

***La prueba en el nuevo Código Procesal Contencioso
Administrativo (1)***

Por Luis Diego Flores Zúñiga (2)

I. Introducción

Las leyes procesales como la que es objeto de este convivió del día de hoy, expresan en el fondo, la insatisfacción que nos producen las pruebas, a quienes comparecemos en estrados judiciales. Quizá por esto a lo largo de esta nueva legislación se apodera en forma significativa al Juez, es decir, se atribuye un mayor rol al Juez. Esto es particularmente cierto en el ámbito de la admisión y producción de la prueba, donde se deposita gran confianza en la discreción del Juzgador y por ende se advierte la necesidad de su control.

Al efecto, coincidimos en que el principio de legalidad que domina todas las actuaciones públicas necesita de la discreción judicial para ser efectivo, como ese arbitrio necesita del primero para ser lícito. Pues, ha de reconocerse que los ordenamientos jurídicos tienen fisuras (lagunas) y poros (conceptos jurídicos indeterminados) que debe llenar el Juez ⁽³⁾. Insuficiencia y confusión que fueron resorte de los llamados juicios de albedrío, en los que el Juez resolvía según su prudencia, conciencia y las circunstancias del caso.

Esa imperfección jurídica es particularmente relevante en la esfera probatoria, de donde resultamos obligados a distanciarnos de la ideología ilustrada positivista y admitir la necesidad del arbitrio judicial. Pues, es en el espacio de la prueba donde se mueve con mayor naturalidad la discreción o el arbitrio de los Jueces. En efecto, ellos son los que definen los hechos relevantes y las pruebas que los acreditarán. La práctica de la discreción judicial en materia probatoria está lejos de ser disfunción del sistema procesal.

Sin embargo, paralelamente a lo que ocurre con la vilipendiada discrecionalidad administrativa, la judicial no está exenta de límites. ