

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título:

ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR ECUATORIANO.

Alumno/a:

GAONA REYES JESSICA PAOLA

Tutor/a: Dr.

FERRER BELTRÁN JORDI

Convocatoria (mes/año)

ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ECUATORIANO

Jéssica Paola Gaona Reyes

Introducción

La creciente regulación de infracciones administrativas, y su correspondiente sanción, como consecuencia del incumplimiento de determinadas normas jurídicas, y su aplicación algo caótica¹, ha llevado al legislador ecuatoriano a aprobar un Código Orgánico Administrativo, de obligatorio cumplimiento para todos los órganos y entidades que conforman el sector público. Con este código se busca implementar las garantías constitucionales previstas en el artículo 76 de la Constitución de la República (el debido proceso, el derecho a la defensa, el deber de motivación de las resoluciones de los poderes públicos, entre otras) para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República de acuerdo con el artículo 226.

Toda vez que en el procedimiento administrativo sancionador deberá probarse la hipótesis de la Administración pública sobre la ocurrencia del hecho para poder aplicar la consecuencia prevista en la norma jurídica, es importante conocer y analizar cuál es el diseño que el legislador ha previsto para llevar a cabo dicho proceso. Si bien este código se remite al régimen común de la prueba prevista en el Código Orgánico General de Procesos y con ello a una concepción racionalista de la misma, el diseño institucional para la reconstrucción de los hechos pasados que constituyen infracciones confiere amplias facultades de investigación e inspección para que los servidores públicos puedan reconstruir tales hechos, mediante la generación y obtención de elementos de juicio para llegar a establecer la verdad de la hipótesis, de modo que dentro del proceso se admite todo medio de prueba permitido por el Derecho. Sin embargo, a la hora de adoptar una decisión sobre las hipótesis en controversia, esto es, si se cuenta con pruebas suficientes para aceptar una hipótesis sobre los hechos, no se establece el estándar de prueba que deben aplicar los poderes públicos.

¹ Esto se debió, principalmente, porque cada entidad pública configuraba su propio procedimiento administrativo sancionador en función de su *particular* forma de entender cuál era la función que tenía que cumplir y, en el mejor de los casos, aplicando “ciertas” garantías previstas en la Constitución de la República (Véanse los distintos procedimientos en materia societaria (Resolución No. 91-1-5-3-007, R.O. 732 del 23 de julio de 1991), de mercado de valores (Resolución CNV-99-02, R.O.353 4 de enero de 2000), de telecomunicaciones (Resolución ST-2011-00016, R.O 377 del 11 de febrero de 2011), entre otros, antes de la vigencia de las Constituciones de 1998 y de 2007; inclusive algunos que continuaron aplicándose hasta la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo); así como también, por la escasa formación en Derecho Administrativo.

Para entender el rol que tiene el estándar de prueba, dejamos por el momento referido que los poderes públicos se pueden enfrentar a dos situaciones diametralmente opuestas a la hora de decidir, en función del estándar que se adopte legislativamente: 1) Inconvenientes a la hora de satisfacer una exigencia muy alta para el grado de corroboración o confirmación de pruebas para sancionar a los culpables, que llevaría a absolver a muchos culpables (falsos negativos), defraudando así la norma jurídica sustantiva; o, 2), si el nivel de exigencia probatorio es más relajado o menos exigente, se sancionaría a la mayor cantidad de culpables, pero también a más inocentes (falsos positivos).

¿En qué momento debe determinarse si se cuenta o no con pruebas “suficientes”? Para responder a este interrogante debemos referirnos a la valoración racional de la prueba, la cual implica una estructura de inferencias probatorias y criterios que determinan la aceptabilidad de sus conclusiones. En este orden de ideas, este código mantiene la idea de que la valoración de la prueba se circunscribe a criterios de la lógica y racionalidad -la llamada *sana crítica*- para la corroboración de las proposiciones o enunciados factuales, en la que bastaría la utilización de criterios puramente epistemológicos para determinar cuál es el grado de probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, pero esta es una forma parcial de entender lo que comprende la valoración de la prueba, porque llegaría solo hasta la atribución de grados de confirmación que los elementos de juicio dan a las hipótesis (por el que unas tienen un grado de confirmación mayor o menor o iguales), pero no dice cuándo se puede considerar que es suficiente dicho grado de confirmación para darla por probada (i.e. el legislador habría pasado por alto establecer los umbrales de suficiencia probatoria para cada fase del proceso administrativo y para su resolución, por cuanto normativamente –Art. 257- solo se exige al instructor continuar con el procedimiento para la emisión del dictamen, si considera que existen “elementos de juicio suficientes”²).

En otras palabras, si partimos de la premisa que la valoración racional de la prueba involucra dos fases³: el momento de la valoración propiamente dicha y la adopción de la decisión, tenemos que el legislador se habría quedado en el primer momento en el que se debe valorar el apoyo que cada prueba aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto, cuyo resultado nos permite conocer el grado de confirmación del que dispone cada una de esas

² La convicción del instructor, hace referencia a un elemento subjetivo. Para que el estándar de prueba tenga sentido debe expresarse mediante un criterio controlable, esto es, objetivo. (Laudan, 2005, págs. 98-100); (Gascón Abellán, 2005, pág. 129); (Ferrer, 2018, pág. 4)

³ Ferrer los propone como fases de la actividad probatoria (Ferrer, 2017, págs. 154-156). También es analizada por (Taruffo, 2011, págs. 295-301), (Igartúa Salaverría, 2001, pág. 472), (Gascón, 2005, págs. 128-129) en los criterios de decisión para la aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho.

hipótesis (Ferrer, 2016; págs. 151-156); y, habría pasado por alto, establecer reglas de juicio sobre el grado de apoyo que requiere una hipótesis para darla como probada. Precisar cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento y sus etapas es, precisamente, tarea propia de los estándares de prueba, lo que además tiene un impacto en la aplicación de las reglas de la carga de la prueba y la presunción de inocencia⁴.

Los estándares de prueba (propios de la cultura jurídica anglosajona y que ha sido trasplantado en las legislaciones Iberoamericanas, especialmente en materia penal) establecen un umbral mínimo de suficiencia o uno más elevado, dependiendo del tipo de procedimiento sea civil o penal, para que el juez pueda dar por probado un hecho. En el ámbito penal, se usa el estándar conocido *beyond a reasonable doubt* (más allá de toda duda razonable), mucho más exigente que los *more probable tan not* (más probable que su negación), *preponderance of the evidence* (preponderancia de la prueba) o *clear and convincing evidence* (prueba clara y convincente) usados en el ámbito civil.

Ahora bien, en el ámbito administrativo sancionador la elaboración del estándar de prueba sigue siendo un tema pendiente. Los planteamientos que al respecto existen parten de haberse decantado por una de las posiciones sobre las relaciones entre el Derecho penal y el administrativo sancionador (i.e. de su autonomía o dependencia, total o parcial, con “matices”; cuya discusión doctrinaria y jurisprudencial es inacabada), y en función de ello, aplicar el estándar de prueba que se aplica en materia penal, o cualquiera de los estándares que se aplica en materia civil. Por lo pronto hago aquí una precisión: tomar partido por una de las posiciones que explican las relaciones entre ambas materias no significa *necesariamente* que exista un solo estándar para el procedimiento sancionador, tanto para su fase previa (actuaciones previas) como a la hora aplicar la decisión respecto de aplicar la sanción o no; tampoco necesariamente el estándar de prueba tiene que ser el mismo a los efectos de la aplicación de normas sancionadoras que contienen distintas categorías de sanciones, en función de la severidad de las consecuencias jurídicas, siendo unas más gravosas que otras (v. gr. multas de un salario básico unificado o de hasta doscientos salarios básicos; suspensión o cancelación del permiso de funcionamiento; remoción del funcionario, etc.).

Los estándares de prueba sirven además, como esquema de justificación de la decisión y, por tanto, están sujetos al control posterior por parte de los administrados. Así, la exigencia de un

⁴ Las reglas de carga de la prueba tienen la función de determinar quién pierde el proceso si no hay prueba suficiente de ninguna de las hipótesis en conflicto, pero para aplicarlas es necesario conocer cuándo hay prueba suficiente. Lo propio ocurre cuando se trata de las presunciones, como la de inocencia, por cuanto como regla de juicio impone que se resuelva a favor de la inocencia del acusado salvo que haya prueba suficiente de su culpabilidad, en cuyo caso se derrota la presunción. (Ferrer, 2018, pág. 4)

estándar de prueba en materia administrativa sancionatoria permitirá a los administrados conocer los umbrales de suficiencia probatoria utilizados por los poderes públicos para tomar la decisión final respecto de la valoración de la prueba de los hechos, cuyo razonamiento debe formar parte de la motivación de los actos administrativos sancionadores, de tal manera que puedan contar con un instrumento jurídico que les permita facilitar el control interno de tal decisión, y que se presenta, a su vez, como garantía frente a la arbitrariedad. De ahí que es necesario que el diseño de nuestro sistema procesal cuente con reglas jurídicas sobre los estándares de prueba que requiere el administrativo sancionador –también extensivo a otros tipos de procesos-, y en las diferentes etapas del mismo, porque sin ellos las garantías constitucionales de interdicción de la arbitrariedad y el deber de motivación no se verificarían⁵. Por lo expuesto, en este trabajo me centraré primero en un tema general referido al Derecho administrativo sancionador y los puntos que convergen entre éste y el Derecho penal, sus finalidades y bienes jurídicos tutelados, para determinar cuál es el estándar de prueba que corresponde aplicar. Además, también abordaré los momentos de la actividad probatoria para evidenciar la necesidad del establecimiento de estándares de prueba para el procedimiento administrativo y sus etapas, como parte de la valoración de la prueba que permite decidir sobre los hechos del caso; y por último, me centraré en lo que prescribe el Código Orgánico Administrativo como condiciones necesarias (¿y suficientes?) para disponer el inicio del procedimiento sancionador y su resolución, y si ello permite satisfacer las exigencias propias de un estándar de prueba en esta materia.

