

## Informe de Investigación

### TÍTULO: DELITO EXPERIMENTAL EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO SANCIONADOR

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo	<b>Descriptor:</b> Proceso administrativo
<b>Tipo de investigación:</b>	<b>Palabras clave:</b> Proceso, Procedimiento Disciplinario, Prueba
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa y Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 15/12/2010

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. DOCTRINA.....</b>	<b>2</b>
a) La potestad sancionadora de la Administración Pública y el Derecho Penal .....	2
b) El procedimiento sancionador administrativo .....	8
c) Régimen probatorio en las actuaciones administrativas.....	11
d) Principios relacionados con la prueba en el procedimiento sancionador .....	14
e) Principio de libertad probatoria.....	15
<b>3. NORMATIVA.....</b>	<b>17</b>
a) Ley General de la Administración Pública.....	17
<b>4. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>17</b>
a) Valor probatorio del delito experimental dentro del proceso.....	17
b) Principios rectores del debido proceso administrativo sancionador.....	20
c) Libertad probatoria dentro del procedimiento administrativo sancionador.....	22

#### 1. RESUMEN

En el presente informe, se examina desde el punto de vista doctrinal, normativo y jurisprudencial la posibilidad de acudir al delito experimental dentro de un proceso administrativo sancionador. En este sentido, se incorporan algunos presupuestos teóricos sobre el debido proceso, así como las reglas que giran en torno a la prueba en ese tipo de procedimientos, con énfasis en lo señalado por la Ley General de la Administración Pública respecto a la libertad probatoria.

## 2. DOCTRINA

### ***a) La potestad sancionadora de la Administración Pública y el Derecho Penal***

[GARRIDO FALLA, F.]<sup>1</sup>

“Ahora bien, la existencia de estos medios represivos en manos de la Administración ha abierto un debate cuyo planteamiento ya estaba en montesquieu («dans l'exercice de la police c'est le magistrat plutót que la loi qui punit, dans le jugement des crimes c'est plutót la loi que le magistrat qui punit»), acerca del fundamento de la potestad administrativa sancionados y de los criterios para su distinción frente a la potestad punitiva ordinaria encomendada a los Tribunales de Justicia. Cabalmente en la existencia de esta potestad administrativa encuentra Merkl el más fenomenal argumento contra quienes pretenden delimitar el concepto de Administración Pública a partir de la separación material de las funciones del Estado.

Las diversas explicaciones que se han buscado al fenómeno de la coexistencia del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador pueden reconducirse a dos grupos de teorías: 1) Las que encuentran una base sustancial a la distinción, por tanto, unas razones que justifican la diversidad de competencias y que, en último análisis, patentizan el criterio tenido en cuenta por el legislador, y 2) Las teorías formalistas que niegan la posibilidad de cualquier diferenciación montada sobre criterios materiales o, al menos, su improcedencia jurídica.

a) En el primer grupo debe ser incluida la teoría de RANELLETTI, que parte de la distinción entre leyes penales y leyes de policía. Las primeras castigan las infracciones de ciertas normas que han sido establecidas para tutela inmediata del Derecho y que, por tanto, suponen una agresión, ofensa, lesión directa, efectiva o potencial, de un derecho determinado, de un bien jurídico de otros, o sea, la infracción de un deber específico. En cambio, las leyes de policía castigan infracciones de normas establecidas para la tutela mediata del Derecho, es decir, como cautela para evitar posibles ofensas al orden jurídico. Puede decirse de estas normas que miran no al malum quia malum, sino al malum quia prohibitum. Por eso en el primer caso se habla de delitos y en el segundo de contravenciones; aunque unos y otros tienen un doble fin de represión y prevención, en el primer caso se acentúa el fin represivo y en el segundo caso el preventivo.

En este grupo podemos incluir igualmente a GIROLA, que utiliza un criterio cuantitativo, pues la sanción representa siempre la tutela de un particular interés y ha de estar lógicamente en proporción con el interés a tutelar. Así, cuando los intereses a tutelar se valoran más intensamente se conminan con una sanción penal.



b) El máximo exponente de las posturas formalistas es MERKL, para quien es una idea quimérica la de pretender diferenciar por su contenido la sanción penal de la administrativa. A veces (por ejemplo, cuando se habla del deshonor que la sanción penal apareja, o de la naturaleza inmoral del hecho que castigan) se echa mano a criterios extrajurídicos que no importan a la ciencia del Derecho. Sólo el criterio de la competencia es admisible para realizar la distinción. Y en cuanto a la cuestión de cuándo la Ley debe atribuir la competencia para sancionar una determinada transgresión a unos u otros órganos, pertenece a la política legislativa y no al Derecho.

En análogo sentido, aunque menos radicalmente, se pronuncia zanobini, que afirma que no son razones sustanciales, sino históricas, las que explican por qué unas materias han pasado a la competencia de los tribunales y otras han quedado en manos de órganos administrativos. Define la sanción administrativa como «pena en sentido técnico cuya aplicación constituye para la Administración, a la que se refieren los deberes que sanciona, un derecho subjetivo»; pero de aquí se deduce como único criterio práctico, que son sanciones administrativas y no penales todas aquellas cuya aplicación está reservada por la Ley a los órganos administrativos.

En la doctrina española suele aceptarse el criterio formal. Así, para gascón y Marín el fundamento de las correcciones administrativas es el mismo de la penalidad en general. «Se trata de restaurar el orden jurídico perturbado imponiendo sanciones a ciertos hechos que contravienen las disposiciones de la autoridad, y que en lugar de estar sometido el conocimiento de los mismos a las autoridades judiciales lo está a las autoridades que tienen a su cargo la función de policía o que figuran como superiores jerárquicos de otros funcionarios».

Más moderadamente esta tesis ha sido mantenida por Nieto quien propone, no obstante, que «el Derecho Administrativo sancionador no debe ser constituido con los materiales y las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo (del que forma parte) y desde la matriz constitucional y el Derecho Público estatal [...] ésta confesada aspiración (es el resultado) [...] del constatado fracaso de una metodología —la extrusión de los principios del Derecho Penal— que ha demostrado no ser certera desde el momento en que la traslación automática es imposible [...]».

c) Como en la mayoría de las discusiones de este tipo, hemos de reconocer el valor determinante que el punto de vista formal tiene también en esta ocasión. En efecto, si el jurista quiere saber, a la vista de nuestro ordenamiento positivo, si se encuentra ante una sanción penal o administrativa, habrá de atender ante todo al tipo de órgano a cuyo conocimiento se ha atribuido: frente a esto, cualquier discrepancia que le pudiese producir el examen concreto de la cuestión no tendría

otro valor que el de una simple opinión personal.

