

Aspectos esenciales de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador peruano: derecho a la prueba, carga y estándar de prueba*

Essential aspects of the evidence in the Peruvian sanctioning administrative procedure: right to evidence, burden and standard of proof

Juan Pablo Macassi Zavala**
Elvis Edison Salazar Ortiz***
Hernández & Cía. Abogados

Resumen:

El presente artículo aborda los aspectos esenciales de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador. Estos aspectos corresponden a (i) importancia de la verdad en el procedimiento administrativo sancionador, (ii) el derecho fundamental a la prueba, (iii) condiciones en la valoración de la prueba, (iv) la carga de la prueba, y, (v) el estándar de prueba requerido para sancionar. Con la profundización de estos conceptos, podremos reducir espacios de arbitrariedad en el ejercicio de la potestad sancionadora, a fin de procurar que las sanciones únicamente se apliquen a los verdaderos infractores.

Abstract:

This Article focuses on the essential aspects of evidence in the administrative sanctioning procedure. These aspects correspond to (i) the importance of truth in the administrative sanctioning procedure, (ii) the fundamental right to evidence, (iii) conditions in the valuation of evidence, (iv) the burden of proof, and, (v) the standard of proof required to sanction. With the deepening of these concepts, we will be able to reduce spaces of arbitrariness in the exercise of the sanctioning power, in order to ensure that sanctions are only applied to real offenders.

Palabras clave:

Procedimiento administrativo sancionador – Derecho administrativo sancionador – Teoría de la prueba – Derecho a la prueba – Estándar de prueba – Carga de la prueba

Keywords:

Sanctioning administrative procedure – Sanctioning administrative law – Theory of evidence – Right to evidence – Standard of proof – Burden of proof

* El presente artículo se ha elaborado sobre la base del trabajo académico del coautor Elvis Salazar Ortiz, titulado "Aplicación de la prueba indiciaria en la facultad sancionadora ambiental: análisis del caso OEFA vs. Yanguang Yi" de julio de 2019, publicado en el repositorio Researchgate.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en Gestión Minera por la Pontificia Universidad Católica de Chile, y en Arbitraje de Contrataciones con el Estado por la Universidad ESAN. Asociado Senior de Hernández & Cía. Abogados. Miembro del Consejo de Egresados del Círculo de Derecho Administrativo – CDA. Contacto: jmacassi@ehernandez.com.pe

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Hernández & Cía. Abogados. Exmiembro de Derecho & Sociedad. Contacto: esalazar@ehernandez.com.pe

Sumario:

1. Introducción – 2. La verdad y la prueba en el procedimiento administrativo sancionador – 3. Derecho a la prueba en el procedimiento administrativo sancionador – 4. Cuestiones de la valoración de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador – 5. Carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador – 6. El estándar de prueba del principio de presunción de licitud – 7. Conclusiones – 8. Bibliografía

1. Introducción

Para efectos del presente artículo tomemos un caso ficticio (pero que ciertamente podría haber sucedido en la realidad o estar sucediendo ahora mismo): En el año 2015, se hizo pública una multa de millones de soles impuesta al laboratorio farmacéutico Cheap (castigo que lo llevó a cerrar sus instalaciones), por supuestamente ser uno de los tantos laboratorios que los medios periodísticos habían sindicado como falsificadores de medicinas genéricas, actividad que afectaba a la salud de miles de familias peruanas, sobre todo a las más pobres que las compraban por su precio bajo. De una simple lectura de la decisión, efectivamente, cualquiera de nosotros podía notar que las consideraciones de hecho y de derecho eran coherentes y precisas sobre la culpabilidad del laboratorio Cheap. Sin embargo, si uno revisaba atentamente el expediente administrativo de dicho caso, habría advertido que el sustento de la decisión era, por lo menos, cuestionable. La evidencia incriminadora era insuficiente y no se valoraron los medios probatorios propuestos por Cheap. Lo más resaltante fue que, durante el procedimiento sancionador, la entidad competente fiscalizó los lotes de los medicamentos cuestionados y a las instalaciones de Cheap, concluyendo (en un informe interno) que no habían encontrado indicios de la posible falsificación de medicinas; no obstante, este hallazgo no fue siquiera mencionado en la decisión.

Para otros laboratorios investigados el panorama fue distinto: sí se encontraron pruebas de la adulteración de medicinas, pero fueron absueltos de toda responsabilidad. ¿Cuáles serían las consecuencias de estas decisiones? Básicamente dos. Por un lado, los buenos laboratorios sancionados sin pruebas (como Cheap) tendrían que cerrar o que incrementar los precios de sus medicamentos para afrontar las multas recibidas, impidiendo con ello que miles de familias pobres puedan acceder a medicinas de calidad y de precio accesible. Por otro lado, se generaría la sensación de que la entidad podía sancionar o absolver sin importar lo que hubiese ocurrido en la realidad. Esto incentivaría al surgimiento de laboratorios dedicados enteramente a la falsificación de medicinas (pues ser sancionado sería, en la práctica, un juego de azar).

Partiendo de esta historia, se nos vienen las siguientes dudas: ¿podemos mantener una postura indiferente sobre el papel de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador? ¿puede ser válido y socialmente aceptable afectar a cualquier ciudadano con decisiones impecables en derecho sustantivo, pero prescindiendo de los hechos y de su correcta probanza? Si las respuestas a las preguntas antes formuladas son negativas, entonces compartes con nosotros la postura de que para contar con decisiones más justas no solo basta con determinar el derecho aplicable al caso, sino también los hechos concretos. Esto implica estar atentos a la actividad probatoria que se realice para tal fin. Si bien esta actividad no será la misma para todas las decisiones de la Administración Pública, en nuestra opinión, debe ser exigible una mayor rigurosidad para la imposición de sanciones (y de otras medidas gravosas).

Sobre el particular, en el presente artículo –por su breve extensión– abordaremos los aspectos esenciales de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador. Estos aspectos corresponden a (i) la relación de la prueba con la verdad en el procedimiento administrativo sancionador, (ii) el derecho fundamental a la prueba, (iii) condiciones en la valoración de la prueba, (iv) la carga de la prueba, y, (v) el estándar de prueba requerido para sancionar.

Consideramos relevante abordar los puntos propuestos pues la bibliografía peruana al respecto es todavía escasa y poco desarrollada. Los avances doctrinarios y jurisprudenciales en materia del derecho administrativo sancionador se han centrado más en los aspectos sustantivos (i.e. contenidos teóricos de principios y reglas), y recientemente –pero con poco detalle aún– en la determinación de los hechos. Con este trabajo buscamos, por un lado, que cualquier ciudadano pueda conocer los aspectos esenciales de la prueba para ejercer su defensa adecuadamente (y no padecer como el laboratorio Cheap de nuestro ejemplo); y, por otro lado, reducir la arbitrariedad con que se resuelven miles de procedimientos administrativos sancionadores en el Perú (sancionándose inocentes y absolviéndose culpables sin parámetros racionales).

2. La verdad y la prueba en el procedimiento administrativo sancionador

Como punto de partida, es importante enfocarnos en el rol de la verdad de los hechos en el procedimiento administrativo sancionador, pues marcará la pauta de hacia dónde deben dirigirse las investigaciones que realicen las entidades, así como las pruebas que correspondan aportar a los administrados para su defensa.

2.1 La verdad material en el procedimiento administrativo sancionador

2.1.1 Importancia de la verdad como correspondencia

De la historia que contamos en la introducción se desprende la importancia de que la Administración Pública conozca la verdad de los hechos para que sus decisiones realmente tutelen el interés público y los derechos de los administrados¹. Omitir lo anterior genera los incentivos necesarios para no cumplir con la regulación existente, pues al final se sancionará o absolverá independientemente de la conducta y diligencia que los administrados adopten.

Ahora bien, surge la duda sobre qué debe entenderse como verdad en la determinación de los hechos durante el procedimiento administrativo. Sin ánimo de entrar en disquisiciones abstractas, es sumamente relevante conocer dos teorías de la verdad que aborda Michele Taruffo en la teoría de la prueba y que resumimos a continuación.

Como primera teoría, se tiene a la verdad como coherencia: la verdad está en función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enunciados². En palabras más sencillas, la verdad o falsedad se da básicamente en un nivel de narración de hechos, tal como podemos encontrar en una novela o un relato. Los hechos que ocurran en una novela serán ciertos, pero solo para el contexto de la novela en sí y no para la realidad en que (como lectores) nos desenvolvemos. Esta teoría se vincula con una concepción retórica de la prueba, por la cual se centra su carácter persuasivo en la coherencia del relato, independientemente de la realidad misma³.

Como segunda teoría, se tiene a la verdad como correspondencia, la cual implica que aquellos enunciados sobre hechos solo serán verdaderos si en el mundo efectivamente tuvieron lugar dichos hechos. Mencionado de otra manera, solo puede considerarse como verdadero que el laboratorio Cheap haya adulterado medicinas siempre y cuando en la realidad haya ejecutado dicha conducta. Cabe mencionar que esta teoría no le resta importancia a la coherencia narrativa sobre hechos, pero no la considera como la única dimensión por la que puede concebirse a la verdad en un proceso (o procedimiento administrativo)⁴.

Ahora bien, ¿a qué teoría de la verdad se debe adscribir el procedimiento administrativo para determinación de los hechos? La respuesta la encontramos en el principio de verdad material que ha reconocido nuestro Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)⁵. Como se sabe, dicho principio contempla que la autoridad administrativa debe "(...) verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas"⁶. En efecto, este principio hace hincapié en una verificación de los hechos con la realidad, y no en la coherencia de la narración que se vaya a hacer sobre ellos (lo cual es papel del deber de motivar los actos administrativos). Esta precisión es importante porque podemos tener resoluciones muy bien redactadas, con una narración de hechos pulcra y coherente, pero que no se corresponden con la realidad, tal como sucedió con la sanción impuesta al laboratorio Cheap (que era inocente en la realidad de nuestro ejemplo).

