

La Aplicación del Principio de Inmaculación Probatoria en el Ejercicio de la Función Supervisora de los Organismos Reguladores

José Francisco León Pacheco*
Raicza Arrunátegui Salazar**

Resumen:

En primer lugar, se analiza el contenido del derecho fundamental al Debido Proceso y su aplicación en el trámite de los procedimientos administrativos. A continuación, se procede a desarrollar los alcances del derecho a la prueba como elemento integrante del “estándar mínimo” del Debido Proceso. Asimismo, se desarrolla un análisis respecto de la aplicación del Principio de Inmaculación en las actuaciones de supervisión o inspección realizadas por la Administración Pública. Finalmente, nos enfocamos en la aplicación del Principio de Inmaculación durante la realización de las actuaciones administrativas destinadas a la elaboración de las Actas de Supervisión, que son levantadas al momento de la finalización de toda acción de supervisión.

Palabras clave:

Debido Proceso – Procedimiento administrativo – Organismos reguladores – Función supervisora – Acta de supervisión

Abstract:

This article starts by analyzing the concept of Due Process and its scope over the administrative procedures. Also, the concept of the Right to Evidence, as an element of Due Process, is explained. Then, an analysis of the relationship between the supervisory procedures and the Due Process is developed, in order to check whether if its requirements are fulfilled by the Public Administration in order to obtain a Valid Evidence after a monitoring or an inspection. Finally, the analysis is focused on the actions of the Peruvian Regulatory Agencies, specifically, during the issuing of an Inspection Report after a Supervisory Procedure.

Keywords:

Due Process – Administrative Procedure – Regulatory agencies – Supervisory Procedure – Inspection Report

Sumario:

1. Introducción – 2. Aspectos generales sobre el Debido Proceso y su aplicación concreta en el trámite de los Procedimientos Administrativos – 3. Sobre los alcances del derecho a la prueba en los Procedimientos Administrativos – 4. Sobre la aplicación del Principio de Inmaculación en las actuaciones de supervisión o inspección realizadas por la Administración Pública – 5. La Función Supervisora de los Organismos Reguladores y la necesaria observancia del Principio de Pertinencia Probatoria – 6. Conclusión

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Regulación – Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado Senior del Área Regulatorio Administrativa del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados.

** Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima. Asistente del Área Regulatorio Administrativa del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados.

1. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad exponer nuestras reflexiones que sustentan la aplicación del Principio de Inmaculación durante el ejercicio de la Función Supervisora por parte de los Organismos Reguladores, enfocándonos en las actuaciones administrativas destinadas a la elaboración de las Actas de Supervisión, aun cuando en el marco regulatorio vigente no se encuentre expresamente prevista su aplicación.

El reconocimiento del derecho a la prueba como un elemento integrante del derecho al debido procedimiento administrativo ha determinado que la aplicación del referido principio resulte de necesaria exigibilidad durante el ejercicio de la Función Supervisora de los Organismos Reguladores.

2. Aspectos generales sobre el Debido Proceso y su aplicación concreta en el trámite de los Procedimientos Administrativos

En las oportunidades que, sea por razones de investigación o de asesoría jurídica, hemos tenido que explicar qué se entiende por Debido Proceso, nos ha sido posible encontrar diversos trabajos académicos que han sido dedicados a estudiarlo. Sobre la base de los mismos, hemos encontrado que el Debido Proceso ha sido reconocido bajo las siguientes concepciones¹:

- Como *Principio General del Derecho*, al reconocer en él a un imperativo jurídico elemental que inspira a todo el ordenamiento jurídico, coadyuvando a la creación, interpretación, aplicación e integración de las normas jurídicas.
- Como *Derecho Fundamental*, toda vez que no solo cumple funciones propias de un principio general del derecho, sino también cuenta con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía y goza de todas las características de los derechos fundamentales, como su mayor valor, su progresividad, su doble carácter y el respeto a su contenido esencial, entre otros.

- Como *Garantía Constitucional de carácter procesal*, debido a que constituye un mecanismo de protección de protección y aseguramiento de la realización y eficacia de los derechos.

