargo en forma oral o escrita, o admitir la infracción imputada. Cuando en el acto de comparecencia el presunto infractor compruebe el pago de la multa, se dará por concluido el procedimiento administrativo».

Ese artículo debe ser analizado a la luz de la norma contenida en el artículo 120, el cual, copiado a la letra, dispone lo siguiente:

Artículo 120. Impugnación y Lapso Probatorio: «Si en el acto de comparecencia el presunto infractor impugna la sanción impuesta, se abrirá un lapso probatorio de cinco días hábiles para la promoción y evacuación de pruebas».

Pues bien, ambas normas se refieren al investigado como «*presunto infractor*», lo que resulta ser una terminología apropiada, ya que el investigado sólo puede ser considerado en esa fase como tal, porque recién se inicia el procedimiento y, como quiera que durante el procedimiento constitutivo se obra a lo sumo sobre la base de presunciones -que serán confirmadas o desvirtuadas durante la sustanciación- la alusión no es incorrecta. Pero no sólo basta referirse a él como «*presunto infractor*», sino que, además, es necesario darle tratamiento de tal. Y es allí donde la norma yerra, porque dispone que al «*presunto infractor*» se le impone la sanción en

¹⁵ Publicada en la Gaceta Oficial No. 39.140 del 17 de marzo de 2009.

el propio acto de apertura y se le *cita*¹⁶ para que comparezca a presentar sus descargos o a admitir la infracción, caso último en el cual se le *invita cordialmente* a pagar la multa. Luego, el artículo 120 reafirma que de lo que allí se trata es, efectivamente, de la *imposición* de la sanción previa a la sustanciación del procedimiento. Entonces, si bien pareciera tratar de cuidarse la forma o la apariencia con el empleo correcto de la expresión «*presunto infractor*», en el fondo o sustancia subyace la trampa, pues de nada sirve calificar como «*presunto infractor*» a quien ya ha sido sancionado, porque, al final, la realidad se impone a las formas.

El criterio del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil al respecto ha variado. Actualmente el Instituto, sin decirlo, esto es, de manera velada, tácita o implícita, -en lo que nosotros calificaríamos como un acertado criterio- ha optado por no seguir al pie de la letra el procedimiento legalmente establecido, haciendo de la norma -al parecer- una interpretación conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung*) y absteniéndose de imponer la sanción en el acto de apertura del procedimiento. No obstante ello, esta situación no ha sido siempre así y, siendo escépticos, como es nuestro deber serlo, no encontramos tampoco razones para asegurar que seguirá siéndolo.

La jurisprudencia, por su parte, también ha variado en torno a este particular. En concreto, merecen nuestra atención al menos un par de decisiones del Tribunal Supremo y las Cortes de lo Contencioso-Administrativo. En la primera de ellas, la Sala Constitucional¹⁷ declaró con lugar una solicitud de amparo cautelar, en el marco de una demanda por inconstitucionalidad de la citada ley, interpuesta por Aeropostal Alas de Venezuela, C.A., mediante la cual se pedía la desaplicación de la norma aquí glosada. En el caso de la especie, el Instituto había impuesto una multa a la aerolínea en el acto de notificación de inicio del procedimiento, tal y como lo ordena el artículo 119. En su fallo cautelar, la Sala, luego de admitir el recurso, acordó la medida cautelar sobre la base de la siguiente premisa:

¹⁶ Observamos aquí otra de esas deformaciones del procedimiento administrativo: la citación implica una orden de comparecencia, esto es, un emplazamiento, cuyo incumplimiento normalmente hace calificar al citado como contumaz. En el procedimiento administrativo se habla, por el contrario, de notificación. Si el presunto infractor no se presenta o si nada prueba, no opera, como sí sucede en el proceso judicial, la confesión ficta. Sigue pesando siempre sobre la Administración pública la carga de demostrar sus imputaciones.

¹⁷ Sentencia No. 4988 de la Sala Constitucional de fecha 15 de diciembre de 2005.

«la imposición de la multa en la fase de iniciación del procedimiento, sin haberse sustanciado en su totalidad el mismo -sin garantizar con ello el derecho a la defensa en el marco del debido procedimiento administrativo... pudiera causar -según se advierte prima facie- perjuicios a la esfera patrimonial de la recurrente que difícilmente serían revertidos por la sentencia definitiva».

Y aun cuando el pronunciamiento fue hecho en sede cautelar, obrando con base en un -diríamos nosotros- muy denso y casi impenetrable *fumus boni iuris*, consideramos que, en Derecho, no había razones para presumir una decisión de fondo contraria a la tomada. Lamentablemente, el desenlace de la historia no se dio, ya que de la demanda de nulidad se desistió posteriormente.