En la doctrina administrativa podemos encontrar trabajos de Juan Carlos Cassagne y Agustín Gordillo en el mismo sentido sobre la determinación de la verdad en el procedimiento administrativo. Para ambos autores, el papel de las autoridades que dirigen y deciden sobre un procedimiento administrativo deben ajustarse a una verdad de los hechos que no se circunscribe necesariamente a lo que hayan aportado los

1 Denominamos administrados a los ciudadanos en su relación con la Administración Pública. Una definición legal la encontramos en el numeral 1 del artículo 61 del Decreto Supremo No. 4-2019-JUS (TUO de la LPAG en adelante).

2 Michele Taruffo, *Teoría de la Prueba*, Primera edición, Primera reimpresión (Lima: ARA Editores, 2015), 24.

3 Taruffo, *Teoría de la prueba*, 25.

4 Taruffo, *Teoría de la prueba*, 26 y 27.

5 Aprobado por el Decreto Supremo No. 4-2019-JUS.

6 TUO de la LPAG, numeral 4 del artículo IV del Título Preliminar.

administrados, sino a lo que verdaderamente ha ocurrido (a lo que denominan verdad objetiva o material, lo cual, desde nuestra postura, corresponde a la teoría de la verdad por correspondencia)⁷.

Esta importancia de la verdad como correspondencia en el procedimiento administrativo también se fundamenta como una técnica para controlar la discrecionalidad de las entidades y combatir la arbitrariedad (desvíos de poder). La realidad no puede ser objeto de una facultad discrecional porque el hecho concreto (al que se le aplicará la norma jurídica) es uno solo (el real), lo cual impide que la Administración Pública pueda contar con el arbitrio de determinar que un hecho ha ocurrido, si realmente no ha sido así⁸. Asimismo, el modelo de nuestro procedimiento administrativo en general (no solo el sancionador) exige que cada autoridad administrativa deba aplicar correctamente las consecuencias jurídicas previstas en la legislación, lo cual necesariamente exige que la actividad probatoria se dirija a buscar la verdad. Solo si se atribuye la sanción para quien realmente haya cometido la infracción, el procedimiento administrativo sancionador ha cumplido su función de aplicar el derecho vigente (y de paso, tutelar el interés público que es la finalidad de la Administración Pública)⁹.

2.1.2 La búsqueda de la verdad tiene limitaciones

¿Es posible llegar a la verdad a través del procedimiento administrativo? Para arribar a una respuesta, tenemos dos alternativas. La primera es considerar que la verdad se da en función al convencimiento o la persuasión que tenga el funcionario llamado a decidir el caso (íntima convicción). Bajo esta alternativa, evidentemente la “verdad” que crea el funcionario (como ser humano) estará cargada de prejuicios, sesgos e ideologías (que parcialicen su criterio). La segunda consiste en que el decisor (independientemente de lo que crea en su fuero interno), se centrará en si las inferencias lógicas y medios de prueba permiten una aproximación a lo que realmente pudo haber ocurrido. Es en esta alternativa que, si bien la verdad es uno de los fines a alcanzar en el procedimiento, se asume que racionalmente es casi imposible lograr dicha tarea. Ello básicamente porque no siempre se contará con la totalidad de medios de prueba, las inferencias pueden presentar márgenes de error e incluso el conocimiento científico tampoco puede brindarnos certezas¹⁰. Entonces, ¿racionalmente podemos considerar que en el procedimiento (con todas sus limitaciones) puede llegarse a la verdad? Nuestra respuesta se encuentra en la siguiente cita de Jordi Ferrer: “(...) nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que éste sea, permitirá tener certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis. (...) Así las cosas si las conclusiones a las que podemos arribar en nuestro razonamiento sobre los hechos no pueden ser ciertas, nos situamos plenamente en el espacio del razonamiento probabilístico”¹¹. En consecuencia, la aserción sobre los hechos, luego del razonamiento probatorio en el procedimiento administrativo no tendrá como correlato la certeza, sino una adopción de probabilidad de verdad. Esta respuesta no nos debe asustar, por el contrario, dentro de la incertidumbre debemos exigir una actuación objetiva de la Administración Pública cuando dé por acreditados los hechos (y lo plasme en su motivación).

2.2 Aproximaciones conceptuales

2.2.1 Definición de prueba

Nuestro ordenamiento jurídico administrativo no contempla una definición específica para la prueba. Sin perjuicio de ello, recurrimos a Marina Gascón quien nos enfatiza que el término “prueba” tiene un carácter polisémico, es decir, más de un significado que puede resumirse básicamente entre medio de prueba y prueba (como resultado del razonamiento probatorio):

- (i) Medio de prueba: es todo aquello que permite que se conozcan los hechos del caso en el procedimiento, es decir que permite formular o verificar enunciados para la reconstrucción de los hechos que se discuten¹². A modo de ejemplo, tenemos al contenido del Acta de Fiscalización que introducido al procedimiento administrativo sancionador es un medio de prueba que permite que se sostenga (con cierto grado de verosimilitud) si se observó un hallazgo determinado en una fiscalización.

7 Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Séptima Edición Actualizada (Buenos Aires: Abeledo Perrot – Lexis Nexis, 2002), 527; Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 5 Primeras Obras, Primera Edición (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012), PRA-II-5

8 Eduardo García de Enterría, *Democracia, Ley e inmunidades de poder* (Lima: Palestra Editores, 2004), 40-41.

9 Para el procedimiento administrativo peruano consideramos aplicable el modelo del proceso dirigido a implementar políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador. Ver: FERRER, Jordi. “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* Volumen 7 No. 2 (Agosto – diciembre 2017): 140-141.

10 Ver: Susan Haack, “Scientific evidence and Good evidence is not the same”, *Revista Trouw*. Marzo 18 del año 2017.

11 Jordi Ferrer, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons: 2007), 56-57

12 Marina Gascón, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 1999), 84.

- (ii) Prueba (como resultado): consiste en el conocimiento que se obtiene sobre un hecho controvertido en función al resultado de la valoración de los medios de prueba. Estos deben permitir elegir racionalmente entre los diversos enunciados sobre hechos formulados en el procedimiento, sea para confirmarlos o refutarlos¹³. Ejemplo: considerar probada la imputación a laboratorio Cheap en un procedimiento sancionador si es que el hecho imputado (falsificar medicamentos) se desprende racionalmente de los medios de prueba (i.e. actas de fiscalización, informes, pericias, etc.); o considerar no probado el hecho imputado si tales medios de prueba no sustentan el hecho imputado. Como veremos más adelante, este significado de prueba (como resultado) es el que aplica para analizar la “evidencia en contrario” que establece el principio de presunción de licitud para que pueda declararse a un administrado como responsable de un acto ilícito.

Las conceptualizaciones arriba descritas son las que emplearemos en las siguientes secciones del presente artículo para referirnos a las figuras del derecho a la prueba, carga y estándar de prueba.

- a. ¿Sobre qué recae la actividad probatoria en el procedimiento administrativo sancionador?

En el procedimiento administrativo sancionador se discute básicamente la existencia o no de responsabilidad administrativa del administrado, esto es, si es que cometió o no el hecho ilícito que se le imputa. Dicha discusión no puede ser obviada (en cuanto a aspectos de derecho sustantivo como de prueba), puesto que el principio de presunción de licitud (presunción de inocencia) contempla que necesariamente deba existir prueba en contra del supuesto actuar lícito del administrado para que recién pueda ser sancionado¹⁴. Es así como un primer escenario donde recae la actividad probatoria es justamente en identificar si los medios de prueba que se aporten (por la autoridad instructora y el administrado) al procedimiento permitirán evidenciar si efectivamente existe o no responsabilidad administrativa, lo cual implicará que se verifique la conducta típica, su antijuridicidad (aquí entran a tallar los supuestos eximentes de responsabilidad administrativa) y culpabilidad.

Justamente en tal análisis corresponderá que los medios de prueba puedan acreditar el nexo causal entre la conducta del administrado con el hecho ilícito que se imputa. Los riesgos y/o daños que puedan ser parte de la infracción, también deberán ser objeto de prueba, pues al ser parte esencial del hecho imputado no puede presumirse la ilicitud del actuar del administrado.

Siguiendo el mismo razonamiento, otro aspecto esencial es que deba probarse el dolo y la culpa que representa el principio de culpabilidad, lo cual –si bien puede ser difícil para algunos tipos infractores– requerirán por lo menos de indicios probados e inferencias sólidas (y no recurrir únicamente a meras generalizaciones, por no decir prejuicios).

Los conceptos considerados para el cálculo de la multa a imponer también deberán ser objeto de prueba. Algunas entidades administrativas ya no contemplan multas tasadas (esto es, una multa fija e invariable para una determinada infracción), sino multas con topes máximos y mínimos, en cuyo margen se determina la multa específica bajo el principio de razonabilidad (i.e. que la conducta ilícita no sea más beneficiosa, pero que la multa final sea proporcional). Para tales casos, muchas veces se emplean factores como daño, extensión, peligrosidad de los productos, valorización de costos evitados, entre otros, que tampoco basta con ser asumidos teóricamente, sino se necesita que exista un sustento para su aplicación (principio de verdad material).

Adicionalmente, es importante recalcar que el TUO de la LPAG¹⁵ permite el uso de cualquier medio de prueba relevante para acreditar la verdad sobre los hechos discutidos en el procedimiento, tales como pericias, prueba documental, testigos, declaraciones de parte, etc. Esta lista no es taxativa por lo que pueden emplearse incluso medios de prueba atípicos¹⁶; no obstante, será importante verificar la fiabilidad de la información que aportan al procedimiento.

3. Derecho a la prueba en el procedimiento administrativo sancionador

En el marco del procedimiento administrativo sancionador, los administrados contamos con el derecho fundamental a la prueba que abarca al ofrecimiento, admisibilidad, actuación y valoración de los medios de

13 Gascón, *Los hechos en el Derecho...*, 85.

14 No aplicará esta discusión cuando libremente el administrado reconozca expresamente y por escrito su responsabilidad administrativa en el procedimiento administrativo sancionador, tal como lo contempla el literal a) del numeral 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG.

