

Búsquenos en FACEBOOK:



Libros Derecho
Digitales.pe



Libros Derecho
Digitales Perú

guía práctica

6

La prueba EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Adolfo Céspedes Zavaleta
Christian Guzmán Napurí
Juan José Díaz Guevara
Hebert Tassano Velaochaga
Alejandro Álvarez Pedroza



DIÁLOGO
CON LA

JURISPRUDENCIA

guía práctica

6

La prueba EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Adolfo Céspedes Zavaleta
Christian Guzmán Napurí
Juan José Díaz Guevara
Hebert Tassano Velaochaga
Alejandro Álvarez Pedroza

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ (01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

BUSCANOS EN FACEBOOK:

-Libros Derecho Digitales Perú

-Libros Derecho Digitales.pe

E-mail: librosderechodigitalespe@outlook.es



Presentación

En un procedimiento administrativo la actividad probatoria resulta fundamental, ya que constituye una garantía a los administrados de una actuación imparcial de la Administración así como la efectiva tutela de su derecho de defensa, y ello resulta de especial importancia en este tipo de procedimientos donde la Administración actúa como juez y parte.

La Constitución y la ley reconocen el derecho de los administrados a ofrecer medios probatorios respecto de los hechos que afirman; no obstante, la tendencia actual es que quien asuma la carga de la prueba sea quien se encuentre en una mejor posición para probar un hecho, en este caso la Administración.

La actividad probatoria en un procedimiento administrativo, tanto como en un proceso judicial permite que el tribunal o autoridad administrativa competente tenga convicción respecto a su decisión al momento de resolver, en otras palabras, que existan fundamentos fácticos y jurídicos suficientes que respalden y motiven sus decisiones.

Es así que es materia de esta obra colectiva, realizar un estudio pormenorizado de la actuación probatoria en los procedimientos administrativos, haciendo especial énfasis en los que consideramos los más trascendentales actualmente. En tal sentido, la obra se ha dividido en tres capítulos: 1) La prueba en el procedimiento administrativo general, 2) La prueba en el procedimiento trilateral; y 3) La prueba en el procedimiento de contratación con el Estado.

Así, el primer trabajo que presentamos, realizado por el Dr. Adolfo Céspedes Zavaleta, analiza la naturaleza de la prueba y el debido proceso en el contexto del Derecho Público en general, para luego abordar una breve exégesis de los artículos referidos a la prueba en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

El segundo artículo ha sido elaborado por el Dr. Christian Guzmán Napurí, quien aborda el tema haciendo especial énfasis en el ámbito de la carga de la prueba, así también analiza los principios aplicables en aras del resguardo del interés público y de una eficiente tutela de los administrados y finalmente nos presenta un estudio práctico de medios probatorios en el procedimiento administrativo como es el caso de la prueba instrumental, los informes administrativos, intervención de terceros y el peritaje.

El tercer estudio es realizado por el Dr. Juan José Díaz Guevara, quien aborda la actuación probatoria en los procedimientos administrativos trilaterales. Sobre el particular nos refiere la importancia de la particular posición neutral que debe adoptar la Administración y en ese sentido adecuar la aplicación del principio de verdad material a la operatividad de la presunción de igualdad de las partes.

En el cuarto trabajo, elaborado por el Dr. Hebert Tassano, se realiza un análisis comparativo entre la Ley de Procedimiento Administrativo General y la Directiva “Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural”, aprobada mediante la Resolución N° 671-2007-OS/CD, con énfasis en la obligación de las partes de probar los hechos afirmados *versus* la asimetría informativa.

El quinto y último artículo ha sido elaborado por el Dr. Alejandro Álvarez Pedroza, quien nos presenta un estudio de la actuación de los medios probatorios en los procedimientos de contratación pública en cuanto a su oportunidad. Así analiza respecto al proceso de selección en sí, la acreditación de requerimientos técnicos mínimos y factores de evaluación, y en cuanto a la etapa de ejecución contractual, la actuación de medios probatorios en los procedimientos de solución de controversias derivadas de aquella.

Existen, claro está, otros procedimientos administrativos que consideramos de especial relevancia, que no han sido materia de la presente obra colectiva pero que merece la pena mencionar, y son aquellos referidos a la actuación probatoria en los procedimientos de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de las Telecomunicaciones-Osiptel, aquellos relacionados a regímenes disciplinarios en la Administración, así como los relacionados a la defensa de la competencia y protección del consumidor, no obstante consideramos que los estudios aquí recogidos resultan de gran alcance y constituyen una pieza fundamental en el estudio de la prueba en los procedimientos administrativos.

María Chang Alvarado
Coordinadora de la obra

Capítulo

1

La prueba en el procedimiento administrativo general

La prueba y su regulación en el procedimiento administrativo general y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Adolfo CÉSPEDES ZAVALETA^(*)

El autor analiza la naturaleza de la prueba y el debido proceso en el contexto del Derecho Público en general, para luego abordar una breve exégesis de los artículos de la Ley del Procedimiento Administrativo General vinculados al tema, aportar unas cuantas conclusiones y finalmente añadir, como anexo, un extracto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera más relevante sobre la materia.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA PRUEBA

El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 señala expresamente que: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación

(*) Abogado por la Universidad de Piura (Perú). LLM in International Law (University of Pittsburgh). Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Gobierno de la USMP, CICA de la Universidad Católica Santa María de Arequipa y en la UDEP. Presidente del Instituto Desarrollo y Descentralización (www.grupoidd.org) y asesor de la Oficina General de Asesoría Jurídica del MEF.

contra ella en materia penal". Este derecho se puede trasladar de manera inequívoca al ámbito administrativo, y por tanto considerar, en cualquier instancia de todo procedimiento administrativo, que el derecho al debido proceso contempla a la prueba, tanto para ofrecerla, producirla, controlarla y valorarla por las partes o los interesados⁽¹⁾.

1. Actuación de pruebas en el procedimiento administrativo y su vinculación con el contencioso administrativo y el debido proceso

La prueba tiene una importancia decisiva en el proceso administrativo, ya que lo que deciden los pleitos son las pruebas y no las manifestaciones unilaterales de los litigantes⁽²⁾.

De esta forma, la prueba es un elemento vital del proceso que lleva a producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos de un determinado acto administrativo. Por analogía del Derecho Penal, ámbito donde se ha estudiado a la prueba en numerosas publicaciones, podemos afirmar que la prueba constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones, en ese sentido, la prueba confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente en el proceso o procedimiento⁽³⁾. La finalidad de la prueba atiende a la fijación formal de los hechos, la averiguación sobre la verdad de un hecho y la convicción judicial (en este caso de la autoridad en sede administrativa). El medio de prueba es el canal o conducto a través del cual se incorpora el elemento de prueba al proceso penal, es el vehículo del que se sirven las partes para introducir en el proceso las fuentes de pruebas, de este modo los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley, excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona⁽⁴⁾.

(1) REYES POBLETE, Miguel Ángel. "Procedimiento administrativo y contencioso-administrativo bajo el prisma de los Derechos Humanos". En: *IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Modernizando el Estado para un país mejor*. Palestra, Lima, 2010, p. 156.

(2) EISNER, Isidoro. "Carga de la afirmación y de la prueba en el juicio civil". En: *Revista La Ley*. Tomo 1989-D, p. 105.

(3) FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo II, Temis, Bogotá, 1998, p. 71.

(4) NEYRA FLORES, José Antonio. "La prueba penal, valoración de la prueba pericial penal". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 202, setiembre de 2010, pp. 120-121.

Diversos autores han señalado respecto al derecho de prueba, que la parte estatal goza de numerosos privilegios a lo largo de todo el conflicto que se presenta ante los Tribunales, que esa parte se presenta en el juicio como defensora de un interés “público y altruista”, mientras que su contraparte solo parece ostentar uno de carácter meramente “individual, siempre egoísta”⁽⁵⁾. Debido a esta presunta desigualdad, se justifica en el juez una actitud proactiva que obliga a la parte estatal a probar también ella la legitimidad de su obra en el caso concreto, evitando su refugio en la presunción que acompaña a sus actos, más allá de la necesidad objetiva de este principio en el accionar cotidiano de la administración en su desempeño como poder del Estado.

Dar cuenta de los actos administrativos es, consideramos, una de las obligaciones que hacen a la esencia del régimen republicano, con mayor razón cuando se trata de justificar el acto que ha perjudicado a un miembro de la comunidad (nos referimos sobre todo a aquellos procedimientos administrativos sancionadores y disciplinarios), por ejemplo, las faltas motivo de sanción deben ser eficazmente probadas porque no podría el particular demostrar con pruebas fehacientes que nunca cometió alguna.

Sobre este tema, Carnelutti, el gran procesalista italiano, afirma que “la carga de la prueba no debe estimarse, pues, sino como un mal menor, no se puede prescindir de ella, pero a menudo no vale más que el juego de la lotería⁽⁶⁾”, de allí que la carga de la prueba no determina quién debe producirla sino quién asume el riesgo de que ella no se produzca⁽⁷⁾, lo cual amerita profundas reflexiones cuando revisamos el texto de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, líneas más abajo.

(5) MERTEHIKIAN, Eduardo, “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”. En: *Revista de Administración Pública*. RAP N° 341. Buenos Aires, 2007, p. 27.

(6) CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Traducido por Sentís Melendo. Vol. i. Ejea, Buenos Aires, 1952, pp. 106-107.

(7) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, Zavallía, Buenos Aires, 1970, p. 441.

El deber de probar, en todo procedimiento administrativo, que corresponde por naturaleza al actor del proceso, generalmente el particular perjudicado por la decisión estatal en cuestión, “no desplaza la carga de la prueba que recae sobre ambas partes de acreditar los supuestos de hecho de la norma jurídica cuya aplicación reclaman en el caso concreto”⁽⁸⁾. Las pruebas deben ser producidas por quien tiene a su alcance la posibilidad de hacerlo.

Por tanto, la actuación de las pruebas en los procesos administrativos, en general, debe atender al carácter revisor de la instancia judicial respecto del accionar de la administración (cuando se inicia un proceso contencioso-administrativo sobre todo), en custodia de los derechos y garantías fundamentales que la Constitución garantiza a todo administrado.

Señala Hutchinson, en referencia a ciertos medios de prueba que en el Derecho Administrativo se convierten en inviables, que si existiera la facultad de imponer un interrogatorio a los agentes de la administración para comprometer el interés público y el patrimonio del Estado con su sola declaración, se destruiría la base institucional de la competencia de los actos administrativos y la eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos.

2. Sobre los archivos como base documental probatoria

La gestión estatal se evidencia principalmente a través de los documentos de archivo, que se constituyen en medios probatorios fundamentales de la acción pública.

En base a ello, cada documento que se produce en la administración pública debe conservarse de acuerdo con las normas de archivo expedidas por el Sistema Nacional de Archivos que dirige el Archivo General de la Nación (AGN). Ningún documento de las organizaciones públicas podrá eliminarse, bajo las disposiciones del referido Sistema, sin que el AGN lo autorice, previo procedimiento legal establecido en el Decreto Ley N° 19414 y su reglamento el DS N° 022-75-ED; la ley del Sistema

(8) PÉREZ HUALDE, Alejandro. “Actuación de pruebas en el contencioso-administrativo y debido proceso”. En: *IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Modernizando el Estado para un país mejor*. Palestra, Lima, 2010, p. 64.

Nacional de Archivos N° 25323 y su reglamento el DS N° 008-92-JUS, así como las normas administrativas y penales concordantes⁽⁹⁾.

3. Artículos de la LPAG relacionados con la prueba en el procedimiento administrativo

A continuación realizaremos un breve comentario de los que consideramos los principales artículos de la LPAG que se refieren a la prueba en el Procedimiento Administrativo General, y cómo se resuelven algunas de las situaciones más frecuentes sobre la materia, para luego aportar algunas conclusiones de importancia sobre el tema.

Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

Artículo 42.- Presunción de veracidad

42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario.

42.2 En caso de las traducciones de parte, así como los informes o constancias profesionales o técnicas presentadas como sucedáneos de documentación oficial, dicha responsabilidad alcanza solidariamente a quien los presenta y a los que los hayan expedido.

Este artículo considera la validez y veracidad de las pruebas presentadas por los administrados en el procedimiento administrativo, salvo que se demuestre lo contrario por parte de la Administración, por lo que la carga de la prueba para demostrar la falsedad de lo aportado por el administrado en cualquier procedimiento administrativo reposa en la Administración Pública. Dato curioso que obliga a las entidades públicas a tener sumo cuidado en los informes y resoluciones que emiten (sobre todo aquellas que ponen fin al procedimiento), ya que muchos de ellos presumen la falsedad de las pruebas aportadas por los

(9) Recomendamos para ello revisar el artículo: MENDOZA NAVARRO, Aída Luz. "Las TIC y el sistema de gestión de documentos electrónicos de archivo". En: *Gestión Pública y Desarrollo*, N° 37, agosto de 2010.

administrados o las cuestionan directamente, sin haber realizado un riguroso análisis al respecto.

Artículo 43.- Valor de documentos públicos y privados⁽¹⁰⁾

43.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades.

43.2 La copia de cualquier documento público goza de la misma validez y eficacia que estos, siempre que exista constancia de que es auténtico.

43.3 La copia del documento privado cuya autenticidad ha sido certificada por el fedatario, tiene validez y eficacia plena, exclusivamente en el ámbito de actividad de la entidad que la autentica.

Este artículo es de bastante utilidad para los administrados, ya que les permite presentar copias simples de los documentos públicos a efectos de probar su validez como prueba de todo procedimiento administrativo en el cual participen. Se precisa que el caso de la copia de documentos privados que hayan sido fedateados por una entidad en concreto solo es válido para los procedimientos que se sigan ante la misma entidad. La Administración Pública podría eventualmente demostrar la invalidez de la copia de un documento público, cuando se haya comprobado que no sea auténtica (para lo cual se necesitaría, estimamos, de los peritajes correspondientes).

Artículo 55.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.

Correlato del principio de transparencia y acceso a la información pública y de las normas emitidas bajo tal principio, está el derecho del

(10) Concordancia: DS N° 086-2003-EF (Reglamento del Fedatario Fiscalizador), art. 5.

administrado de acceder sin limitaciones a los documentos de los procedimientos en los cuales sea parte activa o pasiva, por razones de justicia elemental que soportan los fundamentos de un Estado de Derecho, que debe eliminar cualquier decisión arbitraria de la administración pública y sobre todo la cultura del secretismo y de emitir resoluciones sin pruebas suficientes que aparezcan en el expediente. Cualquier ciudadano al que le sea negado el acceso a revisar su expediente, puede denunciar de inmediato este hecho al órgano de control interno de la entidad responsable, consignando el nombre de los empleados públicos implicados en tal hecho.

Artículo 56.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo de afectar el principio de conducta procedimental
2. Prestar su colaboración para el pertinente esclarecimiento de los hechos.
3. Proporcionar a la autoridad cualquier información dirigida a identificar a otros administrados no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento.
4. Comprobar previamente a su presentación ante la entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.

Igualmente, los administrados si bien es cierto tienen el derecho de presentar las pruebas que consideran necesarias, no pueden presentar pruebas falsas o contrarias a la verdad y dejar de prestar su colaboración con las autoridades en los testimonios que brinden, así como preocuparse de verificar la autenticidad de los documentos que presenten ante la Administración Pública (por descuido premeditado, se entiende). Esto no modifica la regla previamente señalada que la carga de la prueba para demostrar la falsedad de las

afirmaciones del procedimiento reposa en las entidades públicas y no en el administrado.

Artículo 57.- Suministro de información a las entidades

57.1 Los administrados están facultados para proporcionar a las entidades la información y documentos vinculados a sus peticiones o reclamos que estimen necesarios para obtener el pronunciamiento.

57.2 En los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueren razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción.

La colaboración de los administrados con la Administración Pública en el tema probatorio se hace evidente en este artículo. De peculiar importancia resulta el artículo señalado en lo referente a lo que sucede en los casos de investigación por parte del Estado y la obligación de los administrados de facilitar información que tienen bajo su poder o a la que accedieron en alguna oportunidad, esto es de especial repercusión en aquellos organismos estatales fiscalizadores y sancionadores.

Artículo 58.- Comparecencia personal

58.1 Las entidades pueden convocar la comparecencia personal a su sede de los administrados solo cuando así le haya sido facultado expresamente por ley.

58.2 Los administrados pueden comparecer asistidos por asesores cuando sea necesario para la mejor exposición de la verdad de los hechos.

58.3 A solicitud verbal del administrado, la entidad entrega al final del acto, constancia de su comparecencia y copia del acta elaborada.

Artículo 59.- Formalidades de la comparecencia

59.1 El citatorio se rige por el régimen común de la notificación, haciendo constar en ella lo siguiente:

59.1.1 El nombre y la dirección del órgano que cita, con identificación de la autoridad requirente;

59.1.2 El objeto y asunto de la comparecencia;

59.1.3 Los nombres y apellidos del citado;

59.1.4 El día y hora en que debe comparecer el citado, que no puede ser antes del tercer día de recibida la citación, y, en caso de ser previsible, la duración máxima que demande su presencia. Convencionalmente puede fijarse el día y hora de comparecencia;

59.1.5 La disposición legal que faculta al órgano a realizar esta citación; y,

59.1.6 El apercibimiento, en caso de inasistencia al requerimiento.

59.2 La comparecencia debe ser realizada, en lo posible, de modo compatible con las obligaciones laborales o profesionales de los convocados.

59.3 El citatorio que infringe alguno de los requisitos indicados no surte efecto, ni obliga a su asistencia a los administrados.

Es una facultad de la Administración Pública que pocas veces he tenido conocimiento que se ejecuta, a excepción de lo que ocurre en los procedimientos administrativos trilaterales (donde el Estado interviene como tribunal administrativo decisor). Bajo este criterio, se exige que la entidad esté expresamente habilitada por Ley para poder exigir la comparecencia personal, con las formalidades concretas que señalan los artículos bajo comentario.

Artículo 161.- Alegaciones

161.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

161.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución solo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

Este es un artículo muy importante dentro de la denominada potestad sancionadora de la que goza el Estado. No solo por el plazo de

cinco días (entiéndanse hábiles) conferidos al administrado para poder presentar sus pruebas de descargo frente a las imputaciones realizadas a sus personas (pensemos en el procedimiento administrativo disciplinario), sino porque las sanciones que se determinen aplicables, en las resoluciones emitidas que no hayan considerado las pruebas aportadas por el administrado, devendrían en nulas de pleno derecho. Contra la decisión final de la autoridad administrativa cabe la interposición de los recursos administrativos respectivos y de ser el caso, el inicio del proceso contencioso-administrativo, dentro del plazo establecido por Ley para iniciarlo.

Artículo 162.- Carga de la prueba

162.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

El Principio de impulso de oficio de la LPAG señala que 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, lo cual quiere decir que la carga de la prueba para afectar derechos o deberes de los administrados reposa en la propia entidad, lo cual debe quedar suficientemente analizado en las resoluciones que emita la misma. Por otro lado, los administrados deben aportar las pruebas necesarias que permitan sustentar su derecho, presumiéndose su validez, en base al principio de presunción de validez que establece el Título Preliminar de la propia LPAG. Cabe recordar, como lo han manifestado diversos autores latinoamericanos, que los principios son aquellos primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento de un ordenamiento jurídico, “su noción de base alude no solo a un sentido ontológico sino también lógico, en cuanto atendemos con ellos a unos soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento jurídico, al que prestan todo su sentido”⁽¹¹⁾, por ello cuando se habla de principio, se viene a la mente la

(11) BRITO, Mariano. *Derecho Administrativo. Supermanencia, contemporaneidad, prospectiva*. U.M., Montevideo, 2004, p. 37 y ss. Citado por DELPIAZZO, Carlos, “Perspectivas latinoamericanas de Derecho Administrativo global”. En: *Desafíos del Derecho Administrativo*

idea de inicio, de comienzo, de lo que se parte, y que se refiere a una acción, una actividad, a un procedimiento o camino que se desarrolla y lleva a un término, a un fin. “La idea de principio lleva en sí la de aquello que origina, que es origen o fuente de algo”⁽¹²⁾.

Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un periodo que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Solo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

163.2 La autoridad administrativa notifica a los administrados, con anticipación no menor de tres días, la actuación de prueba, indicando el lugar, fecha y hora.

163.3 Las pruebas sobrevinientes pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva.

Tal vez este sea el artículo más “procesalístamente” vinculado con la prueba en el Derecho Administrativo peruano. Consideramos que en su redacción se han utilizado conceptos propios del Derecho Procesal (como la actuación de prueba o la concentración procesal⁽¹³⁾) que en sí son desconocidos por la mayoría de autoridades y funcionarios de la Administración Pública y que están más conectados con la naturaleza de un proceso tipo contencioso-administrativo. Resulta interesante el apartado que señala el rechazo por parte de las entidades públicas de los medios probatorios que no guarden relación con el fondo de lo discutido, o cuando sean improcedentes (no se señalan requisitos

contemporáneo. Víctor Hernández comp. Tomo II. Ediciones Paredes, Caracas, 2009, p. 1282.

(12) SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 20.

(13) Preconiza este principio la realización de las actuaciones procesales en una o sucesivas sesiones próximas en el tiempo, evitándose la dilatación en el tiempo de los actos que se concentran en la vista oral, por lo que se relaciona este principio con el de la oralidad. Cf. Diccionario Jurídico Colex, Madrid, 2004.

o parámetros específicos para determinar ello) o sean innecesarios (se presume que la autoridad administrativa ponderará adecuadamente este tema frente a las pruebas aportadas).

Artículo 164.- Omisión de actuación probatoria

Las entidades podrán prescindir de actuación de pruebas cuando decidan exclusivamente en base a los hechos planteados por las partes, si los tienen por ciertos y congruentes para su resolución.

Artículo 165.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.

De bastante utilidad para los administrados resultan los artículos 164 y 165 al no exigirse medios probatorios a los hechos planteados por las partes cuando son tomados por ciertos o cuando sean públicos y notorios. Pensemos en el siguiente caso: un administrado cualquiera demanda a una empresa de transportes aéreos por haber incumplido con las fechas para el vuelo que había adquirido en su pasaje. El administrado señala que el vuelo aterrizó en el día X. Sería incongruente que el Estado exija al administrado probar tal hecho, cuando corresponde a la empresa de transportes aéreos demostrar lo contrario, ya que quien maneja la información de salidas y llegadas de vuelos son las autoridades de los aeropuertos.

De igual forma, los hechos que se hayan comprobado con el ejercicio de las funciones de la autoridad no necesitan ser probados (pensemos en una notificación que ha realizado la misma entidad), lo cual ayuda a evitar posibles abusos en la tramitación de procedimientos administrativos especialmente de carácter disciplinario.

Artículo 166.- Medios de prueba

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. Recabar antecedentes y documentos.
2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo.
3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los mismos declaraciones por escrito.
4. Consultar documentos y actas.
5. Practicar inspecciones oculares.

El derecho a los medios de prueba debe ser lo más amplio posible, tal como lo demuestra el presente artículo, en congruencia con lo que expresamos sobre la Declaración Universal de los Derechos, así como con lo estipulado en la propia Constitución Política del Perú. No olvidemos, como lo ha señalado el TC, que “el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa requiere de un procedimiento legal establecido, pero también de garantías suficientes para los administrados, sobre todo cuando es la propia administración la que va a actuar como órgano instructor y decisor, lo que constituye un riesgo para su imparcialidad; y si bien no se le puede exigir a los órganos administrativos la misma imparcialidad e independencia que se le exige al Poder Judicial, su actuación y decisiones deben encontrarse debidamente justificadas, sin olvidar que los actos administrativos son fiscalizables a posteriori”⁽¹⁴⁾.

Artículo 167.- Solicitud de documentos a otras autoridades

167.1 La autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente.

167.2 Cuando la solicitud sea formulada por el administrado al instructor, deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si fuera de un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitablemente su existencia.

Artículo 168.- Presentación de documentos entre autoridades

168.1 Los documentos y antecedentes a que se refiere el artículo anterior deben ser remitidos directamente por quien es requerido dentro del plazo máximo de tres días, si se solicitan dentro de la misma entidad, y de cinco, en los demás casos.

(14) STC Exp. N° 01873-2009-PA/TC.

168.2 Si la autoridad requerida considerase necesario un plazo mayor, lo manifestará inmediatamente al requirente, con indicación del plazo que estime necesario, el cual no podrá exceder de diez días.

Estos dos artículos hacen mención a la colaboración entre entidades para la mejor valoración de las pruebas aportadas en el procedimiento administrativo, y sobre todo la garantía que se cuenta con un adecuado nivel de coordinación entre los órganos que conforman la Administración Pública peruana, a efectos de proteger y cautelar el interés público presente en los procedimientos administrativos. Para ello consideramos que se debe realizar una permanente fiscalización de las entidades públicas en cuanto al cumplimiento estricto de los plazos aquí señalados, ya que en muy pocas ocasiones se respetan estos, con la consecuente afectación de los derechos de los administrados.

Artículo 169.- Solicitud de pruebas a los administrados

169.1 La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Para el efecto se cursa el requerimiento, mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

169.2 Será legítimo el rechazo a la exigencia prevista en el párrafo anterior, cuando la sujeción implique: la violación al secreto profesional, una revelación prohibida por la ley, suponga directamente la revelación de hechos perseguibles practicados por el administrado, o afecte los derechos constitucionales. En ningún caso esta excepción ampara el falseamiento de los hechos o de la realidad.

169.3 El acogimiento a esta excepción será libremente apreciada por la autoridad conforme a las circunstancias del caso, sin que ello dispense al órgano administrativo de la búsqueda de los hechos ni de dictar la correspondiente resolución.

En este artículo se regula la facultad de la Administración Pública de requerir a los administrados la presentación de pruebas que estime pertinentes para la resolución del procedimiento en concreto. Se debe notificar expresamente al administrado sobre este tema, y se deben

tener en cuenta las excepciones planteadas, como el secreto profesional o la afectación a derechos constitucionales (intimidad, etc).

Artículo 170.- Normativa supletoria

En lo no previsto en este apartado la prueba documental se regirá por los artículos 40 y 41 de la presente Ley⁽¹⁵⁾.

Artículo 171.- Presunción de la calidad de los informes

171.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

171.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.

(15) Artículo 40.- Documentación prohibida de solicitar

- 40.1 Para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la siguiente información o la documentación que la contenga:
 - 40.1.1 Aquella que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación ni haya vencido la vigencia del documento entregado. Para acreditarlo, basta que el administrado exhiba la copia del cargo donde conste dicha presentación, debidamente sellado y fechado por la entidad ante la cual hubiese sido suministrada.
 - 40.1.2 Aquella que haya sido expedida por la misma entidad o por otras entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde recabarlas a la propia entidad a solicitud del administrado.
 - 40.1.3 Presentación de más de dos ejemplares de un mismo documento ante la entidad, salvo que sea necesario notificar a otros tantos interesados.
 - 40.1.4 Fotografías, salvo para obtener documentos de identidad, pasaporte o licencias o autorizaciones de índole personal o por razones de seguridad nacional. Los administrados tendrán libertad de escoger la empresa en la cual sean obtenidas las fotografías, con excepción de los casos de digitalización de imágenes.
 - 40.1.5 Documentos de identidad personal distintos a la Libreta Electoral o Documento Nacional de Identidad. Asimismo, solo se exigirá para los ciudadanos extranjeros carnet de extranjería o pasaporte según corresponda.
 - 40.1.6 Recabar sellos de la propia entidad, que deben ser acopiados por la autoridad a cargo del expediente.
 - 40.1.7 Documentos o copias nuevas, cuando sean presentadas otras, no obstante haber sido producidos para otra finalidad, salvo que sean ilegibles.
 - 40.1.8 Constancia de pago realizado ante la propia entidad por algún trámite, en cuyo caso el administrado solo queda obligado a informar en su escrito el día de pago y el número de constancia de pago, correspondiendo a la administración la verificación inmediata.
- 40.2 Las disposiciones contenidas en este artículo no limitan la facultad del administrado para presentar espontáneamente la documentación mencionada, de considerarlo conveniente.

Dentro de las pruebas documentales a ser aportadas por los administrados y por la Administración Pública en el procedimiento administrativo es fundamental conocer que los dictámenes e informes se presumen facultativos y no vinculantes, salvo que expresamente la entidad, a través de un documento, los considere vinculantes.

Artículo 41.- Documentos

- 41.1. Para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a los procedimientos administrativos, las entidades están obligadas a recibir los siguientes documentos e informaciones en vez de la documentación oficial, a la cual reemplazan con el mismo mérito probatorio:
- 41.1.1 Copias simples o autenticadas por los fedatarios institucionales, en reemplazo de documentos originales o copias legalizadas notarialmente de tales documentos. Las copias simples serán aceptadas, estén o no certificadas por notarios, funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y tendrán el mismo valor que los documentos originales para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a la tramitación de procedimientos administrativos seguidos ante cualquier entidad. Solo se exigirán copias autenticadas por fedatarios institucionales en los casos en que sea razonablemente indispensable.
 - 41.1.2 Traducciones simples con la indicación y suscripción de quien oficie de traductor debidamente identificado, en lugar de traducciones oficiales.
 - 41.1.3 Las expresiones escritas del administrado contenidas en declaraciones con carácter jurado mediante las cuales afirman su situación o estado favorable en relación con los requisitos que solicita la entidad, en reemplazo de certificaciones oficiales sobre las condiciones especiales del propio administrado, tales como antecedentes policiales, certificados de buena conducta, de domicilio, de supervivencia, de orfandad, de viudez, de pérdida de documentos, entre otros.
 - 41.1.4 Instrumentos privados, boletas notariales o copias simples de las escrituras públicas, en vez de instrumentos públicos de cualquier naturaleza, o testimonios notariales, respectivamente.
 - 41.1.5 Constancias originales suscritas por profesionales independientes debidamente identificados en reemplazo de certificaciones oficiales acerca de las condiciones especiales del administrado o de sus intereses cuya apreciación requiera especiales actitudes técnicas o profesionales para reconocerlas, tales como certificados de salud o planos arquitectónicos, entre otros. Se tratará de profesionales colegiados solo cuando la norma que regula los requisitos del procedimiento así lo exija.
 - 41.1.6 Copias fotostáticas de formatos oficiales o una reproducción particular de ellos elaborada por el administrador respetando integralmente la estructura de los definidos por la autoridad, en sustitución de los formularios oficiales aprobados por la propia entidad para el suministro de datos.
- 41.2 La presentación y admisión de los sucedáneos documentales, se hace al amparo del principio de presunción de veracidad y conlleva la realización obligatoria de acciones de fiscalización posterior a cargo de dichas entidades.
- 41.3 Lo dispuesto en el presente artículo es aplicable aun cuando una norma expresa disponga la presentación de documentos originales.
- 41.4 Las disposiciones contenidas en este artículo no limitan el derecho del administrado a presentar la documentación prohibida de exigir, en caso de ser considerado conveniente a su derecho.

Artículo 175.- Testigos

175.1 El proponente de la prueba de testigos tiene la carga de la comparecencia de los mismos en el lugar, fecha y hora fijados. Si el testigo no concurriera sin justa causa, se prescindirá de su testimonio.

175.2 La administración puede interrogar libremente a los testigos y, en caso de declaraciones contradictorias, podrá disponer careos, aun con los administrados.

Artículo 176.- Peritaje

176.1 Los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que estos deben pronunciarse.

176.2 La administración se abstendrá de contratar peritos por su parte, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal o a las entidades técnicas aptas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas.

Los testigos y el peritaje en el procedimiento administrativo son mayormente usados en procedimientos administrativos trilaterales, por la misma naturaleza de estos (pensemos en las facultades que tienen los organismos reguladores al respecto o el Indecopi). Este artículo se complementa con los artículos 178 y 179 de la LPAG⁽¹⁶⁾.

Artículo 177.- Actuación probatoria de autoridades públicas

Las autoridades de entidades no prestan confesión, salvo en procedimientos internos de la administración; sin perjuicio de ser susceptibles de aportar elementos probatorios en calidad de testigos, informantes o peritos, si fuere el caso.

(16) **Artículo 178.- Gastos de actuaciones probatorias**

En el caso de que la actuación de pruebas propuestas por el administrado importe la realización de gastos que no deba soportar racionalmente la entidad, esta podrá exigir el depósito anticipado de tales costos, con cargo a la liquidación final que el instructor practicará documentadamente al administrado, una vez realizada la probanza.

Artículo 179.- Actuaciones probatorias que afecten a terceros

Los terceros tienen el deber de colaborar para la prueba de los hechos con respeto de sus derechos constitucionales.

Es un principio común en varias legislaciones que tienen su origen en el Derecho Continental Europeo que las autoridades de las entidades públicas no sean llamadas a declarar (tipo confesión) en un procedimiento administrativo específico, por el daño que pueden producir al interés público que representan con este hecho, tema que no sucede en el derecho administrativo anglosajón por ejemplo. Lo que sí resulta de utilidad para el administrado es la posibilidad que existe de que participen como testigos, informantes o peritos de determinado procedimiento. Este artículo se vincula con lo dispuesto en el artículo 180 de la LPAG⁽¹⁷⁾.

II. CONCLUSIONES

- La prueba en el procedimiento administrativo en general se considera una extensión del derecho al debido proceso que asiste a todo ciudadano en un Estado de Derecho.
- Las pruebas aportadas por los administrados en todo procedimiento administrativo se presumen válidas, salvo que la Administración Pública demuestre lo contrario.
- La carga de la prueba al final resulta en indicar quién tiene la facultad de demostrar la invalidez de las pruebas presentadas, más que la facultad de exhibir pruebas.
- La Administración Pública no puede exigir a los administrados que aporten pruebas que la misma entidad, en razón de sus funciones está obligada a contar con.
- Los hechos públicos o notorios no deben ser probados por los administrados.

(17) **Artículo 180.- Proyecto de resolución**

Cuando fueren distintos la autoridad instructora de la competente para resolver, la instructora prepara un informe final en el cual recogerá los aspectos más relevantes del acto que lo promovió, así como un resumen del contenido de la instrucción, análisis de la prueba instruida, y formulará en su concordancia un proyecto de resolución.

III. EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL REFERIDOS A LA PRUEBA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Expediente N° 4831-2005-PHC/TC

Debido proceso y derecho fundamental a la prueba

1. Este Tribunal Constitucional ha señalado (cf. STC N° 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos–.
2. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: “la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
3. No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba aparea la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime

a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

4. Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, de acuerdo con lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional (vide STC N° 06712-2005/HC/TC, FJ 15), está determinado: "(...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado".
5. Como puede verse, de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituida por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.
6. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso.

Expediente N° 05066-2009-PHC/TC

El derecho a la prueba

7. Sobre el derecho a la prueba, este Tribunal ha precisado que: "(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado"(Exp. N° 6712-2005-HC/TC).

Expediente N° 03652-2009-PHD/TC

8. Que si bien se alega que el demandante no habría desvirtuado la posible afectación de la investigación con el pedido de información, tal argumentación trastoca el correcto orden y la carga de la prueba que existe en los procesos de hábeas data. En primer lugar, las solicitudes de acceso a la información pública prima facie no tienen por qué ser motivadas. Así lo indica la Constitución en el art. 2, inc. 5, que dispone que la información de carácter público se solicita "sin expresión de causa", lo que es una consecuencia evidente frente a la naturaleza de la información, que por ser pública no debe explicarse los motivos para los que se desea tal información, salvo que incidiera en la intimidad personal, la seguridad nacional o lo prescrito por la ley.
9. Que en tal sentido, si existe la duda sobre el carácter público o no de cierta información, ello debe ser explicado por la Administración, la cual debe acreditar que se está ante una de las excepciones de acceso a la información pública. Evidentemente, debe efectuarse un examen de medios no de fines, es decir, sin poner en conocimiento público precisamente aquello que debe estar protegido por el principio de reserva. Por lo tanto, deben revocarse las

resoluciones mencionadas debido a lo expuesto en la presente resolución y administrarse a trámite la demanda de hábeas data.

Expediente N° 1390-2006-PA/TC

10. Es de considerarse que el proceso penal constituye determinación jurisdiccional ajena a las inevitables consecuencias de tipo administrativo aplicadas en atención al imperio de disposiciones legales vigentes. La Constitución Política del Perú, en su artículo 168, establece que: “Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”. En atención a dicho marco constitucional, el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú ha establecido que: “Los miembros de la Policía Nacional del Perú que incurran en faltas contra los mandatos y las prohibiciones reglamentarias, serán sometidos a los procesos disciplinarios correspondientes y **sancionados** de acuerdo con las leyes y normas pertinentes, **independientemente de la acción judicial a que hubiera lugar**”. Dicha distinción entre la sanción disciplinaria administrativa y la sanción penal fue recogida, casi en los mismos términos, por el artículo 48 de la derogada Ley de Bases de las Fuerzas Policiales (D. Leg. 371), que señalaba que: “Los miembros de las Fuerzas Policiales que incurran en faltas contra los mandatos y prohibiciones reglamentarias serán sancionados disciplinariamente de acuerdo a las normas que establece su régimen administrativo independientemente de la acción judicial a que hubiere lugar (...)”, aplicada al actor en su momento en razón de su vigencia. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado en las sentencias recaídas en los procesos 2169-2003-AA/TC, 3265-2003-AA/TC, entre otras, que “(...) lo que se resuelva en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal a que pudiera ser sometido un efectivo policial (...) debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen (...)”.
11. A mayor abundamiento, en la resolución que pasa al retiro al recurrente, derivada del proceso administrativo disciplinario, se le ha aplicado al demandante el artículo 57 del D. Leg. 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, vigente al

momento de los hechos (este artículo ha sido modificado por la sexta Disposición final y complementaria de la Ley N° 27942, publicada el 27 de febrero de 2003), que establecía que “(...) el pase a la Situación de Retiro por Medida Disciplinaria se producirá por faltas graves contra el servicio y/o cuando la mala conducta del Personal Policial afecte gravemente el honor, decoro y deberes policiales, independientemente de la sanción penal que pudiera corresponderle, si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito por la Ley, previa recomendación del Consejo de Investigación. El Personal Policial deberá, previamente, ser citado, oído y examinadas las pruebas de descargo por el Consejo de Investigación, el que luego de estos trámites emitirá su pronunciamiento respectivo (...)”. De la prueba documental existente en autos aparece que en el proceso disciplinario administrativo se le han informado los cargos imputados y se han realizado los actos correspondientes a dicho proceso en el que el recurrente ha tenido la posibilidad de defenderse; ello quiere decir que se ha realizado un debido proceso administrativo de acuerdo a lo señalado por dicha normativa.

La carga de la prueba en el procedimiento administrativo

Christian GUZMÁN NAPURÍ^(*)

Siendo de gran importancia la actividad probatoria en los procedimientos administrativos, el autor realiza un minucioso análisis de su regulación, haciendo especial énfasis en el ámbito de la carga de la prueba, la cual recae fundamentalmente en la autoridad administrativa, al ser quien se encuentra en mejor aptitud para probar, y la que debe explicitar las razones por las cuales no le genera convicción lo aportado por el administrado; así también analiza los principios que le son aplicables en aras del resguardo del interés público y de una eficiente tutela de los administrados. Finalmente, nos presenta un estudio práctico de medios probatorios en el procedimiento administrativo como es el caso de la prueba instrumental, los informes administrativos, intervención de terceros y el peritaje.

I. INTRODUCCIÓN

En el procedimiento administrativo moderno, la actividad probatoria tiene una importancia medular en la ejecución de la instrucción de dicho procedimiento, tarea a través de la cual la autoridad administrativa puede

(*) Abogado especialista en Derecho Público. Socio Principal de C. G. Asesores y Consultores-Abogados. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Profesor Ordinario del departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Profesor de la Escuela de Graduados de la misma universidad. Profesor de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitro en materia de contratación administrativa y Derecho Público.

decidir, consistiendo la misma en el acopio de datos, así como en la comprobación de los mismos. Así, es mediante la actividad probatoria que se comprueban los datos que han sido aportados por los administrados o los obtenidos por la Administración en ejercicio de sus atribuciones.

Es a través de la actuación probatoria que la autoridad administrativa puede formarse convicción respecto a la resolución del caso concreto, en mérito de la verdad material a obtener. La Ley del procedimiento administrativo general, en consecuencia, ha regulado de manera exhaustiva el ejercicio de dicha actividad, estableciendo reglas concretas para que se desarrolle eficientemente. En el presente trabajo vamos a describir dicha regulación, explicitando sus alcances, en especial en el ámbito de la carga de la prueba, tema que ha adquirido una especial importancia.

II. LA CARGA DE LA PRUEBA EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En primer lugar, es necesario señalar que la actividad probatoria le corresponde fundamentalmente a la entidad administrativa, estableciéndose entonces el principio de que la carga de la prueba, es decir, la obligación de probar los fundamentos que sustentan la decisión, le corresponde a la Administración y no a los administrados, sin perjuicio de permitirle a estos acreditar los hechos que alegan.

No es que los particulares no deban probar su pretensión, sino que la negativa de la Administración debe estar debidamente acreditada en el supuesto en el que el administrado haya cumplido con todos los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos. Tanto es así que si la Administración no despliega actividad probatoria es claro que ha tenido por verdaderos los hechos afirmados por el particular, debiendo declarar fundada la solicitud. En este punto cobra especial importancia el principio de presunción de veracidad, por el cual la autoridad administrativa presume que el administrado dice la verdad, sin perjuicio de la fiscalización posterior.

Y es que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en el cual las partes deben probar sus pretensiones, en el procedimiento administrativo la actividad probatoria es dirigida y alimentada por la

Administración, en aplicación de los principios que citamos a continuación, los que se atenúan ciertamente en el caso de los procedimientos administrativos trilaterales, por su especial configuración como mecanismo para resolver conflictos.

1. El cambio en el paradigma

Sobre el particular es necesario hacer una referencia adicional. En el derecho procesal moderno se entendía como una regla general que quien afirmaba un hecho era quien se encontraba en la obligación de probarlo, salvo determinadas excepciones establecidas por la Ley. Sin embargo, esta concepción está cambiando. De hecho, la supuesta regla general tiene tantas excepciones, que la doctrina está empezando a dudar que realmente constituya una regla, siendo reemplazada más bien por un principio más completo, que es la que asigna la carga de la prueba a quien se encuentra en mejor aptitud para probar.

Este principio es el que justifica las varias situaciones en las cuales la carga de la prueba se asigna a quien contestaría la demanda, como por ejemplo en el caso de la prueba del pago⁽¹⁾ donde la misma corresponde al demandado, o la responsabilidad civil extracontractual subjetiva⁽²⁾ donde el afectado no requiere probar la existencia de dolo o culpa, ambos en el ámbito del derecho civil; o de la prueba del despido injustificado en el ámbito laboral, en donde la justificación de despido corresponde al empleador⁽³⁾, situación en la cual la doctrina laboral sigue creyendo que nos encontramos ante una “inversión de la carga de la prueba” destinada a proteger al trabajador⁽⁴⁾.

(1) Código Civil:

Artículo 1229.- Prueba del pago

La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

(2) Código Civil:

Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

(3) Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

Artículo 37.- Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

(4) PASCO LIZARRAGA, Mario. “La carga de la prueba y las presunciones en la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 194. Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2010, pp. 16-17

En el ámbito administrativo es evidente que la Administración Pública en general se encuentra en mejor aptitud para probar y ello se ha entendido por ejemplo en el contexto del proceso contencioso-administrativo⁽⁵⁾. La carga de la prueba no le corresponde a quien afirma un hecho, sino más bien aquel que se encuentra en mejor capacidad para probar el mismo⁽⁶⁾, principio que algunos denominan también “carga de la prueba dinámica”.

Como resultado, la carga de la prueba, incluso en los procedimientos iniciados a pedido de parte, no corresponde fundamentalmente al administrado sino más bien a la Administración⁽⁷⁾, máxime si la falta de probanza de un hecho podría afectar el principio de verdad material y como resultado el interés general. Aquí cumple un rol preponderante el principio de oficialidad de la prueba, que veremos más adelante en este trabajo.

Finalmente, si bien en nuestro ordenamiento la entidad administrativa no puede solicitarnos información que ella posee, debe entenderse también que dicha entidad tampoco debería solicitarnos información que ya la Administración Pública posee. Es evidente que la información resulta factible de obtener a un menor costo entre entidades públicas que obligando al administrado a obtenerla. Aquí juega un papel preponderante el principio de informalismo, por el cual las normas administrativa en general deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de tal manera que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados

(5) Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584:

Artículo 33.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión.

Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de probar corresponde a esta.

(6) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar*. Ara Editores, Lima, 2001, p. 275 y ss. También: BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La prueba en el procedimiento administrativo*. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 186 y ss.

(7) Una posición un tanto divergente: SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. “La instrucción del procedimiento administrativo”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo general*. Ley N° 27444. ARA, Lima, 2003, pp. 288-290

dentro del procedimiento, siempre que ello no afecte derechos de terceros o el interés general⁽⁸⁾.

2. La aplicación del principio de impulso de oficio

La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General⁽⁹⁾. En consecuencia, la Administración debe orientarse hacia la resolución de la cuestión que es materia del procedimiento, en mérito a la satisfacción del interés general, pudiendo ejercer los actos de instrucción que sean necesarios para la culminación del proceso⁽¹⁰⁾.

Lo antes señalado opera dado que no puede dejarse al arbitrio de los administrados el seguimiento de los procedimientos administrativos, siendo en consecuencia que el impulso de estos es de oficio, de acuerdo al principio contenido en el inciso 1.3 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley. Conforme a este, 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.

Como lo hemos señalado, la norma establece que la autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para la tramitación del procedimiento administrativo, superando cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento; incluso determinando la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida⁽¹¹⁾.

Debe recordarse que el deber de impulso de oficio surge como inmediata consecuencia de la necesidad y obligación de la Administración

(8) Numeral 1.6 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(9) Artículo 162, inciso 162.1 de la Ley N° 27444.

(10) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 81.

(11) Artículo 145 de la Ley N° 27444.

de cautelar el interés público. Asimismo, es un componente esencial del debido proceso en sede administrativa, al permitir la tramitación adecuada y eficiente de los procedimientos, en beneficio de los administrados. Además, permite generar celeridad en la tramitación de los procedimientos, formando parte de la necesaria racionalización de la Administración Pública. Finalmente, nos muestra la pertinencia de corregir algunas inconsistencias que muestra la Ley del Procedimiento Administrativo General, como por ejemplo el abandono, forma de terminación del procedimiento que debería ser eliminada del ordenamiento.

3. La oficialidad de la prueba

Ello conlleva además un importante principio que es el de la oficialidad de la prueba, es decir, la búsqueda de la determinación, conocimiento y comprobación de los datos para poder emitir una resolución⁽¹²⁾, por parte de la autoridad administrativa. Esta última tiene la obligación de adquirir, en el procedimiento, la mayor cantidad de datos que sean relevantes para su decisión⁽¹³⁾, adquisición que nos muestra la especial configuración del principio de congruencia en el procedimiento administrativo.

Es precisamente por este principio que la Administración posee la carga de la prueba de los hechos alegados o materia de controversia, a menos que considere que basta con las pruebas aportadas u ofrecidas por el administrado⁽¹⁴⁾. Ello, porque los actos e instrucción son realizados de oficio por la autoridad a cargo del procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio evidentemente del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias⁽¹⁵⁾.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 490.

(13) MASUCCI, Alfonso. "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre Procedimiento Administrativo en Italia". En: *Documentación Administrativa*. N° 248-249. Ministerio para la Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, pp. 318-319. La cita que venimos reseñando nos muestra que el principio en cuestión fluye por gran parte del Derecho Administrativo europeo continental.

(14) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2001, p. 349.

(15) Artículo 159, inciso 159.1 de la Ley N° 27444.

No obstante lo anteriormente señalado, 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 tanto intervienen en la defensa de sus intereses⁽¹⁶⁾. Ello significa que la autoridad administrativa podrá resolver en contra del administrado únicamente cuando la actividad probatoria de la misma demuestre que los hechos alegados por este no son ciertos, correspondiéndole siempre probar los hechos impositivos, aquellos que impiden el ejercicio del derecho, así como los extintivos⁽¹⁷⁾. La administración entonces es la que debería soportar los efectos desfavorables de la falta de actuación probatoria si es que no hubiese tenido por ciertos los hechos alegados por los interesados⁽¹⁸⁾.

Por otro lado, una vez que la prueba ha ingresado al expediente, esta puede ser usada para favorecer a cualquiera de las partes, puesto que no pertenece a quien la aporta. Este concepto, denominado principio de adquisición⁽¹⁹⁾, propio también del proceso judicial, es útil en el ámbito del procedimiento administrativo bilateral, pero encuentra una importante aplicación a nivel del procedimiento trilateral en tanto el principio de oficialidad de la prueba se ve atenuado en este último caso.

Lo que ocurre es que la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que, en el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas⁽²⁰⁾, lo cual mediatiza el principio de verdad material al cual hemos referido de manera reiterada.

(16) Artículo 162, inciso 162.2 de la Ley N° 27444.

(17) SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. Ob. cit., pp. 290-291.

(18) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 323.

(19) HUTCHINSON, Tomás. "De la prueba en el procedimiento administrativo". En: *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho*. Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 389.

(20) Artículo IV, inciso 1, literal 1.11, segundo párrafo, del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Lo antes señalado implica que en el procedimiento administrativo trilateral la carga de la prueba le corresponde en principio a las partes, dada la especial naturaleza híbrida del citado procedimiento, que a veces se muestra intermedia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo bilateral o lineal⁽²¹⁾. Es decir, en principio, la autoridad administrativa deberá declarar fundada la pretensión de aquel que logró probar los hechos alegados, teniendo en cuenta que la carga de la prueba corresponda a quien se encuentra en mejor capacidad para probar, como ya se ha señalado.

Como resultado, y a fin de asegurar el resultado a obtener por parte de la Administración, y en especial, como mecanismo de garantía del debido procedimiento es necesario que la prueba actuada válidamente se incorpore al expediente administrativo de tal manera que permita su empleo por cualquiera de las partes a fin de sustentar su pretensión.

3.1. El caso de los procedimientos de oficio

El principio de oficialidad de la prueba se intensifica al máximo cuando nos referimos a procedimientos de oficio, y en especial, a procedimientos administrativos sancionadores. En estos casos, en tanto la iniciación del proceso es resultado del interés de la Administración, la autoridad administrativa tiene la obligación de efectuar la actividad probatoria necesariamente a fin de acreditar los hechos en los cuales sustentar su pretensión, a diferencia del procedimiento iniciado a pedido de parte en el cual puede prescindir de esta si es que los hechos y las pruebas aportadas por el administrado le generan convicción respecto a su veracidad. En este caso la carga de la prueba corresponde claramente a la autoridad administrativa.

En el procedimiento sancionador, en especial, el administrado puede prescindir por completo de toda defensa –la presentación de su descargo, fundamentalmente y el aporte de pruebas en su favor–, sin que ello deba generarle perjuicio alguno, puesto que la autoridad instructora deberá realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para

(21) Sobre el particular: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Ob. cit., p. 134.

verificar los hechos⁽²²⁾. Es evidente que el silencio del administrado en contra del cual se ha iniciado el procedimiento sancionador carece de todo efecto jurídico, a diferencia de lo que ocurre en el caso, por ejemplo, de los procedimientos trilaterales. Inclusive, dado el principio de unidad de vista consignado en nuestra ordenamiento es posible que el administrado presente el descargo fuera de plazo, siempre que la entidad aún no haya resuelto. Y si ya lo ha hecho, cabe emplear esos argumentos en el recurso que se presente en contra del acto administrativo sancionador.

Demás está señalar, finalmente, que el administrado podrá emplear en su provecho los medios de prueba actuados como resultado de la actividad probatoria de la entidad. Finalmente, si la autoridad no logra probar la comisión de la infracción administrativa es claro que esta no existe, en aplicación del principio de presunción de licitud, consignado en el artículo 230 de la Ley⁽²³⁾.

4. El principio de verdad material

El principio de verdad material indica que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aún cuando dichas medidas no hayan sido propuestas por los administrados o los mismos hayan acordado eximirse de ellas⁽²⁴⁾.

Lo que ocurre es que la Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y para 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. Ello conlleva un principio de especial importancia en el ámbito

(22) Artículo 235, inciso 4 de la Ley N° 27444.

(23) **Presunción de licitud.**- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

(24) Artículo IV, inciso 1, literal 1.11 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

de la actividad probatoria que es la oficialidad de la prueba, que hemos referido líneas arriba.

III. MEDIOS DE PRUEBA QUE SE EMPLEAN DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los hechos invocados por las partes, o que fueren conducentes para decidir un procedimiento administrativo, podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos que estén prohibidos por disposición legal expresa⁽²⁵⁾. La proposición de medios probatorios por parte de los administrados es libre, pudiéndose proponer y actuar aquellos medios que resultan beneficiosos para el administrado a fin de fundar sus pretensiones⁽²⁶⁾ y aquellos que la entidad considere pertinentes para la resolución del procedimiento. El principio de libertad probatoria, propio también del proceso judicial, se aplica con gran intensidad en el procedimiento administrativo, con muy puntuales excepciones.

Asimismo, no existe una concepción de prueba tasada, en la cual la ley asigna el valor a las pruebas⁽²⁷⁾, sino más bien existe la noción de apreciación razonada al interior de la Administración, lo cual implica que la autoridad deberá apreciar los medios probatorios de manera integral⁽²⁸⁾, aplicando el principio de verdad material y en uso de las denominadas reglas de la sana crítica⁽²⁹⁾. La principal diferencia que encontramos respecto al proceso judicial se enfoca en la inexistencia del principio de verdad material en este último, siendo que el principio aplicable es el de verdad formal.

En particular, de acuerdo a la Ley, en el procedimiento administrativo general proceden los siguientes medios probatorios, de manera enumerativa, sin perjuicio de aquellos que podrían ser considerados innominados:

(25) Artículo 166 de la Ley N° 27444.

(26) HUTCHINSON, Tomás. Ob. cit., p. 385.

(27) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Ob. cit., p. 493.

(28) HUTCHINSON, Tomás. Ob. cit., p. 398.

(29) SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. Ob. cit., p. 314.

1. Recabar antecedentes y documentos. La entidad puede obtener la información que requiera de otras entidades e incluso de los propios administrados, con las limitaciones señaladas líneas arriba respecto de la solicitud a los particulares.
2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo, con las limitaciones señaladas en la Ley, a las cuales nos referiremos más adelante. A diferencia de otras legislaciones, los informes son considerados medios de prueba por la Ley.
3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los citados administrados declaraciones por escrito. En estos casos se entiende que puede darse la intervención de terceros en la actividad probatoria realizada por la entidad.
4. Consultar documentos y actas. Este medio probatorio puede ser actuado de oficio por la entidad, pero también puede ser ofrecido por las partes, aun cuando dichos instrumentos no obren en su poder.
5. Practicar inspecciones oculares, que implican el apersonamiento de la autoridad a un lugar específico a fin de comprobar un hecho o situación determinada. Ahora bien, el concepto de inspección ocular resulta ser restrictivo, pues el funcionario administrativo no solo utiliza la vista para observar la situación o hecho, sino el resto de los sentidos.

1. Prueba instrumental

En general, se considera prueba instrumental a toda aquella que conste en un medio que permita conservar lo que prueba. Un instrumento es un objeto que prueba algo. En consecuencia, son instrumentos no solo los documentos propiamente dichos –que obran, o pueden obrar, por escrito– sino también los medios audiovisuales, informáticos, artísticos, entre otros.

En este sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo General es más bien permisiva, permitiendo la presentación y actuación de todo tipo de instrumentos. Ahora bien, la prueba instrumental por excelencia en el procedimiento administrativo es el documento que constituye

todo objeto escrito susceptible de formar parte del expediente administrativo y que constituye medio de prueba.

1.1. Solicitud de documentos a otras autoridades

Ahora bien, la autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente⁽³⁰⁾. Ello impide que el expediente vaya a ser tramitado por varias autoridades distintas, como resultado de la regla del expediente único. A su vez, la facultad de solicitar documentos implica un importante mecanismo de colaboración entre entidades, en particular respecto a su obligación de facilitar los medios de prueba que se encuentren en su poder, lo cual como ya hemos señalado se configura como una obligación de las autoridades administrativas que permite reducir costos, ser más eficientes y tutelar mejor los derechos e intereses de los administrados.

Cuando la solicitud de obtención de documentos de otras entidades sea formulada por el administrado al instructor, el administrado deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si la misma perteneciera a un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitadamente su existencia. La entidad solicitada, en este último caso, deberá remitir copias certificadas mediante fedatario a fin de cumplir con lo solicitado, copias que como es evidente tienen el mismo valor probatorio que los originales.

2. Los informes administrativos

Los informes administrativos son medios que las entidades emplean para procurarse información de órganos consultivos o de otros organismos de la Administración Pública, siendo declaraciones de juicio emitidos por servidores o funcionarios calificados. Dada su naturaleza de mecanismo de obtención de insumos para la emisión de la resolución final⁽³¹⁾, los informes se configuran como verdaderos medios de prueba.

(30) Artículo 167 de la Ley N° 27444.

(31) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit., p. 315.

Ahora bien, en tanto los informes administrativos no generan efectos jurídicos directos, no pueden ser considerados como actos administrativos ni como actos de administración interna, sino más bien como simples hechos de la Administración⁽³²⁾. En mérito de ello, los informes administrativos no son susceptibles de ser impugnados, aun en el supuesto de que sean vinculantes. La impugnación de la resolución permitirá discutir en la tramitación del recurso la validez del informe, o en todo caso, permitirá la emisión de uno nuevo.

2.1. Clasificación de los informes administrativos

Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes. Son facultativos si es que la solicitud de estos se sujeta a la discrecionalidad de la autoridad, basado en criterios de oportunidad. Son obligatorios –o preceptivos– si la norma legal obliga a su emisión o petición⁽³³⁾. En este último caso, la prescindencia del informe genera la nulidad del acto que se emita⁽³⁴⁾.

Un ejemplo interesante de informe obligatorio es aquel que es necesario para la emisión de la respectiva resolución que resuelve una apelación contra el otorgamiento de la buena pro en el contexto de un proceso de selección en el ámbito de la contratación administrativa, sea que el recurso de apelación sea resuelto por el titular de la entidad o por el Tribunal de Contrataciones⁽³⁵⁾.

Por otro lado, un informe es vinculante cuando su tenor obliga a la autoridad a la toma de una decisión en el sentido que señala el citado informe. A su vez, el informe vinculante puede serlo en sentido estricto, cuando obliga al órgano a atenerse a lo informado. Pero el informe también puede ser obstativo, cuando vincula a la autoridad administrativa en cuanto al parecer negativo que expresan, funcionando en la práctica como un veto⁽³⁶⁾. Ejemplos de informes vinculantes los encontramos

(32) Sin embargo, existe doctrina comparada que opina de manera distinta. Sobre el particular: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Ob. cit., p. 487. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit., p. 312.

(33) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., p. 89.

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Ob. cit., p. 488.

(35) Artículos 113 y 116 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

(36) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., pp. 90-91.

en aquellos que son emitidos por los entes rectores de los sistemas administrativos, conforme la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y las normas que regulan dichos sistemas.

Según un amplio sector de la doctrina⁽³⁷⁾, los informes vinculantes suponen la existencia de facultades resolutivas compartidas entre el órgano consultivo y el que resuelve propiamente. Para algunos autores, en consecuencia, los informes vinculantes deberían implicar mecanismos de garantía para permitir discutir su emisión, como por ejemplo ponerse en conocimiento de los administrados para que señalen lo que consideren conveniente.

Cuando el informe no es vinculante, la opinión contenida en él se utiliza para efectos ilustrativos, sin que obligue a la autoridad a resolver en un sentido determinado pero sí a tomarlo en cuenta. Si el informe fuese vinculante, y la autoridad no resolviera en el sentido señalado por el mismo, se generaría un vicio que anularía la resolución emitida sobre la base del incumplimiento de principios de procedimiento.

Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones establecidas en la ley⁽³⁸⁾. En principio, y de acuerdo al tenor de la Ley, los informes administrativos resultarían ser meramente ilustrativos, salvo disposición legal en contrario. Ello no obsta para que lo informado no pueda incluirse en la motivación de la resolución que se emita.

2.2. Procedencia de la solicitud de informes

Ahora bien, es necesario limitar la facultad de la Administración de solicitar informes, facultad de la que se abusa en muchas entidades y cuyo mal uso genera dilaciones indebidas. En consecuencia, las entidades solo deben solicitar informes que sean preceptivos en la legislación —es decir, los que sean obligatorios— o aquellos que las mismas juzguen absolutamente indispensables para el esclarecimiento de la cuestión a

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Ob. cit., p. 488. SANTA-MARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., p. 91. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 361.

(38) Artículo 171 de la Ley N° 27444.

resolver⁽³⁹⁾, previsión que sin embargo somete a discrecionalidad de la entidad la solicitud del informe.

A fin de obtener un informe adecuado, el pedido de la entidad deberá indicar con precisión y claridad las cuestiones sobre las que se estime necesario el pronunciamiento de la autoridad⁽⁴⁰⁾. La solicitud de informes o dictámenes legales es reservada exclusivamente para asuntos en que el fundamento jurídico de la pretensión sea razonablemente discutible, o los hechos sean controvertidos jurídicamente, y que tal situación no pueda ser dilucidada por el propio instructor⁽⁴¹⁾.

En general, lo previsible es que los funcionarios que emiten los informes se encuentren al interior de la misma entidad. Sin embargo, la Ley no señala nada sobre el particular. Asimismo, las entidades acostumbran solicitar informes dirimientes a consultores externos, en caso el informe emitido por el órgano de asesoramiento no otorgue luces sobre lo que se va a resolver.

El funcionario o servidor que va a emitir el informe, dentro de los dos días de recibida la solicitud respectiva, podrá devolver sin informe todo expediente en el que el pedido incumpla lo señalado en los párrafos anteriores –en particular, si considera que no es necesario emitir pronunciamiento alguno–, o cuando se aprecie que solo se requiere confirmación de otros informes o de decisiones ya adoptadas⁽⁴²⁾, caso en el cual bastará hacer referencia a dichos informes o decisiones.

Este precepto es aplicable fundamentalmente a las oficinas de asesoría jurídica o las que hagan sus veces dentro de las entidades. Y tiene especial relevancia la obligación de no omitir informe cuando la autoridad solicitante ya ha decidido, puesto que ello constituye más bien un mecanismo para evadir la responsabilidad sobre la decisión.

Todas estas previsiones pretenden favorecer la celeridad de los procedimientos, al evitar que las autoridades administrativas soliciten

(39) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., p. 90.

(40) Artículo 172 inciso 172.1 de la Ley N° 27444.

(41) Artículo 172 inciso 172.2 de la Ley N° 27444.

(42) Artículo 172 inciso 172.3 de la Ley N° 27444.

informes cuando podrían resolver la controversia por sí mismas, máxime si el informe es de carácter técnico. Es común que en las entidades los expedientes tarden de manera excesiva en oficinas encargadas de labores de asesoramiento como Asesoría Jurídica, Gabinete de Asesores o Planeamiento.

2.3. Presentación de los informes

Toda autoridad, cuando formule informes o proyectos de resoluciones, fundamenta su opinión en forma sucinta y establece conclusiones expresas y claras sobre todas las cuestiones planteadas en la solicitud, y recomienda concretamente los cursos de acción a seguir, cuando estos correspondan, suscribiéndolos con su firma habitual, consignando su nombre, apellido y cargo⁽⁴³⁾.

El informe o dictamen no incorpora a su texto el extracto de las actuaciones anteriores ni reitera datos que obren en el expediente, pero referirá todo antecedente que permita ilustrar para su mejor resolución⁽⁴⁴⁾. Los informes, entonces, deben limitar la elaboración de antecedentes a lo estrictamente indispensable.

2.4. Falta de recepción del informe solicitado

De no recibirse el informe en el término señalado, la autoridad podrá alternativamente, según las circunstancias del caso y relación administrativa con el informante: prescindir del informe o citar al informante para que en fecha única y en una sesión, a la cual puede asistir el administrado, presente su parecer verbalmente, de lo cual se elaborará un acta que se adjuntará al expediente, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario culpable de la demora⁽⁴⁵⁾.

La norma no señala expresamente qué es lo que ocurre en caso de la omisión de informes preceptivos, en los cuales la emisión del mismo es requisito de validez de la decisión⁽⁴⁶⁾. En este caso, es evidente

(43) Artículo 173 inciso 173.1 de la Ley N° 27444.

(44) Artículo 173 inciso 173.2 de la Ley N° 27444.

(45) Artículo 174 inciso 174.1 de la Ley N° 27444.

(46) La legislación comparada establece la interrupción de plazos. Sobre el particular: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit., p. 314.

que la omisión del informe genera responsabilidad administrativa del funcionario que debe emitirlo, sin perjuicio de la responsabilidad civil generada por el daño originado por la eventual nulidad que se genere o por el silencio administrativo que resultare.

Por otro lado, la Ley puede establecer expresamente en procedimientos iniciados por los administrados que de no recibirse informes vinculantes en el plazo legal, se entienda que no existe objeción técnica o legal al planteamiento sometido a su parecer⁽⁴⁷⁾. Esto funciona de manera similar al silencio administrativo, siendo en este caso de naturaleza positiva. Como resultado, el procedimiento debería ser resuelto a favor del administrado.

El informe presentado extemporáneamente puede no obstante ser considerado en la correspondiente resolución a emitirse por la entidad⁽⁴⁸⁾. Esta previsión tiene sentido a fin de asegurar el resultado del procedimiento, pero no puede perjudicar su avance. Y es claro que no es aplicable en el supuesto señalado en el párrafo anterior, puesto que se ha entendido que no existe objeción al planteamiento expresado.

3. Intervención de terceros en la actividad probatoria

En la actividad probatoria que se genera en un procedimiento administrativo es posible interactuar con terceros que se mantienen como tales y no se vinculan como partes en el procedimiento, a diferencia del tercero administrado, que configura una categoría distinta y que se convierte en parte una vez que se incorpora en el procedimiento. Dicha actuación se configura como resultado de la obligación de los administrados a participar en los procedimientos en virtud del deber de colaboración de estos con la Administración, aun cuando el procedimiento administrativo no se haya iniciado a petición de ellos. Este deber de colaboración, sin embargo, se encuentra restringido a fin de no perjudicar la libertad personal de los particulares.

(47) Artículo 174 inciso 174.2 de la Ley N° 27444.

(48) Artículo 174 inciso 174.3 de la Ley N° 27444.

Los casos más evidentes de participación de terceros en la actividad probatoria –y que no configuran parte del procedimiento– son los de los testigos (la llamada declaración testimonial) y los peritos (pericia o peritaje), los cuales veremos a continuación.

3.1. El deber de los terceros respecto a las actuaciones probatorias

Los terceros tienen el deber de colaborar para la prueba de los hechos, con evidente respeto de sus derechos constitucionales⁽⁴⁹⁾, teniendo en cuenta que la autoridad administrativa tiene limitaciones para emplear la coerción en contra de los administrados. Sobre el particular, deben tenerse en cuenta además las limitaciones que se le imponen a la Administración respecto a la solicitud de pruebas a terceros, en especial, las referidas a la violación del secreto profesional o comercial y los principios referidos a la simplificación administrativa, a los cuales hemos hecho referencia líneas arriba.

3.2. Presentación de testigos en un procedimiento administrativo

La prueba testimonial implica la participación de terceros en el procedimiento –que permanecen como tales– a fin de que estos hagan referencia a diversos aspectos relacionados con el mismo. La declaración de testigos implica su comparecencia personal y la absolución verbal de los interrogatorios respectivos.

Ahora bien, el proponente de la prueba de testigos –sea el administrado o la propia administración– tiene la carga de la comparecencia de estos en el lugar, fecha y hora fijados. Por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, si el testigo no concurriera sin justa causa, se prescindirá de su testimonio⁽⁵⁰⁾. Debemos deducir entonces que la Ley no permite la comparecencia obligatoria del testigo a declarar a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial. Pero, por otro lado, la Ley no señala qué ocurre si el testigo no concurre median-do causa justificada para ello, puesto que podría estar interesado en efectuar la declaración.

(49) Artículo 179 de la Ley N° 27444.

(50) Artículo 175 inciso 175.1 de la Ley N° 27444.

La administración puede interrogar libremente a los testigos y, en caso de declaraciones contradictorias, podrá disponer careos –confrontaciones–, aun con los propios administrados, a fin de dilucidar adecuadamente la materia controvertida⁽⁵¹⁾. Sin embargo, la naturaleza fundamentalmente escrita del procedimiento administrativo y la excepcionalidad de la comparecencia del administrado obliga a emplear esta prerrogativa de manera restrictiva.

3.3. Peritaje –pericia– en un procedimiento administrativo

La pericia, prueba pericial o peritaje implica la emisión de un medio probatorio, de naturaleza técnica y que implica el empleo de conocimientos especiales por parte de quien se designe para el efecto, y respecto de situaciones que lo ameriten. La Ley señala en este sentido que los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que estos deben pronunciarse⁽⁵²⁾. Demás está señalar que en tanto pericia de parte, la Administración debe valorarla de manera cuidadosa, en uso de las reglas de la sana crítica.

Un tema final a dilucidar se enfoca en la actuación de la pericia, debiendo determinarse si es a través de un informe escrito o a través de la sustentación del mismo en una audiencia convocada para el efecto. La naturaleza fundamentalmente escrita del procedimiento administrativo nos puede llevar a pensar que el mecanismo a emplear es el primero de los nombrados, no obstante que la garantía del derecho de defensa se encuentra presente en el segundo de ellos.

3.4. Pericia de la administración

Es posible que la Administración genere informes periciales en el marco de su actividad probatoria. Sin embargo, la norma señala que la administración no debe contratar peritos por su parte⁽⁵³⁾, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal –que en el

(51) Artículo 175 inciso 175.2 de la Ley N° 27444.

(52) Artículo 176 inciso 176.1 de la Ley N° 27444.

(53) Precisión que es consistente con lo señalado por la doctrina y el derecho comparados. CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 369.

fondo se identifican con los informes administrativos a los cuales ya nos hemos referido— o a las entidades técnicas aptas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas⁽⁵⁴⁾.

Ello asegura, por un lado, la protección de los fondos públicos, la imposibilidad de que dichos costos sean trasladados al administrado y configura una garantía de imparcialidad de quien realiza la pericia. Tal situación, sin embargo, no le otorga a estos informes la calidad de prueba privilegiada, a diferencia de lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia comparadas⁽⁵⁵⁾, ni siquiera en aplicación del principio de legalidad.

3.5. Actuación de pruebas por las autoridades públicas

De acuerdo con la Ley, las autoridades de entidades no prestan confesión —entendida como declaración de parte—, salvo en procedimientos internos de la administración —los llamados procedimientos institucionales—; sin perjuicio de ser susceptibles de aportar elementos probatorios en calidad de testigos, informantes o peritos, si fuere el caso⁽⁵⁶⁾. No es posible entonces solicitar declaración de parte a la administración.

Ello se sustenta en el hecho de que las autoridades administrativas son las que dirigen el procedimiento, pero a la vez son parte de este. Resulta violatorio del principio de imparcialidad, en consecuencia, que una autoridad administrativa pueda ser citada a rendir confesión. Esta previsión se convierte entonces en una limitación al principio de libertad probatoria, en beneficio del administrado.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es evidente la importancia de los medios de prueba en el procedimiento administrativo general a fin de verificar los datos aportados en el expediente, sea por los administrados o por la autoridad administrativa. A la prueba se le aplica entonces un conjunto de principios

(54) Artículo 176 inciso 176.2 de la Ley N° 27444.

(55) SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto C. Ob. cit., p. 333.

(56) Artículo 177 de la Ley N° 27444.

administrativos, los que dirigen la actividad probatoria de la entidad en términos no solo del interés general, sino de la tutela de los derechos e intereses de los administrados.

En este orden de ideas, son aplicables principios como el de verdad material impulso de oficio, presunción de veracidad e informalismo. Estos principios permiten afirmar que la carga de la prueba recae fundamentalmente en la autoridad administrativa, no solo porque la misma se imputa a quien se encuentra en mejor capacidad para probar, sino además por el hecho de que es la administración la que debe explicitar las razones por las cuales no le genera convicción lo aportado por el administrado conforme lo señalado en el TUPA.

Asimismo, los medios probatorios son todos los que sean pertinentes para probar un hecho. Por ello existe libertad probatoria a favor del administrado, y una amplia regulación de varios de los medios probatorios susceptibles de emplearse en el procedimiento administrativo, con determinadas limitaciones aplicables a la autoridad administrativa como es el caso de los informes administrativos, o la prohibición de prestar confesión.

Capítulo

2

La prueba en el procedimiento trilateral

La prueba en el procedimiento administrativo trilateral

Juan José DÍAZ GUEVARA^(*)

El autor realiza un análisis doctrinal, jurisprudencial y práctico respecto al procedimiento administrativo trilateral, señalando que como este participa de la esencia del jurisdiccional, debe tenerse presente que se garantice la posibilidad de que ambas partes ejerzan su derecho a ofrecer y producir pruebas, siempre y cuando se encuentren en posición de igualdad. De no ser ello así, corresponderá a la Administración trasladar el peso de la carga de la prueba a aquel administrado que tenga mejor capacidad de soportarla.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Según Gustavo Bacacorzo⁽¹⁾, el derecho administrativo es el “conjunto de normas y reglas positivas y los principios del derecho público para el funcionamiento de los servicios públicos bajo un contralor Jurisdiccional”. Por su parte Rubén Flores⁽²⁾, establece que “es el Derecho cuyo objeto es la Administración, el ejercicio de la Función Administrativa y el establecimiento de prerrogativas públicas y de las garantías respecto de las mismas”.

(*) Magíster y Consultor Jurídico. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Público.

(1) BACACORZO, Gustavo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I sustantivo. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, p. 40.

(2) FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Manual de Derecho Público y Derecho Administrativo*. Tomo II, Derecho Administrativo. B de F Editorial, Buenos Aires, 2007, p. 16.

Como podemos apreciar de ambas nociones, tal como manifestara Santofimio, la administración estatal implica una visión objetiva refrendada en la positividad de sus normas y principios, así como una visión subjetiva en la actitud de sus operadores administrativos en el ejercicio de sus labores.

Así, “la Administración Pública⁽³⁾ es la encargada del manejo de los servicios públicos, los que pueden ser entendidos desde tres criterios: criterio subjetivo, referente al Estado como empresa (a través de este criterio se establece que para que exista servicio Público, este debe ser dado de forma estable); criterio objetivo, o también llamado criterio material, en el se establece que lo mas importante para que exista servicio Público es la satisfacción del interés general, el que no puede postergarse indefinidamente sin dar paso al caos social; criterio formal; referido al régimen jurídico especial de Derecho Público, destinado a asegurar la regularidad y continuidad del servicio”⁽⁴⁾.

Sin embargo se puede afirmar que el criterio material será siempre el dominante si se piensa que el servicio será siempre independiente del órgano o persona que lo realice. De esta forma se puede concluir que en la práctica el interés general como connotación teleológica termina convirtiéndose en sinónimo de servicio público.

No obstante la finalidad pública que persigue todo acto administrativo, generalmente provoca un conflicto de intereses entre varios administrados. Así la legislación y la doctrina han tratado de diferenciar de manera específica determinadas clases de procedimientos administrativos, el procedimiento en stricto sensu (entidad-administrado: para otorgar o denegar un derecho a favor del administrado), el procedimiento sancionador (entidad-administrado: para determinar responsabilidades y sanciones contra el trabajador o administrado) y el Procedimiento Administrativo Trilateral en el cual se tiene como distingo el

(3) Según ALFONSO PAREJO, Luciano, en *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen I, 5ª edición. Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 2 y ss. “La Administración Pública, como objeto de derecho administrativo nace a finales del siglo XVIII a raíz de las revoluciones que se suscitan en dicho siglo y principalmente a raíz de la revolución francesa. Siendo que luego de estas el Estado sufriría transformaciones que conllevarían al surgimiento del denominado Estado liberal de Derecho”.

(4) ROQUEL, Rodolfo. *Introducción a la Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Dunken, Buenos Aires, 2004, p. 161.

conflicto entre dos o más administrados que demandan la actuación de una entidad pública especializada como ente resolutor. Si bien es cierto estos tres procedimientos están específicamente definidos, su régimen legal general está enmarcado dentro de una Ley General dentro del contexto latinoamericano, el cual como sabemos en su gran mayoría tiene el modelo español, en el caso peruano la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

Si bien es cierto, son muchas las instituciones jurídicas inmersas en el campo del Derecho Administrativo, en cuanto a los procedimientos administrativos relacionados al conflicto de intereses entre administrados, surge como elemento determinante para la emisión de la resolución administrativa que lo defina, la prueba en lo que respecta tanto a nivel de aporte procedimental como a la valorización que se da de ésta; así los problemas acerca de la noción de prueba y de la justificación de las decisiones jurídicas sobre los hechos son de capital importancia teórica y práctica. A pesar de ello, no siempre han recibido la atención merecida, por parte de la doctrina bajo este rubro, limitándose en gran mayoría nuestros juristas a aplicar respecto de la prueba en sede administrativa, de manera supletoria las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil.

Se considera que es partir del Decreto Ley N° 26111, en el que se sienta la primera construcción legal del procedimiento administrativo trilateral. En el acotado dispositivo se inferían tres clases de procedimientos contenciosos: a) entre dos particulares ante la administración pública, b) entre un particular y la administración pública; y c) entre dos entidades públicas.

El artículo 219 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, define al procedimiento trilateral como aquel “procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y ante las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”.

Así, el procedimiento trilateral se configura como un procedimiento especial, cuya materia tiene como distingo general un conflicto

entre administrados, que exige una resolución imparcial por parte de la entidad, a razón de ello en la doctrina suele denominársele cuasi jurisdiccional.

Según Pinkas Flint, “el procedimiento cuasijurisdiccional, administrativo, contencioso o trilateral se desarrolla en el ámbito de la administración pública para decidir un conflicto de intereses suscitado por la actuación pública o asuntos de interés público, ejerciendo la autoridad el rol de instructor de la causa con facultades inherentes a la jurisdicción. En estos procedimientos la administración pública conoce, instruye y resuelve: conflictos de intereses entre administrados sobre asuntos bajo tutela estatal y conflictos entre la administración y los administrados generados por la actuación ejecutiva del estado. Estos procedimientos se caracterizan por ser objeto de instrucción y resolución por organismos ubicados fuera del poder judicial y dentro del ámbito de las autoridades del Poder Ejecutivo o de organismos autónomos; porque tanto el diseño como el desarrollo del procedimiento está regulado por el Derecho Administrativo mostrando gran influencia de las categorías, instituciones y principios propios de procesos judiciales, porque se califican como no regulados estando exceptuados de plazos perentorios y de silencios administrativos; porque se resuelven por un organismo debidamente facultado para determinar con autonomía el método aplicable con rasgos de inamovilidad e independencia frente a la administración activa; porque el sector de la administración a cargo del caso tiene facultades de jurisdicción; porque en el procedimiento convergen dos o más administrados con intereses confrontados, haciendo necesario asegurar la vigencia del principio procesal de contradicción. En ese sentido la actuación de la prueba queda a cargo de la administración a través de sus órganos y dependencias públicas”⁽⁵⁾.

(5) PINKAS FLINT. *Tratado de la libre competencia*. 1ª edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2002, pp. 745-768. Cabe acotar que según el artículo I del título preliminar de la Ley N° 27444 (LPAG), se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública: 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía. 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan

II. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

“El orden jurídico comporta la existencia de una normativa sistémica, puesto que es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada, (...) es el conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí”⁽⁶⁾. Bajo estos lineamientos, nuestro Tribunal Constitucional, ha tomado una posición férrea en considerar que “el orden jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas”⁽⁷⁾.

Dentro de esta dogmática, los institutos jurídicos que navegan en el mar jurídico administrativo, como la prueba, medio principal del derecho de acción y contradicción, deben ser objeto de interpretación y análisis a la luz del pensamiento constitucional, lo que en doctrina se conoce como la “interpretación constitucional de la norma administrativa”, procedimiento colegiado mediante el cual, respecto a una institución jurídica se “determina su significado y alcance hasta el límite máximo permitido por la Constitución. En la doctrina de la referencia, la interpretación constitucional de la ley quiere decir que si a una norma legal es posible darle un significado que sea compatible con la constitución, adoptar ese significado debe ser preferido por sobre cualquier otro que

servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Asimismo, la LPAG, en su artículo 50 define al administrado, como aquel que respecto de algún procedimiento administrativo concreto, lo promueve como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, poseen derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse”.

- (6) ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Manual de Filosofía del Derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 9.
- (7) Esta posición se encuentra materializada en el Exp. N° 005-2003-AI/TC, correspondiente a una causa tramitada por 64 Congresistas de la República, respecto de acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26285, que autorizó en su oportunidad la suscripción del “contrato-ley” de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos –hoy Telefónica del Perú S.A.A.– y el Estado peruano.

no sea compatible con la Constitución”⁽⁸⁾, ello, tal como sostiene Hernando Díaz Candia, en razón de que las normas jurídicas desde sus orígenes, se consideraban de carácter programático, en el sentido que requerían un desarrollo normativo posterior para poder ser aplicadas a casos concretos.

En el ordenamiento jurídico positivo la prueba es de tal trascendencia que, con razón, se ha dicho que un derecho, aunque realmente exista, si no puede demostrarse, es como si no tuviera vida: su utilidad es nula. Según algunos, la palabra prueba deriva del adverbio “probe”, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende. A juicio de otros, prueba vendría de “probandum”, en el sentido de recomendar, probar, experimentar, patentizar, dar fe; como expresan varias leyes del Derecho Romano⁽⁹⁾.

Así, “la palabra prueba tiene acepciones diversas. En primer lugar es la demostración de la verdad de un hecho, de su existencia o no existencia. Dícese siguiendo a un civilista francés muy en boga a comienzos de siglo, Baudry-Lacantinerie, que es el establecimiento por los medios legales de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama. En segundo lugar equivale a los **medios de prueba**, o sea los medios de convicción considerados en sí mismos y que llevan a la inteligencia a admitir la realidad de un hecho. Son medios de prueba las manifestaciones materiales de los hechos, las cosas corpóreas que representan a estos y a las declaraciones de voluntad (documentos) o que constituyen indicios para inferir hechos acaecidos”⁽¹⁰⁾.

La prueba puede ser histórica o crítica. Pruebas históricas son las que constituyen la representación del hecho o la exposición de los hechos sucedidos (instrumentos, testimonios, confesión). Pruebas críticas o

(8) DÍAZ CANDIA, Hernando. *La doctrina de la deferencia en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Tomo I del Congreso Internacional de Derecho Administrativo: Homenaje a Luis Farias Mata/Coordinador Rafael Badell Madrid. 1ª edición, Editorial Texto C.A. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 249.

(9) ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de Derecho Civil*. Parte preliminar y general. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago de Chile, p. 410.

(10) Ídem.

lógicas son las que implican la reconstrucción de los hechos a base de indicios de éstos, conforme a un razonamiento inductivo (presunciones, pericia) o sea el hecho que se desconoce y averigua se infiere de otro u otros hechos. “En tercer lugar, hálbase de prueba para referirse al hecho mismo de su producción, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales, y en este sentido se dice por ejemplo, que la prueba incumbe al actor o al demandado. Por ultimo, sin perjuicio que haya otras acepciones, por prueba se entiende el resultado obtenido con los medios de prueba de que se hizo empleo, osea significa, si hubo o no demostración del hecho que se sostenía”⁽¹¹⁾.

El Tribunal Constitucional Peruano en sentencia del 14/11/2005 obrante en el Expediente N° 8605-2005-AA/TC, ha sostenido entre otros, lo siguiente:

- El artículo 139 de la Norma Suprema establece los principios y derechos de la función jurisdiccional, consagrandos en el inciso 3) la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.
- Evidentemente, el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (STC Exp. N° 4289-2004-AA/TC).
- Bajo esa premisa, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión

(11) Ídem.

y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.

- **La vulneración del derecho de defensa quedaría fehacientemente constatada si se comprobase que la Administración (...) ha sustentado sus conclusiones en base a pruebas inexistentes o desconocidas, pues ello determinaría la imposibilidad de contradecirlas y, obviamente, defenderse contra ellas; más aún si tales pruebas, por sí mismas, resultaron sustanciales y determinantes para la resolución de la controversia⁽¹²⁾.**

Como podemos apreciar el máximo interprete de la Constitución, en la que se garantiza el derecho al debido procedimiento, señala que una de las vías esenciales para conseguirlo es la correcta definición, aporte y meritución de los medios probatorios, para el colegiado, solo así se podría obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos.

Asimismo el supremo interprete de la constitución, en sentencia del 5/4/2007 obrante en el Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, ha señalado que:

- **el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.** Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. **Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos.**

(12) Lo resaltado es nuestro.

- Es menester considerar también que el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.
- Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, este, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. **Este criterio aplicado al procedimiento administrativo, exigiría que los tribunales administrativos soliciten, actúen y den mérito jurídico a la prueba aportada por los administrados⁽¹³⁾.**
- **Por ello, la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable debe reunir las siguientes características:**

a) **Veracidad objetiva**, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues este se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación.

(13) En doctrina se suele resaltar lo relevante del fallo emitido por un tribunal administrativo; por ejemplo Colmeiro señala que “los tribunales administrativos pronuncian en virtud de un derecho ajeno a la institución, y sus fallos sin más requisitos causan ejecutoria”. El citado autor adicionalmente señala que su existencia marca una diferencia entre la jurisdicción administrativa voluntaria y la jurisdicción contenciosa. Léase a COLMEIRO, Manuel. *Derecho Administrativo español*. Tomo II. Editora Martínez, Madrid, 1950.

b) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba;

c) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho (...) que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando esta produzca certeza (...) para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto.

d) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputara pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.

- Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, de acuerdo con lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional (vide STC Exp. N° 6712-2005/HC/TC, FJ 15), está determinado: (...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Concordante con este criterio de limitar el ejercicio del derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional en su sentencia normativa del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC ha establecido que **“en términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud**. Estos 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 a la prueba”

III. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRILATERAL

Según Richard Martín Tirado, en el desarrollo del procedimiento administrativo general se asume, que en virtud del principio de verdad material, la carga de la prueba recae básicamente en la Administración, dado que esta asume un rol decisorio de los casos, puesto que emite resolución respecto de la petición del administrado, y también asume un rol de parte interesada, en virtud de su función de servicio de los intereses generales. Sin embargo, ello no enerva la aplicación del principio general de la carga de la prueba en materia procesal, mediante el cual se indica que “quien afirme un hecho debe probarlo”⁽¹⁴⁾.

En tal sentido, cuando en un procedimiento un administrado formula una petición, o absuelve el cargo de una denuncia formulada en su contra, debe acompañar las pruebas que sustenten los hechos alegados en su pretensión frente a la Administración. Sin embargo, la aplicación de los principios de verdad material, y de impulso de oficio en el procedimiento administrativo, hacen que sobre la Administración también recaiga un deber específico de realizar las actuaciones necesarias para obtener la convicción suficiente que le permite emitir un pronunciamiento.

En tal virtud, en los procedimientos administrativos lineales, la autoridad administrativa no solo debe ajustarse a las pruebas ofrecidas y actuadas por las partes, esto es, al principio de la carga de la prueba en sede procesal civil donde el Juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), sino que debe también atender a los principios de impulso de oficio, y de búsqueda de la verdad material. Es así, que la doctrina entiende que

(14) El *onus probandi* (o carga de la prueba) expresión latina del principio jurídico que señala quien está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del *onus probandi* radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que “lo normal se presume, lo anormal se prueba”. Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (“affirmanti incumbit probatio”: a quien afirma, incumbe la prueba). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema). Según Betancourt “el demandante debe probar su intentio o el *factum* que alega; mientras el demandado debe probar su *exceptio*. Léase a BETANCOURT, Fernando. *Derecho Romano clásico*. Fondo Editorial de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, p. 232.

corresponde a los órganos que intervienen en el procedimiento administrativo, realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos que fundamentan la decisión. En sintonía con dicha tendencia, Díez Sánchez señala que: “Corresponde básicamente a la Administración verificar y probar los hechos que no tenga por ciertos. El indicado carácter inquisitivo del procedimiento y la posición que en él ostenta la Administración, implica como lógica consecuencia que recaiga sobre ella esa carga”. Dicha posición es la asumida en sede nacional por el artículo 162 de la LPAG.

Para el autor nacional, la situación varía en el caso del procedimiento administrativo trilateral. En efecto, en dicha clase de procedimientos, donde el principio contradictorio en sede procedimental administrativa se hace más evidente en la tramitación del mismo, la carga de la prueba, en principio, por aplicación de la posición neutral de la Administración, el principio de verdad material se ve atenuado, por lo que básicamente, la carga de la prueba recae en los administrados intervinientes en el mismo. Parada señala que “(...) en los procedimientos arbitrales o triangulares⁽¹⁵⁾, en que la Administración asume una posición de neutralidad entre dos partes enfrentadas, la carga de la prueba debe repartirse en términos análogos al proceso civil, de forma que, normalmente, el actor debe probar los hechos constitutivos del derecho que reclama, mientras que el demandado debe probar los hechos impeditivos o extintivos (...). En todo caso, como en los procedimientos administrativos los interesados no siempre asumen posiciones formalmente diferenciadas, deberá matizarse esta regla de reparto en función de las circunstancias del caso”.

El citado jurista, señala que “esta situación se da, a nuestro entender, por la vigencia irrestricta del principio contradictorio en el procedimiento administrativo trilateral. La aplicación en la práctica de este principio, implica que se presume que las partes actúan en igualdad

(15) Hay que acotar que al referirse a arbitral, Parada no iguala al procedimiento trilateral propio del procedimiento administrativo con el proceso arbitral derivado de las contrataciones estatales, por ejemplo; en este caso el autor realza la capacidad de resolver un conflicto como potestad de la administración pública. Así para muchos, la acción arbitral de la administración estatal propio de los procedimientos triangulares se da si este se inicia a instancia de parte interesada. Léase GONZÁLES NAVARRO, F. “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”. En: *Revista Boletín Legal*. N° 211, 1981, p. 431 y ss.

de condiciones en el desarrollo del procedimiento trilateral. Por ello es que en el desarrollo de los procedimientos trilaterales, la Administración debe asegurar la participación igualitaria de los interesados, bajo pena de ilegitimidad de la decisión a ser tomada, por afectar la imparcialidad que ella debe guardar en el trámite. Sin embargo, ello no obsta para que cuando se presente una desigualdad entre las partes (un caso de protección al consumidor, o de barreras de acceso al mercado) la Administración distribuye el peso de la carga de la prueba hacia quien esté en mejor posición de asumirla”.

El principio de contradicción es una consecuencia del derecho a un juicio justo y forma parte del principio de igualdad. Ha de estar presente en todas las fases del proceso y en todos los procesos ya sea penal, civil o administrativo. El carácter contradictorio del procedimiento requiere que las partes examinen todos los elementos del proceso que sean decisivos para la impugnación de la regularidad de las medidas controvertidas⁽¹⁶⁾.

Richard Martín Tirado, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional español 145/1990, (para el caso de los procesos judiciales) señala que “el referido principio implica que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis. Así, en cuanto el procedimiento trilateral participa de la esencia del jurisdiccional, debe tenerse presente que debe garantizarse la posibilidad de que ambas partes ejerzan su derecho a ofrecer y producir las pruebas posibles, siempre y cuando se encuentren en posición de igualdad. De no ser ello así, la autoridad administrativa está facultada a trasladar el peso de la carga de la prueba a aquél administrado que tenga mejor capacidad de soportarla”.

En este tipo de procedimiento la autoridad debe ser lo suficientemente cautelosa, para no sustituir el deber probatorio de las partes. Por tanto, la aplicación del principio de verdad material debe estar atenuada, al operar la presunción de igualdad entre las partes intervinientes en el procedimiento trilateral. Sin embargo, ello no implica que la

(16) ORTIZ, Luis y RAMOS, Álvaro. *Derecho a la competencia europeo y español*. Editorial Dickinson. Madrid, 2005, p. 37.

autoridad administrativa ante la cual se desenvuelve el procedimiento administrativo trilateral, como entidad servicial de los intereses generales, ejerza su facultad de ordenar y producir pruebas cuando exista un interés público inherente a la resolución del procedimiento.

Finalmente, respecto de este tema, el profesor Tirado, resalta que “la prescripción contenida en el artículo 225 de la LPAG, en cuanto ésta consagra la posibilidad de que la Administración prescinda de la actuación de cualquiera de las pruebas ofrecidas por las partes, en caso de existir acuerdo unánime de estas al respecto. A nuestro entender, esta disposición de la LPAG no implica otro significado que el de señalar la atenuación del principio de verdad material en el desarrollo del procedimiento trilateral, pero sin que se considere de manera alguna que la Administración renuncie al deber de verificar la verdad de los hechos propuestos por las partes cuando su pronunciamiento pueda revestir una afectación al interés público”.

La Ley N° 27444 si bien es cierto hace distinciones especiales respecto del procedimiento administrativo trilateral, de manera acertada dentro de todo su corpus iuris desarrolla aspectos relacionados al tratamiento de la prueba en todo procedimiento administrativo, así pasaremos a desarrollar este instituto jurídico desde una concepción legal.

1. La prueba como fuente del debido procedimiento

Según la Ley del Procedimiento Administrativo General, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Cabe acotar que en lo concerniente a la prueba como entre otros institutos jurídicos, los aspectos relacionados a la prueba solo admiten la regulación propia del Derecho Procesal Civil si esta es compatible con el régimen administrativo.

Este debido procedimiento, que tal como hemos manifestado corresponde a la extensión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida en el artículo 139 de la Constitución, por mandato del principio de presunción de veracidad regulado en el título preliminar de la Ley N° 27444, conlleva a manifestar que en general la prueba en el procedimiento administrativo incluido el trilateral es documentada, ya que

por este principio, en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario, procedimiento que se desarrolla vía fiscalización posterior conforme lo señala el artículo 32 de dicho cuerpo normativo.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada para verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

2. La prueba como objeto o contenido del acto administrativo

En un procedimiento administrativo, incluido el trilateral, el contenido de los actos administrativos que en su mayoría son objeto de prueba por parte de los administrados, comprende cuestiones de hecho y derecho que les permite fundamentar su posición.

En este extremo es propicio manifestar que en todo procedimiento administrativo, conforme lo señala el artículo 42 de la Ley N° 27444 la aportación de la prueba no está limitada en cuanto a su procedibilidad como aporte del administrado a la opinión de la entidad, así todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario.

3. El aporte probatorio como deber institucional

Para la legislación nacional, la prueba no solo es el medio ideal de defensa dentro de un procedimiento trilateral, también por exigencia del artículo 76 de la Ley N° 27444, constituye un deber de cada entidad estatal, en el extremo en que estas están obligadas a “facilitarse entre ellas los medios de prueba que se encuentren en su poder, cuando les sean solicitados para el mejor cumplimiento de sus

deberes”, salvo disposición legal en contrario, así por ejemplo este deber podría verse limitado en los supuestos considerados como excepciones de la Ley de Transparencia y Acceso a la Función Pública, Ley N° 27806.

Asimismo, el aporte probatorio como deber institucional estaría materializado en la función desarrollada por los fedatarios institucionales, quienes tienen como labor personalísima, comprobar y autenticar, previo cotejo entre el original que exhibe el administrado y la copia presentada, la fidelidad del contenido de esta última para su empleo en los procedimientos de la entidad, cuando en la actuación administrativa sea exigida la agregación de los documentos o el administrado de-see agregarlos como prueba⁽¹⁷⁾.

Es propicio acotar que según el artículo 167 de la Ley N° 27444 “la autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime convenientes para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente. Cuando la solicitud sea formulada por el administrado al instructor, deberá indicar la entidad donde obre la documentación y, si fuera de un expediente administrativo obrante en otra entidad, deberá acreditar indubitablemente su existencia”. Asimismo, “los documentos y antecedentes deben ser remitidos directamente por quien es requerido dentro del plazo máximo de tres días, si se solicitasen dentro de la misma entidad, y de cinco, en los demás casos. Si la autoridad requerida considerase necesario un plazo mayor, lo manifestará inmediatamente al requirente, con indicación del plazo que estime necesario, el cual no podrá exceder de diez días”⁽¹⁸⁾.

4. La prueba como factor de celeridad en el procedimiento administrativo trilateral

Todo procedimiento administrativo está sujeto a plazos, los mismos que en su mayoría o son de prescripción o de caducidad. No obstante según el artículo 136 de la Ley N° 27444 la autoridad competente

(17) Artículo 127 de la Ley N° 27444.

(18) Artículo 168 de la Ley N° 27444.

puede otorgar prórroga a los plazos establecidos para la actuación de pruebas o para la emisión de informes o dictámenes, cuando así lo soliciten antes de su vencimiento los administrados o los funcionarios, respectivamente, esto determina que no siempre los procedimientos administrativos tengan plazo definido, ya que en cuanto a este plazo la entidad ejerce un criterio discrecional⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, el artículo 148 del cuerpo jurídico bajo comentario, establece que “en una sola decisión se dispondrá el cumplimiento de todos los trámites necesarios que por su naturaleza corresponda, siempre y cuando no se encuentren entre sí sucesivamente subordinados en su cumplimiento, y se concentrarán en un mismo acto todas las diligencias y actuaciones de pruebas posibles, procurando que el desarrollo del procedimiento se realice en el menor número de actos procesales”. Así, en procedimientos administrativos sancionadores trilaterales como el que hemos citado en las cuestiones preliminares del presente, “se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo”⁽²⁰⁾.

5. La carga de la prueba

Existe un viejo criterio de que la administración pública siempre tiene la razón en detrimento de sus administrados; aunado a ello, nuestras universidades han obviado profundizar el estudio de las pruebas en general, y más aún, han obviado el estudio de las pruebas en cada uno de los procedimientos especiales, lo cual trae como consecuencia la indefensión del administrado, ya que cuando recurre al abogado, el mismo o no conoce o carece de valor para iniciar la actividad probatoria, lo cual produce la pérdida de los procesos en favor de la administración⁽²¹⁾.

(19) Según García Trevijano Fos, no puede haber una discrecionalidad más que cuando se valora, no cuando hay simple valoración. Señala así que ella supone una ponderación comparativa de intereses, es decir, la existencia de dos o tres puntos de valoración, de los cuales la administración toma uno”. BELTRÁN DE FELIPE, M. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 27 y ss.

(20) Artículo 161 de la Ley N° 27444.

(21) Armando Colmenares Jiménez: “El manejo de la prueba en el Procedimiento contencioso Administrativo venezolano”. En: *Revista de Derecho Universidad del Norte*. Editorial Universidad Experimental Tachira. Venezuela, 2004, p. 25.

Por otro lado, José Araujo Juárez sostiene que la noción de prueba no puede desvincularse del hecho, cosa o acto sobre el cual versa, de su actividad demostrativa, del medio o procedimiento de comprobación y del conocimiento que aporta esa actividad. Por su parte, Henrique Meier señala que en materia administrativa, la acción probatoria no es otra cosa que la actividad probatoria desarrollada por la Administración, por los administrados o terceros, dirigida a llevar al expediente los elementos de juicio con los que se ha de verificar la exactitud o inexactitud de las afirmaciones sobre los hechos y que han de servir de fundamento a la resolución del procedimiento⁽²²⁾.

En el caso peruano, el artículo 162 de la Ley N° 27444 señala que la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio, es decir, de aquel por el cual 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. No obstante según sus lineamientos señala que también corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias⁽²³⁾, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

En cuanto a la actuación probatoria, nuestra normativa exige (artículo 163) que cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal⁽²⁴⁾, fijando un periodo que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Solo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. Esto

(22) Armando Colmenares Jiménez: ídem. p. 26

(23) Morón Urbina describe la prueba pericial como aquella impuesta por la naturaleza particular de los hechos que requieren probanza, cuya exacta apreciación requiera de conocimientos especiales de naturaleza Técnica”.

(24) Es el principio por el cual el juzgador debe tratar de reunir el mayor número de actos procesales en un solo comparendo o audiencia. Para mayor detalle léase a Juan Monroy Gálvez en “La prueba entre la oralidad y la escritura en el proceso civil peruano”, informe presentado ante el coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Noviembre 1999, Gandia-Valencia, España.

último es concordante con el principio de eficacia, por el cual los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

En la actuación de la prueba, la autoridad administrativa notifica a los administrados, con anticipación no menor de tres días, la actuación de prueba, indicando el lugar, fecha y hora. Cabe acotar que esta ley permite pruebas sobrevinientes a dicho plazo, siempre que no se haya emitido resolución definitiva.

