

La prueba en el Derecho administrativo sancionador en Perú y en España

The evidence in the sanctioning administrative Law in Perú and Spain

Mariano Magide Herrero*

Uría Menéndez

Carlos González Prada Arriarán**

Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría

Resumen:

El presente artículo tiene por objeto analizar los principales aspectos vinculados con la regulación de la prueba en el Derecho administrativo sancionador peruano y español, con especial énfasis en la regulación y uso de la prueba indiciaria. Para este propósito, los autores revisarán la regulación aplicable en ambos ordenamientos jurídicos, así como diversas resoluciones judiciales y administrativas expedidas con respecto a la prueba, y, en particular, con relación a los criterios de validez exigibles a la prueba indiciaria en el ámbito administrativo sancionador.

Abstract:

The purpose of this article is to analyze the main aspects related to the regulation of the evidence in the Peruvian and Spanish sanctioning administrative law, with special emphasis on the regulation and use of the evidence for indications. For this, the authors will review the applicable legislation in both legal systems, as well as various judicial and administrative resolutions issued with respect to the evidence, and, in particular, in relation to the validity criteria required for the evidence for indications in the sanctioning administrative field.

Palabras clave:

Procedimiento Administrativo Sancionador – Prueba – Prueba por indicios – Prueba por presunciones – Derecho Comparado – Carga de la prueba

Keywords:

Administrative sanctioning procedure – Evidence – Evidence for indications – Evidence for presumptions – Comparative Law – Burden of proof

Sumario:

1. Introducción. La presunción de inocencia en el Derecho administrativo sancionador y su proyección sobre la prueba en el procedimiento administrativo sancionador – 2. Reglas básicas de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador en Perú y España – 3. Admisión de la prueba indiciaria en Perú y España – 4. Bibliografía

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, España. Socio de Uría Menéndez. Profesor Colaborador de Derecho Administrativo en la Universidad Pontificia de Comillas (Madrid). Contacto: mariano.magide@uria.com

** Magister en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca, España. Asociado Principal de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Contacto: carlos.gonzalezprada@ppulegal.com

1. Introducción. La presunción de inocencia en el Derecho administrativo sancionador y su proyección sobre la prueba en el procedimiento administrativo sancionador

Tanto en el Derecho peruano como en el español, la potestad sancionadora de las Administraciones públicas es considerada una de las dos proyecciones del *ius puniendi* general del Estado, siendo la otra la potestad de los jueces y tribunales de imponer penas por la comisión de infracciones penales. Así lo afirmó el Tribunal Constitucional español desde sus primeras sentencias, como, por ejemplo, la 18/1981, de 8 de junio, y así resulta pacífico hoy en día en la doctrina peruana. Así, por ejemplo, para Caro Coria, en la actualidad “no se discute que la potestad sancionadora de la Administración y el Derecho penal, son manifestaciones de un mismo *ius puniendi* estatal”¹.

La primera consecuencia de esta raíz común es la aplicación al Derecho administrativo sancionador de los principios fundamentales del Derecho penal. En palabras de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional español: “ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”. Esta doctrina constitucional insistió desde el primer momento en que esa proyección de los principios penales al Derecho administrativo sancionador no podía ser automática, sino que debía hacerse tomando en consideración la realidad jurídico-administrativa², y esta necesaria modulación es también asumida por la doctrina peruana³.

Cabe, no obstante, apuntar, que al menos en España, comienzan a aparecer voces que consideran que esa modulación ha significado un excesivo debilitamiento del peso y potencia de esos principios en su aplicación al Derecho sancionador⁴ –algo que suscribe el autor español de esta colaboración– y que consideran recomendable una cierta “repenalización” del Derecho administrativo sancionador, siguiendo la senda marcada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2011 (asunto nº 43509/08), *Menarini Diagnostics v. Italy*.

Uno de esos principios centrales a estas dos expresiones del *ius puniendi* estatal es el de la presunción de inocencia, que impone, en nuestro caso a la Administración, la carga de probar suficientemente los diferentes elementos que permiten la imputación de la infracción y confiere al administrado el derecho a valerse de los medios de prueba necesarios y pertinentes.

En el presente artículo analizamos brevemente cómo estos principios se proyectan en el Derecho administrativo peruano y español, prestando una atención particular a la prueba indiciaria, que, aunque admitida en el Derecho penal (cfr., en Perú, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2016-PHCTC, mientras que en España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17 de diciembre), tiene una particular importancia en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, precisamente como consecuencia de las características propias de la actuación administrativa.

1 Dino Carlos Caro Coria, “El Principio de Ne Bis In Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional: Segundo Seminario*, coord. César Landa Arroyo (Lima: Palestra, 2006), 311.

2 Como se ha visto en el texto, ya en la Sentencia que inaugura esta doctrina en España, el Tribunal Constitucional se refiere a que la aplicación de los principios jurídico-penales al ámbito administrativo debe hacerse “con ciertos matices”. Esta necesaria matización es una referencia constante en la jurisprudencia constitucional española. Así, por ejemplo, afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1990, de 15 de febrero: “no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador, se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza”.

3 Señala Baca Oneto que “[s]i la potestad sancionadora administrativa y la penal son expresión del *ius puniendi* único del Estado, los principios reguladores tienen que ser los mismos. Sin perjuicio de la lógica adaptación de dichos principios al ámbito penal o en el ámbito administrativo, existe una básica identidad, reconducible, en último extremo, a los principios constitucionales aplicables al régimen jurídico-penal”; Víctor Baca Oneto, “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, en *Estudios de Derecho Administrativo* (Montevideo: La Ley, 2011), 7, https://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_responsabilidad_subjetiva_u_objetiva_en_materia_sancionadora.pdf (consultado el 15 de enero de 2020).

4 Creemos que es totalmente acertada la afirmación de Gómez Tomillo de que “en lo que a los principios respecta, esto es, desde el punto de vista de las líneas centrales que orientan el sistema, debe existir una coincidencia que, cuanto menos tendencialmente, me atrevería a decir debe ser plena [entre el Derecho penal y el administrativo sancionador]”, en Manuel Gómez Tomillo, Manuel e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2da ed. (Madrid: Aranzadi-Thompson Reuters, 2010), 114.