15 Artículo 177 del TUO de la LPAG.

16 Para su tratamiento consideramos que también se pueda emplear la regla del artículo 193 del Código Procesal Civil: tratamiento analógico con los medios de prueba típicos y según lo que considere la entidad.

prueba. Este derecho no se encuentra recogido expresamente en el TUO de la LPAG ni en la Constitución; sin embargo, como veremos más adelante, se encuentra implícito en el derecho/principio del debido procedimiento, lo cual debe ser respetado y garantizado por todas las entidades de la Administración Pública.

3.1 Reconocimiento

El derecho fundamental a la prueba no se encuentra recogido expresamente en la Constitución Política del Perú; no obstante, nuestra jurisprudencia constitucional lo ha reconocido como un derecho implícito del derecho al debido proceso, el cual sí está previsto en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú¹⁷. Siguiendo a Luis Alfaro Valverde, el fundamento de la tutela constitucional del derecho a la prueba, como un derecho implícito del debido proceso, radica en lo siguiente:

*"(...) parte de entender la necesidad de que los actos procesales se desarrollen bajo los cauces de la formalidad y de la consistencia, propios de la administración de justicia; lo que implica el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable. En tal sentido, una de las **garantías mínimas es, llanamente, la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador, por consiguiente, de no permitirse la aportación oportuna de pruebas a los justiciables, sería imposible considerar que se haya tutelado el debido proceso. De modo que, únicamente con los medios probatorios necesarios y pertinentes, el juzgador podrá decidir adecuadamente**"¹⁸.*

(Énfasis añadido).

Una característica importante del derecho fundamental a la prueba es su configuración legal en la medida que es el legislador el que interviene de manera activa en delimitar su contenido¹⁹, tal como puede apreciarse en las reglas sobre prueba que presenta el TUO de la LPAG²⁰. Al respecto, Lucía Alarcón señala que "para determinar si se ha violado el derecho a la prueba, hay que tener en cuenta las normas que específicamente regulan en el proceso o, en nuestro caso, en el procedimiento administrativo sancionador la forma correcta de ejercer el derecho"²¹. Esto es importante de cara a comprender cómo aplica el derecho a la prueba en el procedimiento administrativo, el cual resulta más flexible²² que la vía jurisdiccional al sujetarse a la regla de la unidad de vista, por la cual los procedimientos se deben desarrollar sin fases procesales ni momentos rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas, salvo disposición contraria²³.

Otro de los aspectos importantes del derecho fundamental a la prueba es su carácter complejo dado que por, sí mismo, involucra una serie de derechos referidos al ofrecimiento, admisión, actuación, conservación y valoración de los medios de prueba. Esta serie de derechos serán desarrollados en la siguiente sección.

Asimismo, como ya habrán podido notar, este reconocimiento constitucional del derecho a la prueba no solo aplica a los procesos judiciales, sino también al procedimiento administrativo sancionador²⁴. Para sostener este punto, debemos apreciar que nuestro Tribunal Constitucional, partiendo de un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que "(...) las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa sancionatoria (...) a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado (...) 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"²⁵. Justamente, el derecho a la prueba es implícito al derecho del debido proceso, el cual se aplica al procedimiento administrativo a través de principio del debido

17 Fundamento 148 de la sentencia recaída en el Expediente No. 0010-2002-AI/TC. También ha sido considerado como un derecho contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva, ver el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente No. 03997-2013-PHC/TC. En doctrina comparada, Lucía Alarcón nos señala que el derecho a la prueba es un derecho instrumental al derecho de defensa, en tanto este garantiza que todo administrado a utilizar los medios de defensa pertinentes. Esta concepción no es la acogida por nuestro Tribunal Constitucional que considera al derecho a la prueba como parte del derecho al debido proceso, por lo que su aplicación en nuestro país debe corresponder a cualquier tipo de procedimiento administrativo y no solo a los sancionadores. Ver Lucía Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales* (Navarra, Editorial Civitas, 2007), 268.

18 Luis Alfaro, "Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal", en *Manual del Código Procesal Civil* (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 86.

19 Alfaro, "Derecho fundamental a la prueba...", 99.

20 Recogidas básicamente entre los artículos 173 al 190 del TUO de la LPAG.

21 Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador...*, 272-273.

22 Francisco González, "La prueba en el procedimiento administrativo". *Procedimientos Administrativos Especiales*. Volumen 2. Año 1967. Escuela Nacional de Administración Pública: Madrid, p. 31.

23 Artículo 155 del TUO de la LPAG.

24 En el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente No. 03997-2013-PHC/TC el Tribunal Constitucional empieza desarrollando el contenido esencial del derecho a la prueba señalado que su titular es la parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento.

25 Fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente No. 00156-2012-PHC/TC. También puede encontrarse una previsión en el mismo sentido en el Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente No. 02098-2010-PA/TC.

procedimiento. De hecho, el reconocimiento legislativo de dicho principio enuncia, en líneas generales, algunos aspectos del derecho a la prueba como son el derecho a ofrecer y producir pruebas, así como a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (lo cual no puede tener lugar sin una debida valoración probatoria)²⁶.

Finalmente, siguiendo a Lucía Alarcón, el derecho a la prueba se ejerce frente a la Administración Pública, la cual es la obligada a hacerlo efectivo²⁷, independientemente de su ejercicio ante los jueces que eventualmente revisen la sanción ya impuesta en la vía jurisdiccional.

3.2 Contenido

3.2.1 Derecho a aportar pruebas

Los administrados pueden presentar los medios de prueba que estimen convenientes para acreditar los hechos que han alegado en el procedimiento en el que participan. La previsión del principio del debido procedimiento en el TUO de la LPAG ya hace una alusión expresa a este derecho, por lo que no puede ser impedido por las autoridades administrativas, ya sean las que reciben los documentos de la entidad (Mesa de Partes) o los órganos encargados de la instrucción y resolución del procedimiento administrativo.

3.2.2 Derecho a que se admitan las pruebas

La autoridad tiene el deber de admitir todos los medios probatorios relevantes aportados por las partes, estando proscrita la inadmisión injustificada e irracional de los mismos²⁸. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado los siguientes requisitos con que deben contar los medios de prueba para que sean admitidos²⁹:

- a. *Pertinencia (relevancia)*: el medio de prueba debe tener una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto del procedimiento.
- b. *Conducencia o idoneidad*: para los casos en que el legislador haya establecido la necesidad de que determinados hechos sean acreditados mediante determinados medios de prueba. No se cumple con este requisito cuando el medio probatorio presentado se encuentra prohibido en una vía procedimental o para acreditar un determinado hecho.
- c. *Utilidad*: el medio probatorio debe contribuir a conocer la verdad sobre el hecho que se alega en determinado grado de probabilidad. Los medios probatorios que no cumplen con este requisito son aquellos que están destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta, hechos no controvertidos, imposibles, notorios o de evidencia pública. Tampoco se cumple con este requisito cuando se busca desvirtuar hechos sobre los que ya hubo pronunciamiento con calidad de cosa juzgada, así como los medios probatorios superfluos (cuando ya se han presentado otros medios probatorios iguales con el mismo fin, o porque el medio de prueba ya se había actuado antes).
- d. *Licitud*: los medios de prueba deben haberse obtenido sin contravenir el ordenamiento jurídico, lo cual permite excluir los supuestos de prueba prohibida (obtenidos en violación de un derecho fundamental). Un ejemplo de este requisito consiste en presentar grabaciones tomadas vulnerando el derecho a la intimidad de determinadas personas como medios de prueba.
- e. *Preclusión o eventualidad*: los medios de prueba deben presentarse en la oportunidad que fija la legislación. Para el caso específico del procedimiento administrativo sancionador, el TUO de la LPAG contempla dos fases en donde los administrados presentan descargos en ejercicio de su derecho de defensa.³⁰ Ahora bien, dado el carácter flexible que caracteriza al procedimiento administrativo³¹, no puede considerarse a dichas fases como las únicas en donde el administrado puede presentar alegaciones y medios de prueba. De hecho, el TUO de la LPAG cuenta con una previsión expresa en el artículo 172 que habilita a los administrados a poder formular alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio (medios de prueba), los que deben ser analizados por la autoridad al resolver el

26 Numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

27 Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador...*, 273.

28 Alfaro, "Derecho fundamental a la prueba...", 107.

29 Fundamento 26 de la sentencia recaída en el Expediente No. 06712-2005-HC/TC

30 Artículo 255 del TUO de la LPAG.

31 Lo cual se desprende de la regla de unidad de vista, así como de los principios de informalismo y eficacia.

procedimiento administrativo. Dicha norma hace que este requisito de admisibilidad no sea aplicable rígidamente al procedimiento administrativo sancionador.

Si se incumple alguno de estos requisitos de admisibilidad, el medio de prueba presentado podrá ser rechazado válidamente por la autoridad a cargo. En el ámbito del procedimiento administrativo, el TUO de la LPAG establece que pueden rechazarse motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado que no guarden relación con el fondo del asunto (irrelevantes), sean improcedentes (inidóneos e ilícitos) o innecesarios (inútiles)³². Sobre ello, Alarcón señala que "(...) esa falta de motivación no es un simple vicio de legalidad, ni siquiera un vicio de constitucionalidad diferente, sino que se considera precisamente lesivo del derecho fundamental a la prueba"³³.

Esta exigencia de motivar expresamente el rechazo a los medios de prueba es sumamente importante para prevenir actuaciones arbitrarias. No obstante, la misma no ha venido siendo respetada en muchos casos por las autoridades al resolver los procedimientos administrativos sancionadores, siendo los siguientes escenarios los más recurrentes:

- (i) Caso 1: los administrados aportan medios de prueba al procedimiento, pero éstos, pese a no haber sido rechazados expresamente, no son considerados por la autoridad decisoria al momento de resolver el procedimiento sancionador. Este es el escenario típico en donde la autoridad considera que únicamente debe pronunciarse sobre los medios de prueba que "a su criterio" son los únicos importantes para el caso, obviando los que "a su criterio" no lo son sin siquiera mencionar su rechazo. Al respecto, es válido³⁴ y eficiente que la autoridad decisoria fundamente su decisión en aquellos hechos relevantes (y medios de prueba también relevantes), pues de lo contrario se pierden recursos (e incluso la orientación debida) si es que también debe entrar a analizar hechos irrelevantes (con medios de prueba irrelevantes). No obstante, el rechazo de los medios de prueba debe ser expreso, tanto por mandato del TUO de la LPAG y el deber de garantizar el derecho a la admisión la prueba, como también para combatir la arbitrariedad de los funcionarios de turno. Conocer qué medios de prueba se rechazan y qué otros se toman en cuenta, habilita a una mayor transparencia en las razones de la decisión que puede ser objeto de control más fidedigno por otros funcionarios, el Poder Judicial y la sociedad en particular.
- (ii) Caso 2: la autoridad instructora o decisoria del procedimiento sancionador establecen el rechazo de un medio de prueba sin dar razones al respecto. Como hemos indicado, el rechazo debe ser, además de expreso, motivado por la autoridad. Esta motivación debe corresponderse a la verificación del incumplimiento de uno de los requisitos de la admisibilidad de la prueba, esto es, que el medio de prueba sea irrelevante, inidóneo, inútil o ilícito. No bastará con indicar el requisito incumplido, sino dar la justificación respectiva, para lo cual el TUO de la LPAG proscribe emplear fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no sean esclarecedoras³⁵.

Adicionalmente, debe agregarse también el requisito de brindar al administrado la posibilidad de contradecir previamente los argumentos planteados por la autoridad (o contraparte) para rechazar el medio de prueba. Este requisito se fundamenta en el derecho de defensa del administrado, pues si se rechazan sus medios de prueba sin que pueda plantear alguna oposición previa quedará en estado de indefensión en el procedimiento administrativo sancionador³⁶. Justamente, el hecho de que se vaya a rechazar un medio de prueba implica un acto de gravamen³⁷ para el administrado, pues la decisión generará que no podrá emplearse el medio de prueba para acreditar los hechos que expone para su defensa. En tal sentido, conforme se desprende del artículo 172 del TUO de la LPAG, el plazo que debe otorgarse al administrado para contradecir previamente una eventual decisión de rechazar un medio de prueba que haya aportado debe ser no menor de cinco días hábiles. Asimismo, si se decide arbitrariamente el rechazo del medio de prueba y se causa indefensión al administrado, conforme al TUO de la LPAG³⁸, el administrado tiene la habilitación para impugnar tal decisión sin necesidad de esperar a que se resuelva el procedimiento administrativo sancionador.

32 Numeral 174.1 del artículo 174 del TUO de la LPAG.

33 Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador...*, 323-324.

34 Numeral 6.1 del artículo 6 del TUO de la LPAG.

35 Numeral 6.3 del artículo 6 del TUO de la LPAG.

36 Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente No. 02098-2010-PA/TC.

37 Definidos en doctrina como aquellos actos que reducen, privan o extinguen un derecho o facultad del administrado. Ver: Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Lima: Palestra Editores, 2006), 614.

38 Numeral 217.2 del artículo 217 del TUO de la LPAG.

En este punto debemos mencionar que el incumplimiento de motivar el rechazo del medio de prueba o de brindar al administrado la posibilidad de contradicción previa a tal decisión implica una causal de nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Ello en la medida que el vicio de nulidad se encuentra en contravenir la Constitución y la ley por no respetar el derecho fundamental a la prueba, el derecho de defensa y el mandato expreso del TUO de la LPAG para que el rechazo solo pueda ser expreso y motivado³⁹. En tanto dicha contravención se da a normas específicas y no a elementos de validez del acto administrativo (motivación o procedimiento), no resulta aplicable la conservación de este tipo de acto viciado⁴⁰.

3.2.3 Derecho a que se actúen y conserven las pruebas

Consiste en practicar las pruebas para obtener la información sobre los hechos por los cuales fueron presentadas. Es en este momento (posterior a la admisión de los medios de prueba) donde tiene cabida el derecho al contradictorio del ciudadano, a fin de que pueda manifestarse sobre cómo las pruebas son actuadas (p.ej. conainterrogatorio de testigos), y sobre el resultado de dicha actuación⁴¹. También debe posibilitarse al ciudadano a que la prueba pueda ser asegurada o producida inmediatamente en caso de urgencia⁴², tal es el caso de medios de prueba perecibles (como tomas de muestra in situ).

Al respecto, el TUO de la LPAG⁴³ prevé que para la actuación de la prueba debe disponerse de una fecha con una anticipación no menor de tres ni mayor de quince días hábiles del planteamiento de dicha actuación. La fijación de la fecha, hora y lugar debe notificarse al administrado con una anticipación no menor a tres días hábiles. Luego de la fecha de actuación de la prueba, los administrados igualmente están facultados a presentar otros medios de prueba siempre y cuando aún no se hubiese resuelto el procedimiento administrativo⁴⁴.

Cabe agregar que nuestra legislación administrativa contempla algunos supuestos donde se prescinde de actuación de pruebas en el procedimiento administrativo en general:

- (i) Cuando la decisión recae exclusivamente en los hechos planteados por las partes si es que son ciertos y congruentes para la resolución⁴⁵. Este supuesto aplica para aquellos hechos en donde ni la autoridad ni el administrado tienen posturas contradictorias sobre la veracidad de un hecho relevante del caso.
- (ii) Cuando se aborden hechos públicos o notorios⁴⁶. Los hechos son públicos o notorios cuando tienen un reconocimiento en el lugar y tiempo en el que el procedimiento se desarrolla⁴⁷. Este conocimiento de los hechos debe aplicar al común de individuos y no al que conozca el funcionario de la entidad de manera privada.⁴⁸ Ahora bien, en el procedimiento administrativo sancionador no puede aplicarse este supuesto para considerar como hechos públicos o notorios a los hechos relevantes del caso materia de imputación. Ello básicamente porque los administrados gozan del principio de presunción de licitud, devenido del derecho a la presunción de inocencia, por el que se exige a la autoridad administrativa necesariamente contar con una prueba de cargo que corrobore su actuación ilícita imputada. De lo contrario, como en nuestro ejemplo del caso del laboratorio Cheap, bastará con que algún medio periodístico acuse a un administrado para que cualquier autoridad arbitrariamente considere como un hecho público o notorio el hecho imputado y sancione directamente al administrado (olvidándose que es este quien goza de una presunción de licitud que solo puede vencerse con una prueba de cargo suficiente, y no al revés).
- (iii) Hechos alegados por las partes y cuya prueba consta en los archivos de la entidad⁴⁹. Este supuesto tiene correlación con la prohibición que tiene toda entidad de requerir al administrado que aporte documentación que la misma entidad posee en sus propios archivos⁵⁰. Como ejemplo tenemos al hecho en donde el administrado alega ante la entidad que cuenta con un permiso que fue anteriormente emitida por ella.

39 Numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG.

40 No se aplicará entonces el artículo 14 del TUO de la LPAG.

41 Vitor De Paula, "Derecho fundamental a la prueba", Traducido por Renzo Cavani, *Gaceta Constitucional* N° 65 (2013): 292.

42 De Paula, "Derecho fundamental a la prueba", 292.

43 Artículo 174 del TUO de la LPAG.

44 Ibid.

45 Artículo 175 del TUO de la LPAG.

46 Artículo 176 del TUO de la LPAG.

47 Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo...*, Tomo 7, 383.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 Artículo 48 del TUO de la LPAG.

- (iv) Hechos comprobados por la entidad en ejercicio de sus funciones⁵¹. Este supuesto consiste en que la entidad realizó la actuación y valoración de los medios de prueba sobre el hecho en otro procedimiento. Para aplicar este supuesto, la entidad debe dejar constancia del empleo de su propio conocimiento oficial en el expediente. Ahora bien, siguiendo a Agustín Gordillo, si el administrado discrepa de la veracidad del hecho, no puede obviarse la actuación de los medios de prueba aportados para acreditar o cuestionar dicho hecho⁵².
- (v) Hechos sujetos a presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.⁵³ Este supuesto se corresponde con el principio de presunción de veracidad, por el cual lo que alega el administrado goza de una presunción relativa de veracidad (la cual se vence con prueba en contrario).

3.2.4 Derecho a que se valoren las pruebas

Este derecho consiste en que la autoridad decisora, sobre la base de criterios razonables y objetivos, verifique si las hipótesis ofrecidas sobre hechos fueron corroboradas suficientemente o no por los medios de prueba aportados⁵⁴. En palabras de Marina Gascón, la valoración de la prueba consiste en:

“(...) evaluar la veracidad de las pruebas (o sea, de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba), así como en atribuir a las mismas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan. La valoración constituye pues el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos”⁵⁵.

(Énfasis añadido).

La valoración de la prueba tiene lugar luego de las fases de admisión y actuación. Por ello, la autoridad decisora debe verificar si los medios de prueba son confiables o no para corroborar las hipótesis fácticas. Sobre este elemento del derecho a la prueba, Jordi Ferrer señala que “(...) solo después de valoradas individualmente las pruebas podrán hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas. Por ello, deberían ser considerados como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión”⁵⁶.

Como bien señala el Tribunal Constitucional⁵⁷ y Vitor de Paula Ramos, la valoración de los medios probatorios debe ser motivada por escrito, a fin de que pueda verificarse y controlarse si la autoridad cumplió con las exigencias de la libre valoración racional de la prueba, siendo que “(...) lo que no puede ser motivado legítimamente no existe”⁵⁸.

4. Cuestiones de la valoración de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador

4.1 Los sistemas de prueba legal y de libre valoración de la prueba

Como hemos desarrollado anteriormente, corresponde a la valoración de la prueba la función de determinar que los medios de prueba sean veraces, esto es, que tengan representación con los hechos de la realidad, así como asignar el valor probatorio a cada uno de estos medios. Para ello, en la teoría de la prueba se han considerado dos sistemas: de prueba legal (también llamada prueba tasada) y de libre valoración.