Pero la historia continuó con otros procesos y su desenlace -al menos transitorio, por decirlo de algún modo- no fue precisamente el que hubiésemos deseado. Así, en una sentencia posterior, la Sala Político-Administrativa¹⁸, ratificó una decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo, mediante la cual se había declarado sin lugar una demanda de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares del Instituto, a través del cual se le había impuesto otra multa a la misma aerolínea. La decisión de la Sala Político-Administrativa hace expresa alusión a la decisión previa de la Sala Constitucional que acabamos de glosar, pronunciándose sobre ella en los siguientes términos:

«La suspensión de efectos de la referida norma fue el fundamento para que esta Sala... en un caso similar al de autos... declarara con lugar la apelación interpuesta por... Aeropostal... contra el fallo dictado por la Corte Segunda... que declaró improcedente la acción de amparo constitucional ejercida por la mencionada empresa contra la norma contenida en el precitado artículo 119 de la Ley de Aeronáutica Civil; en consecuencia, revocó la sentencia apelada y declaró procedente la acción de amparo propuesta por dicha empresa... Expuesto lo anterior, debe esta Sala entrar a pronunciarse respecto de la apelación interpuesta por la representación judicial de... Aeropostal... tomando en consideración que con la homologación del desistimiento declarado

¹⁸ Sentencia No. 0884 de la Sala Político-Administrativa de fecha 6 de agosto de 2008.

por la Sala Constitucional... las circunstancias jurídicas que tuvo esta Sala Político Administrativa para decidir... no son las mismas, considerando además que el pronunciamiento acerca de la desaplicación de la norma en cuestión, requerido por la recurrente, no forma parte del thema decidendum de la apelación que ahora ocupa a esta Sala».

Ahora bien, la Sala continúa su argumentación para fundamentar la decisión en los términos que siguen:

«Aprecia esta Sala que en el presente caso la violación del derecho constitucional a la defensa y al debido proceso, no encuentra consistencia alguna, aun cuando la recurrente alega que: i) su representada no fue notificada de los cargos que se le imputan, ii) la Administración procedió a sancionarla sin previo procedimiento, sin darle oportunidad para exponer sus alegatos. Al respecto, se observa de la revisión de las actas procesales que... Aeropostal... fue notificada de la apertura del procedimiento en su contra, así como de la sanción impuesta; todo conforme a la Ley de Aeronáutica Civil, publicada en la Gaceta Oficial... En tal sentido, los artículos 117 y siguientes de la referida Ley establecen que, una vez notificada de la sanción correspondiente, la persona contra quien obre tal medida, cuenta con la oportunidad de comparecer... permitiendo además que el administrado presunto infractor en los términos del artículo 120, pueda impugnar la sanción impuesta, caso en el cual “se abrirá” un lapso de cinco días hábiles para la promoción y evacuación de las pruebas. Visto lo anterior, este Alto Tribunal observa que la empresa accionante... sin que conste en autos que hubiera impugnado la sanción impuesta... acudió a la vía contenciosa a los efectos de solicitar la nulidad del mencionado acto, no habiendo culminado el procedimiento administrativo previsto en la ley, en el que se garantiza el derecho a la defensa, dado que establece que luego de impugnada en sede administrativa la sanción impuesta, se abrirá el lapso probatorio correspondiente, vencido el cual... la autoridad aeronáutica dictará su decisión confirmando, modificando o revocándola».

Ese criterio ha sido mantenido por la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo¹⁹ en una decisión a través de la cual se declaró sin lugar el recurso de nulidad interpuesto en contra de un acto administrativo sancionador expedido por el Instituto en contra de otra aerolínea, esta vez la Deutsche Lufthansa Aktiengesellschaft, recurso fundamentado, entre otras razones, en la prescindencia total y absoluta de procedimiento.

«A (sic) criterio de esta Corte mal podría alegar la sociedad mercantil recurrente violación al debido proceso y al derecho a la defensa, cuando la Administración recurrida valoró su recurso de reconsideración como escrito de descargos, y posteriormente aperturó (sic) el correspondiente lapso probatorio con el objeto de que ésta presentara las pruebas que estimara pertinente para la defensa de sus derechos, siendo que lo pertinente era sólo emitir pronunciamiento sobre el recurso interpuesto.

En tal sentido, visto que... Lufthansa... fue notificada del acto administrativo mediante el cual se le impuso la sanción de multa, tuvo la oportunidad de presentar sus argumentos de defensas, se le aperturó (sic) el lapso probatorio previsto en la Ley de Aeronáutica Civil, aún cuando sólo presentó recurso de reconsideración contra el acto recurrido, y finalmente presentó ante el Juzgado... recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con amparo cautelar y subsidiariamente medida de suspensión de efectos... esta Corte Segunda... constata que se cumplió a cabalidad el debido proceso y la empresa recurrente pudo ejercer plenamente su derecho a la defensa, razón por la cual desecha la denuncia planteada. Así se declara».

El panorama en materia de aeronáutica civil es desolador. Para la jurisdicción contencioso-administrativa parece resultar lo mismo que el procedimiento administrativo se tramite antes o después de la expedición de la multa. Parece entonces identificarse el derecho constitucional al debido proceso con la existencia de cualquier forma o tipo de procedimiento, independientemente de la oportunidad en la que éste se tramite. Quedémonos por ahora sólo con esto, puesto que más adelante tendremos oportunidad de ahondar en el tema.

¹⁹ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo de fecha 29 de octubre de 2009.