2. Reglas básicas de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador en Perú y España

2.1 El derecho a la prueba

Por su proximidad con los administrados, uno de los principales aspectos del Derecho administrativo general peruano, y en particular, del Derecho administrativo sancionador, consiste en la estricta observancia por parte de la Administración de las reglas que informan y regulan el procedimiento administrativo. Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el fundamento de dicha obligación se incardina en la propia Constitución Política del Perú, cuyo artículo 139 consagra como un derecho de la función jurisdiccional, aplicable en sede administrativa, la “observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”⁵.

Su relevancia en Perú se manifiesta en el Decreto Supremo 002-2019-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (“LPAG”), donde tal derecho no solo se encuentra consagrado como un elemento de validez del acto administrativo que finalmente se dicte⁶ –de modo que su ausencia determinaría la nulidad del mismo⁷–, sino también a su consagración como uno de los principios rectores de toda actuación administrativa⁸.

Así pues, respecto de todos los procedimientos que se tramiten ante la Administración, la LPAG es clara en señalar en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, comprendiéndose entre estos el derecho “a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten”. Finaliza el numeral bajo comentario prescribiendo que la regulación propia del Derecho procesal “es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

En relación con el tema que es materia del presente artículo, el principio del debido procedimiento administrativo conforme ha sido redactado en la LPAG invita a no pocas reflexiones. En primer término, aunque evidente, destaca el hecho que “la Administración tiene el deber de producir sus decisiones mediante el cumplimiento de las reglas que conforman el procedimiento, de modo que es flagrantemente violatorio de este principio, la producción de actos administrativos de plano o sin escuchar a los administrados”⁹.

En segundo lugar, resalta el hecho que, en el ámbito del Derecho administrativo, el principio del debido procedimiento se erige como garante de una serie de derechos procesales de los administrados, dentro de los cuales se encuentra el derecho a ofrecer y producir pruebas, y que las mismas sean debidamente valoradas por la Administración. En relación con este último aspecto, señala Ariano Deho que “el derecho a la prueba no se agota en la admisión y en la práctica de los medios probatorios. Se tiene, además, derecho a la valoración de la prueba”¹⁰. Para dicha autora, por tanto, “el derecho a la prueba debe ser definido como el derecho de las partes a influenciar sobre la fijación judicial de los hechos por medio de todas las pruebas relevantes, directas y contrarias de las cuales disponen”¹¹.

5 De acuerdo con el Fundamento Jurídico 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) recaída en el Expediente 4944-2011-AA, “el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.9° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos”. De este modo, para el Tribunal Constitucional, el sustento de la existencia de un debido procedimiento administrativo radica en el hecho de que “tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que, si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional” (Fundamento Jurídico 14).

6 LPAG, artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos: Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...) 5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

7 De acuerdo con el artículo 10 de la LPAG, el defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo, como el procedimiento regular, es un vicio que acarrea la nulidad del mismo.

8 LPAG, Título Preliminar, artículo II.- Contenido: 1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. 2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley. 3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.

9 Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Tomo I (Lima: Grijley, 2019), 83.

10 Eugenia Ariano Deho, *Problemas del Proceso Civil* (Lima: Jurista, 2003), 196.

11 Ariano Deho, *Problemas del Proceso Civil...*, 196.

Sobre este derecho en particular, el Tribunal Constitucional del Perú ha sido claro en señalar que “el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú”¹². Sin embargo, su ejercicio no es absoluto, por cuanto “se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho”¹³.

Finalmente, una tercera reflexión que podemos extraer, de particular interés para la materia analizada, consiste en la aplicación con carácter supletorio de las reglas propias del Derecho procesal. Esta remisión normativa, que reconoce las particularidades y notas distintivas del procedimiento administrativo respecto del proceso civil, adquiere mayor relevancia por cuanto es en dicho marco legal, junto con el Derecho penal, donde se ha estudiado con mayor amplitud el derecho probatorio.

Los alcances y límites del debido procedimiento administrativo antes revisados, así como aquellos propios del derecho a la prueba que lo integra, son plenamente de recibo en el Derecho administrativo sancionador peruano. Así lo establece el numeral 2 del artículo 248 de la LPAG cuando, al regular el principio de la potestad sancionadora administrativa relativo al debido procedimiento, señala que “no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento”.

En el plano adjetivo, la regulación del principio (derecho) del debido procedimiento en materia sancionadora denota la imposibilidad de sancionar a los administrados si previamente no se ha seguido el respectivo cauce formal previsto en la Ley, cuya tramitación haya observado las garantías propias del debido proceso. Al respecto, señala Rojas Franco que el debido proceso constituye “una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico”¹⁴.

De otro lado, en el plano sustantivo, el principio del debido procedimiento exige a la Administración el respeto a las reglas propias del derecho a la prueba que asiste a los administrados, lo que implica, de acuerdo con Morón Urbina, el “derecho a que la decisión se emita sobre la base de la probanza actuada y no existencia de pruebas tasadas, derecho a la no exigencia de probanza sobre hechos que la Administración Pública debe tener por ciertos o debe actuar prueba de oficio, derecho al ofrecimiento y actuación de pruebas de parte, derecho al control de la prueba de cargo, derecho a la valoración de la prueba de cargo, derecho a no declarar en su contra (...)”¹⁵.

La regulación prevista en la LPAG no dista mucho de aquella aplicable en el Derecho administrativo sancionador español.

También en España cabría hablar de un derecho general a la prueba de todo interesado en un procedimiento administrativo, derivado de la regulación general y común de dicho procedimiento. Procedimiento que, con carácter general, debe preceder a cualquier actuación administrativa que pueda afectar a los derechos e intereses de los particulares, hasta el punto de que se ha llegado a hablar de una garantía constitucional del previo procedimiento¹⁶, si bien la necesaria inmediatez de la actuación administrativa en algunas ocasiones (no es el caso del ejercicio de su potestad sancionadora) cuestiona, en la teoría y en la práctica, una aplicación absolutamente general de esa exigencia de previo procedimiento.