Empero hay que reconocer que en cada caso en que se han atribuido a la Administración facultades sancionadoras el legislador no ha procedido por puro arbitrio, sino de acuerdo con un criterio que evidencia el nexo común que une todos estos supuestos. Y en la materia que se trata este nexo no puede ser otro que el hecho de que la sanción se imponga precisamente para reprimir transgresiones que se han producido en un campo cuya competencia y cuidado ha sido previamente encomendado a la Administración. La configuración de la Administración como un poder jurídico (y en tal sentido autosuficiente) postula esta potestad-sanciona-dora. Su fundamento es paralelo al que justifica la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos: ni la Administración tiene que recurrir a los tribunales civiles ordinarios ni tamp'oco a los tribunales de la jurisdicción penal.

La cuestión de límites se complica si se advierte que dentro del campo que actualmente cubre el Derecho penal se encuentra el capítulo relativo a las «faltas penales», cuya diferenciación de los delitos se ha realizado frecuentemente utilizando argumentos análogos a los que más atrás se han referido para distinguir el orden penal del orden administrativo sancionador. Pero por lo que se refiere a este aspecto de la cuestión también hay que tener en cuenta que está muy extendida la opinión de que las hoy llamadas faltas penales habrían de ser sustraídas de la competencia de los tribunales ordinarios para ser encomendadas a unos «tribunales de policía»; solución que se comprende en relación con aquellas de las faltas contenidas en el libro III del Código penal, que son realmente, más que «delitos degradados» (es decir, delitos de menor importancia), auténticas «contravenciones reglamentarias».

Por lo demás, la potestad administrativa sancionadora y la potestad punitiva atribuida a los Tribunales de justicia tienen como fundamento común que ambas han sido establecidas para asegurar el cumplimiento de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado, es decir, que deriven de su situación general de sumisión. Cabalmente por esto la potestad sancionadora no puede confundirse con la potestad disciplinaria que la Administración puede utilizar respecto de determinados administrados sometidos a alguna especial relación de poder: así, el especial régimen disciplinario a que respectivamente están sometidos los funcionarios, los alumnos de un establecimiento público docente o los profesionales agrupados corporativamente en un colegio oficial (de abogados, médicos, arquitectos...).

En relación con las potestades sancionadoras, disciplinaria y punitiva que han quedado determinadas pueden establecerse las siguientes reglas:

1.a Son compatibles, y, por tanto, pueden recaer sobre un mismo sujeto, la

sanción penal y la disciplinaria. Así, el funcionario que comete una falta al mismo tiempo constitutiva de delito puede quedar sometido simultáneamente a un expediente disciplinario y a un proceso penal. La jurisprudencia había mantenido que la actuación de estas dos jurisdicciones es absolutamente independiente, sin que lo resuelto por una prejuzgue la resolución de la otra. Sin embargo, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional exige que la anterior afirmación sea matizada rigurosamente. A nuestro juicio, es de aplicación analógica general a los funcionarios públicos el principio que consagra el artículo 415.3 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial: «En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria.» En cambio, el sobreseimiento o la condena penal absolutoria no impiden que se incoe expediente disciplinario (art. 415.2). La jurisprudencia del TS es, sin embargo, vacilante.

Así, en la Sentencia de 13 de marzo de 1991 (Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 7.a) se nos dice que «si bien y de acuerdo con la doctrina constitucional, que viene admitiendo que en aquellos supuestos en que por existir una relación de supremacía especial de la Administración "está justificado el ejercicio del jus puniendi por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración" (STC 94/1986, de 8 de julio), en cambio una excepción al principio non bis in idem no está justificada en este caso, por las consideraciones que sintéticamente se han expuesto, el doble reproche y la doble sanción penal y administrativa por unos mismos hechos imputados a la misma persona y tratados por los Tribunales y por la Administración desde la misma cualidad funcional del sujeto responsable, lo que determina que las penas impuestas al recurrente le afecten en la esfera estrictamente personal y en cuanto funcionario, como ya se dijo en la Sentencia que se acaba de citar» (se refiere a la de 13 de septiembre de 1989). Sin embargo, la cuestión desde la STS de 16 de diciembre de 1994 puede considerarse pacífica en el sentido de admitir la doble sanción siempre que la sanción penal no haya incidido por su propia naturaleza en la relación funcional.

2.a Igualmente es compatible el ejercicio de la potestad correctiva con la potestad disciplinaria. Así, quien es sancionado con una multa gubernativa por escándalos públicos, si al mismo tiempo es funcionario puede verse expedientado para ser corregido en la vía disciplinaria.

3.a La atribución de competencias sobre una determinada materia a una de las dos jurisdicciones (penal o administrativa) no implica, de suyo, la negación de la competencia sobre esa misma materia a la otra. Sin embargo, hay que entender que la aplicación de la sanción en una de dichas vías impide que la misma persona sea sancionada en la otra. Aquí sí sería de aplicar el principio non bis in idem, puesto que en ambos supuestos se castiga igualmente en virtud de la misma relación que une al individuo con el Estado y por causa de una única



transgresión cometida. El que la competencia para sancionarla se haya querido atribuir a uno u otro organismo estatal o incluso el hecho, menos disculpable, de que por una falta de coordinación de las competencias estatales se haya atribuido simultáneamente a las dos jurisdicciones, no puede redundar en perjuicio del ciudadano.

4.a Si la atribución de la facultad sancionadora se hace específicamente a órganos administrativos determinados cuya única o fundamental misión consiste cabalmente en el ejercicio de tal potestad represiva, entonces hay que entender que se trata de materia excluida de la Jurisdicción penal ordinaria, si bien, en esta materia, hay que recordar el «principio del Juez ordinario» establecido en el artículo 24.2 de la Constitución.

5.a En cualquier caso, la influencia del artículo 25 de la Constitución ha determinado que la jurisprudencia se manifieste en el sentido de que, en términos generales, los principios que rigen el Derecho penal son también aplicables al Derecho correctivo y sancionador. Así, la Sentencia de la Sala 3.a del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986 nos dice en su fundamento jurídico 2.º:

Conviene dejar constancia, antes de descender a más pormenorizados detalles [...], de cuál es la situación doctrinal y jurisprudencial sobre el problema éste de la repercusión del mandato del artículo 25 de la Constitución de 1978 sobre el principio de legalidad en el derecho sancionatorio administrativo, y, sin riesgo a error, cabe decir que es opinión pacífica la de que ese alcance es trascendente y que ha llegado a imprimir un notable cambio en las exigencias a respetar, puesto que, manteniendo la atribución a la Administración de la potestad para sancionar, ello ha de realizarse a través de Ley formal; en parejo sentido, se viene a admitir que la tipificación normativa previa de la conducta sancionable ha de realizarse a través de igual mecanismo legal, sin que sean suficientes amplias y vagas remisiones abstractas mediante descripciones carentes de toda precisión.

Esta misma doctrina inspira Sentencias posteriores, como la de la Sala 3.a del TS de 5 de marzo de 1988 y la de la Sala 4.a de 20 de marzo de 1988.

