

LA INVASIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. RELACIÓN NACIONAL DE VENEZUELA AL XVI CONGRESO DE DERECHO COMPARADO.

DRA. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ*

SUMARIO

Ámbito en el cual opera. ¿Existe una verdadera invasión del Derecho Penal con el Derecho Administrativo? La naturaleza del Derecho Sancionador. Aspectos en los cuales está presente en el Derecho Sancionador la influencia del Derecho Penal. 1) Recepción del Principio de tipicidad. 2) Principio de Irretroactividad. 3) Principio de culpabilidad como fundamento de la responsabilidad. 4) Principio de la proporcionalidad. 5) Principios de extinción de la potestad sancionadora. 6) Principio del "non bis in ídem". 7) Principio de presunción de inocencia. 8) El principio de subordinación de la administración sancionadora al juez penal. 9) Principio de interdicción del "solve et repete" y de la "reformatio in peius". 10) El principio de ampliación de la legitimación activa en el Derecho Sancionador. 11) El principio de denegación de las habilitaciones en blanco o remisiones insuficientes. Origen de la aplicación del Derecho Penal en el Derecho Administrativo. 1. El lenguaje. 2. La tipicidad. 3. La progresiva transformación de las faltas administrativas en delito. 4. Los cambios en el procedimiento.

* Profesora Titular (Jubilada) de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela (UCV) - Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

RESUMEN.

ÁMBITO EN EL CUAL OPERA

La invasión del Derecho Penal en el Derecho Administrativo se ha producido predominantemente en el ámbito de una de las ramas especiales de este último: en el Derecho Sancionatorio. El adverbio que hemos utilizado deriva de la constatación de que es en tal esfera donde ambas disciplinas están más cercanas, por el hecho de que, por igual, implican el ejercicio del *ius puniendi*. En efecto, el Derecho Sancionatorio comprende el régimen de las disposiciones que rigen el ejercicio de la potestad sancionatoria, que es una de las facultades características de la Administración, por cuanto es aquella a través de la cual se trata de impedir la violación de las prohibiciones y limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone a la conducta de los administrados, para garantizar la eficacia de su actuación. El Derecho Penal a su vez, versa sobre el régimen que determina la facultad del Estado de reprimir los hechos criminales tipificados como delitos y faltas y de aplicar las correspondientes penas.

La potestad sancionatoria, como toda potestad, tiene la característica de ser una carga pública, lo cual implica para quien la ejerce una dualidad de situaciones: la situación de ser el titular de un derecho y la situación de ser el detentador de un deber que, puede incluso convertirse en obligación en ciertas condiciones frente a determinados supuestos. Por ejemplo, la lesión sufrida por un sujeto por la falta de aplicación de medidas impeditivas de daños ecológicos, o por el “perdón” a los imputados de hechos análogos a los que determinaron la lesión.

De allí que, por lo que atañe a la parte que podríamos denominar negativa para su titular en el ejercicio de la potestad, la misma está constituida por un deber de actuación tan severo que, en algunos

momentos, es una verdadera obligación pública, cuya exigencia puede ser accionada en muchas situaciones legalmente previstas por vía jurisdiccional (acción de carencia).

Con respecto al derecho constitutivo de la carga, el mismo radica en que la administración puede operar en ciertos campos que, normalmente por su naturaleza, le estarían vedados. En el caso presente tal campo corresponde a la actividad represiva, esto es, a la que está destinada a reprimir, a castigar, a limitar la esfera de los administrados.

La potestad sancionatoria asume características particulares cuando se ejerce frente a ciertos sujetos, a la sazón, los integrantes de los ordenamientos jurídicos especiales, es decir, las administraciones públicas que actúan limitadamente dentro de círculos competenciales definidos. En estos círculos, las violaciones al orden interno de la administración son reprimidas a través de una modalidad especial que se denomina potestad disciplinaria. Con el ejercicio de esta última, esto es, de la potestad disciplinaria, se trata de mantener incólume los principios que rigen en un ordenamiento jurídico especial. Se inspira esencialmente la potestad disciplinaria en la relación de jerarquía de la cual configura uno de los elementos operativos. En efecto, la relación de jerarquía es aquella en virtud de la cual en los órganos estructurados por grados de poderes decrecientes a partir de la cúspide, los ubicados en la esfera superior pueden dictar órdenes a los inmediatos inferiores, salvo el máximo jerarca que tiene ese mismo poder sobre la globalidad de los integrantes de la correspondiente figura subjetiva.

El Derecho Sancionatorio con sus variantes, no es en nuestro criterio un Derecho Especial Administrativo, sino que forma parte de la Teoría General de la Administración, esto es, del eje central de la disciplina. En efecto, el mismo obedece a la esencia de las estructuras organizativas, ya que conforma un medio para lograr la cohesión de sus elementos. Puntualicemos que las disciplinas especiales del Derecho Administrativo se clasifican como tales en virtud de la materia sobre la cual versan; no así por constituir el estudio de uno de los elementos esenciales del ejercicio de la función administrativa. Es por lo anterior que todo lo relativo a la organización administrativa, a las potestades administrativas, a los procedimientos de actuación de la administración

y a los sujetos de la misma, no conforma una disciplina especial. Por el contrario, el estudio de la administración de los recursos naturales, el de los ingresos del Estado; el de las exacciones; el del ejercicio de la función registra! y la infinidad de actividades calificadas por la materia sobre la cual recaen, conforman los derechos especiales que derivan del Derecho Administrativo como es el caso del Derecho Minero, el Derecho Registral, el Derecho Funcionarioal y asimismo de toda la gama de los Derechos Administrativos Económicos (Derecho de la Libre Competencia), del Derecho Ambiental, del Derecho Fiscal y sus múltiples ramas como lo son el Derecho Aduanero y Sucesoral, para mencionar solo algunos de ellos.