En un sistema de prueba legal, la ley determina bajo qué medio probatorio (y su contenido) se debe y puede fundamentar una decisión sobre hechos. En este sistema es el legislador el que predetermina el resultado probatorio y no la autoridad decisora, la cual declara como probado un hecho si únicamente se postula el medio de prueba que la ley ha establecido para tal efecto.

En cambio, en el sistema de libre valoración de la prueba, no se sujeta el procedimiento a normas jurídicas que predeterminen el resultado probatorio⁵⁹. Así, el valor de un determinado medio probatorio dependerá de su contenido y de las inferencias que válidamente puedan obtenerse del mismo.

51 Ibid.

52 Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo...*, Tomo 7, 383.

53 Artículo 48 del TUO de la LPAG.

54 De Paula, “Derecho fundamental a la prueba”, 292.

55 Marina Gascón, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Colección: Derecho & Argumentación N° 3 (Lima: Palestra Editores, 2016), 361.

56 Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, 56-57.

57 Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente No. 03997-2013-PHC/TC.

58 Cita de De Paula, “Derecho fundamental a la prueba”, 294 a Jordi Nieva, *La valoración de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 208.

59 Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, 45.

Sobre el particular, en el ámbito del procedimiento administrativo, Concepción Barrero señala que al no haberse establecido reglas generales y expresas sobre la valoración de la prueba, se consagra el sistema de la libre apreciación (valoración) por la autoridad decisora, toda vez que la prueba legal o tasada exigiría su concreta previsión⁶⁰.

El TUO de la LPAG reconoce que el principio de presunción de licitud (derecho a la presunción de inocencia) que goza todo administrado puede superarse por la imputación si se cuenta con la “evidencia en contrario”, pero no especifica qué medio de prueba puede servir para dicha evidencia. Esto nos da una pista de que, bajo nuestro sistema jurídico, no se ha sujetado el procedimiento administrativo sancionador a un sistema de prueba legal, sino más bien a uno de libre valoración de la prueba⁶¹.

No obstante lo anterior, desde el plano general, el TUO de la LPAG contempla que los hechos pueden ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa⁶². En el caso del procedimiento administrativo sancionador, el TUO de la LPAG tampoco lo restringe a algún medio de prueba específico. En este punto debemos advertir que las reglas del TUO de la LPAG no contemplan como prueba única de cargo a que el hecho imputado esté recogido en un acta de fiscalización (también llamado acta de supervisión, acta de inspección, etc.). En la práctica, usualmente las entidades advierten los actos ilícitos en sus acciones de fiscalización, ahí la razón de que casi siempre los procedimientos sancionadores se fundamentan básicamente en actas de fiscalización. Sin embargo, al no restringirse el acervo probatorio para la acusación a dichas actas, es posible imponer una sanción prescindiendo de las mismas si se cuentan con otros medios de prueba que puedan describir suficientemente el hecho imputado (como fotografías, videos, etc.), tal como lo vienen haciendo algunas entidades en la actualidad.

Por lo mencionado en el párrafo anterior, podemos señalar que de manera general el procedimiento administrativo sancionador peruano se rige por el sistema de libre valoración de la prueba. No obstante, ello puede variar según las reglas especiales que rijan algunos procedimientos sancionadores.

4.2 Criterios que rigen la valoración de la prueba

La libre valoración de la prueba puede corresponderse con un modelo irracional (o subjetivo) y uno racional (objetivo). A grandes rasgos, la libre valoración de la prueba irracional se corresponde con la convicción subjetiva que pueden representar los medios de prueba para el decisor. Así, con los medios de prueba sobre la mesa, la autoridad decisora podrá indicar que a su único “criterio” o “convicción” los medios de prueba acreditan o no los hechos discutidos del caso. Asimismo, para estos casos, la función de la prueba en el procedimiento administrativo ya no sería la de buscar la verdad (como correspondencia con la realidad) sino convencer a la autoridad decisora.⁶³ En cambio, bajo la valoración racional de la prueba se establecen criterios lógicos y epistemológicos que reducen justamente aspectos meramente subjetivos del decisor.

Sobre el particular, el modelo más acorde a nuestro sistema jurídico administrativo es el de la valoración racional de la prueba. Primero, con este modelo la prueba tiene la finalidad de acreditar los hechos conforme a la realidad (garantiza el principio de verdad material). Segundo, con una exigencia de racionalidad a nuestros funcionarios para la decisión sobre hechos se reducen ampliamente espacios a la aplicación (encubierta) de posibles prejuicios, incoherencias, sesgos mentales y desvíos de poder (que son contrarios al principio de ejercicio legítimo del poder)⁶⁴.

A continuación, resumimos los criterios que exige una libre valoración de la prueba racional⁶⁵:

- i) Completitud: todas las pruebas disponibles del procedimiento deben ser consideradas.
- ii) Coherencia: la valoración en conjunto de los medios de prueba no deben ser contradictorias, siendo las conclusiones convergentes.

60 Concepción Barrero, *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*, Tercera Edición (Navarra: Editorial Aranzandi, 2006), 261.

61 Debemos precisar que el principio de presunción de licitud no implica necesariamente un sistema de libre valoración de la prueba, sino que este dependerá de las reglas probatorias que el legislador fije para el procedimiento en particular. Ver: Blanca Lozano, “Derecho a la presunción de inocencia”, en *Diccionario de Sanciones Administrativas* (Madrid: Iustel: Madrid, 2010), 263.

62 Artículo 177 del TUO de la LPAG.

63 Ver: Vitor De Paula, *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, Colección Filosofía y Derecho (Madrid: Marcial Pons, 2019), 27-29.

64 Numeral 1.17 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG: “Principio del ejercicio legítimo del poder. - La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.”

65 De Paula, “Derecho fundamental a la prueba”, 283-294. Sobre este punto pueden encontrarse esquemas inductivos para la valoración racional de la prueba que trabaja Gascón, *La argumentación en el Derecho*, 363.

- iii) Congruencia: los medios de prueba valorados deben avocarse a los hechos discutidos en el caso.
- iv) Corrección lógica: las inferencias deben ser válidas y justificables.

Asimismo, bajo este enfoque racional, para que una hipótesis fáctica pueda considerarse como verdadera no debe haber sido refutada por pruebas disponibles. Por el contrario, para tal efecto, las pruebas deben hacerla más probable que cualquier otra hipótesis rival sobre los mismos hechos⁶⁶. Adicionalmente, hay que agregar que esta valoración debe ser expresa en la motivación de la resolución final del procedimiento administrativo sancionador. Para que pueda ser intersubjetivamente controlable, importará primero una valoración atomista (individual) de cada medio de prueba, y luego una valoración holística (en conjunto) según la información que se obtenga.

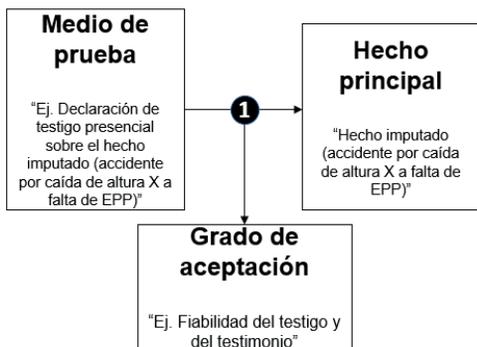
Asimismo, para arribar a las conclusiones sobre hechos a partir de los medios de prueba, el sustento deberá encontrarse en una máxima de experiencia (generalización empírica o conocimiento ordinario sobre hechos similares anteriores) y conocimiento que la ciencia ha venido estableciendo al respecto. A modo de ejemplo, si se pretende discutir que unos medicamentos no cumplen con las condiciones técnicas para su elaboración, necesariamente se necesitará de un análisis de muestra en laboratorio en el que se apliquen conocimientos científicos específicos para determinar si hubo o no incumplimiento. No obstante, para otros tipos infractores más sencillos (y que no requieren un conocimiento especializado en la materia), puede recurrirse a las máximas de experiencia (con cierta objetividad que no impliquen prejuicios). El uso de estas máximas de experiencia y/o conocimiento científico también deberá ser señalado en la motivación de la decisión, así como ser objeto de contradictorio previo por el administrado, y un control posterior (de ser el caso) ante el órgano jerárquicamente superior o el Poder Judicial.

4.3 Prueba directa y prueba indirecta

Como explicamos líneas arriba, nuestra legislación administrativa no restringe el tipo de medio de prueba para la imputación contra el administrado, lo cual abarca a las siguientes situaciones probatorias: la prueba directa y la prueba indirecta (prueba por indicios).

Según Taruffo, la prueba directa consiste en un elemento de prueba que versa directamente sobre la hipótesis fáctica (el hecho que se alega y se pretende probar). Así, el objeto y resultado de la prueba directa pueden ser expresados como una proposición que coincide, en su contenido, con la que constituye la hipótesis sobre el hecho. En este caso, la prueba versa directamente sobre la hipótesis y el grado de confirmación de ésta coincide con el grado de aceptabilidad del medio de prueba⁶⁷.