En ese sentido, consideramos que el Debido Proceso puede ser definido como el conjunto de derechos, principios y garantías que permiten la tutela de los derechos fundamentales, a efectos que éstos sean respetados en cada etapa del desarrollo de un proceso, con la finalidad de que se solucionen determinadas controversias o se aclaren determinadas incertidumbres jurídicas.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, cabe agregar que el Debido Proceso ha sido asimismo calificado como un derecho de carácter complejo, toda vez que se trata de un derecho fundamental que comprende y se encuentra integrado por otros derechos fundamentales². Sobre el particular, en reiterada jurisprudencia³, el Tribunal Constitucional ha indicado que el Debido Proceso es un derecho "continente"⁴, debido a que comprende diversos derechos fundamentales de orden procesal y sustancial, cuyo cumplimiento garantiza que el proceso se pueda considerar justo.

El Debido Proceso se encuentra reconocido como un derecho fundamental en el inciso 3) del artículo 139° de nuestra Constitución Política⁵. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico lo reconoce como derecho humano que resulta exigible al Estado moderno, a través del cual se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes en el ordenamiento⁶.

De otro lado, el Debido Proceso⁷ puede ser clasificado –a partir de sus dos dimensiones– en formal o sustancial. Así, el *Debido Proceso Formal* se encuentra relacionado con la aplicación y respeto de los derechos, garantías y principios de naturaleza procesal; mientras que el *Debido Proceso Sustancial* se relaciona con la decisión o pronunciamiento con el que se pone término

1 Reynaldo Bustamante Alarcón, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo* (Lima: ARA Editores, 2001), 219-223.

2 Francisco Fernández Segado, *El Sistema Constitucional Español* (Madrid: DYKINSON, 1992), 282; Juan Monroy Gálvez, en *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo* (Lima: Gaceta Jurídica, 2006. Tomo II), 497.

3 Entre tales pronunciamientos podemos hacer referencia a aquellos contenidos en las Sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los Expedientes N° 5194-2005-PA/TC, N° 07289-2005-PA/TC, N° 06149-2006-PA/TC, 6662-2006-PA/TC (procesos acumulados), N° 07285-2013-PA/TC, N° 03433-2013-PA/TC y N° 02563-2013-PA/TC.

4 Víctor García Toma, *Los Derechos Fundamentales* (Lima: Editorial Adrus, 2013. Segunda edición), 977.

5 "Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

6 Enrique Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993: Análisis Comparado* (Lima: ICS Editores, 1996), 556.

a un proceso, incidiendo en el fondo y lo axiológicamente resuelto.

Ahora bien, en lo que respecta al Procedimiento Administrativo, si pretendemos brindar una descripción general del mismo, puede indicarse lo siguiente:

“Así, tenemos que el marco normativo constitucional o legal atribuye un marco competencial a las entidades públicas. Este muchas veces exige que los ciudadanos tengamos que acudir a ellas (y no viceversa) en escenarios propicios para la demostración del cumplimiento de las normas que regulan nuestras actividades (...). Ese escenario es el procedimiento administrativo”⁸.

Cabe tener presente que el Procedimiento Administrativo se encuentra definido en el artículo 29° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (en adelante, “LPAG”) como el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades que integran la Administración Pública, conducentes a la emisión de un acto administrativo.

De acuerdo con lo señalado en reiterada jurisprudencia, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que, si bien el derecho fundamental al debido proceso tiene su ámbito natural de aplicación en sede jurisdiccional, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos⁹. Sobre el particular, resulta ilustrativo lo expuesto en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4289-2004-AA/TC¹⁰, en la cual se indica lo siguiente:

“El derecho a un debido proceso en sede administrativa

2. (...) [El debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier

actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo – como en el caso de autos– o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

3. El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)”. (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, ha sido reconocido expresamente que el derecho al Debido Proceso resulta de aplicación plena y concreta en el trámite de los procedimientos administrativos. Con ello se reconoce no solo el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas a través de dispositivos legales, que –de ninguna manera– podrán significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y, menos aún, condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica; sino también la existencia de una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado ante el ejercicio de poderes de la Administración Pública.

Por consiguiente, en concordancia con lo expuesto, consideramos posible sostener la existencia de un derecho a un debido procedimiento administrativo, como manifestación del derecho al Debido Proceso en sede administrativa, el cual supone una garantía de los derechos del administrado frente a las actuaciones de la Administración Pública, las que deberán llevarse a cabo atendiendo a las disposiciones o reglas previamente establecidas en la Constitución, las leyes y, en general, en el ordenamiento jurídico vigente¹¹.