Tradicionalmente, se ha considerado que la finalidad del procedimiento es doble. Por un lado, garantizar el acierto y objetividad de la decisión administrativa que le pone fin. De otra, garantizar la adecuada protección de los derechos e intereses de los particulares que puedan verse afectados por la resolución que finalmente se dicte. Desde ambas perspectivas, la acreditación suficiente de los hechos en que la Administración vaya a fundar su decisión aparece como una necesidad evidente.

12 Fundamento 148 de la STC recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC.

13 Fundamento 149 de la STC recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC.

14 Enrique Rojas Franco, “El debido procedimiento administrativo”, *Derecho PUCP* N° 67 (2011): 66.

15 Al respecto, Cfr. Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento...*, Tomo II, 405.

16 El artículo 105 de la Constitución española dispone que ley regulará, entre otros extremos, “[e]l procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”. En este sentido, el Tribunal Supremo español ha afirmado que “el procedimiento administrativo no es sólo una exigencia legal recogida en el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino al mismo tiempo una imposición constitucional prevista en el artículo 105.c de la Constitución Española, de donde deriva el carácter de orden público de las normas que lo regulan, así como la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de las decisiones administrativas que incumplen la totalidad o los más elementales trámites del procedimiento.” (STS de 7 de marzo de 1988).

Desde esta perspectiva general, el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPACAP”) asume implícita, pero claramente, la necesidad de una acreditación suficiente de los hechos en que la Administración funde el ejercicio de sus potestades en cualquier procedimiento y, por tanto, un derecho del interesado a la práctica de la prueba. Así, su apartado 2 dispone que “cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un periodo de prueba (...)”, habiendo establecido el apartado anterior que “los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho (...)”. Y desde la perspectiva del interesado, se configura un verdadero derecho general a la prueba, desde el momento en que se prevé que “el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes, mediante resolución motivada” (artículo 77.3 de la LPACAP).

Por lo expuesto, no puede limitarse el derecho a la prueba a los procedimientos sancionadores, en los que está expresa y claramente recogido en el artículo 53.2.b) de la LPACAP, que reconoce a los interesados en los procedimientos sancionadores “la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”, fijando también la carga de la prueba a la que se hará referencia en el apartado siguiente. En el caso de los procedimientos de naturaleza sancionadora, este derecho a la prueba deriva directamente de la Constitución, en manifestación de la proyección al ámbito del Derecho administrativo sancionador de los principios centrales del Derecho penal a que se ha hecho mención en la Introducción. Concretamente, es parte del derecho fundamental de los particulares “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, susceptible de protección por el Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo¹⁷.

2.2 Carga de la prueba

Como hemos señalado en la Introducción, el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa se encuentra íntimamente vinculada con la potestad de los jueces y tribunales de imponer penas por la comisión de infracciones penales. Una muestra de dicha vinculación podemos encontrarla en el irrestricto respeto del derecho al debido proceso que es exigido a la Administración y, como consecuencia de lo anterior, en la necesaria observancia de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales que lo conforman¹⁸.

Uno de estos derechos fundamentales, de capital importancia en materia sancionadora, es el derecho a la presunción de inocencia, que en el caso peruano se encuentra regulado en el literal e), inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política¹⁹. Este derecho, recogido a en el plano legal en el numeral 9 del artículo 248 de la LPAG bajo la denominación de presunción de licitud²⁰, proscribe que se sancione a una persona en tanto su responsabilidad sobre el hecho imputado no haya sido debidamente acreditada, más allá de toda duda razonable²¹.

Para el Tribunal Constitucional del Perú, el derecho a la presunción de inocencia lleva también consigo una regla probatoria. Para dicho Colegiado, significa “que no pueda trasladarse la carga de la prueba quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia”²². Acertadamente, Carmona Ruano lo simplifica de esta manera: “la carga de la prueba del hecho objeto de sanción corresponde a la Administración, no al administrado. No cabe en este punto ninguna clase de “matiz”. No es posible la imposición de sanción alguna con el fundamento de meras sospechas, y tampoco sobre la base de que el imputado no ha demostrado su inocencia”²³.

17 Como afirma el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en su Sentencia 40/2008, de 10 de marzo: “la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones”.

18 Al respecto, Cfr. Fundamento Jurídico 6 de la STC recaída en el Expediente 1003-1998-AA/TC, reiterado en el Fundamento 13 de la STC recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC.

19 Constitución Política del Perú, artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

20 LPAG, Título Preliminar, artículo IV. Principios del procedimiento administrativo: (...) 9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

21 En el fundamento 3 de la STC recaída en el Expediente 08811-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la presunción de inocencia “obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones”.

22 Fundamento 45 de la STC recaída en el Expediente 00156-2012-PHC/TC.

23 Miguel Carmona Ruano, “Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Jueces para la democracia* N° 9 (1990): 24.

El artículo 173 de la LPAG recoge esta regla probatoria al disponer que la carga de la prueba se rige por el denominado “principio de impulso de oficio”, en virtud del cual es a la autoridad a quien corresponde “dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias”²⁴. Esto explica que la actuación probatoria sea necesaria “cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija” (artículo 174 de la LPAG).

En palabras de Morón Urbina, el principio de impulso de oficio impone a la Administración “la obligación de verificar y probar los hechos que se imputan o que han de servir de base a la resolución del procedimiento, así como la obligación de proceder a la realización de la actividad probatoria misma cuando lo requiera el procedimiento”²⁵. Esta obligación deberá, en todo momento, observar las garantías procesales que en materia probatoria operan a favor de los administrados, tales como valerse únicamente de pruebas lícitamente obtenidas, permitir a los administrados contestar o controlar las pruebas de cargo que se hubieren producido o no resolver el procedimiento a partir de medios probatorios que no se hubieren actuado al interior del mismo, entre otros.

La oficialidad de la prueba a la que nos hemos referido previamente no implica, no obstante, “que el particular no pueda concurrir al procedimiento y ofrecer y producir la prueba necesaria para la salvaguarda de sus intereses”²⁶. El mismo artículo 173 de la LPAG, que en sede administrativa asigna la carga probatoria sobre la Administración, admite también la posibilidad de que los administrados puedan aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones. En este escenario, la autoridad solo se encuentra facultada para rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios (artículo 174 de la LPAG).