- b) *El Instituto y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios y la jurisprudencia.*

No se piense que la situación en esta materia es diferente. Pues bien, mediante sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo²⁰ se declaró sin lugar un recurso de nulidad interpuesto por Alimentos Polar Comercial, C.A., en contra de un acto administrativo definitivo que ratificó la multa impuesta mediante acta de inspección levantada por el otrora Instituto Nacional para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario. En ese fallo la Corte dijo:

«Que no existe presunción grave de violación del derecho a la defensa y al debido proceso de la... recurrente, pues, se evidencia -al menos preliminarmente- la sustanciación de un procedimiento administrativo, en el cual se le concedió un lapso de diez (10) días hábiles para que los representantes legales de... Polar... expusieran sus alegatos y defensas pertinentes... con posterioridad a la realización de la Inspección [en la que se impuso inicialmente la sanción]...

Ahora bien, visto el análisis realizado ut supra, este Órgano Jurisdiccional evidencia -en sede cautelar- que el Instituto... efectivamente sustanció el procedimiento administrativo correspondiente, permitiendo a la parte que hoy recurre exponer sus alegatos y defensas a los fines de resguardar el derecho al debido proceso... siendo que la protección del derecho al debido proceso se satisface plenamente garantizando la oportunidad para el ejercicio del derecho a la defensa, cuya carga corresponde en su totalidad al administrado».

La aludida decisión fue confirmada posteriormente por la Sala Político-Administrativa²¹, con la siguiente argumentación:

*«La parte recurrente solicitó la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado alegando, como *fumus boni iuris*, la vulneración del derecho al debido proceso... dado que la sanción de multa contenida en el acto administrativo recurrido fue impuesta al margen de un procedimiento administrativo previo...*

²⁰ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 11 de mayo de 2009.

²¹ Sentencia No. 00763 de la Sala Político-Administrativa de fecha 28 de julio de 2010.

La Corte... en la decisión apelada desestimó tales alegatos al apreciar de las actas procesales que sí hubo la sustanciación de un procedimiento administrativo, en el que se concedió un lapso de diez (10) días hábiles a los representantes legales de la recurrente para que expusieran sus alegatos y defensas pertinentes...

Asimismo se observa del acto administrativo recurrido que en virtud de los hechos evidenciados, en la misma oportunidad de practicarse la inspección y levantarse la referida acta, le fue impuesta una multa a la parte actora por dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.)... para salvaguardar la seguridad alimentaria y el derecho a la vida de la colectividad...

Finalmente, se observa que... el Presidente del INDECU... dictó el acto administrativo impugnado, en el que ratificó la sanción de multa impuesta a la recurrente en la oportunidad de la inspección.

De lo antes expuesto se desprende, preliminarmente -contrariamente a lo alegado y en consonancia con lo sostenido por el a quo- que en el presente caso sí hubo un procedimiento administrativo en el que se le concedió la oportunidad a la recurrente para que acudiera ante la Administración a exponer las defensas que juzgase oportunas y a probar lo que estimase pertinente para desvirtuar los hechos imputados, todo ello precisamente en resguardo del derecho al debido proceso que denuncia como vulnerado, a fin de que ejerciera un control posterior de la actividad sancionatoria del INDECU».

Pese a su extensión, nos permitimos concluir citando *in extenso* -con la venia del lector- una decisión más reciente, también de la Sala Político-Administrativa²², que fuera dictada con ocasión de la apelación interpuesta por Cargill de Venezuela, S.R.L. en contra de una decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo, que había declarado sin lugar un recurso de nulidad presentado en contra de una multa impuesta en el acta de inspección, esto es, antes de la sustanciación del procedimiento. Al respecto, dijo la Sala:

«Contrariamente a lo manifestado por la parte actora... ciertamente "...el presente caso, debe ser analizado bajo la óptica de la seguridad alimentaria..."», pues todos los órganos que

²² Sentencia No. 1042 de la Sala Político-Administrativa de fecha 9 de julio de 2009.

detentan el Poder Público Nacional están llamados a velar por el bienestar de la colectividad, que es a quien en definitiva representan, y adoptar las medidas que sean necesarias... El resguardo de la seguridad alimentaria de la población venezolana ciertamente priva sobre el derecho a la libertad económica de los particulares que ejercen actividades relacionadas con el ramo de alimentación...

En este sentido se adujo, en cuanto al derecho al debido proceso, que dicho derecho le fue vulnerado debido a que la imposición de la multa no fue producto de un procedimiento administrativo previo, en el cual hubiese podido acudir a alegar sus defensas y promover las pruebas que estimase convenientes...

Al respecto, estima la Sala que de la revisión de la citada normativa se aprecia la facultad otorgada al Ejecutivo... para salvaguardar la seguridad alimentaria y el derecho a la vida de la colectividad, pues declara como servicio público todo lo relacionado con la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos a control de precios, asegurando a través de la regulación y fiscalización de dichas actividades la prestación de aquél en forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida, asimismo se deriva la facultad para imponer la sanción de multa a aquellos establecimientos que se nieguen a expender los productos sometidos a control de precios...

Ahora bien, existiendo el grave indicio de que la sociedad de comercio recurrente incurrió en una conducta sancionada por la legislación aplicable, según consta en el acta impugnada, dada la presunción de legalidad de la cual gozan los actos administrativos, y no pudiendo ser realizada en sede cautelar una confrontación probatoria que permitiese a la accionante desvirtuarla, juzga la Sala que la actuación de la Administración, cuestionada mediante el presente recurso de nulidad, estuvo dirigida –en principio– a salvaguardar el interés general de la seguridad alimentaria, antes desarrollado, sobre los particulares intereses de la parte actora, a fin de dar cumplimiento al deber que le impone el texto constitucional y el referido Decreto, razón por la que en esta fase cautelar no se evidencia –y sin que tal pronunciamiento se prejuzgue como definitivo– la alegada violación del derecho al debido proceso de la denunciante. Así se declara.