1. Derecho Administrativo Sancionador

1.1. Justificación

Las potestades administrativas proporcionan una base sólida al Derecho Administrativo Sancionador puesto que así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado. La potestad es un poder otorgado por el ordenamiento jurídico a la Administración pública, sujeto a los límites previstos en la ley (principio de juridicidad), que se verifica en tanto y en cuanto sea ejercido dicho poder en función del interés general o público. Por ello, las potestades son un instrumento para el cumplimiento de las funciones de la Administración Pública y la realización de sus fines. Precisamente, la finalidad del interés público es la que exige que el Derecho público en general, y el Administrativo en particular, se explique sobre la base de la existencia

⁵ Ferrer, 2018, pág. 4.

de principios y normas exorbitantes, que se conciben para posibilitar y asegurar el ejercicio de las libertades y derechos individuales, y para alcanzar el interés general⁶. De ahí que “la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos”⁷.

La potestad sancionatoria se atribuye a la Administración Pública para hacer efectivo el cumplimiento de la ley mediante la aplicación de una sanción administrativa. Por su parte, la finalidad de la sanción es hacer coercible, aplicable, un estándar de comportamiento administrativo, aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afectan los deberes de ese estándar; buscando así, corregir su conducta, a diferencia de la pena que tiene condición retributiva⁸. Por ello, las normas sancionadoras buscan proteger intereses colectivos, generales y públicos, que el daño no se produzca y para evitar ese daño hay que evitar previamente el riesgo, que es el verdadero objetivo de la política represiva; en consecuencia, el Derecho Administrativo sancionador busca proteger intereses públicos y entiende a la sanción administrativa como una técnica jurídica concebida al servicio de la efectividad de las políticas públicas en función de la finalidad de cada una de las Administraciones públicas⁹.

Esta es la postura doctrinaria que utilizaré en el presente trabajo, dado que todas las actividades públicas arrancan necesariamente de una potestad y de un ordenamiento jurídico; y porque se confiere potestad sancionadora a la Administración pública para su propio funcionamiento y para la protección y el fomento de los intereses públicos, sin menoscabar las garantías individuales que asisten a los ciudadanos como titulares de derechos fundamentales.

1.2. De la aplicación de los principios generales del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador

Normativamente en el Ecuador, como en la mayoría de países iberoamericanos, la sanción que emana de una Autoridad pública dotada con potestad administrativa para sancionar, es reconocida como una manifestación del *ius puniendi* del Estado, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales Penales. Por tanto, y en razón a su condición de actividad punitiva del Estado, la imposición de sanciones administrativas se encuentra sometida al artículo 76¹⁰

⁶ Zavala Egas, 2005, pág. 76.

⁷ Nieto García, 2012, pág. 25.

⁸ Letelier, 2017, págs. 636-637.

⁹ En este sentido, Parejo entiende a la sanción administrativa como “como una técnica más al servicio de la efectividad de las políticas públicas formalizadas en los programas legales a ejecutar por la Administración”, citado por Letelier (2017, pág. 637).

¹⁰ “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

de la Constitución de la República que consagra el derecho al debido proceso, y lo propio es reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)¹¹, que forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano al tenor de lo dispuesto en el artículo 425. Se destaca que en nuestro sistema jurídico se reconoce al administrado el derecho a presentar pruebas y contradecir las que se le presenten –como parte de la manifestación del derecho a la defensa-, a contar con el tiempo y medios adecuados para preparar su defensa, que las resoluciones de los poderes públicos estén debidamente motivadas, y a recurrir la resolución en la que se afecten sus derechos.

El debate, doctrinario y jurisprudencial, se centra en la aplicación de los principios jurídico-penales al derecho administrativo sancionador; pero este debate que está inacabado¹² y se puede decir que nos encontramos en una fase de concreción del régimen jurídico de las sanciones administrativas¹³. Al respecto, autores como García de Enterría y Nieto sostienen tesis disímiles pero coinciden que por regulación constitucional –aplicable también al caso ecuatoriano- se

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...)"

¹¹ "(...) puesto que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas [...]" (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 72). Además, en un sentido similar se ha pronunciado la misma Corte, en la sentencia del 31 de enero del 2001, caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf) "i. el ejercicio de la defensa constituye un derecho y una garantía para impedir la arbitrariedad de los órganos del poder público, y comprende aspectos sustantivos y adjetivos. Contiene, a su vez, las siguientes garantías en favor del acusado: ser oído antes de la decisión, participar en forma efectiva en todo el proceso, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas y notificaciones oportunas y conforme a la ley, acceso a la información que consta en el expediente, posibilidad de controvertir los elementos probatorios, obtener asesoría legal y tener la oportunidad de impugnar la decisión;" "70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo –referido al artículo 8 de la Convención Americana- no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal".(El subrayado me pertenece).

¹² Las áreas comunes entre estos derechos son indiscutibles, pero la "administrativización" del control de las actividades que hasta hace poco dominaba en nuestros sistemas, como área preferente, está sufriendo un sentido inverso volcándose dicho control al ámbito penal. El desbordado Estado regulador actual ante su impotencia para asegurar el control social, está reconsiderando la preferencia al recurso del Derecho Administrativo, y la jurisdicción penal está asumiendo, en la aplicación del Derecho penal, una posición de decidido y más que cuestionable activismo. Vid. Parejo Alonso (2009, págs. 277-278; y 2014, págs. 4-5), Cordero Quinzacara (2012, págs. 140-141) y Letelier (2017, págs. 634-636).

¹³ En un análisis bastante completo sobre esta problemática, Letelier (2017, pág. 627) sostiene la tesis de que el régimen jurídico de las sanciones administrativas ha pasado por varias etapas (la primera, la ausencia de regulación, la segunda, el desarrollo de diversas teorías, y la tercera, el asentamiento de esas teorías) lo cual lo sustenta, a su vez, en la falta de regulación -tendencia del libre mercado- que hoy está siendo revertida, de ahí que sostiene que "La teoría de las sanciones administrativas se encuentra, sin embargo, recién saliendo de aquella segunda etapa, es decir, comenzando su fase de asentamiento. Este retraso en comparación con las otras instituciones se debe, me parece, a que la propia construcción de la doctrina generadora de control surge también con cierto retardo. Una de las razones de ese retardo deriva de que el tópico de las sanciones administrativas –principalmente en su vertiente económica– se transforma en relevante (al menos para los grupos interesados en la limitación estatal) luego de consolidada la fiebre liberalizadora y comenzada su fase reguladora."

impone la aplicación a la esfera sancionatoria administrativa los principios de legalidad, con sus dos elementos: reserva legal y mandato de tipificación, de culpabilidad y *non bis in ídem*, irretroactividad, proporcionalidad y derecho a la presunción de inocencia¹⁴.

Las diferencias entre ambas tesis radican en la forma en la que deben aplicarse tales principios, ya que para García de Enterría¹⁵, el contenido de tales principios para el administrativo sancionador se encuentra informado por el Derecho Penal pero con “matices”¹⁶ –cuyo desarrollo es jurisprudencial y por ende, variable-; mientras que para Nieto¹⁷, son elementos del Derecho constitucional que se aplican directamente al administrativo sancionador sin la intermediación del Derecho penal, y a partir de ahí configura su teoría para aplicar las singularidades que ofrece el Derecho administrativo sancionador y justificar, por ejemplo, las modalidades admisibles de colaboración reglamentaria, así como en las peculiaridades del mandato de tipificación. “Es claro, pues, que no existe claridad por lo que hace a la identidad o diferencia entre el Derecho penal y el sancionador administrativo en la medida en que la afirmación de su distinción, cuando se hace, se matiza inmediatamente, bien señalando la apuntada complementariedad, bien remitiendo las diferencias al plano de las garantías (de modo que, aun no siendo propiamente la sanción una pena, su régimen aparece penetrado por los principios básicos de la pena).”¹⁸

Además, no se puede pasar por alto que el procedimiento administrativo sancionador tiene como finalidad garantizar el normal funcionamiento de la administración pública y la protección de intereses generales, sancionando conductas contrarias que pongan en riesgo esas finalidades, para lo cual también garantiza el ejercicio de los derechos del presunto responsable o inculpado para que pueda ejercer su derecho a la defensa y acceder a una resolución adecuada

¹⁴ El Tribunal Constitucional Español ha establecido el contenido de este principio, de la siguiente forma: “a) toda condena debe ir siempre precedida de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas; b) las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas; y, c) la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores, no existiendo nunca carga de acusado sobre prueba de su inocencia” (STC de 22 de julio 1981, STC 333/1986 de 24 de septiembre), para luego añadir “que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valoradas por el organismo sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.” (STC 131/2003, de 30 de junio, y también Nieto García, 2012, págs. 367-368) De ello se puede inferir que se informa del Derecho penal para establecer el contenido de este principio aplicado en el procedimiento administrativo sancionador. Se destaca que, a pesar de que se exige suficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, tampoco el Tribunal se pronuncia sobre cuál es ese grado de exigencia probatoria que debe conferirse a la confirmación que la Administración dé a la hipótesis de los hechos, y si dicha exigencia es la misma para los Derechos penal y administrativo sancionador.

¹⁵ García de Enterría & Fernández, 2006, págs. 1075-1086.

¹⁶ “El proceso de matización suele tener tal magnitud que hace verdaderamente irreconocible a la garantía penal que supuestamente se matiza. (...) La “lógica” de las sanciones administrativas nos ha ido mostrando indefectiblemente la ratio de la existencia de normas sancionatorio-administrativas y el por qué de su permanencia en el tiempo separadas y distantes de las sanciones penales.” (Letelier, 2017, pág. 627).

¹⁷ Nieto García, 2012, págs. 24-25.

¹⁸ Parejo Alfonso, 2014, pág. 15.

a los preceptos jurídicos que son establecidos en el ordenamiento jurídico. Y en el caso de la potestad punitiva penal, además de cumplir una función preventiva, se protege "el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente", mientras que la potestad administrativa sancionatoria se busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales¹⁹. No obstante lo anterior, en la actualidad el catálogo de infracciones administrativas y de delitos penales cada vez es mayor, y las penas que se imponen para estos últimos ya no se circunscriben a penas personales, de prisión o reclusión, sino a sanciones pecuniarias, suspensiones de actividades económicas, inclusive cancelaciones de tales actividades para funcionar, por lo que la diferencia entre ambos ámbitos, en función de la sanción impuesta, cada vez es menor.

