

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**“El acta de inspección como medio probatorio en el procedimiento de fiscalización.
Crítica a la presunción de veracidad de su contenido”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO
PROCESAL**

AUTOR

Brando Javier Paredes Miranda

ASESOR

César Augusto Higa Silva

julio, 2021

RESUMEN

La presente investigación aborda la inspección administrativa como herramienta y procedimiento dentro de la actividad estatal de fiscalización, analizándose su naturaleza probatoria, obstáculos que enfrenta y propuestas que pueden coadyuvar a un mejor despliegue de la misma, especialmente en su fase de actuación y valoración.

Para ello, se estudia en primer lugar, el fundamento y surgimiento de dicha institución en el contexto de la actividad de policía administrativa y como herramienta de tutela del interés público. Asimismo, se discute si la inspección debe seguir el cauce de un procedimiento formalizado o si únicamente implica la adopción de ciertos actos que son orientados dependiendo de cada entidad administrativa en particular. Al respecto, se pretende sustentar por qué la inspección debe ajustarse a un procedimiento que siga ciertas garantías, algunas contenidas en el artículo 139° de la Constitución, otras establecidas en el TUO de la Ley N° 27444, y otras propias de su naturaleza jurídica.

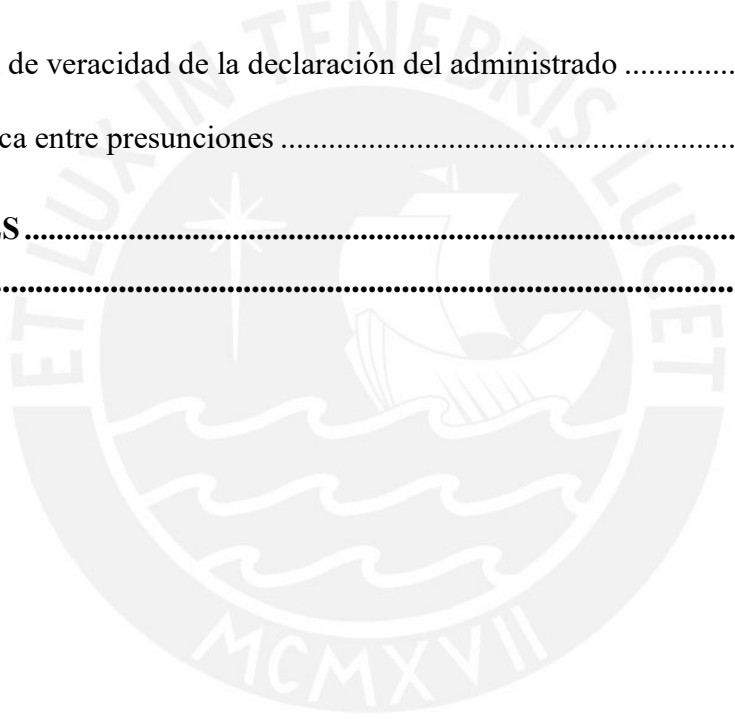
En el segundo capítulo se estudia la inspección administrativa en su fase de actuación y el soporte que obtiene de otros medios de prueba. Adicionalmente, se determinará qué tipo de prueba constituye el acta de inspección aportada al procedimiento de fiscalización por parte de la administración y su diferencia con otros medios de prueba, como el testimonial o la prueba personal.

Finalmente, en el tercer capítulo se analiza el valor probatorio del acta de inspección, así como el tratamiento legal que se le asigna a este medio probatorio y la presunción de veracidad que posee en el ámbito legislativo e incluso doctrinario. Se confronta esta presunción de veracidad asignada al contenido del acta de inspección con el principio de presunción de licitud y veracidad que protege a los administrados.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA COMO PROCEDIMIENTO .	8
1.1 La inspección administrativa: breve antecedente histórico	8
1.2 La inspección administrativa como herramienta de tutela del interés público ..	10
1.3 La inspección administrativa como auténtico procedimiento	12
1.4 Garantías del administrado que vinculan al funcionario inspector.....	20
1.4.1 Garantías referidas al contenido esencial del derecho al debido procedimiento	20
i) Garantía de no ser desviado del procedimiento previamente establecido en la Ley ...	20
ii) Derecho a la prueba	21
iii) Derecho de defensa.....	22
1.4.2 Garantías contenidas en el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo	
General.....	23
i) Presunción de licitud	23
ii) Razonabilidad.....	24
iii) Garantía de Imparcialidad.....	25
1.4.3 Garantías referidas específicamente al procedimiento de inspección	26
i) Garantía de objetividad	26
ii) Cualificación técnica del inspector.....	27
iii) Derecho a ser informado del procedimiento de inspección.....	29
CAPÍTULO II: LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA COMO MEDIO DE	
PRUEBA.....	30
2.1. Medios probatorios utilizados en el procedimiento de inspección	32
2.1.1. Inicio de diligencias preliminares e investigación	32
2.1.2. Información basada en documentos.....	33
2.1.3. Documento privado	34
2.1.4. Documento público	36
2.1.5. Medios electrónicos	37
2.1.6. Declaración de testigos	39
2.1.7. Pericias y pruebas científicas	40
2.2 El acta de inspección: ¿medio de prueba testimonial o documental?	41
CAPÍTULO III: EL VALOR PROBATORIO DEL ACTA DE INSPECCIÓN.....	43

3.1	La relación entre prueba y verdad en del procedimiento de inspección administrativa	43
3.2	Sistemas o formas de valoración probatoria	46
3.2.1	Libre valoración o llamada íntima convicción	47
3.2.2	Prueba legal	47
3.2.3	Valoración racional.....	49
3.3	Valor probatorio del acta de inspección	51
3.3.1	Presunción de veracidad de la declaración contenida en el acta de inspección.....	51
3.3.2	Presunción de licitud de las actuaciones del administrado	54
3.3.3	Presunción de veracidad de la declaración del administrado	55
3.3.4	Problemática entre presunciones	55
	CONCLUSIONES	63
	BIBLIOGRAFÍA	64



INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente investigación tiene su origen en la práctica y patrocinio de los diversos procedimientos administrativos de fiscalización seguidos entre los particulares y el Estado. Dentro de esta praxis, se ha caído en cuenta que la inspección administrativa implica el desenvolvimiento de una serie de actos, algunos orientados por ciertos principios recogidos en el TUO de la Ley 27444, (ubicados en el capítulo referido a la fiscalización administrativa). Sin embargo, existen otros principios que no se han exteriorizado en la norma, pero que deberían ser aplicados a todo procedimiento de inspección como, por ejemplo, el derecho de contradicción o defensa, el cual constituye un derecho fundamental en nuestro ordenamiento. Asimismo, y como ocurre en la práctica, bajo el respaldo de algunas normas sectoriales, se suele otorgar un mayor peso probatorio al contenido del acta de inspección, en desmedro de las declaraciones del administrado, lo cual implica una afectación al principio de presunción de licitud y de veracidad.

Es sobre la base del panorama señalado en el párrafo anterior, que se justifica el estudio de la inspección, especialmente desde la concepción de un procedimiento como tal, con todas sus garantías.

La inspección como actividad humana destinada a recolectar evidencia que permite acreditar determinadas conductas pasibles de sanción administrativa es, especialmente en el ámbito del derecho administrativo, utilizada bajo diversas acepciones. Así, se utiliza el término inspección para describir una potestad, actividad o también aludir a un medio de prueba, en el marco de la fiscalización administrativa.

En lo que respecta a este trabajo, se profundizarán dos significados de la inspección como i) procedimiento y, ii) como medio de prueba.

Sobre la inspección como procedimiento, no existe un desarrollo doctrinal amplio acerca de si la inspección constituye, en sentido estricto, un procedimiento. Dentro de nuestra legislación, el TUO de la Ley N^a 27444 tampoco dilucida si es que constituye un procedimiento, entendido este como un conjunto de actuaciones destinadas a producir un acto administrativo con efectos jurídicos para el administrado.

El hecho de que no exista claridad en afirmar si la inspección administrativa puede enmarcarse en lo que se denomina procedimiento, tiene una consecuencia práctica que no puede dejarse de lado, y es aquella referida a la aplicación de las garantías que revisten todos los procedimientos administrativos y que se derivan del debido proceso configurado en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú y que, por extensión, han sido a través del Tribunal Constitucional, aplicadas al procedimiento administrativo (en lo que sea posible).

En tal sentido, en el primer capítulo de este trabajo se intentará responder si la inspección administrativa puede y debe considerarse como un auténtico procedimiento y si los funcionarios públicos, al ejercer la actividad de inspección, deben observar reglas mínimas derivadas de nuestro ordenamiento constitucional. Para ello se abordarán aquellas garantías no sólo contenidas en el TUO de la Ley 27444, sino aquellas que se desprenden del contenido esencial del derecho al debido procedimiento, como el derecho de defensa, derecho a la prueba, derecho a no ser desviado del procedimiento previo establecido por ley.

Como segundo punto a analizar, se someterá a discusión si la prueba consistente en el acta de inspección constituye una prueba documental o una prueba testimonial, teniendo en cuenta que contiene las declaraciones del inspector el tipo de prueba que constituye la inspección en el ámbito del procedimiento administrativo, para seguidamente abordarla como un medio de prueba destinado a acreditar hechos que son jurídicamente relevantes dentro de la fiscalización administrativa. En esa línea, se analizará si el acta que contiene las declaraciones del inspector constituye una prueba testimonial o documental. Esto último resulta importante en la medida que, frente a ambos tipos de prueba, se pueden interponer medios de defensa distintos. Asimismo, se reseñarán los otros medios de prueba en los que se apoya la inspección para lograr su finalidad: emitir un informe de inspección que será trasladado al área pertinente para

decidir o no sobre el inicio de un procedimiento sancionador.

Finalmente, en el tercer capítulo, se planteará la siguiente interrogante: ¿Por qué algunas normas sectoriales otorgan una presunción de veracidad al contenido del acta de inspección? Para acreditar ello, se mostrarán disposiciones de leyes y reglamentos vigentes que otorgan una presunción *iuris tantum* al contenido del acta de inspección, siendo el administrado fiscalizado quien debe desvirtuar el contenido en dicha acta (por lo general al acta contiene afirmaciones del funcionario inspector, declaraciones de terceros, recojo de muestras). Este tipo de disposiciones que otorgan una presunción de veracidad al contenido del acta de inspección, colisionan contra los principios de presunción de veracidad y presunción de licitud que protegen a los administrados y que se encuentran regulados expresamente en el TUO de la Ley 27444.

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizará un método descriptivo y dogmático, en la medida que se interpretará y analizará críticamente la legislación vigente, proponiendo una nueva forma de concebir la inspección dentro del TUO de la Ley 27444 y como un auténtico procedimiento.

CAPÍTULO I: LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA COMO PROCEDIMIENTO

1.1 La inspección administrativa: breve antecedente histórico

Para abordar el surgimiento de la función de inspección administrativa, es imprescindible pasar previamente por la noción del “poder de policía”, cuya definición ha transitado por una serie de variaciones desde su concepción, siendo que inicialmente fue utilizada para designar el total de las actividades estatales, sin distinción alguna. Ello debido a que, desde sus orígenes, el término “poder de policía” nació del vocablo griego *politeia*, el cual hace referencia a la *polis griega*, la cosa pública, entendida como un concepto amplio que abarcaba los temas de la ciudad.

Sobre el particular, Nieto, citando a De la Mare, relata que Platón concibió la Policía como la vida, el reglamento y la ley, las cuales mantienen la ciudad, mientras que Sócrates se refirió a la Policía como el alma de la ciudad, la misma que regula todas las cosas, procurando los bienes necesarios a los ciudadanos y alejando todos los males que son de temer (Nieto, 1976, pág. 38).

Al respecto, resulta esclarecedor para este contexto, una conversación entre Adimanto y Platón, en donde este último le comenta lo siguiente:

A mi entender -repliqué yo-, la ciudad toma su origen de la impotencia de cada uno de nosotros para bastarse a sí mismo y de la necesidad que siente de muchas cosas (...)

Por consiguiente, cada cual va uniéndose a aquel que satisface sus necesidades, y así ocurre en múltiples casos, hasta el punto de que, al tener todos necesidad de muchas cosas, agrupanse en una sola vivienda con miras a un auxilio en común, con lo que surge ya lo que denominamos la ciudad (Platon, 2018, pág. 69).

Esta cita permite confirmar al poder de policía como aquella autoridad que intervenía en todos los aspectos vinculados a la vida en común de los ciudadanos y que pretendía establecer normas de convivencia en armonía.

Posteriormente, en la Edad Media se concibió al Poder de Policía como una potestad ejercida para evitar males futuros, es decir, este poder sólo debía intervenir cuando el bienestar general estuviese en riesgo, no teniendo una regulación específica para su actuación, sino que la misma iniciaría según criterio del soberano y con el objetivo de garantizar la seguridad de la población (Santamaria Pastor, 2009, pág. 248). En otras palabras, el Estado de Policía sólo se concentraba en mantener el orden entre los ciudadanos, a través de los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que los individuos podían ocasionar. Sin embargo, al ser un poder sin limitaciones claras y un instrumento jurídico no fundado conceptualmente, usualmente se incurría en abusos de poder (Gordillo, 2013, pág. 43).

Ya en tiempos de la monarquía europea, el rol estatal sufrió una distorsión que abrió paso a un absolutismo en donde los actos del rey no podían ser cuestionados, siendo que el rol de supervisión estatal se encontraba relacionado a aquella suprema potestad ejercida de forma ilimitada, “con capacidad para coaccionar y dictar ordenes únicamente conforme al criterio del soberano” (Mayer, 1982, pág. 8).

Es en Francia, bajo la influencia de pensadores como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, entre otros, quienes marcaron un hito importante para el desencadenamiento de la revolución francesa y la caída de Luis XVI, que se reformularon las bases estatales, imponiéndose límites a las facultades del soberano, esto es: un Estado cuyo poder se encuentre dentro de los parámetros legales. Así, toda sujeción, intervención o limitación del Estado contra el ciudadano debía estar dentro del marco de la ley, la cual se erigía como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico (Malagon Pinzon, 2005).