Al respecto observa la Sala, que la parte actora tuvo la oportunidad de acudir ante la Administración para alegar las defensas que juzgase oportunas y probar lo que estimase pertinente, precisamente en resguardo del derecho que denuncia violado, a fin de ejercer un control posterior de la actividad sancionatoria del INDECU. Razón por la que, se reitera, que no surge en la Sala la presunción de buen derecho que asista a la parte recurrente respecto al pretendido atropello de su derecho constitucional al debido proceso... Así finalmente se declara».

De las decisiones transcritas puede apreciarse que el panorama tampoco es nada prometedor en esta materia, en la que, además, se hace uso de un nuevo argumento: el de la seguridad alimentaria, que, cual fórmula quimérica, serviría para justificar, sin más, cualquier actuación del poder público por encima de los derechos constitucionales del individuo. Nuevamente se observa que, conforme al criterio adoptado por la jurisdicción contencioso-administrativa, con tan solo el «control posterior» del acto se «satisface plenamente» el derecho a la defensa.

- c) *La Ley Orgánica de Aduanas y el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria.*

Por último, parece ser que ese criterio también ha permeado en el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria²³. En dos resoluciones²⁴ que consideraron sendos recursos jerárquicos, entre cuyos fundamentos se alegaba la prescindencia total y absoluta de procedimiento

²³ Me parece interesante citar un párrafo en especial que, en mi opinión, es de capital importancia, porque nos permite ver más allá de la mera decisión particular y aprehender la concepción que del planteamiento general del asunto pareciera tener la Administración. Así, pareciera restársele toda importancia a la existencia o necesidad de tramitación de un procedimiento de primer grado porque, como se dice en una de las Resoluciones, «la interesada... se encuentra apenas en la vía administrativa, ella no sólo pudo invocar toda clase de alegatos ante este órgano jerárquicamente superior al que dictó los actos impugnados, sino que también pudo aportar toda clase de prueba... y si todavía este mecanismo no satisface los intereses de la recurrente, queda abierta para ella la vía judicial con dos instancias para dirimir a plenitud sus pretensiones... adicionalmente y por si fuera poco, existe un mecanismo paralelo para restituir a cualquier ciudadano el disfrute de un derecho... constitucional... el amparo constitucional».

²⁴ Resolución SNAT/GGSJ/GR/DRAAT/2010-0279, de fecha 30 de julio de 2010 y la SNAT/GGSJ/GR/DRAAT/2010-0228, de fecha 30 de junio de 2010, expedidas ambas por la Gerencia de Recursos de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria.

previo, la Administración pública expuso una nueva teoría, que pasaremos a revisar de seguida.

Versaba el asunto sobre la actividad sancionadora en materia aduanera: la Ley Orgánica de Aduanas tipifica varias infracciones administrativas y determina sus sanciones. Lo que no hace la ley es establecer un procedimiento para su tramitación. Empero, el artículo 500 de su Reglamento dispone que precisamente esas sanciones deben ser *«impuestas en virtud de resolución motivada que dicte el funcionario autorizado para imponerlas, previo levantamiento de acta donde se harán constar específicamente todos los hechos relacionados con la infracción, acta que deberán firmar según el caso, dichos funcionarios y el contraventor»*. Y, luego del acta, ha de tramitarse el procedimiento correspondiente, aplicable vía supletoria.

Ahora bien, la imposición de las sanciones en el caso estudiado no fue precedida de procedimiento administrativo alguno, ni siquiera del acta a la que se refiere el Reglamento. Frente la denuncia, hecha valer por el particular a través del recurso administrativo jerárquico, se presentó la oportunidad propicia para la exposición de una nueva teoría. Así, en el acto administrativo que resolvió el recurso se sostuvo que *«no está previsto en nuestra normativa procedimental la apertura del procedimiento sumario como paso previo al ejercicio de la Potestad Sancionatoria en materia de aduanas, y que entendidas las sanciones aduaneras como sanciones de tipo inmediatas por ser impuestas en ejecución directa de la ley que las prevé, pueden ser impugnadas en procedimientos impugnativos de segundo grado»*. Con este primer planteamiento se intentó salvar la ilegal desaplicación del Reglamento, alegando implícitamente que las sanciones aduaneras, por tener como supuesto rasgo distintivo el de ser ejecución directa de la ley -y nosotros nos preguntamos qué acto administrativo no lo es- no estarían sujetas a la disposición reglamentaria, la cual, resulta obvio afirmar, forma parte del bloque de la legalidad y, como norma reglamentaria general que es, no puede ser desconocida por un acto individual de aplicación, sin violar el principio de inderogabilidad de los actos generales por actos particulares.²⁵ En fin, se postula aquí la primera parte de la teoría: las sanciones de tipo inmediato (¿acaso un rebautizo de las sanciones plano?). Para no enmarañarnos más en el tema, remitiremos cordialmente al lector a las citas incorporadas en la introducción del presente trabajo, donde quedó clara la posición dominante de doctrina y jurisprudencia extranjeras en torno a este tipo de sanciones.