6.a Igual que ocurre en Derecho penal, la institución de la prescripción es aplicable al Derecho administrativo sancionador. En este sentido es sumamente elocuente la doctrina que se contiene en la Sentencia de la Sala 5.a del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1988: «La antigua doctrina jurisprudencial que se relaciona por el Letrado del Estado, en su escrito de alegaciones ante esta Sala, distinguiendo a efectos prescriptivos de las infracciones administrativas entre graves y leves, exigiendo un mayor plazo de prescripción para aquellas que el que resulta de la aplicación del artículo 113 del Código Penal, ha sido superada por la más moderna jurisprudencia que entiende, con un criterio más acorde con el espíritu que anima el contenido del artículo 25.1 de la Constitución que, cuando no hay precepto legal



—como aquí acontece— que establezca una exigencia de plazo determinado (como así lo ha venido recientemente a establecer la Ley 34/1987, de potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de suerte, envite o azar...), el plazo de prescripción para las infracciones administrativas ha de ser el establecido en el artículo 113 del Código Penal para las faltas penales, pues, ante el silencio de la norma administrativa propia de la materia concreta de que se trate, no se puede excluir el efecto extintivo de la prescripción en el campo del ilícito administrativo [...] pues la inactividad administrativa por causas no imputables al expedientado enerva la facultad de la Administración de ejercitar la potestad punitiva».

Esta misma doctrina se reitera en la Sentencia de la Sala 5.a de 23 de marzo de 1988: «la doctrina jurisprudencial en materia de prescripción de infracciones de esta Sala, contenida, entre otras, en las Sentencias de 18 de noviembre y 28 de diciembre de 1987 y 26 de febrero de 1988, en las que se declara que, a falta de norma específica, se aplica el plazo de dos meses establecido para las faltas en el artículo 113 del Código Penal».

En el momento actual y tras la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común la cuestión analógica es innecesaria, ya que el artículo 132 de la misma establece que «las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año...».

7.a Los principios jurisprudenciales que se acaban de enumerar tienen definitiva consagración legislativa en la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana. He aquí los puntos salientes del procedimiento sancionador que se consagra en los artículos 31 y siguientes de esta Ley:

a) No podrá imponerse ninguna sanción sino en virtud de procedimiento instruido al efecto y de acuerdo con los principios de audiencia al interesado, economía, celeridad y sumariedad (art. 31.1).

b) No se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos (art. 32.1). Cuando las conductas a que se refiere la mencionada Ley pudieran revestir caracteres de infracción penal se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes y actuaciones practicadas, aunque ello no impedirá la tramitación de expedientes sancionadores por los mismos hechos, si bien la resolución definitiva sólo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal

(art. 32.2).

c) En los procesos penales en que intervenga el Ministerio Fiscal, cuando se acordase el archivo de las actuaciones deberá aquél remitir a la autoridad administrativa copia de la resolución «cuando aquéllos pudieran ser objeto de sanción administrativa conforme a lo previsto en esta Ley» (art. 33). En estos casos, la autoridad administrativa «quedará vinculada por los hechos declarados probados en vía judicial» (art. 34).

8.a La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reiterando la procedencia de aplicar en materia sancionadora el «principio de proporcionalidad». Así, la Sentencia del TS (Sala 3.a, Sección 8.a) de 29 de mayo de 1990 nos recuerda «[...] la procedencia de concretar las sanciones en contemplación de las infracciones cometidas graduándolas con adecuado criterio de proporcionalidad, Ínsito en los principios informadores del ordenamiento sancionador, en función de las objetivas circunstancias concurrentes». Y continúa diciéndonos el TS: «es por lo que no podemos por menos de concluir afirmando la corrección jurídica de la decisión adoptada en primera instancia, en cuanto se hizo en ella correcta aplicación de la doctrina jurisprudencial que resumíamos con anterioridad e incluso de la normativa específica que, para la graduación de las multas, ordena ponderar, entre otras circunstancias, la gravedad y trascendencia del hecho realizado».

9.a En último término y de conformidad con la STC 35/1981, de 11 de noviembre, no procede la aplicación retroactiva de las normas jurídicas cuando con ello se agrave una situación previa consolidada.”

### ***b) El procedimiento sancionador administrativo***

[PRUCURADURÍA GENERAL]<sup>2</sup>

“El jurista español ALEJANDRO NIETO, señala la concurrencia de dos facultades básicas en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, que pueden darse en forma conjunta o separada en cada órgano de la Administración titular de la potestad, con un alcance muy variable en cada caso. Esas facultades son: a) la de imposición y b) la de ejecución.

La primera consiste en la "determinación de las infracciones" y de los infractores concretos, así como la imposición de sanciones. Lo cual supone la constatación previa de la infracción mediante un procedimiento formalizado, dirigido por el mismo órgano que va a sancionar, aunque puede ser que se desdoble esas funciones, en donde uno tramita y propone la sanción, mientras que otro la impone (Ibid, pág. 141).

Por su parte, la facultad de imponer la ejecución de la sanción normalmente le corresponde al mismo titular que la impone, aunque también es posible su



separación (Ibídem).

Será entonces lá combinación de estas prerrogativas lo que comprende la potestad sancionadora de la Administración, lo cual se resume atinadamente en la siguiente cita:

"Así se le confiere un poder de dictar normas generales, que son fuente de Derecho, o potestad reglamentaria, que constitucionalmente se hace derivar del poder de mando de la Administración. Pero como norma y ejecución pueden ser separables, obtiene por el mismo procedimiento una potestad ejecutiva que le permite dar órdenes y obligara su cumplimiento, de modo que por sí declara y ejecuta su actividad, y por último, asume competencias judiciales, cuando debe decidir el derecho que ha de aplicar en su actuación y obrar en consecuencia a través de un procedimiento que termina en un verdadero acto jurisdiccional material: la decisión administrativa. Todas estas potestades se hallan en el Derecho Sancionador. Además, ellas son manifestaciones de un poder único: el Poder Administrativo, que el ordenamiento confiere a la Administración" (NIETO, op. cit. pág. 187 y sig.).

Para efectos de la presente consulta, nos interesa primordialmente ese instrumento procesal que alude NIETO GARCIA en le cita transcrita, por medio del cual se encauza formalmente la potestad sancionadora de la Administración, es decir, el procedimiento sancionador disciplinario como tal.

En franco intento de preservar el equilibrio real entre "autoridad-libertad", en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, la tutela sustantiva de los derechos subjetivos públicos del Estado (prerrogativas) y de los administrados (derechos) se arbitra formalmente a través de técnicas procesales administrativas y judiciales. En lo que nos interesa, el procedimiento administrativo, como instrumento jurídico regulador de la relación jurídico-administrativa, en el ámbito procesal o formal, articula aquella relación "poder-derechos" - "prerrogativas-garantías", haciendo viable su ejercicio y recíproco respeto, para que los derechos se ejerzan y los deberes se cumplan.