Con el paso del tiempo, la actividad de policía pasó a identificarse como una actividad de ordenación (Esteve Pardo, 2015, pág. 24). Dentro de esta actividad, se encuentra la inspección

administrativa como forma de intervención en la esfera de los particulares para conseguir el logro de objetivos destinados a mantener el orden dentro de la sociedad.

En la actualidad, se mantiene vigente esta búsqueda de equilibrio entre el bienestar general y las libertades individuales, siendo necesario que el Estado actúe limitando el ejercicio de los derechos de los sujetos, a cambio de preservar el orden social y debiendo ajustarse a los límites que le asigna el ordenamiento jurídico.

1.2 La inspección administrativa como herramienta de tutela del interés público

Puede entenderse a la inspección administrativa como una potestad del Estado que habilita a los órganos administrativos a involucrarse en los actos de los particulares con la finalidad de verificar que estos actúen conforme a las normas que rigen la convivencia entre ciudadanos. En ese sentido, Tirado Barrera refiere que, la inspección como manifestación de la actividad fiscalizadora del Estado, se encuentra destinada a garantizar el cumplimiento permanente de las actividades sujetas a control, a lo dispuesto en la ley y resguardando el interés general (Tirado Barrera, 2011, pág. 253). A su vez, el referido autor ha identificado cuatro características básicas de la función de inspección: “(i) potestad administrativa, (ii) individual o independiente, (iii) limitativa de derechos, y (iv) potestad reglada o discrecional” (2011, p. 253).

Por el término “potestad”, García de Enterría observa que es toda acción administrativa que se presenta como “un ejercicio de poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido, frente a la cual corresponde por parte del administrado una simple sujeción sobre su esfera jurídica” (Enterría, 1997, pág. 433).

Se resalta entonces a la inspección como una manifestación del poder público que despliega sus efectos en diversos ámbitos de la actividad humana, especialmente el económico, obligando al sujeto a someterse a las condiciones que ha impuesto el ordenamiento en aras del beneficio colectivo y particular.

Concretamente entonces, la inspección constituye esa potestad estatal que habilita a los órganos administrativos a “comprobar, examinar, vigilar, investigar hechos, actos, actividades en general, situaciones, documentos, operaciones” (Bermejo Vera, 1998, pág. 44), a efectos de verificar que tales hechos y actividades realizadas por el particular, se ajusten al ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la inspección o también llamada fiscalización busca “examinar la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos, y en su caso, preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones que se detecten” (Rebollo Puig, La actividad inspectora, 2013, pág. 56).

El objetivo de la inspección no sólo radica en que los administrados puedan corregir algún tipo de conducta que no se adecue al ordenamiento, sino también funciona como herramienta de prevención de tales conductas. Es decir, los sujetos, al apreciar que, en el curso de la fiscalización, las sanciones recaerán en quien, efectivamente ha incurrido en actos de infracción de las normas administrativas, probablemente tendrán mayores incentivos para el cumplimiento de las mismas. En esa línea, se ha señalado que “un eficiente sistema de fiscalización influencia para que los actores privados del sector se comporten de manera correcta porque saben que pueden ser susceptibles de ser supervisados y detectados en sus incumplimientos” (Moron Urbina, 2017, pág. 305).

Esta finalidad preventiva de la inspección administrativa puede entenderse desde dos dimensiones, las cuales se proponen a continuación: i) dimensión persuasiva, en tanto el particular se encuentra expuesto permanentemente al sometimiento de la intervención estatal, exposición que lo obliga a ejecutar actuaciones acordes a la normatividad del sector con la intención de evitar una sanción ante una eventual fiscalización; y, ii) dimensión disuasiva, manifestada como aquella presión psicológica sobre el administrado, alertándolo respecto a un posible castigo en caso de realizar alguna conducta o acción que pueda resquebrajar el ordenamiento administrativo vigente.

Realizando un recuento de lo anotado hasta ahora, se identifican varias acepciones que giran en torno a la inspección administrativa: i) inspección como manifestación del poder estatal, ii) inspección como conjunto de actos o funciones de la administración, iii) inspección como forma de comprobación y/o constatación del cumplimiento de las normas administrativas.

En esta investigación se analizará la inspección en sus dos últimos significados. Esto es, inspección como aquellos actos que pueden entenderse en su conjunto como un procedimiento. Y, por otro lado, inspección como actividad que sirve para fines de verificación y comprobación de hechos jurídicamente relevantes en el sector administrativo.

1.3 La inspección administrativa como auténtico procedimiento

La inspección administrativa como manifestación de la potestad de fiscalización estatal ha sido ampliamente estudiada por el derecho administrativo. No ha sucedido lo mismo en el ámbito de su estudio como procedimiento, donde ha sido tratada muy poco. Esto ha llevado a algunos autores a señalar que la inspección no es un procedimiento en sentido estricto, pues consideran que, siendo el procedimiento “un cauce formal de una serie de actos para la adopción de una determinada resolución, no se adecua al ejercicio de la inspección” (García Ureta, 2006, pág. 132) o que existen circunstancias urgentes en torno a la inspección sobre las cuales “no se podrá esperar la tramitación de un procedimiento” (Rebollo Puig, La actividad inspectora, 2013).

Antes de entrar a la discusión acerca de si la inspección constituye o no un procedimiento, es necesario definir qué es lo que puede entenderse como tal. Para ello, es indispensable mirar hacia la doctrina procesal, donde puede encontrarse a Guasp, quien defendió que el procedimiento como tal, no es un ente exclusivo de la institución procesal:

En otras creaciones del derecho se encuentra igualmente: así dentro del Derecho Público, en el ejercicio de la función legislativa y administrativa, pues hay un procedimiento legislativo y un procedimiento administrativo, y dentro del derecho privado (...) en el arbitraje, pues no hay un verdadero proceso, sino

un proceso arbitral. Sin embargo, como antes se ha dicho, en el proceso la figura de procedimiento es constante y ello explica la especial relevancia teórica y práctica que asume dentro de él (Guasp, 1998, pág. 277).

Aquí, se puede apreciar que el procedimiento constituye un concepto más amplio que puede subsumirse, tanto en el proceso judicial, arbitral, como administrativo. En estos últimos, se aprecia “un conjunto de actos vertebrados entre sí para la producción final de una resolución” (Gonzalez Perez, 1955, pág. 47).

En el ámbito de nuestro ordenamiento, se ha señalado que “la estructura del procedimiento administrativo se muestra como una integración coordinada y racional de actos procesales, dirigidos a un fin unitario y originados por los diversos sujetos partícipes del proceso” (Moron Urbina, 2017, pág. 336). Asimismo, el artículo 29º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, también circunscribe el concepto de procedimiento administrativo al resultado del mismo. Es decir, el procedimiento debe producir la emisión de un acto con efectos jurídicos individuales o individualizables, sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

En esa línea se ha referido con acierto que, “toda actuación administrativa que pueda derivar de un acto capaz de afectar negativamente la esfera de derechos subjetivos de la persona, debe estar precedida de un procedimiento que se constituya en un instrumento apto para conocer y tomar en consideración la posición del administrado” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José, 2000).

En resumen, el procedimiento administrativo puede entenderse como aquel conjunto de actos procesales que tienen como parte interviniente a uno o más sujetos y a la administración, y cuyo objetivo es producir un acto administrativo que surta efectos sobre tales particulares.

La relevancia de definir si la inspección administrativa se enmarca en lo que es considerado un procedimiento administrativo, conlleva consecuencias no sólo teóricas, sino también prácticas, especialmente en lo referido a las garantías en torno a su aplicación. Así, ante una

institución que no es reconocida como un procedimiento, difícilmente podrá invocarse alguna de las garantías contenidas en el artículo 139° de la Constitución, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y/o en la LPAG, la cual contiene parámetros aplicables a los procedimientos administrativos de diversos sectores.

Asimismo, es importante resaltar que la LPAG contiene “normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales” (Art. II, numeral 1). En ese sentido, “las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley” (Art. II, numeral 2).

Adicionalmente, la LPAG establece una serie de principios que sirven de garantías al administrado, entre ellas, el principio del debido procedimiento respecto del cual, el Tribunal Constitucional se ha encargado de dotar de contenido. Así, en el expediente N° 04289-2004-AA/TC, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

(...) el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (Expediente 04289-2004-AA/TC, fundamento 2).

En atención a lo expuesto, hablar de un procedimiento administrativo en nuestro ordenamiento implica el respeto de los derechos que conforman el derecho a un debido procedimiento. En esta línea Huapaya ha referido lo siguiente:

(...) debe entenderse que, en todos los casos [el procedimiento administrativo], debe ser un "debido procedimiento", es decir, uno en el cual conste la aplicación de los derechos y garantías procesales contenidos en la Constitución (propios

del "debido proceso jurisdiccional" o la "tutela judicial efectiva"), en el ámbito del procedimiento administrativo. Claro está, con las matizaciones correspondientes de la función administrativa (...) (Huapaya, 2005, pág. 5)¹.

Respecto a la inspección o también llamada fiscalización, existen posturas divididas. Por un lado, se señala que la inspección administrativa no se encuentra sometida necesariamente a las reglas y principios del procedimiento, como por ejemplo el principio de contradicción. Tampoco sería posible que en la inspección puedan realizarse alegaciones y además puede actuarse sin presencia del sujeto en quien recae la inspección y sin previo aviso (Rebollo Puig, La actividad inspectora, 2013, págs. 17-18).

No obstante, las opiniones vertidas, la doctrina reconoce una falta de profundidad en el estudio de estos aspectos: “Por lo que respecta a las leyes sectoriales, una mayoría de ellas no afronta esta cuestión. Se alude a la inspección desde la perspectiva de la potestad, pero no desde la óptica procedimental. Hay normas que se refieren al procedimiento, pero en realidad describen algunas actuaciones” (García Ureta, 2006, pág. 131).

Una de las razones a favor de no considerar a los actos de inspección o fiscalización como un procedimiento, es aquella referida a que la fiscalización se encuentra dirigida a realizar actividades que permiten advertir “el cumplimiento o no de la norma imperativa atribuible al administrado, sumado a ello, su fin no está encaminado a la emisión de un pronunciamiento o acto administrativo” (MINJUS, 2017). En tal sentido, siendo que, el artículo 29° define al procedimiento administrativo como el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes **a la emisión de un acto administrativo** que produzca efectos jurídicos individuales o individualizados sobre intereses, obligaciones o derechos de los

¹ De igual forma, Landa Arroyo ha señalado que, “el debido proceso de origen estrictamente judicial se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo ante las entidades estatales, civiles y militares (...) (Landa, 2002, 449).

administrados (resaltado agregado), entonces la fiscalización no debe considerarse como tal, toda vez que tiene como objeto la acreditación de situaciones de hecho.

No obstante, resulta al menos debatible que un procedimiento se defina únicamente por su resultado frente a los particulares y no por los actos que son realizados para arribar al mismo, más aún si estos tienen injerencia directa en el particular, lo cual, como ya se ha señalado, obliga al sujeto a realizar actos destinados a permitir la intervención de los funcionarios públicos que deben comprobar el cumplimiento de las normas administrativas.

Adicionalmente, es importante acotar que la inspección no sólo busca acreditar determinados hechos, sino que estos son recogidos en un informe el cual es trasladado al área instructora para que decida el inicio o no del procedimiento sancionador. Por lo tanto, dicho informe si tiene la fuerza para producir efectos jurídicos sobre el administrado.

Otro argumento al que se ha recurrido para negar a la inspección la condición de procedimiento, se refiere a “la necesidad de dar inmediatez a las diligencias in situ o análisis de los funcionarios sobre la conducta, el alto componente técnico de la apreciación o buscar mantener inimpugnable la conclusión de la actividad” (Moron Urbina, 2017, pág. 311). Por ello. Debido a la urgencia, la inspección no puede estar sujeta al cumplimiento de ciertos actos procedimentales.

Sobre el tema, Morón Urbina (2017, 236-237) considera que la actividad de inspección, también denominada fiscalización, sí se desarrolla mediante un procedimiento administrativo, pero de naturaleza especial. Para ello, el autor expone tres razones que vale la pena analizar:

- 1. Una interpretación sistemática evidencia que la actividad está inserta dentro del Título IV del TUO de la LPAG, conjuntamente con el procedimiento trilateral y el procedimiento sancionador.***

Aquí el autor acota que, si bien la ley no nombra expresamente a la fiscalización o inspección como un procedimiento, le asigna un capítulo completo (Capítulo II) y la ubica dentro del

Título IV, junto con el Procedimiento Trilateral (Capítulo I) y el Procedimiento Sancionador (Capítulo III). Debido a ello, podría interpretarse que el legislador concibió a esta actividad como una forma de procedimiento. (¿el hecho de que le dedique un espacio implica que sea un procedimiento? ¿No se debe definir qué se entiende por procedimiento para saber si esta actividad calza dentro de esa definición?)

2. No deben confundirse los objetivos con la naturaleza jurídica de la actividad.

Aquí el autor indica, de manera acertada, que no puede concluirse la naturaleza no procedimental de la inspección, del hecho de que su enfoque está dirigido a realizar actividades destinadas a advertir el cumplimiento o no de la norma que obliga al administrado, o que su fin no está encaminado a la emisión de un pronunciamiento o acto administrativo.

En efecto, el que la inspección no culmine con la declaración expresa de un acto administrativo no le resta su carácter procedimental. Asimismo, el hecho de que los actos realizados tengan como objetivo comprobar situaciones de hecho, tampoco implican que un procedimiento deje de ser tal, esto si entendemos por procedimiento aquel conjunto de actos destinados a obtener un resultado jurídicamente relevante por parte de la autoridad.