²⁵ Artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

A este primer planteamiento viene aparejado un segundo postulado: el mal llamado «*procedimiento inmediato*». Decimos mal llamado porque esta figura nos resulta en un grave contrasentido jurídico y lógico. Si «*inmediato*» es lo que «*sucede enseguida*» y el «*procedimiento*» es por definición una «*sucesión de actos en el tiempo*», resulta que ambas nociones no pueden coexistir en una misma expresión, so pena de caer en una insalvable *contradictio in terminis*. El procedimiento requiere siempre -esto es, necesaria e indefectiblemente- del transcurso de un tiempo, por más reducido o sumario que éste pueda ser. Pero en el caso planteado, para la Administración pública «*no hubo ausencia de procedimiento... por cuanto se aplicó el procedimiento sancionatorio en forma inmediata prevista en materia aduanera, en ejecución directa de lo previsto en la Ley Orgánica de Aduanas*».

Aún se desconoce el criterio que adoptarán los tribunales de la jurisdicción contencioso-tributaria al respecto. Tampoco nos consta si ese criterio administrativo ha sido aplicado a otros casos similares. No obstante ello, parece se propaga rápidamente entre los distintos órganos y entes de la Administración pública. Es, por tanto, deber de todo aquél que tenga interés por el tema, hacer su aporte, por pequeño y modesto que pueda éste ser, para detener esta angustiante metástasis.

2. De las razones que permiten afirmar la inconstitucionalidad y la ilegalidad de la prescindencia de un procedimiento constitutivo o de primer grado.

a) *El debido proceso y el derecho constitucional a la defensa.*

A los fines de la correcta aprehensión de las ideas que a continuación se compartirán y teniendo en consideración la situación que venimos narrando, consideramos importante sentar una premisa de partida: *el procedimiento administrativo previo se identifica con el llamado procedimiento constitutivo o de primer grado*. No obstante ello, no se puede olvidar la existencia de otro tipo de procedimiento o, como lo precisa DROMI, de otra «*fase*» del procedimiento administrativo: el de *revisión, impugnativo o segundo grado*.²⁶ Ése es siempre, por la naturaleza de las cosas, un procedimiento *posterior*, al menos en relación con el acto administrativo definitivo en que desemboca el procedimiento constitutivo.

²⁶ DROMI, ROBERTO, El procedimiento Administrativo, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 112.

Está más allá de toda duda -o al menos parecía estarlo- que el mandato constitucional de aplicación del debido proceso «a todas las actuaciones judiciales y administrativas», comprende o abarca, en el derecho administrativo, ambos tipos, grados o fases del procedimiento: tanto el constitutivo o de primer grado, como el revisor o de segundo grado, a lo cual hace expresa alusión el texto constitucional al referirse, en el numeral 1º del artículo 49, a la inviolabilidad de la defensa «en todo estado y grado de la investigación», «sea ésta judicial o administrativa»²⁷. Así lo ha confirmado el Supremo Tribunal²⁸, cuando refiriéndose a ambos procedimientos, ha admitido que este derecho a la defensa comprende «un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las del ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos...». Así pues, el debido proceso abarca tanto el procedimiento administrativo constitutivo (derecho a ser oído, entre otros), como el procedimiento administrativo revisor (derecho a los recursos, entre otros).

Sobre el amparo del procedimiento constitutivo bajo el manto cobertor del derecho al debido proceso se ha pronunciado también la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana²⁹, la cual «ha sido clara al señalar que la aplicación de plano de una sanción, vulnera el debido proceso, pues no otorga al gobernado la posibilidad de controvertir, antes de la sanción, las razones que le asisten para no ser objeto de ella. Un acto sancionatorio, desprovisto de un proceso previo, es un acto arbitrario, contrario al Estado de derecho, previsto en la Constitución». En ese sentido ya se había pronunciado previamente la misma Corte³⁰ cuando señaló que:

«Cuando la Constitución estipula en el artículo 29 que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, consagra un principio general de aplicabilidad: que el interesado tenga la oportunidad de conocer de una medida que lo afecta y pueda controvertirla... Por otra parte, cuando la administración aplica una norma legal, que al mismo tiempo limita un derecho, la decisión correspondiente debe ser no sólo producto de un procedimiento, por sumario que éste sea, sino que la persona afectada, sea informada de la determinación, pues se

²⁷ Sentencia No. 0080 de la Sala Constitucional de fecha 1º de febrero de 2001.

²⁸ Sentencia No. 0080 de la Sala Constitucional de fecha 1º de febrero de 2001.

²⁹ Sentencia C-005/98 de la Corte Constitucional colombiana.

³⁰ Sentencia T-359 de la Corte Constitucional colombiana de fecha 5 de agosto de 1997.

trata de un acto administrativo. De lo contrario, estaríamos frente a un poder absoluto por parte de la administración y, probablemente, dentro del campo de la arbitrariedad. Asuntos que en numerosas oportunidades ha señalado la Corte no corresponden al Estado de derecho... Además, en aras del bien general que se pretende proteger... no es posible pasar por encima de los derechos de las personas. Corresponde a las autoridades competentes armonizar estos dos asuntos, para no... vulnerar los derechos fundamentales».

