

UNIVERSIDAD DE JAÉN

Maestría en Tutela Judicial de Derechos y Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Programa de Especialización para Jueces en los órdenes jurisdiccionales constitucional y contencioso-administrativo

Tema: “El régimen de la prueba en el proceso contencioso-administrativo. Estudio comparado de su regulación normativa en Perú y España”

Tesina de Maestría de D. Ricardo Guillermo Vinatea Medina

Tjdjca_rgvm

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. PROBLEMA

- 2.1 La relevancia constitucional del régimen procesal de la prueba. Prueba y debido proceso.
- 2.2 El régimen de la prueba en el proceso contencioso-administrativo como expresión de un sistema de plena jurisdicción.
- 2.3 Análisis del régimen de la prueba en el proceso contencioso administrativo peruano.
 - 2.3.1 Aciertos y deficiencias de la regulación de la prueba en el proceso contencioso administrativo.
 - 2.3.2 Prueba y hechos nuevos.
 - 2.3.3 Deficiencias en la regulación de la carga de la prueba.
 - 2.3.4 La importancia del poder probatorio de oficio de los jueces en el proceso contencioso administrativo.
 - 2.3.5 Necesidad de cambios en el régimen de la prueba en el proceso contencioso administrativo nacional.

2. SOLUCIÓN AL PROBLEMA

- 3.1 El régimen de la prueba en el proceso contencioso administrativo español.
 - 3.1.2 Bases constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa.
 - 3.1.3 La prueba a la luz de la tutela judicial efectiva en el régimen contencioso administrativo español.
 - 3.1.4 Balance del régimen en materia de prueba que hace la Ley 29/1998 de España.
 - 3.1.5 La importancia de la prueba pericial y las nuevas tecnologías en materia probatoria en el régimen contencioso administrativo español.
 - 3.1.6 El tratamiento de la actividad probatoria en el Perú y España.
- 4. **CONCLUSIONES:** Propuestas dogmáticas y normativas para reformar el régimen probatorio en el proceso contencioso administrativo peruano a la luz del régimen español de lo contencioso administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El proceso en general tiene como fin resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambos de orden jurídico, vía aplicación del derecho al caso concreto. En especial, el proceso contencioso administrativo en el Perú, partiendo de lo consagrado por el artículo 148 de la Constitución Política del Perú, importa el control jurídico por parte de los órganos jurisdiccionales competentes de las actuaciones de la Administración Pública inherentes al derecho administrativo, lo cual conlleva la tutela efectiva de los derechos e intereses de los administrados. Ello se concreta en lo establecido por el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584 –en adelante TUO Ley 27584- que regula el proceso contencioso administrativo. En España, según el artículo 1 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –en adelante LJCA- los juzgados y Tribunales contencioso-administrativos conocerán de las pretensiones instauradas contra la actuación de derecho administrativo de las Administraciones públicas, de las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y Decretos legislativos que excedan los límites de la delegación; ello se condice con lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución Española. Dentro de este escenario general se debe tramitar el proceso cuyo objeto es la pretensión alegada por la parte demandante consistente en una exigencia a la parte demandada para hacer prevalecer y salvaguardar los derechos e intereses de la primera sobre la segunda, bajo el fundamento de ciertos hechos que deben coincidir con los supuestos descritos en la norma jurídica. Particularmente, en el proceso contencioso administrativo la pretensión es relativa a una actuación de la Administración sujeta al derecho administrativo. Este proceso pasará por una etapa probatoria, actividad de la mayor importancia dentro del proceso contencioso administrativo, cuyo fin es acreditar lo alegado por las partes y crear convicción en el Juez.

Con relación a la teoría general de la prueba judicial, Lamprea Rodríguez¹ define que la prueba en derecho es medio necesario de formación del convencimiento del operador que decide. Adicionalmente constituye instrumento de seguridad jurídica. El hecho que se invoca en fundamento del derecho litigioso, debe probarse. Expone que para reconstruir lo alegado en proceso, la prueba constituye un elemento objetivo, imprescindible, de la causa y de la decisión

¹ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. “De la Prueba en el Contencioso y Administrativo”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.-Colombia, 2010, págs. 56 a 64.

definitiva. El medio de prueba debe llevarse físicamente al proceso, o producirse dentro de él. Ontológicamente, la prueba debe obrar en el proceso para su conocimiento, examen y contradicción; debe ser esencial y eficaz para el convencimiento del Juez. Por ley, al igual que la acción, la prueba satisface exigencias de orden público, no obstante que surgen del interés privado del actor. El derecho fundamental al debido proceso incluye que la prueba se haga de conocimiento de quien se afecta con ella, lo cual implica el derecho a probar en contra. La regla de la contradicción, entre otros presupuestos (inmediación, publicidad, formalidad, legitimidad), esencialmente exige igualdad de oportunidades para las partes del proceso, vale decir, ninguna merece privilegios que la otra no tenga en cuanto a la actividad probatoria.

Especialmente, respecto a la carga de la prueba en lo contencioso-administrativo se aplican supletoriamente las normas del proceso civil (España: Ley 29/1998 Disposición Final Primera.- Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil². Perú: TUO Ley 27584 Disposición Final Primera³).

Consideramos que en España el ámbito probatorio en la jurisdicción contencioso-administrativa es más amplio y consecuentemente otorga mayores garantías procesales a los administrados que en el Perú. En efecto, si efectuamos la comparación aún desde la remisión del expediente administrativo, podemos apreciar de los artículos 48.1 y 49.1 de la LJCA que una vez anunciada la interposición del recurso contencioso-administrativo, el órgano jurisdiccional ordenará a la Administración proceda a la remisión del expediente administrativo –original o copia- y que proceda a emplazar a los interesados con el objeto de que éstos puedan apersonarse al proceso como demandados, lo cual constituye una garantía al derecho de defensa; por su lado, en el artículo 24 del TUO Ley 27584 se limita a disponer que el Juez ordene su remisión –sólo copia certificada- más no obliga a correr traslado de este acto procesal a las personas incurso en él o a terceros interesados, esto implica darle mayor carga al Juez de la causa a fin de que revisado el expediente administrativo decida a que interesados o terceros deba emplazar, lo cual constituye una desatención de aquellos con la consiguiente vulneración –por comisión u omisión- de sus derechos procesales con rango constitucional tales como la tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, defensa. En cuanto a la prueba en

² Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil.

³ El Código Procesal Civil es de aplicación supletoria en los casos no previstos en la presente Ley.

sí, la LJCA en sus artículos 60 y 61 concede una amplia gama probatoria similar a la del proceso civil ordinario, sin perjuicio de la facultad del Juez o Tribunal para acordar y actuar pruebas de oficio, con el correspondiente traslado a las partes, además de la extensión de los efectos de las pruebas periciales actuadas a los procedimientos conexos, esto de por sí constituye magnífica garantía procesal que favorece no sólo la tutela judicial, sino también el derecho de defensa así como los principios de igualdad y economía procesales. En cambio, el artículo 30 del TUO Ley 27584 restringe la actividad probatoria a lo actuado en el procedimiento administrativo, con la salvedad de la prueba de hechos conocidos a posteriori de iniciado el proceso y a las pruebas de oficio decididas por el Juez. Finalmente, en su Disposición Final Primera, reduce a una simple mención la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Procesal Civil sobre la materia del presente estudio.

Contrastados ambos bloques resulta notoria la diferencia en el manejo probatorio y por ende la menor inclinación garantista por parte del lado peruano, en tal sentido, es propósito final de éste trabajo ofrecer nuevos lineamientos y efectuar algunas propuestas que conlleven a mejorar sustancialmente la anotada deficiencia, a efectos de optimizar la defensa de los derechos e intereses de los administrados e igualmente salvaguardar la correcta actuación de la Administración Pública.

2. PROBLEMA

2.1 La relevancia constitucional del régimen procesal de la prueba. Prueba y debido proceso.

Conforme a lo establecido por el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, “*Son derechos y derechos de la función jurisdiccional: (...) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*” y “*(...) El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*”. Es pues, dentro del denominado derecho de defensa, como una de las manifestaciones del derecho al debido proceso, que nos encontramos frente al derecho procesal a prueba. Este, en líneas generales, implica la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos aquellos medios que tenga a su alcance, con el fin de convencer al juez sobre la verdad del interés material que persigue a través del proceso.

La actividad probatoria es, en ese sentido, una de las actividades más importantes en el marco de un proceso, pues tiene por finalidad acreditar todas aquellas alegaciones que

hayan sido objeto del mismo. Se trata, en ese sentido, de convencer al Juez acerca de aquello que durante la etapa postulatoria, eran meras afirmaciones. He ahí la importancia de la prueba; una de las partes procesales podría tener la razón y ser efectivamente titular del derecho que alega tener, pero si no tiene cómo demostrarlo, podría obtener en el fallo un resultado que le sea desfavorable. Por ello, es preciso que exista la actividad probatoria para que el Juez tenga manera de comprobar aquellas afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus alegaciones y así se genere convicción con respecto a los hechos controvertidos.

Así pues, en tanto serán los medios de prueba los que generen finalmente la convicción necesaria en el Juez para arribar a una decisión final, es indispensable que su ejercicio y postulación estén claramente determinados y los parámetros en cuanto a su actuación, fijados. Sólo así, de presentarse los medios probatorios de la manera más idónea posible, y actuándolos de forma adecuada, es que se arribará a una decisión motivada por parte del Juez con sustento fáctico y jurídico concreto, sin dar lugar a arbitrariedades o discrecionalidades de cara a los administrados.

Ello es lo que permitirá que no se vulnere el derecho de los administrados a recibir una tutela jurisdiccional efectiva, fundamentada principalmente en el derecho constitucional con el que contamos al debido proceso; en tanto, el que respete nuestro derecho a la prueba hará que recibamos, finalmente, una sentencia fundamentada en hechos y derecho.

2.2 El régimen de la prueba en el proceso contencioso-administrativo como expresión de un sistema de plena jurisdicción

Respecto a la actividad probatoria dentro del proceso contencioso-administrativo, se han formulado principalmente dos posiciones en doctrina: **(i)** Por un lado, se considera que, en la medida en que la función del proceso contencioso administrativo es básicamente la revisión de aquello decidido por la Administración, resulta innecesario que se actúen las pruebas concernientes a los hechos que se controvierten ya que aquello ya tuvo lugar en el Procedimiento Administrativo; y **(ii)** Por otro lado, se entiende que, en la medida en que el proceso contencioso administrativo no es la mera revisión del procedimiento administrativo sino más bien un medio que pretende la efectiva tutela de los intereses de los particulares, la actuación de los medios probatorios no es solo posible sino que es

necesaria de cara a generar convicción en el Juzgador en torno a los hechos controvertidos.

En ese sentido, el lugar que se le dé a los medios probatorios dentro del proceso contencioso administrativo, dependerá de la percepción que se tenga sobre su naturaleza. Tomando una postura sobre el particular, me inclino por la segunda, debido a que, si me decantara por la primera, sería una versión muy simplista de lo que implica la tutela jurisdiccional que otorga el Estado, en esta materia. Muy por el contrario, considero que el proceso contencioso administrativo es una rama del derecho procesal que reconoce al Poder Judicial como una entidad superior y controladora a las actuaciones materiales y jurídicas de la administración pública, toda vez que tiene por finalidad atender a los justiciables (en este caso, administrados) frente a la vulneración de cualquier derecho en fase administrativa, garantizándoles el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

En tal virtud, habiendo optado por una de las posiciones, debemos referirnos a las posibles pretensiones a invocar en materia contencioso administrativa; esto es, a los diferentes pedidos que oportunamente deberá atender el órgano judicial. Estas son, la pretensión de nulidad y la pretensión de plena jurisdicción.

Con relación a la primera, basta decir que ella implica revisar el vicio recaído en el procedimiento administrativo que dio origen a la demanda, analizando si efectivamente se han manifestado vicios insubsanables o no convalidables de nulidad y si se han respetado los derechos de los administrados. Para tal efecto, la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo, usualmente, se entenderá referida a la revisión del expediente que generó la contienda judicial, pues en él debieran obrar los vicios denunciados.

Respecto al instituto procesal autónomo de la plena jurisdicción, es interesante destacar que se diferencia del régimen de prueba que pudiera devenir de una pretensión nulificatoria, toda vez que nos encontramos frente a un poder estatal avocándose a una causa, con la finalidad de revocar su sentido, es decir, de conocer el “fondo” del asunto para concluir que el acto administrativo no era conforme a derecho.

2.3 Análisis del régimen de la prueba en el proceso contencioso administrativo peruano

2.3.1 Aciertos y deficiencias de la regulación de la prueba en el proceso contencioso administrativo

La norma que regula la actividad probatoria en el proceso contencioso-administrativo mantiene un rasgo inconstitucional. El artículo 30 primer párrafo del TUO Ley 27584⁴ dispone que la actividad probatoria dentro del proceso, se debe restringir a aquellas actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo. En ese sentido, sigue regulando un proceso contencioso-administrativo que, al menos, en materia probatoria, se ciñe y restringe a aquello que se produjo en sede administrativa, ocasionando que el administrado se perjudique doblemente por los errores en los que pudo haber incurrido en sede administrativa, o peor aún, aprovechando la Administración de una clara situación de ventaja, en la medida en que, en sede administrativa, el ciudadano se defiende sin abogado, y lo que el legislador pretende es aprovecharse de esa situación, impidiendo también que esta vez, el ciudadano pueda contar con una defensa mejor preparada ante el Poder Judicial.

Sin embargo, reduciendo el carácter de inconstitucionalidad de la norma, dicha disposición tiene tres excepciones: **(i)** que se produzcan hechos nuevos; **(ii)** que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso; y **(iii)** en el caso de acumularse la pretensión indemnizatoria. Si bien la incorporación de estas excepciones postula ciertas mejoras con respecto a la defensa del administrado, se mantiene la inconstitucionalidad general de la norma a la cual se hizo referencia anteriormente, que implica la situación de absoluta indefensión del tercero ante el procedimiento administrativo, en la medida en que, aquel ciudadano que no tuvo la posibilidad de intervenir ni defenderse en el procedimiento administrativo, ahora se ve sometido a una inconstitucionalidad aun mayor, viéndose impedido a actuar también en el marco del proceso contencioso administrativo.

⁴ T.U.O. Ley 27584: Artículo 30.- En el proceso contencioso administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios.

2.3.2 Prueba y hechos nuevos

Tal como lo señala el artículo 30 concordante con el 31 del TUO Ley 27584 y conforme al principio de preclusión, los medios probatorios deberán ser ofrecidos en la oportunidad que las partes formulan sus pretensiones o sus defensas en el proceso, es decir, en la etapa postulatoria. El referido principio se fundamenta en el hecho que, al momento de iniciarse el proceso contencioso administrativo, las partes puedan tomar conocimiento de los medios probatorios que pueden ofrecer al proceso y los hechos respecto de los cuales tienen interés en probar. En consecuencia, existiría “una autorresponsabilidad en el sujeto procesal que deja transcurrir tal oportunidad sin ofrecer los medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa”⁵.

A excepción de ello, el principio de preclusión perderá su efecto frente a hechos que las partes no tenían oportunidad de probar, ya sea porque en la etapa postulatoria, no se habían producido, o no eran posibles de conocer sino hasta después de iniciado el proceso. Resulta evidente que sobre los hechos producidos con posterioridad a la etapa postulatoria, no hubo posibilidad de probar, en tal sentido, el fin es garantizar el derecho a un debido proceso, para tal efecto la doctrina ha elaborado la figura de los hechos nuevos. Los hechos nuevos, conforme a la doctrina, pueden denominarse como propios e impropios. Por un lado, los hechos nuevos propios se entienden como aquellos acontecimientos producidos con posterioridad al inicio de un proceso que tengan relevancia jurídica para con la decisión final que se vaya a tomar en un determinado conflicto de intereses. Por otro lado, los hechos nuevos impropios son aquellos que, si bien ocurrieron antes de que se inicie el proceso, no era posible que la parte los conozca, sino hasta después de iniciado el proceso. Sobre el particular, está regulado el procedimiento a seguir en caso se ofrezcan los mismos, que implica básicamente correr traslado a la otra parte para que pueda ésta también ejercer su derecho de defensa. Asimismo, la norma señala que de ser necesaria la realización

⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”, en PRIORI POSADA, Giovanni y BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, “Apuntes de derecho procesal”, ARA Editores, Lima, 1997, p.81.

de una audiencia como consecuencia de la incorporación del medio probatorio sobre hecho nuevo, el Juez puede citarla.

2.3.3 Deficiencias en la regulación de la carga de la prueba

Según Hinostrza Minguez⁶, en principio, la carga de la prueba viene a ser el conjunto de reglas de juicio que le señala al magistrado la manera como resolverá en aquellos casos de omisión de pruebas o pruebas insuficientes que no puede salvar siquiera con la actuación de pruebas de oficio. Así como el Juez no puede inhibirse de expedir el correspondiente fallo, tales reglas le ayudarán a pronunciarse sobre el asunto. La carga de la prueba implica reglas indirectas de conducta para las partes, que les indican cuáles son los hechos que a cada una de ellas les interesa probar para que se acojan sus pretensiones. La carga de la prueba no significa que el sujeto procesal sobre quien recae tenga necesariamente que aportar o solicitar la prueba del hecho en que basa su pretensión, sino tan sólo indica a quien interesa que se acredite tal hecho.

Efectivamente, en líneas generales, la carga de la prueba corresponde a quien alega los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Así pues, la ley, al señalar únicamente que la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión, está omitiendo con ello referencia alguna a la situación del demandado, quien en determinados casos podría alegar hechos nuevos ajenos a los expuestos por el demandante, que sirvan de sustento a su defensa. Es evidente que, en caso el demandado alegue hechos que no han sido planteados en la demanda, sería en el que recaerá el deber de probar.

No obstante ello, es de menester importancia hacer hincapié en uno de los pilares de la potestad sancionadora del Estado: el Principio de Presunción de Inocencia. Siendo que dentro de la potestad administrativa se encuentra la potestad sancionadora de la Administración, y que esta última no es más que una de las manifestaciones de la potestad sancionadora general que tiene el Estado, le son aplicables todos los principios que la rigen. En ese sentido, si el administrado a

⁶ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Proceso Contencioso Administrativo” Análisis Sistemático de la Ley N° 27584, Gaceta Jurídica, primera edición, octubre 2003, ps. 281-282.

través del proceso contencioso administrativo impugna un acto que le impone una obligación o una sanción por considerarlo inadecuado o injusto, entonces en quien recaería la carga de la prueba para probar efectivamente los hechos que dieron lugar a la falta u obligación, sería en la Administración. El demandante no tendría por qué probar que determinados acontecimientos en efecto no ocurrieron, que no se produjeron determinados hechos; únicamente tendrá que negar que se dieron aquellos hechos que no están probados.

Además de lo anotado precedentemente, el TUO Ley 27584 admite otras excepciones al principio general en materia de carga de la prueba, por consiguiente, a decir de Priori Posada⁷ el régimen de carga de la prueba en el proceso contencioso-administrativo peruano contiene:

- i Por regla general, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos (aunque esto último no esté expresamente recogido en la ley, se debe entender que es así, por aplicación del instituto de la carga de la prueba).
- ii Si la actuación administrativa impugnada establece una sanción, la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa.
- iii Si la actuación administrativa impugnada establece una medida correctiva, la carga de probar los hechos que la sustentan corresponde a la entidad administrativa.
- iv Si la entidad administrativa se encuentra en mejor posición de probar los hechos, le corresponderá a ella, la carga de la prueba. Con esta excepción, el TUO Ley 27584 incorpora la denominada “carga probatoria dinámica”. La misma implica apartarse de los parámetros regulares de la distribución de la carga probatoria cuando esta implica consecuencias poco beneficiosas en torno al propósito del procedimiento, volviéndose esencial el plantear nuevas reglas en torno al reparto de la imposición probatoria, recayendo la responsabilidad de probar sobre aquel que esté en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para efectivamente

⁷ PRIORI POSADA, Giovanni F. “Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo”, Cuarta Edición, Ara Editores, Perú 2009, p. 224.

producir la prueba respectiva. De esta manera, la administración debe tener una especial diligencia al ofrecer medios de prueba, pues tiene la especial situación de que sobre ella puede recaer la carga probatoria dinámica.

Otro asunto concerniente a la carga de la prueba que amerita comentario es el principio de presunción de legalidad del acto administrativo. Una muestra que el principio de presunción de legalidad del acto administrativo no puede ser invocado en el proceso contencioso-administrativo está, precisamente, en las reglas de carga de la prueba, ya que ninguna de ellas tiene como base el referido principio. Y es que, en efecto, la consecuencia lógica e inmediata en materia procesal que tendría el principio de presunción de legalidad del acto administrativo, sería que la carga de la prueba de todos los hechos en los que se base la demanda contenciosa administrativa, correspondería a la parte demandante, lo cual, como ya fue objeto de análisis, no tiene cabida. Así pues, las referidas disposiciones permiten más bien ratificar la idea de que dicho principio no puede ser usado en un proceso contencioso-administrativo ni como línea de argumentación de defensa, o de fundamentación en una resolución, pues el Juez no se encuentra vinculado por dicho principio que sí es exigible en otros ámbitos distintos al jurisdiccional.

2.3.4 La importancia del poder probatorio de oficio de los jueces en el proceso contencioso administrativo

Como ya ha sido objeto del presente trabajo, de acuerdo con Priori Posada⁸, las partes procesales cuentan con el derecho constitucional a probar dentro del proceso; sin embargo, dicha actividad no es exclusiva de las partes, sino que también puede ser cumplida por el órgano jurisdiccional cuando la actividad probatoria desplegada por las partes no resulte suficiente para lograr convicción en el juzgador. En tal sentido, dentro del proceso contencioso-administrativo, el Juez podrá realizar actividad probatoria, dentro de los siguientes límites.

Los medios probatorios aportados por el Juez deben versar sobre hechos controvertidos y discutidos por las partes, lo que supone que la actividad probatoria de oficio no puede tener como sustento el conocimiento privado del Juez sino que

⁸ PRIORI POSADA, Giovanni F. Op. cit., p. 222.

debe ceñirse más bien a aquellos hechos que, postulados por las partes, conforman el objeto del proceso. La incorporación del medio probatorio por parte del Juez al proceso debe realizarse respetando el derecho de defensa de las partes.

Complementa estas ideas lo expresado por Hinostroza Minguez⁹ al ordenar la actuación de pruebas de oficio constituye, en principio, una facultad del Juez del proceso y no una obligación, así el superior jerárquico está impedido de ordenar al inferior la actuación de pruebas de oficio o de cuestionarle la omisión de estas últimas. Agrega que en aplicación supletoria del artículo 194 primer párrafo del Código Procesal Civil¹⁰, ante la insuficiencia de la prueba aportada por las partes para formar convicción en el Juez, las pruebas de oficio no sustituyen la carga de la prueba sino simplemente la complementan. Así pues, el artículo 32 del TUO Ley 27584, le concede expresamente al Juez, la facultad de incorporar medios probatorios de oficio. El objeto de la citada norma consiste en que ante la insuficiencia de pruebas para resolver el conflicto jurídico relativo al derecho administrativo, el Juez en salvaguarda de la finalidad del proceso, incorpore medios probatorios distintos a aquellos que se ofrecieron y actuaron en el procedimiento administrativo.

2.3.5 Necesidad de cambios en el régimen de la prueba en el proceso contencioso administrativo nacional

A la luz de lo expuesto, no sólo son de orden procesal sino de importancia estructural y orden constitucional las diversas razones por las cuales resulta impostergable modificar el tema probatorio en el proceso contencioso administrativo en el Perú. A continuación pasamos a enumerarlas y comentarlas sucintamente:

2.3.5.1 Por efectos del artículo 30 del TUO Ley 27584 la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo se encuentra restringida a lo actuado durante el procedimiento administrativo, salvo hechos nuevos no conocidos a nivel administrativo o hechos conocidos con posterioridad a la iniciación del proceso o la

⁹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Op. cit., p. 281.

¹⁰ Artículo 194 Pruebas de Oficio: Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes.

actuación de pruebas de oficio ordenadas por el Juez con arreglo al artículo 32 del mismo cuerpo legal.

2.3.5.2 La restricción anotada en el párrafo precedente tiene como consecuencia inmediata que en el proceso contencioso administrativo el administrado se encuentre gravemente limitado en cuanto al ofrecimiento de pruebas que pudieren acreditar la validez de su pretensión; vale decir, le resulta más difícil crear convicción en el Juez sobre el derecho que le asiste, además lo torna en potencial víctima de los errores u omisiones cometidos en sede administrativa, lo cual facilita el perjuicio de sus derechos e intereses.

2.3.5.3 Fáctica y normativamente el administrado se encuentra en grave desventaja frente a la Administración, pues esta última es quien dirige y decide el procedimiento administrativo, por consiguiente, encontrarse impedido de ofrecer más y mejores pruebas que convengan al juzgador, en mayor grado puede ocasionar una decisión desfavorable a los intereses del administrado.

2.3.5.4 En caso de existir errores o actuaciones arbitrarias por parte de la Administración durante el procedimiento administrativo, se corre el riesgo que se repitan durante el proceso contencioso administrativo.

2.3.5.5 Esta limitación en la estación probatoria a la que el artículo 30 del TUO Ley 27584 somete al administrado, implica una severa vulneración al debido proceso que como derecho continente consagra el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú, el cual contiene entre otros derechos fundamentales de la persona dentro de un proceso, la de probar sus pretensiones y alegaciones, el cual por ser de rango constitucional no puede ser pasible de restricción por parte de quien ejerce el poder. Asimismo, en el inciso 14 de la misma norma constitucional salvaguarda el derecho fundamental a la defensa dentro de un proceso, el mismo que está íntimamente ligado al derecho a probar, es decir, actuar ante el órgano jurisdiccional en salvaguarda de los derechos e intereses del propio administrado, derecho que se ve conculcado con una actuación probatoria mínima.

2.3.5.6 Esta restricción de la actividad probatoria no se condice con las disposiciones del artículo 188 del Código Procesal Civil¹¹ -de aplicación supletoria al proceso contencioso administrativo- que otorga como finalidad a los medios probatorios acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

2.3.5.7 La Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa mantiene una etapa probatoria de gran amplitud favorecida por la libertad probatoria, de modo tal, que permite al administrado demandante ofrecer los medios de prueba pertinentes a la defensa de sus derechos e intereses, lo cual significa una debida protección a sus derechos fundamentales de orden procesal, tales como el debido proceso y el derecho a la defensa. En ese sentido, la norma española constituye un bagaje probatorio superior al regulado por la legislación peruana, además de ser más garantista.

3. SOLUCIÓN AL PROBLEMA

3.1 El régimen de la prueba en el proceso contencioso administrativo español

3.1.1 Bases constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa

En España, dicen Arnaldo Alcobilla y Fernández Valverde¹² la jurisdicción contencioso-administrativa tiene dos exigencias constitucionales: por una parte, la cláusula general de Estado de Derecho (Preámbulo y art. 1º C.E.), con sus manifestaciones más concretas de sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.), la garantía de los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E.) y el mandato de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.); y por otra parte, el derecho fundamental de tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). La combinación de esas dos claves constitucionales determina la necesidad de que cualquier pretensión de tutela de derechos e intereses legítimos, relacionada con la actuación de cualesquiera poderes públicos, en razón de la obligada sumisión de

¹¹ T.U.O. Ley 27584: Disposición Final Primera.- El Código Procesal Civil es de aplicación supletoria en los casos no previstos en la presente Ley.

¹²ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael. “Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa). El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1998, pág. 11.

éstos al ordenamiento jurídico, debe estar confiada al control de la Jurisdicción, dentro de cuya unidad, y según la índole de la norma concernida, debe ser el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el llamado a intervenir.

3.1.2 La prueba a la luz de la tutela judicial efectiva en el régimen contencioso administrativo español

El derecho de las partes a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, es una proyección del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, consagrado por el artículo 24.2 de la Constitución Española, implica una serie de atribuciones y pautas tanto para las partes, como para los jueces; a saber:

Este derecho fundamental a la prueba que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, incluyendo en los procesos contencioso-administrativos objeto del presente trabajo, no comprende la facultad de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes están habilitadas para proponer cualquier prueba; sino que, más bien, atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de aquellas pruebas que sean pertinentes, que tengan relevancia para con el objeto del proceso.

En la medida en que el derecho a probar se encuentra estipulado por ley, es indispensable que, para el correcto ejercicio del mismo, la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente preestablecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento.

Es deber de los jueces y tribunales el realizar el examen correspondiente sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no estando habilitado el Tribunal Constitucional para sustituir o corregir la actividad de los referidos órganos judiciales. Más bien, el Tribunal será competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando por ejemplo se hubiera inadmitido pruebas, que en efecto sean relevantes para el desarrollo del proceso, sin motivación alguna o mediante una interpretación arbitraria e irrazonable.

No sólo eso, es indispensable que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, al ser decisiva en cuanto a la defensa de

la parte; para que el Tribunal Constitucional entre a tallar. En ese caso, recién, se procederá a verificar si efectivamente la prueba es decisiva en términos de defensa, y por lo mismo, constitucionalmente relevante. Así pues, el Tribunal Constitucional no podrá emprender, de oficio, exámenes en cada caso concreto, sino hasta que la recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión a la que se ha visto sometida, habida cuenta de que, como se evidencia, la carga de la argumentación recae sobre aquel que solicita el amparo. De conformidad con lo anterior, son distintas las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian en ese sentido postulando los principios bajo los cuales el derecho a la práctica de la prueba se rige, como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A saber: No abarca el derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino a practicar aquellas pruebas que sean pertinentes, esto es, aquellas que no sólo están relacionadas al objeto de litigio, sino que, además, cuentan con cierto carácter fáctico y jurídico que las hace viables para influir en el fallo.

En primer lugar, corresponde al juzgador de instancia efectuar el juicio sobre la pertinencia, el cual ha de ser explícito, con la motivación necesaria para su eventual control en vía de recurso. Luego, en caso se vulnere el derecho del recurrente a la práctica de la prueba, le corresponderá al mismo el alegar y acreditar la relación entre el medio probatorio propuesto y omitido, y el objeto del proceso, así como también la trascendencia que podría tener su resultado en la decisión judicial final. El efecto de la inejecución de una prueba previamente admitida es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa, con la especial relevancia que supone la existencia de una manifestación previa y positiva del órgano judicial sobre su pertinencia. Así pues, si bien el derecho a la actividad probatoria como reflejo del derecho a la defensa es más bien la facultad que se le atribuye a la partes procesales de, en base a medios probatorios, generar convicción en el Juez de los hechos alegados; este derecho acarrea también una carga procesal para con las partes que abarca límites al ejercicio del referido derecho, el cual no puede ser discrecional sino que debe más bien ejercerse en torno a ciertos parámetros para facilitar no sólo la labor del juzgador sino evitar cargas y demoras procesales innecesarias.

Sólo así es que los medios probatorios verdaderamente cumplirán con su objetivo principal, el de generar convicción en el Juez acerca del hecho que se prueba, para acercarse, en la medida posible, a la verdad jurídica.

3.1.4 Balance del régimen en materia de prueba que hace la Ley 29/1998

Uno de los principales avances añadidos por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, es el de otorgarle al Proceso Contencioso Administrativo un carácter distinto –o más bien superior- al que solía otorgársele: el de considerarlo básicamente, como un mecanismo revisor de aquel acto administrativo previo. En ese sentido, en su Exposición de Motivos se pronuncia de la siguiente manera: *“Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración (...)”*.

Si bien es cierto, la regulación de la prueba en la LJCA adolece de algunas deficiencias por falta de regulación sobre la intervención del Ministerio Público, la carga de la prueba y en cuanto medios probatorios se remite (artículo 60.4) genéricamente a la LEC; también es verdad, que su alcance normativo y práctico en materia probatoria es mayor a la regulación peruana, en consecuencia, privilegia las garantías fundamentales de orden constitucional del administrado, como es la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho continente al debido proceso y el derecho contenido a la defensa, pues también contiene importantes aciertos.

En efecto, los artículos 48.1 y 49.1 de la LJCA disponen que previa a la remisión del expediente administrativo al órgano jurisdiccional competente se emplace a los interesados en él a fin de que puedan apersonarse al proceso como demandados (actividad no contemplada por el artículo 24 del TUO Ley 27584).

Con arreglo a los artículos 52 y 54 de la LJCA luego de recibido el expediente administrativo por el Juzgado o Tribunal será entregado al recurrente para que interponga la demanda y luego se corre traslado de la demanda y expediente

administrativo a los demandados comparecientes para que contesten, lo cual omite la legislación peruana.

Sobre lo concerniente a las funciones procesales del expediente administrativo Blanquer¹³ destaca la triple función que cumple la remisión del expediente y su incorporación a los autos judiciales: a) garantiza a las partes la igualdad de armas procesales, impide que la demanda se formalice sin la información completa de lo actuado en el procedimiento administrativo; b) sirve como medio de prueba para dar por acreditados en sede judicial los hechos que constan en el expediente y que son aceptados de consuno por las partes; c) la incorporación del expediente administrativo habilita al Tribunal para introducir de oficio en el proceso aquellos hechos que no han sido afirmados por las partes.

Si hay controversia fáctica la fuerza probatoria del expediente se concentra y casi se reduce a los hechos no controvertidos, pues la disputa fáctica sobre los hechos habrá de resolverse de forma contradictoria a través de las pruebas que se practiquen en el proceso judicial. El objeto del proceso son las pretensiones de las partes, la finalidad de la prueba judicial no es completar el previo expediente administrativo, sino procurar la convicción judicial sobre los datos a los que se refiere la pretensión procesal y no los datos debatidos y en su caso probados en sede administrativa.¹⁴

A decir de Barrero Rodríguez¹⁵ existen muchos supuestos en los que el expediente administrativo basta al Tribunal para instruirse de la realidad de los hechos en cuya aplicación ha de resolver, de la misma forma en la que existen otros muchos en los que el expediente se convierte en un medio de prueba más que se añade a las que se hubieran practicado en el proceso.

Según la jurisprudencia emanada de las sentencias del Tribunal Supremo español - 12.11.1998 (RJ 1998, 10248), 26.02.2001 (RJ 2001, 1087), 15.10.2001 (RJ 2002, 1754)- la valoración de la prueba en el proceso contencioso-administrativo se rige por los mismos principios del proceso civil por lo que no se puede olvidar que la

¹³ BLANQUER, David. "La Prueba y el Control de los Hechos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 245 a 251.

¹⁴ BLANQUER, David. Op. cit. pág. 270.

¹⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. "La Prueba en el Procedimiento Administrativo", Editorial Aransadi SA, 2da. Edición, Navarra-España 2003, págs. 387 a 389.

base de la convicción del juzgador para dictar sentencia descansa en la valoración conjunta y ponderada de toda la prueba practicada. En otros términos, el Tribunal Supremo defiende para sí mismo y en aplicación de la LEC, de vigencia supletoria en los procesos contencioso-administrativos, un principio de apreciación conjunta de la prueba, tanto de la desarrollada en el curso del procedimiento administrativo como de la practicada en el proceso; esto es, los Tribunales no están atados a la apreciación de los hechos que hubiera podido efectuar la Administración.

Lo establecido en los artículos 56.4 sobre los documentos que las partes pueden aportar, 60.4 y aún 61 de la LJCA nos remiten a las normas generales sobre prueba establecidas para el proceso civil. Así la LEC de 7 de enero del 2000, dispone en su artículo 299.1 los medios de prueba que se pueden utilizar en juicio (interrogatorio a las partes, documentos públicos y privados, dictamen pericial, reconocimiento judicial, testigos); sin embargo, su artículo 299.3 permite nuevos medios de prueba¹⁶.

Esto ratifica en forma contundente que en la jurisdicción contencioso-administrativa española, la actividad probatoria no se encuentra restringida a lo actuado en el procedimiento administrativo, como inadecuadamente regula la normatividad contencioso-administrativa peruana (TUO Ley 27584 artículo 30).

Más allá de lo vertido en el apartado precedente, dicha remisión a la LEC implica libertad probatoria, el artículo 299.3 LEC garantiza libertad de probar, las partes y el Juez gozan de plena libertad para elegir el medio probatorio lícito -a su entender más idóneo- para captar la esencia del hecho imprescindible. Otro aspecto de la libertad probatoria son los hechos a probar propuestos por las partes, que a su juicio sean relevantes para arribar a la decisión jurisdiccional. Finalmente, esta libertad implica inexistencia de cualquier tipo de coacción o violencia sobre la parte que ofrece el medio de prueba¹⁷.

¹⁶ “Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”.

¹⁷ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Op. cit. págs. 68-69.

En el Perú, el tema de la libertad de prueba se aplicó en el proceso contencioso administrativo vía interpretación pretoriana del artículo 27 de la Ley 27584 el cual establecía: “En el proceso contencioso administrativo la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial”¹⁸. De esta manera, acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva y la finalidad de un proceso de plena jurisdicción, lo que se prohibía con esta norma no era tanto el ofrecimiento de medios probatorios nuevos, sino la probanza de hechos nuevos en sede judicial, esto es, fundamentos fácticos no alegados durante la etapa administrativa, siendo en consecuencia perfectamente posible que un medio probatorio no actuado en el expediente administrativo tenga como objeto corroborar un hecho discutido al interior del procedimiento administrativo¹⁹. En similar sentido, la misma Sala Suprema²⁰ precisó: “(...) que si bien el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 667 dicta las pautas a seguir para presentar la demanda de oposición al “Registro Predial”, esta norma no es una limitación del derecho a la prueba de los sujetos que actúan en este proceso, ya que los opositores–demandantes en ejercicio irrestricto de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que garantiza, entre otros aspectos, su derecho a la prueba, podrán ofrecer los medios probatorios necesarios que les permita acreditar su pretensión, siendo el Juez como director del proceso, quien de considerarlo necesario para mejor resolver el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, podrá admitir aquellos medios probatorios que resulten relevantes y pertinentes, así como incorporar de oficio los que en adición a

¹⁸ Artículo 27 modificado por el TUO de la Ley 27584 aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS publicado el 29 de agosto de 2008, cuyo artículo 30 si admite la probanza de hechos nuevos o de hechos conocidos con posterioridad al inicio del proceso.

¹⁹ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia de Casación N° 3412-2008 Lima, en los seguidos por Southern Perú Copper Corporation-Sucursal del Perú con Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT y Ministerio de Economía y Finanzas, sobre proceso contencioso administrativo, Lima, 20 de abril de 2010.

²⁰ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia de Casación N° 1854-2010 Piura, en los seguidos por Inversiones El Puente S.A. y otros con Joaquín Raúl Vite Cardoza y otro, sobre oposición a la inscripción al derecho de posesión, Lima, 25 de junio de 2012.

los ofrecidos por las partes resulten necesarios para la dilucidación de la controversia”.

3.1.5 La importancia de la prueba pericial y las nuevas tecnologías en materia probatoria en el régimen contencioso administrativo español

El conocimiento del derecho supone otros conocimientos para la solución del conflicto mediante el sistema procesal, y esa relación se manifiesta con mayor fuerza en el campo de la prueba, pues el Magistrado debe conocer los hechos del conflicto para establecer la relación jurídica con la norma. El conocimiento de los hechos requiere del auxilio de una serie de medios, entre los que corresponde reconocer los relativos al campo técnico científico, donde se debe recurrir al auxilio de otros conocimientos distintos de los del derecho. Tenemos diversos elementos de apoyo en la tarea de lograr el conocimiento para la solución del conflicto que transitan por la ciencia, la técnica, la tecnología, el arte, la industria, el comercio y la experiencia, todos ellos con mayor o menor relevancia, según la concepción estática o dinámica del asunto en cuestión.

La prueba pericial es una actividad desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas especialmente calificadas, distintas e independientes de las partes y del Juez del proceso, por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante los cuales se suministra al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes. Es una prueba ilustrativa sobre alguna materia técnica, que escapa al conocimiento del Magistrado²¹

El dictamen de peritos es esencial en un proceso cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos específicos para valorar determinados hechos o circunstancias relevantes para el desarrollo del proceso y sea indispensable adquirir certeza sobre ellos. Según el caso, serán las partes quienes aportarán al proceso el dictamen de peritos, o, en casos establecidos por ley, el tribunal designará a un perito para que emita dictamen. Es entonces, a través de los

²¹ FALCÓN, Enrique M. “Tratado de la Prueba”, tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2003, págs. 1 a 4.

peritos, que se aportarán al proceso conocimientos técnicos que están fuera del alcance de conocimiento del Juez y de las partes, y que por ser esenciales aportes a cara de conseguir la convicción en el juez de los hechos en cuestión, que revisten suma importancia para el desarrollo óptimo del proceso.

Resulta importante destacar la atribución otorgada por la LJCA²² al Juez o Tribunal respecto a la extensión de los efectos de la prueba pericial practicada en el proceso contencioso administrativo a los procedimientos conexos, situación que evita desigualdades y favorece la celeridad procesal. Esto coadyuva a los principios de tutela jurisdiccional efectiva, igualdad y economía procesal, pues una prueba pericial que ha sido sometida a contradictorio con igualdad de armas entre las partes, respetando el derecho de defensa dentro de un proceso judicial, producirá los mismos efectos probatorios en procesos conexos con igual o similar thema probandum, favoreciendo así la solución del conflicto jurídico en igualdad de condiciones para las partes. Así pues, debido a la importancia de la prueba pericial, y conforme a lo establecido por el artículo 335.2 de la LEC, *“Al emitir dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causa perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que puede incurrir si incumpliére su deber como perito”*.

3.1.6 El tratamiento de la actividad probatoria en el Perú y España

En primer lugar, con respecto a la incorporación de medios probatorios al Proceso Contencioso Administrativo, debemos señalar que si bien ambos regímenes plantean restricciones con respecto al ofrecimiento y actuación de las pruebas, en el caso peruano, la regulación es incluso más severa. Así, el artículo 30 del TUO Ley 27584, postula que: *“En el proceso contencioso administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que*

²² LJCA artículo 61.5: “El Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia a las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos. (...)”.

hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios. (...)”; mientras que, en el caso de la LJCA, esta limitación no se regula; más bien, faculta a introducir aquellos medios probatorios considerados pertinentes, siendo el juzgador aquel en quien recae la decisión acerca del procedimiento a prueba.

Por otro lado, es menester señalar el aporte que implica la LJCA al régimen peruano, en cuanto a la carga probatoria de oficio. Así pues, en su artículo 61 señala la posibilidad de ordenar la actuación de pruebas distintas a aquellas presentadas por las partes, siempre y cuando sean pertinentes o necesarias para lograr convicción en el juez acerca de los hechos en cuestión. Es posterior a la referida regulación, que el TUO de la Ley 27584 incluye la disposición mediante la cual se faculta al juzgador para ordenar de oficio la actuación de aquellas pruebas adicionales a las presentadas por las partes, que considere convenientes de cara a esclarecer el asunto controvertido.

3.1.7 Soluciones

Consideramos de impostergable necesidad desterrar los efectos restrictivos negativos del artículo 30 del TUO Ley 27584 sobre la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo que la restringe a lo actuado en el procedimiento administrativo.

La modificación legal en tal sentido minimizará la desventaja del administrado frente a la Administración pues esta última dirige y decide el procedimiento administrativo. Asimismo, facilitará el corregir los errores y anular actuaciones arbitrarias de la Administración Pública, reducirá el riesgo de amenaza o vulneración al debido proceso que como derecho continente consagra el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú, el cual contiene entre otros derechos fundamentales de la persona dentro de un proceso, la de probar sus pretensiones y alegaciones, el cual por ser de rango constitucional no puede ser pasible de restricción por parte de quien ejerce el poder. Esto concuerda con el inciso 14 sobre el derecho a la defensa dentro del proceso, íntimamente ligado al derecho a probar.

La LJCA mantiene amplia etapa probatoria favorecida por la libertad probatoria, pues permite al administrado demandante ofrecer los medios de prueba pertinentes en defensa de sus derechos e intereses. En ese sentido, la norma española contiene un bagaje probatorio mayor y más garantista cuyas bondades debemos adoptar en la legislación peruana.

Así, los artículos 48.1 y 49.1 de la LJCA disponen que previa a la remisión del expediente administrativo al órgano jurisdiccional competente, se emplaza a los interesados a fin de que puedan apersonarse al proceso como demandados (actividad no contemplada por el artículo 24 del TUO Ley 27584).

Según los artículos 52 y 54 de la LJCA, recibido el expediente administrativo por el Juzgado o Tribunal será entregado al recurrente para que interponga la demanda y luego se corre traslado de la demanda y expediente administrativo a los demandados comparecientes para que contesten, lo cual omite la legislación peruana.

Lo establecido en los artículos 56.4, 60.4 y aún 61 de la LJCA sobre los documentos que las partes pueden aportar, nos remiten a las normas generales sobre prueba para el proceso civil establecidas en la LEC de 7 de enero del 2000, cuyo artículo 299.1 señala los medios de prueba que se pueden utilizar en juicio (interrogatorio a las partes, documentos públicos y privados, dictamen pericial, reconocimiento judicial, testigos); además su artículo 299.3 permite nuevos medios de prueba.

La extensión de los efectos de la prueba pericial practicada en el proceso contencioso administrativo a procedimientos conexos evitará desigualdad entre las partes procesales, dilaciones innecesarias, salvaguardando el derecho de defensa al equilibrar la desventaja entre los administrados que impugnan una actuación de la Administración Pública.

La referida remisión a la LEC, implica libertad probatoria, su artículo 299.3 garantiza libertad de probar, las partes y el Juez gozan de plena libertad para elegir el medio probatorio lícito -a su entender más idóneo- para captar la esencia del hecho imprescindible. Otro aspecto de la libertad probatoria son los hechos a probar propuestos por las partes, que a su juicio sean relevantes para arribar a la decisión

jurisdiccional. Finalmente, esta libertad implica inexistencia de cualquier tipo de coacción o violencia sobre la parte que ofrece el medio de prueba²³.

4. CONCLUSIONES

Propuestas dogmáticas y normativas para reformar el régimen probatorio en el proceso contencioso administrativo peruano a la luz del régimen español de lo contencioso administrativo.

Atendiendo al matiz inconstitucional del artículo 30 primer párrafo del TUO Ley 27584 que restringe la actividad probatoria a las actuaciones realizadas en el procedimiento administrativo, lo cual implica desventaja del administrado frente a la Administración pues al sumirlo en indefensión, está sujeto a los errores, omisiones o arbitrariedades producidas por la actuación administrativa; por tanto, es imprescindible modificar esta norma legal en salvaguarda de la tutela procesal efectiva, el debido proceso y en especial del derecho de defensa que contiene el derecho a probar.

Siguiendo la tendencia de la LJCA, se debe instaurar normativamente la libertad probatoria en el TUO Ley 27584, a fin de permitir al administrado demandante ofrecer los medios de prueba adecuados a la defensa de sus derechos e intereses tales como interrogatorio a las partes, documentos públicos y privados, dictamen pericial, reconocimiento judicial, testigos y demás que prevé el Código Procesal Civil peruano, sino también, se permita el ofrecimiento de nuevos medios de prueba.

Es necesario ampliar los alcances del artículo 24 del TUO Ley 27584, con el objeto de que como paso previo a la remisión del expediente administrativo al juzgado competente se emplace a los interesados o afectados para posibilitar su apersonamiento al proceso contencioso administrativo. Asimismo, establezca que una vez recibido el expediente administrativo por el juzgado será entregado al recurrente para que interponga la demanda y luego se corre traslado de la demanda y expediente administrativo a los demandados comparecientes para la contestación respectiva.

En aras de los principios de tutela jurisdiccional efectiva, igualdad de partes, derecho de defensa y economía procesal, se debe regular que los alcances de la prueba pericial se extiendan y sean aplicables a procedimientos conexos.

²³ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Op. cit. págs. 68-69.

BIBLIOGRAFÍA

- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. “De la Prueba en el Contencioso y Administrativo”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.-Colombia, 2010
- González Pérez, Jesús. “*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”. Quinta Edición. Editorial Arazandi S.A. España, 2008.
- Hinostroza Mínguez, Alberto. “Proceso Contencioso Administrativo” Análisis Sistemático de la Ley N° 27584. Gaceta Jurídica, primera edición, octubre 2003.
- Priori Posada, Giovanni F. “*Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*”. Cuarta Edición. ARA Editores. Perú, 2009.
- Arnaldo Alcubilla, Enrique. Fernández Valverde, Rafael. “Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa). El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1998.
- Blanquer, David. “*La Prueba y el Control de los Hechos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”. Valencia, 2006.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo. “*El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*”. ARA Editores. Perú, 2001.
- Blanquer, David. “La Prueba y el Control de los Hechos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Barrero Rodríguez, Concepción. “La Prueba en el Procedimiento Administrativo”, Editorial Aransadi SA, 2da. Edición, Navarra-España 2003.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia de Casación N° 3412-2008 Lima, en los seguidos por Southern Perú Copper Corporation-Sucursal del Perú con Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT y Ministerio de Economía y Finanzas, sobre proceso contencioso administrativo, Lima, 20 de abril de 2010. Sentencia de Casación N° 1854-2010 Piura, en los seguidos por Inversiones El Puente S.A. y otros con Joaquín Raúl Vite Cardoza y otro, sobre oposición a la inscripción al derecho de posesión, Lima, 25 de junio de 2012.
- Falcón, Enrique M. “Tratado de la Prueba”, tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2003.