A modo de ejemplo tenemos el caso en donde un ciudadano (como testigo) observa el momento exacto cuando los operarios de una fábrica, que realizan trabajos de altura sin arnés, sufren una caída y se producen lesiones. La declaración de este testigo en el procedimiento será el medio de prueba y tendrá el carácter de directo porque justamente se refiere al hecho que se impute (accidente por caída de trabajadores a determinada altura sin usar el equipo de protección personal que exige la legislación laboral). A continuación, la estructura que presenta la prueba directa:

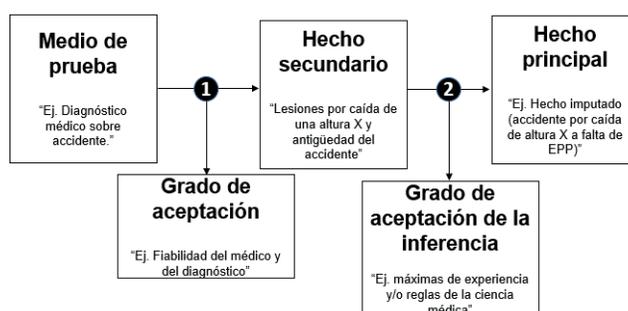


Por su parte, la prueba indirecta (prueba indiciaria) consiste en emplear un medio de prueba que muestra la existencia de un hecho diverso al afirmado en la hipótesis, pero que a partir de dicho hecho diverso (o

66 Gascón, *La argumentación en el Derecho*, 363.
 67 Taruffo, *Teoría de la prueba*, 88-94.

secundario, también llamado indicio⁶⁸), es posible llegar a inferencias que afecten la fundamentación de la hipótesis (hecho principal) en cuestión. En la prueba indirecta, el grado de corroboración de la hipótesis depende de dos factores: el grado de aceptación que el medio de prueba le confiere a la afirmación sobre la existencia del hecho secundario, y el grado de aceptabilidad de la inferencia en que se funda la constituida por aquella afirmación⁶⁹. Cabe mencionar que en la prueba indirecta pueden emplearse más de un indicio, siempre que las inferencias sean convergentes para arribar al hecho principal; aunque ello no obsta para que un solo indicio sea suficiente para acreditar el hecho principal (si se respalda en una inferencia sólida). Igualmente, la estructura de la prueba indiciaria puede permitir más de un paso inferencial para arribar al hecho principal, aunque el nivel de probabilidad se pueda reducir en cada paso.

Siguiendo el ejemplo anterior, un diagnóstico médico podrá mostrar el detalle de las lesiones de los operarios accidentados y (de ser posible) la antigüedad de estas lesiones. Sobre la base de ello, el diagnóstico puede servir como indicio si (en consideración de la ciencia médica) es posible inferir racionalmente que las lesiones solo pudieron ser ocasionadas por una caída a una altura determinada (en la que trabajaban los operarios) y que su antigüedad se remonte a la fecha en que tuvo lugar el accidente. A continuación, la estructura que presenta la prueba indirecta según nuestro ejemplo:



Considerando la estructura de la prueba directa, esta es igual a la prueba indirecta, teniendo como diferencia que la prueba directa tiene un número menor de pasos inferenciales⁷⁰. Asimismo, la prueba indirecta también permite conducir a resultados fiables si la inferencia empleada permite arribar con un grado suficiente de probabilidad al hecho principal. Considerando lo anterior, no se encuentran limitaciones para que en el procedimiento administrativo sancionador puedan usarse pruebas directas como indirectas.

Al respecto, en un plano normativo, el TUO de la LPAG no prevé reglas que limiten recurrir al uso de la prueba indirecta, sino que señala que todos los hechos invocados en el procedimiento administrativo podrán ser objeto de los medios de prueba necesarios⁷¹. Siguiendo lo anterior, en doctrina, Lucía Alarcón señala que la prueba de indicios "(...) puede constituir en los procedimientos sancionadores una prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia del imputado y justificar la decisión de sancionador (lógicamente, también puede convertirse en una prueba de descargo que favorezca al acusado)"⁷². Incluso es posible advertir que algunas entidades administrativas recurren a la prueba indiciaria para determinar la comisión de infracciones de las que, por su naturaleza, es muy difícil encontrar pruebas directas⁷³.

Ahora bien, la valoración racional de la prueba exige algunos requisitos para el razonamiento a fin de obtenerse resultados fiables:

- i) **Certeza del indicio:** el indicio debe estar probado fehacientemente mediante medios de prueba procesalmente admitidos. Busca evitarse que las meras sospechas o intuiciones puedan fundar prueba del indicio⁷⁴.
- ii) **Precisión o univocidad del indicio:** el indicio debe ser preciso o único, esto es, que conduzca necesariamente al hecho desconocido a probar (hecho principal). El indicio será equívoco o contingente cuando el mismo puede ser debido a muchas causas o ser causa de muchos efectos⁷⁵.

68 Se puede encontrar una definición de indicio en el artículo 276 del Código Procesal Civil.

69 Taruffo, *Teoría de la prueba*, 96-99.

70 Gascón, *La argumentación en el Derecho*, 377.

71 Artículo 177 del TUO de la LPAG.

72 Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador...*, 446.

73 Dos ejemplos los encontramos en la Resolución No. 2961-2020/SC1-INDECOPI y la Resolución No 55-2015-OEFA/TFA-SEM.

74 Gascón, *La argumentación en el Derecho*, 376.

75 Gascón, *La argumentación en el Derecho*, 378-379. Esta autora precisa que la distinción entre indicios unívocos y equívocos es

iii) Pluralidad de indicios: por el carácter contingente de los indicios, es necesario que la prueba de un hecho se funde en más de un indicio. A ello se suma que los indicios deben concluir en una reconstrucción unitaria del hecho, esto es ser concordantes y coherentes. Cabe la posibilidad de que se pueda emplear un solo indicio para fundar la decisión, pero este debe tener un alto valor probatorio que lo amerite⁷⁶.

Estos requisitos han sido positivizados en cierta medida en el artículo 158 del Código Procesal Penal, el cual prevé que: i) el indicio debe estar probado; ii) la inferencia esté basada en reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y, iii) que cuando se traten de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes, convergentes, y que no presenten conraindicios consistentes. Respecto al último requisito, la doctrina define a los conraindicios como propiamente indicios, pero que dan lugar a una hipótesis distinta (que resulta incompatible) a la que se deriva del razonamiento probatorio propuesto por alguna de las partes. La consistencia del conraindicio se presenta cuando no puede separarse de la otra hipótesis contraria (que supone darla por superada), lo cual genera en el decisor la obligación de descartar la hipótesis que inicialmente asumió⁷⁷. Al respecto, si bien las reglas del proceso penal no aplican directamente al derecho administrativo sancionador, lo cierto es que estos requisitos del razonamiento indiciario son propios de la teoría de la prueba, por lo que deben ser aplicados en el procedimiento administrativo sancionador⁷⁸.

4.4 Necesidad de una autoridad imparcial para una correcta valoración de la prueba

Nuestro ordenamiento jurídico contempla como un principio a la imparcialidad de las autoridades en el ejercicio de sus funciones en los tres niveles de gobierno (central, regional y local)⁷⁹. Este principio, según nuestro Tribunal Constitucional, implica el deber de que las autoridades competentes no se comprometan con el resultado del procedimiento o con lo sujetos que actúan en este (imparcialidad subjetiva)⁸⁰, y que mantengan una posición de neutralidad en el procedimiento para no generar un escenario de desequilibrio en contra del administrado⁸¹.

En el plano de la valoración de la prueba, la imparcialidad de la autoridad decisora debe permitir que de manera neutral y objetiva puedan determinarse los hechos probados según los medios de prueba disponibles. Para el lado contrario, citando textual a Jordi Nieva Fenoll, "la parcialidad excluye la valoración de la prueba"⁸².

Si la autoridad decisora está parcializada, no cuenta con la percepción para motivar coherentemente lo percibido en la valoración de la prueba. Así, dicha autoridad puede abordar aspectos puntales y sesgados de su percepción sobre las pruebas para fundamentar un resultado que sabe de antemano como inadecuado, o –al ser parcial– ya no percibe realmente los hechos según las pruebas aportadas, sino que únicamente aprecia lo que quiere⁸³. En estos casos, el decisor ya ha dejado de valorar la prueba. Así, si "(...) una valoración probatoria realizada sólo en parte o, haciendo un juego de palabras, parcialmente, no está completa y, por consiguiente, no es correcta, lo que equivale a su inexistencia práctica"⁸⁴.

Al respecto, para controlar posibles escenarios de parcialidad, la legislación administrativa ha establecido (con algunos aciertos) las causales de abstención para que se aparte a un funcionario (con poder de decisión o de influir en el resultado de este) del procedimiento⁸⁵.

De manera particular, en el procedimiento administrativo sancionador se estableció una diferenciación de autoridades para las funciones de instrucción (investiga y recopila pruebas) y decisión (aplicación de la sanción o archivar la imputación) que impide que la autoridad que juzga sea la misma que investiga⁸⁶. Ello

irrelevante debido a que los primeros no hacen alusión propiamente a un razonamiento indiciario sino de tipo demostrativo, y la gran mayoría de indicios son equívocos o contingentes.

76 Gascón, *La argumentación en el Derecho*, 379.

77 Roger Zavaleta, "Razonamiento probatorio a partir de indicios", *Revista Derecho & Sociedad* N° 50 (2018): 217

78 Una opinión similar se plantea en Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador...*, 447.

79 Artículo V del Título Preliminar de la Ley No. 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, numeral 9 del artículo 8 de la Ley No. 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, artículo 149 de la Ley 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, y numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

80 Fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente No. 00020-2015-PI/TC. También ver el fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente No. 3981-2011-PA/TC, en el que el Tribunal Constitucional señala que el derecho a un juez independiente e imparcial puede trasladarse al procedimiento administrativo sancionador.

81 Fundamento 3.3.4 de la sentencia recaída en el Expediente No. 512-2013-PHC/TC.

82 Nieva, *La valoración de la prueba...*, 175.

83 Ibid.

84 Nieva, *La valoración de la prueba...*, 177.

85 Artículo 99 del TUO de la LPAG.

86 Es parte del principio del debido procedimiento aplicable al procedimiento administrativo sancionador. Ver numeral 2 del artículo 248 y numeral 254.1 del artículo 254 del TUO de la LPAG. Esta importancia de la separación entre autoridad instructora y decisora también se puede encontrar en FERNÁNDEZ, Severiano. "La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación". Primera edición. Año 2012. Editorial Aranzandi: Navarra, pp. 26-29.

es importante de cara a garantizar la imparcialidad. Por un lado, la actividad instructora pone en contacto al investigador con el acusado, con los hechos y datos que sirvan para averiguar la infracción (junto a posibles responsabilidades) que puede provocar en el ánimo del investigado prejuicios o impresiones en favor o en contra del investigado, lo cual le podrá influir a la hora de decidir⁸⁷. Asimismo, si se permitiese que la autoridad decisora sea también la instructora, habrá la posibilidad de que (de mano en la investigación) se forme un criterio sobre el caso, para lo cual "(...) es difícilísimo cambiar de opinión y, de hecho, todos los nuevos datos que puedan venir sobre el caso concreto, [su] mente los suele reinterpretar de manera que reafirmen la opinión inicial. Lo cual conduce, evidentemente, a un juicio erróneo"⁸⁸.

Cabe mencionar que en la actualidad la mayoría (por no decir todas) de las entidades han adecuado sus procedimientos sancionadores para dividir a las autoridades que instruyen y que deciden. Sin embargo, dicha distinción orgánica formal no debe ser entendida como suficiente para garantizar la imparcialidad (además de los supuestos de abstención generales), también debe plasmarse en que ambas autoridades actúen separadamente y sea la decisora la que no solo analice los descargos del administrado, sino también la suficiencia de la imputación de cargos que ha elaborado la autoridad instructora. Un caso común que se observa en la práctica es que la autoridad instructora formula la imputación y la autoridad decisora la da por cierta, cuestionando únicamente los descargos del administrado. Dicho tipo de actuaciones evidentemente muestran una parcialidad del decisor a favor de lo que le formule el instructor, dificultando la defensa que pueda hacer el administrado imputado. El resultado de ello, como mencionamos, será que no se valoren ni las pruebas de cargo (usualmente solo se mencionan) ni las pruebas de descargo (las que se descartan –en no muy pocas ocasiones– sin fundamento), dando paso a que se resuelvan los procedimientos en función a prejuicios o sesgos mentales. Una situación similar se encontrará en los casos en donde la autoridad decisora realice actos de investigación para encontrar evidencia incriminadora, con lo cual no solo superpondrá sus funciones a las de la autoridad instructora, sino que mostrará su parcialidad con el caso⁸⁹.

5. Carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador

Una vez realizada la valoración de la prueba, corresponde decidir si la hipótesis fáctica puede o no declararse probada con el grado de confirmación que se disponga, lo cual corresponde al estándar de prueba que se utilice⁹⁰. Con ello, para que se estime como probada una hipótesis fáctica y, consecuentemente adoptar la decisión que ello conlleva, se requiere superar el estándar de prueba requerido por el procedimiento en particular.

En los casos en donde la autoridad decisora no tenga por probados los hechos (es decir, que no se haya cumplido con el estándar de prueba requerido) aplica la figura de la carga de la prueba como una regla de desempate que permite indicar hacia cuál parte se inclina la decisión final. Esta es una regla residual a la que se acude luego que se hayan evaluado todos los medios de prueba con la finalidad de descartar o aceptar las hipótesis sobre los hechos, pero la autoridad decisora considera que hay insuficiencia probatoria⁹¹. También es una regla de contingencia puesto que lo ideal no es acudir a su aplicación, pero si no se ubican las razones para justificar la decisión en los medios de prueba, no queda más que acudir a la regla de juicio de la carga de la prueba⁹².

En el procedimiento administrativo, el artículo 173 de la LPAG establece que la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio, conforma al cual las autoridades deben ordenar la realización o práctica de los actos sobre prueba que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias⁹³. Dicho artículo también prevé que corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones. En este sentido, siguiendo a Lucía Alarcón⁹⁴, el principio de presunción de licitud también implica una regla de carga de la prueba⁹⁵, la cual se le atribuya

87 Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 145/1988 del 12 de julio de 1988. Desarrollado en José Suay, "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública* N° 123 (1990): 169-170.

88 Nieva, *La valoración de la prueba...*, 168.

89 Esto se presenta en los casos en donde se abuse de las "actuaciones complementarias" que faculta el segundo párrafo del numeral 5 del artículo 255 del TUO de la LPAG.

90 Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, 46.

91 Giovanni Priori, "La carga de la prueba en la motivación de las decisiones judiciales", en *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales* (Lima: Palestra Editores, 2016), 182-184.

92 *Ibíd.*

93 Numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

94 Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador...*, 12.

95 Para Jordi Nieva Fenoll, desde una óptica del proceso penal (aceptable para el procedimiento sancionador), la presunción de inocencia no conlleva propiamente a una regla de carga de la prueba, pues dicha noción se asienta en un sentido del proceso civil

a la autoridad administrativa encargada de imputar el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el resultado de que haya ocasionado, así como la causalidad de la participación del administrado imputado en la realización de la infracción. Le corresponderá al administrado la carga de la prueba de la existencia de eximentes y atenuantes de la responsabilidad.

Conforme a lo expuesto, debe quedar claro que para un caso en donde la autoridad instructora no haya acreditado suficientemente el hecho imputado, la autoridad decisora deberá archivar el procedimiento administrativo en función a la carga de la prueba.

Sin embargo, en nuestra opinión académica consideramos cuestionable (por no decir ilegal) que algunas autoridades decisoras (e instructoras) recurran a la teoría de la carga dinámica de la prueba, a fin de que sean los administrados imputados quienes demuestren su inocencia (y no que sean las autoridades las que demuestren la culpabilidad como lo dispone el principio de presunción de licitud)⁹⁶. El fundamento usual consiste en que aparentemente los administrados imputados son quienes cuentan con la mayor facilidad de aportar pruebas con respecto a la autoridad instructora, por lo que deberían equilibrar el procedimiento y exponer las pruebas de su inocencia. Evidentemente no podemos ser ajenos a que en muchos casos (como los de protección al consumidor) será el administrado (empresa) la que cuente con mayores pruebas en su poder que el denunciante (ciudadano afectado) o la autoridad instructora, generándose así una cierta asimetría. Sin embargo, no es razonable presumir *a priori* que todo administrado documenta al milímetro sus acciones (y las de otros vinculados a esta), menos aún que pueda contar con evidencia de hechos negativos (aquellos en donde las obligaciones son de no hacer). Contar con tal capacidad logística (que presumen como habitual los adeptos a la teoría de la carga dinámica de la prueba) además de ser sumamente onerosa e ineficiente, puede llegar ser fácticamente imposible (como en los hechos negativos). Así, se abren las puertas a que indiscriminadamente se sancionen a los administrados no porque sean realmente culpables, sino porque no pudieron probar su inocencia. Esto es, a todas luces, contrario al principio de verdad material desarrollado previamente y favorecedor de decisiones arbitrarias de los funcionarios de turno.

Por lo demás, no cabe aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador, pues ello implicará una vulneración del principio de legalidad⁹⁷. Como desarrollamos, el TUO de la LPAG expresamente contempla que la carga de la prueba de la imputación le corresponde a la autoridad instructora (artículo 173 y principio de presunción de licitud –además del principio de impulso de oficio–) y no brinda ninguna disposición por la que pueda dinamizarse dicha carga. En ese sentido, recurrir a una doctrina sin un sustento legal que habilite a tal efecto (y desconozca otras reglas y principios expresos en contra) implicará que la autoridad no haya actuado con respeto al ordenamiento jurídico, lo cual además viciará a la decisión de nulidad de pleno derecho⁹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, si lo que interesa es paliar la aparente mayor disposición probatoria que gozaría el administrado imputado, en vez de recurrir erróneamente a la carga dinámica de la prueba, la autoridad instructora puede formular un requerimiento de información (en general) al administrado, quien debe brindar atención al mismo (sobre la base de la información que posea)⁹⁹. De no cumplirse con este requerimiento (y este acto esté tipificado específicamente como infracción), el administrado puede ser sancionado por no atender dicho requerimiento. Con la entrega de la información, se equilibraría la disposición de material probatorio y, de ser el caso, la autoridad instructora podrá formular una correcta imputación sin necesidad de que se presuma que el administrado es culpable (lo cual implica una inversión de la carga de la prueba que no admite el principio de presunción de licitud). Además de esta alternativa, no debemos olvidar que las entidades de la Administración Pública cuentan con amplias facultades para recopilar pruebas como parte de su actividad de fiscalización (interrogar a administrados y a su personal, acceder a documentación,

donde rige el principio dispositivo y de aportación de parte. Ver: Jordi Nieva, "La razón de ser de la presunción de inocencia", *Revista para el Análisis del Derecho INDRET* 1 (2016): 10.

96 La teoría de la carga dinámica de la prueba a nivel latinoamericano ha sido desarrollada básicamente por Jorge Peryano, *Cargas probatorias dinámicas* (Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, 2008). Un ejemplo a nivel administrativo de la aplicación de esta teoría la encontramos en el Resolución N° 1343-2010/SC2-INDECOPI, y a nivel judicial en la sentencia emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente No. 7169-2014.

97 Numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

98 Aplicación de la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG.

99 Artículo 180 del TUO de la LPAG. Cabe mencionar que dicho artículo permite a los administrados rechazar cualquier exigencia de pruebas que formule la autoridad si es que estas suponen directamente la revelación de hechos perseguibles practicados por el administrado (derecho a guardar silencio). Esta propuesta se desprende de una lectura de Leandro Giannini, "Revisitando la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales", en *Contra la carga de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 89-113.

inspeccionar, obtener copias, tomar muestras)¹⁰⁰ lo cual resta aun más plausibilidad a la dinamicidad de la carga probatoria con el fin de sancionar.

6. El estándar de prueba del principio de presunción de licitud

El estándar de prueba es aquel grado de conocimiento que de arribarse en el procedimiento (luego de actuada la prueba) permite dar por probado un hecho ahí discutido. Como explicamos líneas arriba, racionalmente no podemos llegar a la verdad de los hechos en el procedimiento (aunque ello es uno de los objetivos por el principio de verdad material), por lo que cuando decidimos que un hecho es verdadero o no, existe cierta probabilidad de que no lo sea (donde nos encontramos en el plano del error: en algunos casos sancionamos inocentes y en otros absolvemos culpables). En efecto, si fijamos un estándar de prueba muy riguroso (alto) para la prueba de cargo en el procedimiento administrativo sancionador, tendremos menos inocentes sancionados, pero más infractores absueltos. En cambio, si fijamos un estándar de prueba muy flexible (bajo), tendremos más infractores sancionados, pero también más inocentes sancionados. Es así como el concepto del estándar de prueba permite distribuir el error por sanciones y absoluciones erróneas¹⁰¹.