De modo muy semejante, en el Derecho administrativo sancionador español se recoge también positivizado el derecho a la presunción de inocencia, que coloca la carga de la prueba de la conducta infractora en la Administración, en el ya citado artículo 53.2.b) de la LPACAP. Y este derecho tiene, en España, rango de derecho fundamental de los susceptibles de amparo, al estar recogido, tanto para el derecho penal como para el Derecho administrativo sancionador, en el artículo 24.2 de la Constitución. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional: “la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas (...). En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un procedimiento absolutorio (SSTC 76/1990, de 26 de abril, F.8.b) y 169/1998, de 21 de julio, F.2). De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado, resulta de todo punto aplicable al procedimiento sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabólica de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997 de 11 de marzo, F.4)”²⁷.

No obstante, en la normativa, y más aún en la práctica de las Administraciones públicas y Tribunales españoles, se pone de manifiesto una excesiva modulación o matización de este principio originario del derecho penal en el ámbito jurídico-administrativo, en línea con lo que hemos anunciado (y en parte denunciado) en la Introducción. Esta modulación, que es debilitamiento respecto de la versión jurídico-penal de la presunción de inocencia, se refleja, al menos, en los modos siguientes:

- (i) Mediante una intensa utilización en el ámbito del Derecho administrativo sancionador de la prueba de presunciones, que será examinada con cierto detalle en el último apartado de esta colaboración.
- (ii) Con alguna previsión legal que, apoyada también en la noción de presunción, facilita la absolución de la carga de la prueba por parte de la Administración y coloca al particular en la tesitura de tener que

24 LPAG, Título Preliminar, artículo IV. Principios del procedimiento administrativo: (...) 1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

25 Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento...*, Tomo II, 18.

26 Ramón Huapaya Tapia, “El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú”, *Revista de Investigações Constitucionais* Vol. 2, N° 1 (2015): 153.

27 Cfr. La Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2008, de 10 de marzo, con cita de la que es en este punto la jurisprudencia constitucional consolidada.

quebrar dicha presunción. Así, el artículo 77.5 de la LPACAP dispone que “los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”, otorgando una potente presunción probatoria, por ejemplo, a las actas de inspección extendidas por autoridades públicas.

- (iii) Mediante prácticas administrativas, localizadas sobre todo en algunos sectores sujetos a intensa supervisión administrativa, que suponen una verdadera inversión de la carga de la prueba en la imputación de infracciones consistentes en conductas omisivas (por ejemplo, en la falta de cumplimiento de las obligaciones de información o transparencia de las entidades financieras respecto sus clientes). En estos casos, no es extraño que la Administración impute una omisión sancionable a un sujeto por no haber acreditado documentalmente la realización de la conducta impuesta por la norma (recabar una determinada información del cliente, por ejemplo, o facilitársela). Y estas indebidas inversiones de la carga de la prueba han sido confirmadas por los Tribunales en algunas ocasiones.

Así, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 20 de julio de 2016 (recurso contencioso-administrativo 431/13) confirma la imposición de una sanción consistente en no haber captado determina información del cliente por no haber podido la entidad sancionada acreditar documentalmente esa captación de información, a pesar de que no existía expresa obligación legal de plasmar y conservar documentalmente esa actuación. Y ello con el argumento de que “no se exige, por ello, al sancionado, probar un hecho determinante de la sanción, sino justificar la realización de una conducta –obtención de la información– a la que se condicionaba la recomendación de la inversión”. A nuestro juicio, este supuesto argumento no es más que un sofisma que encubre la aceptación de la inversión carga de la prueba, porque no existe diferencia alguna entre “probar un hecho determinante de la sanción” y “justificar la realización de la conducta” cuya realización habría evitado la sanción.

2.3 Medios de prueba

Como es sabido, en el Derecho administrativo la actividad probatoria de la Administración no se limita a aquellos medios probatorios obrantes en el expediente o los que voluntariamente hayan sido o puedan ser aportados por los administrados (verdad formal). Siendo que la actuación de la Administración se encuentra orientada a la satisfacción del interés público²⁸, se exige a ésta la constatación de la veracidad de los hechos (verdad material), de modo que las consecuencias jurídicas previstas en las normas efectivamente se apliquen a los presupuestos de hecho que les dan lugar.

En el Perú, esta exigencia probatoria se encuentra recogida en el Principio de Verdad Material regulado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. De acuerdo con este principio, “en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas”.

De acuerdo con Cassagne, el Principio de Verdad Material determina que “en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado”²⁹. De esta manera, señala dicho autor, “el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes obliga al juez”³⁰.

En el marco del procedimiento administrativo sancionador, este principio demanda a la Administración agotar todos los medios probatorios que se encuentren a su alcance e incorporarlos al expediente, a fin de acreditar si el administrado efectivamente realizó la conducta tipificada como infracción. Y es que, como indica Guzmán Napurí, “la Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal”³¹.

28 En el fundamento 11 de la STC recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha sido claro en precisar que “el interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”.

29 Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, 7ma ed. actualizada, Tomo II (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002), 528.

30 Cassagne, *Derecho Administrativo*, 528.

31 Christian Guzman Napurí, “Los principios generales del Derecho Administrativo”, *Ius et Veritas* N° 38 (2009): 245.

En la etapa de instrucción del procedimiento, el Principio de Verdad Material tiene como correlato al artículo 177 de la LPAG en virtud del cual se admite que los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento administrativo puedan ser objeto de “todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa”³². En concordancia con el numeral 2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, previamente revisado, este artículo debe ser leído de manera conjunta con lo dispuesto en el artículo 191 del Código Procesal Civil (“CPC”), de acuerdo con el cual deben ser admitidos como válidos “todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos”³³.

Considerando lo antes descrito, en el marco de las actividades de instrucción los funcionarios públicos tienen el deber de recurrir a todos los medios probatorios posibles –o sus sucedáneos–, siempre que observen las garantías propias del debido procedimiento, a fin de conocer los hechos que dieron inicio al procedimiento sancionador. Si como consecuencia de la valoración efectuada de los medios probatorios obrantes en el expediente, no se logra contar con la evidencia suficiente que acredite que administrado cometió la infracción que se le imputa, éste no podrá –o, no “podría”– ser sancionado.

