

# REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 8 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2021 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE  
EUROLATINOAMERICANA  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

# REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 8 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2021 | ISSN 2362-583X  
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo  
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE  
EUROLATINOAMERICANA  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



## Defensa de la presunción de inocencia como garantía esencial en el derecho administrativo sancionador\*

### *Defense of the presumption of innocence as an essential guarantee in the sanctioning administrative law*

OSCAR ALEJOS GUZMÁN I,\*\*

<sup>I</sup> Universidad de Piura (Piura, Perú)

oscar.alejos@cms-grau.com

<https://orcid.org/0000-0002-9485-6381>

**Recibido el/Received:** 26.05.2021 / May 26<sup>th</sup>, 2021

**Aprobado el/Approved:** 08.11.2021 / November 08<sup>th</sup>, 2021

#### RESUMEN:

En un reciente artículo se ha propuesto invertir la carga de la prueba en el procedimiento sancionador, de manera que sea el administrado quien demuestre su inocencia. Esta nueva regla se utilizaría en aquellos casos en donde es menos costoso para el administrado producir la prueba necesaria para exonerarse de responsabilidad. De esta forma, se enfrentaría el problema de la conducta estratégica que podría tener el administrado para ocultar información. En el presente artículo, se analiza críticamente la propuesta mencionada, cuestionando sus bases teóricas y sus implicancias prácticas. En otras palabras, se asume una defensa de la garantía constitucional de presunción de inocencia, la misma que, en la posición del autor, no admite ni debe admitir excepciones.

**Palabras clave:** derecho administrativo sancionador; presunción de inocencia; carga de la prueba; prueba; garantías.

#### ABSTRACT:

*In a recent paper, it has been proposed to invert the burden of proof in the sanctioning procedure, which would mean that the citizen should prove his innocence. This new rule would be used in those cases where the cost to produce evidence is lower for the citizen. In this way, one could face the problem of strategic behavior and hiding of information. In this paper, the proposal is critically analyzed, questioning its theoretical grounds and its practical implications. In other words, this paper assumes a defense of the constitutional guarantee of presumption of innocence, which can and should not admit exceptions.*

**Keywords:** administrative law; presumption of innocence; burden of proof; evidence; guarantees.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* ALEJOS GUZMÁN, Oscar. Defensa de la presunción de inocencia como garantía esencial en el derecho administrativo sancionador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 71-88, jul./dez. 2021. DOI 10.14409/redoeda.v8i2.10338.

\*Agradezco los comentarios de Ramón Huapaya, Néstor Shimabukuro, Diana Attilano, Mauricio Black y Piero Rojas a borradores previos de este artículo. Asimismo, agradezco los comentarios, observaciones y sugerencias de los revisores anónimos. Los errores son de mi absoluta responsabilidad.

\*\* Adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Con estudios de maestría en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado en la Universidad de Piura (Piura, Perú). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado en CMS Grau. E-mail: oscar.alejos@cms-grau.com.



## SUMARIO:

**1.** Introducción; **2.** La tesis del llamado “enfoque funcional”; **3.** Cuestión de premisas: la finalidad del derecho administrativo sancionador; **4.** La presunción de inocencia como garantía constitucional; **5.** El rechazo a un derecho administrativo sancionador del enemigo; **6.** La dificultad de establecer cuándo invertir la carga de la prueba; **7.** Si el modelo tiene que cambiar, cambiemos para mejorar: hacia una regulación responsiva; **8.** Conclusiones. Referencias.

## 1., INTRODUCCIÓN

Todos somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario. Esta garantía constitucional es quizá la más arraigada en el sentimiento de la comunidad. Al lado de las garantías de legalidad o prohibición de doble sanción (*ne bis in idem*, para los que gustan del latín), la garantía de presunción de inocencia resulta más familiar. Y las razones van más allá de la mera casualidad, como pretendo demostrar.

Lo dicho no implica que estemos frente a una verdad absoluta, incuestionable y exenta de críticas constructivas. Nada lo está. Partiendo de ello, un grupo de autores peruanos ha propuesto una reinterpretación de esta garantía, sobre la base de premisas fundadas en el análisis económico del derecho. Así, en la edición 18 de la *Revista de Derecho Administrativo* se ha publicado el artículo *Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa*, de César Higa, Jerico Fiestas-Flores, Diana Vigo, Ricardo Machuca y Eduardo Melgar.

En pocas palabras, los autores proponen una visión distinta de la presunción de inocencia, la misma que pasa por variar la regla de la carga de la prueba en determinados casos, de manera que sea el administrado quien asuma la carga de probar su inocencia. Esta es una simplificación de su teoría, la misma que se explicará con más detalle en el siguiente apartado.

Desde ya aclaro que estoy en desacuerdo con dicha posición. Considero que parte de premisas equivocadas y nos puede conducir a consecuencias perjudiciales. Advierto que no abogo por mantener el estado actual. Pero, si de cambiar se trata, lo mejor es virar hacia un Estado menos punitivo.

Dicho ello, acepto la invitación de los autores, quienes expresamente dejaron constancia que su finalidad era “iniciar un debate”. Consciente que el diálogo fructífero nos llevará a afinar posturas y encontrar mejores soluciones, me propongo en las siguientes líneas sustentar una posición que puede concebirse como una defensa de la presunción de inocencia. Es importante destacar que, si bien se harán referencias a la legislación peruana, los argumentos son fácilmente extrapolables a cualquier ordenamiento que garantice la presunción de inocencia.



## 2. LA TESIS DEL LLAMADO “ENFOQUE FUNCIONAL”

Como he señalado, la tesis principal de los autores es que la carga de la prueba debe invertirse en determinados escenarios. En este apartado, explicaré a grandes rasgos cómo llegan a esa conclusión y cuáles son las razones que sustentan esta interesante posición.

Si bien procuraré ser fiel a la posición de los autores, recomiendo a los lectores que, antes de continuar con la lectura de esta respuesta, revisen el mencionado artículo. Solo así se puede tener una comprensión real de la tesis expuesta por los autores que aquí es objeto de crítica. Dicho ello, veamos cómo plantean su tesis.

Los autores empiezan explicando los problemas que se enfrentan al momento de determinar si un sujeto cometió una infracción. Así, mencionan hasta cinco problemas: información incompleta, costo de la información, información asimétrica entre las partes y la autoridad, comportamiento estratégico e incertidumbre sobre la posibilidad de cometer un error<sup>1</sup>.

Desde aquí se aprecian las raíces de la teoría que esbozan los autores, cuando señalan que “las partes sí saben qué ocurrió en un caso y tienen la evidencia que podría probarlo, mientras que la autoridad se encuentra sujeta a la información brindada por las partes”. Y más adelante, cuando sostienen que “las partes darán solo aquella información que favorece su posición o tratarán de interpretarla de la manera que mejor favorezca su versión de los hechos del caso”.

Los autores nos explican que, en el marco de un procedimiento sancionador, la presencia de estos problemas implica que se pueden cometer errores que, a su vez, pueden provocar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. En ese escenario, la garantía de presunción de inocencia podría hacer más difícil la condena de un inocente, pero también la condena de un culpable<sup>2</sup>.

Dicho ello, los autores ofrecen el llamado “enfoque funcional”<sup>3</sup> que implicaría usar la carga de la prueba, no como una herramienta para minimizar condenas erróneas, sino para enfrentar el problema antes mencionado de la falta de cooperación y las conductas estratégicas<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, 2019, p. 359.

<sup>2</sup> HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, 2019, p. 362.

<sup>3</sup> Cabe anotar que se usa la misma terminología que Raúl Letelier en un artículo en el que formula una propuesta respecto del estándar probatorio en el procedimiento sancionador. Véase: LETELIER, Raúl. El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. **Revista de Derecho**, vol. 31, 2018, p. 217.

<sup>4</sup> HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, 2019, p. 362.



En ese sentido, la carga de la prueba serviría como un instrumento para distribuir entre las partes la producción de información<sup>5</sup>, de tal manera que asuma la carga quien tiene mejor acceso a la evidencia o mayor facilidad para producir la prueba. En el caso de los procedimientos sancionadores, serían las empresas – dicen los autores – quienes tienen mejor posición para asumir dicha carga, al realizar actividades repetitivas en el tiempo y conocer mejor su actividad, en comparación con la autoridad.

Expuesta la teoría, los autores nos aterrizan con el ejemplo del monitoreo de efluentes. De acuerdo con los autores, los informes de monitoreo ambiental de efluentes permitirían determinar el incumplimiento por exceso de los límites máximos permisibles<sup>6</sup>.

Aquí es donde el estudio pierde un poco de consistencia, como podrá advertir el lector al revisar el artículo<sup>7</sup>, porque se usan muestras poco representativas, se utilizan criterios de clasificación (para determinar cumplimiento o no en la entrega de informes) dudosos, y se parte de presunciones sin mucha base técnica (por ejemplo, que los excesos en los estándares de calidad ambiental implicarían necesariamente excesos en los límites máximos permisibles). Pese a ello, los autores concluyen que, en aquellos casos en donde no se entregaron los informes, es posible que existan más excesos en los límites máximos permisibles que no fueron detectados por culpa de las empresas.

Luego se analiza la conducta del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)<sup>8</sup> en la fiscalización de los incumplimientos vinculados a la presentación de informes de monitoreo. Así, se determina que hay menos multas y más medidas correctivas en estos casos. Este dato es suficiente para que los autores consideren que hay indicios de que las empresas no tienen incentivos suficientes para cumplir con los monitoreos<sup>9</sup>.

Lo expuesto lleva a los autores a sostener que, en estos casos, la carga de la prueba debe invertirse, de manera que sea el administrado quien pruebe que no ha generado daño al ambiente, entregando el monitoreo o mostrando un contrato con un laboratorio que, a su vez, entregue información de muestras. Es más, los autores sostienen que

---

<sup>5</sup> HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, 2019, p. 364.

<sup>6</sup> HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, 2019, p. 366.

<sup>7</sup> HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, 2019, p. 366-371.

<sup>8</sup> El OEFA es la administración pública peruana encargada de la fiscalización ambiental.

<sup>9</sup> HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, 2019, p. 372.



esa inversión de la carga procedería incluso cuando fueran varios los administrados que vierten efluentes en un mismo cuerpo receptor<sup>10</sup>.

En suma, la tesis de los autores puede resumirse del siguiente modo: En la medida que, en algunos casos, los administrados tienen menores costos para producir prueba, debe adoptarse una regla que invierta la carga de la prueba, de manera que sean ellos y no la administración, los encargados de demostrar su inocencia.

### 3. CUESTIÓN PREVIA: ACLARACIÓN SOBRE LA FINALIDAD PREVENTIVA

Los autores del artículo bajo análisis parten de determinadas premisas que, como no podía ser de otra manera, condicionan su argumentación. Una de ellas radica en que los autores ven en el derecho sancionador un mecanismo de disuasión de conductas.

En principio, comparto esta apreciación, aun cuando considero que la prevención no es lo característico de las sanciones administrativas, caracterizadas más bien por su función retributiva. Sin embargo, como ha sido destacado en doctrina, dicho carácter retributivo “es compatible con admitir que la potestad administrativa sancionadora y las sanciones administrativas en su conjunto tienen por fin disuadir a todos de cometer la conducta ilícita (prevención general) y de evitar que el concreto infractor castigado vuelva a incurrir en ella (prevención especial)”<sup>11</sup>.

Sin embargo, ello no quiere decir que la finalidad preventiva sea la única finalidad, ni que justifique relajar las garantías del procedimiento sancionador, ni mucho menos que sea una finalidad exclusiva de las sanciones. Es cierto que los autores no han planteado su tesis aseverando ello; no obstante, considero importante dejar sentado este punto.

En primer lugar, el derecho administrativo sancionador no puede tener como finalidad la sola disuasión de conductas, pues ello implicaría ver al ciudadano como un *medio* y no como un *fin en sí mismo*<sup>12</sup>, situación que colisiona con la noción de *dignidad humana*, reconocida constitucionalmente. En ese sentido, es necesario conjugar la finalidad preventiva con otros fines, como la *tutela de bienes jurídicos* o la finalidad

<sup>10</sup> HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, 2019, p. 374.