El resultado de adherirse a una tesis u otra ha llevado a algunos autores²⁰ a adoptar los estándares de prueba que se utilizan para casos penales y civiles (por ser los que se utilizan en el mundo anglosajón), como criterios para decidir si una hipótesis puede o no declararse probada. De ahí que los partidarios de la aplicación de los principios que rigen en materia penal (con matices) al derecho administrativo sancionador, utilizan el estándar "más allá de toda duda razonable", el cual supone que no se considerará probada la hipótesis aunque disponga de un apoyo empírico mayor, de forma que se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada, la inocencia; y los que se fundamentan en otras premisas para explicar dicha relación como los intereses generales, la finalidad de las sanciones, y las diferencias *formales* entre penas y sanciones, utilizan los estándares que son aplicados en materia civil: el de la preponderancia de la prueba, con el que se considerará probada la hipótesis cuyo grado de confirmación sea superior al de la otra hipótesis; o, el de la evidencia clara y convincente que es considerado un estándar intermedio que se aplica en materia civil, más exigente que el de la preponderancia de la prueba, cuando hay otras cuestiones en discusión y no solo las pecuniarias.

Si nos centramos en el contenido del estándar "más allá de toda duda razonable" explicado en las distintas sentencias dictadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, dan cuenta del valor fundamental que se reconoce a los intereses del acusado que se ponen en juego en un proceso penal y que determinan que el riesgo de error deba ser reducido al mínimo por la extrema gravedad de sus consecuencias: la libertad personal, la dignidad humana y la protección

¹⁹ Sentencia C-214 de 1994 de la Corte Constitucional Colombiana. En este punto, la Corte se apoyó en Eduardo García de Enterría & Fernández, 1986.

²⁰ En Chile, por ejemplo encontramos a Cordero (2017) y Krause (2017) que parten de la relación entre ambos derechos para decantarse por un estándar u otro; mientras Duce y Letelier se sustentan en el análisis de las diferencias dogmáticas, políticas públicas, diferencias de finales y de bienes e intereses protegidos.

de la honra frente a la estigmatización que significa una condena penal, e incluso la vida, en aquellos casos en los que pudiera imponerse la pena de muerte²¹. Es por ello que en materia penal se fija un estándar de prueba más exigente, por la gravedad de las consecuencias de la pena, ya que se requiere un grado de corroboración mayor para que una hipótesis pueda tenerse por probada. De esta manera, se produce una distribución del riesgo de error entre las partes del proceso, pues al elevar el umbral de suficiencia probatoria, se reduce por un lado el riesgo de que se condene a un inocente (falso positivo), pero, por otro lado, incrementa correlativamente, el riesgo de que se yerre al declarar no probada una hipótesis fáctica (i.e. el riesgo de que se declare probada una hipótesis verdadera o falso negativo)²².

En lo que corresponde a este trabajo, debe preguntarse si por la sola aplicación el principio de presunción de inocencia al procedimiento administrativo sancionador corresponde aplicar “automáticamente” el estándar de prueba en materia penal. La respuesta no puede ser otra que negativa. Si bien no puede discutirse la aplicación de este principio a la materia administrativa sancionadora, no se puede pasar por alto la lógica del debido proceso. Como explica Duce, “Esta comprensión de esta institución y de la garantía de la presunción de inocencia ha llevado a que el criterio de discriminación que es posible advertir en el derecho comparado para distinguir entre diferentes estándares es relativamente simple. Así, mientras más riesgo se corre o mayores son las consecuencias que trae aparejada la decisión que se adopta, mayor nivel de certeza es requerido en el juzgador y menos porcentaje de error es admisible para el sistema.” (Duce, 2018; pág. 92) Por tanto, no es solo que la consecuencia jurídica de tomar una decisión dentro de un proceso penal que culmine en la imposición de una pena privativa de libertad es más grave que la imposición de una sanción pecuniaria en un proceso administrativo sancionador, sino que el riesgo en caso de error de una condena falsa nos lleva a elevar la exigencia probatoria²³ a la hora de decidir, todo lo cual impacta en la configuración del derecho al debido proceso y de la presunción de inocencia en el ámbito administrativo sancionador, ya que a mayores riesgos de los derechos de las personas, mayor necesidad de protección de los mismos frente a la acción del Estado.

²¹ Sentencias “In Re Winship” 397 U.S. 358 (1970): “proporciona sustancia concreta a la presunción de inocencia” al fijar “un estándar de prueba más rigurosos que el propio de las causas civiles”, reflejando “una convicción fundamental de nuestra sociedad, según la cual es mucho peor que se condene a un inocente a que un culpable quede libre”, “Sullivan v. Louisiana”, 508 U.S. 275, 278 (1993) y “Apprendi v. New Jersey”, 530 U.S. 466, 477 (2000), citadas por Accatino (2011, pág. 489)

²²Laudan (2005, pág.97), Gascón Abellán (2005; pág. 130), Ferrer (2018; pág.7), y Accatino (2011; pág. 487)

²³ Como señala Taruffo “el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: éste requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas “irrazonables”, con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente.” Citado por Accatino, 2011; pág. 492.

La aplicación de este estándar “más allá de toda duda razonable” en el procedimiento administrativo sancionador por la garantía del principio de presunción de inocencia, implicaría la exigencia de un nivel muy alto de prueba, que se aproxima a la certeza²⁴, lo que supone que la hipótesis de la Administración no se considerará probada aunque disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de inocencia (salvo que ese apoyo ofrezca una corroboración muy alta a la primera), de forma que se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada, la inocencia del administrado. En este sentido, la ausencia de sanciones por no haberse podido probar en “grado suficiente” el enunciado fáctico de la Administración, generaría un riesgo de falsos negativos que afectaría la capacidad disuasoria de la sanción, y dependiendo del ámbito de la actividad social que se encuentre vulnerada, sus efectos podrían ser sistémicos²⁵ como es el caso de los mercados financieros, o del medio ambiente, entre otros, lo que puede llegar a afectar los derechos fundamentales de las personas en un determinado sector de la sociedad o a toda una sociedad. En un sentido inverso, los falsos positivos también generan un riesgo pero estarían más bien relacionados con la afectación de derechos fundamentales de los administrados, como el de la propiedad o libertad de empresa, en el caso de las sanciones más graves.

Una vez que ha quedado descartado que dicho estándar de prueba en el ámbito penal no debe ser aplicado en el procedimiento administrativo sancionador por el mero hecho de compartir el principio de presunción de inocencia, nos resta decir que existen otros motivos por los cuales no corresponde su aplicación. Hay que tener presente que si el mayor riesgo que se puede correr en un proceso penal es la pérdida de libertad de una persona -que constituye el mayor gravamen que se puede aplicar en nuestro sistema jurídico- (las otras penas no privativas de libertad, deberían aplicárseles otros estándares²⁶, como se explicará más adelante), por ende la exigencia del estándar es la mayor que en el sistema se pueda aplicar, casi al grado de certeza absoluta, por lo que es entendible que la sociedad tolere o acepte mayor cantidad de falsos negativos; pero las sanciones en materia administrativa sancionadora, son por esencia pecuniarias (cuyo

²⁴ En Inglaterra el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” ha sido reemplazado por el de “firme convicción”. (Laudan, 2005; pág. 100)

²⁵ El volumen y la rapidez de las transacciones bursátiles en un mercado globalizado, han incrementado considerablemente la variabilidad de los precios de los activos. “Esto aumenta el efecto de contagio entre mercados, provocado a veces por burbujas especulativas que mueven con fuerza los precios. De forma que un acontecimiento sistémico en un mercado se extiende rápidamente más allá de las fronteras de este mercado. Un hecho como la crisis en el mercado hipotecario norteamericano desencadenó rápidamente efectos negativos al resto de mercados mundiales; provocando una elevada y prolongada incertidumbre en la valoración del riesgo de insolvencia, que ha acabado repercutiendo en una brusca parada del ciclo del dinero.” (Ruiz, 2014; págs. 27-28)

²⁶ Sobre la necesidad de aplicar diversos estándares en función de la gravedad del delito, léase Laudan (2006, págs. 55 y ss.); también por Denning, en su calidad de Lord Justice of Appeal. en Inglaterra, citado por Anderson, Schum & Twining (2015, pág. 300).

monto va en relación al tipo de infracción cometido y también al sector de la sociedad que se busca controlar), y tienden a proteger intereses generales, colectivos, públicos. Las medidas de que dispone la Administración pública, tienen un grado de afectación diferente al penal, como tampoco origina el nivel de reproche social que trae la privación de libertad; y con ello no se pierden los derechos de ciudadanía (para participar en elecciones, y poder elegir y ser elegido), por solo resaltar aquéllas que son la principal fuente de preocupación en algunas de las sentencias de los Estados Unidos de América que configuran el contenido del estándar “más allá de toda duda razonable”. Por lo tanto, estas diferencias, entre otras referidas a argumentos vinculados a razones de políticas públicas²⁷, nos llevan a sostener que el nivel de exigencia que se exija a dar por probada una hipótesis con el grado de confirmación de que disponga la Administración Pública, no puede ser igual que el estándar “más allá de toda duda razonable” que se exige en materia penal.

En este punto se debe hacer una precisión, se ha tomado como premisa que el bien que mayor protección tiene en el ordenamiento jurídico es la libertad, y por ende en el mundo anglosajón y nuestros sistemas jurídicos continentales se ha venido aplicando el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, cuando la pena que se impondría al acusado sea una privativa de libertad, pero ello no significa que en función de la gravedad del delito no puedan configurarse otros estándares menos exigentes que aquel. En consecuencia, pudiera darse el caso que, por la gravedad de las infracciones administrativas y su correspondiente sanción, llegase a coincidir un estándar de prueba que también se aplique en materia penal.