Por lo que respecta al Derecho administrativo español, el ya tantas veces mencionado artículo 24.2 de la Constitución, aplicable tanto al Derecho penal como al administrativo sancionador con las modulaciones ya comentadas, reconoce el derecho del interesado “a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

Nuestra normativa jurídico-administrativa no lleva a cabo una regulación de los medios de prueba que pueden emplearse en el procedimiento sancionador. En línea con la concepción tradicional de que el procedimiento administrativo se ha configurado en buena medida a partir del judicial, el artículo 77.1 de la LPACAP prevé que “los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. Aunque la remisión se realice, literalmente a la valoración de los medios de prueba, se puede entender hecha también a la definición de los diferentes medios de prueba incluida en la referida Ley de Enjuiciamiento Civil. Que la remisión se haga a la ley procesal civil, y no a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se explica porque esta última no contiene una regulación completa sobre la prueba y se remite de hecho a la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. su artículo 60.4).

Sin que sea este el lugar para extenderse sobre la regulación de los medios de prueba que se hace en nuestra norma procesal civil, el lector puede asumir que en ella se recogen todos los medios de prueba propios del derecho procesal contemporáneo: pruebas documentales, testificales, periciales, reconocimientos *in situ*, reproducción de grabaciones sonoras y visuales, etc. Pero esta amplitud de medios probatorios no se refleja en la práctica administrativa. Sigue existiendo en nuestra práctica una enorme preponderancia de lo escrito; de ahí que las pruebas que no consistan en la aportación de documentos son pocas veces propuestas y menos aún practicadas, siendo realmente poco habitual, por ejemplo, que se realicen pruebas testificales en los procedimientos administrativos sancionadores. Y así, las declaraciones de personas que hayan tenido un conocimiento directo y relevante de hechos determinantes para la resolución del procedimiento sancionador se incorporan normalmente al procedimiento mediante documentos que las recogen (actas de inspección, declaraciones ante notario).

Puede ser este apartado dedicado a los medios de prueba el adecuado para poner de relieve una patología que, a nuestro juicio, afecta al sistema probatorio del Derecho administrativo sancionador español, y en alguna medida al Derecho administrativo sancionador peruano, y que determina que la actividad probatoria en los procedimientos sancionadores no sea todo lo intensa que debiera. La razón es que, en un buen número de casos, el procedimiento administrativo sancionador se incoa tras haber realizado la Administración una intensa labor inspectora, que queda documentalmente incorporada al procedimiento sancionador y que sustituye en gran medida a la prueba propiamente practicada dentro del procedimiento sancionador.

32 En consecuencia, no puede considerarse como taxativa, sino más bien declarativa, la lista de medios probatorios que a continuación se regulan en dicho artículo, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: (i) documentos en general, informes, actas o dictámenes de cualquier tipo; (ii) declaraciones de los administrados, testigos o peritos (ya sea de forma oral o escrita); e (iii) inspecciones oculares

33 CPC, artículo 191.- Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el Artículo 188.

Los sucedáneos de los medios probatorios complementa la obtención de la finalidad de estos.

CPC, artículo 188.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Que el material probatorio se obtenga en realidad durante la labor inspectora previa no es indiferente, porque de este modo la Administración evita algunos límites propios del procedimiento administrativo sancionador establecidos en garantía de los particulares. Por ejemplo, los límites temporales de la caducidad, realizando inspecciones que duran años y en las que recaba la información suficiente para instruir luego en plazo un procedimiento sancionador con plazos de caducidad de seis meses o un año y en los que la actividad probatoria es mínima. Y también evita en buena medida la aplicación del principio de contradicción que debe presidir la práctica de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador.

Este principio no está expresamente y literalmente proclamado en nuestro Derecho positivo, pero ha sido afirmado claramente por nuestra jurisprudencia³⁴ y tiene reflejo en nuestra regulación en artículos como el 78 de la LPACAP, que dispone que la Administración “comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de la prueba” (apartado 1), y que en la notificación que se realice al efecto “se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado pueda nombrar técnicos para que le asistan”.

Sin embargo, en la previa actividad de inspección la Administración ha podido, por ejemplo, recabar el testimonio de determinadas personas u organismos sin que el interesado haya tenido posibilidad de plantearles preguntas que complementen las de la Administración, o realizar visitas de inspección sin haber permitido al particular conocerlas con antelación suficiente para poder servirse de un adecuado asesoramiento técnico. Los resultados de estas labores de inspección quedan posteriormente incorporadas al procedimiento sancionador, la Administración les otorga pleno valor probatorio y la valoración conjunta de la prueba dificulta al particular (tanto en sede administrativa como contenciosa) hacer valer la ausencia de contradicción en su obtención, sin que nuestros tribunales hayan afrontado aún con una mínima profundidad este problema.

2.4 Valoración de la prueba

Una vez producidos y actuados los medios probatorios, corresponde su revisión y valoración a la autoridad instructora, en primer término, y a la autoridad decisora, posteriormente, a fin de adquirir certeza sobre los hechos del caso a través de aquellos elementos obrantes en el expediente que le brinden mayor credibilidad. Para Gascón, citada por Isensee, esta actividad “consiste, más precisamente, 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”³⁵.

Vinculado con el procedimiento administrativo sancionador, señala Isensee que en el proceso de valoración de la prueba “corresponde determinar cuánto pesa la evidencia que avala la hipótesis contenida en los cargos a través de los cuales la Administración acusó a una persona de incurrir en un ilícito administrativo”³⁶. Para dicho propósito, es obligación de la autoridad considerar todos los medios probatorios que de una u otra forma le permitan explicar los hechos que dieron lugar a la notificación de cargos, ya sea que hayan sido propuestos por el administrado o incorporados en el expediente por la propia autoridad.

Como indica Gordillo, “la apreciación de qué es lo que realmente ha ocurrido o cual es una situación de hecho determinada, no depende de consideraciones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni a la vacía invocación de interés público, sino que debe ser estrictamente ajustada a la realidad fáctica, con sustento probatorio suficiente de acuerdo a las reglas de la prueba: En otras palabras, la apreciación de la prueba constituye también un aspecto de la legitimidad del acto y como tal debe ser controlada”³⁷.

En el Derecho administrativo peruano, la LPAG no regula expresamente los criterios de valoración de la prueba que deben ser adoptados por la autoridad. Sin embargo, es común el entendimiento, al amparo de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, que en este ámbito resulta aplicable de manera supletoria la regla de valoración razonada o libre valoración de la prueba recogida en el artículo 197 del CPC³⁸.

34 Cfr., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006.

35 Marina Gascón Abellán, Marina, “Fase especializada del programa de formación y desarrollo profesional. Área Medular Jurídico Política”, México: Servicio Profesional Electoral, 2004: 49, citada por Carlos Isensee Rimassa, “Debido proceso y su recepción en la Ley No. 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 84, (2016): 90.

36 Isensee Rimassa, “Debido proceso y su recepción en la Ley No. 19.880...”, 90.

37 Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 4 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016), 375.

38 CPC, artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión

Para Guzmán Napurí, el empleo de este criterio de valoración en el procedimiento “permite además que la autoridad administrativa pueda determinar cuándo es que las pruebas le generan convicción”³⁹. El límite de esta facultad, apunta dicho autor, radica “en la imposibilidad de que pueda perjudicarse al administrado a través de esta decisión, al no permitírsele probar su pretensión cuando la autoridad considera que la misma no se encuentra probada con las pruebas que se han actuado hasta el momento”⁴⁰.

Ahora bien, una vez valorados los medios probatorios corresponde determinar el grado de probanza necesario como para tener por acreditados los hechos del caso; o, mejor dicho, cuál es la exigencia probatoria requerida para poder sancionar válidamente a un administrado⁴¹. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, este estándar de prueba es definido por el Principio de Presunción de Licitud, en virtud del cual solo puede sancionarse a los administrados cuando cuenten con evidencia que acredite la comisión de la infracción que se les imputa.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el Principio de Presunción de Inocencia –que, en su vertiente administrativa se manifiesta en el Principio de Presunción de Licitud–, termina convirtiéndose en este caso “en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, puesto que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable”⁴².

En última instancia, será en la motivación del acto administrativo que finalmente se emita, donde los administrados podrán verificar cuáles son los medios probatorios sobre los cuales la autoridad sustenta su hipótesis, entre todos aquellos obrantes en el expediente, así como también cuál ha sido el razonamiento seguido para demostrar a partir de aquellos los hechos del caso⁴³. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que “la valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda corroborar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado”⁴⁴.

En el Derecho administrativo español no existe una detallada regulación de la valoración de los medios de prueba incorporados en un procedimiento administrativo sancionador. El artículo 77.1 de la LPACAP, relativo en general al procedimiento administrativo, dispone que los medios de prueba se valorarán de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Esta Ley no establece un sistema reglado de valoración de los medios de prueba, y se remite sistemáticamente a “las reglas de la sana crítica”, principio general de valoración de la prueba que, en el caso del procedimiento administrativo sancionador, debe completarse con la presunción *iuris tantum* de veracidad de los documentos formalizados por los funcionarios con condición de autoridad, a la que ya se ha hecho mención (artículo 77.5 de la LPACAP).

Que la prueba del procedimiento administrativo se valore de acuerdo con las reglas de la sana crítica no significa, obviamente, que la Administración sea libre para valorar la prueba que obre en el procedimiento.

Al igual que en el Derecho administrativo sancionador peruano, la Administración deberá motivar suficientemente esa valoración, pues debe motivar, con referencia a los hechos y fundamentos de derecho la fundamentan, cualquiera de sus decisiones sancionadoras (artículo 35.1.h). Y esa motivación deberá ser suficiente para quebrar el principio de presunción de inocencia que se ha dejado ya expuesto, si bien ha de señalarse que nuestros Tribunales no han desarrollado un estándar mínimamente reglado de exigencia probatoria para la quiebra de esa presunción en favor del administrado, y suelen limitarse a exigir algo tan vago como un “acervo probatorio suficiente” (cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/2003, de 20 de diciembre).

Lo que sí han afirmado reiteradamente los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa es el control pleno de la fijación de los hechos por parte de la Administración en el procedimiento sancionador. Este control se lleva a cabo también cuando la Administración aplica conceptos jurídicos indeterminados incluidos en la definición del tipo infractor y, para hacerlo, debe controlar, por ejemplo, apreciaciones económicas complejas realizadas por la Administración. En este sentido, y en línea con la jurisprudencia

39 Christian Guzmán Napurí, *Manual del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Pacífico Editores, 2013), 528.

40 Guzmán Napurí, *Manual del Procedimiento Administrativo General...*, 528.

41 Para Isensee, la regla de estándar corresponde “al grado de suficiencia para tener por acreditados los hechos contenidos en la acusación de cargos o bien, aquellos desarrollados por la defensa en sus descargos”. Isensee Rimassa, “Debido proceso y su recepción en la Ley No. 19.880...”, 92.

42 Fundamento 4 de la STC recaída en el Expediente 1172-2003-HC/TC.

43 Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 6 de la LPAG, dicha motivación deberá ser “expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia a los anteriores justifican el caso adoptado”.

44 Fundamento 15 de la STC recaída en el Expediente 6712-2005-HC/TC.

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo ha afirmado que “el control judicial puede extenderse, no solo a la ‘exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia’ sino también a la pertinencia de los datos y su adecuación para sostener las conclusiones alcanzadas. De modo que cuando el tribunal entienda que las deducciones obtenidas no tienen una base suficiente y fiable o no existe una correspondencia lógica entre la decisión obtenida con los datos en los que se sustenta, pueden anular la decisión del organismo regulador” (Sentencia del Tribunal Supremo 1/2019, de 8 de enero).

3. Admisión de la prueba indiciaria en Perú y España

3.1 Definiciones necesarias de indicio y presunción

Como adelantamos al referimos a los medios de prueba, en el marco del procedimiento administrativo sancionador pueden ser actuados todos los medios de prueba que resulten necesarios para el esclarecimiento de los hechos. Dentro de estos, se encuentran tanto los medios de prueba, en sentido estricto, como sus sucedáneos, como es el caso de los indicios y las presunciones, los cuales cuentan con el mismo valor probatorio.