¿EXISTE UNA VERDADERA INVASIÓN DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO?

Ante todo debemos precisar que significa la invasión del Derecho Penal en el Derecho Administrativo.

Generalmente el término invasión o su sinónimo, esto es, cualquier expresión que aluda a la intromisión de un elemento en otro, tiene una cierta connotación negativa. En el caso específico del Derecho Administrativo, se piensa que las incursiones que sobre el mismo realiza el Derecho Penal están dirigidas a hacerlo cada vez más represivo. Se evoca así como situación típica, la de la progresiva e indetenible conversión de las sanciones administrativas en delitos. Indudablemente que tal situación es real, pero no constituye una visión global del asunto, ya que al lado de la misma hay aspectos de naturaleza positiva. En efecto, por un lado es evidente que cada vez más el legislador encuentra cómodo sancionar la conducta del administrado que se aleja de los fines que se ha propuesto conseguir mediante las normas que dicta, a través de las penas, en lugar de encontrar un sistema que implique el reparto de las cargas entre el sujeto que se beneficia de la actividad del Estado para las cuales tales tareas se destinan, y el Estado mismo, que tiene como deber público la realización de tal actividad. Por ejemplo, la protección del ambiente exige una política fundada en la protección de los valores ecológicos. Esta política no puede ni debe ser desarrollada aisladamente

por el Estado, sino compartida entre el mismo y los sujetos del ordenamiento, impidiéndoles lesionar el ambiente y mejorar sus condiciones mediante el uso de las modernas tecnologías que han surgido al efecto. La correcta protección estaría entonces en el establecimiento de cargas perfectamente equilibradas entre el Poder Público y los habitantes de cada región específica. Otra forma de mantener la protección ambiental es sancionar duramente la transgresión de las normas establecidas en su beneficio. Por tendencia natural, el Estado desarrolla al legislar su potestad represiva en el más alto grado; pero no es cierto que los resultados que se obtienen con la aplicación de este último método sean los más beneficiosos.

Es así como, siguiendo tales criterios, las simples sanciones administrativas se convierten mediante cada nueva reforma de ley o en cada texto que se dicta en forma originaria para regular una materia administrativa, en severas penas corporales, mediante las cuales el Estado trata de reprimir la conducta contraria a la norma. La pregunta es si la represión opera en el mismo sentido positivo en que lo podría hacer la directa colaboración del sujeto en la protección de los intereses que le conciernen. Pongo por ejemplo la situación de una represa cuya exigencia de reparación se hace cada vez más inminente. En el ámbito de la política pública, la primera solución que pareciera encontrarse es el sancionar duramente al usuario directo del servicio en el caso de la transgresión de las rígidas normas que, con carácter de emergencia se establezcan para su mantenimiento precario; pero la verdadera política pública podría versar sobre la imposición a los lugareños de una carga correspondiente a la ayuda necesaria para la construcción de diques de contención y la reparación progresiva de sus estructuras existentes.

Ahora bien, la invasión a la cual hemos aludido tiene también -incluso en el campo sancionatorio- un carácter positivo representado por la adopción por parte del Derecho Administrativo que regula tal esfera, de la mayor parte de los principios básicos del proceso penal, como lo son: **El principio de “non bis in idem”, el principio de irretroactividad, el principio de tipicidad; el de la interdicción del “solve et repete” y el de la “reformatio in peius”** entre otros.

LA NATURALEZA DEL DERECHO SANCIONADOR

Hemos estado rozando en los párrafos que anteceden el problema de la naturaleza del Derecho Sancionador o Sancionatorio, que no es otra cosa que la determinación del origen de la potestad que la condiciona y a cuyo examen se destina. Todo en el fondo gira alrededor de la pregunta de si existe o no una sola potestad punitiva del Estado, bajo la cual se cobilan la potestad penalizadora de los delitos y la potestad sancionadora de las faltas contra la infracción de las normas administrativas. La solución teórica al problema no es unánime y hay quienes ven una potestad única y otros que estiman que se trata de dos manifestaciones del Poder Público que tienen direcciones diferentes. Podemos considerar que la tesis predominante se inclina hacia el reconocimiento de una potestad administrativa sancionadora integrante del “ius puniendi” del Estado, esto es, la solución de la potestad única diversificada por la materia y el órgano que lo ejerce.

La tesis que estima la existencia de una potestad administrativa sancionadora diferente a la potestad penal del Estado, parte del criterio de que el juez tiene el monopolio de la aplicación de la pena, sin embargo la Administración puede aplicar sanciones en los casos en los que existen necesidades transitorias y por ello su poder tiene carácter excepcional.

Más actual es la tesis de la potestad punitiva única que se desdobra mediante la coexistencia de la potestad sancionadora penal y de la potestad sancionadora administrativa. Para quienes admiten esta postura hay dos interpretaciones diferentes que tratan de dilucidar si se trata de dos poderes independientes con igualdad de rango o, si se trata de una potestad judicial originaria de la cual deriva la administrativa con naturaleza complementaria y auxiliar. Aceptar la segunda teoría permite que el derecho sancionador reciba todas las instituciones, todos los avances que son propios del Derecho Penal. Es decir que esta tesis tiene la ventala de que, los principios humanitarios del Derecho Penal que tan lentamente se han ido construyendo, pasen al Derecho Administrativo Sancionador.

Quienes consideran que existe una potestad administrativa distinta de la potestad sancionadora general del Estado, la fundamentan en diferentes nociones. En efecto, para algunos la justificación está en la actividad de policía que la administración ejerce y que exige como elemento de eficacia la aplicación de la facultad de sancionar. Al efecto se dice que donde hay policía existen sanciones y que incluso la sanción es la base misma de la actividad de policía por cuanto es la que garantiza su efectividad.

Cambiando la designación de la actividad protegida se sostiene igualmente dentro de la misma línea que la existencia de la potestad sancionadora radica en el orden público. Se señala así que quien tiene la potestad de ordenar, demandar y de prohibir, debe tener como elemento ejecutor complementario, la potestad de sancionar por cuanto sin ella la primera no tendría eficacia alguna.

Quienes critican estas dos últimas tesis expuestas señalan que las actuaciones de policía y de orden público tienen diferente naturaleza de las actuaciones penales, aun cuando por igual lleguen a un mismo resultado. La policía y el orden público pretenden garantizar un estado de cosas, o bien restaurarlo, mientras que las sanciones infringen un mal que no restablece a su estado originario el orden afectado.

Otra tesis estima que la potestad sancionadora forma **parte implícita** de la competencia de gestión de la administración. La potestad sancionadora es el medio de ejecución del cumplimiento de los deberes impuestos a los ciudadanos. Se dice que donde el ordenamiento jurídico faculta a la administración para que aplique una normativa, allí existirá una potestad de sanción para el caso en que el mandato sea incumplido. Se considera que carecería de sentido que al órgano administrativo le esté permitido imponer mandatos de obligatorio cumplimiento, pero su incumplimiento quede impune por la falta de una atribución expresa sancionadora. Lo anterior alude al hecho de que en general en pocas normas constitucionales se alude en forma expresa a la atribución sancionatoria. La pregunta es la siguiente: ¿si no existe una facultad expresa, la potestad no existe; o si es posible encontrar el ejercicio en una atribución implícita? En el caso específico de la Constitución española la misma ha dado por supuesto la existencia de la potestad sancionadora

al regular algunos de los aspectos concretos de su régimen lo cual justamente constituye una atribución implícita.

A diferencia de las tesis anteriores aparece la teoría de un único *ius puniendi* del Estado el cual se diversifica en dos ramas: la judicial penal y la administrativa.

La Constitución venezolana nada señala sobre la competencia para aplicar sanciones. En efecto, a pesar de que alude a la Administración Pública en el artículo 141, a través de los principios en los cuales se fundamenta su actuación, lo único que establece con respecto a ella es la atribución de responsabilidades derivadas de su mal funcionamiento (artículo 140) o el régimen de los sujetos que ejercen dentro de su esfera la función pública (artículo 144 y 146). La absurda estructuración de nuevos poderes que, se unen a la trilogía tradicional de: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no llevó sin embargo a la discriminación entre la administración clásica como aparato del Poder Ejecutivo y las administraciones de los restantes poderes del Estado (Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral). No teniendo clara la noción de administración, menos aún podía el constituyente establecerle un régimen de atribuciones. Es así como se limitó a los enunciados que precedentemente se mencionaron. Es justamente sobre la más importante de las menciones a las que hemos aludido, esto es, a la del artículo 141 que ha de recaer nuestro examen. En efecto dicho artículo establece: “La administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

El artículo transcrito se refiere a cuatro ideas fundamentales que son las siguientes:

1. La administración está al servicio de los ciudadanos.
2. La administración se fundamenta en una serie de principios que expresamente se enuncian.
3. La consagración de la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la Administración Pública.
4. El sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad.

Por lo que atañe al primer enunciado el mismo suscita toda clase de críticas. Ante todo contiene un gravísimo error al considerar que la Administración Pública está al servicio directo de los administrados. En realidad la norma no habla de servicio directo tal como lo subrayáramos, pero al no precisar en qué forma se halla el vínculo de administrado-administración con relación al servicio que ésta le presta, debe concluirse que es una relación directa. Ahora bien, en forma alguna la administración puede estar al servicio del administrado en manera inmediata, por cuanto ello implicaría que es un instrumento del administrado y no del Estado o de los Poderes a los cuales sirve. La administración es un instrumento del Poder Público, y por ello no tiene vida propia, sino la del órgano del cual depende y por el cual actúa.

El segundo elemento de la norma comentada es el de los principios que regulan la actividad de la administración y que son mencionados así: “honestidad; participación; celeridad; eficacia; eficiencia; transparencia y rendición de cuenta”. El enunciado es totalmente arbitrario ya que el orden que expresa no alude a una relación intrínseca con los elementos como tales. Si los redistribuyéramos podríamos considerar que los mismos se refieren a lo siguiente: a un principio de buena administración, que está representado en la celeridad, la eficacia y la eficiencia. Se trata de principios relativos a la optimización de la actividad administrativa en virtud de los cuales la misma debe ser rápida, debe obtener sus fines y debe hacerlo en la mejor forma posible. Un segundo grupo de principios se refieren a la moralidad administrativa. Son ellos: los de honestidad, transparencia y rendición de cuentas. Se quiso con estos enunciados exigir a la administración ceñirse a las reglas de la ética pública.