Las entidades pueden (no deben) prescindir de actuación de pruebas cuando decidan exclusivamente en base a los hechos planteados por las partes, si los tienen por ciertos y congruentes para su resolución.

Es propicio señalar que según la legislación nacional, no será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior⁽²⁵⁾.

Finalmente, en este punto la ley bajo comentario admite como mecanismos probatorios recabar antecedentes y documentos, solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo, conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los mismos declaraciones por escrito, consultar documentos y actas, practicar

(25) Artículo 165 de la Ley N° 27444.

inspecciones oculares⁽²⁶⁾, entre los necesarios para fundamentar la posición del administrado siempre y cuando no se violen leyes expresas o derechos como la intimidad, secreto militar y otros. Asimismo, “el proponente de la prueba de testigos tiene la carga de la comparecencia de los mismos en el lugar, fecha y hora fijados. Si el testigo no concurriera sin justa causa, se prescindirá de su testimonio. La administración puede interrogar libremente a los testigos y, en caso de declaraciones contradictorias, podrá disponer careos, aun con los administrados”⁽²⁷⁾.

6. La prueba como deber y potestad del administrado

Nuestra legislación concibe que toda autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Para el efecto se cursa el requerimiento mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

No obstante tal potestad, también ampara como legítimo el rechazo a dicha exigencia, cuando la sujeción implique: la violación al secreto profesional, una revelación prohibida por la ley, suponga directamente la revelación de hechos perseguibles practicados por el administrado, o afecte los derechos constitucionales. En ningún caso esta excepción ampara el falseamiento de los hechos o de la realidad. El acogimiento a esta excepción será libremente apreciada por la autoridad conforme a las circunstancias del caso, sin que ello dispense al órgano administrativo de la búsqueda de los hechos ni de dictar la correspondiente resolución⁽²⁸⁾.

(26) Para Pinkas Flint, existen hechos que requieren de la apreciación personal del administrador, hechos que no pueden comprobarse fuera de las instalaciones del administrado. En estos casos procede la inspección ocular, donde el instructor hace comprobaciones visuales de los hechos alegados. Guerra Cruz describe la inspección como: “la prueba practicada por el director o instructor del procedimiento en el área y ambiente que se hubiera señalado. Es decir es la apreciación personal directa que realiza el funcionario, trasladándose al lugar de los hechos para realizar una constatación inmediata que hará constar en un acta, en la que se producirán las descripciones, circunstancias y dichos de los sujetos que participen en la actuación”. PINKAS FLINT. Ob. cit., p. 269.

(27) Artículo 175 de la Ley N° 27444.

(28) Artículo 169 de la Ley N° 27444.

Asimismo, en la audiencia pública cualquier tercero, sin necesidad de acreditar legitimación especial está habilitado para presentar información verificada, para requerir el análisis de nuevas pruebas, así como expresar su opinión sobre las cuestiones que constituyan el objeto del procedimiento o sobre la evidencia actuada. No procede formular interpelaciones a la autoridad en la audiencia.

No obstante, si bien es cierto no se puede interpelar a la autoridad, esta debe observar las causales de abstención establecidas en el artículo 88 de la Ley N° 27444, es decir, cuando:

- Es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los administrados o con sus representantes, mandatarios, con los administradores de sus empresas, o con quienes les presten servicios.
- Ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.
- Si personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otra semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquel.
- Tuviere amistad íntima, enemistad manifiesta o conflicto de intereses objetivo con cualquiera de los administrados intervinientes en el procedimiento, que se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes en el procedimiento.
- Tuviere o hubiese tenido en los últimos dos años, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los administrados o terceros directamente interesados en el asunto, o si tuviera en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente.

Si la autoridad no se abstuviera en los casos descritos, el documento emitido por la autoridad constituiría prueba a cualquiera de los

administrados inmersos en un conflicto de intereses, permitiendo la subsecuente nulidad del acto resolutivo ipso iure de acuerdo al artículo 10 de dicho cuerpo normativo, independientemente de la responsabilidad administrativa, civil o penal a la que hubiere a lugar.

Finalmente, la legislación peruana permite que la administración prescinda de la actuación de las pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes por acuerdo unánime de estas⁽²⁹⁾.

IV. CONCLUSIONES

1. El Procedimiento Administrativo trilateral constituye uno de naturaleza contenciosa, donde la Administración actúa como un tercero imparcial, resolviendo un conflicto suscitado entre dos o más particulares administrados.
2. Es necesario diferenciar entre el procedimiento arbitral y el trilateral, en el primero las partes se someten a esa jurisdicción de manera libre en base a un contrato, en el segundo la intervención de la entidad está determinada por norma jurídica expresa, sujeto a control jurisdiccional en aspectos de fondo a nivel judicial, diferente al caso de un laudo arbitral.
3. El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, aspecto que se hace extensivo al procedimiento administrativo.
4. La vulneración del derecho de defensa quedaría fehacientemente constatada si se comprobase que la Administración ha sustentado sus conclusiones en base a pruebas inexistentes o desconocidas, pues ello determinaría la imposibilidad de contradecirlas y, obviamente, defenderse contra ellas; más aún si tales pruebas, por **sí mismas**, resultaron sustanciales y determinantes para la resolución de la controversia.

(29) Artículo 225 de la Ley N° 27444.

5. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Estos 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 a la prueba.
6. En el desarrollo del procedimiento administrativo general se asume, que en virtud del principio de verdad material, la carga de la prueba recae básicamente en la Administración, dado que esta asume un rol decisorio de los casos, puesto que emite resolución respecto de la petición del administrado, y también asume un rol de parte interesada, en virtud de su función de servicio de los intereses generales. Sin embargo, ello no enerva la aplicación del principio general de la carga de la prueba en materia procesal, mediante el cual se indica que “quien afirme un hecho debe probarlo”.

La prueba en el procedimiento administrativo del servicio público de electricidad

Hebert TASSANO VELAOCHAGA^(*)

El autor realiza un análisis comparativo entre la Ley de Procedimiento Administrativo General y la Directiva “Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural”, aprobada mediante la Resolución N° 671-2007-OS/CD, en cuanto a los principios aplicables, las garantías y la obligación de las partes de probar los hechos afirmados versus la asimetría informativa que ha generado que el Tribunal Constitucional se pronuncie con respecto al particular señalando como regla la aplicación de la carga dinámica de la prueba según lo establece la referida Directiva. Esto es, que cuando se advierta que existe una situación de desigualdad entre las partes intervinientes en el procedimiento administrativo, se puede efectuar una inversión de la carga de la prueba a favor de quien tiene mejor posición para aportarla al procedimiento.

I. LA PRUEBA

Sobre la prueba, la teoría general del derecho en lo escrito por Sebastián Midón nos indica lo siguiente:

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de dicha casa de estudios. Máster en Regulación por la UPC y el IEDE de España.

“La palabra prueba tiene múltiples significados. Por lo pronto y en su más corriente acepción, probar es afirmar que lo afirmado corresponde a la realidad. Pero también se denomina prueba al medio a través del cual el litigante presenta al juez la verdad del hecho afirmado, así por ejemplo, un documento, el dictamen de un perito, la declaración de un testigo, la confesión, etc.”⁽¹⁾.

“Para nosotros, prueba es la verificación de afirmaciones formuladas en el proceso; la demostración de tales proposiciones. Lógicamente, con el propósito de convencer o persuadir al juez de que los hechos afirmados y controvertidos se corresponden con la realidad”⁽²⁾.

Por su parte Devis Echandía nos refiere que “probar es aportar al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza al juez sobre los hechos”⁽³⁾.

Así, sobre la base de los autores citados podemos definir a la prueba como:

El elemento esencial en un proceso o procedimiento mediante el cual el juez o la autoridad administrativa forma su juicio, motivando y justificando sobre la base de lo presentado como prueba, su determinación sobre el tema solicitado o puesto en disputa.

Es tal su valor e importancia para decidir, que el ordenamiento jurídico le otorga una regulación especial.

En el presente artículo se expondrá sobre su regulación, específicamente en el procedimiento administrativo de reclamos del servicio público de electricidad.

(1) SEBASTIÁN MIDÓN, Marcelo. *Derecho Probatorio*. Parte General. Ediciones Jurídicas, Cuyo, 2007, p. 27.

(2) *Ibidem*, p. 29.

(3) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 3ª edición, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1974, p. 34.

II. LA PRUEBA PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto al derecho a probar y la prueba, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias resoluciones, señalando y reafirmando su calidad de derecho fundamental y delimitando su contenido. Lo anteriormente señalado lo podemos encontrar en las siguientes resoluciones:

Resolución N° 6712-2005-HC/TC

“El derecho constitucional a probar, aunque no es autónomo, se encuentra directamente vinculado al derecho al debido proceso. Se constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (FJ 15) (Caso Magaly Jesús Medina Vela y otro)”⁽⁴⁾.

Resolución N° 1014-2007-PHC/TC

“La prueba reúne características como: 1) veracidad objetiva, según la prueba es reflejo exacto de la realidad; 2) constitucionalidad de la actividad probatoria, que implican actos violatorios de los derechos fundamentales; 3) utilidades de la prueba, que se vinculan con el hecho delictivo; 4) pertinencia de la prueba, si guarda relación con el objeto del procedimiento (FJ 12) (Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz)”⁽⁵⁾.

Resolución N° 04831-2005-HC/TC

“El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a

(4) Vide: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>>.

(5) Vide: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/1014-2007-HC/TC.html>>.

las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.

Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos– (FJ 4-9). (Caso Rubén Silvio Curse Castro)”⁽⁶⁾.

Sobre sus límites la Resolución recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC señaló lo siguiente:

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

El derecho a ‘interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos’, como se enuncia en el literal ‘f’, numeral 2), del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

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

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad

(6) Vide: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.html>>.

probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.

150. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Como expresa San Martín Castro 'en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel' (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Grijley, 1999, p. 61⁽⁷⁾).

Como vemos, lo que ha establecido el Tribunal Constitucional respecto de la Prueba, ratifica la definición que hemos dado y su importancia, a tal nivel que le reconoce protección constitucional. Es sobre la base de estos presupuestos que realizamos nuestro análisis dentro del procedimiento administrativo del servicio público de electricidad.

III. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Para Guzmán Napurí, las pruebas en el procedimiento administrativo son las diligencias necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución final en un procedimiento administrativo⁽⁸⁾.

La Ley N° 27444, considera como parte del debido procedimiento al derecho a ofrecer y producir pruebas, así, la prueba constituye la

(7) Vide: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>>.

(8) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *El procedimiento administrativo, régimen jurídico y procedimientos especiales*. Ara, Lima, 2007, pp. 151-181.

actividad material dirigida a determinar la veracidad de los hechos respecto de la cuestión planteada por la autoridad administrativa o por el administrado. Los particulares tienen derecho a ofrecer y producir las pruebas que consideren pertinentes, las cuales se sumarán a las producidas y obtenidas de oficio. La Administración no puede negarse a hacer efectiva la prueba ofrecida por el particular, salvo en casos excepcionales y cuando la prueba sea claramente irrazonable, debiendo fundamentar su rechazo.

La prueba se encuentra regulada expresamente en los artículos 161 a 179, los cuales no comentamos aquí dado que ello será realizado en el siguiente punto, como parte de nuestro análisis materia del presente artículo.

IV. COMPARACIÓN ENTRE LA LEY N° 27444 Y LA RESOLUCIÓN N° 671-2007-OS/CD

A continuación realizaremos una comparación entre la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley N° 27444) y la Directiva “Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural”, aprobada mediante la Resolución N° 671-2007-OS/CD (en adelante, Directiva)⁽⁹⁾.

Dentro de un cuerpo normativo los principios ocupan un lugar primordial, puesto que proporcionan los criterios de interpretación y además delimitan el contorno de las normas, llenando los vacíos que existen o puedan existir en ellas.

De esta forma, la primera comparación por la relevancia que esto supone, entre la Ley N° 27444 y la Directiva son los principios que estas comparten o que las diferencian.

Al respecto, la directiva en su Título Primero recoge todos los principios establecidos en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por lo que en este aspecto transcendental no hay diferencias:

(9) Entendemos por servicio público de electricidad lo establecido en el artículo 2 de la Ley de concesiones eléctricas, modificada por la Ley N° 28832, el cual establece que constituye servicio público de electricidad el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites fijados por el reglamento (1,000 kw).

“1.1 Principios.- Los procedimientos de atención de los reclamos se rigen por los principios establecidos en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”.

Sin embargo, los principios del procedimiento administrativo no se agotan en la Ley N° 27444, sino que el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha ampliado el contenido y el número de estos.

Así, respecto al principio al debido procedimiento establecido en la Ley N° 27444, el cual como se ha indicado incluye el derecho a ofrecer y producir pruebas ha señalado en varias resoluciones lo siguiente:

Resolución N° 05085-2006-PA/TC

“El debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo⁽¹⁰⁾. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (FJ 4)”.

Resolución N° 8605-2005-AA/TC

“Se reitera que el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o

(10) Hay que tener en cuenta, como lo señala el mismo Tribunal Constitucional que la aplicación del principio del debido proceso en sede administrativa debe de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de cada procedimiento administrativo:

Res N° 08105-2005-PA/TC: “Se considera que no en todos los procedimientos administrativos se titulariza el derecho al debido proceso; por ello, su observancia no puede plantearse en términos abstractos, sino en función de la naturaleza del procedimiento de que se trata, teniendo en cuenta el grado de afectación que su resultado –el acto administrativo– ocasione en los derechos e intereses del particular o administrado (FJ 8-9).

De esta forma, por ejemplo, no se vulnera el derecho a la instancia plural en los procedimientos administrativos de una sola instancia.

privada– de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (FJ 13)”.

También, en concordancia con lo establecido por el Tribunal Constitucional respecto al “solve et repet”, el precedente constitucional de la STC Exp. N° 3741-2004-PA/TC estableció como regla sustancial que:

“[t]odo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia”.

Por su parte la Directiva señala lo siguiente:

“2.10 Garantías de protección al reclamante.- En ningún caso la concesionaria podrá condicionar la atención de los reclamos formulados al pago previo del monto reclamado, ni de los intereses y moras pertinentes”.

Por otro lado, la naturaleza de los procedimientos administrativos bilaterales y los procedimientos administrativos trilaterales, también genera diferencias en la aplicación de los principios establecidos en la Ley N° 27444:

A saber, la Directiva (procedimiento bilateral cuando se reclama en primera instancia contra la concesionaria y trilateral cuando se apela frente al regulador) señala:

“2.11 Medios probatorios.- Las partes deberán probar los hechos que aleguen en el procedimiento, pudiendo presentar medios probatorios en cualquier etapa de éste, debiendo ajustarse a la naturaleza del reclamo”.

Sobre este tema, Guzmán Napurí⁽¹¹⁾ señala:

(11) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Ob. cit., p. 161.

“(...) en el caso de procedimientos trilaterales, **el principio de verdad material** se encuentra mediatizado. Ello implica que la carga de la prueba le corresponde en principio a las partes, dada la especial naturaleza híbrida del procedimiento trilateral, que a veces se muestra intermedia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo bilateral o lineal. Es decir, en principio, **la autoridad administrativa deberá declarar fundada la pretensión de aquel que logró probar los hechos alegados**”.

De esta forma, en los procedimientos seguidos por los usuarios frente a la concesionaria, (procedimientos bilaterales) “la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias adoptadas por la ley”⁽¹²⁾.

Otra diferencia que señala Guzmán Napurí citando a García de Enterría⁽¹³⁾ es que “en el procedimiento trilateral la imparcialidad y neutralidad de la Administración debe acentuarse notablemente, dada la existencia de un conflicto de intereses entre varios administrados”.

Lo que no sucede en los procedimientos bilaterales, en estos casos, la resolución de la concesionaria frente al reclamo de los usuarios afecta directamente sus intereses, por lo que el principio de imparcialidad establecido en la Ley N° 27444 y de aplicación en la Directiva se atenúa.

Asimismo, la Directiva establece, siguiendo la Ley N° 27444, que:

- Las partes deberán probar los hechos que aleguen en el procedimiento, pudiendo presentar medios probatorios en cualquier etapa de este, debiendo ajustarse a la naturaleza del reclamo.
- Al ofrecer sus pruebas, el reclamante podrá solicitar la presentación y/o ejecución de las que considere que acrediten los hechos que fundamentan su reclamo siempre que sean técnicamente factibles.

(12) Ibídem, p. 160.

(13) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Ob. cit., pp. 304-305.

- Cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención de empresas contrastadoras para la evaluación del funcionamiento del equipo de medición de energía que, para el efecto, hayan sido autorizadas por el organismo competente, o empresas que puedan efectuar la prueba. En todo caso, la concesionaria debe informar al reclamante, antes de la emisión de la resolución de primera instancia, acerca de su derecho a solicitar la contrastación del sistema de medición, el costo de la prueba y la existencia de contrastadoras privadas u otras empresas o entidades, de ser el caso; otorgándole un plazo de cuatro (4) días hábiles para su respuesta.
- Las revisiones técnicas realizadas por la concesionaria al medidor y a las instalaciones internas del reclamante no podrán ser cargadas en la cuenta del suministro del usuario.
- Las partes deberán asumir el costo de las pruebas que ofrezcan. Sin embargo, en el caso de la contrastación del sistema de medición, su costo será cubierto inicialmente por la concesionaria en tanto se resuelva el reclamo.
- En caso se desestime el reclamo y concluya el procedimiento administrativo, el reclamante asumirá el costo total de las pruebas que haya ofrecido. En este caso, la concesionaria podrá incluir el costo respectivo en el siguiente recibo mensual del servicio.
- En caso se declare fundado el reclamo, la concesionaria se hará cargo del costo de las pruebas.

Podemos decir, en general, que la Directiva toma en cuenta lo señalado por la Ley N° 27444 sobre los derechos de los administrados respecto a los procedimientos administrativos, y ahonda más en estos, siendo más específico, y generando más deberes y cargas para la administración (en este caso la concesionaria y el Osinergmin a través de la JARU).

Lo indicado en el párrafo precedente nos lleva al tema de la asimetría de las partes en el procedimiento y su implicancia en el tema de la carga de la prueba.

V. ASIMETRÍA DE LA RELACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA

Sobre la asimetría de las partes en un procedimiento como el de reclamos de usuarios de servicios públicos, la doctrina nos indica que cuando la autoridad **advierta que existe una situación de desigualdad entre las partes intervinientes en el procedimiento puede efectuar una inversión de la carga de la prueba a favor de quien tiene mejor posición para aportarla al procedimiento** (por ejemplo, en temas de defensa del consumidor). Esto se ha reafirmado en la “jurisprudencia” administrativa del Tribunal de Indecopi.

Se debe prestar atención a los alcances del artículo 225 de la Ley N° 27444, por cuanto se establece que la administración puede prescindir de las pruebas ofrecidas por las partes por acuerdo unánime de estas, puesto que se produce una remisión a los principios de impulso de oficio y de verdad material para cargar sobre la administración un deber probatorio.

Como se ha indicado el tema de la prueba está regulado en la Directiva en el numeral 2.11 y se establece la regla de que la carga de la prueba recae sobre quien realiza la afirmación. No obstante, nos parece que este principio colisiona un tanto con la asimetría informativa que se presenta entre la concesionaria y los usuarios, quienes carecen de conocimientos técnicos en la materia, por lo que sería válido preguntarnos qué clase de pruebas pueden ofrecer los usuarios.

Sobre el particular, el numeral 2.11 ha regulado un supuesto en especial que es el excesivo consumo y ha establecido una serie de reglas al respecto que se pueden desarrollar.

También se puede indicar que de alguna manera para contrarrestar ese desequilibrio en la información y en virtud del principio del impulso de oficio, la administración ordena la ejecución de pruebas que sean determinantes para resolver el caso en concreto, pese a estar en un procedimiento trilateral, como por ejemplo ocurre con las inspecciones que mandamos a realizar.

Asimismo, este tema es relevante porque la asimetría informativa influye en la calificación del recurso de reconsideración, por ejemplo, cuando el usuario realiza afirmaciones, sin embargo, no presenta la

prueba o documentos respectivos porque estos están en poder de la concesionaria quien es la que revisa y administra las redes y se da el caso que realiza inspecciones o intervenciones en los suministros de los usuarios sin dejarles ningún documento sobre ello. En tales supuestos, el regulador considera que la **afirmación** del usuario sí constituye un recurso de reconsideración porque estaría argumentando un nuevo hecho, cuya prueba está en poder de la concesionaria.

Sin embargo, tampoco podemos afirmar que toda la carga probatoria recae sobre la concesionaria o el ente administrativo, ya que dada la naturaleza de la materia reclamable, habrá supuestos en los cuales la carga de la prueba recae netamente sobre los usuarios siendo ellos los competentes para presentar los documentos que acrediten sus alegaciones, por ejemplo, en un desconocimiento de deuda si el usuario pretende que se desligue por ser nuevo propietario tendría que presentar su documento de propiedad.

Entonces, sobre la base de lo expuesto, cabe que nos preguntemos en quién debería recaer la carga de la prueba, en un procedimiento como el que analizamos, donde se supone hay diferencia entre las partes (concesionario y usuario) y teniendo en cuenta los siguientes supuestos:

- a) Cuando es la concesionaria quien tiene el medio de prueba que probaría el hecho afirmado por el recurrente (ejemplo propuesto: inspecciones o revisiones a los suministros sin dejar cargos a los usuarios).
- b) Cuando es el reclamante quien posee el medio de prueba que sustenta los hechos que él afirma (ejemplo propuesto: desconocimiento de deuda por ser nuevo propietario).

Consideramos que la respuesta no debe ser elegir una regla de asignación de la carga de la prueba rígida (como la señalada en la Directiva), sino una regla flexible, es decir, una regla que pueda adaptarse a ambas situaciones para que pueda asignarse la carga de la prueba consiguiendo el resultado más óptimo y de esta forma contemplar los supuestos en donde hay asimetría informativa. A saber, esta regla en

doctrina es llamada “carga de la prueba dinámica”, Marcelo J. López Mesa⁽¹⁴⁾ resume esta doctrina en los siguientes puntos:

- a) **Las partes carecen del derecho de permanecer ensimismadas en el proceso, escudándose en una cerrada negativa de las alegaciones de la contraria.**
- b) La carga de la prueba puede recaer en cabeza del actor o del demandado **según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes.**
- c) La carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba.
- d) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado.
- e) La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar.

Al respecto, Linares Avilez⁽¹⁵⁾ apoyándose de un pasaje bíblico ilustra claramente una situación de asimetría informativa el cual solo puede ser solucionado con la inversión de la carga de la prueba.

De esta forma, la carga de la prueba no debe de atribuirse ni al usuario ni a la concesionaria, ni a quien afirma un hecho, sino a quien está en mejor condición de probarlo, así se generaran los incentivos correctos para cumplir el principio de verdad material que inspira el procedimiento administrativo que busca resguardar el interés general.

(14) LÓPEZ MESA, Marcelo. “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil”, [en línea]. **Artículos, notas, publicaciones, ensayos y colaboraciones** Dirección URL: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/libros-carga_de_la_prueba.htm>. [Consulta: 16 de octubre de 2010].

(15) LINARES ALVÍLEZ, Daniel. “Inversión de la carga de la prueba”. En: *Revista Jus-Doctrina & Practica*. N° 05, mayo de 2007, Lima, Perú, p. 205.

La prueba dinámica tiene su basamento en los principios procesales de solaridad y colaboración en materia probatoria. Bullard González⁽¹⁶⁾ sobre estos señala lo siguiente:

“(...) el principio de solidaridad precisa que la carga de la prueba debe de recaer sobre la parte que tiene mejores condiciones de suministrarla, el principio de colaboración en materia probatoria dispone que corresponde a cualquiera de las partes el deber de producir las pruebas que estén en su poder o que deberían estarlo”.

Mendoza Murgado⁽¹⁷⁾ comentando una sentencia del 63° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, señala lo siguiente respecto a la inversión de la carga de la prueba:

“En el presente caso, se dio una asimetría de información y una desigualdad notoria en la posibilidad probatoria de las partes, por cuanto solo el codemandado se encontraba en condiciones de probar la existencia o validez del acto jurídico, mientras que el demandante carecía de posibilidades probatorias, razón por la cual únicamente pudo presentar una pericia sobre la fotocopia del documento submateria de litis.

La conducta procesal desplegada por las partes en el desarrollo del proceso, estudiada conjuntamente con las pruebas aportadas por el demandante, fue lo que llevó a la Magistrada a considerar las presunciones y reglas de conducta como base de la decisión respecto al conflicto materia de litis.

En esta sentencia, con acierto se afirma que la conducta procesal asumida por el codemandado –al ser el único en condiciones de proporcionar el medio probatorio para dilucidar esta controversia– constituye una forma de lo que en doctrina se conoce como **abuso procesal**, en el que se lesiona tanto el imperativo de buena fe como el de colaboración entre las partes, pues a pesar de los reiterados

(16) BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra, Lima, 2010, p. 780.

(17) MENDOZA MURGADO, Kathy. “La inversión de la carga de la prueba y el principio de colaboración en materia probatoria”. Vide: <http://www.grijley.com/jusjuris/alerta/jcoment/comentario14_1.pdf>.

requerimientos efectuados a aquel, y teniendo pleno conocimiento de las actividades desplegadas por la judicatura para la obtención del documento probatorio necesario para dilucidar la controversia, no realizó acto alguno de colaboración.

Coincidimos con la postura asumida por la Magistrada al establecer que si bien el deber de colaboración cobra mayor importancia en la etapa probatoria, “este deber no prohíbe la conducta de quien se acomoda en la simple negativa de los hechos negándose a suministrar pruebas de las que dispone; puede hacerlo, pero sabrá que tal conducta constituirá fuente de indicio, lo que sumado a otros tantos indicios servirá al juzgador para juzgar la procedencia de la pretensión o defensa de quien actuó mezquinamente”. A decir de Morello, autor citado, entre otros, en esta exhaustiva sentencia, el “abuso por omisión” trae aparejado que “el órgano podrá así dictar la decisión que corresponda computando en el sentido negativo las consecuencia de esa deliberada renuncia”.

En conclusión, siguiendo los principios procesales de colaboración, solidaridad procesal o un criterio económico (*cheapest information provider*⁽¹⁸⁾), el establecimiento de la prueba dinámica sería la solución al problema planteado.

Nuestra opinión al respecto es que sí es posible aplicarse en nuestro procedimiento de reclamos, teniendo en cuenta que nuestra directiva señala que el procedimiento de atención de los reclamos se rige por los principios establecidos en la Ley N° 27444, y esta establece en el numeral 2 del artículo IV de su título preliminar:

“2. Los principios señalados servirán también de **criterio interpretativo** para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la

(18) Linares Alvílez citando a Álvaro Luna Yerga nos explica lo siguiente: “La disponibilidad probatoria consistirá en que una de las partes posee en exclusiva un medio probatorio idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él. Por su parte, el Principio de Facilidad, de alcance más amplio que el anterior, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras que para la otra ésta resulta más fácil o cómoda. En este último caso hablamos del *cheapest information provider*”. LINARES ALVÍLEZ, Daniel. “Inversión de la carga de la prueba”. En: *Revista Jus-Doctrina & Practica*. N°. 05, mayo de 2007, Lima, Perú (adjunto lectura).

aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y **para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo**.

La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo”.

Además, se establece el principio de conducta procedimental:

“1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, **realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe**. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal”.

Por lo tanto, si bien la regla sería lo establecido expresamente en nuestra directiva, **que las partes deben probar los hechos que aleguen**, se podría aplicar la carga dinámica de la prueba en los casos de asimetría informativa en concordancia con los principios anteriormente citados.

Un problema que podría suscitarse en la aplicación de la carga dinámica teniendo en cuenta que no está expresamente establecida sería el derecho a la defensa expresada en el principio de contradicción, sin embargo, Sebastián Midón⁽¹⁹⁾ señala lo siguiente:

“(...) ha llevado a propiciar una regulación legal de la teoría en pos de evitar que su aplicación a la hora de sentenciar venga a alterar sorpresivamente las reglas de distribución del *onus probandi*, reafirmando así la operatividad del principio del contradictorio.

En opinión de calificada doctrina, en efecto, sería conveniente que el Tribunal interviniente advierta a las partes, con anterioridad a la producción de la prueba, que aplicará la doctrina de las cargas

(19) SEBASTIÁN MIDÓN, Marcelo. Ob. cit., pp. 64-66

probatorias dinámicas, en aras de evitar sorpresas al momento de sentenciar.

[...] Jorge Peyrano⁽²⁰⁾, [...] Considera que la aplicación oficiosa de la difundida doctrina de las cargas dinámicas no puede causar sorpresa, menos aún acarrear riesgo para la garantía del debido proceso. Palabras más, palabras menos, sostiene que a esta altura de los acontecimientos nadie podría, válidamente, considerarse 'víctima' por la súbita aplicación de la teoría. Tratándose, pues, de una 'doctrina recibida', vendría a construir una suerte de 'argumento de derecho' y, como tal, invocable oficiosamente por el órgano jurisdiccional, inclusive en defecto o contra la opinión de los litigantes.

[...] En síntesis, si la teoría de las pruebas dinámicas es fuente múltiple del Derecho Procesal (se trata, simultánea, de profusa doctrina, standard jurisprudencial y legislación cada vez más extendida), su aplicación no puede acarrear sorpresas. Será cuestión entonces de precaverse y vivenciar el principio de la efectiva colaboración de las partes en el acopio del material de convicción. Al fin y al cabo, la nobleza de sus fines, felizmente, es materia de consenso".

Guzmán Napurí⁽²¹⁾ también señala lo mismo:

"Sobre el particular es necesario hacer una referencia adicional. En el derecho procesal moderno se entendía como una regla general que quien afirmaba un hecho era quien se encontraba en la obligación de probarlo, salvo determinadas excepciones establecidas por la Ley. Sin embargo, esta concepción está cambiando. De hecho, la supuesta regla general tiene tantas excepciones, que la doctrina está empezando a dudar que realmente constituye una regla, siendo reemplazada más bien por una más completa, que es la que asigna la carga de la prueba a quien se encuentra en mejor aptitud para probar. De hecho, este principio es el que justifica las varias situaciones en las cuales la carga de la prueba se asigna a quien

(20) Citado por Sebastián Midón: PEYRANO, Jorge. "La doctrina de las cargas probatorias y la máquina de impedir". En: *Revista de Derecho Procesal, Medios de Impugnación, Recursos*. 2ª Edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 414 y 419.

(21) GUZMÁN NAPURÍ, Ob. cit., p. 151 (adjunto lectura).

contestaría la demanda, como por ejemplo en el caso e la prueba del pago donde la misma corresponde al demandado, o la responsabilidad civil extracontractual subjetiva donde el afectado no requiere probar la existencia del dolo o culpa, ambos en el ámbito del Derecho Civil”.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 06612-2005-AA/TC establece un precedente vinculante donde contempla la inversión de la carga de la prueba (precedente vinculante N° 9 - <http://gaceta.tc.gob.pe/precedente-info.shtml?x=2200>). En este caso, la inversión de la carga de la prueba se da porque es la parte demandada (empleador) quien tiene en su poder el medio que probaría la pretensión del demandante (ejemplo, el examen médico de control anual y de retiro para otorgarle su pensión por invalidez).

Con lo planteado, consideramos que se deberían revisar los puntos de la Directiva que regulan el tema de la carga de la prueba, con la finalidad de establecer mejores condiciones para el usuario, dadas las desventajas técnicas que en algunas circunstancias se podría encontrar.

Finalmente, es necesario indicar que estas opiniones son a título personal y no comprometen a la institución bajo la cual se trabaja.



Capítulo

3

La prueba en el procedimiento de contratación con el Estado

Acreditación del requerimiento técnico y de los factores de evaluación e impugnaciones y las pruebas en las controversias derivadas de la ejecución contractual en contratación pública

Alejandro ÁLVAREZ PEDROZA^(*)

El autor desarrolla el concepto de medios probatorios dentro de los procedimientos de contratación pública, así primero realiza un análisis de la acreditación de los requerimientos técnicos mínimos dentro de un proceso de selección, que son las descripciones elaboradas por la entidad de las características fundamentales de los bienes, suministros u obras a contratar, luego la acreditación de los factores de evaluación establecidos en las bases administrativas del proceso de selección, para finalmente analizar la oportunidad de presentación y actuación de medios probatorios en la etapa de ejecución contractual.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; con Posgrado en Derecho Constitucional; Organización y Administración de Empresas graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Constitucional; Especialista en Gestión Logística para el Sector Público de la Universidad ESAN; Especialista en Contrataciones del Estado.

A efectos de desarrollar este apasionante tema, previamente estudiaremos la estructura del Proceso de Contratación a fin de situar en cada fase de este la acreditación del requerimiento técnico mínimo, de los factores de evaluación e impugnaciones y las pruebas compatibles con la naturaleza del proceso materia de comentario.

I. NATURALEZA DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

En principio, la Ley de la materia establece que el desarrollo de la Contratación del Estado está sujeta a la actuación administrativa de diferentes fases o etapas propias a todo proceso.

Para el efecto de tener el perfil del Proceso de Contratación diremos que, desde nuestra óptica, su desarrollo implica la actuación administrativa de un conjunto de fases, etapas o fases sistemáticas, ordenadas y preclusivamente actuadas.

Sistemáticamente, su desarrollo obedece a una lógica jurídica que proviene de la vida de los seres humanos, pues esta actitud desarrollada por las personas naturales, para la satisfacción de sus necesidades, dentro del contexto de un proceso técnico, son asumidas por las personas jurídicas de derecho o de derecho público. En otras palabras; lo que hace la persona natural para satisfacer sus necesidades lo hace también la persona jurídica con sujeción a la misma lógica, iniciándose con determinada actuación para concluir con otra, dándole organicidad a cada uno de los pasos “caminados”.