Para Alvarado, el indicio es “un hecho conocido (el indiciario o el indicador) a partir del cual se razona –por inducción, deducción o abducción crítica– la existencia de un hecho desconocido”⁴⁵. Devis Echeandía, por su parte, lo define como “cualquier hecho (material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto, es decir, se le da al concepto de hecho el significado amplio que se utiliza para determinar en abstracto el objeto de las pruebas judiciales), siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica-crítica”⁴⁶.

Constituye, a juicio de Alvarado, un medio de confirmación indirecto sobre los hechos que son materia de examen, que le permiten a la autoridad (judicial, administrativa) obtener el resultado de una presunción⁴⁷. Esta, a su vez, es “un juicio lógico del legislador o del juez [o de la autoridad], en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial), con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indica cual es el modo normal como se suceden las cosas o los hechos”⁴⁸.

Ambos, por tanto, constituyen elementos probatorios auxiliares que confieren al juzgador, judicial o administrativo, un conocimiento cuando menos probable de los hechos a partir del análisis de elementos de hecho ciertos o probados. La fortaleza del conocimiento, por tanto, dependerá tanto de la rigurosidad del juicio o razonamiento del juzgador como de la solidez del indicio del cual se parte.

3.2 Regulación y uso en Perú de la prueba indiciaria

La LPAG no contiene una definición legal de lo que debe entenderse como sucedáneos de los medios probatorios en el ámbito del Derecho administrativo. El CPC, en cambio, sí los regula como “auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos”⁴⁹. Su aplicación a la normativa administrativa se da por descontada, en virtud a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

Respecto a los indicios, el artículo 276 del CPC los define como los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, que adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia. Por la presunción, el mismo Código entiende al “razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado”⁵⁰, y se tratará de una “presunción judicial” cuando esta se fundamente en la aplicación de reglas de experiencia o conocimientos sobre indicios previamente acreditados⁵¹.

A nivel judicial, la Corte Suprema ha admitido ya el uso de la prueba indiciaria o por presunciones como medio para fundamentar un fallo condenatorio o sancionador, señalando que esta se encuentra sujeta al

45 Adolfo Alvarado Velloso, *La Prueba Judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 76.

46 Hernand Devis Echeandía, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I (Bogotá: Editorial Temis, 2002), 588.

47 Alvarado Velloso, *La Prueba Judicial...*, 77.

48 Hernando Devis Echeandía, *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo II (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2000), 304.

49 CPC, artículo 275.

50 CPC, artículo 277.

51 CPC, artículo 281.

cumplimiento de requisitos materiales legitimadores tanto en lo que respecta al indicio a la deducción o inferencia. En relación a dichos requisitos, señala la Corte Suprema, deberá tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito o infracción, tal y está regulada en la norma sancionadora, sino “otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar”⁵².

Específicamente, los criterios aprobados por la Corte Suprema son:

- (i) Que el hecho base o indiciario se encuentre plenamente probado. Para tal efecto, la administración podrá utilizar todos los medios de prueba previstos en la norma que le permitan adquirir certeza sobre el indicio, respetándose el principio de presunción de inocencia (o de licitud) del administrado;
- (ii) Que los indicios sean plurales, o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa;
- (iii) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y
- (iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–, lo que exige su evaluación conjunta.

Precisa la Corte Suprema, además, que no todos los indicios tienen el mismo valor, lo que dependerá de su mayor o menor posibilidad de brindar alternativas diversas para explicar la configuración de los hechos; situación que permite distinguirlos según “su aproximación al dato fáctico a probar”, entre débiles, a los primeros, y fuertes, a los segundos.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la prueba indiciaria, a la cual ha reconocido como válida o, más propiamente, como constitucional para resolver procedimientos de carácter sancionador⁵³. En dichas oportunidades, además de reconocer la plena aplicabilidad de los requisitos materiales legitimadores definidos por la Corte Suprema, ha señalado que “lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o el hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hechos indiciados, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos”⁵⁴.

Respecto a la motivación de la resolución que finalmente se emita, el Tribunal Constitucional ha precisado también que no es suficiente “con expresar que la conclusión corresponde a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o a los acontecimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene”⁵⁵. En buena cuenta, el Tribunal Constitucional exige que las autoridades expliquen cuáles son los indicios probados y el hecho a probar a partir de ellos, explicando el razonamiento empleado de modo que si fueran varias las conclusiones posibles –como podría ser como consecuencia de una prueba en contrario– se explicita también los motivos por los cuales se descartó alguno en favor de otro.

El uso de la prueba indiciaria no es ajeno al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Así, es posible citar como ejemplo la reciente Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, donde la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (“INDECOPI”) confirmó la Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI en cuanto halló como responsables a las empresas Lima Gas S.A., Solgas S.A. y Zeta Gas Andino S.A., además de otras personas naturales, por la comisión de prácticas colusorias horizontales, en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios en la comercialización de gas licuado de petróleo envasado para distribuidores.

En dicha oportunidad, donde la complejidad del caso exigió el uso de la prueba por indicios, la Sala fue clara en precisar que “el objetivo de la prueba indiciaria en la evaluación de conductas anticompetitivas

52 Mediante el Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22, de 13 de octubre de 2006, se estableció como principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento el Fundamento Cuarto de la Ejecutoria Suprema recaída sobre el Recurso de Nulidad 1912, en lo que respecta a los presupuestos materiales legitimadores de la prueba indiciaria.

53 Este es el caso de las STC recaídas en los Expedientes 728-2008-HC/TC, 4278-2011-PHC/TC; 3524-2013-PHC/TC; 485-2016-HC/TC; 491-2016-HC/TC; entre otros.

54 Fundamento 10 de la STC recaída en el Expediente 491-2016-HC/TC.

55 Fundamento 25 de la STC recaída en el Expediente 728-2008-HC/TC.

y, específicamente para el análisis de los acuerdos colusorios, radica en permitir una adecuada valoración acerca de la efectiva realización de tales acuerdos, utilizado para ello un razonamiento lógico deductivo derivado de una pluralidad de factores que el juzgador ha analizado y que, coincidentemente, denotan un comportamiento colusorio entre los agentes⁵⁶.