Como puede apreciarse hemos obviado el señalamiento y la ubicación en el esquema que enunciaríamos del principio de participación. Ello obedece a que en nuestro criterio no atiende a ninguno de las características de las administraciones públicas y -en nuestro criterio-, su inclusión es un error del constituyente que puede sólo justificarse como obediente a una interpretación demagógica de lo que es la participación. En efecto, el principio de participación es aquel que hace del Poder Público un organismo básicamente integrado por los miembros de la comunidad. Ahora bien, si la administración es sólo el instrumento

del poder al cual sirve, mal puede ser participativa. El poder puede ser participativo, la administración no.

El tercer postulado alude efectivamente a una responsabilidad del Estado y no del funcionario, lo cual significa la consagración en el texto de la Constitución de la responsabilidad patrimonial del Estado, no solo por los hechos de la administración -lo cual está consagrado en el artículo 140- sino por los de cualquier órgano público.

El último postulado es el principio de legalidad. La redacción de la norma es incorrecta por cuanto habla del “sometimiento pleno a la ley y el derecho” lo cual haría entender que el derecho es algo diferente a la ley o que la ley no está comprendida en el concepto de derecho. En todo caso, de lo que se trata es del sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad, esto es, aquel en virtud del cual sólo puede ejercer las funciones que le han sido expresamente atribuidas, aún cuando deba colaborar con otros órganos públicos en la realización de los fines del Estado (artículo 136, primer aparte). Aun cuando la “colaboración” ha de estar presente, sin embargo el artículo 137 insiste sobre la sujeción específica que han de tener los órganos del Poder Público a las atribuciones que la Constitución y la Ley le asignan.

Del enunciado anterior cabe preguntar si la potestad sancionatoria dentro de la cual figuran sus varias hilas menores, como lo es la potestad disciplinaria, puede válidamente ejercerse por la administración, en vista de que no existe un texto constitucional expreso que la acuerde. Es indudable la pobreza del texto constitucional en materia organizativa, que en el caso debería conducirnos a estimar que tal potestad, no perteneciendo en forma expresa a la administración, no puede ser ejercida por ella a menos que sea a título de colaboración con otros órganos a los cuales sí se les haya sido asignado concretamente. Rechazamos por absurda esta interpretación, considerando que la potestad sancionatoria es suficientemente válida en base a su consagración legal y en caso de que ella falte como señalamiento específico de la ley, habría que considerar la existencia de una atribución implícita. En efecto, el titular de un poder capaz de obligar a los administrados a realizar determinados actos o a abstenerse de hacerlo, necesariamente posee un poder coactivo para lograr en su propia esfera el cumplimiento de su mandato, a menos que una ley en forma expresa lo niegue. Es ahí donde está la noción de la atribución implícita de la potestad sancionadora.

ASPECTOS EN LOS CUALES ESTÁ PRESENTE EN EL DERECHO SANCIONADOR LA INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL

Hemos dicho precedentemente que la invasión del Derecho Penal en el Derecho Administrativo presenta un aspecto negativo como lo es el de la acelerada conversión de las tradicionales sanciones administrativas en delitos sometidos a penas corporales. Las conductas de los administrados frente a la administración, objeto de sanciones administrativas, pasan a ser consideradas como delictuales.

La represión de la de ser patrimonial para hacerse personal.

Es indudable que tal influencia es determinante en la transformación de la sanción administrativa en sanción penal lo cual nos obliga a determinar cual es la diferencia entre ambas sanciones, estribando la misma en la naturaleza corporal de la sanción penal.

La sanción penal se manifiesta en una pena corporal. La sanción penal es un castigo que se aplica al sujeto trasgresor de una norma como punición; en cuanto que la sanción administrativa es uno de los medios de los cuales dispone la administración para inducir al administrado a actuar en determinada forma o abstenerse de hacerlo. La sanción administrativa se presenta como el mal que la administración infringe a un administrado en ejercicio de la potestad administrativa por una conducta constitutiva de infracción administrativa, es decir tipificada previamente como tal. El contenido de estas sanciones puede operar directamente sobre el patrimonio del sujeto, como es el caso de la multa, o puede implicar la pérdida total o parcial de una ventaja, como es el caso de la revocación. Las penas accesorias son las de comiso y la obligación de reponer las cosas al estado anterior al daño que se hubiese ocasionado. Hemos señalado igualmente que múltiples factores positivos derivan de la invasión. Dentro de estos factores últimamente aludidos debemos acotar como fundamentales la recepción en el Derecho Administrativo de los principios básicos del Derecho Penal. Los principios que han sido transmitidos son los que a continuación se enuncian con la advertencia de que no siempre su recepción en el Derecho Administrativo ha sido total y completa.