Precisamente, el derecho a un debido procedimiento administrativo se encuentra

7 García Toma, *Los Derechos Fundamentales*, 978. Igualmente, cabe indicar que el Tribunal Constitucional ha reconocido las mencionadas dimensiones en la Sentencia recaída en el Expediente N° 05037-2001-AA/TC.

8 Milagros Maraví Sumar, “El procedimiento administrativo y las reglas de simplificación administrativa”, en *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General: Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde*, Compiladora Milagros Maraví Sumar (Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2009), 175-176.

9 Entre tales pronunciamientos podemos hacer referencia a aquellos contenidos en las Sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los Expedientes N° 2659-2003-AA/TC, N° 03741-2004-AA/TC, N° 1690-2005-PA/TC, N° 07289-2005-PA/TC, N° 08105-2005-PA/TC, N° 05085-2006-PA/TC, N° 06149-2006-AA/TC, N° 6662-2006-PA/TC (procesos acumulados), N° 08865-2006-PA/TC, N° 1722-2013-PA/TC, N° 02563-2013-PA/TC, N° 04644-2012-PA/TC, y N° 03122-2012-PA/TC.

10 Dicho criterio ha sido también reiterado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 08605-2005-AA/TC.

11 Sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los Expedientes N° 03741-2004-AA/TC, N° 08957-2006-PA/TC y 0091-2005-PA/TC.

reconocido en el numeral 1.2. del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, como un principio que regula la actuación de toda la Administración Pública en los procedimientos administrativos, indicándose expresamente lo siguiente:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

Tomando en consideración la citada disposición, es posible apreciar al derecho a la prueba, entre otros, como parte de los derechos que integran o componen el derecho a un debido procedimiento administrativo.

3. Sobre los alcances del derecho a la prueba en los Procedimientos Administrativos

Conforme lo indicamos en la sección anterior, el derecho fundamental al Debido Proceso es considerado como un derecho “*continente*”¹², toda vez que comprende diversos derechos fundamentales de orden procesal y sustancial. Para determinar cuáles se encuentran comprendidos o son elementos integrantes del Debido Proceso, cabe tener presente lo indicado por el Tribunal

Constitucional en lo que respecta a su contenido esencial mínimo o “*estándar mínimo*”:

“4. Como ya se ha precisado, este Colegiado ha señalado que el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural –jurisdicción predeterminada por la ley–, de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones”¹³.

De este modo, se aprecia que el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que el derecho a la prueba integra el derecho fundamental al Debido Proceso, como parte de “su estándar mínimo”¹⁴.

Ahora bien, en lo que respecta a los alcances del derecho a la prueba, consideramos que este derecho tiene objeto garantizar que todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tenga el derecho a presentar medios probatorios con la finalidad de producir la prueba necesaria para formar convicción en la autoridad que lo conduce, acerca de la veracidad, existencia o inexistencia, exactitud o inexactitud, de los hechos que son o serán objeto de prueba para la toma de una decisión en el referido proceso o procedimiento¹⁵.

Con relación a su contenido, de acuerdo con lo señalado por la doctrina, el derecho a la prueba es reconocido, asimismo, como un derecho de carácter complejo, al encontrarse integrado por otros derechos destinados a garantizar el ofrecimiento o proposición, admisión, actuación, aseguramiento y valoración adecuada y motivada de los medios probatorios¹⁶.

Es reconocido que la aplicación del derecho a la prueba, como parte del “*estándar mínimo*” del derecho al Debido Proceso, no se restringe

12 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 06712-2005-HC/TC.

13 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 04810-2004-AA/TC.

14 Precisamente, ello ha sido asimismo reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, en la que se indica lo siguiente:

“148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que **el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso**, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú. (...)

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho”. [El resaltado es nuestro]

15 Sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los Expedientes N° 06712-2005-HC/TC y N° 1014-2007-PHC/TC. En el mismo sentido, Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo* (Lima: Palestra Editores, 2010, Tomo II), 687; y Jesús González Pérez, *Manual de Procedimiento Administrativo* (Madrid: Civitas, 2000), 319.

16 Reynaldo Bustamante Alarcón, *El Derecho a Probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo* (Lima: ARA Editores, 2001), 128 -129. Asimismo, dicha posición ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional, en las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 06712-2005-HC/TC y N° 01014-2007-PHC/TC.