2. Momentos de la actividad probatoria del procedimiento administrativo sancionador

Para explicar el rol que cumplen los estándares de prueba, es necesario referirnos a los momentos de la valoración de la prueba en un proceso judicial –también aplicable al procedimiento administrativo–, siguiendo el esquema de Ferrer: “a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; c) propiamente, la adopción de la decisión.”²⁸

²⁷ Aquí podemos señalar la dificultad probatoria que representa determinadas infracciones administrativas, por la sofisticación de los esquemas utilizados (v. gr. esquema Ponzi); limitaciones propias de la Administración pública, falta de personal y de recursos; la posición de poder que pueden tener determinados actores; entre otros. Duce, también expone razones dogmáticas para hacer la diferenciación entre los delitos y las sanciones administrativas. (Duce, 2018; pág. 92).

²⁸ Ferrer (2007: 61 ss., 2016: 97 ss.)

El primero de los momentos antes mencionados, está referido a las pruebas aportadas y admitidas²⁹ al proceso, las cuales “permiten conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las hipótesis sobre los hechos del caso”³⁰. En general, en este primer momento rige un principio de libertad de prueba en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general; así como también coexisten reglas jurídicas que introducen limitaciones (temporales, institucionales) que superponen y sustituyen aquellos criterios, en función de exigencias o valores incorporados al ordenamiento jurídico y que se considera deben prevalecer sobre el principio de libertad de prueba³¹.

Conformado el conjunto de elementos de juicio, se debe proceder a determinar el grado de corroboración que dan tales elementos a cada una de las hipótesis fácticas en controversia. Pero la valoración dependerá del sistema que el derecho haya establecido previamente, y que en nuestro caso es el sistema de la libre valoración de la prueba. En este sistema, el juez es libre para decidir cuándo un hecho ha sido suficientemente probado, pero dicha libertad está referida a que carece de restricciones impuestas normativamente respecto de la eficacia y valor de los elementos de prueba, como ocurre en el sistema de prueba legal o tasada, en el que la norma jurídica asigna el valor de cada medio de prueba y el juez se encarga de aplicarlo a la prueba, pero no significa que excluya criterios racionales para la valoración de la prueba.

La concepción racional de la libre valoración de las pruebas prevé que el juez deba utilizarla con el propósito de alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos del caso y que deba usar criterios racionales para lograr dicho objetivo. Estos criterios de valoración racionales, son los únicos que permiten establecer si la valoración de la prueba produce elementos aptos para fundar el juicio sobre el hecho. La libertad de elección de los elementos de prueba que se consideran relevantes para la decisión, debe ser ejercida de forma racional y controlable; lo cual, a su vez, se convierte en garantía del principio de contradicción entre las partes a los efectos de la elección del juez. Además, permite exigir al juez la explicación de los

²⁹ Sin perjuicio de los elementos de prueba que haya recabado en la fase previa denominada “actuaciones previas”, dentro del procedimiento, el instructor realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos recabando los datos e información que sean relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción (Art. 255), para cuyo cumplimiento tanto los órganos y dependencias de administrativas de cualesquiera de las Administraciones públicas y para toda persona que tenga o pueda proporcionar información, tiene el deber de colaboración (Art. 249). Las pruebas que se practicarán son las adecuadas para la determinación de los hechos y las posibles responsabilidades, esto es, cuando satisfacen los fines de la instrucción; correspondiéndole al instructor apreciar si las pruebas solicitadas por el presunto responsable, son de utilidad para el esclarecimiento de los hechos. En consecuencia, corresponde al mismo órgano instructor establecer las pruebas de cargo y de decidir sobre su relevancia y admisión.

³⁰ Ferrer, 2016, pág. 96.

³¹ Taruffo, 2011, pág. 359.

criterios adoptados para valorar las pruebas y, sobre esta base, justifique el juicio de hecho³². Por tanto, delimitado el conjunto de elementos de juicio, en este sistema el juez deberá valorar cada uno de los elementos de prueba que hayan servido para justificar su decisión sobre las hipótesis en controversia, de forma individual, y en conjunto.

En este segundo momento, el de la valoración propiamente dicha, se busca evaluar las relaciones de confirmación que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las hipótesis sobre los hechos del caso que son objeto del proceso, sobre la base de las máximas de experiencia (que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas, o generalizaciones del sentido común)³³. Esas relaciones de corroboración se expresan como inducciones probabilísticas que no pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que sólo la confirman como una explicación posible de la existencia de las evidencias valoradas, lo que por sí sólo no excluye que otras hipótesis puedan resultar igualmente explicativas. Esto es lo que se pone de relieve cuando se dice que el juicio sobre los hechos en un proceso tiene lugar en condiciones de incertidumbre; una incertidumbre que, aunque es propia del razonamiento inductivo en general –y vale también, por lo tanto, tanto para la prueba de hipótesis científicas o históricas-, se ve reforzada en el ámbito de la prueba judicial por las distintas limitaciones propias del proceso, inclusive por las reglas de exclusión que se hayan previsto en él³⁴.

Una vez que se ha determinado el grado de corroboración que otorgan las pruebas a las hipótesis factuales de las partes, corresponde tomar la decisión sobre los hechos, por ello, en este tercer momento se deberá determinar si el grado de corroboración que las pruebas aportan a las hipótesis factuales es *suficiente* para tenerlas por probadas. Precisar cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento es, precisamente, la tarea propia de los estándares de prueba. De esta manera, los estándares de prueba determinan cuándo resulta

³² Taruffo, 2011, pág. 400 ss.

³³ Partiendo del esquema de Toulmin, González Lagier explica cuándo la garantía del argumento está suficientemente fundada: “En la "inferencia probatoria", la garantía está constituida por máximas de experiencia y por presunciones. Cuando los procesalistas afirman que la prueba ha de valorarse de acuerdo con las "reglas de la lógica" y las "reglas de la sana crítica", en muchas ocasiones están haciendo referencia a las regularidades o máximas de experiencia, que en los argumentos no deductivos parecen cumplir el papel de "reglas de inferencia". Ahora bien, las máximas de experiencia son a su vez la conclusión de una inducción ampliativa, por lo que no son necesariamente verdaderas, sino probables (en sentido inferencial). Su grado de credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha. Dicho de otra manera, hay que examinar -como dice Marina Gascón- el fundamento cognoscitivo de estas máximas y regularidades, de manera que se excluyan las generalizaciones apresuradas y los prejuicios. Así, el grado de confirmación de la hipótesis final de la inferencia probatoria es mayor cuando las máximas de experiencia constituyen reglas científicas o vulgarizaciones de conocimientos ampliamente confirmados”. (González Lagier, 2013, pág. 17)

³⁴ Accatino, 2011, pág. 487.

justificado aceptar (o rechazar) una hipótesis fáctica en un proceso judicial y en un proceso administrativo sancionador.

3. Estándar de prueba para el procedimiento administrativo sancionador

El procedimiento administrativo sancionador está diseñado para que la Administración pública aporte las pruebas para demostrar la responsabilidad del inculcado en el cometimiento de infracciones administrativas. A pesar de ello, debe tenerse presente que ese conocimiento de los hechos es imperfecto o relativo, por cuanto la prueba se desarrolla a través de un sistema de reglas y cauces institucionales que limitan o impiden llegar a la averiguación de la verdad de los hechos relevantes para el proceso, así como también por el razonamiento probatorio, el cual está constituido por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalizaciones (las llamadas máximas de experiencia, muchas veces carentes de conocimiento científico, o basadas en prejuicios). En definitiva, los resultados alcanzados en la prueba de un enunciado sólo pueden expresarse en términos de probabilidad, lo que significa que la prueba concluye con una hipótesis que aceptamos como verdadera, aunque no sabemos si lo es o no, y que el grado de probabilidad suministrará un buen criterio para su justificación.³⁵

La tarea que enfrenta la valoración racional de la prueba es medir el grado de probabilidad o de certeza que nos permita justificar tomar una decisión sobre la hipótesis factual a la luz de las pruebas disponibles. Es en este contexto de valoración racional donde adquieren sentido y relevancia los estándares de prueba que son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe.

Al inicio de este trabajo se afirmó que el Código Orgánico Administrativo no ha fijado el estándar de prueba que debe aplicarse para dar por probada una hipótesis fáctica, o lo dispuesto normativamente no puede ser aceptado porque carece de criterios objetivos al remitirse a la creencia del instructor, lo que es incompatible con la concepción racional de la prueba que rige este procedimiento, por cuanto no es posible su control y por ende podría dar lugar a decisiones arbitrarias³⁶. El artículo 257 en cuestión señala:

³⁵ Gascón Abellán, 2005; pág. 129.

³⁶ Laudan ha realizado una serie de críticas a la formulación del estándar de prueba que se utiliza en materia penal. (Laudan, 2005). En este mismo sentido, léase (Gascón Abellán, 2005); (Ferrer, 2018)

“Art. 257.- Dictamen. Si el órgano instructor considera que existen elementos de convicción suficientes emitirá el dictamen que contendrá:

- 1. La determinación de la infracción, con todas sus circunstancias.*
- 2. Nombres y apellidos de la o el inculpado.*
- 3. Los elementos en los que se funda la instrucción.*
- 4. La disposición legal que sanciona el acto por el que se le inculpa.*
- 5. La sanción que se pretende imponer.*
- 6. Las medidas cautelares adoptadas.*

Si no existen los elementos suficientes para seguir con el trámite del procedimiento sancionador, el órgano instructor podrá determinar en su dictamen la inexistencia de responsabilidad.

El dictamen se remitirá inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto con todos los documentos, alegaciones e información que obren en el mismo.”

Una vez que he descartado la utilización del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” que se aplica en materia penal en el ámbito administrativo sancionador, corresponde analizar cuál es el estándar que debe utilizarse en esta materia.

En la decisión probatoria hay posibilidad de cometer dos tipos de errores³⁷: el falso positivo, que implica sancionar a una persona que no cometió la infracción, y el falso negativo, que consiste en no sancionar a una persona que sí cometió infracción. Por ello, el estándar de prueba conlleva a una distribución del riesgo del error entre las partes.