1) Recepción del Principio de Tipicidad

El principio de la tipicidad de los delitos es aquel en virtud del cual las formas delictuales no pueden ser improvisadas sino que es preciso una conceptualización de las mismas por el legislador que determina todos y cada uno de los elementos que las conforman. Constituye así delito tan sólo lo que ha sido calificado como tal en una norma típica y se encuentra en todos y cada uno de los supuestos que dicha norma le otorgara. El principio de tipicidad presente en el Derecho Penal se traslada al Derecho Sancionatorio para exigir que las faltas administrativas también estén preestablecidas en una norma y que su calificación sea el fruto un proceso de subsunción de los supuestos de hecho en los supuestos normativos. Ahora bien, es indudable que, por una parte, ya en el Derecho Administrativo la tipicidad estaba presente a través de la noción del acto-proveimiento administrativo que, por ser un acto capaz de degradar el derecho subjetivo a simple interés, e incluso, de afectar la esencia misma de una situación subjetiva, presenta coincidencias con la calificación del delito. Igualmente se vincula el principio de tipicidad con el principio de legalidad que, referido al Derecho Sancionatorio se revela como aquel en virtud del cual nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente. Fue así como la tipicidad del Derecho Penal se alineó en el cuadro de la legalidad del Derecho Sancionatorio que lo incorpora a su régimen conjuntamente con otras reglas igualmente esenciales como lo son: la reserva legal, la competencia y el procedimiento. En general la tipicidad es una manifestación de la seguridad jurídica al anunciar mediante una norma expresa la penabilidad de una conducta.

La aplicación de este principio implica las siguientes etapas:

- a) Operación de tipificación, que ha de realizarse mediante ley formal, o con norma que tenga su mismo rango, cuyo contenido es la calificación formal como infracciones de determinados supuestos y su clasificación en leves, graves y, muy graves;
- b) La colaboración reglamentaria en la tipificación. Este enunciado alude al hecho de que la ley puede llamar al reglamento para que colabore en la tipificación, siempre sometido a las siguientes

tes reglas: a) que la ley debe establecer el cuadro de infracciones y sanciones; b) que el reglamento debe colaborar mediante sus especificaciones a la más precisa identificación de las infracciones y; c) que al reglamento le esté prohibido prever nuevas infracciones o sanciones; alterar la naturaleza de las previsiones legales, y aplicar por si mismo las infracciones y las sanciones.

Tal como hemos señalado la tipicidad conforma un cuadro dentro de la legalidad del régimen disciplinario conjuntamente con la reserva legal, la cual es menos estricta que en materia penal. Ya que se considera absurdo entender que hay una reserva absoluta del Derecho Sancionador administrativo. En efecto en tal esfera operan como elementos básicos, la tecnificación, la complejidad y la extraordinaria dinámica de la sociedad actual.

El otro elemento mencionado por nosotros es el de la competencia, constituido por el postulado de que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde sólo a los órganos previamente determinados, con la expresa prohibición de delegación.

Finalmente ha de mencionarse el procedimiento, ya que la sanción administrativa es el resultado de una actividad estrictamente formalizada. El procedimiento ha acogido una serie de pautas rígidas que deben ser atendidas y que son del tenor siguiente:

- 1) El principio de aplicación de las garantías procedimentales de defensa que implica ante todo el derecho de conocer los cargos, de ser informado de la acusación y de producir las pruebas que resulten procedentes.

Al anterior principio se unen otras reglas procedimentales que son propios de los procedimientos sancionadores a saber:

- 2) El de la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose cada una de ellas a órganos diferentes;
- 3) El principio de la legitimación de la adopción mediante acto motivado de medidas de carácter provisional, para el aseguramiento de la eficacia de la resolución final;
- 4) Otro principio sería el de la resolución de todas las cuestiones planteadas en el expediente sancionador (globalidad de la decisión); y, finalmente,

- 5) El principio de la motivación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador.

2) Principio de irretroactividad

El cual implica lo siguiente:

- a) La aplicación de la norma sancionadora sólo es válida para situaciones posteriores a su vigencia;
- b) Excluye la aplicación de normas retroactivas desfavorables.

3) Principio de Culpabilidad como fundamento de la Responsabilidad

En el derecho penal no hay delito objetivo esto es aquel en el cual no opera el factor de la intencionalidad o de la culpa. En consecuencia, la responsabilidad a diferencia de lo que sucede en materia civil, exige de la presencia del elemento subjetivo sin el cual no puede configurarse. Trasladado al campo administrativo la noción de la responsabilidad penal, la responsabilidad administrativa necesita del elemento dolo o culpa.

4) Principio de la Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad alude a la relación existente entre la falta y la sanción que solo se generan válidamente para el derecho cuando están estrechamente enlazadas. De la magnitud de la falta dependerá el peso de la sanción, en forma tal que todo exceso en esta última que ignore la entidad misma de la transgresión está viciada de raíz por cuanto es violatoria de la racionalidad de la medida o de la congruencia que la misma debe tener con la situación fáctica sobre la cual opera.

5) Principios de Extinción de la Potestad Sancionadora

La potestad sancionadora atendiendo a la influencia del Derecho Penal puede extinguirse bien, mediante la caducidad, o bien, mediante la prescripción. Ambas figuras (caducidad y prescripción) se refieren a la temporalidad del ejercicio del derecho; pero presuponen además La inactividad del titular del mismo por lo cual la conjunción de las

circunstancias paso del tiempo e inactividad producen la pérdida del derecho o de la potestad. Es la noción de caducidad la que predomina en el campo administrativo por cuanto ella se refiere a los lapsos que corren sin que sea posible su suspensión y su interrupción. La caducidad es la extinción de la facultad sancionatoria por falta de ejercicio en un determinado tiempo. Durante un periodo primigenio se consideró que la potestad sancionadora no estaba sometida a prescripción alguna, justamente porque era el medio de orden público acordado a la administración para lograr el sometimiento de los administrados a los fines trazados por las normas. Este criterio va a ser desplazado por el criterio humanitario de La prescripción en virtud del cual también las potestades se extinguen por la falta de su ejercicio dentro de determinados lapsos que la ley prevé.