únicamente para el ámbito jurisdiccional, sino que resulta viable su ejercicio y tutela en los Procedimientos Administrativos. Sobre el particular, DEVIS ECHANDÍA expresa lo siguiente:

“En el campo del derecho, la prueba puede estar destinada al juez, pero también a los funcionarios administrativos, e incluso, a particulares; ejemplos de lo último se encuentran en abundancia en el comercio de bienes, como cuando el vendedor o prestatario exhibe las pruebas de su propiedad al comprador o prestamista; en las relaciones entre colindantes cuando amigablemente se traza la línea divisoria de acuerdo con alguno de los títulos; en cuestiones de estado civil, cuando se prueba la filiación para el ingreso de nuevos alumnos en colegios, etc.”¹⁷.

Igualmente, en lo que se refiere a su aplicación en los Procedimientos Administrativos, DROMI¹⁸ resalta que el derecho a la prueba debe permitir cumplir con lo siguiente: (i) Producir toda prueba razonablemente propuesta; (ii) Producir la prueba con anterioridad a la adopción de la decisión; y (iii) Controlar la producción de la prueba sustentada por la Administración Pública.

Por su parte, CANOSA¹⁹ considera que el derecho a la prueba establece determinados parámetros aplicables tanto a la actuación de las entidades que forman parte de la Administración Pública, como también al administrado. En relación a los parámetros que recaen sobre la Administración Pública, se señala que ésta deberá realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos que fundamentan la decisión para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva; y, con relación a los parámetros que recaen sobre los administrados, éstos deberán ofrecer y producir pruebas que sustenten fácticamente su pretensión.

A partir de lo señalado en la anterior y presente sección, toda vez que el derecho a un debido procedimiento constituye una manifestación del derecho fundamental al Debido Proceso, resulta coherente que en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, se haya reconocido el derecho a la prueba como uno de los elementos que forma parte de su contenido y que constituirán

objeto de tutela o garantía durante el trámite de un Procedimiento Administrativo.

Finalmente, es importante tener presente que el ejercicio del derecho a la prueba, como el de todo derecho fundamental, estará sujeto a restricciones o limitaciones extrínsecas (ya que su ejercicio debe ser armonizado con otros derechos o bienes constitucionales), e intrínsecas (derivadas de la propia naturaleza del derecho en cuestión)²⁰.

4. Sobre la aplicación del Principio de Inmaculación en las actuaciones de supervisión o inspección realizadas por la Administración Pública

De manera general, la realización de actuaciones o actividades de supervisión (denominada también “Actividad Inspectoral” por la doctrina y legislación comparadas) por parte de las entidades de la Administración Pública puede ser definida como una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Esta actividad incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de la que el particular sea titular²¹.

Ahora bien, cuando una entidad de la Administración Pública se encuentre habilitada o tenga una atribución normativa para realizar la actividad inspectora o de supervisión, el ejercicio de esta potestad se realizará de manera reglada, de tal manera que la entidad no posea un margen propio de apreciación (de discrecionalidad)²².

En efecto, tal como sostiene FERNÁNDEZ RAMOS, en el caso de las actuaciones de supervisión, “(...) frente a algunas opiniones que admiten la existencia de potestades inherentes a la función inspectora, debe subrayarse que la actividad de inspección dada su naturaleza de actividad de imperium, debe entenderse sujeta al principio de legalidad en su vertiente de vinculación positiva, en el sentido conocido según el cual toda facultad debe disponer de la adecuada cobertura legal”²³.

17 Hernando Devís Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial* (Bogotá: Editorial Temis, 2002, Quinta Edición, Tomo I), 6.

18 Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Lima: Gaceta Jurídica, 2005. Tomo II), 460.

19 Armando N. Canosa, “El Debido Proceso Adjetivo en el Procedimiento Administrativo”, en *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne (Editorial Lexis Nexis: Buenos Aires, 2005): 62.

20 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en los Expedientes N° 04831-2005-PHC/TC y N° 01014-2007-PHC/TC.

21 Agustín García Ureta, *La Potestad Inspectoral de las Administraciones Públicas* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 29.

22 Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2004, Tomo I, Duodécima Edición), 454-488.