3. La inspección si responde a la noción de acto administrativo, establecida en el artículo 1 del TUO de la LPAG

El autor refiere que la inspección se desarrolla mediante actos de trámite:

(por ejemplo, requerimientos, actas, documentales, citaciones) y además concluye mediante la declaración unilateral de la administración fiscalizadora dentro de una situación concreta, creando o modificando derechos u obligaciones al fiscalizado en ejercicio de una norma de derecho público (por ejemplo, la certificación que el administrado ha actuado conforme a derecho, la recomendación vinculante, la medida correctiva) (Moron Urbina, 2017, pág. 237).

Tomando como punto de partida el análisis del autor antes mencionado, es posible apreciar que la inspección sí culmina con la emisión de un acto administrativo, entendido este, según el artículo 1º del TUO de la LPAG, como *“aquella declaración de la entidad destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”*. Desde luego, la actividad de inspección no sólo implica la comprobación de una situación determinada, sino que esta comprobación genera como consecuencia una declaración de la administración, la cual, como se ha mencionado, puede ser la conformidad de la actuación del sujeto, la medida correctiva o el traslado de hecho al órgano o ente instructor para la apertura del procedimiento administrativo sancionador.

Habiendo dicho esto, es preciso entrar a la definición de lo que nuestra legislación entiende por inspección administrativa, siendo que el artículo 239º, numeral 1º del TUO de la LPAG, define a la fiscalización (o inspección) como *“el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos del Estado u otra fuente jurídica.*

Asimismo, esta definición de inspección no sólo impone deberes de sujeción a los administrados, sino también obliga a las entidades estatales a respetar sus derechos: identificarse a requerimiento de los administrados (Art. 241.2.2.), cumplir con el deber de imparcialidad del inspector (Art. 241.2.6), informar el motivo de la inspección (Art. 242.1), permitir que el sujeto inspeccionado consigne sus observaciones en el acta de inspección y/o aporte pruebas adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización (Art.242.4 y Art. 242.5).

Adicionalmente, el capítulo II del Título IV del TUO de la LPAG regula el contenido mínimo del acta de inspección (Art. 244) y las distintas formas en las que debe concluir la inspección (Art. 245).

En tal sentido, se advierte que la inspección administrativa no sólo constituye una actividad, sino que abarca una serie de pautas que guían su actuación, obligándola a respetar reglas y derechos, e incluso en su forma de culminación, la cual puede manifestarse a través de la emisión de un acto administrativo consistente en el informe de supervisión, el cual puede contener como conclusiones: 1) la conformidad de la actividad desarrollada por el administrado, 2) la advertencia de la existencia de algún incumplimiento leve, 3) la recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de que se determine algún tipo de responsabilidad administrativa, 4) la adopción de medidas correctivas u, 5) otras que establezcan las leyes especiales.

Sobre el concepto de acto administrativo, la doctrina no ha sido uniforme. No obstante, puede tomarse como referencia lo señalado por Dromi, quien utiliza el término “acto administrativo” de forma amplia, siendo que este puede contener:

- Declaraciones decisorias que contienen declaración de voluntad
- Declaraciones de conocimiento, cuando se certifica el conocimiento de un hecho de relevancia jurídica (notificación, publicación)
- Declaraciones de opinión, cuando valora y emite un juicio afirmativo o negativo sobre un hecho comprobado. (Dromi, 2008, pág. 16)

Esta última concepción de acto administrativo es la que puede abarcar el informe de instrucción el cual contiene un juicio de valor respecto de los hechos constatados.

Por otro lado, la doctrina también ha situado como actos administrativos a los actos de instrucción, los mismos que consisten en recopilar elementos probatorios a efectos de formarse convicción sobre la ocurrencia de determinados hechos. En esa línea se ha mencionado a los “actos dirigidos a aportar datos al expediente (solicitud de informes legales o documentos a otras autoridades, etc.) y los actos que disponen la ejecución de determinada actividad probatoria propiamente”. (Moron Urbina, 2017, pág. 203)

En virtud de lo señalado, se puede concluir que la inspección administrativa implica un conjunto de actos y diligencias conducentes a la emisión de un acto administrativo consistente en un Informe de Supervisión o Inspección, el cual surte efectos jurídicos sobre los administrados (ya sea que sirva de inicio a un procedimiento sancionador futuro o que se de conformidad a la actividad desarrollada por el administrado), siendo que además este tránsito por el procedimiento de inspección debe realizarse bajo ciertas reglas, con lo cual la inspección administrativa no debe ser vista únicamente como una actividad, sino que encuentra un cauce regulado por el legislador y que obedece a la necesidad de establecer criterios y preceptos para su actuación.

Desde esta perspectiva, la inspección sí debe ser considerada un procedimiento administrativo, el cual, si bien no contiene todos los actos procedimentales relacionados con el proceso judicial, si debe ser materia de protección constitucional en aquello que le sea aplicable, especialmente en aquellas garantías referidas al derecho de defensa, derecho a que se respete el procedimiento establecido por ley e imparcialidad de la autoridad, entre otros que permitirán situar a las actuaciones fiscalizadoras dentro del marco de un debido procedimiento. En virtud de ello, pasaran a analizarse aquellas garantías que debe respetar la administración en sus actos de fiscalización.

1.4 Garantías del administrado que vinculan al funcionario inspector

Habiendo asignado a la inspección el carácter de procedimiento administrativo, se procederá a resaltar aquellas garantías y principios que rigen su actuación y que forman parte del debido procedimiento en sede administrativa, como aquellas contenidas en el TUO de la LPAG. Al respecto, se pueden destacar las siguientes:

1.4.1 Garantías referidas al contenido esencial del derecho al debido procedimiento

- i) Garantía de no ser desviado del procedimiento previamente establecido en la Ley

En el ámbito de la inspección administrativa, las normas sectoriales regulan las formas en que se realizan las supervisiones y recojo de muestras que sirven de base para la actividad de fiscalización estatal. En este sentido, el órgano inspector tiene el deber de cumplir con el procedimiento establecido en la normatividad pertinente.

Por ejemplo, en el sector eléctrico, a través de la Resolución N° 228-2009-OS/CD, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, estableció un Procedimiento para la Supervisión de las instalaciones de Distribución Eléctrica por Seguridad Pública” a través del cual el órgano instructor selecciona muestras de una base de datos que contiene aquellas deficiencias en estructuras eléctricas, a efectos de evaluar si han sido debidamente subsanadas. Estas muestras son obtenidas aleatoriamente mediante un programa informático de OSINERGMIN y comunicadas a los representantes de las empresas supervisadas antes del acto de selección de las muestras.

En virtud del procedimiento establecido en la norma, el órgano instructor no podrá someter al sujeto a un procedimiento distinto o transgredirlo, pues ello supondría someter al administrado a un procedimiento distinto al ya establecido por la normativa correspondiente.

ii) Derecho a la prueba

El derecho a la prueba constituye un derecho fundamental recogido de forma implícita en nuestra Carta Magna, que forma parte del debido proceso y cuyo contenido esencial consiste en utilizar medios de prueba, que estos sean admitidos, actuados y valorados por los órganos pertinentes. Dentro del procedimiento de inspección este derecho encuentra su manifestación en la facultad que tiene el sujeto pasivo para utilizar elementos de prueba que sirvan como descargo en la diligencia misma, que estos sean admitidos por el funcionario que realiza la inspección, e incluso actuados en la medida que sea posible ello en dicha etapa, debiendo constar estas actuaciones en el acta de inspección elaborada por el funcionario. En similar línea, el numeral 167.2 del artículo 167° del TUO de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

167.2 En los procedimientos administrativos de fiscalización y supervisión, los administrados, además, pueden ofrecer pruebas respecto de los hechos documentados en el acta.

Al respecto, debe precisarse cómo es que estos medios de prueba ofrecidos por los administrados se deben incorporar al procedimiento de inspección, pues lo óptimo sería que se adjunten al acta como anexos, a fin de que sean analizados en su oportunidad como prueba de descargo por el órgano decisor. Ello, sin perjuicio de que más elementos de prueba sean aportados en los descargos realizados por el administrado.

iii) Derecho de defensa

Este derecho se encuentra recogido expresamente en el artículo 139°, numeral 14 de nuestra Constitución y establece aquella garantía de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Ello implica que se permita “a los administrados expresar, sea de modo oral o escrito sus argumentos y posiciones con respecto a sus propias peticiones y a las actuaciones administrativas relativas al trámite del procedimiento mismo” (Huapaya, 2005, pág. 11).

Asimismo, el derecho de contradicción comprende la posibilidad de alegar, es decir aportar argumentos o razones dirigidas a rebatir cualquier posible infracción. Esta garantía de alegación “debe ser analizada desde dos criterios fundamentales: el objeto de alegación y la oportunidad de la alegación” (Priori, 2019, pág. 102). El objeto de alegación es, como señala Priori, todo aquello que el sujeto considere relevante para su defensa; asimismo, la oportunidad de alegación se encuentra relacionada con la necesidad de que se confiera tiempo y medios adecuados para la misma (2019, p.102).

Con relación a las alegaciones, Guzmán Napurì anota que, existen alegatos que pueden considerarse introductorios, alegatos de fijación o alegatos finales, dependiendo del estadio del procedimiento. Lo importante es que estos puedan presentarse en cualquier situación en la que se encuentre el procedimiento, sin limitación alguna (Guzmán Napurì, 2009, pág. 300).

Esta precisión resulta fundamental, como se verá más adelante, de cara al procedimiento de inspección.

Respecto al contenido esencial de este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que este “queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos” (fundamento 5, Expediente 6648-2006-PHC/TC).

Dentro del procedimiento de inspección, se afecta el contenido esencial del derecho de defensa cuando no se permite al administrado formular descargo alguno o no se recogen sus argumentos en el acta de inspección, puesto que si bien existe una fase en el procedimiento, en la cual el administrado tendrá la oportunidad de presentar sus medios probatorios, es conveniente que también sus alegaciones puedan ser recogidas en el momento mismo de la inspección, sin perjuicio de que puedan reiterarse o ampliarse posteriormente.

1.4.2 Garantías contenidas en el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General

i) Presunción de licitud

La presunción de licitud es una garantía que exige a la administración a desplegar todos aquellos mecanismos destinados a demostrar la culpabilidad del administrado. Esta presunción rige antes del inicio de cualquier procedimiento sancionador y durante el mismo. En tal sentido, el administrado puede alegar hechos dirigidos a afirmar la licitud de su comportamiento, correspondiendo a la autoridad demostrar lo contrario. “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” (Guzmán Napurì, 2009, pág. 300).

Esta presunción se encuentra expresamente regulada en el TUO de la Ley N° 27444, la cual señala que las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (numeral 9 del artículo 248).

En similar línea, el TUO establece el principio de presunción de veracidad, el cual refiere que, 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 (numeral 1.7 del artículo IV).

Respecto de ambas presunciones puede decirse que la presunción de licitud opera en todo momento y no requiere una actuación del administrado, mientras que la Presunción de veracidad se encuentra referida a las declaraciones y alegaciones del administrado, las cuales se deben presumir ciertas hasta que no se aporte evidencia en contrario.

Como es de apreciarse, la legislación general administrativa “apuesta por un procedimiento administrativo garantista, que posibilite un escenario tutelar de las posiciones subjetivas de los administrados, en la consigna de conseguir mejores decisiones administrativas, con eficiencia y calidad” (Huapaya, 2005, pág. 3). En virtud de ello, existe un deber de la administración de aportar material probatorio suficiente para desvirtuar ambas presunciones.

ii) Razonabilidad

La razonabilidad constituye una protección al administrado, quien se encuentra sujeto a las imposiciones y actuaciones de la autoridad administrativa, ya sea a través de obligaciones, sanciones o restricciones de sus derechos. En tal sentido, para que la limitación de estos derechos se constituya en razonable debe tenerse en cuenta: “1) La actuación de la administración debe adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, y 2) Mantener la proporción entre los medios y los fines” (Moron Urbina, 2017, pág. 88)

Complementando lo señalado, se puede concluir que en el procedimiento de inspección la proporcionalidad se encuentra dirigida a desplegar aquellos actos en el menor tiempo posible y evitando una injerencia desmedida o exorbitante en la esfera del sujeto fiscalizado.

En esa línea, el artículo IV del TUO de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deberán adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

iii) Garantía de Imparcialidad

La definición de imparcialidad se encuentra relacionada con la neutralidad de trato que debe mostrar aquel funcionario al cual se le encarga la tarea de dirimir un conflicto o brindar tutela a los administrados². No obstante, es perfectamente aplicable “también al funcionario público individualmente considerado, puesto que éste no puede contraponer su interés personal al de los administrados ni al interés general” (Guzmán Napurì, 2009, pág. 241).

Es decir, la imparcialidad no sólo se puede predicar respecto del órgano decisor, sino también respecto del mismo funcionario público que posee facultades derivadas del otorgamiento del poder público; en esa línea, se ha señalado que:

(la imparcialidad) consiste en preservar las decisiones de la Administración Pública atendiendo el interés general y sujeción al principio de legalidad, con

² Ley N° 27444, artículo IV, numeral 1.5 del Título Preliminar: Principio de imparcialidad. - Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándole tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

independencia de posturas basadas en influencias externas: políticas, tendencias ideológicas, grupos de interés y de presión, prejuicios o preferencias personales. Los agentes públicos deben fundar sus actuaciones en la base objetiva que le señala la satisfacción de las comunes necesidades de los cometidos públicos (interés general), no debiendo guiarse por finalidades particulares de índole personal o institucional. (Moron Urbina, 2017, págs. 89-90).

En tal sentido, esta garantía funciona como un límite a la actuación del funcionario, debiendo actuar conforme al conjunto de normas que ordenan el procedimiento y sin ningún tipo de interés de por medio. De la misma forma, el TUO de la Ley N° 27444 consigna en el numeral 6 del artículo 241° el deber de imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto, por parte de los funcionarios y entidades que realizan actividad de fiscalización.