<sup>11</sup> REBOLLO, Manuel. Definición y delimitación de las sanciones administrativas. En: **Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021**. Navarra: Aranzadi, 2021, p. 70.

<sup>12</sup> En un sentido similar, Roberto Gargarella: “El utilitarismo enfrenta problemas serios por los modos en que tiende a tomar a las personas como meros medios para asegurar el logro de ciertos beneficios generales: castigamos a algunos con el objeto de que los demás sepan lo que les espera si cometen una falta y se abstengan...”. GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 12-13.



*comunicativa* que busca informar al ciudadano sobre la comisión del ilícito para, de este modo, restablecer la confianza en el ordenamiento jurídico<sup>13</sup>.

Asimismo, es importante señalar que, sea cual fuera la finalidad que se le asigne a las sanciones, debe reconocerse también que éstas deben ir aparejadas del respeto a las garantías que la Constitución y la ley han previsto para el correcto ejercicio de la potestad sancionadora.

Por otro lado, pero vinculado a lo anterior, es importante reconocer que la finalidad preventiva también puede predicarse de otras medidas no sancionadoras<sup>14</sup> como las medidas correctivas. Si se reconoce esto, se apreciará que la sanción no es la única ni la principal herramienta. Muchas veces no será la medida más idónea o la menos gravosa.

Esta lógica que quizá amerite una explicación sobre la que no pretendo ahondar aquí, se sostiene bien en el esquema legal peruano vigente. En efecto, entendido así, se comprende fácilmente el alcance del principio de razonabilidad reconocido en el artículo IV del texto único ordenado de la ley de procedimiento administrativo general peruana (TUO de la LPAG). Del mismo modo se comprende por qué el legislador introdujo el eximente por subsanación voluntaria. Asimismo, se entiende la lógica de todo el capítulo de fiscalización administrativa, cuya finalidad *pedagógica* ha sido resaltada en la jurisprudencia peruana y en la doctrina.

Sobre ello se volverá más adelante al final de este artículo. Por lo pronto, lo importante es dejar sentado que la finalidad preventiva de las sanciones no es justificación suficiente para relajar las garantías materiales y procedimentales en el ejercicio de la potestad sancionadora. Pero más importante es que los fines de prevención pueden alcanzarse con otras medidas no sancionadoras; así, se podría cumplir el mismo fin sin necesidad de recurrir a la potestad sancionadora y castigar a los administrados para ello.

#### 4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

La presunción de inocencia es una garantía constitucional (artículo 2 de la Constitución Política del Perú y artículo 248 del TUO de la LPAG, norma que forma parte del bloque de constitucionalidad), reconocida además en el artículo 8 de la Convención

---

<sup>13</sup> GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 14.

<sup>14</sup> REBOLLO, Manuel. Definición y delimitación de las sanciones administrativas. En: **Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021**. Navarra: Aranzadi, 2021, p. 71: "Ahora bien, esa finalidad preventiva o disuasoria no es elemento del concepto de sanción administrativa (como tampoco debe serlo de las penas en general). De hecho, sanción será una multa ínfima que no consiga disuadir de infracciones que, aunque castigadas, seguirán siendo rentables; y, en sentido contrario, infinidad de medidas no sancionadoras cumplen perfectamente la finalidad preventiva/disuasoria".





Americana sobre Derechos Humanos<sup>15</sup>, cuya aplicación incluye tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador, como se ha encargado de precisar el Tribunal Constitucional<sup>16</sup> y la doctrina<sup>17</sup>.

En términos sencillos, la presunción de inocencia implica que es quien acusa el que debe soportar la carga de probar la comisión culpable de una infracción o delito; asimismo, implica que, ante la duda, pierde quien acusa y se mantiene el estado de inocente del acusado. Sobre ambas concepciones volveré en breve. Antes, es necesario explicar algunas premisas.

La razón por la cual esta garantía se predica tanto en el derecho penal como el derecho administrativo sancionador no responde únicamente a la similitud entre ambos “derechos”, sino que va mucho más allá. En realidad, la presunción de inocencia se impone para *limitar* la potestad de imponer una sanción, en el entendido que estamos frente a un acto de consecuencias gravosas (sea penal o administrativa).

Aquí es importante recordar que la *subsidiariedad* se predica (o se debe predicar) tanto de las sanciones penales, como de las sanciones administrativas. El poder punitivo del Estado debe ser siempre subsidiario y excepcional, nunca la regla<sup>18</sup>.

Siendo una garantía constitucional, un primer tema jurídico relevante que no ha sido tocado por los autores es que su propuesta implica pasar, primero, por una reforma

---

<sup>15</sup> Si bien el artículo 8 se titula “garantías judiciales”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas oportunidades que dichas garantías (incluyendo la presunción de inocencia) son aplicables también a los procedimientos administrativos. Para un pronunciamiento reciente, véase la sentencia del 8 de julio de 2020, correspondiente al *Caso Petro Urrego vs. Colombia*.

<sup>16</sup> En la sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC del 11 de octubre de 2004, el Tribunal Constitucional peruano señaló lo siguiente: “Frente a una sanción carente de motivación, tanto respecto de los hechos como también de las disposiciones legales que habrían sido infringidas por los recurrentes, no puede trasladarse toda la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia. Por ello, al disponerse en este caso que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se ha quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento administrativo sancionador, sustituyéndolo por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución”.

<sup>17</sup> HIGA, César. El derecho a la presunción de inocencia desde un punto de vista constitucional. **Derecho & Sociedad**, n. 40, 2013, p. 114.