¿Cómo se distribuye el riesgo del error en los estándares de prueba? En función de la importancia que se le conceda a los derechos e intereses afectados por cada tipo de error, lo cual supone una determinada elección político-valorativa sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores que puedan darse en la decisión del caso. Así el que se quiera distribuir el riesgo de error hacia los falsos positivos (condenas falsas) o hacia los falsos negativos (absoluciones falsas), dependerá del costo social que tiene una u otra opción, por cuanto afecta a derechos o intereses y/o defrauda expectativas legítimas. En función de esta decisión política, cierto tipo de errores es más o menos aceptable que otros.³⁸

³⁷ Discordancia entre lo que se declara o no probado en el proceso y los hechos que han ocurrido en el mundo.

³⁸ Vid. Laudan (2005; pág. 97), Gascón Abellán (2005; pág.130), Ferrer (2016, pág. 162; 2018, pág. 8) y Accatino (2011; págs. 486-487)

De acuerdo a la importancia que se le conceda a los derechos e intereses afectados por el error, nos podemos encontrar en tres escenarios distintos³⁹: 1) Si los derechos o intereses afectados por los dos errores, se consideran igualmente tolerables, entonces el estándar no requerirá ser muy exigente y se adoptará la probabilidad preponderante; 2) Si uno de los errores merece mayor protección que el otro, entonces el estándar deberá ser más exigente, como ocurre en materia penal, en el que los derechos del imputado deben ser intensamente protegidos, por lo que se busca aproximar a la certeza; 3) Si se considera que los derechos o intereses afectados por los falsos positivos, merecen menor protección que los afectados por los falsos negativos, entonces el estándar será poco exigente y podrá valer una probabilidad por debajo de la probabilidad preponderante⁴⁰.

Ahora bien, para tomar la decisión sobre el nivel de exigencia probatoria, Ferrer⁴¹ plantea cinco razones a tomar en cuenta. Este planteamiento lo seguimos *mutatis mutandi*:

- 1) La gravedad del error de la sanción administrativa, lo que tiene que ver con la relativa importancia de los bienes afectados por la consecuencia jurídica y por el grado de afectación del mismo. Además, esta gravedad está en función del tipo de infracción, esto es, si leve, grave o muy grave⁴². No tiene la misma gravedad una sanción pecuniaria de un salario básico unificado que una de doscientos, ni la suspensión de funciones por 30 días que la cancelación definitiva de la autorización de funcionamiento. La mayor importancia del bien y la mayor afectación del bien tiende a aconsejar un estándar probatorio más exigente, puesto que el error de la condena falsa tendría más graves consecuencias; pero esto no es concluyente por cuanto corresponde hacer la respectiva ponderación de los intereses que están en juego.

Por tanto, visto que hay distintas infracciones concebidas en función de la gravedad de la acción y la lesión de los intereses protegidos, cuyas sanciones varían también en función de la gravedad de la infracción, si el error en la sanción lleva a los administrados a sufrir la consecuencia jurídica más gravosa que impone el sistema jurídico para una determinada actividad social regulada, el estándar de prueba deberá ser más exigente.

³⁹ Gascón Abellán, 2005; 131.

⁴⁰ En este caso, Taruffo pone como ejemplo el hecho que la Ley contempla una *semi probatio*, esto es, una hipótesis de hecho con un grado de confirmación inferior al mínimo necesario (mayor que la hipótesis contraria), sea suficiente para justificar algunas decisiones particulares del juez, como las que originan medidas cautelares. (Taruffo, 2005; pág. 1032)

⁴¹ Ferrer, 2018; pág. 10, ss.

⁴² El Código Orgánico Administrativo utiliza esta clasificación de infracciones para establecer el plazo de prescripción de los hechos constitutivos de infracción. En leyes sectoriales encontramos cuándo se consideran leves, graves y muy graves, pero esta categoría no se encuentra en todos los sectores regulados por el Estado, ni en todas las infracciones que se pueden cometer en contra del funcionamiento de la Administración pública.

Para la consecuencia jurídica de mayor gravedad que puede recaer sobre el administrado, es dable que la Administración pública deba probar en mayor grado la hipótesis de culpabilidad o responsabilidad del presunto infractor; sin embargo, esta exigencia deberá ser variable en atención que existen también consecuencias jurídicas menos gravosas⁴³. En consecuencia, no sería apropiado aplicar al procedimiento administrativo sancionador un solo estándar de prueba para cualquier procedimiento, sino que el estándar debe aplicarse en función de las consecuencias jurídicas que se puede imponer por la gravedad de la infracción administrativa cometida.

- 2) El coste del error en las falsas absoluciones. Tratándose de sanciones administrativas, el coste del error por no condenar a un culpable no es menor. Vale la pena recordar que el procedimiento administrativo sancionador tiene como finalidad garantizar el normal funcionamiento de la administración pública y la protección de intereses generales, sancionando conductas contrarias que pongan en riesgo esas finalidades. A la Administración y a la sociedad toda le preocupa que con la imposición de la sanción o con el simple hecho de existir la amenaza de la misma, el ciudadano procure no infringir o que cese la conducta infractora y que, en definitiva, la actividad social pueda desenvolverse dentro de los cánones que le son propios (v. gr. que un infractor de tránsito multado no vuelva a incurrir en la conducta transgresora, de tal forma que el tráfico sea más seguro y fluido), por lo que el aumento de falsas absoluciones origina no solo una defraudación de la norma jurídica sino que puede llegar a afectar el funcionamiento de determinado sector de la sociedad. A mayor nivel de exigencia del estándar de prueba para sancionar, se aumentará el riesgo de absolver a culpables.
- 3) Las dificultades probatorias del tipo del caso al que se pretende aplicar, tal como ha sido diseñado el procedimiento sancionador por el legislador⁴⁴. No es de extrañar que

⁴³ Como se ha expuesto en Inglaterra, a pesar de que la visión predominante es que hay solo dos estándares, pero con diferentes grados de prueba dentro de cada estándar. Denning, L.J, en su calidad de Lord Justice of Appeal, expuso lo siguiente: “Por supuesto que es verdad que nuestro Derecho requiere un estándar de prueba más alto en las causas penales que en las causas civiles. Pero esto está sujeto a la salvedad de que no existe un estándar absoluto en ninguno de los dos casos. En las causas penales los cargos deben ser probados más allá de toda duda razonable, pero podría haber grados de prueba dentro de ese estándar. Como Best, C.N. y muchos otros grandes jueces han dicho, “en la misma proporción en que el delito es enorme, tiene también que ser clara la prueba”. También en las causas civiles, el caso debe ser probado por una probabilidad preponderante, pero puede haber varios grados de probabilidad dentro de ese estándar. El grado depende del asunto en cuestión.” (Anderson & Schum, 2015, pág. 300)

⁴⁴ Si bien esta razón está explicada para los diversos tipos de delitos (especialmente, delitos sexuales y de corrupción), por cuanto busca establecer el grado de exigencia en materia penal, no puede desconocerse que en materia administrativa sancionadora hay diferentes clases de infracciones (en unos ámbitos del derecho las conductas están catalogadas dentro de uno u otro tipo de infracción, en otros dependerá del análisis del propio instructor determinar la gravedad de la infracción en función de la actuación) Así, mientras buscaría disminuir la

precisamente las infracciones más graves estén relacionadas con la mayor dificultad probatoria por el grado de sofisticación al que pueden llegar las conductas de los infractores (v.gr. esquema Ponzi, caso Maddof); en estos casos, dicha dificultad también se ve aumentada por las propias limitaciones institucionales de la prueba, como el plazo para las investigaciones y el propio plazo de la prueba, inclusive el plazo para resolver (30 días) podría llevar a cometer errores de valoración⁴⁵. Por este motivo, se buscaría disminuir el grado de exigencia probatoria.

Como se observa, nos encontramos ante razones (la 2 y la 3) que buscarían disminuir el nivel de exigencia probatoria y simultáneamente razones para aumentar o mantener alto el nivel de exigencia probatoria. No disponemos de un método objetivo para ponderar esas razones que tensan la cuerda en sentidos opuestos y la decisión no podrá ser más que política. Pero hay que tomar seriamente en consideración que un diseño legislativo que defina los supuestos de hecho de tal modo que impliquen graves dificultades probatorias y que, a la vez, les atribuya graves consecuencias jurídicas corre un serio riesgo de acabar resultando ineficaz y/o inefectivo.

- 4) Tomar en cuenta que existen otras reglas que también inciden en la distribución de riesgo de error en las decisiones, como la carga de la prueba y las presunciones, especialmente las aparentes o verdades interinas. Al tomar en consideración las razones atinentes a la gravedad de las consecuencias de la decisión probatoria errónea o a las dificultades probatorias de los tipos de casos, debe tenerse en cuenta simultáneamente quién tiene la carga de la prueba, así como los efectos de posibles presunciones aplicables al caso.

La carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador, corresponde a la Administración pública (Art. 256). Por esta regla, la Administración está llamada a sufrir las consecuencias de no alcanzar la suficiencia requerida por el estándar, por lo que la distribución del riesgo del error no es simétrico.⁴⁶

exigencia del estándar de prueba, también podría, a través de otra razón, aumentar dicha exigencia.(Ferrer, 2018; pág. 14)

⁴⁵ Ferrer expone que además del error “material”, cabe otro tipo de error “inferencial”, que no surge de la confrontación directa entre el resultado probatorio del proceso y el mundo externo al proceso, sino del análisis del propio razonamiento probatorio del proceso. Hay un error inferencial cuando a partir de las pruebas aportadas al proceso y tomando en consideración el estándar de prueba aplicable, la conclusión probatoria obtenida por el juzgador no es la que estaba justificado obtener.

⁴⁶ Tal como lo explican Ferrer (2018; pág. 14, 15) y Taruffo (2005; 1303).

En relación con las presunciones, en el ámbito administrativo sancionador ecuatoriano⁴⁷ destacamos a la presunción de inocencia del inculpaado⁴⁸. Esta presunción corresponde al tipo de presunción aparente, y a igual que las presunciones *en strictu sensu* admite prueba en contrario; y divergen de estas, en cambio, en que no un hay hecho base que probar a los efectos de desencadenar la presunción. Esta regla sitúa la carga de la prueba en quien no es favorecido por la presunción, esto es, en la Administración pública, tal como ocurre en el procedimiento administrativo sancionador.