El desarrollo del proceso es ordenado por cuanto igualmente obedece a la misma lógica arriba señalada; **desarrollo consecutivo** que alcanza juridicidad por mandato de la Ley que no hace sino otorgarse legalidad a eventos propios de la conducta de las personas, sean estas naturales o jurídicas, de derecho privado o público; en este caso propias a las Entidades del Estado sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado.

El desarrollo de cada una de las fases o etapas del proceso de contratación se ejecuta de manera preclusiva; es decir, cada etapa actuada constituye el sustento de las actuaciones administrativas de la siguiente; por lo tanto en una fase superada ya no puede retornarse, pues el carácter sucesivo de las fases o etapas del proceso así lo impiden,

salvo que aquellas, las actuaciones administrativas de la fase anterior adolezcan de causales de nulidad. Inclusive los documentos de gestión que han generado las actuaciones superadas se incorporan al Expediente de Contratación con el carácter de intangibles de modo tal que ya no podremos regularizarlas, alterarlas, enmendarlas, agregar información o documentos adicionales o reemplazarlas, lesionando el carácter de intangible del Expediente de Contratación a donde se incorporaron sistemática, ordenada y preclusivamente.

Dentro de este contexto, el Proceso de Contratación implica, reiteramos, fases, etapas o pasos sistemática, ordenada y preclusivamente actuados desde la decisión de adquirir o contratar de la Entidad con las actuaciones administrativas relacionadas con (i) determinación de necesidades, (ii) definición de sus características (iii) Estudio de posibilidades que ofrece el mercado, (iv) definición del valor referencial, (v) definición del proceso de selección, (vi) elaboración y aprobación del Plan Anual de Contrataciones de la Entidad; para pasar a la segunda fase de (i) aprobación del Expediente de Contratación; luego la (ii) designación del Comité Especial, órgano que elaborará las Bases Administrativas para luego organizar, conducir y ejecutar el (iii) Proceso de Selección respectivo; del cual se derivará la etapa del (iv) Perfeccionamiento y ejecución del Contrato para culminar con (v) la Liquidación del Contrato de Obra o la Recepción y Conformidad de la última entrega del bien o servicio y sus respectivas contraprestaciones. Dentro de esta somera estructura del Proceso de Contratación trataremos de “navegar” por los siguientes elementos: Requerimiento Técnico Mínimo, Factores de Evaluación y el ámbito de las controversias derivadas de la ejecución contractual de modo tal que podamos señalar, cómo se acreditan o se prueba la regularidad de las distintas actuaciones administrativas.

II. ACREDITACIÓN DE LOS REQUERIMIENTOS TÉCNICOS MÍNIMOS

En principio es necesario tener una idea técnico jurídica de lo que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado considera RTM. El artículo 61 del Reglamento establece que:

“Para que una propuesta sea admitida deberá incluir, cumplir y, en su caso, acreditar la documentación de presentación obligatoria que se establezca en las Bases y los requerimientos técnicos mínimos

que constituyen las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido como tal en las Bases y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la contratación”.

Está claro entonces que, en principio, las características constituyen el Requerimiento Técnico Mínimo por lo tanto para tener la convicción de cómo se acredita dicho objeto requerimos conocer la naturaleza de dicho elemento cuya jerarquía es de la mas alta importancia no solo en el proceso de selección sino, principalmente, en la ejecución contractual donde viene a ser el objeto principal de contratación.

En primer lugar la definición de características constituye una actuación administrativa que se desarrolla dentro del ámbito de los actos preparatorios; y, tal como lo hemos señalado mas arriba viene a ser la consecuencia de la determinación de necesidades. En este sentido, una vez determinada la necesidad deben definirse las características, competencia que le concierne al área usuaria que en base a aquellas definirá con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera la Entidad para el cumplimiento de sus funciones, debiendo desarrollar esta actividad de acuerdo a lo indicado en el artículo 13 de la Ley⁽¹⁾. El indicado artículo en su tercer párrafo, establece que:

“La formulación de las especificaciones técnicas deberá ser realizada por el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, evaluando en cada caso las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento. Esta evaluación deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado para la convocatoria del respectivo proceso de selección, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento favorezca a determinados postores.

Las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos, normas petrológicas y/o sanitarias

(1) Reglamento Art. 11.- Características técnicas de lo que se va a contratar.
El área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

nacionales, si las hubiere. Estas podrán recoger las condiciones determinadas en las normas técnicas, si las hubiere.

En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará esta, y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento. La Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras”.

Las especificaciones técnicas de acuerdo con el Reglamento son las descripciones elaboradas por la Entidad de las características fundamentales de los bienes, suministros u obras a contratar. No obstante, estas descripciones no pueden constituirse en únicas contra las alternativas, que ofrece el mercado respecto de la prestación; por el contrario deberá considerar primordialmente la pluralidad de proveedores en el mercado, de lo contrario se contravendría la Libre Concurrencia y competencia de estos. Pero además, para la formulación de las características obligatoriamente debe considerarse los requisitos técnicos establecidos en los reglamentos sectoriales dentro del ámbito de su aplicación, siempre y cuando cuenten con el refrendo del Ministro de Economía y Finanzas, de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos Leyes N° 25629 y N° 25909⁽²⁾.

La Ley y su Reglamento, aún cuando confusamente trata las características, en cierto modo tal pareciera que ha pretendido cuidar todos

(2) **Artículo 1.-** Restablézcase la vigencia del Artículo 19 del Decreto Legislativo N° 701 y del Artículo 44 del Decreto Legislativo N° 716, derogados por el artículo 2 de la Ley N° 25399.

Artículo 2.- Precísase que toda mención a la Comisión Nacional de la Libre Competencia hecha en el Decreto Legislativo N° 701, se entiende referida a la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia.

Artículo 3.- La Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios, creada por el artículo 11 del Decreto Supremo N° 133-91-EF, conocerá y resolverá como última instancia administrativa los procedimientos para la determinación de importaciones con precios de *dumping* y subsidios(*).

(*) Artículo derogado por la Primera Disposición Final del Decreto Ley N° 25868 publicado el 24/11/92.

Artículo 4.- Las disposiciones, por medio de las cuales se establezcan trámites o requisitos o que afecten de alguna manera la libre comercialización interna o la exportación o importación de bienes o servicios podrán aprobarse únicamente mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y por el del Sector involucrado.

los ángulos normativos, a fin que el funcionario público pueda describir el bien, servicio u obras con la mayor precisión, sin que ello conlleve a la restricción de alternativas técnicas dentro de las posibilidades que ofrece el mercado y mucho menos al quebrantamiento de la libre concurrencia y competencia de potenciales proveedores; este último aspecto pareciera el elemento mas “sacralizado” en todas las acciones de control.

Teniendo en consideración lo expuesto cabe señalar la forma como debe describirse los bienes y servicios a contratar. El artículo 11 del Reglamento señala que:

(...) “Para la descripción de los bienes y servicios a contratar no se hará referencia a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, ni descripción que oriente la adquisición o contratación de marca, fabricante o tipo de producto específico (...)”.

Concordancia:

L. N° 26558, Art. 1

D.S. N° 018-2005-PRODUCE

D.S. N° 058-2005-EF (Competencia del Ministerio de Economía y Finanzas en relación con los trámites o requisitos que afecten la libre comercialización interna o la exportación o importación, y el Sistema Nacional de Inversión Pública)

D.S. N° 149-2005-EF (Dictan disposiciones reglamentarias al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en el ámbito de bienes y al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, en el ámbito de servicios, de la OMC)

D.S. N° 187-2005-EF (Aprueban Reglamento Técnico sobre Conductores y Cables Eléctricos de consumo masivo y uso general)

Decreto Ley N° 25909

Artículo 1.- Ninguna entidad, con excepción del Ministerio de Economía y Finanzas, puede irrogarse la facultad de dictar medidas destinadas a restringir o impedir el libre flujo de mercancías mediante la imposición de trámites, requisitos o medidas de cualquier naturaleza que afecten las importaciones o exportaciones. En este sentido, son nulos todos los actos que contravengan lo dispuesto en el presente artículo, siendo solo exigible en las mencionadas operaciones aduaneras, el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo N° 722, el Decreto Legislativo N° 668.

(*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS y las demás normas de comercio exterior.

Artículo 2.- Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las entidades públicas están impedidas de acatar disposiciones o resoluciones que no tengan sustento en lo establecido en el mencionado artículo, debiendo poner estos hechos en conocimiento de la Contraloría General de la República.

Artículo 3.- El Presente Decreto Ley entrará en vigencia el día de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Como podemos apreciar, ninguna descripción puede hacer referencia a los signos que sirva para diferenciar en el mercado los productos y servicios de una persona, de los productos o servicios de otra u otras personas; ni signos que identifique a una persona, sea esta natural o jurídica, en el ejercicio de su actividad económica; o exponer líneas o combinaciones de colores o cualquier forma externa bidimensional, que se incorpore a un producto y sirva de tipo o patrón para su fabricación; tampoco usarán las patentes de invención o conjunto de características técnicas esenciales. En otras palabras, al describir el bien o servicio que servirá de requerimiento técnico mínimo únicamente podrá señalarse el objetivo, la funcionalidad y la operatividad para el que se demanda. Por ejemplo “vehículo con 20 asientos para transporte de personal auxiliar a terrenos de jardinería urbana”. Sin embargo, la normativa agrega que solo será posible solicitar una marca o tipo de producto determinado, cuando ello responda a un proceso de estandarización debidamente sustentado, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. El proceso de estandarización implica una sucesión de fases o etapas con la finalidad de aprobarla como una unidad. Se requerirá por ello la actuación administrativa de la oficina o áreas de abastecimientos, de almacenes, de Control de bienes, áreas usuarias, de presupuesto etc., siguiendo el procedimiento establecido por la Entidad. Estas etapas o fases desarrolladas por el impulso de un determinado procedimiento regular, constituirán más tarde el requisito indispensable del Acto Administrativo que aprueba el proceso de estandarización. El mismo Reglamento en el numeral 22 del Anexo I define la estandarización como el **proceso de racionalización** consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a adquirir o contratar, en atención a los equipamientos preexistentes. Ello quiere decir que la Entidad ya posee determinada infraestructura, cuya funcionalidad u operatividad, solo puede ser efectiva, en tanto sea posible la implementación de bienes o servicios de determinada marca o nombre comercial. En otras palabras, de la amplia gama de posibilidades que ofrece el mercado, la Entidad únicamente puede seleccionar un determinado tipo, modelo, marca o patrón, dado que solo este garantiza la funcionalidad y operatividad de la infraestructura preexistente en la Entidad. En tal sentido, cuando objetivamente la necesidad está vinculada a bienes de la misma naturaleza técnica, puede establecerse el requerimiento técnico mínimo haciendo uso de las marcas, toda vez que estos preexisten

dentro del patrimonio de la Entidad. La estandarización no supone la existencia de un proveedor único en el mercado nacional, es decir, el hecho que una entidad apruebe un proceso de estandarización, no quita la posibilidad de que en el mercado pueda existir más de un proveedor; con lo cual, en principio, la entidad se encontraría obligada a efectuar un proceso de selección para determinar al proveedor con el cual celebrará el contrato.

Teniendo en consideración la naturaleza del Requerimiento Técnico Mínimo nos preguntamos entonces; ¿cómo se acredita el cumplimiento del Requerimiento Técnico Mínimo y en que fase o etapa del proceso de contratación?

Volvamos a señalar la norma del artículo 61 del Reglamento. Esta disposición legal señala que para que una propuesta sea admitida deberá incluir, cumplir y, en su caso, acreditar la documentación de presentación obligatoria, que se establezca en las Bases y los requerimientos técnicos mínimos que constituyen las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido, como tal en las Bases y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la contratación. En este sentido, la acreditación del requerimiento técnico mínimo se debe producir en el Proceso de Selección y dentro de la etapa de presentación de propuestas⁽³⁾, en cuyo contexto el postor presenta sus propuestas en dos (2) sobres cerrados, de los cuales el primero contendrá la propuesta técnica y el segundo la propuesta económica. La Propuesta Técnica entre otros documentos contendrá la “Declaración Jurada y/o documentación que acredite el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos”; en consecuencia las Bases deberán establecer si el cumplimiento del requerimiento técnico mínimo será acreditado con una declaración

(3) **Artículo 22.-** Etapas de los Procesos de Selección.

Los procesos de selección contendrán las etapas siguientes, salvo las excepciones establecidas en el presente artículo:

1. Convocatoria.
2. Registro de participantes.
3. Formulación y absolución de consultas.
4. Formulación y absolución de observaciones.
5. Integración de las Bases.
6. Presentación de propuestas.
7. Calificación y evaluación de propuestas.
8. Otorgamiento de la Buena Pro.

jurada, con determinados documentos o con ambos a la vez. En este sentido, el primer aspecto que deberá ser objeto de evaluación es aquel constreñido a determinar si se ha acreditado el RTM, para los efectos de ser admitida o no la propuesta técnica. Aquí vale hacer una atinencia, la admisión de una propuesta no solo está circunscrita a que el postor cumpla con acreditar el RTM sino que, además debe cumplir con la entrega de los documentos obligatorios exigidos por las Bases⁽⁴⁾; en consecuencia la evaluación de esta documentación no exige la calificación con puntaje, sino la simple comprobación o prueba que el postor incluye, cumple y en su caso, acredita la documentación de presentación obligatoria y el requerimiento técnico exigida por las Bases.

1. De los factores de evaluación

En principio, de acuerdo con el artículo 43 del Reglamento, las Bases deben especificar los factores de evaluación, precisando los criterios que se emplearán para su aplicación, así como los puntajes, la

(4) **Reglamento Art. 42.-** Especificaciones del Contenido de los sobres propuesta

(...)1. Propuesta Técnica:

- a) Documentación de presentación obligatoria.
 - i. Copia simple del certificado o constancia de inscripción vigente en el registro correspondiente del Registro Nacional de Proveedores-RNP.
 - ii. Declaración jurada simple declarando que:
 - a. No tiene impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 10 de la Ley;
 - b. Conoce, acepta y se somete a las Bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección;
 - c. Es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta para efectos del proceso;
 - d. Se compromete a mantener su oferta durante el proceso de selección y a suscribir el contrato, en caso de resultar favorecido con la Buena Pro; y
 - e. Conoce las sanciones contenidas en la Ley y su Reglamento, así como en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
 - iii. Declaración jurada y/o documentación que acredite el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos.
 - iv. Promesa de consorcio, de ser el caso, consignando los integrantes, el representante común, el domicilio común y el porcentaje de participación. La promesa formal de consorcio deberá ser suscrita por cada uno de sus integrantes. En caso de no establecerse en las bases o en la promesa formal de consorcio las obligaciones, se presumirá que los integrantes del consorcio ejecutarán conjuntamente el objeto de convocatoria, por lo cual cada uno de sus integrantes deberá cumplir con los requisitos exigidos en las Bases del proceso.
Se presume que el representante común del consorcio se encuentra facultado para actuar en nombre y representación de este, en todos los actos referidos al proceso de selección, suscripción y ejecución del contrato, con amplias y suficientes facultades".

forma de asignación de estos a cada postor y la documentación sustentatoria para la asignación de estos. Como puede apreciarse, la acreditación del cumplimiento de los Factores exigidos por las Bases deben efectuarse documentadamente tal como lo prevé la disposición legal señalada.

No obstante, que la norma establece que el Comité Especial determina los factores de evaluación técnicos a ser utilizados, si concordamos esta disposición legal con el artículo 12 del Reglamento verificaremos que la información a utilizarse para la determinación de los factores de evaluación son consecuencia de la evaluación de las posibilidades que ofrece el mercado, por lo tanto la competencia que los artículos 24 de la Ley y 31 y 39 de su Reglamento le otorga al Comité Especial son restrictivas y supeditadas al Expediente de Contratación aprobado; en dicho expediente se compendia la información relativa a los actos preparatorios del Proceso de Selección.

1.1. Acreditación de los factores de evaluación para la contratación de bienes.- De acuerdo con el artículo 44 del Reglamento los Factores de Evaluación en esta clase de contrataciones, principalmente, son: La experiencia del postor, el cumplimiento de la Prestación, otros determinados por el Comité Especial en forma objetivo y congruente con el objeto de la convocatoria.

1.1.1. La experiencia del postor.- La norma dice que la experiencia del postor, se calificará considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo determinado de hasta ocho (8) años a la fecha de la presentación de propuestas, por un monto máximo acumulado de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria, sin que las Bases puedan establecer limitaciones referidas a la cantidad, monto o a la duración de cada contratación que se pretenda acreditar.

Se agrega que, se acreditará con un máximo de veinte (20) contrataciones, sin importar el número de documentos que las sustenten. Tal experiencia se acreditará mediante contratos y su respectiva conformidad por la venta o suministro efectuados o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite

documental y fehacientemente. En el caso de suministro de bienes, solo se considerará la parte que haya sido ejecutada hasta la fecha representación de propuestas, debiendo adjuntarse la conformidad de esta o acreditar su pago.

Respecto al monto facturado, acumulado durante un periodo determinado hasta ocho (8) años a la fecha de presentación de propuestas, se señala que El Comité podrá considerar dentro del indicado periodo que el factor pueda comprender entre uno a ocho años; en tal sentido puede establecerse que el monto facturado a ser acreditado en este factor se restrinja solo a tres, cuatro, cinco hasta ocho años. No necesariamente los ocho (8) años.

Monto máximo acumulado durante el periodo solicitado.- El monto máximo debe ser hasta cinco (5) veces el valor referencial. Por ejemplo, se solicita que el monto facturado acumulado en cuatro años sea hasta tres (3) veces el Valor Referencial; pudiendo establecerse de otro modo, cuatro (4) años de facturación y hasta cinco veces como máximo del Valor Referencial.

¿Cómo se acredita?

- Con un máximo de veinte (20) contrataciones, sin importar el número de documentos que la sustenten: Si se estableció que se acredite, haberse facturado durante cuatro años por cuatro veces el monto del Valor Referencial, puede acreditarse hasta con veinte (20) contrataciones haberse facturado dicha cantidad.

Ejm:

Valor Referencial: 200,000

4 años de facturación

4 veces el monto acumulado del Valor Referencial: 800,000

- Acreditación: Puede acreditarse con 20, 19, 15, 14 o cualquier número de contrataciones durante los cuatro años.
- Documentos: Contratos y su respectiva conformidad por la venta o suministro o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente.

- Contratos y su respectiva conformidad: Cuando se trata de contratos con el Sector Público obviamente la conformidad debe aparejar el Acta de Conformidad de acuerdo con el artículo 176 del reglamento; cabe señalar, no obstante, que el artículo 44 del reglamento no señala expresamente la presentación del Acta de Conformidad por lo tanto, dependerá de las Bases si esta exigencia debe o no cumplirse.
- Comprobantes de pago y su respectiva cancelación: De acuerdo a dicha norma el postor debe acreditar **documental y fehacientemente** la cancelación de los comprobantes de pago (la norma no establece con precisión cómo se acreditaría documental y fehacientemente la cancelación).

Sobre el aspecto de la acreditación documental y fehaciente de la cancelación el Tribunal de Contrataciones ha optado por la siguiente posición:

“(…) Respecto a este argumento cabe señalar que el Reglamento de Comprobantes de Pago, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 007-99-SUNAT, en su artículo 2 prescribe que el comprobante de pago es un documento que acredita la transferencia de bienes, la entrega en uso, o la prestación de servicios. En el caso específico de las facturas, el artículo 4 señala que estas serán emitidas, entre otros, cuando la operación se realice sujeta al Impuesto General a las Ventas que tengan derecho al crédito fiscal y cuando el comprador o usuario lo solicite a fin de sustentar gasto o costo para efecto tributario. Asimismo, el artículo 5 establece que los comprobantes de pago deben ser entregados en la transferencia de servicios, incluyendo el arrendamiento y arrendamiento financiero, cuando alguno de los siguientes supuestos ocurra primero: a) La culminación del servicio, b) La percepción de la retribución, parcial o total debiéndose emitir el comprobante de pago por el monto percibido, y c) El vencimiento del plazo o de cada uno de los plazos fijados o convenidos para el pago del servicio, debiéndose emitir el comprobante de pago por el monto que corresponda a cada vencimiento. En cuanto a los requisitos mínimos que deben contenerlos comprobantes de pago, el artículo 8 detalla la información impresa y la no necesariamente impresa.

Conforme a la norma glosada, se advierte que la factura es emitida una vez que se ha prestado o culminado el servicio; es decir, cuando la empresa emisora ha cumplido con ejecutar determinadas prestaciones obligacionales. Por tanto, no existe exigencia legal que condicione la validez de las facturas a la consignación en ellas de la constancia de cancelación, toda vez que esta podría ser puesta incluso por la parte interesada en probar la prestación. En tal sentido, la falta de dicha constancia no es suficiente ni determinante para no considerar la mencionada factura como acreditativa de la prestación. Resolución N° 006-2008.TC.S4.

Bienes Similares.- Toda vez que la experiencia no es sino la práctica prolongada y reiterada en una determinada actividad, que proporciona conocimiento y habilidad para hacer algo; la acreditación de dicha actividad debe efectuarse a través de documentos que permitan inferir la verdad de estas acciones vinculadas al objeto de convocatoria. En este sentido, si el postor participa en la contratación de productos farmacéuticos su experiencia debe estar vinculada a estos productos y dentro de ellos, repetimos, al objeto de convocatoria. Sin embargo, la actividad que está vinculada a productos farmacéuticos puede que no haya comercializado por ejemplo antibióticos, sino otros productos que por mandato del D.S. N° 010-97-SA también son calificados como productos farmacéuticos, en cuyo caso puede considerarse similares. Los criterios para considerar similares a lo largo de estos años, como señalamos, ha generado una serie de controversias retrasando las contrataciones.

La actual disposición legal sobre este tema evita la discrecionalidad de los comités para calificar el factor experiencia por la actividad de similares cuando establece lo siguiente: “En las Bases deberá señalarse los bienes, iguales y similares, cuya venta o suministro servirá para acreditar la experiencia del postor”. Como puede observarse, las Bases deben establecer con que bienes el postor acreditará su experiencia.

1.1.2. Cumplimiento de la prestación.- Se refiere a la conducta contractual que el postor ha tenido en la relación contractual, materia de exhibición para los efectos de acreditar su experiencia.

Es por ello, que el Reglamento dice que este factor se evaluará en función al número de certificados o constancias que acrediten que aquel se efectuó sin que haya incurrido en penalidades, no pudiendo ser mayor a veinte (20) contrataciones.

Sobre este factor han surgido una serie de situaciones, tales como el caso del postor que un solo contrato acredita su experiencia dado que ha comercializado un monto importante que cumple con lo requerido por las Bases y otro que presentando 10 contratos puede acreditar la experiencia respectiva. En este sentido, el OSCE mediante pronunciamiento ha diseñado una formula:

“(...) resulta trascendente que dicha experiencia haya sido adquirida a través de prestaciones ejecutadas de manera eficiente y diligente por los agentes de mercado.

En tal sentido, resulta razonable que los certificados o constancias con los cuales se acreditará el presente factor de evaluación deban referirse a todos los contratos que se presentaron para acreditar la experiencia del postor, tal como se establece en la norma, y conforme lo dispuesto por este Organismo Supervisor en anteriores pronunciamientos⁽⁵⁾, en la medida que únicamente de esta forma se cumplirá el objetivo previsto por el legislador, el cual es realizar una evaluación integral de la conducta del postor que no solo nos dé indicios acerca de su volumen de participación en el mercado, sino sobre la diligencia y eficiencia en la ejecución de sus obligaciones”.

Al respecto, en el factor de evaluación de la referencia se establece lo siguiente:

“Cumplimiento de la prestación: Se evaluará en función al número de Constancias o Certificados de Prestación según el siguiente detalle:

De 09 a 10 constancias	05 puntos
De 07 a 08 constancias	04 puntos

(5) Pronunciamiento N° 221-2009/DTN.

De 05 a 06 constancias	03 puntos
De 03 a 04 constancias	02 puntos
De 01 a 02 constancias	01 punto

Como puede apreciarse, de acuerdo a lo establecido en el referido factor de evaluación, la Entidad estaría otorgando el máximo puntaje a los postores que acrediten un máximo de nueve (9) a diez (10) constancias que corresponderían a nueve (9) o diez (10) contrataciones, sin tener en consideración que podrían existir postores que acrediten experiencia con un menor o mayor número de contrataciones, cuyo buen cumplimiento, de acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes, tendría que ser evaluado en su totalidad en el presente factor de evaluación.

Por tanto, deberá reformularse la metodología de evaluación a fin de evitar una distorsión en la forma de otorgar puntaje en el presente factor de evaluación, que determine, por ejemplo, que un postor que acredite la totalidad de experiencia requerida con una sola contratación obtenga menor puntaje que otro que obtenga la misma experiencia con diez contratos más pequeños, no obstante que ambos postores actuaron diligentemente en la ejecución del 100% de las prestaciones a su cargo.

En este sentido, considerando que el objeto y razonabilidad del presente factor es que la experiencia del postor se sustente en contrataciones ejecutadas de manera eficiente y diligente, se propone la siguiente fórmula de evaluación:

$$\text{PCP} = \{(\text{PF}/\text{NC}) \times (\text{CBC})\}$$

Donde:

P_{CP}	=	Puntaje a otorgarse al postor
PF	=	Puntaje máximo del Factor
NC	=	Número de contrataciones presentadas para acreditar la experiencia del postor (20 contrataciones como máximo)
CBC	=	Número de constancias de buen cumplimiento de la prestación (20 contrataciones como máximo)

(Pronunciamientos N° 276-2009/DTN y N° 318-2009/DTN)

¿Cómo se acredita este factor?

La norma dice que se acredita con Certificados o Constancias, repetimos que dejen constancia que las prestaciones se cumplieron sin penalidad alguna. Tales certificados o constancias deben referirse a todos los contratos que se presentaron para acreditar la experiencia de postor; es decir, el Factor Experiencia de Postor y el Factor Cumplimiento de la Prestación están ligados invariablemente para los efectos de la acreditación.

1.1.3. Otros factores.- La norma establece que el Comité Especial podrá establecer otros factores de evaluación. Recordemos que no obstante esta prerrogativa, el Comité carece de discrecionalidad absoluta para establecer los Factores de Evaluación; está obligado a manejar la información contenida en el Expediente de Contratación como resultado de la evaluación de las posibilidades que ofrece el mercado de acuerdo con el numeral 4, del artículo 12 del Reglamento.

El Comité Especial, teniendo en base a lo señalado, los factores de evaluación técnicos deben ser objetivos y congruentes con el objeto de convocatoria; ello implica obligatoriamente una relación directa entre estos y el objeto de convocatoria. Si el objeto de convocatoria es a su vez el objeto principal de contratación y este no es sino la prestación, el factor, necesariamente tendrá correspondencia con dicha prestación, debiendo sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; de modo tal que no se patente una arbitrariedad del Comité que por ejemplo, para la adquisición de mil kilos de carne establezca como Factor de Evaluación que el postor cuente con “tres camiones frigoríficos” excediéndose en sus facultades, generando una desproporción entre el objeto de convocatoria y las condiciones requeridas para su entrega.

Teniendo en consideración lo expresado, veamos qué otros factores pueden ser establecidos por el Comité Especial:

- **Plazo de entrega.**- Las Dependencias de la Entidad a que se refiere el artículo 6 del Reglamento, desde la determinación

de necesidades ha establecido el periodo en que debe contarse con el bien para satisfacer dicha necesidad. El Comité debe tener cuidado en establecer este factor de evaluación con sujeción estricta a las características del bien que, en última instancia, constituye la prioridad de la Entidad. No debe manejarse este factor de evaluación en concordancia con las “posibilidades de entregas” de determinados postores, sino en razón de los intereses de la Entidad. Siempre será negativo e incongruente establecer como “mejora” el menor plazo de entrega, propiciándose innecesariamente controversias. Consideramos que la experiencia de estos años ha generado criterios adecuados en función de los principios de periodicidad y oportunidad que regulan el proceso presupuestario.

El Factor “Plazo de Entrega” en las prestaciones de bienes y servicios no constituye un requerimiento técnico mínimo.

- **Garantía comercial del postor y/o del fabricante.**- El artículo 50 de la Ley establece:

“El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año, contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda. Las Bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista”.

La Garantía Comercial como Factor de Evaluación amerita un puntaje, estableciéndose en las Bases los criterios que se emplearan para su aplicación, así como los puntajes, la forma de asignación de estos y la documentación sustentatoria. En tal sentido, no solo deberá consignarse la exigencia facultativa de la Garantía Comercial sino deberá explicitarse

concretamente qué criterios se aplicarán para los efectos de asignarle el puntaje respectivo teniendo en consideración la sustentación documentaria.

La Garantía Comercial, para determinados bienes, puede constituir un requerimiento técnico mínimo. Por ejemplo, en la contratación de un tomógrafo axial computarizado, cuando se trata de bienes de alta tecnología por la carencia de fortaleza tecnológica de nuestro medio, se podrá exigir la presentación de la indicada garantía, sin que amerite la asignación de puntaje alguno. La Garantía Comercial debe ser razonable y proporcionado al objeto de convocatoria; por ejemplo no podrá exigirse una garantía comercial de 3 tres años cuando el producto tiene un periodo de expiración de dos años o 24 meses.

- **Disponibilidad de servicios y repuestos.-** Debe tenerse cuidado en constituir como Factor de Evaluación la disponibilidad de repuestos. El *stock* de repuestos acreditables para el cumplimiento de la prestación, por ejemplo, es posible que constituya un requerimiento técnico mínimo; en consecuencia, no será susceptible de tratarse como un factor de calificación.
- **Capacitación del personal de la Entidad.-** La capacitación puede ser una prestación complementaria con el bien materia de contratación, en cuyo caso constituirá un RTM, para lo cual deberá describirse las características de esta capacitación mediante Términos de Referencia, que precise los alcances de dicho adiestramiento.
- **Mejoras.-** Las mejoras, necesariamente, deberán modificar las características del bien aumentando su valor; por lo tanto, esta mejora las características técnicas de los bienes y a las condiciones previstas en las Bases, no deben generar costo adicional para la Entidad. El Comité Especial no tiene discrecionalidad para establecer las mejoras, no obstante su naturaleza de factor de evaluación; teniendo en consideración el artículo 12 del Reglamento la necesidad de establecer mejoras debe derivarse de la evaluación de las posibilidades que ofrece el mercado.

El Tribunal de Contrataciones del Estado⁽⁶⁾ estableció que las mejoras deben ser definidas en su alcance y con los criterios y metodología de evaluación; es decir, debe precisarse en qué debe consistir las mejoras para ser consideradas como tales. Debe indicarse las cantidades mínimas o dentro de qué rango deben ofertarse las mejoras para acceder al total de la puntuación o a parte de ella y, lo más importante (en seguros por ejemplo), debe establecerse una categoría de las mejoras, de acuerdo a la importancia de las coberturas, sumas aseguradas y cantidad de los deducibles de modo tal de asignarles a cada uno de ellos un puntaje proporcional a su trascendencia en el servicio del seguro que se pretende contratar. La falta de precisión y coherencia entre lo que debe entenderse por mejora y lo que se pretende con su calificación, determina una evaluación de propuestas con reglas distintas de las que se ha incluido en las bases, en las que se señaló que mejora sería la oferta de aumentar las sumas aseguradas en las distintas coberturas, pero “interpretó que, en realidad era todo beneficio para la entidad. Ello implica que el factor mejora no ha sido formulado de acuerdo a los principios que le son aplicables; es decir, el de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y congruencia, lo cual ha desnaturalizado su verdadera función.

La mejora siempre será útil, toda vez que incrementa su costo; sin embargo, dicha mejora no será superflua y no indispensable para el cumplimiento de la meta de la Entidad. Adquirir un bien con mejora no indispensable que genere un mantenimiento muy elevado por ejemplo, no podrá ser un factor compatible con la finalidad y la necesidad de la Entidad.

1.2. Acreditación de factores de evaluación para la contratación de servicios en general.- El artículo 45 del reglamento establece los siguientes factores de evaluación:

1.2.1. Factor experiencia:

- a. Ejecución de servicios en la actividad y/o
- b. Ejecución de servicios en la especialidad.

(6) Resolución N° 511/2006.TC.SU.

1.2.2. Factores por el tipo del servicio:

- a) Cumplimiento del servicio
- b) Personal propuesto
- c) Mejoras
- d) Otros factores

(1) Acreditación del factor experiencia.- Este Factor califica la ejecución de servicios en la actividad y/o en la especialidad del postor. Se considera el monto facturado acumulado durante un periodo determinado de hasta ocho (8) años a la fecha de la presentación de propuestas por un monto acumulado de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria.

¿Cómo se acredita?

- Mediante contratos y la respectiva conformidad por la prestación efectuada; o
- Mediante comprobantes de pago, cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente.
- Solo pueden aplicarse 10 servicios en cada caso, prestados a uno o más clientes, sin establecer limitación por el monto o el tiempo de cada servicio que se pretenda acreditar.

Servicios similares.- En las Bases deberá señalarse los servicios, iguales y/o similares, cuya prestación servirá para acreditar la experiencia del postor. Sobre este aspecto hemos adelantado comentario cuando tratamos dentro de los Factores relacionados con bienes, la naturaleza de los similares. Tal como lo hemos señalado para los factores relativos a los bienes, en principio el Comité Especial no tiene discrecionalidad absoluta para fijar o establecer cuáles son los servicios similares a considerar en la propuesta de cada postor; no obstante, que a dicho órgano le compete esta competencia; decimos ello por cuanto, de acuerdo con el artículo 12 del reglamento la evaluación de las posibilidades que ofrece el

mercado proporcionará la información que pueda utilizarse para la determinación de los factores de evaluación, de ser el caso.