Y es a la luz de la citada jurisprudencia que consideramos debe seguir entendiéndose la sanción de nulidad absoluta prevista en el artículo 19, numeral 4, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando se refiere a la «*prescendencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido*». Esa mención hace alusión no a cualquier procedimiento -como parece querer entenderlo ahora la jurisdicción contencioso-administrativa- sino siempre al *procedimiento previo*, constitutivo o de primer grado³¹, por lo que no valdría rebatir la sanción de nulidad del acto administrativo alegando la existencia o sustanciación de un procedimiento *posterior* a éste.³²

Así las cosas, no nos queda duda alguna de que una interpretación restrictiva del derecho al debido proceso que implique la reducción de su protección únicamente al procedimiento de segundo grado -tal cual hace la

³¹ E incluso en el procedimiento de segundo grado o revisor, respecto de la decisión producto de la interposición de un recurso, en aquellos casos en lo que la ley establezca un procedimiento como tal, puesto que normalmente el procedimiento de segundo grado no suele contener actos de sustanciación, sino que se reduce a un simple lapso para la resolución del recurso administrativo. Ahora bien, consideramos que en el caso que el particular retome la actividad probatoria, deben serle aplicadas las mismas consideraciones que se han planteado respecto del procedimiento constitutivo, ya que, de algún modo y en el presente contexto, el procedimiento de segundo grado podría también ser visto como uno constitutivo, respecto de la segunda decisión.

³² Ahora bien, como quiera que la norma se refiere a la prescendencia del procedimiento «*legalmente previsto*», resulta válido preguntarse qué sucedería en casos en los que sea la propia ley la que no establece expresamente ningún procedimiento previo o constitutivo, como sucede, *exempli gratia*, con la Ley de Aeronáutica Civil. En este caso diríamos que ante la ausencia de consagración expresa del constitucionalmente necesario y obligatorio procedimiento previo, debe aplicarse supletoriamente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo que su prescendencia total y absoluta daría lugar a la nulidad del acto. Lo que sí no es admisible es que ante un vacío de la normativa especial pretenda concluirse la imposibilidad de aplicación de la sanción del artículo 19, numeral 4, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, arguyendo que la ley no prevea un procedimiento del cual se prescindió. Siempre debe haber un procedimiento constitutivo y su prescendencia debe conducir necesaria e indefectiblemente a la nulidad del acto dictado.

jurisprudencia en los casos comentados en esta investigación, en los que, por tanto, aún ante la inexistencia del procedimiento constitutivo, se da por satisfecho el referido derecho constitucional- amputaría un contenido esencial del ámbito de protección del aludido derecho constitucional. Una interpretación restrictiva, *in peius* o *contra civem* como ésta se halla, empero, constitucionalmente vedada. El derecho al debido proceso implica *siempre* el trámite del procedimiento constitutivo y del procedimiento de segundo grado.

Y por lo que atañe ahora al *derecho a la defensa* propiamente dicho, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo³³, ha dejado claramente establecido que «resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en el general, cualquier tipo de limitación o restricción a la esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa». Se trata, pues, en palabras de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia³⁴, de «un derecho fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un Estado de Derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige».

Y dentro de ese derecho a la defensa se halla el llamado *derecho a ser oído* o, lo que es lo mismo, a que los argumentos y pruebas del individuo sean considerados efectivamente por la Administración pública al momento de la confección del acto administrativo definitivo. No oye quien ya se ha formado un criterio, quien ya está convencido y por eso ya ha decidido. Se oye, siempre, *antes* de decidir, ya que precisamente lo que el derecho a la defensa supone es que esas razones y pruebas del particular sean consideradas *para* la elaboración del acto, no para su contraste posterior: auscultar al paciente es útil sólo antes de que éste expire. Con el occiso ya nada sino la autopsia puede hacerse. Y eso era lo que de manera diáfana afirmaba la jurisprudencia tradicional, cuando, *exempli gratia*, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo³⁵ sostuvo que:

«El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia, es también un principio de eficacia, porque asegura un mejor conocimiento de los

³³ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 15 de agosto de 1997.

³⁴ Sentencia No. 0572 de la Sala Político-Administrativa de fecha 18 de agosto de 1997.

³⁵ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 15 de mayo de 1986.

hechos, contribuye a mejorar la administración y garantiza una decisión más justa. Este derecho a ser oído es un derecho transitivo que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo, y este deseo de escuchar supone de parte de la Administración: la consideración expresa de los argumentos y cuestiones propuestas por el interesado... la obligación de decidir expresamente las peticiones y la obligación de fundamentar las decisiones... analizando los aspectos propuestos por las partes e incluso aquéllos que surjan con motivo de la solicitud, petición o recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados».

Finalmente, es importante precisar que esta función de oír sólo puede materializarse a través del *acto administrativo definitivo*. Es por ello que jamás una sanción puede imponerse mediante un acto de trámite, que lo que tiene es un carácter preparatorio y que, en puridad de términos, no requiere procedimiento previo, ya que él -o mejor dicho, un conjunto ordenado o sucesión de ellos- constituyen en sí mismos el propio *procedimiento previo*, imprescindible para arribar al acto *definitivo*.³⁶ El acto administrativo de trámite no sirve *-id est*: no es idóneo- para oír los argumentos de fondo del administrado. Y no puede serlo porque por su naturaleza lo limita a servir únicamente para preparar el cauce para la expedición del *acto administrativo definitivo*, que sí lo es. Así pues, no queda duda alguna de que la imposición de una sanción, como acto de naturaleza ablatoria, que supone un gravamen para el particular, debe ser siempre hecha a través de un *acto definitivo*. Y, como quiera que no puede expedirse nunca un acto administrativo definitivo sin actos de trámite que le precedan, y siendo que éstos constituyen en sí el procedimiento constitutivo, nos encontramos frente a otra razón que impide concluir que una sanción pueda ser dictada sin procedimiento previo.

- b) *La presunción de inocencia y el principio de culpabilidad. El problema del control de la prueba y la violación del principio inquisitivo.*

Otro tema de índole constitucional que plantea la prescindencia del procedimiento constitutivo en el ámbito sancionador es el del desconocimiento de la presunción constitucional de inocencia y el principio de culpabilidad, *lato et improprio sensu*, bien porque se entienda que se pretende imponer una sanción mediante un *acto de trámite* al inicio del

³⁶ BREWER-CARÍAS, ALLAN, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, 7ma Edición, Editorial Jurídica-Venezolana, p. 146.

procedimiento administrativo de primer grado o bien porque simplemente se entienda que se ha pretendido imponer una sanción mediante un *acto definitivo* que, como tal, no ha sido precedido de procedimiento alguno de primer grado, opciones argumentativas ambas constitucionalmente inválidas.

Llámesele como se quiera, en todo caso el resultado será el mismo si se impone la multa sin haber comprobado previamente los hechos al investigado. Y ello resulta lisa y llanamente inconstitucional, puesto que la única forma de destruir la presunción constitucional de inocencia es demostrando la culpabilidad del investigado, esto es, la veracidad de los hechos inicialmente atribuidos a aquél. Y como quiera que, de nuevo por mandato de otro de los contenidos del derecho al debido proceso y a la defensa³⁷, no resulta admisible actividad probatoria alguna fuera del procedimiento para con ello garantizar al interesado el control de la prueba³⁸ y porque, en general, en un Estado de Derecho, toda función estatal debe hallarse procedimentalizada³⁹, resulta imposible destruir la presunción constitucional de inocencia sin, al menos, la sustanciación de un procedimiento previo. La existencia de un procedimiento constitutivo es una *conditio sine qua non* para la destrucción de la referida presunción, es, pues, requisito necesario, mas no suficiente para lograrlo.

Y es que la presunción constitucional de inocencia «*ha deshecho en la esfera sancionatoria administrativa viejos privilegios procedentes en línea directa del antiguo Derecho de policía: la presunción de verdad de las actas o denuncias de funcionarios administrativos, la presunción de verdad del mismo acto sancionatorio*»⁴⁰. ¿Será entonces que esta nueva tendencia nos pretende llevar de vuelta a ese antiguo derecho de policía?

³⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, Manual de Procedimiento Administrativo, 2da Edición, Aranzadi, Madrid, 2002, p. 319.

³⁸ Como lo deja claro GORDILLO, «*el particular, además, tiene derecho a efectuar el control de toda la producción de la prueba*», siendo precisamente «*este control del interesado sirve para la plena realización de los criterios rectores del procedimiento: legalidad objetiva, verdad material, defensa de interesado*» (GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 4, 1era Edición Venezolana, Funeda y Fundación de Derecho Administrativo, Caracas, 2001, pp. VII-16-17).

³⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, Instituciones de Derecho Administrativo, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 329.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 183.

Por otra parte, la prescindencia del procedimiento constitutivo también quebranta el principio inquisitivo o *Inquisitionsmaxime*. Si la presunción constitucional de inocencia supone «que sólo con base en pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quien acusa (aquí, la propia Administración, en su fase inductoria), podrá alguien ser sancionado... [razón por la cual]... toda sanción ha de apoyarse en una actividad probatoria de cargo o de demostración de la realidad de la infracción que se reprime, sin la cual la represión misma no es posible»⁴¹, luego, como quiera que, con base en el principio inquisitivo, pesa sobre la Administración la carga de demostrar esas imputaciones hechas al administrado, y habida consideración que únicamente en el marco de un procedimiento administrativo constitutivo es posible llevar a cabo dicha actividad probatoria; la inexistencia del procedimiento -del marco- genera como consecuencia lógica e inevitable la imposibilidad desde todo punto de vista teórico de que la Administración cumpla con su carga probatoria, como lo impone el aludido principio, el cual, en definitiva, quedará reducido a la virtualidad.

c) *De la desvirtuación de la finalidad del procedimiento administrativo.*

Como enseña la doctrina nacional y extranjera, el procedimiento administrativo tiene una *doble* función. Es, en palabras de MARTÍN-RETORTILLO, por un lado, «*exigencia para lograr mayor acierto en la Administración*»; y, por el otro, «*garantía directa de los administrados... faceta [por cierto] cada vez más acentuada, de significado incuestionable*»⁴². El procedimiento administrativo es, entonces, garantía de un mejor y más eficiente funcionamiento de la Administración y garantía del respeto de los derechos individuales.