Como bien explica la doctrina: "(...) la necesidad de que la Administración siga un cauce determinado para formar sus manifestaciones de voluntad obedece a las dos ideas que constituyen el eje del Derecho administrativo: la garantía de la Administración y la garantía de los administrados. A imagen y por influencia de lo que ocurre en el Derecho procesal, se entiende que el establecimiento de unos trámites que necesariamente habrán de ser observados cuando la Administración actúe, en particular al relacionarse con otros sujetos, constituyen un medio para defender la seguridad de éstos, al mismo tiempo que para conseguir la efectiva realización de los fines públicos. Esta es la causa de que las normas que regulan el procedimiento administrativo tengan el carácter de normas de orden público"



(CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMÁN, Emilio). "Derecho administrativo y Ciencia de la Administración", t. I, Parte General, 3 ed. Madrid, I.C.C. Ediciones, 1974, pág. 157, citado por DROMI, Roberto. "El Procedimiento Administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 23; igualmente citado por la Sala Constitucional en sus sentencias N°s 0905-98, 1739-92 y 7190-94).

Desde esta perspectiva, el procedimiento administrativo se nos presenta como una unidad formal de actos coordinados entre sí, que apuntan a un determinado fin, cual es la preparación de la voluntad administrativa; es decir, es la forma o cauce formal por el que se exterioriza la actuación administrativa del Estado, que por su significación jurídica afecta derechos subjetivos públicos.

Además, debe recalcar que el procedimiento administrativo es de acatamiento obligatorio para la Administración Pública por cuanto "... los órganos administrativos actúan sujetándose a reglas de procedimiento predeterminadas, de modo que el cumplimiento de las normas de procedimiento, es, por lo tanto, un deber de los órganos públicos... Esta obligatoriedad general de los procedimientos instituidos resulta indispensable y debe ser mantenida con verdadera obstinación, puesto que las brechas que se abran contra ese principio, al permitir la discrecionalidad o mejor aún la arbitrariedad de la administración en este campo, constituirán ataques dirigidos contra el objeto mismo del procedimiento administrativo, contra sus finalidades de eficiencia, acierto, y corrección y garantía jurídica, instituidas a favor de los administrados." (ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973, p 12- 27).

Ahora bien, la Sala Constitucional ha manifestado que "El ordenamiento jurídico nacional establece una amplia gama de garantías y principios procesales de carácter fundamental, de aplicación plena no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en todo procedimiento administrativo" (Resolución N° 2177-96, y en sentido similar: los números 2130-94, 2360-96, 5516-96 y 3433-93). Y con ello, se ha llegado a afirmar concretamente que "Los principios del debido proceso extraíbles de la Ley General y señalados por esta Sala en su jurisprudencia, son de estricto acatamiento obligatorio por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador." (Voto N° 2945-94 de las 8:12 horas del 17 de junio de 1994. En ese mismo sentido, véase la resolución número 5653-93, dictada por ese mismo órgano jurisdiccional), ya sea suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos o intereses legítimos, o bien, cuando aquellos impliquen la aplicación de sanciones de suspensión o destitución o cualesquiera otras de similar gravedad (art. 308 de la Ley General de la Administración Pública); principios que la propia Sala fijó en sentencia número 0015-90 de las 16:45 horas del 05 de enero de

1990, y que reiteró y desarrolló en la sentencia número 01739-92, y que la propia Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha acogido en su resolución N° 2002-00145 de las 13:50 horas del 9 de abril del 2002. Sin embargo, como bien lo ha aclarado la propia Sala, "no puede llevarse la aplicación de aquel precepto fundamental al absurdo, como sería, cuando se trata de casos de advertencias y amonestaciones verbales, o cualesquiera otras acciones de ese tipo que no quedan anotadas en el expediente personal del servidor, ni producen disminución o cesación de sus derechos o beneficios laborales" (Sentencia número 2997-94 y en un sentido similar, la 2944-94).

En este punto es necesario señalar, que dicha garantía no sólo abarca los derechos de audiencia y defensa, sino que además, de ella se extraen una serie de principios que son inherentes a todo procedimiento sancionatorio, independientemente de la naturaleza del mismo, y de cuya efectiva aplicación se deriva una doble función: por un lado, la tutela de los derechos fundamentales de la persona sujeta a una investigación -que principalmente se manifiesta a través de la defensa efectiva de la seguridad jurídica de los administrados frente al ius puniendi-, y por el otro, la eficiencia de la Administración Pública en el cumplimiento de sus fines -ya sea que ésta se manifieste a través de la potestad correctiva o disciplinaria (Arts. 8 y 214.1 de la Ley General de la Administración Pública)."

### ***c) Régimen probatorio en las actuaciones administrativas***

[SANTOFIMIO GAMBOA, J.O.]<sup>3</sup>

"Quiso el constituyente colombiano que toda decisión tendiente a producir efectos jurídicos debía contener los fundamentos probatorios suficientes que le permitan válidamente nacer a la vida jurídica. Este principio garante de los derechos ciudadanos tiene su consagración en el artículo 29 de la Constitución Política cuando indica que "... el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones • judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...". Agrega la norma, como complemento jurídico necesario a la proposición del debido proceso, que además de lo anterior toda persona tiene derecho "... a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...".

Este principio obtiene desarrollo legal, desde el punto de vista de las actuaciones administrativas, en los artículos 3.0, 35 y 36 del cca. En la primera de las disposiciones se instituyen en el derecho colombiano los elementos guía o principios interpretativos que deben regir cualquier actuación de los administradores públicos en el ejercicio de sus funciones. Dos de estas premisas

resultan pertinentes tratándose del debido proceso, fundamentalmente cuando se pretende encontrar las razones fácticas que rodean el caso, plenamente sustentadas: el principio de la imparcialidad y el principio de la contradicción (incs. 6.º y 8.º art. 3.0 Dcto. 01 de 1984).

El principio de la imparcialidad invita a las autoridades a que por ninguna razón realicen discriminación de las personas involucradas en las actuaciones administrativas, que a todos los ciudadanos se les brinden iguales garantías procesales, sin entrar a alterar en manera alguna las posibilidades procesales que

ellos tengan. El principio de la contradicción, por su parte, le reitera a las autoridades públicas la obligación que tienen de admitir la controversia de todas aquellas situaciones fácticas en que se encuentren vinculados los particulares. Es decir, el principio de contradicción resulta de la esencia misma del proceso administrativo, la evaluación y opinión de las partes sobre el alcance de los medios de prueba. Significa que todas aquellas pruebas que en consideración de una de las partes interesadas resulten valiosas para su defensa no pueden ser rechazadas unilateralmente.