6) Principio del “*non bis in idem*”

Es el de la concurrencia de sanciones o incompatibilidad de la doble punición penal y administrativa. El principio que se expresa, alude a La interdicción de la doble sanción por los mismos hechos.

Este principio sólo puede surgir en un sistema que se base en una potestad sancionadora del Estado independiente de la potestad punitiva y, en consecuencia, de la jurisdicción penal, ya que el mismo se apoya en la compatibilidad de la sanción administrativa con la penal. Nos señala la doctrina que la compatibilidad entre la sanción y la sanción administrativa penal fue posible porque el sistema originario de conflicto entre la administración y los tribunales protegía “al modo francés” La actividad de la administración, de las intromisiones de los jueces, reservándole a dicha administración el monopolio para plantear conflictos de competencia. La única forma de evitar que la jurisdicción penal fuese burlada en sus competencias y funciones cuando se había anticipado a sancionar determinados hechos, consistía en afirmar la doctrina de la compatibilidad de la pena con la sanción administrativa. En España, el Tribunal Supremo encontró la tesis de la compatibilidad en un precepto de Código Penal que consagra que sus disposiciones no limitan las facultades de la administración, por lo cual, con mayor razón los poderes sancionadores de la administración no podían limitar la competencia de los jueces y tribunales. Esta doctrina jurisprudencial que es bastante

antigua, no fue bien acogida. Por el contrario se afirmó la prevalencia de la jurisdicción penal, limitándose la actividad de la administración a la simple investigación de los hechos, o prohibiéndose la doble sanción a través de la atribución de la competencia judicial al castigo de las faltas denunciadas por particulares y, de la administrativa, para reprimir los hechos perseguidos de oficio. A pesar de esta última tesis, continuó manteniéndose la independencia de la potestad sancionadora y de la jurisdicción penal, tanto en la legislación especial administrativa como en la jurisprudencia contencioso-administrativa. La Constitución venezolana de 1999 recogió el principio del *non bis in idem* pero sólo en el proceso penal (artículo 49, ordinal 7), pero la doctrina y la jurisprudencia han defendido su vigencia por estimar que la prohibición de la doble sanción está implícita en el principio de legalidad que impide una tipificación simultánea de iguales conductas con diferentes efectos sancionadores o, en el principio de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

7) Principio de presunción de inocencia

El Código Orgánico Procesal Penal define en su artículo 8 el principio aludido en el epígrafe en la forma siguiente: “Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme”.

Según tal principio los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, mientras no se demuestre lo contrario; demostración que incumbe a la administración.

Este principio tiene en algunos sistemas rango constitucional como es el caso de la nuestra, cuyo artículo 49, ordinal 2º lo consagra; pero siempre se presenta referido a la jurisdicción penal. La jurisprudencia sin embargo lo ha extendido a cualquier procedimiento en el cual se impute un hecho a un sujeto. Podemos considerar que la aplicación del principio se desarrolla sobre los siguientes postulados: 1) toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria; 2) las pruebas deben ser constitucionalmente legítimas; 3) la carga de la actividad probatoria pesa sobre el acusador, no existiendo la carga del acusado sobre la

prueba de su inocencia o no participación en los hechos. Esta regla lleva a la anulación de los actos sancionadores en que falte en el expediente administrativo una prueba material de los hechos imputados sin que pueda trasladarse al imputado tal carga. Ni siquiera la confesión incorporada a un atestado policial es válida, si no es ratificada en el juicio oral. Importantísima es la aplicación de este principio en materia fiscal en la cual una serie de reglas se han ido imponiendo para crear una presunción de culpabilidad en lugar de una presunción de inocencia.

En nuestro sistema la presunción de inocencia tiene una especial jerarquía en el procedimiento previsto en el decreto 368 del 5 octubre de 1999 por el cual fuera dictado el **Decreto con Rango y Fuerza de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos**. Al efecto, en forma expresa el capítulo I del Título II se destina a regular la llamada “presunción de buena fe”. Esta presunción de buena fe está orientada como lo indica el ámbito de la norma en la cual se inserta, a la simplificación de los trámites y la misma aparece en las siguientes afirmaciones:

- 1) En todas las actuaciones que se realicen ante la administración pública se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario.
- 2) Las declaraciones juradas hechas por el interesado o por un representante por carta poder pueden sustituir documentos y requisitos.
- 3) No es indispensable la comparecencia personal del interesado, salvo los casos establecidos expresamente por la ley, exigiéndose la presentación de carta poder a la persona que actúe en su representación.
- 4) Mientras no se demuestre lo contrario se presume cierta la información declarada o proporcionada por el ciudadano en su solicitud o reclamación.
- 5) La administración debe abstenerse de exigir la prueba de hechos que no hayan sido controvertidos.
- 6) La administración aceptará la presentación de instrumentos privados en sustitución de instrumentos públicos y de copias simples o fotoestáticas en lugar de original o copia certificada

- 7) No se podrá exigir el cumplimiento de un requisito cuando éste en conformidad de la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido.
- 8) No se exigirán comprobantes de pagos correspondientes a períodos anteriores como condición para aceptar un nuevo pago.