<sup>18</sup> Hablando de “intervención mínima”, Lucía Alarcón sostiene: “En definitiva, la intervención mínima debería predicarse de todo el Derecho punitivo: del penal y del administrativo sancionador. Con ello, la última ratio no sería únicamente lo penal, sino lo punitivo en general”. ALARCÓN, Lucía. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, n. 195, 2014, p. 159. También Alejandro Nieto, aun cuando abogue por distanciar el derecho administrativo sancionador del derecho penal, se muestra partidario de la subsidiariedad de la sanción: “El principio represivo fundamental (o sea, el de que el objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es la última ratio del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones”. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5ta edición. Madrid: Tecnos, 2012, p. 33.



constitucional. Este escollo – formal, si se quiere – es relevante porque lleva la discusión a un escenario en donde la “eficiencia” no tendrá necesariamente la última palabra<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de ello, más allá del límite formal, debe destacarse la función que cumple esta garantía constitucional. Si bien se han considerado múltiples facetas de esta regla<sup>20</sup>, el entendimiento común en el derecho administrativo sancionador – como señalé anteriormente – es que dicha presunción implica que cualquier duda sobre la comisión de la infracción se resuelve a favor de la inocencia; asimismo, implica que la carga de la prueba recae en la autoridad, quien debe demostrar la comisión culpable de la infracción<sup>21</sup>.

Nótese que ese entendimiento común al que hago referencia permite diferenciar entre dos concepciones de la *carga de la prueba*. Por un lado, la *carga de la prueba* (digamos, en sentido estricto), y por otro, la *carga de aportación de la prueba*<sup>22</sup>. Si no me equivoco, la tesis de los autores se centra en este segundo supuesto, pues al invertir la carga, lo que proponen es que sea el imputado quien aporte las pruebas que demuestren su inocencia.

Según Jordi Ferrer<sup>23</sup>, no existe sustento para negar que la carga de aportación recaiga sobre el imputado, si se considera que tiene mayor acceso a las pruebas; se dice que ello no atentaría contra la presunción de inocencia. Esta aseveración tiene pleno sentido en la teoría de Jordi Ferrer, para quien un concepto estricto de *presunción de inocencia* solo abarca la primera acepción (como regla de juicio en caso de duda respecto de si se cumple el estándar probatorio para la acusación). Sin embargo, sí se enfrenta con problemas si asumimos un concepto amplio de presunción de inocencia<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Es cierto que podría alegarse que la presunción de inocencia, aun cuando constituya una garantía de rango constitucional, podría ceder frente a otros principios constitucionales (como la tutela del medio ambiente). Sin embargo, este análisis no ha formado parte del artículo que es objeto de comentario, y ameritaría entrar al detalle sobre si es posible someter la presunción de inocencia al test de proporcionalidad y cómo se debería proceder en cada caso, lo que excede el objetivo de este artículo.

<sup>20</sup> Véase, por todos: ALARCÓN, Lucía. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 2007, p. 341; y, FERRER, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En: **Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 169-182.

<sup>21</sup> Una explicación detallada en: CANO, Tomás. Presunción de veracidad y presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador. En: **Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo**. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008, p. 1551. En el Perú, véase: DANÓS, Jorge. La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 17, 2019, p. 40.

<sup>22</sup> FERRER, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En: **Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 183. Vale notar que hay quien niega que la presunción de inocencia tenga vinculación con las reglas de la carga de la prueba. Sobre ello, véase NIEVA, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. En: **In Dret**, n. 1, 2016, p. 10.

<sup>23</sup> FERRER, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En: **Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 185.

<sup>24</sup> Por ejemplo, Tomás Cano incluye ambos conceptos en su definición: “Lo que se traduce, en el ámbito sancionador, en que es la acusación la que soporta la carga de probar los presupuestos de la norma



También se enfrenta con objeciones si incorporamos a la discusión el derecho a guardar silencio que también forma parte del elenco tradicional de garantías del imputado<sup>25</sup>. Asimismo, es importante destacar que incluso algunos descartan que la regla de valoración probatoria forme parte de la presunción de inocencia, sino que más bien sería parte del principio *in dubio pro reo*<sup>26</sup>, de manera que la presunción de inocencia estaría más vinculada al concepto mencionado de carga de aportación de prueba.

Más importante aún, la idea de que el imputado asuma la *carga de aportación de prueba* colisiona con la noción de esta presunción como un *límite* a la potestad sancionadora. Es decir, como un medio que sirve para *racionalizar* el ejercicio de un poder público. En efecto, la presunción de inocencia constituye un límite a la potestad punitiva del Estado.

Dicho límite es imprescindible en un escenario en donde el ejercicio del poder puede degenerar en *arbitrariedad*, considerando además las menores garantías que existen en el procedimiento sancionador, por la misma estructura organizacional de la administración.

En efecto, no puede perderse de vista que aquí el poder punitivo no es ejercido por un tercero imparcial, independiente y neutral, sino por una autoridad que persigue un fin público (protección del medio ambiente, tutela de los consumidores, etc.) y cuenta con una estructura jerarquizada, en donde los que investigan, instruyen y resuelven forman parte de la misma entidad.

---

sancionadora que se pretende aplicar y es a ella a quien perjudica la falta de prueba o las dudas respecto de su concurrencia, pues en tal caso tal caso el juzgador tiene el deber de absolver prevaleciendo así la afirmación previa de constitucionalidad de inocencia del acusado". CANO, Tomás. Presunción de veracidad y presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador. En: **Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo**. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008, p. 1551. En la doctrina peruana, Juan Carlos Morón también incluye la carga de aportación en cabeza de la administración como parte de la presunción de inocencia: "De un lado, ratifica que en materia sancionadora la carga de la prueba recae en la Administración Pública, por lo que compete a las autoridades identificar, atraer al expediente y actuar la evidencia suficiente que sustente desestimar la presunción, quedando incluso el administrado liberado de actuar aquella prueba que lo pueda autoincriminar. Pero del otro, este principio conlleva a que en el procedimiento sancionador se actúen cuando menos una mínima actividad probatoria sobre los hechos a analizar, no bastando las declaraciones o afirmaciones de los denunciantes o terceros -aún bajo presunción de veracidad- para desvirtuar la presunción de corrección, ni los descargos del imputado". MORÓN, Juan Carlos. **Comentarios a la ley de procedimiento administrativo general**. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 442.