1.4.3 Garantías referidas específicamente al procedimiento de inspección

i) Garantía de objetividad

La objetividad “alude al objeto *in re ipsa*, con independencia de la propia valoración personal” (Francisco, 2011, pág. 27). En la misma línea, Morell señala que la objetividad es un hacer independiente del sujeto y que la Administración debe actuar de acuerdo con la exigencia jurídica de objetividad (Morell Ocampo, 2001, pág. 53).

En el ámbito de la inspección administrativa, es posible identificar a la objetividad como aquella característica que debe acompañar a los actos de verificación de la administración, siendo que estos deben procurar la ausencia de distorsiones o alteraciones en los hechos percibidos. Al respecto, se han brindado algunas pautas que pueden servir como referencia para consolidar una definición de objetividad, especialmente en el campo de la inspección (Higa Silva, Hacia un análisis lógico-epistémico de la prueba testimonial. Una propuesta para superar los criterios subjetivos y de conciencia de los medios probatorios, 2010, pág. 10):

- Evitar la existencia de prejuicios en el testigo, que puedan influir en su percepción de los hechos.
- Evitar la existencia de sesgos en el testigo que puedan influir en su percepción de los hechos.
- Evitar que algún tipo de experiencia sobre hechos similares pueda influir negativamente en su percepción de los hechos o alterarla.

En tal sentido, la objetividad en el procedimiento de inspección está referida a la verificación de manera que se excluya (en la medida de que ello sea posible) aquellos prejuicios, interpretaciones subjetivas o sesgos del inspector que puedan distorsionar una visión real de los hechos, e incluso, como señala Higa, aquellas experiencias previas que puedan influir en su percepción de lo sucedido.

Dentro de nuestra legislación, el artículo 244, numeral 244.1 de la LPAG, establece que “el Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente”. En la línea de lo ya expuesto en líneas precedentes, Morón Urbina ha comentado acerca de esta disposición, que la objetividad se encuentra referida a “la forma en que debe conducirse el fiscalizador con independencia de su propia manera de pensar, sentir o prejuzgar situaciones o personas” (Moron Urbina, 2017, pág. 338).

ii) Cualificación técnica del inspector

La capacidad y cualificación técnica es un requisito indispensable para que el procedimiento de inspección sea realizado respetando las garantías del administrado. Así, el funcionario inspector no sólo debe conocer el área de su especialización, sino que debe conducir el procedimiento dentro del marco constitucional y reglamentario, respetando las garantías del procedimiento.

El ámbito en el que se desenvuelve el funcionario inspector no sólo se limita al contexto de aquellas entidades reguladores y supervisoras, sino que abarca a todo sujeto que posee facultad para fiscalizar, como es el caso de la policía de tránsito, por ejemplo, quienes incluso pueden imponer sanciones en caso lo amerite.

Para ello, es vital que el funcionario cuente con un conocimiento previo de los obstáculos que pueden obstruir su labor. Asimismo, sobre la cualificación técnica, Leal ha señalado lo siguiente:

un requisito que con frecuencia se plasma en los ordenamientos sectoriales para asegurar que la inspección sea realizada por personal altamente calificado y con un grado suficiente de especialización. La Administración debe contar con personas idóneas en el conocimiento de la técnica asociada a una actividad económica o sector en particular, de tal manera que los resultados de la inspección sean de la más alta fiabilidad (Leal Vásquez, 2014, pág. 113).

Aquí debe precisarse que no es necesario que el funcionario sea un experto o perito en la materia, sino que bastará que pueda comprender aquellos hechos y situaciones que se puedan presentar en el ámbito materia de fiscalización y tener conocimientos técnicos sobre su área.

Adicionalmente, pueden agregarse dos puntos importantes para evaluar la competencia de un testigo, los cuales pueden ser aplicados también al caso de la inspección (Higa Silva, Hacia un análisis lógico-epistémico de la prueba testimonial. Una propuesta para superar los criterios subjetivos y de conciencia de los medios probatorios, 2010, pág. 9):

- a) Si se acredita que el testigo (en este caso el inspector) observó directamente los hechos sobre los cuales está declarando.
- b) Si el testigo (en este caso el inspector) está en capacidad de comprender los hechos sobre los cuales está declarando.

Resulta importante a su vez que el inspector se encuentre en capacidad de observar directamente los hechos materia de inspección y asimilarlos dentro de su área de especialización, con el objetivo de diferenciar qué conductas pueden ser sancionables y cuáles no.

iii) Derecho a ser informado del procedimiento de inspección

En la medida que el administrado tiene el deber de sujeción frente a los actos de inspección desplegados por el funcionario público, los cuales se materializan en suministro de información, intervención en la esfera del administrado (facilitar la inspección en determinado inmueble), recojo de testimoniales relevantes para la diligencia y cualquier otro acto que implique una verificación de los hechos que se pretenden constatar y siempre que se encuentren dentro de las facultades del inspector; debe exigirse un contrapeso a dichas atribuciones, el cual consiste en el derecho a ser informado acerca del motivo de la inspección y el procedimiento a seguirse, así como el tiempo de duración de dicha intervención.

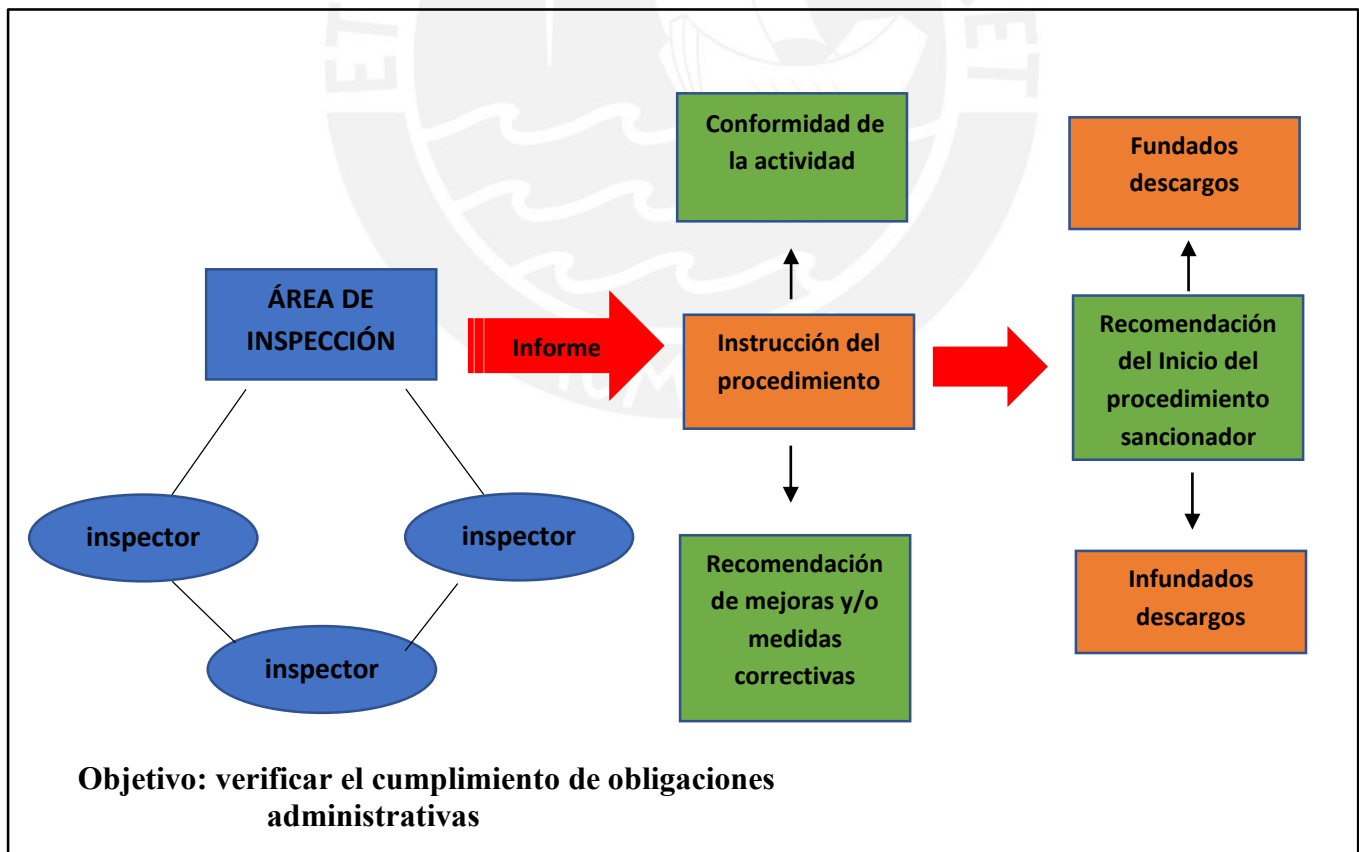
En nuestro ordenamiento, el numeral 2 del Artículo 242° del TUO de la Ley N° 27444 establece como un derecho de los administrados, el de ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

CAPÍTULO II: LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA COMO MEDIO DE PRUEBA

Dentro del estudio de la inspección, se han identificado dos modalidades en que esta es llevada a cabo: i) la actividad de investigación mediante la cual se descubren hechos o situaciones; y ii) la actividad de comprobación, por medio de la cual se constatan, corroboran hechos que hasta ese momento eran inciertos (Moron Urbina, 2017, pág. 305).

Siendo la inspección administrativa un procedimiento en la medida que tiene como finalidad la emisión de un acto administrativo consistente en un informe de supervisión, ya sea indicando la conformidad de la actividad, la recomendación de mejoras y/o medidas correctivas o, en su defecto, la propuesta del inicio del procedimiento administrativo sancionador, puede graficarse de la siguiente manera:

La inspección administrativa – Gráfico 01



Como puede apreciarse, la inspección culmina con la elaboración de un informe que contiene la evidencia recolectada. Este Informe puede contener, de acuerdo con el Art. 245 del TUO de la LPAG, cualesquiera de las siguientes disposiciones:

- 1) Conformidad de la actividad desarrollada por el administrado
- 2) Recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado
- 3) Advertencia de algún incumplimiento subsanable
- 4) Recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar responsabilidades administrativas
- 5) Adopción de medidas correctivas

Por otro lado, la inspección se materializa en actos que imponen al administrado ciertos deberes, como el de sujeción el cual consiste en permitir el acceso a locales, documentos, etc. El otro deber consiste en uno de actuación (suministrar documentos, contestar preguntas, comparecer, etc.) (Rebollo Puig, La actividad Inspectora, 2013, pág. 5).

Respecto al deber de sujeción, Rebollo (2015, pág. 8) ha señalado que este permite a la administración realizar los siguientes actos:

- 1) Acceder a lugares privados y realizar inspección ocular respecto de hechos relevantes para la fiscalización
- 2) Examinar la documentación existente
- 3) Recabar información e interrogar al inspeccionado y a sujetos relacionados con el sujeto inspeccionado (clientes, usuarios, proveedores)
- 4) Tomar muestras de diferentes bienes para su análisis

Para cumplir estas labores, la inspección se vale de una serie de instrumentos probatorios que permiten que estas actividades sean incorporadas a la fase de instrucción y posteriormente a la etapa probatoria que culminará con una decisión por parte del órgano administrativo.

2.1. Medios probatorios utilizados en el procedimiento de inspección

Desde una mirada inicial, podría parecer que la inspección administrativa, como mecanismo de constatación, constituye una herramienta de sencilla aplicación consistente únicamente en acudir a determinado lugar y verificar los hechos y describirlos, no siendo necesaria una mayor instrucción o conocimiento respecto al hecho que se pretende inspeccionar.

Sin embargo, es esta visión limitada la que ha causado problemas de diversa índole en perjuicio no sólo del sujeto inspeccionado, sino también de la propia administración que, en ocasiones, se ve obligada a corregir los errores de la mala praxis en aquellos actos de inspección.

Ahora, como ya se ha dicho, la fiscalización implica la materialización de una serie de actuaciones, las cuales deben realizarse sobre la base de reglas y parámetros que garanticen una óptima protección de los derechos del sujeto inspeccionado; respetándose principios, como por ejemplo el derecho a ser informado del objeto de la inspección, adecuada descripción de los hechos constatados en la diligencia, actuación elementos de prueba que se sustenten en soportes idóneos para la comprobación efectiva de los hechos, entre otros.

En virtud de lo señalado, es imprescindible que cada entidad que ejerce actividad de inspección cuente con un protocolo en donde se detallen aquellos pasos a seguir desde el inicio de las diligencias preliminares y el objeto de la inspección, hasta la emisión de un informe con material probatorio al área de instrucción, el cual finalmente será notificado al administrado para su contradicción.

2.1.1. Inicio de diligencias preliminares e investigación

El inicio de las diligencias preliminares debe partir respondiendo a la pregunta: ¿Qué es lo que se pretende lograr con la inspección a realizarse? Si bien existe detrás el fundamento referido al interés público, este debe concretizarse en objetivos puntuales. Por ejemplo, no será igual el objetivo que se persigue en una inspección laboral que en una inspección municipal. En la

primera, se busca vigilar un derecho del trabajador respecto al cumplimiento de sus derechos en el marco de una relación de subordinación; así, el objeto de la inspección será constatar si se están cumpliendo con aquellas normas laborales como, por ejemplo, cumplimiento de horario, seguro de trabajadores, registro en planillas, etc. A diferencia de ello, el objetivo detrás de una inspección municipal será verificar el cumplimiento de aquellas ordenanzas que establezcan requisitos para la ejecución de obras en la vía pública, teniendo como fin primordial, el resguardo del orden, seguridad y el ornato de la ciudad.

En tal sentido, las diligencias preliminares pasan por identificar el objeto de la inspección, para luego apersonarse al lugar, materia de inspección, no siendo necesario que el administrado sea comunicado previamente, pues muy bien podrían realizarse visitas no avisadas, con el propósito de que el particular se mantenga constantemente en cumplimiento de las normas sectoriales.