En este caso, tomando en consideración las otras reglas que inciden en la distribución del riesgo del error, una mayor exigencia del estándar de prueba solo afectará a la Administración pública.

- 5) La necesidad de establecer niveles diferentes de exigencia probatoria⁴⁹, en función de la etapa del procedimiento en la que deba tomarse una decisión sobre los elementos de prueba que sustentan una hipótesis factual. Esta necesidad ha sido advertida por el legislador, y por ello ha dispuesto que las actuaciones previas deberán determinar “con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento administrativo, la identificación de la persona o personas que puedan resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.” (Art. 176), y para decidir continuar con el procedimiento a efectos de expedir la resolución correspondiente, el instructor debe considerar si cuenta o no con “elementos suficientes”. Estas fórmulas utilizadas por el legislador nos dan cuenta de que la exigencia sobre la suficiencia probatoria no es igual en ambos casos, aunque no cumplen con los requisitos metodológicos⁵⁰ para ser considerados un estándar de prueba.

De estos requisitos amerita destacar que el grado de exigencia probatoria de los distintos estándares de prueba para las distintas fases del procedimiento debería seguir una línea ascendente, de tal manera que las decisiones iniciales o las intermedias deben inferior a la que se pida para dar por probada la hipótesis en la decisión final. Caso contrario, esas decisiones no serían sino la anticipación de la decisión final y con ello harían inútil todo el procedimiento.

⁴⁷ Nuestro Código elimina la presunción de veracidad que tenían las actas de los funcionarios públicos en otras leyes, pero les reconoce que tienen valor como prueba.

⁴⁸ **Art. 248.-** Garantías del procedimiento. El ejercicio de la potestad sancionadora requiere procedimiento legalmente previsto y se observará: (...) 4. Toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no exista un acto administrativo firme que resuelva lo contrario.”

⁴⁹ En este sentido Letelier Wartengerg (2018; pág. 225) y Duce (2018; pág. 92).

⁵⁰ Ver (Ferrer, 2018; págs. 5-7); (Laudan, 2005); (Gascón Abellán, 2005).

Del análisis de estas razones y de otras⁵¹ que pueden tenerse presente a la hora de establecer el nivel de exigencia probatoria, se concluye que la mayor o menor exigencia de la prueba, depende la mayor o menor tolerancia que se tenga al coste del error de la absolución falsa de las infracciones, tomando en consideración que los deberes de conducta impuestos por las disposiciones normativas, o el refuerzo normal de la gestión administrativa, puede llegar a ser resultar más dañino que su inverso, afectando del mismo modo la capacidad disuasoria de la sanción. Por lo que exigir el más alto nivel de suficiencia probatoria –próximo a la certeza- coloca a la Administración en la imposibilidad de poder probar el cometimiento de infracciones administrativas muy graves,⁵² por lo que se ratifica que no cabe la aplicación del estándar “más allá de toda duda razonable” que se utiliza en materia penal en materia administrativa.

3.1. Decisión sobre los hechos: actuaciones previas y actuaciones de instrucción

3.1.1. Decisión sobre pruebas suficientes: ¿Cuál es el nivel de suficiencia probatoria que se requiere para dar por probado un hecho?

El diseño institucional del procedimiento administrativo sancionador⁵³ contempla a la prueba como eje central del mismo, cuya finalidad institucional es la averiguación de la verdad. En este diseño se ha previsto un conjunto de actividades para que las Administraciones públicas, a través de los servidores públicos competentes, puedan demostrar el incumplimiento de la norma jurídica e imponer la correspondiente sanción. Estas actividades están dirigidas a obtener y

⁵¹ Por su parte, Coloma señala que los estándares deben tomar en consideración los bienes que se encuentran en juego, la importancia que puede llegar a tener la rapidez o lentitud en la toma de la decisión y los costos esperados de la producción y análisis de la información potencialmente relevante. (Coloma Correa, 2010; pág. 215, ss.)

⁵² Letelier pone como ejemplo los ámbitos de la actividad social en los que la defraudación de la norma de conducta tiene indiscutiblemente mayor impacto social, desde el punto de vista económico. “En efecto, es posible apreciar en la realidad social un número importantísimo de sectores donde un especial sacrificio a la aplicación coactiva de la regla de conducta administrativa no se encontraría para nada justificado, y menos incluso si de ello se obtiene una decisión de calidad epistémica deficiente. Me refiero, por ejemplo, a las reglas de conducta que pretenden corregir las desviaciones o las fallas de mercado que se dan en la prestación de servicios públicos y que en los ambientes anglosajones suele llamarse bajo el genérico término de *regulation*. En efecto, aquellas reglas se enfocan en corregir desviaciones consideradas como inherentes a los mercados y que son originadas por el ejercicio natural de una racionalidad maximizadora del productor o por los defectos, también inherentes, en la racionalidad del usuario o consumidor. De ahí que el objetivo de esas reglas sea “producir mercado”, internalizar costos ocultos, o simplemente introducir cargas que neutralicen aquellas desviaciones. En casos como estos, el statu quo existente antes de la regla de conducta –cuyo *enforcement* es la sanción administrativa y cuya defraudación es la tolerancia de falsos negativos– es el peor escenario posible en términos de bienestar social.” (Letelier Wartengerg, 2018; págs. 223-223)

⁵³ En torno a este *procedimiento* se pueden explicar los principios de oportunidad, eficiencia y eficacia que rigen a la Administración pública (Art. 227 de la Constitución): no en vano el legislador ha conferido amplias facultades de investigación y el deber de colaboración para los administrados; delimitado plazos para la recolección de datos, evidencias o elementos de convicción; ha consagrado el principio de libertad probatoria, mediante la acreditación por cualquier medio de prueba admitido por el derecho, con excepción de las declaraciones de funcionarios públicos (Art. 199), así como también la práctica de cualquier prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos (Art. 255), para obtener una mayor certeza sobre los hechos; y como corolario, ha fijado que la carga de la prueba corresponde a la Administración Pública (Art. 256).

corroborar elementos de prueba útiles a los fines de la decisión, por lo que puede afirmarse que estamos ante un *procedimiento probatorio*⁵⁴.

Una vez iniciado el procedimiento sancionador (del que se supone el instructor ha decidido su inicio por haberse satisfecho el estándar de prueba que corresponde a la fase de “actuaciones previas”), en la etapa de prueba, se incorporará al expediente toda la prueba de cargo –que es sometida al principio de contradicción–, así como la prueba propuesta por el presunto infractor y que sea admitida por el instructor. Aquí conviene destacar que en la práctica de la prueba, se realiza una valoración *in itinere* sobre la insuficiencia del peso o riqueza de la prueba aportada, por lo que el instructor puede disponer, de oficio o a instancia de parte, la realización de una prueba para verificar la suficiencia de otra prueba, o una nueva prueba que verse sobre los extremos de una hipótesis que no están suficientemente corroborados; lo que en definitiva determinará la riqueza del conjunto de elementos de juicio que se llegue a conformar y sobre el cual se decidirá el caso⁵⁵. Antes de tomar la decisión del caso, se procede a valorar la prueba y se establece el grado de confirmación que dan los elementos de prueba a las hipótesis controvertidas, para luego declarar probada o no una de las hipótesis, tal como quedó expuesto. En varias ocasiones se ha referido en este trabajo que existen diferentes infracciones administrativas en función de la gravedad que acarrea el incumplimiento de las normas de conducta, y que estas infracciones, a su vez, tienen diferentes consecuencias jurídicas para sus infractores. Esta diferencia en la gravedad de los hechos nos lleva a plantear la necesidad de establecer distintos niveles de exigencia probatoria en función de la gravedad de las consecuencias jurídicas. Para ello nos detendremos en los estándares utilizados por la doctrina y jurisprudencia anglosajonas en materia civil⁵⁶.

El estándar de la preponderancia de la prueba se aplica cuando hay dos o más hipótesis contradictorias o incompatibles, cada una de las cuales con un grado de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas, por lo que la elección se hará con el criterio racional de la hipótesis

⁵⁴ Ubertis, 2017, pág. 78.

⁵⁵ Los controles que se realicen sobre la prueba inciden en la riqueza del conjunto de los elementos del juicio. (Ferrer, 2007, pág. 86 ss.) El principio de contradicción se implementa como un control preventivo respecto de la decisión, de esta forma las partes tienen la posibilidad de intervenir e influir sobre la decisión de la controversia. La contradicción en la formación de las pruebas, además de ser parte de la garantía de la defensa, permite, especialmente, que la actividad de las partes sirva para verificar *in itinere* la calidad de la prueba que se forma. (Taruffo, 2011, pág. 430) Por ello, en el procedimiento administrativo sancionador, cobra un papel protagónico el propio presunto responsable, en la contradicción, para poder cuestionar la prueba de cargo y evidenciar su poca fiabilidad o que las hipótesis no están debidamente corroboradas con dicha prueba.