Otro ejemplo lo encontramos en la Resolución de Consejo Directivo 055-2015-OEFA/TFA-SEM emitida por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental ("OEFA") mediante la cual confirmó la Resolución Directoral 071-2014-OEFA-DFSAL, que sancionó al administrado Yanguang Yi por el incumplimiento de diversas obligaciones ambientales en el sector minero. En este caso, el OEFA indicó expresamente que "con la finalidad de garantizar el derecho al debido procedimiento de los administrados, la utilización de indicios en los procedimientos sancionadores del OEFA debe responder (i) a la aplicación de un hecho base, un hecho consecuencia y un enlace o razonamiento deductivo, en los términos expuestos en la sentencia citada⁵⁷, y (ii) a la exteriorización de este razonamiento en la resolución directoral correspondiente"⁵⁸.

Como hemos podido apreciar, en Perú el uso de la prueba indiciaria o por presunciones se encuentra reconocido tanto a nivel jurisprudencial como constitucional, siendo cada más más empleado en procedimientos administrativos sancionadores. Su valor probatorio, no obstante, dependerá del cumplimiento en cada caso de sus requisitos materiales legitimadores y el grado de certeza obtenido de los hechos indiciadores, así como de la validez del razonamiento lógico seguido por la autoridad. La concurrencia de ambos factores y el respeto de las garantías procesales de los administrados deberá reflejarse, y podrá ser controlada, a partir de la motivación del acto administrativo que se expida.

3.3 Empleo en España de la prueba indiciaria y criterios jurisprudenciales

En el Derecho administrativo sancionador español, la prueba de presunciones es habitualmente empleada por las Administraciones públicas y se encuentra totalmente aceptada por nuestra jurisprudencia. Aunque, como se dejó mencionado en la Introducción, nuestro Tribunal Constitucional también la ha considerado aceptable en el ámbito penal, es en el administrativo sancionador donde, sin duda, encuentra su proyección más natural, debido, precisamente, a las particularidades de la actuación administrativa que están en la base de la ya tantas veces mencionada modulación de los principios del Derecho penal, y en concreto los relativos a la prueba, en su proyección al ámbito administrativo sancionador.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la regulación y supervisión económica, en el que la potestad sancionadora es una potestad esencial de cierre del sistema, resulta en ocasiones tremendamente difícil que la Administración obtenga una prueba directa de la comisión de la infracción administrativa; piénsese, por ejemplo, en la prueba de la existencia de un cártel o cualquier otra actuación colusoria lesiva de la libre competencia, donde muy pocas veces los infractores dejarán una evidencia directa de su conducta infractora.

Dos son los requisitos que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria y la práctica de nuestros Tribunales, debe reunir la prueba indiciaria:

- (i) Los hechos constitutivos del indicio no pueden consistir en meras sospechas, y deben estar plenamente probados (cfr., entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992 o de 31 de octubre de 20017; o la Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2005, de 20 de junio).
- (ii) La Administración en su aplicación, y los Tribunales en su revisión, están sujetos a la "exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume". Probablemente es la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional el órgano que más ha afinado a la hora de definir la necesaria relación lógica entre los indicios plenamente acreditados y la consecuencia presumida: la comisión de la infracción. Algo que no es casual, desde el momento en que este órgano es el que revisa en instancia las decisiones sancionadoras en los sectores más intensamente regulados (libre competencia, mercado de valores, etc.), en los que la prueba indiciaria es intensamente utilizada.

Así, por ejemplo y entre otras muchas, en su Sentencia de 9 de junio de 2016 (rec. 551/13) afirma la Audiencia Nacional que es necesario que "exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano", entre los indicios y los hechos que se pretenden acreditar. Este enlace ha de ser, de hecho, "necesario", en la medida en que, como se afirma en la Sentencia citada, los indicios deben encontrarse "en directa relación

56 Fundamento 358 de la Resolución recaída en el Expediente 011-2015/CLC. Similar razonamiento encontramos en el fundamento 190 de la Resolución 1167-2012/SDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 002-2008/CLC.

57 Fundamento 25 de la STC recaída en el Expediente 728-2008-PHC/TC.

58 Fundamento 66 de la Resolución recaída en el Expediente 015-2013-DFSAL/PAS.

con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". De hecho, la prueba de descargo de los administrados sancionados en estos casos suele centrarse en esa "explicación alternativa" de los indicios, que rompa la relación necesaria entre aquéllos y la conducta infractora que la administración debe probar para quebrar la presunción de inocencia.

4. Bibliografía

Alvarado Velloso, Adolfo. *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Ariano Deho, Eugenia. *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Jurista, 2003.

Baca Oneto, Víctor. "¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano". En *Estudios de Derecho Administrativo*. Montevideo: La Ley, 2011. Disponible en: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_responsabilidad_subjetiva_u_objetiva_en_materia_sancionadora.pdf (consultado el 15 de enero de 2020).

Carmona Ruano, Miguel. "Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia". *Jueces para la democracia* N° 9 (1990): 22-30

Caro Coria, Dino Carlos, "El Principio de Ne Bis In Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional: Segundo Seminario*, coord. César Landa Arroyo. Lima: Palestra, 2006.

Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, 7ma edición actualizada, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

Devis Echandia, Hernando. *Compendio de la Prueba judicial*, Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2000.

Devis Echandia, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 2002.

Gómez Tomillo, Manuel y Íñigo Sanz Rubiales. *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2da ed. Madrid: Aranzadi-Thompson Reuters, 2010.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 4. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016.

Guzman Napurí, Christian. "Los principios generales del Derecho Administrativo". *Ius et Veritas* N° 38 (2009): 228-249.

Guzmán Napurí, Christian. *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Pacífico Editores, 2013.

Guzmán Napurí, Christian. *Procedimiento Administrativo Sancionador*. Lima: Instituto Pacífico, 2019.

Huapaya Tapia, Ramón. "El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú". *Revista de Investigações Constitucionais* Vol. 2, N° 1 (2015): 137-165.

Isensee Rimassa, Carlos, "Debido proceso y su recepción en la Ley 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa". *Revista de Derecho Público* Vol. 84 (2016): 85-97. Disponible en: www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/download/43061/44995 (consultado el 15 de enero de 2020).

Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Tomo I y II. Lima: Grijley, 2019.

Rojas Franco, Enrique. "El debido procedimiento administrativo". *Derecho PUCP* N° 67 (2011): 177-188.