2.1.2. Información basada en documentos

En la inspección es usual que el administrado presente documentación destinada a demostrar el cumplimiento de las normas administrativas. También es común que los funcionarios emitan documentos que certifiquen tal cumplimiento. La aportación de la documentación pertinente puede realizarse en el momento mismo de la inspección o en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador. Por ende, es importante definir aquello que se entiende por documento y abordar brevemente la distinción entre documento público y documento privado.

El documento es un medio probatorio típico, real, objetivo, histórico, representativo, e inclusive, declarativo. Puede encerrar una declaración de ciencia, así como una declaración de voluntad dispositiva (Gaceta D. d., 2018, pág. 11). Es importante resaltar el carácter representativo que contiene el documento, es decir, el contenido sirve para probar la existencia de un acto. Tema aparte será verificar si la declaración plasmada en dicho documento se corresponde con la realidad o no.

En el caso del documento público consistente en el acta de constatación que levanta el funcionario inspector, este constituye un documento público que tiene como objetivo dar fe de ciertos hechos. “En estos casos, esa fe pública no forma parte del contenido del documento, sino que constituye una calidad propia de este, que le agrega la intervención del funcionario, quien asevera los hechos ocurridos en su presencia y a quien se da fe de esto” (Devis Echandia, 1970, págs. 508-509)

En tal sentido, el medio probatorio que sirve para representar las declaraciones del inspector viene a ser el documento consistente en el acta de inspección, cuyo contenido podrá ser objeto de cuestionamiento, en lo referente a las declaraciones del funcionario, consignadas en el acta de inspección.

A continuación, se analizará brevemente la diferencia entre documento público y privado.

2.1.3. Documento privado

Según Rivera Morales, en el “documento privado se comprenden todos los actos o escritos que emanan de las partes, sin intervención del registrador, el juez o de otro funcionario competente, y que se refieren a hechos jurídicos a los cuales pueden servir de prueba” (Rivera Morales, 2011).

Lo esencial en el documento privado, “es la ausencia de funcionario público o de persona que tenga atribuida legalmente la facultad de dar fe (respecto al documento)” (Abel Lluch, 2010, pág. 79).

En nuestra legislación, el Código Procesal Civil establece una definición del documento privado, por vía de exclusión:

Artículo 236.- Es el que no tiene las características del documento público. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público.

Entonces, si bien pudiese existir un documento que sea sometido a legalización a través de notario (ya sea de la firma) o una certificación (copia legalizada), el contenido continuará siendo de naturaleza privada, pues no existe un funcionario que de fe del contenido de dicho documento.

En el contexto de los actos jurídicos de naturaleza privada, resulta importante distinguir aquellos documentos que poseen fecha cierta de los que no, siendo que el artículo 245° del mismo Código Procesal Civil, establece cuándo un documento privado puede adquirir fecha cierta:

Artículo 245.- Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:

1. La muerte del otorgante;
2. La presentación del documento ante funcionario público;
3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;
4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
5. Otros casos análogos.

Excepcionalmente, el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

Dentro del procedimiento administrativo, los documentos privados gozan de la protección del principio de presunción de veracidad, estableciéndose que en la tramitación del procedimiento administrativo se presume (salvo prueba en contrario) 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 (Artículo IV. 1.7. Principio de presunción de veracidad).

En esa línea, el legislador ha optado “por la presunción legal obligatoria de suponer que las afirmaciones, declaraciones y documentos son veraces (Morón, 2017, pág. 97). Por lo tanto,

el documento privado goza de eficacia probatoria, siempre que no haya sido impugnado respecto a su autenticidad (Abel, pág. 2010).

2.1.4. Documento público

Respecto a la diferencia entre documento público y documento privado, puede tomarse como referencia lo señalado por Abel Lluch sobre la legislación española. Dicho autor resalta las notas características del documento público, siendo que estas son:

- 1) La autorización, expedición o intervención por funcionario público, 2) Que tal actuación del funcionario público haya sido dentro del ámbito competencial de sus funciones; y 3) Que el documento revista las formalidades previstas por ley (2010, pág. 72).

Sobre el particular, el artículo 317.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, al señalar que, “son documentos públicos los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades”.

En similar línea, nuestra doctrina al referirse al carácter de los documentos públicos ha señalado que deben diferenciarse cuatro situaciones respecto a aquellos documentos emitidos por funcionarios públicos:

- Documentos que tengan como objetivo dar fe de determinadas situaciones externas (actas de inspección, testimoniales, etc.).
- Documentos en los que se documentan actuaciones emitidas por las áreas internas (actas de notificación de resoluciones).
- Documentos emitidos para dar constancia de otras actuaciones procedimentales (transcripciones, constancias).

- Documentos autónomos de funcionarios (resoluciones, informes, etc.). (Morón 2017, pág. 429, Tomo I).

Realizada esta clasificación, el objeto del presente estudio estará centrado en la primera: aquellos documentos que tengan como objetivo dar fe respecto de determinadas situaciones externas, específicamente aquellos que son aportados por los particulares y funcionarios públicos, dentro del procedimiento de inspección administrativa.

2.1.5. Medios electrónicos

Se entiende por medio electrónico aquel o aquellos documentos almacenados en equipos o soportes informáticos, que contienen información relevante para ser incorporados como medios de prueba en sede administrativa o judicial.

Para graficar lo señalado, Abel Lluch hace referencia a la Ley de Firma Electrónica Española, en cuyo artículo 3.5 se considera documento electrónico a “la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. (2011, pág. 29). En la misma línea, Sanchis refiere:

Cuando la información no es perceptible directamente por nuestros sentidos y sea necesario para acceder a la misma la concurrencia de una máquina, que hace las veces de traductor, es porque nos hallamos ante documentos con código mediato (p. ej. Los contenidos en un disquete, cinta de video, cintas magnetofónicas, etc.) (Sanchis Crespo, 1999, pág. 52).

Tal distinción, resulta relevante para determinar qué es un medio electrónico, siendo que estos resultan complejos, pues en ellos:

se expresa la inteligencia artificial y que se insertan en las relaciones sociales y humanas, pudiendo manifestarse en ellos conductas humanas o ser

instrumentos para la realización de dichas conductas. A través de ellos se pueden realizar contratos, ofertas, adquisición de bienes, investigación documental, adquisición de servicios, transferencia de dinero, amenazas, extorsiones, pornografía, estafas, apropiaciones, fraudes, atentados contra la salud, lesión de la intimidad, violación de secretos industriales, praxis profesional inadecuada, etcétera (Rivera Morales, 2011, pág. 205).

Con relación al soporte de los instrumentos electrónicos, estos pueden ser magnéticos, ópticos, disco duro, memoria USB y cualquier otro de similares características que pueda ser llevada a presencia de la autoridad competente.

En nuestro ordenamiento, la norma general establece en el artículo 240.2°, numeral 4° del TUO de la Ley No 27444, que la administración pública, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, está facultada para:

4. Tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización.

Asimismo, el artículo 28°, numeral 28.4° del TUO de la Ley No 27444, establece lo siguiente:

28.4 La constancia documental de la transmisión a distancia por medios electrónicos entre entidades y autoridades, constituye de por sí documentación auténtica y dará plena fe a todos sus efectos dentro del expediente para ambas partes, en cuanto a la existencia del original transmitido y su recepción.

Respecto de este artículo, debe resaltarse que el mismo se encuentra referido a la transmisión entre entidades administrativas de medios electrónicos, los cuales son tratados de igual forma que los documentos originales. No obstante, dichos documentos deben ser autorizados y

certificados por el funcionario competente, para lo cual se complementa dicho artículo, con el siguiente:

Artículo 30°

30.3 Los actos administrativos realizados a través del medio electrónico, poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios físicos tradicionales. Las firmas digitales y documentos generados y procesados a través de tecnologías y medios electrónicos, siguiendo los procedimientos definidos por la autoridad administrativa, tendrán la misma validez legal que los documentos manuscritos.

Es necesario resaltar el aspecto referido al adecuado seguimiento de los protocolos que deben seguirse para trasladar un documento físico a un soporte informático, puesto que ello evitará algún error o alteración del documento físico antes o al momento de ser incorporado al medio electrónico.

2.1.6. Declaración de testigos

La declaración de testigos, en sentido amplio, es la narración que hace una persona respecto de aquellos hechos de los cuales tiene noticia, sea porque los presenció o porque los recibió de un tercero. Es importante adicionar que un testimonio puede realizarse respecto de un suceso o un estado de cosas. Por ejemplo, la declaración que atestigua sobre un hurto o sobre el estado en el que se encontraba un centro comercial antes de ser intervenido por asaltantes.

En términos jurídicos no toda declaración es un testimonio, sino que debe ofrecerse ante el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa competente, a fin de cumplir con el procedimiento establecido de obtención de la prueba. Otro criterio importante, es que el testimonio no sea de oídas, es decir que no sea un testigo que oyó a otro sujeto relatar determinados hechos, sino que sea el propio testigo quien de primera fuente haya presenciado un hecho de relevancia jurídica.

En el ámbito de la inspección, es posible que el funcionario solicite la declaración de aquellas personas que pudieron haber presenciado algún tipo de situación que se considere relevante a efectos de determinar la existencia de algún tipo de incumplimiento de las normas administrativas, por lo que también es un medio de prueba que puede contribuir a la actividad inspector de la administración.

2.1.7. Pericias y pruebas científicas

Dentro de las diligencias de inspección administrativa, es usual que se utilicen procedimientos basados en instrumentos tecnológicos y científicos sin los cuales no sería posible que el fiscalizador verifique la existencia de una infracción, como por ejemplo un sonómetro en caso de que se requieran medir los niveles de presión sonora para determinar el nivel de ruido dentro de un distrito; un muestreo ambiental, en caso se requiera medir la concentración de contaminantes en el ambiente; o aquellos procedimientos de análisis de agua que permiten calibrar el nivel de concentración o el grado de elementos, sustancias químicas presentes en el agua.

En esa línea, “la prueba pericial, en concreto prueba científica” (Vazquez, 2013, pág. 16), ha adquirido, en la actualidad, una vital importancia no solo a nivel de los procesos civiles o penales, sino especialmente en la determinación de infracciones administrativas, dada la necesidad de los entes reguladores de valerse de instrumentos técnicos que permitan garantizar el cumplimiento de ciertos intereses y derechos colectivos, como la conservación del medio ambiente, seguridad pública, entre otros.

A pesar de que la prueba pericial en muchos casos resulte determinante para dilucidar la existencia de una infracción, en otros se le otorga una condición de irrefutable “sin un previo control de sus postulados ajustado a una metodología científica” (Gascon Abellan, 2013, pág. 182). Ello implica que no se cuestione, en la fase de valoración, (ya sea por falta de conocimiento técnico o metodología), el resultado de la práctica pericial usualmente contenida en un documento con las correspondientes conclusiones.

En el Perú, la legislación administrativa ha recogido en diversos instrumentos normativos, la utilización de la prueba pericial como apoyo a la fiscalización. A nivel general, el artículo 240.2°, numerales 5° y 6° del TUO de la Ley No 27444, establece que la administración pública, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, está facultada para:

5. Realizar exámenes periciales sobre la documentación y otros aspectos técnicos relacionados con la fiscalización.
6. Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios. Los administrados deben permitir el acceso de tales equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

Asimismo, el tipo de instrumento basado en la ciencia y tecnología dependerá de cada sector que se pretenda fiscalizar, estableciéndose en algunos casos, protocolos más cuidadosos para el resguardo de la cadena de custodia.

2.2 El acta de inspección: ¿medio de prueba testimonial o documental?

Es importante precisar cuál es la naturaleza probatoria de la inspección realizada por el funcionario público, siendo que la declaración del funcionario es trasladada a un acta que posee la calidad de documento público, lo cual llevaría a dudar si estamos frente a una prueba personal o una prueba documental.

En el caso de la declaración del inspector, podría decirse que este es un medio de prueba personal, es decir el funcionario realiza una declaración sobre la base de los hechos que ha percibido y de su propio intelecto, aprehendiendo la realidad en el momento y lugar de la inspección, siendo que esta puede estar sujeta a falencias u obstáculos, pues no siempre lo que se percibe o interpreta se condice con lo realmente acontecido. Más aún, en el caso de inspecciones que requieran un conocimiento especializado de una materia (inspección en el rubro ambiental, sanitario, construcción, etc.) el funcionario inspector deberá estar lo suficientemente capacitado para interpretar una situación como posible infracción, o de lo

contrario apoyarse en la especialización de un perito, cuando la complejidad de la situación así lo requiera.

No existe mucha doctrina que aborde la declaración del inspector y su tipología como medio de prueba personal, sino más bien la literatura procesal se ha encargado de definir lo que puede entenderse como prueba personal desde el punto de vista de la inspección judicial, por ejemplo. Así, se define a la inspección judicial como “aquel medio probatorio por el cual el juez en forma directa y mediante sus sentidos (vista, oído, olfato, tacto y gusto) puede apreciar los hechos materia de debate procesal” (Gaceta d. d., 2015, pág. 455).

Sin embargo, en el caso de la fiscalización administrativa, la declaración del inspector ingresa al procedimiento ineludiblemente a través de las actas de inspección, las mismas que son consideradas documentos públicos. Una vez que la declaración es plasmada en el acta de inspección y aportada como medio para acreditar hechos, pasa a constituir un medio de prueba documental, pues se cumplen los requisitos para clasificarla como tal: 1) Documento expedido o con intervención de funcionario público, 2) actuación del funcionario público dentro del ámbito competencial de sus funciones; y 3) documento revestido con las formalidades previstas por ley (de acuerdo al artículo 244.1 de la LPAG: Contenido mínimo del Acta de Fiscalización).

Dicho medio de prueba, puede ser objeto de impugnación en cuanto a su autenticidad, como también en cuanto al contenido del mismo. En esa línea, se ha sostenido que, al ser el acta de inspección, un documento público:

lleva en sí el sello de autenticidad y, por consiguiente, la parte que se sirve de él en juicio se limitará a acompañarlo como medio probatorio (...). Será, en cambio, la contraparte la llamada a impugnarlo, sosteniendo su nulidad, o su falta de autenticidad, o su falsedad en las declaraciones, para restarle así todo mérito o valor probatorio (Casarino Viterbo, 1984, pág. 107)

Entonces, el acta de inspección que es aportada como medio de prueba en los procedimientos de instrucción, sancionador, y posteriormente, al proceso contencioso administrativo constituye un medio de prueba documental que, como se verá posteriormente, goza en algunos ordenamientos jurídicos, de un valor privilegiado al momento de ser analizado conjuntamente con los demás elementos probatorios.

CAPÍTULO III: EL VALOR PROBATORIO DEL ACTA DE INSPECCIÓN

3.1 La relación entre prueba y verdad en del procedimiento de inspección administrativa

A través de los años, dentro del sistema de resolución de conflictos se han ido introduciendo reglas enfocadas en guiar el cauce del procedimiento, pero que, de alguna forma, han limitado el conocimiento hacia la verdad de los hechos alegados por las partes (plazos de preclusión, ilicitud de la prueba, exclusión de la prueba de oficio). Este tipo de límites resultan necesarios en tanto se encuentran encaminados a obtener un resultado y otorgamiento de tutela al justiciable o administrado. La cuestión radica en determinar el grado de limitación que puede imponerse en la averiguación de los hechos en el proceso.

Dentro de esta relación entre prueba y verdad, han existido y existen posturas que apuntan a sistemas flexibles o rígidos respecto a la averiguación de los hechos, siendo esta última postura aquella que sostiene que la finalidad del proceso y del sistema jurídico debe ser principalmente el otorgamiento de tutela y no la búsqueda de la verdad.

En esa línea, Montero Aroca ha referido que³:

³ Antes dicho autor había señalado que la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil: “Si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal” (2002, p.25)

la búsqueda de la verdad no puede ser la función última de la prueba civil, entre otras cosas porque realmente lo que persigue la jurisdicción en este proceso no es meramente declarar y además de modo absoluto la verdad de los hechos. La jurisdicción persigue la tutela de los derechos de las partes; la función de la jurisdicción por medio del proceso no consiste en declarar ciertos determinados hechos, sino la de tutelar derechos subjetivos (Montero Aroca, 2019, pág. 125).

Sin diferir completamente de esta afirmación, se la puede complementar con aquella que destaca, adicionalmente, la relevancia del descubrimiento de la verdad dentro del proceso, pues ambas posiciones no son contradictorias si se les entiende desde un punto de vista funcional y equilibrado, en el cual sea posible “alcanzar una ‘verdad relativa’ razonablemente aproximada a la realidad de los hechos” (Taruffo, La prueba de los hechos, 2002, pág. 525). Aquí el profesor italiano ha precisado que la verdad dentro del proceso no puede ser en ningún sentido absoluta, sino contextual y relativa, siendo aceptable que la prueba no busque una verdad a cualquier costo, sino que esta verdad sea, como la define Taruffo, “la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos relevantes para la decisión” (Taruffo, La prueba de los hechos, 2002, pág. 526).

Por otro lado, debe entenderse que lo trascendental de la actividad probatoria, cuya función es comprobar hechos afirmados por las partes y a los cuales la ley asigna consecuencias jurídicas, consiste en que las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas sean verdaderas. He aquí un objetivo institucional de la prueba (Ferrer Beltrán, 2007, pág. 30).

Dentro del procedimiento administrativo, la verdad cobra una especial importancia, en la medida que se consagra expresamente el principio de verdad material, vinculando a aquellas entidades encargadas de resolver determinada controversia, encontrándose estas obligadas a proveerse de todos los elementos de prueba que tengan como finalidad el conocimiento de los hechos. En esa línea, Gordillo ha señalado:

(...) el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material y debe, en consecuencia, ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan

sido alegados y probados por el particular o no, (...). Si la decisión administrativa no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado por esa sola circunstancia (Gordillo, 2013, pág. 465).

Como es de apreciarse, se consagra una consecuencia directa en aquellos casos en los que la administración no ejerza una actividad probatoria suficiente para arribar a la verdad de los hechos, siendo el acto administrativo emitido, un acto viciado susceptible de ser revocado.

Este principio de verdad material no sólo debe vincular al órgano resolutor en aquellos procedimientos trilaterales, sino que también se encuentra referido a las actuaciones propias de la administración, siendo que “las autoridades instructoras de los procedimientos tienen la obligación de agotar de oficio los medios de prueba a su alcance para investigar la existencia real de hechos que son la hipótesis de las normas que debe ejecutar y resolver conforme a ellas, para aplicar la respectiva consecuencia prevista en la norma” (Morón, 2017, pág.111).

En la misma línea, el numeral 1.11 del Art. IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444 hace explícito el principio de verdad material:

1.11. Principio de verdad material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas (...).

En tal sentido, se puede concluir que no sólo deben tomarse en cuenta las pruebas aportadas por el administrado, sino que el funcionario instructor, partícipe del procedimiento también debe aportar la información pertinente y lo más cercana a la realidad, lo cual permitirá al órgano que deba resolver sobre el inicio del procedimiento sancionador, o su archivo, tomar una decisión que se encuentre lo más cercana al concepto de verdad como correspondencia. Al hablar de verdad como correspondencia en el proceso o procedimiento, se alude a que determinada “norma N puede ser correctamente aplicada en el caso específico sólo si se ha

verificado un hecho “f” que corresponde a la definición de F, siendo F la condición de la norma misma” (Taruffo, La verdad en el Proceso, 2013, pág. 243). En otras palabras, la verdad como correspondencia está íntimamente vinculada a la aplicación de la norma al supuesto de hecho descrito en la misma y que ocurrió en la realidad; es decir, el supuesto factico descrito y el hecho acaecido coinciden, por lo que debe aplicarse la consecuencia normativa que corresponda.

3.2 Sistemas o formas de valoración probatoria

Previamente a clasificar los llamados sistemas de valoración probatoria, es preciso definir aquello que se entiende por valoración probatoria. Sobre el particular, “valorar la prueba es determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible” (Hunter Ampuero, 2017, pág. 250). Se asigna entonces, un valor a cada elemento probatorio que sustenta, tanto la hipótesis de la parte demandante como demandada; ello, con el objetivo de confirmar o negar dichas hipótesis.

Respecto a los sistemas o formas de valoración probatoria, estos aluden a un “conjunto de reglas o principios relacionados entre sí, que guían al Juez para decidir sobre la credibilidad de la información que arrojan los medios de prueba. O, en pocas palabras, un método o procedimiento que indica al Juez cómo tomar esas decisiones” (Palavecino Caceres, Sep-Oct. 2018, pág. 37).

En tanto el material probatorio obtenido en la inspección administrativa es aportado al procedimiento, debe ser sometido a un análisis por parte del órgano instructor y/o resolutor según sea el caso, a efectos de que pueda verificarse qué tanto pueden ayudar a confirmar determinadas hipótesis.

Existen distintas formas de valoración de la prueba que se han ido desarrollando a través de los años, por lo cual, resulta conveniente hacer una breve referencia a ellos, para luego identificar de qué manera es valorada la prueba en sede administrativa y, en específico, la inspección administrativa.

3.2.1 Libre valoración

La libre valoración “presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón” (Taruffo, 2002, p. 387). Asimismo, Nieva ha señalado que se trata de una forma de valoración en la que “no se intenta otra cosa que el juez utilice las llamadas máximas de experiencia, reglas de criterio humano, leyes del pensamiento, etc. Pero tiene la dificultad de que a priori no se establece ningún camino por el que el juez pueda discurrir para realizar la valoración” (Nieva Fenoll, 2010, pág. 66).

Según esta definición, la libre valoración no sería propiamente un sistema de valoración, en la medida que no establece pautas o reglas al juzgador sobre cómo llevar a cabo la actividad probatoria en la fase en la que se deben contrastar los medios de prueba y asignarles un valor.

La ventaja que puede extraerse de esta forma de valoración es que no se encuentra sujeta a reglas que asignen un valor predeterminado a un tipo de medio probatorio, sino que es el juez quien tiene la libertad para realizar su análisis conjuntamente con las demás pruebas.

Por otro lado, el problema que surge es que el juez puede dejarse llevar por sus creencias y dejar de lado el análisis respecto de los elementos que respaldan las hipótesis en debate, pues como bien ha observado Ferrer Beltrán, el hecho de que “una persona tenga cierta creencia no tiene en sí mismo ninguna capacidad justificativa de una hipótesis H ni tampoco es un indicador de su valor de verdad” (Ferrer Beltran, Prueba sin convicción, 2021, pág. 177).

3.2.2 Prueba legal

“La prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba” (Taruffo, La prueba de los hechos, 2002, pág. 387). En la misma línea, se ha señalado que “en el sistema de prueba legal, el

legislador establece unas determinadas reglas que fijan taxativamente el valor a asignar a cada uno de los medios de prueba. El Juez se limita a aplicar a la prueba los baremos establecidos previamente por el legislador para declarar probados o improbados unos hechos determinados (Serra Dominguez, 2009, pág. 72).

Este sistema ha sido criticado por definir previamente un valor para ciertos tipos de prueba y delimitar cómo deben ser probados determinados hechos, en la medida que no se permite al juez analizar el medio probatorio y su grado de fiabilidad, sino que una vez verificado este, el valor-resultado es asignado por la norma, erigiéndose como un sistema de valoración llamado también arbitrario e irracional.

No obstante, como bien se ha observado (Higa Silva, ¿Las pruebas legales son contrarias a un sistema racional de la prueba?, 2019, pág. 148), este sistema puede resultar bastante útil para brindar seguridad en ciertas cuestiones probatorias, especialmente en el ámbito de la prueba de expertos. Para ejemplificar lo señalado, el autor describe el caso en el que una norma N establece una única forma de probar un hecho H, aportando determinada prueba P. Específicamente, se alude a cómo probar que una empresa no arrojó a un río productos químicos, provenientes de su actividad económica. La única forma de probar ello, la proporciona el ordenamiento jurídico, quien ordena que, ante tal situación, la empresa debe recurrir a un examen realizado por un laboratorio que se encuentre acreditado por una única entidad especializada.

Esta exigencia no resulta irracional si se tiene en cuenta, al momento de formular una prueba legal, razones de tipo epistemológico que permitan justificar el por qué se predetermina tal o cual forma de acreditar un hecho. En esa línea, Higa concluye señalando que “el punto clave está en determinar cuáles son los criterios que garantizan la fiabilidad de un determinado medio probatorio para acreditar un hecho, y qué tan sólido sería ese medio probatorio” (Higa Silva, ¿Las pruebas legales son contrarias a un sistema racional de la prueba?, 2019, pág. 150).

Si bien en un inicio, la prueba legal o tasada “fue concebida como un contrapeso al poder del juez, y respondía a la exigencia –casi ineludible de aquella época– de limitar el siempre

peligroso arbitrio judicial, (...) actualmente sirve como sustento de valores del tipo sustantivos, como la seguridad y certeza jurídica en las relaciones y tráfico económico, e incluso en la fe pública” (Hunter Ampuero, 2017, págs. 254-255).

3.2.3 Valoración racional

En el marco de los sistemas de valoración previamente mencionados, se viene proponiendo un sistema de valoración racional, entendido como “el resultado de una actividad cognoscitiva que se articula en pasos cognoscibles y controlables como la recolección de información, la verificación de su atendibilidad, el análisis de su relevancia y la formulación de inferencias lógicamente válidas que llevan a conclusiones racionalmente justificadas” (Taruffo, Hacia la decision justa, 2020, pág. 563).

En esa línea, Ferrer Beltrán alude a una forma de valoración en la que “se evalúen las distintas hipótesis plausibles planteadas por las partes en el proceso, de las cuáles se posibilitaría al Juez la determinación de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dados los elementos de juicio disponibles” (Ferrer Beltran, La valoracion racional de la prueba, 2007, pág. 139).

De manera que, una valoración racional de la prueba debe explicitar aquellas razones que permiten al Juez optar por una u otra hipótesis planteada por las partes, señalando los criterios adoptados y el sustento lógico entre hipótesis, prueba y decisión, para lo cual resulta fundamental la motivación que debe realizarse.

Como ya se indicó, puede entenderse por valoración racional de la prueba aquella forma de valoración que permite exteriorizar los motivos por los que una prueba es concordante o no con la hipótesis fáctica de los hechos alegados por las partes, basándose no en apreciaciones subjetivas, sino en la conexión lógica entre las premisas, los medios probatorios y el resultado. Asimismo, una valoración racional debe apoyarse, indefectiblemente en la ciencia y aquellas disciplinas que puedan aportar un alto grado de fiabilidad y disminuir así, el margen de error en las decisiones.

En el ámbito administrativo, a nivel general “rige el principio de la libre valoración de la prueba por el órgano decisor con sujeción a las reglas de la sana crítica; reglas que, en cuanto a criterios de lógica y razón en la apreciación de la prueba practicada (...) encuentran fundamento en el principio de interdicción de la arbitrariedad” (Barrero Rodríguez, 2003, pág. 266).

En la misma línea, en el TUO de la Ley N° 27444 no existe norma alguna que haga alusión a la forma en que deben ser valorados los medios probatorios aportados por los administrados, existiendo un amplio margen de valoración por parte del órgano decisor. Este extenso margen de valoración, se puede apreciar en el artículo 6° de la referida norma, en donde se señala que no constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga, una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Esto conlleva a suponer que la forma o método de valoración podrá depender de cada órgano administrativo, sin imponerse un sistema a seguir.