⁵⁶ No obstante de que estos estándares se aplican en materia civil, cuya estructura es totalmente diferente al procedimiento sancionatorio, son criterios que nos ayudan a entender las otras formas de distribuir el riesgo de error de las condenas falsas y de las falsas absoluciones, y si ellas pueden ser utilizadas o no como reglas para decidir el grado de suficiencia que se requiere para la imposición de sanciones administrativas.

que resulta más aceptable por tener un valor más elevado, es decir, se escoge la hipótesis que reciba el apoyo relativamente mayor sobre la base de los elementos de prueba valorados conjuntamente⁵⁷. En otras palabras, se elegirá la hipótesis que resulte “más probable que no” o más probable que su correlativa hipótesis contraria. Como explica Taruffo, se trata de una elección racional, precisamente por ser relativa (comparativa dentro de un campo entre algunas hipótesis probables y caracterizado elementos de pruebas que apoyan estas hipótesis), dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una situación de incertidumbre definida por la presencia de distintas hipótesis significativas, por lo que se escoge la hipótesis más aceptable.⁵⁸ Ahora bien, dado que nos podríamos topar ante distintas hipótesis con grados de probabilidad “bajos”, un enunciado debe tener un grado mínimo necesario de confirmación probatoria para que pueda considerarse como “verdadero”. Por ello, “este estándar indica que es racional asumir como base de las decisiones fácticas la hipótesis que recibe de las pruebas un grado de confirmación positiva prevaleciente sobre su hipótesis numéricamente contraria, y, también, sobre todas las otras hipótesis con probabilidad positiva que hayan recibido un grado de confirmación superior al 50%.(...) En otras palabras, solo es posible que el juez asuma como verdadera –por estar confirmada en las pruebas- una hipótesis sobre un hecho si el grado de confirmación positiva de esa hipótesis es superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correspondiente.”⁵⁹

Por su parte, el estándar de prueba clara y convincente, es un estándar intermedio entre el de más allá de toda duda razonable, y la preponderancia de la prueba⁶⁰, y se aplica cuando hay más que cuestiones pecuniarias en disputa, por lo que es más exigente que aquél. Este estándar corresponde a la *ratio decidendi* del caso *Masson v. New Yorker Magazine, Inc.*, que ha sido utilizado como estándar en determinados casos de Derecho Sucesorio y de Familia, particularmente casos de “fraude, nulidad de un testamento, existencia de contratos verbales, internación en hospital psiquiátrico y expulsiones migratorias”⁶¹.

57 Taruffo, 2005: pág. 1033; 2011: pág. 299.

58 Explica el mismo autor que es racional considerar aceptable la hipótesis más probable, aunque la diferencia sea muy escasa. Además, no todas las diferencias tienen que ser cuantitativamente considerables, dado que su carácter de decisivas proviene del peso conjunto de las hipótesis enfrentadas y sus distintas relaciones. Pero hace una precisión, la referencia a grados de confirmación utilizando cifras porcentuales o decimales, no significa adhesión a teorías de la probabilidad cuántica o estadísticas, que se utilizan para crear versión “calculable” de la valoración racional. En su lugar, la referencia a la probabilidad como grado de confirmación lógica que un enunciado atiende de pruebas disponibles, se puede adoptar una “concepción baconniana” de la probabilidad como resultado de las inferencias probatorias que realiza el juez, partiendo de la información que las pruebas aportan para lograr establecer conclusiones relativas al grado de veracidad de los enunciados que versan sobre los hechos.(Taruffo, 2010; págs. 58-62; 2011, págs. 300-301)

59 Taruffo, 2010; págs. 61-62.

60 (Anderson & Schum, 2015, pág. 299)(Taruffo, 2005; 64)

61 (Haack, 2013, págs. 67,68)

Así, nos encontramos ante un problema de balance entre derechos e intereses que podrían verse afectados por los riesgos de falsos positivos o negativos, lo que obliga a tomar una decisión distributiva. Dicha asunción expresa la decisión de tolerar socialmente determinados riesgos de error.

La exigencia de un estándar más alto para tener por establecidos los hechos de la infracción, debe ser especialmente medido en las sanciones por infracciones muy graves en las que la afectación del error en la condena es más grave que en otros tipos de infracciones. Por ende, en estos casos, el estándar de prueba debe ser de una preponderancia cualificada y en consecuencia debe aplicársele el estándar de la prueba clara y convincente. ¿Cuánto más exigente que lo que se exige para la probabilidad preponderante? Si la probabilidad preponderante distribuye simétricamente los riesgos del error por considerar que ambos derechos e intereses merecen la misma protección, en el estándar de la prueba clara y convincente deberá ubicarse entre aquél estándar y el que corresponde al penal, por lo que si pudiera establecerse una referencia numérica sería de $\frac{3}{4}$. “Es decir, marcar que se tiene algo más que simplemente una mayor probabilidad, pero lejos de exigirse un nivel de certeza absoluto, como el de la “convicción más allá de toda duda razonable.”⁶²

Nos resta por definir la exigencia probatoria al que se debe llegar cuando se cometen infracciones administrativas graves y leves, y para ello hay que establecer si el riesgo de error de las falsas condenas es más tolerado o no que las falsas absoluciones, o son igualmente tolerados.

Se debe tener presente que las sanciones administrativas representan la forma para hacer ejecutables las obligaciones dispuestas por el sistema jurídico, ante el incumplimiento de otras medidas administrativas. En efecto, si hay algo que caracteriza la potestad administrativa sancionatoria –al menos en este tipo de casos– es que ella se alinea exclusivamente con la faz preventiva y disuasoria de los fines de toda sanción. Su objetivo en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su mal, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo, aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afectan los deberes de ese estándar.

“El Derecho administrativo sancionador –dice, por su parte, Silva Sánchez– es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. De esta forma, cuando el legislador quiere definir el ciclo regulatorio (norma de conducta/*enforcement*), cuando quiere hacer coercible un determinado comportamiento, una de las opciones que tiene a su disposición es, precisamente,

⁶² (Duce, 2018; pág. 91).

las sanciones administrativas. Y ello porque para el derecho administrativo el dato estadístico o cumulativo de cumplimiento es mucho más relevante que un especial y estigmatizador castigo individual. Tras la constatación de que si aumentan los falsos negativos (dar, erróneamente, por no acreditados los hechos de la infracción) disminuye consecuentemente la capacidad disuasoria de la sanción administrativa, aumentando, con ello, las infracciones, no es posible vislumbrar argumento alguno que justifique abandonar el estándar probatorio más eficiente para privilegiar un statu quo defectuoso en términos de bienestar social agregado.”⁶³

En este tipo de infracciones, la eficiencia en la distribución de riesgo de error obliga a considerar ambos errores como igualmente desaconsejables, por lo que el estándar probatorio que debe aplicarse en materia administrativa sancionadora, en infracciones graves y leves, debe ser el de la preponderancia de la prueba, es decir, debe ser capaz de generar una probabilidad mayor de que los hechos de la infracción ocurrieron.

3.2. Estándar para dar inicio al procedimiento: ¿Informes y documentos que sirvan de instrumento de prueba?

Para que las Administraciones públicas puedan determinar si corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador, primeramente deben conocer si hay hechos que serían constitutivos de infracción administrativa y las personas que han intervenido en dichos hechos. Para cumplir con dicha finalidad, el legislador ha diseñado unas actividades que se deben desarrollar antes de incoar el procedimiento sancionador, llamadas *actuaciones previas*, que tienen por finalidad determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento administrativo, la identificación de la persona o personas que puedan resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros (Art. 175). Por tanto, las actuaciones previas tienen una posición estructural en el seno del procedimiento sancionador, ya que sin ellas, las Administraciones Públicas no podrían conocer las circunstancias que rodean la infracción y no tendrían los elementos de prueba para ser incorporados en el procedimiento sancionador; así como también, los administrados/inculpados no podrían conocer a cabalidad lo que se les imputa y cuáles son las pruebas que los incriminan.

⁶³ (Letelier Wartengerg, 2018; pág. 223)

El diseño institucional de esta fase previa⁶⁴ al procedimiento, contempla amplias facultades de investigación y establece el deber de colaboración de las personas, para lo cual deben facilitar al personal inspector, el acceso a las dependencias e instalaciones y el examen de documentos, libros y registros directamente relacionados con la actividad inspectora (Art. 249). Del resultado de las investigaciones se debe “verificar hasta qué punto existe base racional para entender producido un hecho infractor imputable a una persona (...) posibilitándola para valorar la conveniencia o no de incoar el expediente sancionador.”⁶⁵ Esto es, el órgano instructor deberá hacer una valoración *prima facie* del conjunto de elementos de juicio obtenidos de la investigación, evaluando el grado de confirmación que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las proposiciones sobre los hechos del caso y decidir si debe iniciarse o no el procedimiento administrativo sancionador.

Los estándares de prueba, como umbral de *suficiencia* de esos elementos de prueba, nos permiten determinar si corresponde dar inicio al procedimiento sancionador. La trascendencia del estándar en esta etapa no es baladí, ya que el ejercicio de la potestad sancionadora tiene implicaciones que no se circunscriben a la resolución sancionatoria, sino también a la tramitación del procedimiento, “de tal manera que el administrado que es objeto de un expediente sancionador por esta sola circunstancia se encuentra intensa y negativamente afectado en su estatus jurídico.”⁶⁶ Por tanto, la documentación recabada en las inspecciones y cualquier otro elemento de conocimiento y de juicio alcanzados en esta fase, y que puedan servir como instrumento de prueba,⁶⁷ debe ser puesta a consideración de la persona interesada

⁶⁴ Aunque no es motivo del presente trabajo, normativamente *parecería* que esta fase forma parte del procedimiento sancionador, por cuanto el legislador ha señalado que la potestad sancionadora caduca en seis meses desde el acto administrativo que ordena las actuaciones previas; y la potestad sancionadora abarca desde la determinación del presunto incumplimiento hasta la imposición de la sanción correspondiente. Si se revisa la jurisprudencia española (dado que nuestro COA tiene mucha similitud a la LRJ-PAC) hay discrepancias sobre su pertenencia o no al procedimiento sancionador. En la sentencia del TS del 26 de noviembre de 1996 se considera interrumpida la prescripción de la infracción cuando la Administración exterioriza su conducta dirigida a iniciar el procedimiento sancionador, con conocimiento del interesado, o en otros casos en los que la denuncia determina el inicio del procedimiento, sentencia del TS de 15 de noviembre de 2000, (RJ 2000,10064), referidas en (Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2013, págs. 406, 480).

⁶⁵ (Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2013)

⁶⁶ (Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2013)

⁶⁷ La formación de la prueba de cargo es básicamente extraprocesal, y dentro del proceso se entra a verificar su autenticidad o aceptabilidad, esto es, dentro del proceso se realizará el control; sin perjuicio de otras pruebas que puedan ser creadas dentro del proceso. En España, de cuyo texto legal se inspiró el legislador ecuatoriano para regular el procedimiento administrativo sancionador, se ha sostenido que el valor probatorio de la documentación y cualesquiera de otros elementos de conocimiento quedan sometidos a las reglas generales de la prueba, a los criterios jurisprudenciales recaídos en materia de prueba preconstituida y al régimen de la prueba del procedimiento sancionador (Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2013, pág. 414).

para que manifieste su criterio (Art. 178), cuya evaluación por parte del órgano competente forma parte del informe final de esta fase.

Ahora bien, ¿cuál es el estándar de prueba que se requiere en esta fase para poder justificar el inicio del procedimiento sancionador? El código en su artículo 176 alude a la necesidad de “determinar con la mayor precisión posible los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento administrativo, la identificación de la persona o personas que puedan resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.” Esto nos permite tener una pauta del nivel de exigencia probatoria que debe cumplirse para iniciar el procedimiento sancionador. Sin embargo, nos permite descartar la utilización de simples sospechas del cometimiento de infracción o una hipótesis sostenida por algunos elementos indirectos de confirmación dotados de escaso valor inductivo; y, que la hipótesis debe tener un valor mínimo aceptable, pero más cercano al de la decisión final. Por ello consideramos que el nivel de suficiencia probatoria al que debe llegarse para iniciar el procedimiento sancionador debe ser inferior al que corresponda al de la decisión final, pero no “tan” inferior. En este sentido, si para las infracciones muy graves hemos afirmado que debe aplicársele el estándar de la prueba clara y convincente, la exigencia probatoria en las actuaciones previas no podrá ser otra que el de la probabilidad prevaleciente; y lo propio ocurrirá cuando se concluya que los hechos serían infracciones graves o leves, la exigencia probatoria deberá ser inferior a la probabilidad prevaleciente. Lo dicho hasta ahora sería la regla general.

No obstante lo anterior, el penúltimo inciso del artículo 252 nos coloca en una situación diferente: “En el caso de que la o el inculpado no conteste el acto administrativo de inicio en el término de diez días, este se considerará como el dictamen previsto en este Código, cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.” (El resaltado nos pertenece). Al respecto, tenemos una referencia normativa que nos indica que si del resultado de las actuaciones previas se llega a un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad, y siempre y cuando el inculpado no conteste el acto de iniciación del procedimiento, se entiende que es el dictamen para resolver. ¿Nos lleva acaso esta disposición a elevar el nivel de exigencia probatoria para iniciar el procedimiento sancionador, a contrario sensu de lo que corresponde a decisiones intermedias, como vimos anteriormente? La respuesta no puede ser otra que afirmativa. Para conocer si el grado de confirmación obtenido del resultado de la valoración de la información y documentación con la que se cuenta en las actuaciones previas, no solo es suficiente para dar inicio al procedimiento, sino que puede servir de dictamen para sancionar, se debe aplicar el mismo estándar de prueba de la decisión final. Pero esta sería la excepción no la regla general.

Esta fórmula nos permite inferir que el legislador, más que tener presente o conocer las consecuencias jurídicas de la condena errónea, da por probada o verdadera la responsabilidad del administrado en el hecho que es infracción administrativa, cuando el inculpado no contesta el acto de iniciación; es decir, el silencio de éste es considerado aceptación “tácita” de los cargos.

4. Conclusiones

La aplicación del estándar de prueba penal al administrativo sancionador parte de una asimilación “automática” de los principios jurídicos-penales, sin entrar a realizar un análisis de la configuración del debido proceso en la materia administrativa sancionadora y las razones que debe tomarse en cuenta a la hora de establecer el nivel de exigencia probatoria en esta materia. Además, desconoce que la consecuencia jurídica de tomar una decisión dentro de un proceso penal que culmine en la imposición de una pena privativa de libertad es mayor que la imposición de una sanción pecuniaria en un proceso administrativo sancionador; así como también las distintas penas que pueden imponerse por el cometimiento de distintos tipos penales –cada vez más parecidos a los que se imponen como sanciones administrativas-, por lo que en el mundo anglosajón se plantean la necesidad que existan varios grados de probabilidad dentro de un estándar, y por ello se ha dicho “en la misma proporción en que el delito es enorme, tiene que ser también clara la prueba”.

La aplicación del estándar penal al ámbito administrativo sancionador implicaría la exigencia de un nivel muy alto de prueba, lo podría llevar a que la hipótesis de la Administración no se considerará probada aunque disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de inocencia, de forma que se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada, esto es, la presunción de inocencia del administrado. En este sentido, la ausencia de sanciones por no haberse podido probar en “grado suficiente” el enunciado fáctico de la Administración, generaría un riesgo de falsos negativos que afectaría la capacidad disuasoria de la sanción, y dependiendo del ámbito de la actividad social que se encuentre vulnerada, sus efectos podrían ser sistémicos como es el caso de los mercados financieros, o del medio ambiente, entre otros. Del análisis de la gravedad del error de la sanción administrativa, de los costes del riesgo en las absoluciones falsas, de las dificultades probatorias relacionadas con el tipo de infracción, las otras reglas que distribuyen los riesgos del error, la importancia que puede llegar a tener la rapidez o lentitud en la toma de la decisión y los costos esperados de la producción y análisis

de la información potencialmente relevante, nos lleva a plantear la aplicación de diversos estándares de prueba en función de la gravedad de la consecuencia jurídica que se aplique por la infracción.

La exigencia de un estándar más alto para tener por establecidos los hechos de la infracción, debe ser especialmente medido en las sanciones por infracciones muy graves en las que la afectación del error en la condena es más grave que en otros tipos de infracciones. Por ende, en estos casos, el estándar de prueba debe ser de una preponderancia cualificada y en consecuencia debe aplicársele el estándar de la prueba clara y convincente.

La eficiencia en la distribución de riesgo de error obliga a considerar ambos errores (falsa condena y falsa absolución) como igualmente desaconsejables, por lo que el estándar probatorio que debe aplicarse en infracciones graves y leves, debe ser el de la preponderancia de la prueba, por el cual la hipótesis más aceptable es la que resulta aceptable *tout court* en el momento de la decisión, por presentar el grado más alto de probabilidad lógica sobre la base de los elementos de prueba disponibles en el proceso.

La diferenciación de estos estándares también debe darse a la hora de tomar decisiones dentro del procedimiento administrativo sancionador. Así, el estándar de prueba que se requiere en esta fase para poder justificar el inicio del procedimiento sancionador, será de una exigencia inferior del que se requiere para decir si se da por aceptada o probada la hipótesis, pero no “tan” inferior. En este sentido, si para las infracciones muy graves hemos afirmado que debe aplicársele el estándar de la prueba clara y convincente, la exigencia probatoria en las actuaciones previas no podrá ser otra que el de la probabilidad prevaleciente; y lo propio ocurrirá cuando se concluya que los hechos serían infracciones graves o leves, la exigencia probatoria deberá ser inferior a la probabilidad prevaleciente. Pero también nos topamos con un caso que hemos considerado de excepción, ya que hay una disposición normativa que nos indica que si del resultado de las actuaciones previas se llega a un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad, y siempre y cuando el inculpado no conteste el acto de iniciación del procedimiento, se entiende que es el dictamen para resolver. Esto nos lleva a elevar el nivel de exigencia probatoria para iniciar el procedimiento sancionador, al mismo nivel que se requiere para la toma de decisión final por cuanto ese resultado será el dictamen con el que se sancionará.

5. Bibliografía

- Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado. (2013). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA.
- Accatino, D. (2011). Certezas, Dudas, y Propuestas en torno al estándar de prueba en materia penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 483-511.
- Anderson, T., & Schum, D. T. (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA.
- Bayón, J. C. (2010). Epistemología, Moral y prueba los hechos. Hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, No. 2 volumen 4, 1-30.
- Bentham, J. (1959). *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cordero Quinzacara, E. (2012). El Derecho Administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. *Revista de Derecho Valdivia Volumen XXV*, No. 2, 131-157.
- Duce, M. (2018). Reflexiones sobre el derecho sancionatorio chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo. *Revista Trimestral de Derecho Penal*, 84-101.
- Ferrer Beltrán, J. (7 de junio de 2018). *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case sobre la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. Obtenido de Cultura Jurídica: <https://culturajuridica.org/congreso-mundial-de-razonamiento-probatorio-girona-espana-6-8-junio-2018/>
- FERRER, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Lima-Bogotá: Palestra Editores S.A.C.-Editorial Temis S.A.
- Garrido Falla, F. (1959). Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. *Revista de Administración Pública* No. 28, 11-50.
- Gascón Avellán, M. (2009). La motivación de la prueba. En *Interpretación y Razonamiento Jurídico* (págs. 79-105). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Gascón Avellán, M. (2010). *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Revista Científica DOXA* No. 28, 127-139.
- González Lagier, D. (2013). Quaestio facti. (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción).
- González Lagier, D. (2018). Prueba y Argumentación. (¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba).-Obtenido de Cultura Jurídica: <https://culturajuridica.org/congreso-mundial-de-razonamiento-probatorio-girona-espana-6-8-junio-2018/>
- Gómez Tomillo, M. S. (2013). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y práctica del Derecho Penal Administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA.
- Haack, S. (2013). Probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. En *Estándares de prueba y prueba científica* (págs. 65-98). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons.
- Igartúa Salaverría, J. (2001). Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, in dubio pro reo. *Revistas Científicas Complutenses*, 459-470.

- Laudan, L. (2013). El establecimiento del estándar de prueba. En L. Laudan, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*. (págs. 104-136). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Letelier, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*, 12, No. 24, 622-689.
- Nieto García, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- Parejo Alfonso, L. (2014). Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo*, 1.
- Parejo Alonso, L. (2009). La deriva de las relaciones de los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática. *Revista de documentación administrativa*. No. 284-285., 273-304.
- Ruiz Dotras, E. (2014). La nueva era de los mercados financieros y su globalización. *Oikonomics. Revista de los Estudios de Economía y Empresa*, 25-31.
- Taruffo, M. (2010). Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. En J. Cruz, & L. Laudan, *Prueba y Estándares de Prueba en el Derecho*. (págs. 45-74). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Milano: Editorial Trota S.A.
- Zavala Egas, J. (2005). *Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edino.