23 Severiano Fernández Ramos, *La Actividad Administrativa de Inspección: El régimen jurídico general de la función inspectora* (Granada: Comares, 2002), 129.

La sujeción al Principio de Legalidad²⁴, aplicable a toda actuación administrativa en los procedimientos administrativos, y la consecuente exigencia de cumplimiento ineludible de determinados requisitos formales y de procedimiento para efectos del ejercicio de la función supervisora, se encuentra vinculada a su vez con la dimensión garantista de la misma.

En forma complementaria a lo señalado, corresponde tener presente lo afirmado por BERMEJO VERA, cuando señala que *“las funciones inspectoras, ni son ilimitadas, en tiempo, forma y alcance, ni pueden ejercerse libre o discrecionalmente de modo absoluto, ni son practicables en todo el ámbito o materia o sector en que son factibles jurídicamente. Por supuesto, tampoco pueden vulnerar las propias normas de procedimiento administrativo específico o general, ni las de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos”*²⁵.

Así, durante el ejercicio de la función supervisora, la Administración Pública no solo estará impedida de exceder los límites establecidos por el ordenamiento, sino que deberá ejercitar la potestad únicamente en los casos que lo exijan los intereses para los cuales está constituida. En otras palabras, la Administración Pública deberá ejecutar sus actividades de supervisión tal como la norma lo establezca²⁶, de conformidad con el Principio de Legalidad que rige las actuaciones de las entidades que conforman la Administración Pública.

De este modo, toda actuación destinada a la supervisión o la inspección implica una constatación de hechos, los cuales no pueden encontrarse sujetos a ámbitos de libre apreciación por parte de la autoridad competente. La Administración Pública, para realizar su actividad de supervisión, carece de discrecionalidad para optar por la medida que estime oportuna, debiendo realizar aquella que resulte conforme al ordenamiento²⁷.

Cabe señalar que la potestad inspectora o de supervisión de la Administración Pública exige analizar los fundamentos de la misma, correspondiendo a la entidad u órgano competente

verificar si cuenta con un previo “apoderamiento”²⁸. La actuación de la Administración Pública precisa de habilitación previa: cada acción administrativa está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción²⁹.

De otro lado, como consecuencia de la aplicación del Principio de Legalidad, la ejecución de las potestades inspectoras o actuaciones de supervisión deberá ser llevada a cabo de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VI del Título II de la LPAG, y también según lo previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG (por lo que será de aplicación la regulación propia del derecho procesal civil en lo que fuera compatible con el régimen administrativo)³⁰.

En ese sentido, las actuaciones de inspección o de supervisión se encontrarán sujetas a la aplicación de principios que regulan el ejercicio del derecho a la prueba, entre ellos, el Principio de Inmaculación.

La aplicación del Principio de Inmaculación en las actuaciones de supervisión o durante el ejercicio de la potestad inspectora exigirá que el ofrecimiento, incorporación y actuación de los medios probatorios en un procedimiento administrativo, se realicen cumpliendo las formalidades contempladas en el marco normativo específicamente aplicable, de modo que los referidos medios se encuentren libres de vicios intrínsecos o extrínsecos³¹, a efectos de evitar su invalidez.

En lo que respecta a la aplicación del Principio de Inmaculación, DEVIS ECHANDÍA indica lo siguiente:

*“Como una aplicación del principio ingeniosamente denominado por AYARRAGARAY de la Inmaculación en el proceso, enunciarnos este, particularmente aplicado a la prueba, para indicar que **por obvias razones de economía procesal debe procurarse que los medios alegados al proceso estén libres de vicios intrínsecos y extrínsecos que los que los hagan ineficaces o nulos**. Se trata, en realidad, de comprender en este, de manera más general y desde otro punto de vista, los principios ya examinados de la formalidad y legitimidad de*

24 Numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

25 José Bermejo Vera, “La Actividad Inspectora”, *Revista de Administración Pública*, N° 147, (Septiembre-Diciembre, 1998), 53-54.

26 García Ureta, *La Potestad Inspectora de las Administraciones Públicas*, 32.

27 García Ureta, *La Potestad Inspectora de las Administraciones Públicas*, 35.

28 García Ureta, *La Potestad Inspectora de las Administraciones Públicas*, 63.

29 Adolfo Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo* (Madrid: EDESA, 1935), 212.

30 Lo indicado se complementa con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo VIII del Título Preliminar de la LPAG.