<sup>25</sup> ALARCÓN, Lucía. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 2007, p. 186. MORÓN, Juan Carlos. **Comentarios a la ley de procedimiento administrativo general**. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 442. Importante destacar que, incluso quien propone pasar de una "carga" a un "deber de probar", limita su análisis al ámbito civil, excluyendo el ámbito penal por la existencia del "derecho a no autoinculparse", el cual considero aplicable al ámbito administrativo sancionador. Véase: PAULA, Vitor de. **La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar**. Traducción de Laura Criado. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 130-131.

<sup>26</sup> ALARCÓN, Lucía. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 2007, p. 345.



En estas circunstancias, no es razonable reducir las garantías previstas en el procedimiento sancionador, menos aún cuando no se tiene evidencia empírica – como se verá más adelante – que respalde las bondades de la política que se propone.

## 5. EL RECHAZO A UN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ENEMIGO

La propuesta de relajar la garantía de presunción de inocencia dependiendo del caso concreto no sólo trasgrede la Constitución, sino que nos acerca bastante a lo que se ha venido en llamar “derecho administrativo del enemigo”<sup>27</sup>. En pocas palabras, un derecho administrativo que relaja las garantías en función del sujeto involucrado.

Esta teoría – aún incipiente en el derecho comparado – se basa en el conocido estudio de Gunther Jakobs. En términos sencillos, esta teoría pasa por diferenciar entre “ciudadanos” y “enemigos”<sup>28</sup>, de manera que la aproximación del derecho es distinta dependiendo del caso. En ese contexto, se propone que el enemigo no sea tratado como ciudadano, sino que sea directamente “combatido”, lo que implica reducir – aunque nunca eliminar del todo – las garantías que establece el ordenamiento jurídico<sup>29</sup>.

Con las particularidades del caso, no puede negarse que algo similar proponen los autores del artículo bajo comentario. Ellos también proponen diferenciar entre los sujetos que son imputados en el procedimiento sancionador, dependiendo de sus características supuestamente propensas a incumplir deliberadamente la norma<sup>30</sup>. Recordemos que su propuesta se centra en las empresas que tendrían mejor posición para asumir la carga de la prueba, al realizar actividades repetitivas en el tiempo y conocer mejor su actividad. Asimismo, se sostiene que dichas empresas actuarían estratégicamente, ocultando información a la autoridad<sup>31</sup>.

En suma, los autores describen un “enemigo” al que hay que “combatir” con un esquema que relaje las garantías (en este caso, invirtiendo la carga de la prueba) tradicionales del procedimiento sancionador.

Aquí es necesario hacer una aclaración. Los autores no hablan en términos de “enemigo” ni de “combate”. Queda claro además que su propósito no es crear un derecho del

---

<sup>27</sup> MELERO, Eduardo. El “derecho administrativo del enemigo” como categoría general de análisis del derecho administrativo. En: **Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach**. Aranzadi, 2018, p. 389.

<sup>28</sup> JAKOBS, Gunther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Trad. de Manuel Cancio Meliá. En: **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 47.

<sup>29</sup> JAKOBS, Gunther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Trad. de Manuel Cancio Meliá. En: **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 56.

<sup>30</sup> Propuesta que también ha sido sugerida por otros autores, entre ellos, NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5ta edición. Madrid: Tecnos, 2012, p. 376.

<sup>31</sup> Cabe notar que no rechazo que dichas empresas que ocultan información deliberadamente deban ser objeto de alguna sanción. Sin embargo, según la tesis de los autores, ello no sería suficiente. Por ello, proponen invertir la carga de la prueba en esos casos.



enemigo que, sin mayor justificación, relaje las garantías de los ciudadanos. Si no me equivoco, su propósito es más loable: conciliar las herramientas del procedimiento sancionador con la necesaria búsqueda de la verdad que debe guiar todo procedimiento en el que se va a tomar una decisión. Sin embargo, cuando dicho propósito se busca mediante la relajación de algunas garantías (por ejemplo, la presunción de inocencia) y en función de algunos sujetos (empresas que podrían soportar la carga de probar), entonces estamos ante una propuesta que se asemeja a lo que se ha denominado derecho administrativo del enemigo.

Vale destacar que esta posición no es aislada en la doctrina<sup>32</sup>. Es más, varias administraciones públicas en el Perú han adoptado posiciones que sintonizan con este derecho administrativo sancionador del enemigo. Ahí tenemos al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), por ejemplo, cuya norma le permite variar la posible sanción en cada caso concreto (por incumplimiento de medidas cautelares), suprimiendo básicamente la garantía de reserva de ley. Tenemos también al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minerías (Osinergmin), cuyo reglamento adopta la responsabilidad objetiva sin ley de por medio, suprimiendo la garantía de culpabilidad que también reconoce la ley. Finalmente, tenemos a Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) que, por vía reglamentaria, ha rechazado aplicar los eximentes de responsabilidad, desconociendo así las garantías de causalidad, culpabilidad, entre otras.

Estos son solo ejemplos de una realidad que se aprecia no sólo en las regulaciones sectoriales, sino además en cada acto administrativo que se emite en los miles de procedimientos sancionadores que se tramitan a diario. No es una exageración sostener que vivimos ya en un derecho administrativo sancionador del enemigo.

Considerando este contexto, cabe preguntarse si este modelo es el que queremos. Uno que relaje garantías en función del sujeto, una suerte de derecho administrativo del autor, si queremos eliminar la palabra “enemigo” que – por sí sola – conlleva una carga negativa fuerte.

Como se habrá advertido, aquí se rechaza dicha posición. No sólo por ser manifiestamente inconstitucional, sino porque es excesivamente peligrosa. Es cierto que los autores del artículo bajo comentario no abogan por este tipo de medidas; sólo por la inversión de la carga de la prueba en algunos casos. En ese sentido, este extremo de la crítica debe entenderse de forma mucho más general frente a lo que se considera un potencial problema (del cual la propuesta del artículo comentado es sólo un síntoma).