8) El principio de subordinación de la administración sancionadora al juez Penal, que se manifiesta en:

- a) La imposibilidad de que la administración despliegue actividad sancionadora cuando los hechos puedan ser constitutivos también de delitos o faltas;
- b) La vinculación de la administración pública a la declaración judicial sobre los hechos, vinculación ésta que tiene dos efectos: uno positivo, consistente en que los declarados en sentencia firme constituyen la verdad jurídica (cosa juzgada); y otro negativo, que es la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre los mismos;
- c) La improcedencia de la imposición de sanción administrativa en el supuesto de condena penal por los mismos hechos, por la cuál, la sanción administrativa sólo es factible sobre la base de una calificación autónoma de los hechos, cuando el proceso penal haya concluido sin imposición de pena alguna.

9) Principio de interdicción del *solve et repete* y de la *reformatio in peius*

Estos principios no han regido pacíficamente en el Derecho Sancionador administrativo.

10) El principio de ampliación de la legitimación activa en el Derecho Sancionador

En el Derecho Sancionador se ha asumido cada vez más la ampliación de la legitimación activa, siguiendo los pasos del Derecho Penal. Se ha adoptado así la llamada acción popular. En efecto durante un cierto tiempo regía en el Derecho Sancionador la negativa al reconocer otro interesado que no fuese aquel al que se le imputa la infracción,

excluyendo así a quienes sufrieron directamente los efectos del hecho ilícito cuya represión se efectúa mediante tal procedimiento. Una corriente de importantes administrativistas se ha propuesto consagrar con carácter general para todo el Derecho Administrativo Sancionador, en forma paralela la acción popular. Aún asumiendo en forma menos drástica la posición hay que reconocer la necesidad de imponer un concepto más amplio de “interesado” en el procedimiento sancionador. Los fundamentos de la legitimación restringida radicaban en lo siguiente: 1) el denunciante no adquiere por el mero hecho de formular su denuncia la condición de interesado ni legitimación para recurrir; 2) el contenido y naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración no permite considerar que exista un derecho del particular a su ejercicio ni un interés legítimo en la imposición del castigo; 3) no es obligatorio para los órganos administrativos incoar el procedimiento sancionador ni acordar la sanción, aun cuando se den todos los presupuestos exigidos para ello, por lo que ningún administrado --ni los Tribunales- pueden imponerle el ejercicio de la potestad sancionadora.

11) El principio de denegación de las habilitaciones en blanco o remisiones insuficientes

Este principio que ha sido enunciado en el epígrafe está estrechamente vinculado al de tipicidad, aún más, es una derivación del mismo; sin embargo su importancia es de tal magnitud que merece se le coloque en una categoría propia, es decir, que se le dé una entidad autónoma. Alude su concepción a las normas que dejan un vacío en la calificación de la falta o del delito, o bien, reenvían al reglamento la ampliación de una regulación insuficiente para que complete su alcance.

En efecto, la norma en blanco es aquella que otorga la amplia facultad de estimar caso por caso, por conductas incriminables las que, a su criterio, sean consideradas como tales. El contenido de la norma en blanco, carece de una hipótesis de hecho que defina el supuesto sancionable, por lo cual, se traduce en la entrega a la Administración de la facultad de establecer, en definitiva, caso por caso, cuáles serán las conductas sancionables y, en consecuencia y consiguientemente, violatorias del derecho a la defensa.

La norma en blanco ha sido calificada como una norma legal vacía de todo contenido material, porque ella constituye una remisión vaga, carente de toda precisión. Al no definirse el elemento administrativo carece de una pauta que proporcione a la autoridad administrativa actuante, y a los particulares destinatarios de su fuerza punitiva, una información suficiente para saber cuál es el comportamiento que se pretende sancionar. A un sujeto al cual se le impute haber violado los fines de la norma, se le coloca ante un proceso en el cual no sabe cuáles son objetivamente esas finalidades, y ni siquiera se le señala a que norma se alude en forma concreta. De allí que será la autoridad administrativa encargada de aplicar la norma, quien defina para cada caso concreto cuáles son las que ella considera son las finalidades previstas en las leyes o en las normativas de que trate, y en consecuencia, será la autoridad sancionatoria, la que en cada caso tipificará el hecho sancionable.

Con relación a este punto cabe reproducir el voto salvado que formulara a la sentencia de la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de abril de 1997, en la cual rechazó la posición del fallo de estimar la validez del numeral 15 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Al efecto estimé que dicho artículo era una norma en blanco por las siguientes razones:

“1. La última parte del numeral 15 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el cual ha sido impugnado a través del recurso de inconstitucionalidad objeto del fallo establece lo siguiente:

Son hechos generadores de responsabilidad administrativa ...(omissis)... los que se mencionan a continuación:

15° El incumplimiento injustificado de las metas señaladas en los correspondientes programas o proyectos *así como el incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o normativas de que se trate*” (El texto en cursivas corresponde a la norma impugnada).

Previamente a cualquier otro análisis ha de aludirse a algunos elementos fundamentales en la gestación de la norma impugnada. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República las causales de responsabilidad

administrativa son las previstas en la Ley Orgánica de Salvaguarda y Patrimonio Público o en la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La intención del legislador, al sancionar la nueva ley de la Contraloría, parecía fundada en el respeto en los artículos 60 numeral 2 y 69 de la Constitución. Ello se pone en evidencia por el hecho de que fue expresamente derogado (por el artículo 149) el artículo 42 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, disposición que establecía una sanción genérica para cualquier violación legal o reglamentaria que no estuviera definida expresamente como hecho generador de responsabilidad administrativa. Con la derogatoria señalada, se producía en beneficio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República una reserva en la definición de los hechos generadores de la responsabilidad administrativa, esto es, de las causales que la generan. Sin embargo, la nueva ley va a regresar al sistema de las enumeraciones genéricas, estableciendo al efecto la norma impugnada (último aparte del ordinal 15 del artículo 113), y la disposición residual del artículo 114. La norma impugnada permite abrir la puerta para que, en la medida en que vayan apareciendo nuevos supuestos jurídicos protegidos, se pueden ir definiendo hechos generadores de responsabilidad administrativa, con la previsión de que se originen de leyes ordinarias e incluso, a través de instrumentos normativos de rango sublegal (reglamentos), porque la redacción alude a “las leyes” “o en la normativa de que se trate” lo cual obliga admitir la regulación reglamentaria.