Los artículos 35 y 36 del cca se inscriben precisamente dentro de estos postulados filosóficos del Estado de derecho, determinando que la necesidad de la controversia en el interior de las actuaciones administrativas sea plena, que las decisiones que deban adoptar las autoridades se hagan sobre la base de las opiniones expresadas por los mismos y con fundamento en las pruebas e informes disponibles, sobre todo si se trata de afectar derechos de naturaleza individual o particular, e incluso, en el caso del artículo 36, sin importar que la decisión sea discrecional, por cuanto debe tener fundamento en la ley y en razones fácticas, y por lo cual también "Debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa..."; y los hechos sólo pueden ser determinados probatoriamente.

Estos principios no son meras arbitrariedades legislativas, corresponden a toda una evolución del derecho que rompe con los estadios de la arbitrariedad y pretende la consagración de niveles institucionales, de legalidad plena en las autoridades administrativas, de sujeción permanente al derecho positivo, cuando deba adoptarse una decisión que cree situaciones en derecho frente a los asociados.

Hernando Devis Echandía, en su estudio sobre las pruebas, identifica precisamente la necesidad probatoria como un presupuesto para la validez misma de toda decisión, así sea administrativa o judicial: "... el principio de la necesidad de la prueba se refiere al imperio de que los hechos sobre los cuales debe



fundarse la decisión judicial (administrativa) están demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades [...] Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad...". En diferentes oportunidades la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha pronunciado, tratándose de los procesos administrativos, sobre la necesidad de que los mismos sean fallados con observancia plena de las pruebas aportadas y solicitadas oportunamente.

Los anteriores presupuestos, que además son recogidos en el artículo 174 del cpc, aplicable a los aspectos probatorios de las actuaciones administrativas, permiten concluir lo siguiente: la decisión, sea administrativa o no, debe necesariamente estar sustentada en pruebas aportadas al proceso; las partes gozan de amplias posibilidades de solicitar la incorporación de los medios de prueba que consideren adecuados para resolver el conflicto suscitado; los medios de prueba deben ser evaluados por el juzgador conforme a los postulados de la sana crítica, evitándose, en todos los casos, decidir el asunto con fundamento en simples razones objetivas o en presunciones que carezcan de sustento dentro del respectivo expediente.

La prueba se nos torna entonces en la base indiscutible de cualquier conclusión en las actuaciones administrativas. El artículo 34 del cca señala el carácter no rituado del régimen probatorio en cuanto a la etapa probatoria, entendiéndose que toda la actuación de formación de la decisión es etapa probatoria hasta antes de adoptarla. Igualmente, deja las puertas abiertas en concordancia con el inciso i.º del artículo 57 del mismo Código, para que los medios de prueba del Código de Procedimiento Civil se alleguen a las actuaciones administrativas, eso sí, respetando integralmente la legalidad con que el medio de prueba fue desarrollado en dicho ordenamiento procesal, so pena de inexistencia de la misma, viciando en consecuencia la legalidad de la decisión que se llegare a tomar; lo anterior en cuanto no le es dado a la administración establecerle requisitos especiales a los medios de prueba, aplicándolos con los simples requisitos que el legislador les hubiere asignado para su procedencia, práctica y validez. Indica el artículo 34 en comentario que "... durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado...".

Desde este punto de vista, se debe acudir necesariamente a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, tanto en la parte general de la prueba como, en especial, en todo lo que tiene que ver con cada uno de los medios de prueba. Así las cosas, el manejo, interpretación, evaluación, controversia de las pruebas en las actuaciones administrativas depende de las disposiciones reguladoras del Código de Procedimiento Civil."

#### **d) Principios relacionados con la prueba en el procedimiento sancionador**

[VARGAS LÓPEZ, K.]<sup>4</sup>

“6.6.3 Amplitud de la prueba: Dado que la finalidad del procedimiento es la averiguación real de los hechos, se deberá investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desatender ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente o repetitiva. También se deberá ordenar la prueba para mejor proveer que resulte necesaria.

6.6.4 Libertad de prueba: Se refiere a la posibilidad dada a las partes de recurrir a cualquier medio de prueba legítima que se quiera incorporar al procedimiento. Este principio se encuentra regulado a través del artículo 297 de la LGAP, el cual establece:

“La Administración ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto de trámite, de oficio o a petición de parte”. Por su parte, el artículo 298, inciso 1), viene a reafirmar el carácter de libertad de la prueba, al establecer que: “Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común.” Como excepción a este principio, el artículo 307 de la LGAP, indica: “1. La Administración podrá prescindir de toda prueba cuando haya que decidir únicamente con base en los hechos alegados por las partes, si los tiene por ciertos”.

6.6.5. Legitimidad de la prueba: Significa que toda la prueba recabada durante el procedimiento deberá ser legal; es decir, que deberá estar autorizada por el Ordenamiento Jurídico; de lo contrario la prueba sería espuria. En relación con este tipo de prueba, es importante hacer mención de la conocida teoría “del fruto del árbol envenenado”, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia norteamericana. Según ésta teoría, toda prueba obtenida directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales de una persona, es ilegal y por ende inválida, así como todas las actuaciones que de dicha prueba se deriven.

6.6.5. Inmediación de la prueba: Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea.

6.6.6. Identidad física del juzgador: La persona investigada debe conocer quien es el sujeto llamado a resolver sobre su caso, pero de igual forma, deberá tener conocimiento de las personas que integran el Órgano Director.

6.6.7. Comunidad de la prueba: Todos los elementos probatorios una vez introducidos al procedimiento son comunes a todas las partes.

6.6.8. Valoración razonable de la prueba: Toda la prueba recabada debe ser valorada según las reglas de la sana crítica racional, siguiendo los preceptos de la

lógica, la ciencia y la experiencia. Además, por medio del inciso 2) del artículo 298 de la LGAP se establece la forma en que se debe valorar la prueba dentro de un procedimiento administrativo. En ese sentido, se requerirá que la apreciación hecha por el órgano decisor, es decir por la jefatura, sea debidamente razonada y fundamentada. Es importante recordar que el Órgano Director encargado de la fase de instrucción no debe resolver ni recomendar la resolución del asunto.”

### **e) Principio de libertad probatoria**

[C.C.S.S.]<sup>5</sup>

“[...] la doctrina (Arguedas Salazar, Olman, Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Juritexto. Segunda edición actualizada. San José. Costa Rica. 2002. pp. 145-146) ha diferenciado entre medios de prueba, medios de convicción y medios de demostración, entendiendo por los primeros aquellos que sirven para acreditar determinados hechos, entre los que se ubican los documentos, registros, poderes, títulos; por los segundos, los que coadyuvan a inclinar el criterio del juez (declaraciones de las partes y testimonios); y por los terceros, aquellos donde se demuestra directamente al juez determinadas circunstancias de importancia en el proceso, como el reconocimiento, la prueba pericial y la prueba científica”.