31 Para estos efectos, resulta útil lo sostenido por Bustamante Alarcón, en el sentido de entender por vicios intrínsecos aquellos que atañen al propio medio probatorio que es utilizado en cada caso concreto; mientras que pueden entenderse por vicios extrínsecos a aquellos que se producen sobre circunstancias separadas o externas al medio probatorio, pero que guardan relación con él. (Bustamante Alarcón, *El Derecho a Probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo*, 237).

*la prueba, de su espontaneidad o naturalidad y licitud, de su oportunidad y preclusión, de su contradicción y publicidad. La falta de pertinencia e idoneidad no configura vicio alguno, sino ineficacia probatoria, porque el medio puede ser recibido con todos los requisitos para su validez, no obstante la ausencia de relación con el hecho o la prohibición legal de probarlo con él. Rige este principio por igual para el proceso civil y para el penal o de otra naturaleza*³².

En tal sentido, sobre la base de lo señalado en los párrafos precedentes, si en el trámite de un procedimiento administrativo, la Administración Pública ha incorporado o actuado medios probatorios incurriendo en vicios extrínsecos o intrínsecos, dichos medios probatorios resultarán inválidos o nulos (por incumplir las formalidades previstas normativamente y, consecuentemente, contravenir el Principio de Legalidad), debiendo la autoridad administrativa rechazarlos y prescindir o abstenerse de su evaluación para el caso concreto.

En caso contrario, de evaluarse o tomarse en consideración medios de prueba contrarios al Principio de Inmaculación, nos encontraremos frente a una situación en la que se vulnerará no solo el derecho a un debido procedimiento, sino también (y de manera específica) el derecho a la prueba en los procedimientos administrativos:

*“(...) el derecho a la prueba se verá afectado allí donde la actuación de un medio probatorio sea realizada de una manera defectuosa, arbitraria o irregular, que lo tornen ineficaz para poder producir prueba. Tal afectación, de producir un agravio real o efectivo para la solución justa del caso concreto (...) puede dar lugar a la nulidad de dicha actuación (...), a fin de que sea realizada correctamente, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar*³³.

En tal supuesto, toda vez que la actuación probatoria realizada por la Administración Pública durante el ejercicio de su potestad inspectora o de supervisión resultaría contraria al ordenamiento jurídico vigente y afectaría el derecho a un debido procedimiento administrativo, la decisión que adopte la autoridad administrativa (sustentada en el resultado de una actuación de supervisión o inspección) podría eventualmente ser declarada nula, al configurarse la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la LPAG.

5. La Función Supervisora de los Organismos Reguladores y la necesaria observancia del Principio de Pertinencia Probatoria

Según lo establecido en la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se encuentra contemplado que estos organismos públicos especializados podrán ejercer, dentro del ámbito de competencia, las siguientes funciones:

- Función Supervisora.
- Función Reguladora.
- Función Normativa.
- Función Fiscalizadora y Sancionadora.
- Función de Solución de Controversias.
- Función de Solución de los Reclamos de los Usuarios de los Servicios que regulan.

A través de la *Función Supervisora*, los Organismos Reguladores verifican el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por tales organismos públicos especializados o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada³⁴.

Ahora bien, como se ha indicado con anterioridad, las actuaciones de las entidades que conforman la Administración Pública, deberán llevarse a cabo respetando las garantías básicas de los derechos fundamentales de los particulares. Consecuentemente, tales actuaciones (entre ellas, el ejercicio de la Función Supervisora por parte de los Organismos Reguladores) deberán respetar el derecho a la prueba, entre otros, como parte de los derechos que integran o componen el derecho a un debido procedimiento administrativo –como manifestación del derecho al Debido Proceso en sede administrativa–.

En ese sentido, si bien en la Ley N° 27332 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-2005-PM, no se encuentra recogido expresamente la observancia del Principio de Inmaculación en las actuaciones probatorias que sean realizadas por los Organismos Reguladores durante la ejecución de su Función Supervisora, la aplicación de dicho principio resulta obligatoria a efectos de garantizar los derechos a la prueba y al debido procedimiento administrativo de los agentes supervisados.

32 Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 129-130.