Sin embargo, la forma de valoración que realicen los tribunales administrativos, no puede suponer, en modo alguno que, se incurra en arbitrariedad. Al respecto, Gordillo ha observado la necesidad de equiparar la valoración en sede administrativa y judicial, pues la forma en la que es valorada la prueba en sede administrativa será sujeta a revisión por los órganos jurisdiccionales:

La administración no debe perder de vista que la apreciación que ella haga de la prueba estará sujeta a la eventual revisión judicial con lo que serán los criterios del derecho procesal los que gravitarán en la decisión. Es a la luz de este enfoque que puede advertirse, entonces, que no sólo existe una estrecha relación entre la apreciación de la prueba en sede judicial y en sede administrativa, hoy puede hablarse de una necesaria identidad (Gordillo, 2013, pág. 376).

En tal sentido, una adecuada valoración de la prueba en sede administrativa deberá tener requisitos mínimos que deben ser seguidos por los órganos resolutores. No obstante, debe tenerse en cuenta que la etapa de valoración resulta posterior a la fase de actuación de pruebas, y, por ende, se trata de “valorar los resultados durante la fase de descubrimiento (...) en este momento el juez opera análogamente al científico que evalúa el grado de corroboración de una hipótesis a la luz de las demás hipótesis rivales tomadas en consideración, los datos disponibles, los experimentos realizados, etc.” (Ferrer Beltràn, 2007, pág. 127).

En tal sentido, resulta fundamental analizar primero la prueba incorporada al proceso o procedimiento a efectos de analizar su grado de fiabilidad, es decir, qué tanto puede demostrar que determinada afirmación sobre un hecho, hace verdadera la hipótesis afirmada. Posteriormente deberá contrastarse esta hipótesis con las demás existentes a efectos de determinar cuál resulta plausible. Asimismo, es importante tomar en consideración las observaciones de Nieva Fenoll, quien adiciona a lo ya señalado la necesidad de: 1) utilizar esquemas inductivos que ayuden a explicitar el razonamiento seguido; y, 2) excluir la intuición (Nieva Fenoll, 2010, págs. 204-206).

3.3 Valor probatorio del acta de inspección

3.3.1 Presunción de veracidad de la declaración contenida en el acta de inspección

En el ámbito del derecho administrativo, no es poco usual que se asigne una presunción de veracidad al contenido del acta de inspección elaborada por el funcionario, teniendo este documento un valor probatorio mayor que una declaración de descargo del administrado. Esta presunción de veracidad no resulta novedosa, sino que tiene una justificación que se remonta a España del Siglo XVIII, en donde constan “los informes de los “Visitadores de montes y plantíos” en la Ley XVII de don Carlos III (...). Estos informes justificados con testimonios de los “escribanos” de los ayuntamientos, jurados y firmados por los “visitadores”, se consideraban “bastante prueba” para el castigo y multas de los excesos y delitos en esta materia” (Aguado I Cudola, 1994, págs. 31-32).

Posteriormente, en 1833 fueron aprobadas las Ordenanzas Generales de Montes, las cuales consignan, en su artículo 177, “plena fe sobre los hechos que forman el cuerpo del delito o contravención, a las diligencias sumarias firmadas por uno o dos empleados públicos. Esta plenitud de fe implicaba que no era admitida prueba en contrario, salvo causal de recusación contra el o los funcionarios firmantes” (Aguado I Cudola, 1994, pág. 32). No obstante, es en 1884, cuando se modifica la normativa de 1833 y se establece ahora que “la ratificación bajo juramento de los individuos de la Guardia Civil y de los empleados de montes de las denuncias puestas por ellos, hará fe, salvo prueba en contrario (pág. 34).

La esencia de esta modificatoria se ha mantenido a través de los tiempos, en donde se presume cierta la declaración del inspector, salvo prueba en contrario. Al respecto, se ha sostenido que “un acta redactada por un funcionario que ha apreciado directamente los hechos, cumpliendo todos los requisitos legales, sin incurrir en contradicciones, etc., debe en todo caso reputarse veraz respecto de tales hechos sobre la base de las máximas de la experiencia o reglas de la sana crítica (...)” (Cano Campos, 2008, pág. 178).

Incluso, se ha interpretado que, siendo el acta de inspección un documento público, y siempre que cumpla con las condiciones de validez, hará plena fe de su contenido en todo lo que se refiere a las afirmaciones hechas por el funcionario, en su carácter legal y en el ejercicio de su función, dejando constancia de todo aquello que fue por él realizado y de lo dicho y hecho en su presencia, y de lo que por la ley está llamado a dar fe. (Morón 2017: 429).

En nuestro ordenamiento, la legislación no otorga un valor probatorio absoluto al acta de inspección, sino que la dota de una presunción de verdad relativa, como es el caso del artículo 242° de la LPAG, el cual señala que “Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario”.

De igual forma, los Arts. 16° y 47° de la Ley de inspección del Trabajo, Ley N° 28806, señalan lo siguiente:

Artículo 16.- Actas de Infracción:

(...) Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

(...)

Artículo 47.- Carácter de las Actas de Infracción

Los hechos constatados por los servidores de la Inspección del Trabajo que se formalicen en las Actas de Infracción observando los requisitos establecidos, merecen fe, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los sujetos responsables, en defensa de sus respectivos derechos e intereses.

No obstante, se sostiene que esta es una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad (...), y por tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario (Rivera Morales, 2011, pág. 203).

Si bien se hace mención a la ejecutoriedad de los actos administrativos para efectos de respaldar la existencia de esta presunción de veracidad que acompaña a las actas de inspección, no se aprecia un fundamento epistémico para que tal declaración tenga esta fuerza probatoria distinta a las demás pruebas aportadas en el procedimiento, pues puede ser que el hecho presenciado por el funcionario inspector “no refleje la comprobación de hechos sancionables, sino que sea el resultado de una deducción carente del necesario enlace lógico, o que el tipo infractor incluya hechos que, para resultar probados, precisen de otro tipo de pruebas distintas a su simple afirmación” (Cano Campos, 2008, págs. 95-96), como la práctica de una pericia por ejemplo.

En tal sentido, el valor probatorio del acta de inspección no sólo no debe sustentarse en una presunción de veracidad, sino que debe ser analizada a la luz de los otros principios que protegen al administrado, como el principio de presunción de veracidad y el principio de presunción de licitud que protegen al administrado, los cuales serán tratados brevemente a continuación.

3.3.2 Presunción de licitud de las actuaciones del administrado

El principio de presunción de licitud en nuestro ordenamiento administrativo establece lo siguiente en su artículo 246°, numeral 9:

Artículo 248°

(...)

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

Puede decirse respecto de esta presunción, que no sólo protege al administrado en el procedimiento sancionador, sino también durante la fiscalización, siendo que la administración no puede suponer el actuar ilícito de las actividades que realizan los sujetos. Tal presunción solo será desvirtuada si existe material probatorio suficiente que haya sido actuado y que incrimine al administrado, sino que además, “las pruebas de cargo que fundamentan la decisión administrativa deben haber sido obtenidas (...) con las garantías del control y contradicción por parte del administrado, antes de adoptarse la decisión administrativa” (Moron Urbina, 2017, pág. 246).

En tal sentido, resulta importante que el acta de inspección sea puesta a conocimiento del administrado a efectos de que formule sus descargos y pueda contradecirla, con lo cual, no resulta lógico que se le dote, anticipadamente, de una presunción de certeza.

El panorama que se presentaría al dotar a lo declarado por el inspector de una presunción de veracidad, sería que, ante ese único medio probatorio existente, el administrado se vea obligado a probar su propia inocencia, pues la sola declaración del funcionario servirá como prueba de cargo, obligándolo a aportar prueba en contra de tal declaración. Asimismo, ello puede llevar a la administración a no preocuparse por recolectar evidencia suficiente que sirva de sustento para una sanción, pues bastará la sola declaración del inspector para que el particular tenga la obligación de probar en contra. Con lo cual se desvirtúa el principio de

presunción de licitud, pues únicamente la afirmación del inspector servirá como prueba para atribuir responsabilidad. (¿por qué la declaración del inspector no sería suficiente? Falta discutir más este punto)

3.3.3 Presunción de veracidad de la declaración del administrado

En nuestro ordenamiento, el principio de presunción de veracidad se encuentra regulado en el numeral 1.7 del Artículo IV de la LPAG, el cual establece lo siguiente:

Artículo IV Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.7. Principio de presunción de veracidad. - 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.

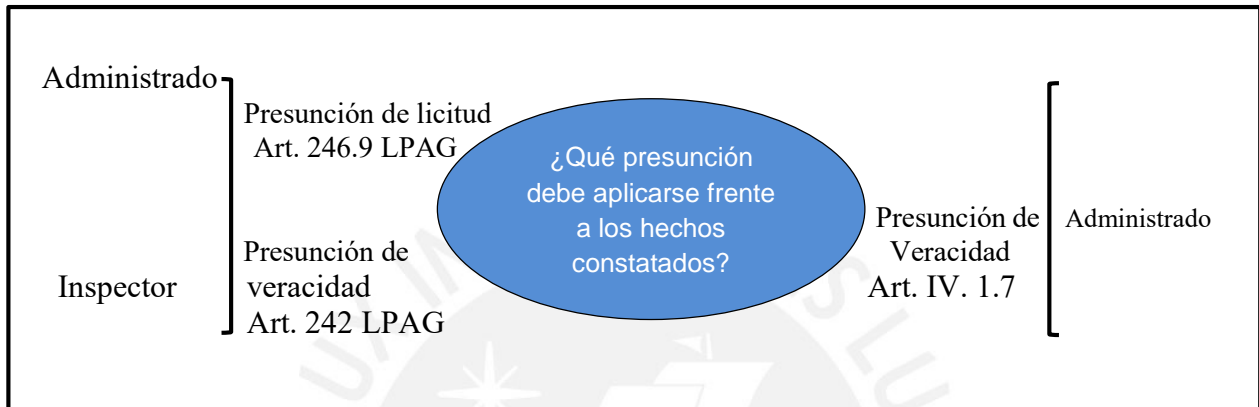
Como puede apreciarse, esta norma que rige los procedimientos administrativos señala expresamente que debe presumirse la veracidad de las declaraciones formuladas por los administrados. Esta garantía de veracidad, si bien es un principio general, debe aplicarse más aún en el procedimiento de fiscalización y sancionador, al constituir un principio que “acoge la regla del sentido común, de la buena fe, en cuya virtud se debe presumir la verdad en todas las actuaciones de los particulares ante la Administración Pública y no desconfiar de sus afirmaciones o documentaciones” (Moron Urbina, 2017, pág. 97).

En tal sentido, en el marco de un procedimiento de fiscalización, el administrado puede brindar su declaración respecto a los hechos materia de imputación y estos deben presumirse ciertos hasta que la administración actúe elementos de prueba suficientes para quebrar tal principio.

3.3.4 Problemática entre presunciones

Frente al panorama legislativo señalado anteriormente, cabe preguntarse ¿Qué sucede si frente a la declaración del inspector vertida en el acta, el administrado presenta una versión contraria de los hechos? ¿Cuál de ellas debe prevalecer? Esta contraposición de presunciones puede graficarse de la siguiente manera:

Conflicto entre presunciones - Gráfico 02



Frente a la declaración del inspector respecto de aquellos hechos constatados, ¿Prevalecen las declaraciones del funcionario o las declaraciones del administrado? ¿Qué sucede con el principio de presunción de veracidad y de licitud que recoge el TUO de la Ley N° 27444?

- **Postura en la que prevalece la declaración del inspector.** - Si se asume que lo declarado por el inspector es veraz hasta que se demuestre lo contrario, entonces la consecuencia práctica inevitable será que sus declaraciones inculpatorias prevalecerán sobre la presunción de licitud del administrado y sobre las declaraciones que este pueda hacer en el marco del procedimiento de fiscalización, por lo que, la narración contenida en el acta bastará será suficiente como prueba de cargo, debiendo ser el administrado quien aporte pruebas de descargo en el procedimiento (más allá de su sola declaración).
- **Postura en la que prevalece la presunción de licitud del administrado y el principio de veracidad de sus declaraciones.** - Si se asume que la presunción de licitud y la presunción de veracidad de las declaraciones de los administrados se

mantiene hasta que el órgano pertinente no haya determinado la existencia de alguna infracción, entonces la declaración del inspector sólo servirá para iniciar la instrucción contra el administrado, mas no será prueba suficiente para acreditar la existencia de dicha infracción, debiendo el órgano instructor actuar elementos de prueba adicionales para determinar la culpabilidad.

Respecto de la *Postura en la que prevalece la declaración del inspector plasmada en el acta de fiscalización*, se han postulado algunos argumentos para mantener esta prevalencia respecto del acta que contiene las declaraciones del inspector. En el ámbito judicial, se ha señalado que la inspección estaría constituida por la inexistencia de interposición de “medio humano o material entre el investigador y lo investigado, por el hecho de que el juez observaría el tema de la prueba sin intermediación alguna, lo que dotaría al resultado de la inspección de un especial valor probatorio, en cuanto no estaría mediatizado por interferencias o interpretaciones de naturaleza distorsionante” (Marca Matute, 2010, pág. 27).

En este caso, se aprecia una diferencia, siendo que el sujeto que inspecciona es el propio juez, quien debe ser imparcial respecto de las partes. En el caso del inspector, no es un tercero ajeno, sino que en ocasiones mantiene un vínculo con al área instructora y sancionadora, lo cual podría sesgar su visión de los hechos, siempre que decida dejar de lado su imparcialidad. Ello, desde luego supone un riesgo para el esclarecimiento de los hechos y puede ocasionar que la administración no actúe más elementos de prueba, confiando únicamente en su funcionario.

Además de ello, se han dado razones para seguir considerando que la inspección en el ámbito administrativo debe tener un valor probatorio mayor que otros medios de prueba, algunas serán mencionadas a continuación:

- a) En tanto existen infracciones cuya ocurrencia es fugaz, se hace necesario proteger a los actos de la administración con la presunción de veracidad del contenido de las actas de inspección (Leal Vásquez, 2014).