Si bien es cierto que bajo la inteligencia del artículo 318 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 82 del Código Procesal Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, son medios de prueba, la declaración de las partes, testigos, documentos e informes, dictámenes de peritos, reconocimiento judicial, medios científicos, así como también las presunciones e indicios; según un amplio concepto de libertad probatoria con el objeto de que se pudiera llegar a la verdad real de los hechos, en un caso como el que nos ocupa, vale subrayar el tema de los documentos.

Un documento entendido como prueba, puede ser desde “escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, fotocopias, radiografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo (artículo 368 del mismo código de rito), así como los documentos e instrumentos públicos, los informes y los documentos privados (artículos 369, 377 y 379 del Código Procesal Civil, respectivamente).” (Ver sentencia N° 374-2006 dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III).

A partir de ello, y amparado en el principio de libertad probatoria por el cual cualquier hecho puede acreditarse por cualquier medio lícito de prueba, podrá requerir la Administración a los notarios institucionales, levantar la correspondiente acta notarial, donde se registren objetos, cantidades, estados y demás datos relevantes, bajo la consigna de que la misma se extiende como documento público, extendido por un funcionario con fe pública, que no requieren de la



autorización judicial para ser expedida, previo a iniciar el procedimiento de disposición final de bienes en reclamo judicial que han diseñado o cualquier otra fórmula de disposición o destrucción, sin perjuicio de mantener en custodia una muestra, cuyo detalle de selección y condiciones deberá quedar igualmente registrada en el acta sugerida.

Se apela a dicho instrumento porque el Código Notarial en su artículo artículo 101, en lo conducente reza que: "Las actas notariales son instrumentos públicos cuyas finalidades principales son comprobar, por medio del notario y a solicitud de parte interesada, hechos, sucesos o situaciones que le consten u ocurran en su presencia, darles carácter de auténticos, o bien hacer constar notificaciones, prevenciones o intimaciones procedentes según la ley". En ese mismo sentido, la doctrina establece que las actas notariales "son aquellos documentos autorizados en forma legal por el notario, para dar fe de un hecho o de una pluralidad de hechos que presencia o le constan, o que personalmente realice o compruebe y que no constituyan negocios jurídicos... En el acta, el notario actúa básicamente en calidad de fedatario público, puesto que el ejercicio de la función notarial en estos casos se reduce a autenticar un hecho..." Salas, Óscar, Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá" Editorial C.R. 1973. De igual forma, la jurisprudencia de nuestros tribunales, han sostenido que : "...se refiere a aquellas actuaciones o escritos que consigna el notario en su protocolo para hacer constar un hecho puro y simple, o para acreditar la verdad del hecho, que se desarrolla ante su presencia, el funcionario actúa en estos casos nada más como un fedatario, porque su función pública se reduce a autenticar la existencia de un hecho o del estado de las cosas y aún cuando en algunos casos consigne en el acta el resultado obtenido, con su diligencia, cual ocurre en las ofertas reales de pago es lo cierto que en su protocolo no queda consignada una intervención volitiva de algún compareciente, ni un acto jurídico que constituya una obligación determinada , ni un convenio para los otorgantes. Es cierto que en cuanto a su estructura o elementos formales, el acta notarial tiene similitud a la de una escritura o instrumento publico autorizado por un notario, pero difiere de éstos, en términos generales, porque en las actas notariales no se requiere la comparecencia de otorgantes ni la intervención de testigos, salvo aquellos casos en que la ley así lo ordene." (Sentencia 468-2006 dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III).[...]"



### 3. NORMATIVA

#### *a) Ley General de la Administración Pública<sup>6</sup>*

##### **Artículo 297.-**

1. La Administración ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, de oficio o a petición de parte.
2. El ofrecimiento y admisión de la prueba de las partes se hará con las limitaciones que señale esta ley.
3. Las pruebas que no fuere posible recibir por culpa de las partes se declararán inevaluables.

##### **Artículo 298.-**

1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común.
2. Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

### 4. JURISPRUDENCIA

#### *a) Valor probatorio del delito experimental dentro del proceso*

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>7</sup>

"...el recurrente reclama que él fue inducido o provocado por unos agentes policiales a cometer delito. Al respecto, esta Sala, en cuanto al delito experimental ha señaló en su sentencia 05573-96: "La doctrina distingue claramente dos figuras, que continuamente son relacionadas con lo que se conoce como delito experimental: el agente provocador y el agente encubierto, pero lo cierto es que no siempre que participa un agente encubierto, existe provocación, es decir, no siempre el agente encubierto determina al sujeto investigado a cometer un delito - que es lo que hace el agente provocador-, sino que generalmente interviene cuando el delito ha sido consumado varias veces o se está cometiendo ya. En cuanto al delito experimental, debe señalarse que es una creación doctrinal aplicable -en principio- a cualquier figura delictiva común, cuya particularidad



radica en que se inicia por provocación o instigación de un oficial de policía, de un tercero colaborador de ésta, o de un sujeto particular, de manera tal que el iter criminis se inicia en apariencia, pero de antemano el provocador, llámese Estado por medio de la policía o su colaborador, o el sujeto particular, tienen controlado todo el desarrollo de la conducta y, aun cuando en apariencia el autor o los autores del hecho estén llevando a cabo el delito, según su plan, lo cierto es que no existe peligro para el bien jurídico ni posibilidad de consumación del hecho, porque su desarrollo está siendo controlado, para evitar precisamente que eso suceda. Es pues, un "experimento", en el que nunca se producirá la consumación, ni habrá peligro o lesión para el bien jurídico tutelado. Por estas razones, además de otras que la doctrina penal discute, como el hecho de que en esos supuestos -se señala- existe, desde el punto de vista del sujeto activo, un delito imposible, por darse un "error de tipo", por no existir dolo en el instigador, etc., lo cierto es que esta acción no es delictiva y por lo tanto no es merecedora de pena, pues no es más que un experimento sin trascendencia para los bienes tutelados por el ordenamiento jurídico y que pretende proteger la norma penal. Esto es en líneas generales lo que plantea la doctrina al respecto. Pero no compete a la Sala incursionar en esos campos, ni delimitar en demasía el concepto doctrinal del delito experimental, pues esos son extremos propios para ser dilucidados por las autoridades jurisdiccionales de lo penal. En los antecedentes citados, esta Sala señala que el delito experimental no puede dar base a un juzgamiento con consecuencias penales independientes, pues como se dijo, es un "experimento". Se ha señalado además que sí puede ser elemento probatorio para acreditar otro hecho, puntualizando que en todo caso nunca podría ser única prueba. Esta última afirmación merece ser clarificada. Los operativos que realiza la policía, no son en sí mismos delictivos, pues serían delito experimental en la mayoría de los casos, o bien, situaciones en que los oficiales o sus colaboradores actúan como "agentes encubiertos", haciéndose pasar por terceros que concurren a corroborar que una persona ya se dedica a una determinada actividad delictiva, que en todo caso ya se producía o se había consumado con anterioridad a esta participación del agente policial. De ese operativo puede tenerse como resultado, suficientes indicios que permitan acreditar que la persona ya ha cometido un hecho delictivo, el que sólo se ve reforzado -desde el punto de vista probatorio- con el experimento. Por ejemplo, el policía que compra droga, esa venta en sí misma no es delito, porque no hay posibilidad alguna para que se lesione el bien jurídico protegido por la norma. Pero esa compra, puede tener fuerza probatoria para acreditar -dependiendo de las circunstancias que rodeen el caso concreto- que el vendedor se dedica habitualmente a esa actividad, porque ya la venta, aunque de cantidades mínimas, indica que se poseía esa droga con fines de comercialización o suministro, acción que también resulta penada por la ley. En esas condiciones, especialmente por el principio de libertad probatoria que rige en nuestro medio,