33 Bustamante Alarcón, *El Derecho a Probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo*, 280.

34 Literal a) del artículo 3° de la citada Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Atendiendo a ello, a continuación procederemos a analizar la aplicación del Principio de Inmaculación por parte de los Organismos Reguladores durante la realización de acciones de supervisión. Específicamente, nos enfocaremos en la aplicación del referido principio durante la realización de las actuaciones administrativas destinadas a la elaboración de las Actas de Supervisión, que son levantadas al momento de la finalización de toda acción de supervisión, toda vez que éstas constituyen un instrumento jurídico de primera magnitud³⁵, al permitir la constatación y acreditación del cumplimiento, por parte de los agentes supervisados, de los mandatos, resoluciones expedidas por los Organismos Reguladores y la normativa vigente:

5.1 Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

El marco regulatorio aplicable ha previsto expresamente que las acciones de supervisión llevadas a cabo por el OSIPTEL, deberán estar relacionadas con el objeto de la misma y comprenderá a toda aquella información que permita generar convicción sobre la materia a supervisar³⁶. Sin embargo, dicho marco normativo no ha previsto expresamente que las acciones de supervisión deban ser desarrolladas por el OSIPTEL, bajo la necesaria aplicación del Principio de Inmaculación.

Ahora bien, en lo que específicamente se refiere a elaboración de las Actas de Supervisión, el artículo 19° del Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa a los Servicios Público de Telecomunicaciones³⁷ ha establecido o especificado el contenido mínimo que deberá ser recogido en dichos medios probatorios, bajo sanción de nulidad.

En ese sentido, al haberse establecido que las omisiones o defectos en el contenido mínimo del Acta de Supervisión podrían configurar una causal de nulidad de la misma, ello supone reconocer que durante una acción de supervisión, corresponderá al OSIPTEL realizar su función bajo la aplicación concreta del Principio de Inmaculación.

5.2 Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN

El alcance de la Función Supervisora del OSINERGMIN se encuentra definido en los

artículos 31° y 34° de su Reglamento General³⁸, y –de manera complementaria– en el numeral 5.4. del artículo 5° del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN³⁹ (en adelante, “Reglamento de Supervisión del OSINERGMIN”). Del contenido del marco regulatorio específico señalado precedentemente, se aprecia que no se ha contemplado ninguna disposición que recoja expresamente la observancia del Principio de Inmaculación durante las acciones de supervisión que desarrolle el OSINERGMIN.

Al regular las actuaciones de las Empresas Supervisoras durante las acciones de supervisión, el artículo 27° del Reglamento de Supervisión del OSINERGMIN contempla formalidades que dichas empresas deberán cumplir al levantar las Actas de Supervisión, así como el contenido mínimo de éstas.

Si bien no se ha previsto expresamente que el incumplimiento de tales formalidades, u omisión del referido contenido mínimo de dicho medio probatorio configure una causal de nulidad, como toda actuación de la Administración Pública, consideramos que el ejercicio de la Función Supervisora por parte del OSINERGMIN –aun cuando se realice con la intermediación de Empresas Supervisoras– deberá sujetarse al Principio de Legalidad. En ese sentido, resultará de ineludible cumplimiento tanto las formalidades como el contenido mínimo establecido para la elaboración de las Actas de Supervisión.

Consecuentemente, es posible reconocer tácitamente que el OSINERGMIN deberá realizar su Función Supervisora bajo la aplicación concreta del Principio de Inmaculación. De lo contrario, el eventual incumplimiento de las formalidades previstas o la omisión del contenido mínimo establecido para la elaboración de las Actas de Supervisión no solo conllevarían a una contravención de los Principios de Inmaculación y de Legalidad, sino también a una afectación a los derechos a la prueba y al debido procedimiento administrativo.

5.3 Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

El alcance de la Función Supervisora del OSITRAN se encuentra definida en el artículo 21° de su Reglamento General; y su ejercicio se

35 Concepción Barrero Rodríguez, *La Prueba en el Procedimiento Administrativo* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, Tercera Edición), 341.

36 Entre tales disposiciones podemos mencionar, entre otras, a los artículos 4° y 10° del Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa a los Servicios Público de Telecomunicaciones, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 034-97-CD/OSIPTEL; y los artículos 4° y 14° de la LeyN° 27336 – Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

37 Aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 034-97-CD/OSIPTEL.

38 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

39 Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 171-2013-OS/CD.

regula, complementariamente, con lo previsto en el Reglamento General de Supervisión del OSITRAN⁴⁰. No obstante ello, no se ha contemplado expresamente que resulte de observancia necesaria u obligatoria la aplicación del Principio de Inmaculación durante las acciones de supervisión que desarrolle el OSITRAN.