Sin perjuicio de ello, considero pertinente dejar anotado que este derecho administrativo del enemigo es peligroso porque abre el camino a un ejercicio cada vez más arbitrario del poder de las administraciones públicas.

<sup>32</sup> NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5ta edición. Madrid: Tecnos, 2012, p. 373-376.



## 6. LA DIFICULTAD DE ESTABLECER CUÁNDO INVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA

En los apartados previos se ha explicado por qué no se comparte la tesis de los autores. En suma, no se comparte la premisa que la sostiene, y tampoco se comparte la idea de dejar de lado o relajar la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Entendida ésta en su real dimensión, no se aprecian razones que justifiquen la propuesta de los autores del artículo bajo comentario.

Ahora bien, es cierto que *podría* existir un problema de comportamiento estratégico y ocultamiento de información. Sin embargo, esas conductas son difíciles de detectar y no cabe presumirlas sin pruebas. Los mismos autores enfrentan serios obstáculos en su investigación cuando buscan demostrar esas conductas.

En efecto, se han usado *muestras poco representativas*. Ello puede ser un indicador de la complejidad que tendría una investigación en este rubro. Es más, los mismos autores reconocen que “el ejercicio realizado con las seis empresas seleccionadas ha servido para poder identificar las dificultades existentes en la evaluación del cumplimiento de obligaciones formales en el país”.

Asimismo, se han utilizado *criterios de clasificación (para determinar cumplimiento o no en la entrega de informes) dudosos* que, por sí mismos, deslegitiman las conclusiones. Por ejemplo, expresamente señalan que “la información ha sido considerada como realmente entregada si se obtuvo en el plazo establecido por cada legislación”. Pero, si la información fue entregada fuera de plazo, ¿acaso ello revelaría una “conducta estratégica” de ocultar información?, ¿no sería más bien un problema de descuido o negligencia? Los mismos autores reconocen que la falta de entrega de información “podría deberse a dejadez, a pérdida de la información o a la omisión de información con la finalidad de evitar una multa más grande relacionada con el exceso de LMP”. Este solo dato (posibilidad de múltiples causas) revela lo peligroso de realizar asunciones para invertir la carga de la prueba.

Del mismo modo, los autores parten de *presunciones sin base técnica* al sostener que los excesos en los estándares de calidad ambiental implicarían excesos en los límites máximos permisibles. En realidad, estamos frente a una correlación no necesaria y, por ende, contingente. No todo exceso en el estándar de calidad ambiental implica un exceso en el límite máximo permisible. Son indicadores de calidad ambiental distintos: el primero mide niveles de concentración en los cuerpos receptores (agua, aire, suelo); el segundo mide niveles de concentración en los efluentes o emisiones. Si ello es así, entonces se cae nuevamente la pirámide sobre la que los autores construyen su propuesta de presunción.

Y aquí es importante resaltar que la propuesta de los autores no sólo implicaría trastocar la presunción de inocencia, sino además la regla de causalidad que rige en



nuestro derecho administrativo sancionador. En efecto, los hechos sobre los que los autores basan su propuesta de invertir la carga de la prueba revelan, a lo mucho, una relación de *probabilidad*, pero no de *causalidad*. Sobre el particular, se ha señalado, con razón, que no es admisible el uso de un *nexo de probabilidad*, cuando la ley exige un *nexo de causalidad*<sup>33</sup>. Precisamente la ley peruana (artículo 248 del TUO de la LPAG) consagra el *principio de causalidad*, estableciendo que “la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”.

Lo expuesto no pretende desmerecer el intento de los autores. Pero sí es importante comprender la complejidad de la investigación que se requeriría para justificar una inversión de la carga de la prueba.

Ahora bien, lo dicho no implica que no existan los problemas que los autores denuncian. Claro que es posible la existencia de *conductas estratégicas* por parte de ciertas personas que, habiendo cometido una infracción, buscan ocultar pruebas. El asunto está en que la solución no necesariamente debe pasar por *invertir la carga de la prueba*.

La inversión de la carga de la prueba atenta contra la presunción de inocencia y vuelve extremadamente fácil el uso (y abuso) de la potestad sancionadora.

## 7. SI EL MODELO TIENE QUE CAMBIAR, CAMBIEMOS PARA MEJORAR: HACIA UNA REGULACIÓN RESPONSIVA

Como señalé al inicio, no propongo que se mantengan las reglas como están. Sin duda, los problemas señalados existen y algo debe hacerse para cambiar dicha situación<sup>34</sup>. Coincido plenamente en que pueden existir casos en donde el administrado

<sup>33</sup> En este aspecto son interesantes las apreciaciones de Michele Taruffo: “Debería estar claro también que existe una neta diferencia *cuantitativa*, no reducible a cuestiones de grado o de flexibilidad de los conceptos, entre la configuración de un nexo causal en sentido estricto y las hipótesis probabilísticas de la conexión entre eventos. En resumen: si el supuesto de hecho sustantivo se incardina en un nexo causal, éste no puede describirse adecuadamente por un enunciado que exprese una correlación probabilística. Incluso si esta correlación fuese probada, la prueba sería en todo caso inútil e irrelevante, dado que no se habría probado el hecho que la norma sustantiva presupone”. TARUFFO, Michelle. **La prueba**. Trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 255. Estas apreciaciones – enunciadas en el contexto general del derecho procesal – son aplicables al caso peruano, si consideramos que el artículo 248 del TUO de la LPAG exige una relación de causalidad para atribuir responsabilidad administrativa.