dependerá del caso concreto, y de la valoración de la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, determinar si es suficiente la prueba para arribar a la necesaria demostración de culpabilidad en el hecho, exigida constitucionalmente en el artículo 39, en el entendido de que ese hecho, no es el experimento o la actuación realizada con participación del agente encubierto en sí, sino otro hecho que eventualmente con la prueba obtenida del operativo se ve acreditado. Ese juicio corresponde realizarlo a los jueces penales de mérito, y su control eventual le compete a la Sala de Casación, mediante la valoración de la suficiencia de la fundamentación del fallo. La rigurosidad que debe tenerse en esta materia de "experimentos" u operativos simulados, se debe a que se trata de preconstitución de prueba contra el acusado. Por ello, el juzgador debe ser exigente en cuanto a la valoración de este tipo de operativos. La intervención en ellos del juez de la fase de investigación, como garante de la legalidad de la prueba es lo recomendable, pero de antemano no podría negarse valor a un operativo encubierto si esta participación del juez no se da. Lo cierto es que, reiterando lo que esta Sala y su jurisprudencia han manifestado, la intervención del juez es indispensable cuando se pretenda incursionar o lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, si se pretende realizar un allanamiento; si es necesario realizar una intervención telefónica, en fin, si el operativo incluye la afectación de algún derecho fundamental. En los demás casos, el juez al valorar la prueba obtenida de las investigaciones policiales, debe ser particularmente exigente respecto de la existencia de indicios que legitimen el operativo encubierto, de modo que no sirva como pretexto para que las autoridades tientes a los sospechosos y los induzcan a ser autores de hechos delictivos que a lo mejor no tenían planeado realizar, actuando como típicos agentes provocadores, porque ese proceder de la policía es inconstitucional. Su misión no es provocar delitos, sino investigar los hechos delictivos que se cometan y aprehender a sus presuntos autores, sin detrimento de la función preventiva por excelencia que le corresponde a la policía administrativa, que puede actuar como policía de investigación, en colaboración o en defecto de la intervención de la policía judicial. Así, si dentro de un operativo policial realizado con agentes encubiertos, la única prueba existente es precisamente el experimento o lo realizado por el agente encubierto, corresponderá a los jueces penales en el caso concreto determinar si esa prueba es suficiente para acreditar el hecho delictivo que se investigaba, en el entendido de que nunca podría condenarse por el hecho experimental, que según se expuso, no resulta ser delito -independientemente de la discusión doctrinal que podría presentarse respecto de si se trata de la figura del delito imposible, que en nuestro medio está conminada con una medida de seguridad-, pues es lo cierto que caracteriza a este tipo de figura la ausencia de peligro para el bien jurídico tutelado, que es, en un Estado de Derecho, el parámetro para controlar la validez sustancial de la penalización de una determinada conducta y que en el caso del experimento, ese requisito no se

da. En resumen, sería violatoria del debido proceso la condena impuesta a una persona por un delito experimental o un operativo de simulación, no obstante, es válido que el operativo policial realizado con participación de agentes encubiertos, sirva como elemento de prueba para acreditar el hecho delictivo que se pretendía investigar por su medio. Corresponderá en todo caso a los jueces penales decidir si con la prueba obtenida del operativo simulado es suficiente para destruir el estado de inocencia y llegar a la necesaria demostración de culpabilidad. En el caso concreto las recurrentes reclaman que se les condenó por un delito experimental. Corresponderá a la Sala consultante examinar, según los parámetros que se han expuesto, si efectivamente la condena impuesta a cada una de las imputadas realmente se debe a un operativo simulado o a un delito experimental, o si por el contrario, se trata de operaciones que acreditan otro hecho por el que resultaron condenadas y el operativo es su prueba, y ésta a su vez es suficiente para la condena impuesta."

#### **b) Principios rectores del debido proceso administrativo sancionador**

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]<sup>8</sup>

“Una vez analizada la existencia de un deber bien definido de los profesionales en derecho de asistir a las audiencias a las cuales sean convocados, válidamente, por las autoridades administrativas o jurisdiccionales y el deber correlativo del Colegio de Abogados, de fiscalizar y aplicar el régimen disciplinario, cuando exista una denuncia de que ese deber haya sido violado, es necesario efectuar una pequeña referencia a los principios o reglas que deben necesariamente orientar a un procedimiento administrativo disciplinario sancionador, con la finalidad de determinar, en el caso concreto, si ha existido alguna violación de esos principios y como consecuencia de ello vicios que provoquen la nulidad de la conducta administrativa que se venga impugnando. En ese sentido, cuando un agremiado, como sucede en este asunto, viene impugnando un acto final de un procedimiento administrativo sancionador, como lo es el disciplinario que se tramita ante los Colegios Profesionales, puede orientar sus alegatos a que se hayan violado dos tipos de principios que se pueden agrupar y explicar de la siguiente manera: 1) Principios materiales o sustanciales del procedimiento disciplinario: Estos principios serían los siguientes; a) Principio de Legalidad: es el principio de reserva legal en materia de sanciones administrativas, que se encuentra más relacionado al principio de tipicidad, que consiste que la norma debe imponer a un sujeto (activo) la obligación o prohibición (conducta) y calificar el incumplimiento de aquella conducta como reprochable (sanción) (ver artículo 39 de la Constitución Política); b) Principio de proporcionalidad (necesaria adecuación entre infracción y la sanción): se entiende este principio como la congruencia o adecuación de las medidas adoptadas a las características de la situación que las motiva y los fines