(2) Acreditación del factor cumplimiento del servicio.- La norma establece que este factor se evaluará en función del número de certificados o constancias que acredite que aquel se efectuó sin que se haya incurrido en penalidad, no pudiendo ser mayor de diez (10) servicios.

En este sentido, la documentación adecuada para acreditar el cumplimiento del servicio deben presentarse certificados o constancias referidos a los servicios que se presentaron para acreditar la experiencia del postor, es decir, los indicados documentos deben estar relacionados directamente con los contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada o en su caso, con los comprobantes de pago debidamente cancelados.

La norma exige que los certificados o constancias deben, además, certificar o hacer constar que las prestaciones se ejecutaron sin que se haya incurrido en penalidad alguna.

(3) Acreditación del factor “personal propuesto”.- Se acreditará mediante constancias o certificados que hagan constar o certifiquen la experiencia en la especialidad.

(4) Mejoras a las condiciones previstas.- La Bases deberán precisar aquellos aspectos que serán considerados mejoras.

(5) Equipamiento, infraestructura, referidos al objeto de convocatoria.

- 1.3. Acreditación de factores de evaluación para la contratación de servicios de consultoría.-** La consultoría constituye servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos; en la inspección de fábricas, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, auditorías, asesorías, estudios de prefactibilidad y de factibilidad técnica, económica y financiera, estudios básicos, preliminares y definitivos, asesoramiento en la ejecución de proyectos y en la elaboración de términos de referencia, especificaciones técnicas y Bases de distintos procesos de selección, entre otros.

La consultoría de obras constituye servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras, así como en la supervisión de obras.

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley N° 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, la contratación de consultorías comprende prestaciones de investigaciones, proyectos, estudios, diseños, supervisiones, inspecciones, gerencias, gestión etc. Dentro del contexto del código 2.3.2.71; 2.3.2.7.1.1. del gasto de los servicios de consultorías, constituyen los gastos por contratos con personas jurídicas, prestadoras de servicios de consultoría, auditorías, investigaciones, gestiones y asesorías, prestados por personas jurídicas y del código 2.3.2.7.2 y 2.3.2.7.2.2. los gastos por contrato con personas naturales prestadoras de servicios de consultoría, auditorías, investigaciones, proyectos, estudios, diseños, supervisiones, inspecciones, gestiones y asesorías, prestados por personas naturales.

Los factores de evaluación de acuerdo con el artículo 46 del reglamento son los siguientes:

- a) Experiencia
 - a.1) La experiencia en la actividad
 - a.2) La experiencia en la especialidad
- b) Experiencia y calificaciones del personal propuesto para la prestación del servicio
- c) Mejoras a las condiciones previstas
- d) Objeto de la convocatoria, en el que se calificará, entre otros, la presentación del plazo de trabajo, metodología, equipamiento e infraestructura, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el artículo 43.

Acreditación de los factores de evaluación señalados:

- **Experiencia en la actividad.-** El Factor requiere que se califique el monto facturado acumulado por el postor durante un

periodo determinado de hasta quince (15) años a la fecha de la presentación de propuestas, por un monto acumulado de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la contratación o ítem, materia de la convocatoria.

¿Cómo se acredita?

Mediante contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con un máximo de diez (10) servicios prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado.

Como puede apreciarse, la experiencia en la actividad en primer lugar debe acreditarse con la presentación de contratos y su respectiva conformidad o mediante comprobantes de pago; pero no se acredita con ambos, sino con uno u otro documento. Debemos entender que la acreditación debe efectuarse independientemente si esta conformidad se encuentra incluida en un acta de conformidad o en un acta de no haber incurrido en penalidades, por ello, no será necesaria la presentación obligatoria del acta de no haber incurrido en penalidades durante la ejecución de contrato.

- **Experiencia en la especialidad.-** Se califica, considerando, el monto facturado, acumulado por el postor durante un periodo determinado de hasta diez (10) años a la fecha de presentación de propuestas, por un monto máximo acumulado de hasta dos (2) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria.

¿Cómo se acredita?

Se acreditan mediante contratos y su respectiva conformidad con la prestación efectuada o comprobantes de pago, cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente. Esta atingencia que hiciéramos para el factor precedente cabe formularla nuevamente; no será necesario la presentación del

acta de conformidad donde se haga constar la imposición de penalidades o no, pues la normativa no lo exige expresamente.

Servicios de consultoría similares.- En las Bases deberá señalarse los servicios, cuya prestación servirá para acreditar la experiencia del postor.

- **Experiencia y calificaciones del personal propuesto para la prestación del servicio.-** Se acreditará con constancias o certificados.
- **Mejoras a las condiciones previstas.-** Las Bases deberán precisar aquellos aspectos que serán considerados como mejoras.
- **Objeto de convocatoria.-** Este Factor se califica (i) la presentación del plan de trabajo; (ii) La metodología, equipamiento e infraestructura, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el artículo 43.
- **Cumplimiento del servicio.-** Se califica sobre la base de certificados o constancias que acrediten que aquel se efectuó sin que se haya incurrido en penalidades, no pudiendo ser mayor de diez (10) servicios. Tales certificados o constancias deberán referirse a los servicios que se presentaron para acreditar la experiencia del postor.

1.4. Acreditación de factores de evaluación para la contratación de servicios de obras

1.4.1. Factores de evaluación para la contratación de servicios de obras que correspondan ADS y AMC.- En esta clase de procesos la norma del artículo 47 del reglamento establece que **no se establecerán** factores técnicos de evaluación. Obsérvese que es imperativo la disposición legal; por lo tanto, constituiría una irregularidad constituir factores de evaluación en este tipo de procesos de selección.

La indicada normativa no regula el caso de las adjudicaciones de menor cuantía derivadas de procesos declarados desiertos. Este

tema debe analizarse desde distintas ópticas; cuando el artículo 32 de la Ley dice que en el supuesto que una licitación pública, concurso público o adjudicación directa sean declaradas desiertas, se convocará a un proceso de adjudicación de menor cuantía. No aclara si en este caso las adjudicaciones de menor cuantía tendrán distintas etapas, si las Bases contendrán o no las mismas condiciones a que se refiere el artículo 39 del reglamento⁽⁷⁾; es decir, guarda silencio el reglamento respecto de este y otros aspectos, inclusive los relacionados con los factores de evaluación.

Para optar por una posición jurídica debemos recordar que el artículo 5 de la Ley establece que, la Ley de contrataciones y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables; por lo tanto, en este caso debemos estar atentos a la interpretación gramatical y semántica para determinar si la AMC derivada de procesos de selección desierto sigue conteniendo las condiciones mínimas de las Licitaciones, concursos o adjudicaciones directas; esta interpretación nos dirá que la AMC tiene una regulación especial.

Este es un tema que ha sido resuelto por el OSCE recurriendo a la Ley de presupuesto del Sector Público; señala el OSCE que esta norma especial ha establecido los distintos mecanismos de contratación en función al monto calculado sobre la base de las UIT, cuya naturaleza está relacionada con el Índice de Referencia en normas tributarias, por lo tanto la naturaleza de los procesos de selección no pueden variar; lo contrario implicaría modificar las leyes presupuestales. En consecuencia, si bien al declararse desierto varía el mecanismo de contratación (Licitación a AMC por ejemplo), no puede transformarse su envergadura y como tal la importancia. En este sentido creemos que debe mantenerse las condiciones al que se refiere el artículo 26 de la Ley, en

(7) **Artículo 39.-** Contenido mínimo de las Bases
(...)

Las Bases de los procesos de selección deberán contener las condiciones mínimas señaladas en el artículo 26 de la Ley. En el caso de las adjudicaciones de menor cuantía para bienes y servicios, las bases deberán contener las condiciones establecidas en los literales a), b), d), e), f), g), i) y k) del citado artículo de la Ley.
(...)"

concordancia con el artículo 39 de su reglamento. En otras palabras, será pertinente en esta clase de procesos de selección estable determinados factores de evaluación.

1.4.2. Factores de evaluación en licitaciones, adjudicaciones directas públicas

a. Experiencia en obras en general.-

Este factor requiere haber ejecutado obras en general hasta en los últimos diez (10) años a la fecha de presentación de propuestas, por un monto acumulado equivalente de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la obra materia de convocatoria.

b. Experiencia en obras similares ejecutadas en los últimos diez (10) años a la fecha de presentación de propuestas, por un máximo equivalente al valor referencial de la obra materia de la convocatoria, siendo el valor mínimo de cada obra similar al 15% del valor referencial.

Estos dos factores están relacionados entre sí, toda vez que de acuerdo con la norma del artículo 47 del reglamento, la obra presentada para acreditar la experiencia en obras similares sirve para acreditar la experiencia en obras en general. Si nos preguntamos ¿Por qué la disposición legal dice que las obras similares sirven para acreditar la experiencia en obras en general y no viceversa? Sencillamente, porque no puede considerarse una experiencia en obras idénticas desde la óptica técnica del expediente técnico; sino semejante en su acepción de “parecido” o “equivalente”, es por ello que el reglamento considera la obra similar como de naturaleza semejante a la que se desea contratar; es decir, equivalente, parecido.

En consecuencia, de conformidad con la norma materia de comentario, para acreditar la experiencia en obras similares, las obras que se presenten deberán ser semejantes aunque no necesariamente iguales, a la que es objeto de la convocatoria. Sin embargo, se debe tener presente, tal como lo señala expresamente el literal b) del numeral 2) del citado artículo 47, no todas las obras similares en las que haya participado un postor resultan

idóneas para acreditar su experiencia en un proceso de selección; este literal determina que la experiencia en obras similares solo podrá acreditarse con aquellas obras que, **(i)** además de ser parecidas, cuenten **(ii)** con un valor igual o superior al 15% del valor referencial del proceso en el que se presenten. Y no se refiere al conjunto de obras similares presentadas como experiencia, sino al valor mínimo de cada obra. En este sentido no cabe otra interpretación, la obra similar en primer lugar tiene que tener concordancia con la magnitud de la obra cuya ejecución se convoca, caso contrario el factor no está acreditado.

Acreditación de estos factores:

Dentro de este contexto ¿Cómo se acredita la experiencia en obras en general? La norma establece que la experiencia del postor se acreditará con copias simples de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad.

El artículo 210 del reglamento regula el procedimiento para la recepción de las obras; culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida esta, en la fecha indicada por el contratista. El acta de recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista. En el caso de haber existido observaciones, de haberse subsanado estas se suscribirá el acta de recepción. En este sentido no cabe discutirse sobre la naturaleza de las actas de recepción como instrumento de acreditación de la experiencia del postor en obras.

La discrepancia surge cuando el postor pretende acreditar experiencia en obras dentro del sector privado donde no necesariamente se recepciona con actas de recepción y conformidad. De acuerdo con el Código Civil⁽⁸⁾, inclusive puede tenerse por

(8) **CC Art. 1778.-** “El comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación. Si el comitente descuida procederá ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada”.

Art. 1779.- “Se entiende aceptada la obra, si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación”.

Art. 1780.- “Cuando se estipula que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente, a falta de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente. Todo pacto distinto es nulo”.

aceptada una obra tácitamente; por lo tanto no existe acta de recepción con sujeción a las reglas del Reglamento de la Ley; en cuyo caso, a juicio nuestro deberá establecerse en las Bases la forma de acreditación compatible con el destinatario de la ejecución de la obra; dentro de lo cual no faltará bajo concepto alguno la copia simple del contrato y documento compatible con la culminación de la obra, objeto de este.

c. Experiencia y calificaciones del personal propuesto.-

Resultaría extenso señalar dentro de la diversidad de obras, ejemplos conducentes a la explicación que pretendemos; en tal sentido señalemos en términos generales que la norma dice que las Bases deberán establecer en forma objetiva la experiencia y la metodología de su calificación. El artículo 43 establece que las Bases deberán especificar los factores de evaluación, precisando los criterios que se emplearán para su aplicación, así como los puntajes, la forma de asignación de estos a cada postor y la documentación sustentatoria para la asignación de estos. En tal sentido una primera exigencia es que, las Bases especifiquen objetivamente, **(i)** los criterios a emplearse para su aplicación; **(ii)** los puntajes; **(iii)** la forma de asignación de dichos puntajes y **(iv)** la documentación sustentatoria. Se agrega que estos factores deben ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria.

d. Cumplimiento de ejecución de obras.-

Acreditación: Dice la norma que se evaluará en función al número de certificados o constancias que acrediten que aquella se efectuó y liquidó sin que se haya incurrido en penalidades. Sin perjuicio de lo señalado por la disposición legal materia de comentario debemos señalar que cuando la norma denomina constancias o certificados a los documentos con los que se acreditara el presente factor, no puede pretenderse que tal acreditación se efectúe únicamente con aquellos documentos que cuenten con tal denominación, sino que, interpretando los términos en cuestión en

Si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408.

su acepción más amplia, el factor podrá ser acreditado mediante la presentación de cualquier documento en el que conste o se certifique que la obra que se presenta fue ejecutada sin penalidades.

La acreditación de este factor requiere de la presentación de certificados o constancia que comprueben que las obras se **(i)** efectuaron y **(ii)** liquidaron sin **(iii)** penalidades. El postor debe observar estos requisitos para evitar controversias.

Por otro lado, para acreditar este factor no puede presentarse más de diez (10) contratos de obras en general y/o similares. Aquí una atingencia; en primer lugar nos dice la norma que basta con la presentación de certificados o constancias con determinados requisitos y a renglón seguido nos habla de contratos, hecho que puede confundir, por ello las Bases deben precisar estos aspectos con toda objetividad.

Asimismo debe tenerse presente que los indicados certificados o constancias deben referirse a las obras que se presentaron para acreditar la experiencia del postor.

2. De las pruebas en las controversias derivadas de la ejecución contractual

Naturaleza de la prueba.– Dentro del proceso de contratación pueden surgir controversias en las fases del proceso de selección o de la ejecución contractual. En el primer caso resuelve la controversia el Tribunal de Contrataciones del Estado, y en el segundo puede ser resuelto con sujeción al mecanismo alternativo del arbitraje; esta última forma de solucionar las controversias se presenta en la ejecución contractual.

Siendo que las controversias se derivan de la ejecución contractual por parte de los sujetos de la relación contractual –entidad y contratista– veamos que pruebas son idóneas para acreditar los derechos y obligaciones que cada una de las partes invoca, demandando o contradiciendo las posiciones que estas sostienen. De este examen descriptivo de las pruebas trataremos de establecer la naturaleza de aquellas.

En primer lugar, lo hemos sostenido siempre, que el proceso de contratación implica fases o etapas sistemáticas, ordenada y preclusivamente actuados por funcionarios, áreas, órganos de la estructura de responsabilidades que conforman los “órganos que participan en las contrataciones” con competencia otorgadas por la propia Ley y su reglamento o el reglamento de organización y funciones u otros instrumentos de organización de la entidad correspondiente.

El Proceso de contratación, se estructura sobre la base de actuaciones administrativas establecidas por las normas que lo regulan, ejecutadas por determinados funcionarios u órganos cuya responsabilidad es inherente al cargo que ocupan; de modo tal que, solo responden por la actuación que desarrollaron en el ejercicio de su competencia establecida por la Ley o su reglamento o el ROF de la Entidad. En este sentido la responsabilidad se establece, repetimos, por las actividades que son inherentes a la competencia que ejercen⁽⁹⁾.

El proceso de contratación, decíamos, implica fases o etapas sistemáticas, ordenadas y preclusivamente desarrolladas desde la determinación de necesidades; definición de características, estudio de posibilidades que ofrece el mercado, definición del valor referencial, definición del proceso de selección, elaboración y aprobación del Plan Anual, aprobación del expediente de contratación, designación del comité especial, elaboración de las Bases, el proceso de selección y la fase contractual hasta su culminación con la recepción y conformidad de los bienes o servicios y su contraprestación o la liquidación consentida del contrato de obra y el pago respectivo cuando se trata de esta prestación.

En consecuencia, cada una de estas actuaciones administrativas generará documentos de gestión, que formará el expediente de contratación en forma sistemática, ordenada y preclusiva que rigen incorporados al indicado expediente con la naturaleza de intangibles; algunos de gestión obviamente corresponderá al proceso presupuestario del cual el proceso de contratación no es sino su “mecanismo procesal”,

(9) **Ley Art. 6.-** Cada Entidad establecerá en su reglamento de organización y funciones u otros instrumentos de organización, el órgano u órganos responsables de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación, debiendo señalarse las actividades que competen a cada funcionario, con la finalidad de establecer las responsabilidades que le son inherentes.
(...)

por ejemplo los planes estratégicos, el plan operativo y otros que son propios de la programación formulación, aprobación del PI, ejecución, evaluación y control presupuestal. Como quiera que cada proceso de contratación está restringido a una determinada contratación dentro del cual pueden, es cierto, incorporarse objetos de contratación que corresponden a disímiles prestaciones, necesariamente cada contratación formará un expediente de contratación organizado con todas y cada una de las actuaciones administrativas de cada una de sus fases o etapas; por lo tanto, no podrá formarse un expediente de contratación para dos o mas procesos de contratación. El contenido del expediente – formado con documentos de gestión derivados de las diferentes actuaciones administrativas, se incorporan al expediente de contratación con el carácter de intangibles; por ello, una vez incorporados afectados por el orden y la preclusividad de las actuaciones administrativas, no podrán tolerar enmendaduras, alteraciones, entrelineados ni agregados en los documentos, un vez que hayan sido firmados por la autoridad competente; por eso ningún proyecto documentario puede tener la naturaleza de documento de gestión, ni puede generar responsabilidad alguna.

Dentro del contexto expuesto, veamos que pruebas pueden actuar-se en la solución de controversias derivadas de la ejecución contractual. En principio toda solución de discrepancias entre los sujetos de la relación contractual es de derecho; por lo tanto lo que se requiere en las controversias es poner a derecho el supuesto desorden o irregularidad que supone una de las partes. En este sentido la prueba en las contrataciones del Estado será el instrumento que pondrá a derecho una posible irregularidad en la formación del expediente de contratación; o dicho de otro modo, es revertir una actuación administrativa que afectó el desarrollo del proceso de contratación regulado estrictamente por la Ley de contrataciones del Estado y su reglamento. Vista así la naturaleza de la prueba en los procesos que resuelven controversias se tendrá cuidado en actuar pruebas no compatibles con la naturaleza del proceso de contratación, por ejemplo testimonios, pruebas indiciarias, indicios o presunciones que pueden tener eficacia en el ámbito de las conjeturas o en la solución de controversias de conciencia no de derecho; sobre todo dentro de una controversia cuya solución requiere la aplicación de una norma especial que inclusive prevalece sobre cualquier otra norma de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables,

normativa que tiene analogía con la novena disposición final del sistema nacional de presupuesto⁽¹⁰⁾.

En este orden de ideas, en resumen diremos que la prueba privilegiada en los procesos arbitrales de derecho para la solución de controversias derivados de contratos dentro del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento –procesos de contratación, repetimos que no son sino mecanismos procesales del proceso presupuestal, en cuyo caso estamos hablando de derecho presupuestal– es el expediente del proceso de contratación y los documentos que conforman el contrato⁽¹¹⁾, tema de gran envergadura que lo dejamos para otra ocasión.

En tal sentido, la facultad del Tribunal Arbitral para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las que estime necesarios; así como a prescindir de algunas de las ofrecidas por las partes o decretadas por el mismo Tribunal, en arbitrajes de derecho cuya solución está supeditada a la aplicación de la Ley de contrataciones y su reglamento, supletoriamente a las normas de derecho público y solo en ausencia de estas al derecho privado, debe restringirse a las pruebas privilegiadas que hemos indicado. El peritaje, exclusivamente, técnico inclusive desde nuestro punto de vista constituye una prueba privilegiada que no puede ser soslayada, como suele ocurrir, al momento de laudar.

Sobre las pruebas en la solución de controversias derivadas de la ejecución contractual, dentro de procesos de contratación regulados por la Ley de contrataciones del Estado y su reglamento mucho hay que caminar; otros estudiosos de la materia quedan invitados a desarrollar este tema que hasta hoy muy poco ha sido tratado dentro del contexto de la verdadera naturaleza presupuestal del Proceso de contratación.

(10) **Ley N° 28411.-** “En lo no previsto por la Ley General y las leyes relativas a la materia presupuestal se aplican, supletoriamente, los principios del Derecho Administrativo y las disposiciones reguladas por otras leyes que incidan en la materia, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

(11) **Reglamento Art. 142.-** El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato (...).”



Jurisprudencias sobre el derecho a la prueba

1. DEBIDO PROCESO Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.

EXP. N° 4831-2005-PHC/TC-AREQUIPA

(Fecha de publicación: 06/09/2006)

RUBÉN SILVIO CURSE CASTRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de agosto de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Valentín Curse Capatinta, a favor de don Rubén Silvio Curse Castro, contra la resolución de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 378, su fecha 26 de mayo de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 26 de abril de 2005, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa alegando que se han vulnerado sus derechos a

la presunción de inocencia, al debido proceso y a la libertad personal. Manifiesta que en el marco del proceso penal que se le sigue por el delito de homicidio calificado, se le practicó la prueba pericial de ADN, lográndose determinar que las muestras de sangre encontradas en sus prendas de vestir no correspondían al perfil genético de la víctima. Por este motivo, se varió la medida de prisión preventiva por la de comparecencia restringida con detención domiciliaria. Señala que, no obstante esto, mediante resolución de fecha 15 de abril de 2005, la demandada revocó esta medida y dispuso, nuevamente, su detención sin tomar en consideración la prueba de ratificación pericial de ADN.

2. Investigación sumaria de hábeas corpus

Realizada la investigación sumaria, el demandante se ratifica en el contenido de su demanda. Los demandados, por su parte, convergen en afirmar que la decisión adoptada por la Sala se sustentó en las pruebas actuadas en el expediente y que el dictamen pericial al que alude el recurrente fue presentado en fecha posterior a la expedición de la resolución que se cuestiona. Asimismo, afirman que no ha existido vulneración alguna de los derechos fundamentales del demandante puesto que la resolución que dispone su detención fue emitida conforme a ley, respetando las garantías constitucionales y el debido proceso.

3. Resolución de primer grado

Con fecha 6 de mayo de 2005, el Noveno Juzgado Penal de Arequipa declara improcedente la demanda argumentando que de lo actuado se desprende que la resolución fue emitida dentro de un proceso regular y que la Sala no tuvo a la vista la ratificación pericial del ADN al momento de resolver, puesto que este medio probatorio fue incorporado al expediente en fecha posterior. Asimismo, señala que el recurrente podrá hacer valer los nuevos medios probatorios en la vía regular.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 26 de mayo de 2005, la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Del análisis integral de lo que obra en autos, se advierte que el demandante pretende, esencialmente, que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, a la libertad del favorecido, en la medida en que la Sala Penal revocó el mandato de detención domiciliaria sin considerar la ratificación de la prueba pericial de ADN.

2. Al respecto, es necesario precisar lo siguiente. El Tribunal Constitucional, *prima facie*, no es instancia en la que se pueda establecer la responsabilidad penal de una persona, o calificar el tipo penal en el que se subsume la conducta del imputado, pues estos ámbitos son de exclusiva competencia de la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, lo señalado tiene como única y obligada excepción la tutela de los derechos fundamentales, pues es evidente que allí donde el ejercicio de una atribución exclusiva vulnera o amenaza un derecho reconocido por la Constitución, el Tribunal no solo puede sino que debe, legítimamente, pronunciarse sobre la eventual vulneración de un derecho fundamental.

3. Evidentemente, no se trata de que el juez constitucional revise todo lo realizado por el Juez ordinario, sino, específicamente, que controle si en el ejercicio de la función jurisdiccional se ha vulnerado o no un derecho fundamental. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En ese sentido, es desde la perspectiva del debido proceso que el Tribunal Constitucional ingresará al análisis de fondo de la presente demanda.

Debido proceso y derecho fundamental a la prueba

4. Este Tribunal Constitucional ha señalado (*cf.* STC N° 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139,

inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales **–límites extrínsecos–**, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión **–límites intrínsecos–**.

5. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: “la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6. No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

7. Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, de acuerdo con lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional (vide STC Exp. N° 06712-2005/HC/TC, FJ 15), está determinado:

(...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado.

8. Como puede verse, de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

9. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso.

Análisis del caso concreto

10. Realizadas estas precisiones en torno a la relación del proceso constitucional de hábeas corpus con el derecho fundamental al debido proceso y entre este y el derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional procederá a analizar el presente caso.

El demandante afirma que al favorecido, en virtud de la prueba pericial de Biología Forense ADN 072-04, de fecha 10 de diciembre de 2004 (f. 194), se le revocó el mandato de detención por el de comparecencia restringida con detención domiciliaria, mediante resolución de fecha 28 de diciembre de 2004 (f. 188). No obstante, según el demandante, la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de

Arequipa, sin considerar la prueba de ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05, de fecha 18 de marzo de 2005 (f. 50), mediante resolución de fecha 15 de abril de 2005 (f. 55), revocó el mandato de detención domiciliaria por el de detención.

11. Por su parte, los emplazados señalan que el Dictamen Pericial de Biología Forense 022-05 fue presentado el 22 de abril de 2005; es decir, posteriormente a la expedición de la resolución antes aludida, que es de fecha 15 de abril de 2005 (f. 82), por lo que la nueva prueba que se acompaña debe ser presentada en el proceso principal para su valoración correspondiente y demás efectos que ella pueda producir (f. 88).

12. Considerando que el derecho fundamental a la prueba comporta, para el Juez, la exigencia de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida, el Tribunal Constitucional advierte que la ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05 fue presentada junto con el informe escrito, de fecha 5 de abril de 2005, en el cual se alude al dictamen pericial referido, tanto en el contenido del escrito como en la relación de anexos que se adjuntó, según se desprende de fojas 57. Siendo ello así, este Tribunal considera que la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa no ha valorado la prueba de Biología Forense aportada por el favorecido, no obstante haber sido oportunamente introducida en el proceso penal que se le sigue por la supuesta comisión del delito de homicidio calificado; lo que, a juicio de este Colegiado, constituye una vulneración del derecho a la prueba y, por ende, al debido proceso.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar fundada la demanda.

2. Disponer la **NULIDAD** de la resolución de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha 15 de abril de 2005, sin que ello conlleve la inmediata libertad del procesado, cuya

sujeción personal al proceso penal debe ser definida por la citada Sala Penal, mediante una nueva resolución que valore la ratificación pericial de Biología Forense ADN 022-05.

Publíquese y notifíquese.

SS. ALVA ORLANDINI; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA

2. IMPLICANCIAS DEL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a la prueba es complejo, y está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado” (Exp. N° 6712-2005-HC/TC).

EXP. N° 05066-2009-PHC/TC-SAN MARTÍN

ERMINIO VEGA MENDOZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de enero de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beamount Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Erminio Vega Mendoza contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 572, su fecha 18 de agosto de 2009, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de marzo de 2009 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra los miembros de la Primera Sala Mixta

Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, señores García Molina, De La Roca Rivera y Huamaní Mendoza, y contra los miembros de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Sivina Hurtado, Gonzáles Campos, Lecaros Cornejo, Valdez Roca y Molina Ordóñez, con el objeto de que se declare la **nulidad** del proceso penal que se le siguió por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado (Exp. N° 2005-285), y que en consecuencia se realice un nuevo juicio oral disponiéndose su inmediata libertad. Denuncia la violación de sus derechos constitucionales a la defensa y a la prueba, conexos con la libertad individual.

Refiere que se le inició proceso penal por el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad básica (art. 296, CP), el mismo que fue ampliado por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado (art. 297, inciso 7, CP), sin que se recepcione la ampliación de su declaración instructiva por este último. Agrega asimismo que no se ha realizado la actuación de las pruebas testimoniales y periciales, y peor aún, no existe decisión expresa que haya resuelto prescindir la declaración testimonial de Benicio Requejo Rojas. Por último señala que tampoco se resolvió su pedido de confrontación con el agente encubierto y con los demás efectivos policiales; y que no obstante ello ha sido condenado a 15 años de pena privativa de la libertad por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, lo cual vulnera los derechos invocados.

Realizada la investigación sumaria y tomadas las declaraciones explicativas, el actor se ratifica en lo expuesto en su demanda. Por su parte los magistrados emplazados coinciden en señalar que no se ha producido la violación de los derechos denunciada, toda vez que el proceso penal cuestionado ha sido realizado con la observancia del debido proceso, y la sentencia emitida se encuentra debidamente motivada, habiéndose valorado debidamente las pruebas aportadas.

El Primer Juzgado Penal de Tarapoto, con fecha 16 de junio de 2009, declaró infundada la demanda por considerar que no se ha producido la violación aducida, toda vez que al iniciar el juicio oral, la defensa del actor señaló que no tenía ningún perito o testigo que ofrecer, y que además tuvo la posibilidad de ejercer dicho derecho en el transcurso del juicio oral.

La Segunda Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 18 de agosto de 2009, revocando la apelada declaró improcedente la demanda, por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que se declare la **nulidad** del proceso penal N° 2005-285 que se le siguió al actor por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, y que en consecuencia se realice un nuevo juicio oral disponiéndose su inmediata libertad. Se denuncia la violación de sus derechos constitucionales a la defensa y a la prueba, conexos con la libertad individual.

El derecho a la defensa

2. Este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha señalado que el derecho de defensa presenta una doble dimensión: una material, mediante la cual el inculpado tiene derecho de ejercer su propia defensa desde el momento en el cual toma conocimiento de que se le viene imputando la comisión de un delito; y otra formal, que implica el derecho a una defensa técnica, es decir, el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

3. En el caso el actor alega que no se ha recepcionado la ampliación de su declaración instructiva con motivo de la ampliación del auto de apertura de instrucción, lo cual afectaría su derecho de defensa. Sobre el particular se advierte que se abrió instrucción contra el recurrente por el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad básica (artículo 296,CP) supuestamente por haber sido intervenido con su coprocesado Demetrio Carrera Marín en posesión de 15 kilos de alcaloide de opio aproximadamente (fojas 335). Asimismo se aprecia que dicho auto de apertura de instrucción fue ampliado por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado (artículo 297, inciso 7, del CP), precisamente en atención a la cantidad de droga decomisada (fojas 365). Ahora, si bien es cierto que en el proceso no se ha recepcionado la ampliación de la declaración instructiva del actor, también lo es que los hechos que conforman la base de la imputación por el delito agravado (15 kilos

de alcaloide de opio aproximadamente), resultan ser los mismos que los que se le atribuyeron inicialmente, los que además fueron puestos de su conocimiento antes de que rinda su declaración instructiva (fojas 341 y 351). A mayor abundamiento cabe señalar que, a fojas 386, obra el acta de inicio del juicio oral, en el que el Fiscal expone los términos de su acusación, precisando que el delito imputado se subsume en los artículos 296, e inciso 7 del artículo 297 del Código Penal; de lo que se colige que el actor tuvo pleno conocimiento del tipo penal materia de juzgamiento, no habiéndose producido la violación del derecho a la defensa, por lo que, en este extremo, la demanda debe ser desestimada.

El derecho a la prueba

4. Sobre el derecho a la prueba, este Tribunal ha precisado que "(...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado" (Exp. N° 6712-2005-HC/TC).

5. En el caso el actor alega que no se ha realizado la actuación de las pruebas testimoniales y periciales, y que, peor aún, no existe decisión expresa que haya resuelto prescindir de la declaración testimonial de Benicio Requejo Rojas. Asimismo señala que tampoco se resolvió su pedido de confrontación con el agente encubierto y con los demás efectivos policiales, lo cual vulneraría su derecho a la prueba. Al respecto cabe señalar que el Fiscal Superior consideró que al existir suficientes elementos de prueba que acreditan los hechos imputados y a fin de no dilatar más el proceso, se debería prescindir de la declaración del testigo Benicio Requejo Rojas (fojas 382), lo cual fue expresamente confirmado por la defensa del accionante al iniciar el juicio oral cuando señaló que no tenía ningún testigo, perito u otras pruebas que ofrecer (fojas 387). Asimismo se aprecia, que no obstante ello, la Sala de **oficio** dispuso la recepción de la declaración testimonial de Benicio

Requejo Rojas (fojas 406), realizando las citaciones y notificaciones correspondientes, no habiéndose logrado ubicar a dicha persona. Y si bien, no existe decisión expresa que prescinda de la declaración de dicho testigo, también lo es que tanto el Ministerio Público como la propia defensa del recurrente convinieron expresamente en ello ante la imposibilidad de ser ubicado (fojas 417). Por último, sobre la falta de confrontación del accionante con el agente encubierto y con los demás efectivos policiales, se aprecia que este pedido fue rechazado por la Sala Superior, habiendo mostrado su conformidad el recurrente, pues no interpuso ningún medio impugnatorio (fojas 429); no obstante ello, se aprecia que la Sala procedió a dar lectura al plan de trabajo N° 006-06.2005-DIRANDRO-PNP/DEPOTAD-T.SII y el Informe N° 019-09.2005-DIRANDRO-PNO/DEPOTAD-T.SII, elaborado por el agente encubierto; de todo lo visto se concluye pues que no se ha producido la violación del derecho a la prueba, por lo que, en este extremo, la demanda también debe de ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda en todos los extremos, al no haberse producido la violación del derecho a la defensa y a la prueba.

Publíquese y notifíquese.

**SS. VERGARA GOTELLI; MESÍA RAMÍREZ; BEAUMONT CALLIRGOS;
CALLE HAYEN; ETO CRUZ; ÁLVAREZ MIRANDA**

3. DERECHO DE LAS PARTES A OFRECER PRUEBAS

Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

EXP. N° 6712-2005-HC/TC-LIMA

MAGALY JESÚS MEDINA VELA Y NEY GUERRERO ORELLANA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Magaly Jesús Medina Vela y por don Ney Guerrero Orellana contra la Resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

FUNDAMENTOS

1. La presente demanda de hábeas corpus cuestiona la validez del proceso penal llevado a cabo contra los actores por el delito contra la intimidad, prescrito taxativamente en el artículo 154 del Código Penal. La materia de análisis constitucional versa sobre la declaratoria de

responsabilidad de los querellados (ahora demandantes en el proceso constitucional) en sede judicial. La determinación de culpabilidad de los coinceptados se asienta en hechos claramente establecidos que no pueden ser objeto de análisis por parte de este Colegiado, sino que se asumen como válidos, al estar definido su vigor en sede judicial.

El día 31 de enero de 2000, en el programa televisivo Magaly TV, se transmitió un vídeo editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda (querellante en el proceso penal), y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como 'Las Prostitutedettes', y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta. En el curso del proceso penal, se estableció que fueron los querellados, el productor del programa (don Ney Guerrero Orellana) y la conductora del mismo (doña Magaly Jesús Medina Vela), quienes contrataron a la persona que se aprecia en las imágenes para que indujera a la querellante a mantener relaciones sexuales por medios que son objeto del reportaje televisivo. Para el plan de los denunciados se contó con el previo ocultamiento de los dispositivos de filmación y grabación de audio en el ambiente en el cual iban a mantener relaciones sexuales.

Sobre la base de estos hechos, y tras la sanción penal de los querellados, son ellos mismos los que acuden ante esta instancia constitucional para que se analice en esta sede si hubo vulneración, o no, de sus derechos fundamentales.

(...)

§1. El sentido constitucional del derecho a la prueba

13. El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N° 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional.

Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los

cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N° 200-2002-AA/TC, esta tutela:

(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.

En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

14. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción, de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: “la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Este es el enunciado utilizado en el artículo 2 , inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11 , inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 , inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 , inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aún así, es menester considerar que el derecho a la prueba aparea la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

15. Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188 del Código Procesal Civil establece que 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. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Reconocido el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional, este Tribunal considera pertinente señalar que no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (amparo o hábeas corpus). Tal como lo establece el artículo 200 de la Constitución, estos tipos de procesos han sido establecidos para proteger derechos de rango constitucional. Los derechos que tengan su sustento en normas de rango legal o inferior no podrán ser acogidos mediante estos procesos; el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala, a contrario sensu, que solamente serán amparables en sede constitucional aquellas pretensiones que estén referidas en forma directa al contenido

constitucionalmente protegido del derecho invocado, tal como se expresara en la sentencia del Expediente N° 1417-2005-AA/TC.

Por ello, y a efectos de resolver el presente caso, corresponde ir fijando cuáles son los supuestos del derecho a la prueba que merecen ser tutelados a través de un proceso constitucional a la libertad.

16. Para lograr este cometido, se debe partir del derecho que engloba a la prueba. Es el derecho a la tutela procesal efectiva, uno que también debe ser determinado correctamente en el terreno constitucional. La vulneración del contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva no puede ser identificada con cualquier irregularidad procesal, si es que ella implica una infracción de las garantías cardinales y primordiales con las que debe contar todo justiciable. Por ello, atañe a este Colegiado restringir la protección de la tutela procesal efectiva a determinados supuestos, excluyéndose aquellos que no están relacionados directamente con el ámbito constitucional del derecho.

Una muestra de este trabajo interpretativo se encuentra en lo desarrollado con relación al derecho a la defensa. Este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el mismo tiene aspectos que no inciden en el contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva y que, por lo tanto, no pueden ser susceptibles de protección en estos procesos. En la sentencia del Expediente N° 3914-2004-HC/TC, se expresa lo siguiente:

(...) si bien se demuestra una cierta limitación del derecho de defensa de la persona, no es la sede del hábeas corpus la pertinente para criticar tal acto. Tal limitación no es una restricción que afecta bienes constitucionales.

Por ende, en el derecho-regla a la prueba, este Colegiado está en la capacidad de delimitar y circunscribir cuál es su ámbito de protección en sede constitucional. Veamos cómo se puede ir estableciendo este.

§2. La supuesta vulneración del derecho a la prueba

17. Un componente básico para el control jurisdiccional solicitado es determinar el acto que constituye la vulneración del derecho

fundamental. En el caso concreto, los recurrentes advierten una doble violación: una falta de respuesta respecto a su admisión y una inadecuada calificación como “prueba inútil”.

Cabe recordar que las transgresiones alegadas tienen su origen en un mismo hecho. Se trata de la postulación realizada por los actores de un medio probatorio. Este se refiere a la declaración de testigos, y en virtud del cual consideran que se pudo haber evidenciado la existencia de informes jurídicos previos a la emisión del vídeo materia del control penal, que opinaban por la legalidad de su propalación.

18. En primer lugar, se encuentra la falta de respuesta. No obstante haberse ofrecido el medio probatorio de la declaración de testigos, que según los querellados era parte importante para su defensa, los juzgadores ni los admitieron ni los rechazaron. Esto sucedió tanto en primera como en segunda instancia. En las dos sentencias emitidas no se hace mención alguna a la declaración ofrecida.

Según los demandantes del proceso de hábeas corpus, estas resoluciones constituyeron el mejor ejemplo de vulneración de un derecho fundamental:

(...) ni el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, ni la Sexta Sala Penal Superior, ni la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, han argumentado que no se admitieron y actuaron los medios de investigación o prueba que ofrecimos por el vencimiento del plazo probatorio (...) ⁽¹⁾.

Es decir, pese a la obligación exigible a cualquier juzgador de resolver un pedido realizado por un justiciable, no se dio respuesta en el plazo correspondiente.

Para contradecir esta evidencia de vulneración, el representante del Poder Judicial explica la razón de esta falta de contestación. Si bien concluye en que todo magistrado está en la facultad de admitir los medios probatorios que considere pertinentes para valorarlos en

(1) Escrito del abogado de los demandantes del hábeas corpus (fs. 142, 43 del Expediente).

la sentencia, y de esta manera sustentar su razonamiento jurídico, su principal razón consiste en que:

(...) no se expidió una resolución que admitiera o denegara directamente este medio probatorio y no ocurrió por un hecho muy simple, nos encontrábamos en aquella oportunidad en un proceso especial, en una sumaria investigación señala el Código (...). Si bien es cierto en aquel proceso no se respetaron estrictamente los plazos, se trató de expedir una sentencia en un tiempo corto y razonable, así efectivamente se hizo en cinco meses, once días (...) ⁽²⁾.

Además, refiere que, al tratarse de un proceso de naturaleza especial, con plazos expeditivos, los plazos prescritos son cortos, por lo que solo correspondía hacer una valoración de la prueba ofrecida al momento de sentenciar en la Corte Suprema.

En pocas palabras, no se respondió a lo solicitado por los demandantes aduciéndose que el proceso no podía demorar mucho tiempo, tomando en cuenta para ello la celeridad exigida en el proceso penal sumario.

19. En segundo lugar, luego de no haber sido ni admitida ni rechazada la prueba ofrecida, en la Corte Suprema se señaló claramente la inconveniencia de un medio probatorio como es la declaración de los testigos del caso concreto.

Así, en la máxima instancia judicial se consideró que la prueba presentada por los querellados en el proceso penal era, casi, una prueba inútil:

Ante la presencia de tal calidad de elementos probatorios, se declara improcedente la denuncia sobre del derecho a probar la falta de antijuricidad de los hechos. Ante tal dimensión de evidencias, la existencia o no de una consulta jurídica favorable que dicen los denunciados haber obtenido previamente a la propalación del vídeo, en nada hará cambiar el sentido de la presente resolución al estar

(2) Sentencia del Decimotercer Juzgado Penal de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 165 del Expediente).

acreditada la manera provocada, vejatoria e innecesaria con la que se ha actuado (malicia calificada)⁽³⁾.

Sin embargo, los recurrentes alegan que los medios probatorios presentados no pueden ser considerados como una prueba inútil, precisando que el rechazo de la prueba invocando su inutilidad, asumiendo que la defensa de los procesados es equivocada, supone adelantar en la etapa probatoria el juicio que debe efectuarse en la fase de sentencia⁽⁴⁾. Frente a este argumento, el ad quem constitucional considera que la actuación del juzgador penal se ajustó a una correcta valoración probatoria, máxime si los medios probatorios ofrecidos no eran necesarios para determinar su responsabilidad penal⁽⁵⁾. De lo expresado, queda claro que se tiene que determinar si un juez como el del proceso penal está en la capacidad de considerar una prueba como inútil, y si ello termina vulnerando, o no, el derecho a la prueba por parte de los demandantes.

20. Tanto porque los juzgadores no admiten una prueba postulada, como porque la califican como inútil, los recurrentes han considerado que la vulneración alegada se centra en que, a su entender, se les impidió invocar una circunstancia de la pena privilegiada, la del error de prohibición vencible, figura prevista en dos normas del Código Penal: los artículos 14, último párrafo, y 21⁽⁶⁾. Este Colegiado debe insistir en que no es objeto de la presente sentencia señalar si, en efecto, el error de prohibición se encontraba debidamente acreditado en autos, sino tan solo determinar si la omisión de consentir el recibo de determinadas testimoniales constituye una vulneración del derecho a la prueba.

Ahora bien, lo que buscaron atacar los propios actores con esta postulación probatoria, según ellos mismos afirman, era el establecimiento de su inculpabilidad. Este principio, si bien no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución (de forma tácita se

(3) Claramente establecido en la Demanda de hábeas corpus (fs. 7 del Expediente).

(4) Toma de declaración de los vocales supremos, señores Pastor Adolfo Barrientos Peña (fs. 119 del Expediente), Hugo Príncipe Trujillo (fs. 123 del Expediente) y José María Balcázar Zelada (fs. 126 del Expediente).

(5) Toma de declaración de vocal supremo César Javier Vega Vega (fs. 125 del Expediente).

(6) Toma de declaración de vocal supremo Robinson Octavio Gonzales Campos (fs. 122 del Expediente).

presenta en el artículo 2 , inciso 24, acápite e), se trata de uno implícito que limita la potestad punitiva del Estado.

La esencia de la culpabilidad no reside (...), sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (...). El principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias: (...) Se debe reconocer el error sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuricidad (...)⁽⁷⁾.

Asimismo, este Tribunal concuerda con la doctrina cuando se señala que:

(...) Conforme a la naturaleza de la culpabilidad –y de la inculpabilidad– la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades⁽⁸⁾.

Independientemente de la postulada conexión entre error de prohibición y culpabilidad (por no ser materia de un proceso constitucional), este Tribunal buscará contrastar si los dos actos aducidos por el recurrente para sustentar la violación de la prueba en el proceso penal vulneran el derecho constitucional a la defensa alegada por los recurrentes.

53. Elementos de análisis respecto a la prueba ofrecida

21. Una de las manifestaciones del derecho a probar se encuentra en la presentación de testigos, figura que es totalmente aplicable al caso concreto.

Tal como claramente lo ha expresado el artículo 14 , inciso 3, acápite e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (posteriormente reproducido en el artículo 8 de la Convención Americana

(7) Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 160 del Expediente).

(8) Sentencia del Decimotercer Juzgado Penal de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 166, 167 del Expediente).

sobre Derechos Humanos), la persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, durante todo el proceso:

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Sin embargo, como todo derecho, este tampoco es ilimitado o irrestricto, sino que debe estar sujeto a las propias líneas divisorias que en la normatividad se desarrollan. Pero, ¿qué se ha dicho respecto a la postulación probatoria en el proceso penal sumario, como es el caso de autos?

Para llegar a una respuesta adecuada, es necesario conciliar lo que el ordenamiento jurídico estima necesario para proteger el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba y los hechos existentes en el caso sometido a control constitucional. Para cumplir este objetivo, surgen diversas aristas que pasamos a explicar a continuación.

3.a. Eficacia de la prueba

22. Su importancia radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración.

El Tribunal Constitucional español (la N° 33/1992), en una sentencia atinente concretamente a la denegación de medios probatorios, ha señalado que:

(...) es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no existe indefensión de relevancia constitucional cuando aún existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o bien porque quede acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Tal como se puede observar, para que la que prueba ofrecida por un inculpado tenga un grado de eficacia tal que pueda ser admitida en un proceso, debe presentar elementos de juicio irrefutables a la luz de la responsabilidad penal atribuida.

23. Como premisa básica, la presentación de testimoniales por parte de los querellados resulta ser una prueba inútil. Ella en sí misma no permite establecer la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar o verificar con su ofrecimiento o actuación, que es, finalmente, la capacidad de reacción normativa y la internalización de la norma por parte del sujeto.

Justamente, se ha señalado que la prueba del error de prohibición versa:

(...) sobre si el sujeto es responsable de la ausencia de motivación conforme a derecho (...). A esa conclusión difícilmente puede llegarse a partir de una prueba directa distinta de las propias manifestaciones del acusado, de modo que si el propio sujeto invoca error, solo una manifiesta contradicción a partir de máximas de experiencia puede hacer decaer su propia declaración al respecto (...)⁽⁹⁾.

En el presente caso, como se ha podido establecer, la parte demandante pretendió acreditar que incurrió en error de prohibición con la postulación de un medio probatorio que parece no cumplir con el nivel de validez exigido. En realidad, la actuación de los testimoniales no hubiera llegado a asegurar la existencia del error de prohibición. Lo único que se hubiera llegado a expresar es el hecho de que el asesor legal externo de Frecuencia Latina y también el asesor legal interno emitieron un informe favorable, pero no que hubo un error subjetivo de apreciación al momento de cometer el delito.

24. En este sentido, es ilógico que se planteen como medio probatorio, la declaración de testigos, si bastaba con presentar un informe escrito sobre el tema requerido. Para probar realmente la existencia de un estudio jurídico previo sobre la materia (sobre si la prostitución

(9) Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 231b, 232 del Expediente).

clandestina estaba o no tutelada por el derecho a la vida privada), no era preciso mostrar declaraciones, sino, por el contrario, mostrar documentos.

Durante la audiencia pública realizada en la sede de este Tribunal, se formuló a los recurrentes una pregunta al respecto; ¿por qué era necesaria la declaración de dos personas: el asesor legal y el representante del canal, si bastaba con haber presentado el informe externo? La respuesta reflejaba su indecisión sobre este aspecto:

Por lo siguiente, primero no había un informe escrito, no existía un informe escrito, por eso es que se ofrece la prueba testimonial y lo que se iba a testimoniar en ese momento es que antes de la difusión de ese video, se consulta a estos profesionales y olvidaba un tercer testimonio que es incluso el administrador del canal de ese entonces. Entonces, esta es la prueba que se ofrece al momento de la declaración de instructiva que tranquilamente se pudo haber admitido su actuación y de repente en la valoración no creerle, pero, el problema señor vocal es que no se admite la prueba, no se señala la razón de su no admisión, ni siquiera se notifica y, en la Corte Suprema se dice, no sea admitida porque no tenía la razón, eso me parece que lesiona frontalmente el derecho a probar⁽¹⁰⁾.

No es creíble la versión planteada por el abogado de los demandantes respecto a que tanto el abogado externo como el interno presentaron informes, pero solamente verbales. En un proceso judicial no es consistente una argumentación como la vertida. Asumir esta posición coadyuva a considerar adecuada la respuesta de la judicatura respecto a la postulación probatoria denegada.

25. Un último punto al respecto. El delito por el que fueron sentenciados los recurrentes en la querella por delito contra la intimidad, está prescrito claramente en el artículo 154 del Código Penal:

El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros

(10) Demanda de hábeas corpus (fs. 13 del Expediente).

medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.

En tal configuración, el delito no solo se restringe a la responsabilidad por captar imágenes, sino que avanza hasta la difusión de las mismas. Fue en cuanto a la difusión que los recurrentes solicitaron los informes respectivos, pero también fluye de autos que respecto a captar imágenes no hubo informe alguno que supuestamente lo autorice. Es decir, así se hubiese comprobado la existencia de un informe, ello no hubiera podido exculpar o disminuir la responsabilidad de los querellados respecto al momento en que se preparó y se filmó el acto sexual de la querellante.

3.b. Momento de postulación de la prueba

26. Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este Tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.

En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos⁽¹¹⁾.

(11) Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 158 del Expediente).

En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis de cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que correspondía según las normas procesales sobre la materia.

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- **Pertinencia:** Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.
- **Conducencia o idoneidad:** El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- **Utilidad:** Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.
- **Licitud:** No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

- Preclusión o eventualidad: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta última exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias.

27. Según el proceso establecido en el Código de Procedimientos Penales para el procesamiento de delitos que son objeto de persecución privada (artículos 302 y siguientes), en caso de no haber conciliación en la audiencia de comparendo, el juez examinará al querellante, al querellado y a los testigos de ambas partes, en la forma que el propio Código indica.

Asimismo, es de observarse que, conforme al artículo 303 del Código de Procedimientos Penales, la documentación existente, así como los testigos y peritos que hubiere, serán examinados en la misma audiencia conjuntamente con las partes:

El juez instructor citará al querellado mediante cédula, expresando en ella el delito que se le imputa, el nombre de los testigos ofrecidos, el de los peritos nombrados, si los hubiere, y el día y hora en que deben comparecer juntos, querellante, querellado, testigos y peritos. Estos últimos, con su respectivo dictamen. En la misma cédula se expresará que el querellado tiene derecho para llevar hasta tres testigos que rectifiquen los hechos imputados, o demuestren la parcialidad de los testigos ofrecidos por el querellante, y si hay prueba pericial, un perito que discuta los dictámenes de los peritos judiciales o los presentados por el querellante. A esta cédula se acompañará una copia de la querella.

Como es de verse, la oportunidad para ofrecer testimoniales o cualquier otro medio probatorio en un procedimiento de querella es antes de la audiencia, ya que es en ella cuando tendrá lugar su actuación. Pero, ¿cuándo se presentó el medio probatorio en el proceso penal seguido contra los querellados?

28. Se ha alegado que la postulación se produjo cuando las instructivas fueron realizadas. De lo que se puede observar de ellas es que, básicamente, lo que los recurrentes señalan son datos necesarios para ejercer su derecho a la defensa. Nada más. En su declaración, los dos coimputados coincidieron en señalar que:

(...) luego de consultar con los asesores internos legales del canal encabezados por el doctor Leopoldo Valdez, quien a su vez realizó una interconsulta con el asesor legal externo del canal, el doctor Rolando Souza, luego de recibida la asesoría legal necesaria para evitar que violemos algún tipo de ley, decidimos emitir el informe⁽¹²⁾.

Lo que se puede colegir de esta manifestación judicial no es que se esté ofreciendo medio probatorio alguno, sino tan solo que se está relatando un hecho particularmente necesario para su defensa. No se puede concluir, de ninguna manera, en que a través de esta declaración los recurrentes –querellados, en su momento–, postularon un medio probatorio.

Situación distinta se advierte cuando se presentó un escrito ante el juzgador penal en el que sí, con claridad, se ofrece un medio probatorio:

Como acto probatorio de parte destinado a demostrar la verdad de los hechos que forman mi defensa material, apporto los siguientes medios probatorios: 1.- Medios probatorios: a) La declaración testimonial de don Emilio Leopoldo Valdez Castañeda (...), b) La declaración testimonial de don Mendel Percy Winter Zuzunaga (...). 2.- Significado probatorio del acto de defensa.- El objeto de los testimonios ofrecidos tiene por finalidad acreditar que dado el interés público de la investigación periodística que motivó la difusión del informe se decidió emitirlo al aire previa consulta con el apoderado especial del canal y abogados externos de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.⁽¹³⁾.

(12) Demanda de hábeas corpus (fs. 15 del Expediente).

(13) Declaración del Procurador Público del Poder Judicial (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

De esta forma se consolida la idea de que existe un medio probatorio ofrecido por los demandantes que debió ser observado por el juzgador penal recién a partir del 12 de mayo de 2003.

Entonces, pese a que, según la normatividad procesal penal, en el proceso penal de autos el plazo para postular medios probatorios (la comparecencia de testigos es uno de ellos) era antes de la audiencia realizada el día 28 de enero de 2003, recién se realizó el pedido casi cinco meses después. Del propio escrito de demanda fluye que los accionantes realizaron el ofrecimiento probatorio –cuya inadmisión y consiguiente imposibilidad de actuación se cuestiona– fuera del plazo establecido por ley, perdiendo así toda oportunidad para ofrecer dicho medio probatorio, ya que las testimoniales, de haber sido ofrecidas, debieron haber sido actuadas en la misma audiencia en la que el juez examinó a los querellados.

29. En conclusión, debe enfatizarse que, si bien ha de procurarse la rapidez y la prontitud para llegar a una resolución en todo proceso judicial, inclusive penal, y más aún en uno sumario, ello no puede desvirtuar la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución). Todo acto de celeridad debe tener como propósito esencial el respeto del derecho a la tutela procesal efectiva. Tal sentido fluye de lo dispuesto por el artículo 125 del Código de Procedimientos Penales, el que determina que si el inculpado invoca hechos o pruebas en su defensa, estos deben ser verificados por el juzgador en el plazo más breve.

El hecho que aducen los recurrentes no puede ser apreciado como una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva en el ámbito relacionado con el derecho a probar. No puede haber violación de este derecho básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque el medio probatorio fue postulado fuera de los plazos legales para hacerlo, por lo que era incorrecto que el juzgador lo aceptase. En segundo lugar porque, finalmente, el propio Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, subsanó la deficiencia formal en que habían incurrido los juzgadores de primera y segunda instancia al no pronunciarse al respecto, considerando acertadamente que tal prueba era irrelevante.

Por ello, es oportuno subrayar que lo pedido por los recurrentes no se inserta en el contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, motivo por el que este extremo de la demanda se inserta en lo prescrito por el Código Procesal Constitucional en el artículo 5, inciso 1, y debe ser declarado improcedente.

El argumento de defensa respecto al ámbito de protección del bien jurídico intimidad

30. Además de aducir la violación del derecho a la prueba, los recurrentes refieren que, en el proceso penal seguido en su contra, se ha afectado su derecho a la defensa, precisando los siguientes motivos:

Desde la fase de instrucción del proceso penal hemos alegado como argumento de defensa técnica la atipicidad del hecho por el que se nos atribuye ser autores de delito contra la intimidad, porque los actos de prostitución clandestina, por ser ilícitos, no se encuentran dentro del ámbito de protección del bien jurídico intimidad. Este argumento de defensa técnica no ha sido tratado o considerado en las sentencias dictadas en las 3 instancias de la causa penal (...) ⁽¹⁴⁾.

En la sentencia de primera instancia del proceso penal, el juzgador reseñó claramente cuál era la estrategia de defensa utilizada por la defensa de los recurrentes: que la prostitución clandestina, por constituir un ilícito administrativo, no se encuentra dentro de la esfera de la vida privada; y que la conducta realizada se encuentra justificada en la medida que los querellados actuaron en el ejercicio regular de la libertad de información ⁽¹⁵⁾. Pese a tal reconocimiento, los ahora recurrentes alegan que la vulneración de la defensa técnica se produjo cuando se les impidió vindicar su acción, obstaculizando la comprobación de la existencia de la mencionada prostitución clandestina ⁽¹⁶⁾.

(14) Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria Corte Suprema en el proceso de delito de violación a la intimidad. R.N. N° 3301-04 (fs. 94 del Expediente).

(15) Demanda de hábeas corpus (fs. 20 del Expediente).

(16) Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 231b del Expediente).

En consecuencia, lo que corresponde determinar en este punto de la sentencia es si los argumentos de defensa esgrimidos por los que-rellados del proceso penal debieron ser analizados obligatoriamente por el juzgador al momento de resolver, o si por el contrario, tenía esta la posibilidad de desconocerlos cuando redactó su sentencia.

§1. La defensa técnica como derecho

31. La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.

Sobre su reconocimiento normativo, debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139, inciso 14, la existencia de

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

Los instrumentos internacionales ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14 , inciso 3, acápite “d” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera pertinente requerir una defensa no solo realizada a título personal, sino también a través de un abogado. Por su parte, el artículo 8 , inciso 2, acápite c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede al inculpado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

32. Teniendo en cuenta tales dispositivos, conviene preguntarse cuándo se produce una violación del derecho de defensa. Ello ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho.

A colación de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado, como parte de la Sentencia N° 237/1999, que:

(...) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (...). Por ello hemos hablado siempre de indefensión 'material' y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. Puestas así las cosas en su punto final, parece claro que la omisión denunciada, podría ser reprochable en el plano de la legalidad y con efectos quizá en otros ámbitos, pero está desprovista de trascendencia constitucional para considerar enervada o debilitada la efectividad de la tutela judicial.

Por ende, queda claro que también corresponde determinar si lo que están alegando los demandantes se puede considerar como una forma de vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.

33. Para comprobar la vulneración de la defensa técnica, los recurrentes solicitan que este Colegiado reexamine el criterio vertido por el órgano jurisdiccional respecto al carácter de la prostitución clandestina, presumiendo que solo así se podrá determinar que no existe violación de la vida privada si existe un ilícito de por medio.

Ante ello, este Colegiado reitera el pleno respeto de la independencia judicial al momento de resolver, de modo que únicamente determinará si los juzgadores observaron, o no, los argumentos de defensa presentados. No se pronunciará ni emitirá reflexión alguna respecto a lo que decidió la Corte Suprema en este caso, puesto que ello implicaría que resuelva como una instancia judicial ordinaria.

Cabe resaltar que, según el artículo 138 de la Constitución:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (...).

Una norma de este tipo solo puede significar respeto pleno de las resoluciones judiciales y que ningún otro órgano puede afectarlas, ni siquiera el Tribunal Constitucional, a no ser que haya vulneración de algún derecho fundamental, situación en la cual la proscripción prevista en el segundo párrafo del artículo 139 , inciso 2 de la Norma Fundamental cedería ante la posibilidad de interponer una demanda de algún proceso constitucional, según lo permite el artículo 200.

Ahora bien, a grandes rasgos y prima facie, lo que se advierte es que en las tres sentencias emitidas en el Poder Judicial sí se observaron los argumentos de defensa pero no se creyó conveniente asumirlos como válidos para resolver el caso. En cada una de las instancias, los juzgadores establecieron que era irrelevante averiguar la existencia de prostitución ilegal, pues ello no era objeto de juzgamiento, lo que en cierta forma ha terminado confirmando que en su criterio la vida privada de las personas no tiene relación alguna con la finalidad con la que realizan sus actos.

34. Pese a lo que se acaba de determinar, este Colegiado reseñará algunos parámetros constitucionales sobre los derechos que estuvieron en juego en el proceso judicial penal sometido a control constitucional, por ser ello necesario en virtud de la profilaxis interpretativa que corresponde al Tribunal Constitucional en su calidad de órgano supremo de interpretación de la Norma Fundamental (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Ello no significa que se está volviendo a resolver sobre el caso del fondo, sino únicamente que se analizará la decisión judicial en el extremo planteado en la demanda, toda vez que solo así se desvirtuará, o validará, la tesis esgrimida por los recurrentes, además de sentar las bases conceptuales para el estudio de derechos fundamentales poco desarrollados jurisprudencialmente.

Asimismo, se pondrá énfasis en que los jueces, como miembros partícipes del Estado, deben cumplir con las obligaciones que la propia Constitución reconoce en el artículo 44: una de ellas referida a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Frente a ello, al ser el órgano de control de la Constitución, según lo previsto en el artículo 201 de la propia Norma Fundamental, este Tribunal está capacitado para resguardar el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

En los siguientes puntos, se tratará de insistir en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a la información y a la vida privada, para que a partir de allí se pueda realizar un juicio de ponderación respecto al vídeo propalado en el programa Magaly TV. Gracias a este estudio, se determinará en el último extremo y dentro de los márgenes que impone la presente demanda de hábeas corpus, si hubo, o no, vulneración del derecho a la defensa técnica.

§2. La urgencia de definir los ámbitos de los derechos a la información y a la vida privada

35. Solo se podrá analizar la supuesta afectación del derecho a la defensa de los recurrentes, si previamente se ubica correctamente el reconocimiento judicial de la existencia de prostitución en la relación entre derechos fundamentales de los querellados y la querellante.

Al respecto, los recurrentes buscaron ejercer, al momento de emitir el reportaje mencionado, su derecho a la información. Sin embargo, a partir de un inadecuado ejercicio de este, el Poder Judicial determinó su responsabilidad por la afectación de la vida privada, toda vez que esta aparece como un límite a tal derecho. Pero, ¿qué habrá de entenderse por derecho fundamental a la información? Constitucionalmente, se ha previsto que toda persona puede emitir las noticias que considere pertinentes, configurándose lo que se conoce como el derecho a la información. En tal sentido, en el artículo 2, inciso 4, se ha admitido la existencia del derecho a la libertad de información. Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19, inciso 2, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo IV, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, inciso 1, reconocen el derecho a la investigación, recepción y difusión de las informaciones.

Como todo derecho fundamental, la información posee un elemento constitutivo que le da sentido a su tutela constitucional, componente conocido como su contenido esencial, concepto cuyo desarrollo se puede encontrar en la sentencia del Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros, donde se desarrolla una idea institucional del mismo. En el caso de la información, y tal como se ha desarrollado en la sentencia del Expediente

Nº 0905-2004-AA/TC, su contenido esencial se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información.

Entonces, solamente se debió ingresar a analizar la afectación de la vida privada de la querellante si se comprobaba la veracidad de la información. Caso contrario, ni siquiera se podría mencionar la existencia de un ejercicio del derecho a la información. Si bien no hay dudas respecto a la autenticidad de las imágenes presentadas (nunca la querellada las criticó), la veracidad del reportaje emitido en el programa Magaly TV no se puede considerar una parte del derecho a la defensa, sino simplemente el cumplimiento de lo mínimo que se le podría exigir a un programa de índole periodística.

36. El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Solo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia.

Es importante que en el ordenamiento internacional se haya determinado la existencia de límites a los derechos comunicativos. En tal sentido, tanto el artículo 19, inciso 3, acápite a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 13, inciso 3, acápite "a" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisan que el ejercicio del derecho a la información 'entraña deberes y responsabilidades especiales', por lo que está sujeto a una restricción como es la de asegurar (...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

En el ámbito constitucional, se ha prescrito respecto al derecho a la información, como parte del artículo 2, inciso 4, que los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social se encuentran tipificados en el Código Penal, sancionándose *ex post* la afectación a un

derecho fundamental, y reconociéndose de manera explícita un límite externo en la vida privada.

De otro lado, sobre la base del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la vida privada de las personas aparecerá como límite al derecho a la información, en el sentido que el ejercicio de uno no podrá realizarse vulnerando el espacio del otro. Así, y tomando en cuenta su naturaleza de derecho-principio de ambos, se buscará la optimización de sus contenidos. Por ende, es imprescindible determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del *balancing* o ponderación.

37. La vida privada de las personas es un límite válido del derecho a la información. Por ello, corresponde fijar algunos contenidos básicos del primero de los derechos mencionados con el fin de controlar jurisdiccionalmente el segundo.

Lo importante de dotar de un contenido constitucionalmente protegido a la vida privada en el presente caso se centra en que los recurrentes aseveran que la violación a su derecho a la tutela procesal efectiva, en el sentido de derecho a la defensa técnica, se basa en una consideración equívoca. Debe determinarse, por tanto, si dentro del derecho a la vida privada se puede dejar de abrigar un ámbito como el de la prostitución clandestina, máxime si el Poder Judicial ya tomó una decisión clara y concreta, al considerar que sí la protege.

En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico. En la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros. Y pese

a que el desarrollo constitucional de la materia es disperso, lo cierto es que la Declaración Universal de Derechos Humanos le da cierta coherencia y unidad. Así, en el artículo 12 se sostiene que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, motivo por lo cual se expresa el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Un planteamiento similar se puede encontrar en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre todo incisos 2 y 3). Menos amplio es el reconocimiento mostrado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se restringe a señalar que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada y familiar.

Como se observa, existe disimilitud de conceptos entre la normatividad nacional e internacional, que por ello exige su reconducción hacia un criterio unitario, básicamente planteado a partir de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Código Procesal Constitucional. Básicamente planteamos que el derecho-principio reconocido es la vida privada, y la intimidad, uno de sus derechos-regla.

38. Con respecto al bien jurídico tutelado en la Constitución, no cabe duda que la vida privada refleja uno de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar.

Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así, sobre la base del *right to be alone* (derecho a estar en soledad)⁽¹⁷⁾, se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, es-

(17) Demanda de hábeas corpus (fs. 38 del Expediente).

tán reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño⁽¹⁸⁾. De esta forma se ha llegado a definirla, argumentando su faz positiva, como:

(...) el reducto de lo personal no encuentra su confín en la cárcel de la propia individualidad (...) sino que ella sirve de plataforma para la integración del ser humano con el círculo de ciertos allegados (especialmente a través de los lazos familiares), con un ambiente físico (el domicilio) y con el ambiente inmaterial de sus manifestaciones espirituales (la correspondencia, las comunicaciones de todo tipo, los papeles privados)⁽¹⁹⁾.

En la jurisprudencia tampoco se ha rehusado la posibilidad de definir un concepto como este. Este Colegiado ha señalado, a través de un fundamento de voto en la sentencia del Expediente N° 0072-2004-AA/TC, que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución. De esta manera, no solo se hace hincapié en un ámbito negativo de su configuración, sino también en el positivo.

Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso von Hannover c. Alemania (*Application* N° 59320/00), de 2004, estableció que:

(...) la importancia fundamental de la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad que tiene todo ser humano. Esa protección (...) se extiende más allá del círculo privado familiar e incluye también la dimensión social. El Tribunal considera que cualquier persona, aun si es conocida por el público, debe poder gozar de una 'legítima expectativa' de protección y respeto de su vida privada.