<sup>34</sup> Cabe notar que uno de los autores del artículo bajo comentario ya se había pronunciado sobre esta materia antes, favoreciendo soluciones distintas a la inversión de la carga de la prueba: “Así, el Estado puede otorgar mayores recursos para desarrollar mejores técnicas de investigación e interrogación; medidas de colaboración eficaz; ampliación de los plazos de prescripción, entre otras medidas. La solución no es rebajar el estándar de prueba”. HIGA, César. El derecho a la presunción de inocencia desde un punto de vista constitucional. **Derecho & Sociedad**, n. 40, 2013, p. 118. Adicionalmente, también cabe hablar de la necesidad de ampliar los medios probatorios que se actúan en el procedimiento, alejándonos del uso exclusivo de los documentos escritos, y procurando que dicha actuación ocurra respetando el contradictorio (MAGIDE, Mariano y GONZÁLEZ PRADA, Carlos. La prueba en el derecho administrativo sancionador en Perú y en España. **Derecho & Sociedad**, n. 54, 2020, p. 330.). Interesantes también son las sugerencias de MACASSI, Juan y SALAZAR, Elvis. Aspectos esenciales de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador peruano: derecho a la prueba, carga y estándar de prueba. **Derecho & Sociedad**, n. 54, 2020, p. 352. Más agresiva, aunque no menos interesante, es la propuesta de Raúl Letelier para reducir el *estándar probatorio*, considerando que en el derecho administrativo



oculte información de forma estratégica; asimismo, coincido en que, en muchos casos, al administrado le resulta menos costoso producir prueba. Partiendo de estas premisas, la cuestión es cómo incentivar al administrado para facilitar la prueba.

Los autores proponen incentivarlo con el *miedo* al castigo. Por mi lado, me parece más efectivo y menos peligroso incentivarlo con la posibilidad de *redención*. Y aquí entra a tallar la lógica de *regulación responsiva* que, poco a poco, empieza a calar entre nosotros<sup>35</sup>.

Uno de los pilares de la regulación responsiva se basa en la *pirámide* de medidas que la autoridad puede tomar para enfrentar un incumplimiento. La idea es que la sanción no siempre será la medida más adecuada. En muchos casos, lo ideal para incentivar el cumplimiento es que se formulen recomendaciones o se impongan medidas correctivas.

Comprender que la administración puede hacer uso de este bagaje de herramientas es trascendental, no solo para asegurar el cumplimiento de las normas, sino además para solucionar los problemas de falta de prueba.

Recordemos que los autores sostienen que, en muchos casos, los administrados no remiten información con la finalidad de evitar una multa más grande. En ese sentido, la motivación del administrado que oculta información es evitar la sanción. Cabe cuestionarse entonces qué pasaría si no hubiera sanción, o si, antes de la sanción, se recurriera a medidas menos gravosas (por ejemplo, medidas correctivas, recomendaciones, compromisos de mejora); medidas que, por cierto, ya existen en la legislación sectorial. Quizá en estos casos el administrado tenga menos incentivos para ocultar la información y más incentivos para revelarla buscando la redención.

Sin duda se trata de una afirmación que requiere un sustento empírico importante para corroborar si los incentivos cambian. Pero ello demandaría no más recursos que encontrar el sustento empírico para establecer una inversión de la carga de la prueba. La ventaja de la propuesta es que no trastoca una garantía constitucional y, además, calza bien con las reglas ya dispuestas en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, vale notar que, en el ordenamiento jurídico peruano, ni siquiera es necesario acudir a la teoría de la regulación responsiva. Basta con leer las disposiciones que contiene la LPAG. Veamos solo tres ejemplos que permiten ilustrar el punto.

---

sancionador debería haber una menor tolerancia a los “falsos negativos”. LETELIER, Raúl. El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. **Revista de Derecho**, vol. 31, 2018, p. 224.

<sup>35</sup> HUAPAYA, Ramón, SÁNCHEZ, Lucio y ALEJOS, Oscar. El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: **VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo**. Lima: Palestra, 2018, p. 599; SÁNCHEZ, Lucio. El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: **La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP**. Lima: Palestra, 2019, p. 461.





En primer lugar, el olvidado *principio de razonabilidad* que aparece en el artículo IV. La norma es clara al disponer que las decisiones de la autoridad, cuando califiquen infracciones e impongan sanciones, deben mantener la debida proporción entre *medios* y *finés*, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario. Expresamente se reconoce que la administración cuenta con una serie de *medios* a su alcance y que debe utilizarlos en la medida en que resulten necesarios<sup>36</sup>. En otras palabras, la sanción no es la única medida posible<sup>37</sup>.

Así lo ha reconocido recientemente el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en los Expedientes N° 3-2015 y 12-2015 del 12 de mayo de 2020. En dicha sentencia, el Tribunal sostiene que “toda política pública (...) debe cumplir una finalidad de suyo pedagógica”. Y añade que “ello no se logra colocando sanciones como única posibilidad, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias que sólo de ser descatadas, es que puedan legitimar una actuación radical y definitiva”.

En segundo lugar, la propia regulación de la *actividad de fiscalización* en el Perú (artículos 239 y siguientes del TUO de la LPAG) permite apreciar una lógica de regulación responsiva. El mismo artículo 239 establece que la fiscalización se realiza bajo un enfoque de cumplimiento normativo, prevención y gestión de riesgo, y tutela de bienes jurídicos. En doctrina<sup>38</sup> se ha resaltado que el enfoque de la fiscalización no es punitivo, sino que persigue tanto la prevención del incumplimiento como el restablecimiento de la legalidad.

Más interesante es el artículo 245 que, al disponer las conclusiones de una fiscalización, no se restringe a la recomendación de inicio de un procedimiento sancionador. Antes, considera la recomendación de mejoras o correcciones, la advertencia de incumplimientos, la adopción de medidas correctivas, etc.<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Es importante resaltar este aspecto. Lo que se propone es que la administración actúe tomando en cuenta el bagaje amplio de herramientas que tiene. En ese sentido, no se propone usar *exclusivamente* medidas correctivas o recomendaciones. Sin duda alguna, existirán casos que ameriten sanciones, y casos que ameriten sanciones muy fuertes.

<sup>37</sup> Es interesante notar cómo Alejandro Nieto, sin partir de los conceptos de la regulación responsiva, propone la misma estrategia: “(...) la sanción tiene que insertarse en una lista de opciones enderezadas a una finalidad común: el asegurar el respeto a la legalidad y castigar el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones legalmente impuestas. El infractor tiene que asumir las consecuencias de su incumplimiento que, por lo demás, no suelen limitarse a una sanción. Los efectos de la revocación de una licencia suelen ser de ordinario mucho más dolorosos que los de una multa y de lo que se trata es de articular eficazmente estas medidas complementarias, no subsidiarias y mucho menos excluyentes”. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5ta edición. Madrid: Tecnos, 2012, p. 34.