con ellas perseguida, demandado la elección de la menos grave, onerosa y restrictiva a la libertad individual de entre las idóneas; c) Principio "non bis in ídem": significa que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos (ver artículo 42 de la Constitución Política). 2) Principios procedimentales del procedimiento disciplinario: Estos se clasifican en los siguientes; a) Derecho de audiencia y defensa: este principio consiste en el derecho de todo individuo sometido a un procedimiento administrativo sancionatorio, de lo siguiente: hacerse oír por el órgano director del procedimiento administrativo; de aportar al proceso toda la prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; de combatir los argumentos y las pruebas de cargo; de hacerse asesorar por un profesional en derecho; de ser notificado de todas las actuaciones del procedimiento; de tener acceso al expediente administrativo (ver artículos 39 de la Constitución Política, 308 y 211.3 de la Ley General de la Administración Pública, y sentencia de la Sala Constitucional número 15-90); b) Principio de intimación e imputación: significa la formulación de cargos o el traslado de cargos, es el acto de inicio del procedimiento, a través del cual se pone en conocimiento al sujeto mediante una relación oportuna, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales (ver artículo 41 del Constitución Política, 249 de la Ley General de la Administración Pública y sentencia de la Sala Constitucional número 632-99); c) Principio de culpabilidad y la presunción de inocencia: significa que ninguna persona puede ser considerada o tratada como culpable, mientras no haya en su contra una resolución firme que así lo hubiese establecido y mediante la necesaria demostración de culpabilidad (ver artículo 211.1 de la Ley General de la Administración Pública); d) Derecho a la no autoincriminación: es el derecho que le asiste a todo individuo de no declarar contra si mismo, significa que la Administración no puede utilizar coacciones o presiones que irrespeten la voluntad del acusado (ver artículo 36 de la Constitución Política); e) Aplicación de las reglas de la sana crítica racional a la valoración de la prueba: es parte del debido proceso, que la valoración de la prueba se realice siguiendo las reglas de la sana crítica racional, como lo ha indicado la Sala Constitucional en el voto número 3374-94 de las nueve horas con doce minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve; f) El derecho a una resolución debidamente considerada: se refiere a la motivación, como requisito de forma de los actos administrativos, consiste en la necesaria expresión formal de los motivos del acto, tanto los que son de derecho y que configuran la base legal, como los de hecho que provocan la actuación administrativa, por lo que toda resolución administrativa que limite, imponga, suprima o deniegue un derecho debe ser motivada (ver 136 de la Ley General de la Administración Pública); g) Principio de imparcialidad: es una principio que hace referencia a que los órganos directores del procedimiento administrativo sancionatorio, están obligados a actuar con la mayor objetividad e imparcialidad, respetando el derecho de defensa de las partes involucradas, este

principio es posible con el sistema de excusas y recusaciones establecido en la Ley General de la Administración Pública y de manera supletoria en el Código Procesal Civil; h) Derecho del interesado de recurrir la decisión dictada por la Administración: es el derecho de impugnación que le asiste al administrado de recurrir el acto final, así como todos aquellos actos procesales con efecto propio y que puedan incidir en el derecho de defensa. Una vez explicados algunos de los principios, más relevantes, que se debe seguir en todo procedimiento administrativo disciplinario sancionador, se aplicarán éstos al caso concreto para poder determinar si existen o no infracciones al debido proceso que provoquen la invalidez del acto final impugnado en este asunto.”

### ***c) Libertad probatoria dentro del procedimiento administrativo sancionador***

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>9</sup>

“IV.- Sobre la valoración de la prueba, establece el artículo 26 de la Ley que se cuestiona: "En la calificación de las probanzas tendrá el Tribunal dicho amplia libertad de apreciación y no estará obligado a sujetarse a las reglas de la prueba común. Si llegare a tener la convicción de que es cierto el cargo acusado, impondrá la corrección que corresponda ...".

Este artículo no establece un sistema de íntima convicción, como lo alega el accionante, sino el de la libre apreciación de la prueba o libre convicción, que implica que todo se puede probar y cualquier medio probatorio lícito, sistema de apreciación que no resulta inconstitucional, máxime si tomamos en cuenta que en todo proceso administrativo, la prueba que sirva de fundamento a la resolución debe ser legal, valorada racionalmente y la resolución tiene, en todo caso, que estar debidamente fundamentada. La libertad probatoria que establece el artículo 26 no es irrestricta, todo medio de prueba que se considere en el procedimiento, se analizará de conformidad con criterios de razonabilidad y con las reglas de la sana crítica. Sobre este tema, la Sala precisó: "El principio de valoración razonable de la prueba: El proceso penal especialmente, al menos tal como debe entenderse en nuestro país, .... el juzgador, el cual tiene, ..., la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea. Desde luego, la arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como al atribuir a las pruebas recibidas un contenido inexacto o al desdeñar el verdadero -errores de hecho-, como, finalmente, al otorgarles un valor probatorio del que razonablemente carecen o negarles el que razonablemente tienen, como, en síntesis, al violar los principios de la sana crítica conducentes a una correcta determinación de la verdad de los hechos relevantes del caso." (sentencia número 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos



del primero de julio de mil novecientos noventa y dos).

Si bien tal sentencia se refiere al procedimiento penal, lo cierto es que los principios que allí se expresan son plenamente aplicables al proceso sancionatorio administrativo. En consecuencia, el párrafo último del artículo 26 que se cuestiona no es inconstitucional, siempre y cuando se interprete que el procedimiento que se aplique respete los contenidos mínimos del derecho de defensa y que la interpretación de la prueba se sujete a los criterios de la sana crítica y se fundamenten las conclusiones. También se cuestiona la constitucionalidad de la frase: "el Tribunal resolverá lo que proceda, en sesión y votación secreta", del artículo 26 que se analiza. No hay razón para considerar que esta frase violente el debido proceso. El hecho de que la votación sea secreta implica que la deliberación y el acto propio de la votación, se hagan con exclusión de personas ajenas al Tribunal, pero subsiste la obligación de hacer constar el resultado de la votación y los argumentos que los llevaron a resolver conforme lo hicieron sin demérito de la posibilidad de adherirse a los motivos invocados por otro u otros de los miembros del tribunal, o de suscribir un pronunciamiento único, fundamentación que debe quedar consignada al momento de hacer constar por escrito los resultados de la votación. Los votantes tienen también la posibilidad de salvar el voto dentro de un plazo razonable. Interpretada de esta manera, la frase en comentario no resulta inconstitucional\_."

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 GARRIDO FALLA, Fernando, et al.: *Tratado de Derecho Administrativo Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 193-204.
- 2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: *Manual de Procedimiento Administrativo*, San José, 2006, pp. 209-211.
- 3 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 245-248.
- 4 VARGAS LÓPEZ, Karen: "Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador" [en línea], *Revista Jurídica de Seguridad Social*, No.14, junio de 2008, pp. 66-67. Consultada en: diciembre 2010, disponible en: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica14/art4.pdf>
- 5 CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL, Oficio D.J. 1710-2008 del 27 de febrero de 2008 de la Subgerencia Jurídica.
- 6 Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978.
- 7 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 4412-1997 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y siete.
- 8 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA, Resolución No. 1858-2009, de las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de setiembre de dos mil nueve.
- 9 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 4853-1996, de las quince horas con treinta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y seis.