(18) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal - Parte General*. Ara, Lima, 2004, p. 160.

(19) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal - Parte General*. 2ª Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 728.

De ello se concluye que únicamente a través del reconocimiento de la vida privada la persona podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, toda vez que aquel dato y espacio espiritual del cual goza podrá permitírselo.

La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2, inciso 9 de la Norma Fundamental.

39. En el presente caso, el ámbito de la vida privada que estaría siendo objeto de violación es la intimidad personal, zona que también merece protección superlativa a través del tipo penal descrito en el artículo 154 del Código Penal. En ella, la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social⁽²⁰⁾. Como lo señala este colegiado en su sentencia del expediente N° 1797-2002-HD/TC, es el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas.

De esta forma, la intimidad protegía todo acto dentro de un espacio personal de la querellante, como puede ser las relaciones sexuales que practique, con prescindencia de la motivación o la causa de dicho hecho. Queda claro, entonces, que su derecho a la vida privada, sí protegía la posibilidad de evitar que otros se inmiscuyan y reproduzcan en un canal de televisión los actos sexuales que realizó. Sin embargo, esto no quiere decir que, si se presenta un ilícito, la investigación periodística que se realice no puede estar también protegida, haciendo

(20) PEREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Grijley, Lima, 2005, p. 164 y ss.

disminuir la protección del contenido accidental del derecho a la vida privada de la persona. Pero, sobre la base objetiva del contenido esencial de cada uno de los derechos en juego (vida privada e información), se efectuará a continuación un análisis ponderativo para comprobar si la judicatura ordinaria analizó correctamente, o no, el medio de defensa utilizado por los querellados respecto a la existencia, o no, de prostitución clandestina.

§4. La ponderación entre la información y la vida privada

40. Si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia una prevalencia de la información, basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución.

Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Solo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos).

4.a. La razonabilidad de la medida

41. La razonabilidad es un estándar de control de una acción que, como en el caso concreto, está referido a la emisión de imágenes respecto a los actos sexuales cometidos por la querellante con otro sujeto.

Incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, en cada uno de los cuales

se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen, o no, sentido.

4.a.i. El juicio de adecuación

42. A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo. Este juicio aplicado a la relación entre información y vida privada permite determinar que solo existirá una solución adecuada, si es que la noticia sobre la cual versa la información no desconoce el objetivo previsto en la Constitución en su artículo 1 (la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado) y que se materializa en la vigencia del respeto de los ámbitos de la vida privada de una persona, por más pública que esta sea.

Por tanto, ¿es permisible que el derecho a la información pueda tocar temas tan sensibles como las relaciones sexuales de una persona, por más que haya estado en un supuesto de prostitución clandestina? Este colegiado considera que no.

La sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Lawrence C. Texas*, de 2003 (se trata de un caso en que hubo una intervención estatal a un domicilio en el cual dos personas practicaban relaciones homosexuales), también está en la misma línea:

La libertad protege a la persona de intrusiones gubernamentales arbitrarias en una vivienda u otro lugar privado (...). El derecho de la libertad se extiende más allá de los límites espaciales. La libertad supone una autonomía de la persona que incluye libertad de pensamiento, credo, expresión y cierta conducta íntima. El presente caso involucra la libertad de la persona tanto en su dimensión espacial como en sus más trascendentes dimensiones.

43. En el caso de autos, el reportaje emitido en el programa *Magaly TV*, tal como había sido propalado, no respetaba de ningún modo a la persona sobre la cual versaba este. Como se puede apreciar de su transmisión, no existe la más mínima consideración por la querellante ni por

su vida privada. Además, no se ha respetado la inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9 de la Constitución), derecho que protege también las actividades realizadas por una persona en la habitación de un hotel.

Independientemente del fin con el que se realiza el reportaje, lo importante en este punto es analizar si con él se respetaban los valores y principios previstos en la Norma Fundamental: ni la democracia se veía favorecida con un reportaje de este tipo y menos aún la dignidad de la persona podría ser argüida como sustento jurídico de este. Nada productivo para el Estado democrático y constitucional de derecho se ha de conseguir con el video sobre “Las Prostivedettes”, ni con la emisión de imágenes que muestran partes íntimas de la querellante, máxime si los medios de comunicación social están obligados a colaborar con el Estado en la educación y formación moral y cultural de la nación, tal como lo precisa el artículo 14, *in fine*, de la Constitución.

Queda claro, entonces, que la utilización del argumento de la prostitución clandestina no ayudaba ni ahondaba en nada en el tema de la adecuación de la medida realizada por los demandantes.

4.a.ii. El juicio de necesidad

44. El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

Asumiendo este argumento, se ha señalado que la vida privada

(...) es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal⁽²¹⁾.

Es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. Y de otro lado, en pos de la optimización de cada derecho en juego, buscar que la medida utilizada permita el mejor

(21) Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

desarrollo posible del derecho a la vida privada, tal como ha debido suceder en el presente caso.

45. La propia Corte Suprema, en el proceso penal seguido contra los demandantes, precisó que

(...) en el caso materia de incriminación se evidencia una injerencia ilegítima a la intimidad, pues el reportaje televisado “Las Prostivedettes” exhibe a Mónica Adaro Rueda manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino. Que filmaciones de tal naturaleza constituyen formas de cómo se puede penetrar y quebrantar las fronteras del entorno de la intimidad propia de cada persona, ya que evidentemente no era una información de interés público. Más reprochable y desvalorada resulta la conducta sub-examen, al haber reconocido los propios sentenciados que provocaron el encuentro sexual instruyendo al llamado ‘contacto’ para que oficie de instigador⁽²²⁾.

Lo importante en un caso como este es determinar si la propalación del reportaje en un canal televisivo de señal abierta era necesario para cumplir con el objetivo de informar, y si la forma en que este se realizó se puede considerar como válida a partir de la búsqueda de protección de la vida privada de las personas. Por ello, este colegiado se centrará en dos aspectos relevantes; el primero, relacionado con el tipo de imágenes emitidas y, el segundo, con la urgencia de descubrir una red de prostitución clandestina.

46. Un tema que vale la pena resaltar está referido al tipo de imágenes que el reportaje emitió. En primer lugar, debe tomarse en cuenta el momento en que se emitieron las imágenes: la transmisión se produjo a las nueve de la noche, horario en que se transmitía –y aún hoy se transmite– Magaly TV. En ese momento, ese horario era considerado ya de carácter familiar⁽²³⁾, y por lo tanto no era correcta la difusión de imágenes como las contenidas en “Las Prostivedettes”, máxime si, según el artículo 27 del Texto Único Ordenado de la Ley de Teleco-

(22) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Grijley, Lima, 2003, p. 817.

(23) Instructivas de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 62 del Expediente) y de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente).

municaciones, Decreto Supremo N° 013-93-TCC, vigente en el momento en que se emitió el reportaje, se demandaba a los medios de radiodifusión que puedan

(...) difundir una programación que mantenga los principios formativos que realcen la dignidad eminente de la persona humana y la defensa de la familia como célula básica de la sociedad, así como los demás valores que proclama la Constitución Política del Perú como factores de integración, de identidad nacional y de pacificación.

Nada de lo previsto en esa norma fue respetado en la emisión del reportaje. Es más, se debió evitar la difusión de imágenes que puedan afectar algún derecho de las personas, tal como ocurre cuando se cubre el rostro de alguien (el ejemplo más clásico de ello es cuando aparece un menor de edad, o también cuando testifica alguien que no desea ser reconocido), ya sea tanto con su consentimiento o sin él, cosa que tampoco ha ocurrido en el caso de la querellante. Un discurso visual requiere, además de veracidad, ser necesario para cumplir su objetivo.

47. En el caso de autos se ha dicho que el reportaje buscaba demostrar una red de prostitución en el *vedettismo* nacional, y que para ello era necesario mostrar a una bailarina, como era la querellante, justamente manteniendo relaciones sexuales sin autorización legal para hacerlo. Supongamos que estuviese permitida la filmación de la persona en la habitación de un hotel, tal como sucedió en este caso, ¿se faculta, aun así, que el medio de comunicación pueda mostrar las partes íntimas de la persona involucrada? En el video presentado⁽²⁴⁾, se observa con claridad cómo la querellante se desnuda –sin saberlo– frente a la cámara, y son vistas sus partes más íntimas (zonas pudendas), sin que se busque evitar tal hecho. Las únicas imágenes cubiertas (a través de un cuadrado negro en la pantalla) fueron las del rostro de la persona que mantuvo relaciones con la querellante.

Queda claro, además, que no hubo consentimiento de la querellante para la filmación y menos para la difusión del video del que fue

(24) Escrito N° 25 de la defensa, recibido el 12 de mayo de 2003 (fs. 71, 72 del Expediente).

parte, tal como se ha señalado *supra*, y esto hace aún más ilícito el reportaje.

48. Otro tema que se debe mencionar está relacionado con la ilegalidad aducida respecto a la prostitución no autorizada. He aquí el tema principal de la supuesta afectación del derecho a la defensa, pues se constituye como soporte del argumento presentado por los recurrentes en el proceso penal que se siguió en su contra, y que fue supuestamente desconocido por el juzgador.

Se considera, en el fondo, que los querellados actuaron de acuerdo a derecho, toda vez que presentaron un reportaje, haciendo uso de su derecho a la información, con el fin de descubrir una red de prostitución en la farándula limeña. Queda claro que la prostitución clandestina debe estar proscrita por ser un oficio no permitido en nuestro ordenamiento.

Al respecto, alegan los demandantes a través de su abogado, que la prostitución clandestina es un acto no aceptado en Derecho, por lo que habría que considerarlo como un ilícito o injusto administrativo⁽²⁵⁾. Por ello, a su entender, debía analizarse en primer término si existía dicha red para que, en segundo lugar, se pueda desconocer una protección superlativa de la vida privada. Considera que le incumbió al juzgador averiguar si el ilícito aducido se había producido en la realidad, pues solo así se hubiese protegido plenamente a los recurrentes.

Frente a ello, para justificar la irrelevancia penal del ejercicio de la prostitución clandestina de la querellante en la responsabilidad de los recurrentes en el delito contra la intimidad, el Procurador Público del Poder Judicial consideró pertinente afirmar que:

(...) el juez penal, en una extensa sentencia que consta en autos, ha señalado lo siguiente: "No importa, que lo que realizó la señora Adaro en aquel cuarto de hotel, sea un acto de prostitución o no, no importa que haya estado libando licor con el señor Arancibia o que hayan estado jugando a las escondidas porque no es materia del

(25) Demanda de hábeas corpus (fs. 43 del Expediente).

proceso penal, lo que importa es que existió una violación flagrante de su derecho a la intimidad”⁽²⁶⁾.

Por ende, la discusión en sede constitucional debe restringirse a determinar si era importante que el juez analice la aducida prostitución clandestina, y concluir en si ello comportaba dejar de proteger la vida privada de las personas.

En realidad, ¿qué implica la actividad de la prostitución clandestina? Su ejercicio está regulado básicamente a través de la Ordenanza N° 141 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, sobre obligatoriedad de portar carné de salud, esta señala en su artículo 6 que:

Las personas que ejerzan el meretricio y/o se desempeñen como acompañantes de baile en boîtes, clubes nocturnos, cabarés y similares, además del carné de salud, están obligadas a poseer un certificado de control periódico epidemiológico, serológico y tebeiano, los cuales serán expedidos por la autoridad sanitaria municipal por periodos quincenales, trimestrales y semestrales, según corresponda.

En caso de que no se cumplan estas exigencias, según el artículo 14, la Dirección de Salud y Bienestar Social de la Municipalidad podrá sancionar inclusive con una multa a la persona infractora dedicada a tal actividad.

49. ¿Era o no relevante la comprobación de prostitución clandestina en el caso de autos? A criterio de este colegiado, la existencia de este tipo de prostitución es un hecho que sí ameritaba ser conocido por la sociedad, máxime si a través de su conocimiento podría llegar a protegerse convenientemente la salud en tanto derecho social previsto en el artículo 7 de la Constitución.

Pero una cosa es que se llegue a informar sobre la supuesta red de prostitución existente y otra muy distinta que se vulnere ilícitamente los derechos fundamentales de las personas, en este caso el derecho

(26) Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N° 396-2001 (fs. 80 del Expediente).

a la vida privada. Es necesario informar, pero no traspasar los límites externos de la vida privada. Bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado democrático y social de derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina).

Por ser irrelevante analizar el fin del reportaje (ilícito administrativo manifestado), no puede considerarse superado el juicio de necesidad en el caso planteado, pues lo único claro del video emitido es que este terminó afectando el derecho fundamental a la vida privada de la querellante.

Lo que también debe tenerse en consideración es que un periodista no es fiscal o juez para, en su investigación, calificar figuras delictivas y, sobre la base de ello, afectar derechos fundamentales ilícitamente. Lo que le corresponde hacer en tal caso es dar cuenta al Ministerio Público o al Poder Judicial, para que estos actúen de acuerdo a sus competencias.

4.a.iii. El juicio de proporcionalidad

50. A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arrije responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

En el caso de la relación entre vida privada e información, se procura que ambos derechos tengan la mayor efectividad posible, y que uno y otro sean protegidos de una manera adecuada, máxime si ha habido circunstancias que demuestran la desproporcionalidad del reportaje emitido.

Según este juicio, quizás hubiese bastado, para concretar el propósito del reportaje, que este mostrase a la persona teniendo relaciones sexuales, pero es excesivo y exagerado haber presentado

públicamente (a través de un medio de comunicación social) el cuerpo desnudo de la querellante. Es decir, en este caso era irrelevante saber si había, o no, prostitución clandestina. La violación de la vida privada se concretaba con la emisión de imágenes como las del video.

51. En este tema, resulta particularmente llamativa la actuación realizada por los querellados en la comisión del delito de violación de la intimidad, pues demuestra el poco interés mostrado en la protección del derecho a la vida privada de la víctima.

Así, debe constar cómo los propios inculpados del proceso penal, ahora demandantes en el proceso constitucional, propiciaron la comisión del ilícito administrativo, el cual, a su vez, es alegado ahora como parte de su derecho a la defensa. Ellos mismos pusieron a la persona que tuvo relaciones sexuales con la querellante, tal como la propia recurrente lo relata:

(...) como parte de una investigación periodística y debido a que habían muchos indicios que señalaban que la prostitución clandestina se había enquistado entre las vedettes de nuestro medio (...) decidimos averiguar qué tan ciertos eran estos indicios. Fue así que después de una larga investigación llegamos hasta una proxeneta conocida con el nombre de 'Corín', quien aseguró tener entre las mujeres que ella ofrecía vedettes conocidas de la televisión, fue así que luego de llamar a la persona que se hizo pasar como cliente logramos comprobar en la investigación que la vedette Yesabella y Mónica Adaro se dedicaban a la prostitución clandestina (...) ⁽²⁷⁾.

De ello se advierte la intencionalidad de los propios querellados para que las imágenes sean captadas, pues colocaron una cámara de filmación de manera oculta (y pese a que la querellada la buscó, no la encontró, tal como se observa en el video del programa ⁽²⁸⁾), y enviaron una persona para que contacte intencionalmente a la bailarina que querían descubrir. Como se puede ver, los recurrentes nunca tuvieron

(27) Recurso de agravio constitucional en el proceso de hábeas corpus (fs. 250, 251 del Expediente).

(28) WARREN, Samuel y BRANDEIS Louis. *El derecho a la intimidad (The Right to Privacy)*, 1890). Civitas, Madrid, 1995, p. 24, ss.

interés alguno en proteger la vida privada de la víctima, ni en poner a conocimiento de la autoridad policial o fiscal supuestos ilícitos penales (o administrativos), sino propalar un reportaje sobre un tema reservado para las investigaciones de las autoridades públicas –o en todo caso, presumir tal ilícito–. De esta forma, y tal como el mismo abogado de los demandantes lo reconoce⁽²⁹⁾, hubo afectación del principio de proporcionalidad en el reportaje realizado.

4.b. El desarrollo colectivo en la medida

52. Luego de concluir con el análisis de la ponderación según parámetros genéricos, debe efectuarse un examen desde el punto de visto específico.

En cuanto a la relación entre los derechos a la información y a la vida privada, debe insistirse en la correspondencia existente en derecho entre lo público y lo privado. Una buena muestra de esta distinción se constata en el constitucionalismo histórico nacional. Así, el artículo 20 de la norma fundamental de 1867 consideraba que no existía responsabilidad de la prensa cuando los asuntos eran de interés general, situación que variaba completamente cuando mediaba un interés privado, o como ella misma denominaba, “publicaciones sobre asuntos personales”.

En conclusión, debe establecerse cuándo se está realmente frente a un “discurso público”, teniendo en cuenta que este incluye un desarrollo colectivo de la sociedad. Este tipo de discursos

“(…) está en la base de una serie de distinciones (...): asuntos de interés público (*matters of public interest*) por oposición a los que no la tienen, intimidad (*privacy*), figuras públicas y simples particulares (*public figures, private persons*)”⁽³⁰⁾.

(29) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad*. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 52.

(30) ZAVALA DE GONZALES, Matilde. *El derecho a la intimidad*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 82.

En el análisis de la validez del derecho a la información o a la vida privada se tendrá como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad. Solo de esta forma podrá ser entendido el interés público en una información vertida por los medios de comunicación social. Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público).

4.b.i. El juicio de proyección pública

53. Un primer aspecto respecto a la formación de la opinión pública por intermedio de la información vertida por los recurrentes se refiere a la validez de la proyección pública en el caso concreto. Se asume que el grado de conocimiento de la población respecto a ciertos personajes conocidos hace que la protección de su vida privada puede verse reducida.

En el caso concreto, por lo tanto, se aduce la proyección pública de la querellante para justificar la intromisión en su vida privada. Para justificar ello, el abogado defensor de los demandantes señala que

“Magaly Medina es la principal exponente de la prensa chicha televisiva y (...) la prensa no convencional tiene dos temáticas fundamentales, que son los dos arquetipos de la sociedad cuantitativamente más importantes de este país (...). Entonces, dentro de esa sociedad, los dos arquetipos fundamentales son la vedette y el futbolista (...). De lo que acontece es esto, para el público y la temática que había estaba dentro del formato del canal, si ésta es la idea, dentro del formato del programa estaba la temática”⁽³¹⁾.

Frente a tal aseveración, en el proceso penal que se les siguió por violación a la intimidad, el juzgador señaló que

“(...) aun cuando admitamos de manera forzada que la agraviada Mónica Adaro es líder o corriente de opinión en nuestro país, justo es señalar que las revelaciones hechas sobre ella nada tienen que

(31) CARRANZA, Jorge A. *Los medios masivos de comunicación y el Derecho Privado. Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología comunicacional sobre el individuo y la sociedad*. Lerner, Buenos Aires, 1975, p. 41.

ver con la actividad por la cual es públicamente conocida: su labor como cantante y bailarina (...)”⁽³²⁾.

Con dos posiciones encontradas como las que mostramos, corresponde formular algunas precisiones sobre lo que puede aseverarse con relación al juicio de proyección pública y su relación con los derechos fundamentales involucrados.

54. Cuando un suceso involucra a una persona conocida por todos, existe una mayor preocupación del resto de gente en saber sobre ella o conocer lo que los otros opinan sobre la misma. No es que haya una protección desigual con respecto a su vida privada, sino que simplemente se está reconociendo una diferenciación.

Pero, ¿por qué brindarle mayor protección las personas sin proyección pública frente a los que sí la tienen? Para responder a esta interrogante se impone un análisis tanto de la importancia de sus actividades como de su posibilidad de respuesta ante un ataque desmedido, toda vez que el acceso que tienen a los medios de comunicación social es mucho mayor que el que de los particulares.

Lo que también es cierto es que existen diversos tipos de personas con proyección pública, cada una de las cuales cuenta con un nivel de protección disímil. Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación:

- Personas cuya presencia social es gravitante: determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular.
- Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad: su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama.

(32) SCHNEIDER (*State interest analysis in fourteenth amendment 'privacy' law*), cit. por MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “El derecho a la intimidad”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVIII, N° 14 Trujillo, (ene. - mar. 1998), p. 92.

- Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad: sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos.

Como se puede dar una cuenta, la querellante y uno de los querellados se insertan en el segundo grupo de personas con proyección pública.

55. Lo que queda por dilucidar en el caso es si era relevante para determinar la intromisión de la vida privada de la persona el hecho de que ella era una bailarina conocida, y si es que para tal propósito se requería averiguar la existencia de prostitución clandestina.

En un caso de Jurisprudencia Comparada, se publicaron en un semanario diversos artículos titulados “Mi vida” como si la propia artista, protagonista de estas historias, los hubiese escrito, lo cual era falso. Por ello, se señaló en la Corte de Apelaciones de París, en el caso de Marlene Dietrich, que:

(...) las vedettes están protegidas por los mismos principios (generales), y no corresponde hacer una excepción en lo que a ellas concierne, bajo el pretexto espacioso de que ellas buscan una publicidad indispensable a su celebridad.

Entonces, las personas que se dedican al vedettismo también gozan de la protección de su derecho a la vida privada, y más aún de su intimidad, por más proyección pública que realicen de sus actividades. Es inaceptable, por ello, que en el caso de autos se asevere, o se deje sentado, que porque la querellante era una persona pública, podía vulnerarse o transgredirse su derecho a la vida privada, y exponerla gratuitamente a un fútil escrutinio de la comunidad.

(...)

Efectos de la presente sentencia

61. Este Tribunal, en la resolución del caso, consideró indispensable e indefectible analizar detenidamente los argumentos vertidos por los recurrentes respecto a la violación del derecho a la defensa constitucionalmente recogida.

Este desarrollo expositivo no afecta la independencia judicial en la resolución de un caso en concreto, pues su fin exclusivo fue examinar la alegada vulneración de un derecho fundamental por parte de quienes acudieron a la vía del hábeas corpus.

Este Colegiado enfatiza en que el objetivo de este examen ha sido, y debe ser, estrictamente constitucional. Esta intervención tutelar del órgano de control, entonces, tuvo como propósito concordar la actuación de la magistratura con la protección de la persona. No ha habido intromisión, sino simplemente una búsqueda de compatibilizar dicha actuación jurisdiccional con los preceptos constitucionales.

62. Lo expuesto no obsta para que se llame la atención a los magistrados de primera y segunda instancia del proceso penal.

Las normas pertinentes del Código de Procedimientos Penales deben ser aplicadas al caso concreto y analizadas en su plenitud para ver si su inobservancia acarrea una responsabilidad de índole constitucional por parte de los demandados. Respecto a cómo debe responder el Poder Judicial ante un ofrecimiento de pruebas, se asevera que por más dificultades temporales de los juzgadores para resolver, siempre habrá de explicarse las razones para la que se llega a esta conclusión. Por ello, se debe reiterar la importancia de que el Poder Judicial responda ante los requerimientos de las partes de un proceso con la responsabilidad que dicha institución posee, y según el rol constitucional que se le ha asignado.

Finalmente, por más que en el extremo de la violación del derecho a la prueba se haya declarado improcedente la demanda, ello no justifica el modo como fue llevada a cabo la actuación judicial en este caso. Por eso, se requiere de los magistrados mayor compromiso con su actividad, en el sentido de dar respuesta (así sea negativa, como correspondió en este caso) dentro del plazo que corresponda, como derecho de todo justiciable. Esperamos que estos pedidos puedan, en siguientes oportunidades, ser contestados en el plazo debido.

63. De otro lado, del estudio de los actuados queda claro que la decisión del órgano jurisdiccional ha sido plenamente válida, y que el

pedido de los recurrentes ante esta sede no solo desatiende las resoluciones emitidas en sede judicial, sino que pretende que este Colegiado se constituya en una instancia más del proceso penal, procurando en la demanda de hábeas corpus inducir una supuesta actitud temeraria de parte de los magistrados emplazados.

En conclusión, este Colegiado comparte la posición de los demandados en el sentido de que los recurrentes pretenden desconocer una decisión judicial dictada con todas las garantías legales⁽³³⁾, y que la demanda es una mera maniobra mediática para eludir el cumplimiento de una resolución ejecutoriada que tiene la autoridad de cosa juzgada⁽³⁴⁾.

Este Tribunal reafirma que cualquiera de las resoluciones emitidas en un proceso judicial adquiere calidad de cosa juzgada, y que la judicatura constitucional solo podrá intervenir cuando haya vulneración de los derechos fundamentales de los litigantes, cosa que no ha sucedido en el caso de autos.

64. Por tal razón, este Colegiado considera necesario referir un tema que nos causó extrañeza al momento de analizar tanto el expediente de hábeas corpus como el penal. El asunto se refiere a que si bien se solicita la prueba testimonial, no se presenta a los dos abogados que supuestamente emitieron informe, sino simplemente a uno de ellos.

La duda de este Tribunal surgió cuando, a la hora de observar los escritos presentados por los recurrentes en la querella iniciada en su contra, el nombre del estudio al cual pertenece el abogado de los recurrentes incluye el apellido de quien precisamente es el abogado externo del canal, y que es esta persona la que no ha sido presentada como testigo. Así, respecto al informe interno, es lógico que se solicite la intervención del abogado interno de Frecuencia Latina, pues él lo debió haber elaborado. Sin embargo, respecto al informe externo, resulta extraño que se solicite interrogar al representante del canal, y que no se hubiese pedido la declaración del mencionado abogado externo.

(33) Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el proceso de delito de violación a la intimidad. R.N. N° 3301-04 (fs. 96 del Expediente).

(34) Actualmente, en el artículo 40 de la Ley de Radio y Televisión, Ley N° 28278, se señala que el horario familiar "(...) es el comprendido entre las 06:00 y 22:00 horas".

Ante ello, en la audiencia pública le preguntamos explícitamente al abogado defensor si alguno de los letrados que realizaron los informes pertenecía a su estudio. La respuesta fue la siguiente:

En esa época, no. Uno, sí; uno, no⁽³⁵⁾.

Lógicamente, se estaba aceptando que el abogado Souza era –y es– el socio del abogado Nakazaki, cuyo estudio jurídico es el que patrocina a los demandantes en la presente demanda de hábeas corpus. Según se puede observar, quienes promueven la emisión del reportaje sobre “Las Prostivedettes”, gracias a un informe externo, son los mismos que posteriormente patrocinan a los recurrentes en un proceso penal, y actualmente los respaldan jurídicamente en el proceso constitucional.

Inclusive, en el mismo proceso penal, utilizando los argumentos de la propia defensa, se pudo haber terminado investigando a dichos abogados (externo e interno) por una posible instigación en la comisión del delito de violación de la intimidad. Debemos recordar que, según alegan los propios recurrentes, estos cometieron el delito simplemente porque ambos abogados les señalaron que no existía un problema de legalidad en sus actos.

65. Según el artículo II del título preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen como fin la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona. En conjunción con ello, estos procesos deben ser desarrollados sobre la base de un principio como es la celeridad, tal como lo señala el artículo III del mismo cuerpo normativo. Sobre esta base, corresponde a este Colegiado tutelar los derechos a las personas en un tiempo adecuado. En un análisis objetivo de esta afirmación, queda claro que no podrá permitirse actuaciones procesales que lo único que buscan es, antes que proteger derechos, crear supuestos temerarios asentados en la irreflexión y osadía, con el único propósito, tal como se constata en el petitorio de la demanda, de demorar la conclusión final del proceso originario.

(35) Video del programa (anexado al Expediente).

Por más tutelar que sea la función del Tribunal Constitucional, no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez, acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada por los recurrentes. Al respecto, según el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, se podrá condenar al pago de costas y costos al demandante cuando se incurra en manifiesta temeridad.

Si bien la norma está relacionada con los procesos de amparo, este Tribunal estima oportuna su utilización para el caso de autos, pues una interpretación extensiva coadyuvará a que los fines de los procesos constitucionales (proscripción de procesos no céleres) sean cumplidos. Este Colegiado considera, asimismo, que, para que haya una verdadera protección objetiva, y cuando las circunstancias así lo obliguen, es pertinente imponer multas, y no solo para los demandados, sino cuando medie mala fe por parte de los demandantes.

Como se ha podido advertir, la actitud de los recurrentes ha sido plena y absolutamente irreflexiva. Varios hechos demuestran esta disposición a lo largo del proceso; entre otros, se pueden mencionar: presentar un pedido de inhibición cuando ello no procedía; reclamar el uso de los procesos constitucionales contra cualquier tipo de sentencia; dejar de presentar testigos; evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional; presentar una demanda cuando se sabía perfectamente que iba a ser desestimada; pretender rectificar en sede constitucional lo que había sido ya perdido en la ordinaria. La realización de este tipo de actos ha contraído consecuencias negativas a este Colegiado, perturbando el cumplimiento adecuado de sus funciones constitucionales, motivo por lo cual se impone aplicar a los demandantes el pago de costos y costas del proceso, así como una multa (según el artículo 22, su determinación es discrecional del juez) de veinte unidades de referencia procesal (20 URP).

66. Pese a que el pago se impone contra los recurrentes por una desestimación del petitorio de la demanda, de los datos presentados a lo largo del proceso seguido, este Colegiado ha advertido algunas

cuestiones respecto a la práctica profesional de la defensa. Esta, por principio, no amerita una utilización arbitraria de los medios procesales que el sistema jurídico provee, sino más bien comporta la necesidad de patrocinar convenientemente a los defendidos. Así, no es posible que los miembros de un estudio jurídico primero manifiesten a sus clientes que pueden realizar un acto porque no lo asumen como delito, cuando sí lo es; luego defenderlos en el proceso penal que se investiga por la comisión de tal acto; y, posteriormente, conducirlos hasta un proceso constitucional como modo de infundir esperanzas –muchas veces infundadas– a quienes confiaron en ellos.

La norma fundamental es muy clara cuando prescribe, en su artículo 103, que no se puede amparar el abuso del derecho. La actuación inapropiada de un abogado defensor, más que beneficiar a sus defendidos, puede terminar impidiéndoles un adecuado patrocinio y protección jurídica, cuestión que, indudablemente, merece ser evaluada a la luz de la deontología forense en el país.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere de la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de inhibición del juez.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la prueba.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la defensa.
4. **EXHORTAR** a los magistrados del Poder Judicial mayor compromiso en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sobre todo en lo relativo a dar respuesta a los pedidos de los justiciables, por más infundados o improcedentes que estos sean.

5. **DISPONER** la sanción a los recurrentes de la multa de 20 URP, imponiéndoselos el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable.

Publíquese y notifíquese.

SS. ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO



**Índice
general**

Índice general

PRESENTACIÓN.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I

La prueba en el procedimiento administrativo general

La prueba y su regulación en el procedimiento administrativo general y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional <i>Adolfo Céspedes Zavaleta</i>	11
I. Consideraciones preliminares sobre el debido proceso y el derecho a la prueba	11
1. Actuación de pruebas en el procedimiento administrativo y su vinculación con el contencioso administrativo y el debido proceso	12
2. Sobre los archivos como base documental probatoria	14
3. Artículos de la LPAG relacionados con la prueba en el procedimiento administrativo	15
II. Conclusiones.....	28
III. Extractos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional referidos a la prueba como derecho constitucional	29
 La carga de la prueba en el procedimiento administrativo <i>Christian Guzmán Napurí</i>	35
I. Introducción	35

II. La carga de la prueba en un procedimiento administrativo.....	36
1. El cambio en el paradigma	37
2. La aplicación del principio de impulso de oficio.....	39
3. La oficialidad de la prueba	40
4. El principio de verdad material	43
III. Medios de prueba que se emplean dentro de un procedimiento administrativo.....	44
1. Prueba instrumental	45
2. Los informes administrativos	46
3. Intervención de terceros en la actividad probatoria.....	51
IV. A modo de conclusión	54

CAPÍTULO II

La prueba en el procedimiento trilateral

La prueba en el procedimiento administrativo trilateral	
<i>Juan José Díaz Guevara</i>	59
I. Cuestiones preliminares	59
II. Perspectiva constitucional de la prueba en la administración pública	63
III. La prueba en el procedimiento administrativo trilateral	69
1. La prueba como fuente del debido procedimiento.....	72
2. La prueba como objeto o contenido del acto administrativo.....	73
3. El aporte probatorio como deber institucional.....	73
4. La prueba como factor de celeridad en el procedimiento administrativo trilateral.....	74
5. La carga de la prueba	75
6. La prueba como deber y potestad del administrado	78
IV. Conclusiones.....	80

La prueba en el procedimiento administrativo del servicio público de electricidad	
<i>Hebert Tassano Velaochaga</i>	83
I. La prueba	83
II. La prueba para el Tribunal Constitucional	85
III. La prueba en el procedimiento administrativo.....	87
IV. Comparación entre la Ley N° 27444 y la Resolución N° 671-2007-OS/CD.....	88
V. Asimetría de la relación y carga de la prueba.....	93

CAPÍTULO III

La prueba en el procedimiento de contratación con el Estado

Acreditación del requerimiento técnico y de los factores de evaluación e impugnaciones y las pruebas en las controversias derivadas de la ejecución contractual en contratación pública	
<i>Alejandro Álvarez Pedroza</i>	103
I. Naturaleza del proceso de contratación	104
II. Acreditación de los requerimientos técnicos mínimos	105
1. De los factores de evaluación	111
2. De las pruebas en las controversias derivadas de la ejecución contractual.....	131

Jurisprudencia sobre el derecho a la prueba

1. Debido proceso y derecho fundamental a la prueba	
Exp. N° 4831-2005-PHC/TC	137
2. Implicancias del derecho a la prueba	
Exp. N° 05066-2009-PHC/TC.....	144
3. Derecho de las partes a ofrecer pruebas	
Exp. N° 6712-2005-HC/TC	149