Con relación a la elaboración de las Actas de Supervisión, el artículo 33° del Reglamento General de Supervisión del OSITRAN ha precisado la información mínima que deberá ser recogida necesariamente en dicho medio probatorio; sin perjuicio de otra información adicional referida a hechos, acontecimientos o circunstancias constatados que "a criterio" del personal responsable de la acción de supervisión pudiera detectar⁴¹.

Dicha disposición no ha señalado de manera expresa que el incumplimiento de las formalidades, u omisión del referido contenido mínimo de dicho medio probatorio configure una causal de nulidad. Sin embargo, toda vez que el ejercicio de la Función Supervisora por parte del OSITRAN debe sujetarse al Principio de Legalidad, debe observarse de manera necesaria y obligatoria el contenido mínimo establecido para la elaboración de las Actas de Supervisión.

Por consiguiente, es posible reconocer tácitamente que el OSITRAN deberá ejercer su Función Supervisora bajo la aplicación concreta del Principio de Inmaculación. En caso contrario, la eventual omisión del contenido mínimo establecido para la elaboración de las Actas de Supervisión no solo constituiría una contravención de los Principios de Inmaculación y de Legalidad, sino también una afectación a los derechos a la prueba y al debido procedimiento administrativo.

5.4 Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - SUNASS

El alcance de la Función Supervisora de la SUNASS se encuentra prevista en los artículos 32° y 34° de su Reglamento General⁴²; y su ejercicio se regulará, complementariamente, según lo previsto en el Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (en adelante, "Reglamento de Supervisión de SUNASS")⁴³. Sin embargo, sobre la base del citado marco normativo aplicable al ejercicio de la Función de Supervisión de la SUNASS, apreciamos que no se ha recogido expresamente la observancia del Principio de Inmaculación.

En lo referido a la elaboración de las Actas de Supervisión, el Formato 2 del Reglamento de Supervisión de SUNASS precisa el contenido o información mínima que deberá ser recogida en ellas, pero no contempla que el incumplimiento u omisión de dicha información configure una causal de nulidad.

Tal como lo hemos indicado en casos anteriores, en la medida que el ejercicio de la Función Supervisora por parte de SUNASS -como toda actuación de la Administración Pública- debe sujetarse al Principio de Legalidad, será de obligatorio cumplimiento recoger el contenido e información mínima exigidos para la elaboración del Acta de Supervisión. Así, una eventual omisión de los mismos configuraría una contravención al Principio Inmaculación, así como una afectación a los derechos a la prueba y al debido procedimiento administrativo.

6. Conclusión

Como ha podido apreciarse, el marco normativo aplicable que regula el ejercicio de la Función Supervisora de los Organismos Reguladores, no contempla de manera expresa que las actuaciones instructivas llevadas a cabo por tales organismos públicos especializados deban realizarse en armonía con el Principio de Inmaculación de la prueba.

Sin embargo, dado que toda actuación de los Organismos Reguladores, y de la Administración Pública en general, debe realizarse respetando el Principio de Legalidad (previsto en el numeral 1.1 del Artículo VI del Título Preliminar de la LPAG), el ejercicio de la Función Supervisora deberá conducirse respetando todos los derechos del administrado que integren el derecho a un debido procedimiento administrativo: entre ellos, el derecho a la prueba en el procedimiento administrativos (que supone la realización de las acciones de supervisión sin afectar el Principio de Inmaculación).

Lo expuesto precedentemente resulta concordante con la postura asumida por el Tribunal Constitucional⁴⁴, según la cual durante el ejercicio sus funciones, los Organismos Reguladores deben vigilar que sus actuaciones no vulneren los derechos que componen el derecho a un debido procedimiento administrativo; particularmente, el derecho al ofrecimiento y actuación de medios probatorios en el procedimiento administrativo. ☒

40 Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN.

41 Inciso d) del Artículo 12° del Reglamento General de Supervisión del OSITRAN.

42 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2001-PCM.

43 Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD.

44 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2939-2004-AA/TC.