De allí que, la disposición legal objeto del recurso, prevé que por leyes ordinarias, puedan establecerse no sólo nuevas causales de responsabilidad administrativa, sino que permite que, mediante actos de rango sublegal, se definan nuevos hechos generadores de responsabilidad administrativa.

Puede así afirmarse que, a través de la norma impugnada no se define ningún hecho generador de responsabilidad administrativa, sino que se delega la potestad normativa en materia de tipificación de ilícitos administrativos a favor de futuras leyes ordinarias o de actos normativos sublegales (reglamentos), y es por ello, que se ha afirmado que al no ser un precepto sancionador, sino una norma de delegación, no resultarían aplicables respecto a ella los artículos 60 numeral 2 y 69 de la Constitución”.

ORIGEN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el Derecho venezolano hemos visto como una constante, como de las faltas meramente administrativas contempladas en las leyes de tal contenido para reprimir las violaciones de las mismas efectuadas por los administrados, se ha pasado a la consagración de sanciones penales para castigar los mismos hechos. En efecto, la mayoría de las leyes administrativas menos recientes concluyen su normativa con un capítulo dedicado a tipificar las infracciones, atribuyendo a la administración la competencia para imponer las sanciones las cuales consisten generalmente en multas; pero también se dan medidas de cierre de establecimientos o empresas, suspensión de funciones, cancelación de permisos, publicidad del castigo recibido por la violación normativa a cargo del infractor. Sólo en algunas muy contadas se establecía la facultad de decretar indemnizaciones de daños y perjuicios a favor de la administración o de terceros lesionados patrimonialmente. Progresivamente las leyes han comenzado a tipificar las faltas administrativas como verdaderos delitos y a aplicarles penas corporales como castigo.

En el Derecho venezolano podemos considerar que el proceso de transformación de las sanciones administrativas en delitos se ha venido operando a través de las leyes habilitantes, las cuales han facultado al Ejecutivo para legislar sobre determinadas materias lo cual el mismo ha hecho creando complejos sistemas sancionatorios. El ejemplo más claro ha sido el de la legislación de emergencia bancaria a través de la cual se han establecido penas gravísimas para sancionar los eventuales ilícitos de los agentes de los institutos financieros.

Consideramos que lo más positivo de la invasión del Derecho Penal en el Derecho Administrativo en nuestro sistema, deriva de la presencia del Código Orgánico Procesal Penal, cuyos principios protectores de los derechos humanos, constituyen el verdadero preámbulo de la normativa, presentados uno a uno con su correcta intitulación. La presencia de esta normativa necesariamente tenía que constituir por lo menos un elemento fijo de aplicación analógica.

Podemos señalar que los hechos más indicativos de la invasión del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo están representados por lo siguiente:

1. El lenguaje

Es bien sabido que toda disciplina tiene su propia terminología temática. Así es cada vez es más corriente en los textos de las normas administrativas, la utilización en materia sancionatoria o disciplinaria de designaciones propias del Derecho Penal. Así, en la Ley de Procompetencia (Art. 45) en materia sancionatoria, cuando se habla de las faltas se alude a “autores, cómplices e instigadores” designaciones éstas meramente penales.

2. La tipicidad

¿Es la tipicidad un elemento esencial de la sanción administrativa? En nuestro criterio no lo es. En efecto a pesar que en el Derecho Administrativo el acto administrativo por excelencia que es el proveimiento tiene como característica el principio de nominatividad, sin embargo no se identifica completamente con la tipicidad penal por cuanto la sanción administrativa era más flexible que la sanción penal. Ahora bien, en los momentos actuales nos encontramos con que las leyes administrativas nos ofrecen en el capítulo correspondiente al Derecho Sancionatorio, la tipicidad de las conductas sancionatorias, expresada con la rigidez propia de la norma penal.

3.- La progresiva transformación de las faltas administrativas en delitos

En la sociedad moderna cada vez se penaliza más las conductas irregulares de los administrados frente a la administración. Las faltas dejan de ser tales y se convierten en severos delitos porque el legislador parte del falso supuesto de que la represión es la mejor vía para lograr el sometimiento a la ley, piensa así el legislador que es más fácil legislar penalizando que equilibrando las cargas públicas entre los administrados.

4.- Los cambios en el procedimiento

El procedimiento administrativo se acerca cada vez al enjuiciamiento criminal en su forma menos moderna. Así vemos el caso del

Art. 242 de Procompetencia en las cuales las características del procedimiento sancionatorio son las siguientes: a) concentración de los lapsos; b) discrecionalidad del organismo administrativo para decretar su apertura, aún en los casos en que haya habido solicitud de parte interesada; c) separación del período probatorio, del destinado a la decisión; d) ausencia de recursos administrativos; e) facultad para dictar medidas cautelares y; f) posibilidad de acumulación de las faltas administrativas contempladas en varias leyes.