En ese sentido, se pretende dotar de eficacia a la administración dotando a la declaración del inspector, de un valor probatorio mayor. No obstante, en contra de esta línea de argumentación, Leal ha contradicho la misma, señalando que “con frecuencia, las inspecciones se enfrentan a actividades permanentes o concomitantes en el tiempo y que no necesariamente suponen la realización futura de un procedimiento sancionador (2014, pág. 151).

En todo caso, si se pretende asegurar la conservación de la evidencia y captarla de la forma más eficiente posible, la sola constatación personal del funcionario no es suficiente, pues existen otros elementos que pueden recolectar dicha evidencia de mejor manera.

A ello habría que adicionar que, en todo caso, hoy en día las herramientas científicas y tecnológicas, como la videograbación pueden capturar aquellos ilícitos administrativos en el momento de su comisión, y ser mucho más efectivas que un acta basada exclusivamente en la percepción del ser humano.

En similar línea, Nieva ha sido contundente en afirmar:

“En aquel tiempo, ante la falta de medios tecnológicos, era imposible dar fe de la realidad de otro modo. Y por ello había que conformarse con dar crédito a una persona aparentemente honesta, el escribano, para que dejara constancia de lo que había sucedido, disponiendo todo tipo de garantías para evitar que modificara posteriormente lo escrito. (...) Pero hoy las cosas han cambiado muchísimo y es verdaderamente sorprendente que existiendo medios de reflejar la realidad exactamente tal y como sucedió, sigamos confiando en la bondad de una sola persona, por más prestigio que nos merezca” (Nieva Fenoll, 2010, pág. 313).

En atención a lo señalado, no hay sustento para que la percepción del inspector plasmada en un acta, tenga mayor valor probatorio, sustentándose en una necesidad de eficacia de los actos

de fiscalización de la administración, dejándose de lado herramientas que serían mucho más eficaces, como las ya mencionadas.

- b) Debido a la especialización técnica e imparcialidad de los inspectores es conveniente que se les atribuya a sus declaraciones contenidas en el acta, un valor preponderante.

Al respecto, se ha señalado a este argumento como uno de los más sólidos que existiría, pues esa certeza se encontraría justificada “en la objetividad e imparcialidad del ejercicio de la función inspectora. Por ello, las actas de inspección no son un simple medio de prueba más, establecido por el ordenamiento jurídico para acreditar hechos” (Leal Vásquez, 2014, pág. 152).

Adicionalmente, otros autores refieren que, en el procedimiento administrativo “debe estimarse que las actas tienen un valor probatorio como de prueba preconstituida, pero que ello no implica que el sujeto de la inspección no pueda contradecir lo afirmado en ellas” (Gallardo Urrutia, 2010, pág. 57). Sobre este argumento, Leal coincide en que esta presunción de veracidad a favor de la constatación del funcionario, consignada en el acta de inspección, “constituye una técnica probatoria que armoniza de manera correcta la eficaz y rápida actuación de la Administración, la determinación de la verdad de los hechos y las posibilidades de defensa que tienen los administrados frente a la incoación de posteriores procedimientos administrativos o jurisdiccionales” (Leal Vásquez, 2014, pág. 159).

No obstante, no se explica de qué manera esta técnica probatoria es eficaz para garantizar la verdad de los hechos, siendo más bien, en ocasiones, un obstáculo debido a que se asume una condición probatoria previa a la fase de valoración. Asimismo, no se toman en consideración los sesgos, emociones o intereses que pueden dificultar una correcta verificación e inspección de los hechos materia de inspección y que forman parte de la realidad dentro de la fiscalización administrativa, por lo cual deberán también deben ser tomadas en cuenta por el órgano decisor al momento de valorar el acta de inspección.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en un procedimiento sancionador seguido por la municipalidad de Barranco contra una empresa privada, siendo que esta última aportó como prueba de descargo a la inspección realizada, fotografías en las cuales se apreciaría el cumplimiento de las normas de señalización de trabajos en la vía pública. Al valorar dicho material probatorio, el ente resolutor de dicha entidad señaló lo siguiente:

(...) cabe precisar que la tipificación de la infracción se ha evidenciado mediante el acto inspectivo en el acta de inspección N° 001540, documento que registra la verificación de los hechos constatados objetivamente durante la diligencia de fiscalización (...) cabe señalar que la inspección y/o fiscalización es una facultad de la administración municipal cuyo contenido y resultado constituyen prueba idónea (...) el mismo que se presume válido, por lo tanto quien no está de acuerdo con dicha presunción es quien debe probar lo contrario (...) sin embargo, en el presente caso no existen argumentos de relevancia jurídica o instrumento de prueba que ponga en tela de juicio la validez y veracidad del medio probatorio del Acta de Inspección N° 001540 (...) (Res de Gerencia N° 043-2018-GDE-MDB, Municipalidad de Barranco).

Aquí se puede apreciar que la administración presupone la verdad del contenido del acta de inspección y que este medio probatorio resulta suficiente para constituir una prueba en contra del administrado, correspondiéndole a este último desvirtuar el contenido de tales declaraciones vertidas en el acta. Asimismo, cabe precisar que, en la resolución citada, se alude a aquellos hechos constatados “objetivamente” durante la fiscalización. Como ya se señaló anteriormente, esta alegada objetividad no siempre puede presentarse en la actividad de los funcionarios inspectores, por lo que resultaría cuestionable. No obstante, se utiliza para dotar de eficacia y fuerza a los actos de fiscalización de la administración.

Respecto de la Postura en la que prevalece la presunción de licitud del administrado y la veracidad de sus declaraciones, esta constituye una posición acorde a un sistema en donde prima la libre valoración probatoria, pues no se le asigna un valor anticipado a la declaración del inspector, sino que esta deberá ser analizada con el resto de material probatorio existente,

a fin de que se determine la existencia de una infracción cometida por el administrado o la conformidad de la actividad realizada.

Si bien resulta loable que la administración tenga herramientas eficaces para la averiguación de hechos jurídicamente relevantes, debe quedar claro que es “ella quien tiene la carga de probar la culpabilidad de las conductas ilícitas del posible infractor. Por esta razón, no puede conformarse con levantar actas, diligencias o denuncias, sino que debe además erigirse en guardián de las fuentes de prueba que pueda conseguir” (Aguado I Cudola, 1994, pág. 186).

En tal sentido, el principio de presunción de licitud constituye una garantía para el administrado. Esta garantía no es desde luego absoluta, pero exige que se aporte prueba de cargo suficiente.

La cuestión radicaría en determinar si la declaración del inspector resulta suficiente para enervar esta presunción. Frente a ello, la respuesta es que no, pues esta declaración, muchas veces no tiene un sustento epistémico, siendo que puede estar plagada de subjetividades y percepciones erróneas, pues se sustenta únicamente en la apreciación del funcionario, la misma que es pasible de distorsiones en la parcialidad u objetividad- por lo cual no basta para declarar culpabilidad, sino para abrir instrucción al administrado, con la oportunidad para que este contradiga el acta al momento que se le deba notificar con la misma.

Además de ello, en tanto el principio de presunción de veracidad señala expresamente que se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, se tiene que, frente a la sola declaración de existencia de una infracción atribuida por el inspector y frente a la declaración de descargos del administrado, únicamente estaremos ante dos alegaciones de igual valor probatorio, debiendo la administración acopiar información adicional para recién iniciar el procedimiento sancionador contra el particular, de lo contrario, únicamente teniéndose estas dos declaraciones de parte, deberá disponerse el archivo del procedimiento de fiscalización, salvo que la existencia de otros elementos de prueba que permitan continuar el mismo.



CONCLUSIONES

1. La inspección administrativa no debe ser vista solo como una actividad, sino que encuentra un cauce regulado por el legislador y que obedece a la necesidad de establecer criterios y preceptos para su actuación, debiendo considerarse un procedimiento con sus debidas garantías de protección al sujeto fiscalizado.
2. La declaración es un medio de prueba documental, pues se cumplen los requisitos para clasificarla como tal: 1) Documento expedido o con intervención de funcionario público, 2) actuación del funcionario público dentro del ámbito competencial de sus funciones; y 3) documento revestido con las formalidades previstas por ley. Este documento contiene en muchos casos, únicamente la declaración del inspector.
3. No es poco usual que se le asigne una presunción de veracidad al contenido del acta de inspección elaborada por el funcionario, teniendo este documento un valor probatorio mayor que una declaración de descargo del administrado.
4. No existe fundamento epistémico alguno que justifique por qué se otorga al acta que contiene la declaración del inspector una presunción de veracidad, a pesar de su baja calidad epistémica. Más aún si, en algunos casos esta no se apoya en la ciencia o en la tecnología.
5. En el procedimiento de inspección, adquiere mayor relevancia la presunción de licitud y la presunción de veracidad, garantías que se mantienen hasta que el órgano pertinente no haya determinado la existencia de alguna infracción, entonces la declaración del inspector sólo será suficiente para iniciar la instrucción contra el administrado, más no será prueba suficiente para acreditar la existencia de la infracción, debiendo la administración recopilar elementos de prueba adicionales para determinar culpabilidad.

Bibliografía

- Abel Lluch, X. (2010). *La prueba documental*. Barcelona: Bosch.
- Aguado I Cudola, V. (1994). *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Civitas.
- Barrero Rodriguez, C. (2003). *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*. Navarra: Arazandi.
- Bermejo Vera, J. (1998). La administración inspectora. *Revista de Administracion Publica*, 39-58.
- Cano Campos, T. (2008). *Presunciones y valoración legal de la prueba en el Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra: Arazandi.
- Casarino Viterbo, M. (1984). *Manual de Derecho Procesal. T. IV*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Devis Echandia, H. (1970). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogota: Temis.
- Dromi, R. (2008). *El acto administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Enterría, G. d. (1997). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Esteve Pardo, J. (2015). La administración garante. una aproximación. *Revista de Administracion Publica*, 11-39.
- Ferrer Beltran, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltràn, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltran, J. (2021). *Prueba sin convicción*. Madrid: MARcial Pons.
- Francisco, G. C. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad:objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Revista Documentación Administrativa*, 21-42.
- Gaceta, d. d. (2015). *Manual del Proceso Civil, Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gaceta, D. d. (2018). *La prueba documental en el Proceso Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gallardo Urrutia, C. (2010). *Tesis: Aplicación del procedimiento administrativo a la función fiscalizadora de la dirección del trabajo*. Santiago.

- Garcia Ureta, A. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascon Abellan, M. (2013). Prueba científica. Un mapa de retos. En C. Vazquez, *Estandares de Prueba y Prueba Científica*. Madrid: MARcial Pons.
- Gonzalez Perez, J. (1955). *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo.
- Guasp, J. (1998). *Derecho Procesal Civil, t. I*. Madrid: Civitas.
- Guzmán Napuri, C. (2009). Los principios generales del Derecho Administrativo. *Ius Et Veritas*, 228-249.
- Higa Silva, C. (2010). Hacia un análisis lógico-epistémico de la prueba testimonial. Una propuesta para superar los criterios subjetivos y de conciencia de los medios probatorios. *Material brindado en la Maestría de Derecho Procesal de la PUCP*.
- Higa Silva, C. (2019). ¿Las pruebas legales son contrarias a un sistema racional de la prueba? En R. Cavani, *Garantías procesales y poderes del juez* (págs. 141-151). Lima: Zela.
- Huapaya. (2005). ¿Cuáles son los alcances del derecho al "debido procedimiento administrativo" en la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista Actualidad Jurídica*, 1-22.
- Hunter Ampuero, I. (2017). Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba. *Revista Ius et Praxis*, 247-272.
- Leal Vásquez, B. (2014). *La potestad de inspección de la administración del Estado*. Chile: Repositorio Academico de la Universidad de Chile.
- Malagon Pinzon, M. (2005). La Revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. *Dialogos de saberes*, 11-16.
- Marca Matute, J. (2010). Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. En X. Abell Lluch, *Estudios sobre Prueba Penal Vol II* (págs. 25-43). Barcelona: La Ley.
- Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán. tomo II*. Buenos Aires.

- Michele, T. (2013). La verdad en el Proceso. *Derecho & Sociedad*, 239-248.
- MINJUS. (2017). *Consulta sobre el D.L. 1272 que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y que deroga la Ley 29060, Ley del silencio administrativo*. Lima.
- Montero Aroca, J. (2019). Prueba y verdad en el proceso civil: un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 117-147.
- Morell Ocampo, L. (2001). Dirección de la administración pública por el gobierno y garantías de imparcialidad administrativa. *Revista de Administracion Publica*, 23-58.
- Moron Urbina, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. T. I*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nieto, A. (1976). Algunas precisiones sobre el concepto de Policía. *Revista de Administración Pública*, pp. 35-75.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Palavecino Caceres, C. (Sep-Oct. 2018). Crítica a la sana crítica. *Revista Laboral Chilena*, 37-42.
- Platon. (2018). *La republica*. Madrid: Edimat.
- Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- Rebollo Puig, M. (2013). La actividad inspectora. En j. Diez Sanchez, *Funcion inspectora*. Madrid: INAP.
- Rebollo Puig, M. (2013). La actividad Inspectora. En *Libro de ponencias VIII Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo* (págs. 1-59). Madrid: Instituto de Administración Pública.
- Rivera Morales, R. (2011). *La prueba: un analisis racional y practico*. Madrid: Marcial Pons.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José 20 de diciembre de 2000).
- Sanchis Crespo, C. (1999). *La prueba por soportes informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Santamaria Pastor, J. (2009). *Principio de Derecho Administrativo General*. Madrid: Iustel.
- Serra Dominguez, M. (2009). *Estudios de derecho probatorio*. Lima: Communitas.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2013). La verdad en el Proceso. *Derecho & Sociedad*, 239-248.

Taruffo, M. (2020). *Hacia la decision justa*. Peru: Zela.

Tirado Barrera, J. (2011). Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública. *Derecho y Sociedad*, 251-262.

Vazquez, C. (2013). Estándares de prueba y prueba científica. En C. Vazquez, *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.