En el procedimiento administrativo sancionador contamos con el principio de presunción de licitud (como derecho a la presunción de inocencia) que tiene una regla probatoria para dictar una resolución sancionadora¹⁰², por la cual debe existir prueba de cargo suficiente para destruir tal presunción que goza el administrado a su favor¹⁰³.

Al respecto, Morón Urbina ha señalado que el principio de presunción de licitud implica lo siguiente:

*“A la **absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable sobre su culpabilidad (si la evidencia actuada en el procedimiento administrativo sancionador no llega a formar convicción de la ilicitud del acto y de la culpabilidad del administrado, se impone el mandato de absolución implícito que esta presunción conlleva –in dubio pro reo–**”¹⁰⁴.*

(Énfasis añadido).

Conforme a lo anterior, el principio de presunción de licitud exige contar con un estándar de prueba que establezca el nivel de certeza que necesita la autoridad decisora para sostener que se cuenta con la suficiente evidencia (prueba) en contrario de la presunción de licitud del administrado¹⁰⁵.

Por su parte, Lucía Alarcón señala que, conforme al principio de presunción de licitud, la prueba existente de cargo debe ser suficientemente incriminadora¹⁰⁶, lo cual se corresponde con la figura del estándar de prueba como venimos señalando. Asimismo, Alarcón señala que la suficiencia de la prueba puede ser entendida de manera exigente, por el que las pruebas deban ser indubitables para destruir la presunción de licitud (estándar de prueba alto) o como un mínimo (estándar de prueba bajo)¹⁰⁷. En cualquiera de tales casos, dicha autora señala que “aun realizándose una prueba mínima, debe ser apta, idónea o bastante para acreditar la comisión del hecho constitutivo de la infracción (...) Por tanto, en el caso de que la sanción se fundamente en una prueba de cargo que sea insuficiente se lesiona la presunción de inocencia”¹⁰⁸.

Ahora bien, el TUO de la LPAG no ha establecido cuál debe ser el grado de certeza sobre la comisión del ilícito administrativo a la que debe llegarse en el procedimiento administrativo sancionador para que se pueda declarar la responsabilidad administrativa del administrado. Según la cita previa a Morón Urbina, se contemplaría que el grado de certeza no debe dar pie a una “duda razonable” sobre la supuesta actuación ilícita del administrado; por su parte, para Lucía Alarcón, la prueba de la incriminación debería ser “suficiente”. Sin embargo, de la legislación aplicable no se advierte cuándo estamos ante tal “duda razonable” o que hay “suficiente” prueba en contrario a la presunción de licitud, lo cual resulta fundamental para decidir en cada caso si la hipótesis de la imputación se encuentra corroborada para sancionar al administrado. Al respecto,

100 Artículo 240 del TUO de la LPAG.

101 Ver: Larry Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 28 (México: UNAM, 2005), 95-113.

102 Lucía Alarcón, “El procedimiento sancionador común de la Nueva Ley 39/21015 del 1 de octubre”, en *Derecho Administrativo Sancionador* (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 12.

103 *Ibid.*

104 Juan Carlos Morón, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444*, Tomo II, Décimo segunda edición (Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2017), 441-443.

105 Para Jordi Nieva Fenoll, la presunción de inocencia no conlleva propiamente a la formulación de un estándar de prueba. Ver: Nieva, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, 12-14.

106 Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador...*, 353.

107 *Ibid.*

108 Alarcón, *El procedimiento administrativo sancionador...*, 354.

aplicando lo señalado por Jordi Ferrer al ámbito administrativo sancionador,“(...) el derecho a la presunción de inocencia [principio de presunción de licitud] presupone la vigencia de un estándar de prueba, pero no implica estándar de prueba alguno”¹⁰⁹.

Sobre el particular, encontramos en una publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos una formulación del estándar de prueba del procedimiento administrativo sancionador que vale la pena citar:

“(...) en el derecho administrativo sancionador opera el estándar de la presunción de licitud (...) el nivel de probanza de la acusación es que ésta se encuentra más allá de toda duda razonable. (...) En otras palabras, solo se puede condenar a un administrado si la acusación es la única hipótesis posible que explica los hechos probados del caso. Si existe otra teoría que pueda explicar los hechos del caso, entonces no se puede condenar al acusado. (...) Ese es el estándar fijado en los procedimientos sancionadores, que por su carácter punitivo se asemejan a los procesos de naturaleza penal. (...) La Administración Pública no solo debe encargarse de mostrar pruebas de la acusación, sino que tiene que encargarse de demostrar que ésta es la única que explica los hechos probados del caso”¹¹⁰.

(Énfasis añadido).

Como podemos notar de esta cita, se considera –de manera similar a nuestra doctrina nacional– que en el marco del procedimiento administrativo sancionador aplica el estándar de prueba de que la imputación debe estar corroborada “más allá de toda duda razonable”. El uso de este estándar conlleva (conforme a la cita) a que las inferencias probatorias obtenidas de los medios de prueba valorados en el procedimiento únicamente puedan explicar la hipótesis fáctica del hecho imputado, ya que si razonablemente pueden explicar una hipótesis fáctica distinta (y absolutoria a la infracción imputada), corresponderá que esta se archive¹¹¹. Esta formulación del estándar de prueba de “más allá de toda duda razonable” a la que alude la doctrina administrativa citada es la que usualmente se entiende para los procesos penales¹¹²; sin embargo, sería idóneo que a nivel legislativo (decisión política) pueda fijarse un estándar de prueba para el procedimiento administrativo sancionador, dependiendo del nivel de tutela a los bienes jurídicos y el margen de error en las decisiones administrativas que estemos dispuestos a tolerar¹¹³.

7. Conclusiones

En el presente artículo hemos brindado los aspectos principales de la actividad probatoria dentro del procedimiento administrativo sancionador dado que no ha recibido la atención debida por parte de la doctrina nacional. Este trabajo ha representado el reto de introducir conceptos muy útiles de la teoría de la prueba al derecho administrativo sancionador, a fin de que la actividad probatoria no sea simplemente una cuestión meramente subjetiva del decisor, sino una práctica más racional. Esto ayudará a controlar que las entidades administrativas no empleen la figura del procedimiento administrativo sancionador de manera arbitraria, pues se procurará que se sancione a los verdaderamente infractores, a través de la determinación correcta de los hechos y no por el solo capricho del funcionario de turno (o la presión externa que pueda haber).

109 Jordi Ferrer, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, Volumen 4, Número 1 (2010): 20.

110 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos” (Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016), 43.

111 De manera similar, Jordi Ferrer ha esbozado las siguientes condiciones para que se considere probada una hipótesis más allá de toda duda razonable (desde un enfoque del derecho penal): i) “La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas; y, ii) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.” Ver: Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, 147.

112 Posiblemente por la concordancia que hay entre el numeral 9 del artículo 248 del TUO de la LPAG y el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal (presunción de licitud con presunción de inocencia).

113 Ver: Carmen Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Colección Filosofía y Derecho (Madrid: Marcial Pons, 2015), 35.

8. Bibliografía

- Alarcón, Lucía. "El procedimiento sancionador común de la Nueva Ley 39/21015 del 1 de octubre". En *Derecho Administrativo Sancionador*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- Alarcón, Lucía. *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Civitas, 2007.
- Alfaro, Luis. "Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal". En *Manual del Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- Barrero, Concepción. *La prueba en el procedimiento administrativo*, Tercera Edición. Navarra: Editorial Aranzandi, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Séptima edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot-Lexis Nexis, 2002.
- De Paula, Vitor. *Derecho fundamental a la prueba*, traducido por Renzo Cavani. *Gaceta Constitucional* N° 65 (2013).
- De Paula, Vitor. *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, Colección Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Fernández, Severiano. *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Primera Edición. Navarra: Editorial Aranzandi, 2012.
- Ferrer, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Ferrer, Jordi. "Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia". *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, Volumen 4, Número 1 (2010).
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Duodécima Edición. Lima: Palestra Editores, 2006.
- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, Ley e inmunidades de poder*. Lima: Palestra Editores, 2004.
- Gascón, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- Gascón, Marina. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Colección Derecho & Argumentación N° 3. Lima: Palestra Editores, 2016.
- Giannini, Leandro. "Revisitando la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales". En *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- González, Francisco. "La prueba en el procedimiento administrativo". En "Procedimientos Administrativos Especiales", Volumen 2. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 5 Primeras Obras, Primera edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 7 Primeras Obras, Primera edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012.
- Haack, Susan. *Scientific evidence and Good evidence is not the same*. *Revista Trouw*, Marzo 18 del año 2017.
- Laudan, Larry. "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 28 (2005).
- Lozano, Blanca. *Derecho a la presunción de inocencia*. En *Diccionario de Sanciones Administrativas*. Madrid: Iustel, 2010.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos*. Lima: MINJUS, 2016.
- Morón, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444*, Tomo II, Décimo segunda edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2017.
- Nieva, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Nieva, Jordi. "La razón de ser de la presunción de inocencia". *Revista para el Análisis del Derecho INDRET* 1 (2016).

Priori, Giovanni. "La carga de la prueba en la motivación de las decisiones judiciales". En *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores, 2016.

Suay, José. "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador". *Revista de Administración Pública* N° 123 (1990).

Taruffo, Michele. *Teoría de la Prueba*, Primera edición, Primera reimpresión. Lima: ARA Editores, 2015.

Vázquez, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*, Colección Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Zavaleta, Roger. "Razonamiento probatorio a partir de indicios". *Revista Derecho y Sociedad* N° 50 (2018).