En el ámbito sancionador, el procedimiento administrativo no escapa de ambas premisas: no sólo es garantía de los derechos del administrado en el marco de una actividad ablatoria, cual es quizá su faceta más fácil de apreciar, sino que también sirve para lograr una decisión más justa y, en consecuencia, una mayor eficiencia de la actividad administrativa. Así pues, en la medida en que el particular puede ejercer su derecho a participar en la formación de la voluntad de la Administración, la decisión que se tome

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 184.

⁴² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, Instituciones de Derecho Administrativo, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 329.

vendrá dotada de una mayor legitimidad, será, además, producto de un «*aquilatado juicio*», depurando la actividad antes de alcanzar sus resultados, facilitando a la Administración la adopción de una decisión proporcional, materialmente justa, en fin, como lo señala MUCI BORJAS, es necesario siempre que «*producto de una adecuada valoración, toda medida adoptada por la Administración guarde relación -i.e., sea acorde- con la concreta situación de hecho; en definitiva, que la medida que se adopte sea funcional o adecuada para la satisfacción de los intereses que a la Administración incumbe tutelar*»⁴³.

Por el contrario, la inexistencia del procedimiento previo no sólo imposibilita la consecución de su finalidad garantista, desde el punto de vista de la protección de la esfera jurídica del individuo, sino que también frustra la consecución de su otra finalidad, es decir, impide «*la garantía del interés público, concretada no sólo ya en la legalidad, sino en la garantía de una buena administración*»⁴⁴. Al no haber procedimiento previo, pues, el derecho administrativo dejar de ser «*garante de la mejor decisión posible*»⁴⁵.

d) *La vulneración del principio contradictorio.*

Como bien lo destacan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, el principio contradictorio supone «*la posibilidad de que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva*»⁴⁶. Es por su propia naturaleza de cauce para la convergencia de esos intereses en juego, de las diversas versiones y apreciaciones sobre los hechos y de los diferentes razonamientos que *todos* los interesados en las resultas del procedimiento administrativo puedan tener, que se reconoce que dicho carácter contradictorio es de la esencia del procedimiento administrativo, tanto que para GORDILLO se trata, incluso, de un «*principio de vigencia universal*»⁴⁷.

⁴³ MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, Procedimientos y Administración Pública, Algunas reflexiones en torno al procedimiento administrativo venezolano de ayer y de hoy, en vista de las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia comparadas, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 147, Caracas, 2009, pp. 113.

⁴⁴ ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, Derecho Administrativo General, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 18 y 19.

⁴⁵ ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, Derecho Administrativo General, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 18 y 19.

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 474.

⁴⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, 1era Edición Venezolana, Funeda y Fundación de Derecho Administrativo, Caracas, 2001, p. IX-30.

Como corolario de la doble finalidad del procedimiento administrativo, se reconoce hoy en día que con el principio contradictorio -en palabras de la doctrina argentina- no sólo se obliga a «la Administración a asegurar una participación igualitaria de los interesados»⁴⁸, sino que también se permite que se dé «la contradicción en propio interés público, pues la administración contará con mayores elementos de juicio y estará en más adecuadas condiciones de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad»⁴⁹.

Pues bien, en el derecho administrativo, el significado y el alcance del principio contradictorio son, por cierto, bastante distintos a la concepción que de él se tiene en el derecho procesal. En el proceso, el juez -que de ningún interés es titular- se limita únicamente a aplicar el Derecho al caso concreto, debiendo apego sólo al ordenamiento jurídico; así, el principio únicamente se aplica a las partes y a sus intereses contrapuestos. En el derecho administrativo la situación es diametralmente opuesta, ya que la Administración no actúa de manera desinteresada, como lo hace el juez. La Administración tiene, por el contrario, un interés muy claro que tutelar: el interés general. Es por ello que incluso en las relaciones lineales, esto es, las que se dan entre un particular y la Administración, se plantea igualmente la posibilidad -que se da en los más de los casos- de discrepancia entre el interés del particular del individuo y el interés general que tutela la Administración. En el derecho administrativo, entonces, no se requiere necesariamente de la presencia de intereses individuales contrapuestos -como es el caso de las relaciones triangulares o del proceso- para la vigencia del principio contradictorio. Ello explica porqué éste se aplica con igual intensidad en los procedimientos lineales, en los que, insistimos, la contradicción es entre el interés del administrado y el que tutela la Administración.

En conclusión, podemos apreciar cómo la prescindencia de un procedimiento administrativo constitutivo deja en la mera virtualidad un amplio catálogo de principios, garantías y derechos constitucionales. Y ello explica en parte porqué este vicio es precisamente uno de los supuestos taxativos de nulidad absoluta consagrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

⁴⁸ DROMI, ROBERTO, El procedimiento Administrativo, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 91.

⁴⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, 1era Edición Venezolana, Funeda y Fundación de Derecho Administrativo, Caracas, 2001, p. IX-30.

Conclusión.

De todo lo precedentemente expuesto queremos derivar en este instante una única conclusión: en el derecho administrativo es *inaceptable* la aplicación de sanciones sin que medie un procedimiento administrativo constitutivo. ¡Así de simple!