<sup>38</sup> SÁNCHEZ, Lucio. El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: **La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP**. Lima: Palestra, 2019, p. 458. También en: SÁNCHEZ, Lucio. La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. **Ius Et Veritas**, n. 60, 2020, p. 61.

<sup>39</sup> Comentando este artículo, Lucio Sánchez enfatiza el rol de la fiscalización: “Estamos, por tanto, ante el



Finalmente, tenemos al *eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria*<sup>40</sup>. No pretendo entrar a discutir ahora si el eximente debe tener más límites de los que establece la ley. Lo que es indudable es que – con más o menos límites – el legislador peruano ha querido exonerar de responsabilidad a quien subsane su conducta antes de que le inicien un procedimiento sancionador. En otras palabras, existe una marcada tendencia en privilegiar el cumplimiento y la corrección, antes que la sanción.

Queda claro entonces que la propuesta de invertir la carga de la prueba no armoniza con el resto del ordenamiento jurídico.

Por el contrario, la forma más efectiva y menos peligrosa de superar la falta de prueba es reducir el miedo de los administrados, pero asegurando que cualquier incumplimiento sea oportunamente subsanado. Para ello, el ordenamiento le otorga a la administración una serie de herramientas que es hora de empezar a usar.

## 8. CONCLUSIONES

El presente artículo tiene su origen en una interesante propuesta. Como se ha visto, partiendo de un enfoque funcional, se propone invertir la carga de la prueba en algunos casos. Aquí he pretendido responder a dicha propuesta, sobre la base de objeciones teóricas y conceptuales.

Así, se ha realizado una defensa de la garantía constitucional de presunción de inocencia, considerando que ésta no sólo es aplicable (y así debe serlo) en el derecho penal, sino también en el derecho administrativo sancionador. Quizá aquí más. En efecto, considerando el riesgo de arbitrariedad y abuso del poder punitivo, un límite como la presunción de inocencia debería considerarse esencial.

Sin perjuicio de ello, no se descarta que la problemática que los autores denuncian exista. Sin embargo, se conciben soluciones diferentes. Aquí se ha buscado reforzar un enfoque que se aleje del régimen punitivo y se acerque más a un enfoque preventivo y correctivo. En otras palabras, se considera que es más fácil revelar la existencia de incumplimientos si asumimos una política de redención, antes que una política del miedo. Se espera haber demostrado también que este es el camino que recorre la legislación administrativa peruana hoy en día.

---

reconocimiento expreso de que, en algunas ocasiones, la fiscalización únicamente tendrá un propósito preventivo, educador o informativo, pues el objetivo no es imponer el castigo sino lograr el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones administrativas". SÁNCHEZ, Lucio. El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: **La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP**. Lima: Palestra, 2019, p. 459.

<sup>40</sup> Confróntese: HUAPAYA, Ramón, SÁNCHEZ, Lucio y ALEJOS, Oscar. El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: **VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo**. Lima: Palestra, 2018, p. 601.



Finalmente, agradezco a los autores del artículo comentado por plantear un tema de sumo interés para el derecho administrativo sancionador. Agradezco además que expresamente hayan invitado al diálogo. Soy un convencido de que no hay otra forma de arribar a mejores soluciones. Sin duda alguna, queda aún mucho por profundizar y discutir. El debate sigue abierto.

## REFERENCIAS

ALARCÓN, Lucía. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 2007.

ALARCÓN, Lucía. Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, n. 195, p. 135-167, 2014.

CANO, Tomás. Presunción de veracidad y presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador. En: **Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo**. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008, p. 1529-1557.

DANÓS, Jorge. La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 17, p. 26-50, 2019.

FERRER, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En: **Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 167-186.

GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

HIGA, César. El derecho a la presunción de inocencia desde un punto de vista constitucional. **Derecho & Sociedad**, n. 40, p. 113-120, 2013.

HIGA, César, FIESTAS, Jerico, VIGO, Diana, MACHUCA, Ricardo y MELGAR, Eduardo. Análisis de la carga de la prueba en la fiscalización ambiental: una visión alternativa. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 18, p. 355-376, 2019.

HUAPAYA, Ramón, SÁNCHEZ, Lucio y ALEJOS, Oscar. El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: **VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo**. Lima: Palestra, 2018, p. 581-604.

JAKOBS, Gunther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Trad. de Manuel Cancio Meliá. En: **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 19-56.

LETELIER, Raúl. El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. **Revista de Derecho**, vol. 31, p. 209-229, 2018.

MACASSI, Juan y SALAZAR, Elvis. Aspectos esenciales de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador peruano: derecho a la prueba, carga y estándar de prueba. **Derecho & Sociedad**, n. 54, p. 337-356, 2020.



MAGIDE, Mariano y GONZÁLEZ PRADA, Carlos. La prueba en el derecho administrativo sancionador en Perú y en España. **Derecho & Sociedad**, n. 54, p. 323-336, 2020.

MELERO, Eduardo. El “derecho administrativo del enemigo” como categoría general de análisis del derecho administrativo. En: **Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach**. Aranzadi, 2018, p. 389-410.

MORÓN, Juan Carlos. **Comentarios a la ley de procedimiento administrativo general**. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5ta edición. Madrid: Tecnos, 2012.

NIEVA, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. En: **In Dret**, n. 1, p. 1-23, 2016.

PAULA, Vitor de. **La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar**. Traducción de Laura Criado. Madrid: Marcial Pons, 2020.

REBOLLO, Manuel. Definición y delimitación de las sanciones administrativas. En: **Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021**. Navarra: Aranzadi, 2021, p. 41-91.

SÁNCHEZ, Lucio. El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: **La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP**. Lima: Palestra, 2019, p. 445-466.

SÁNCHEZ, Lucio. La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. **Ius Et Veritas**, n. 60, p. 38-64, 2020.

TARUFFO, Michelle. **La prueba**. Trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008.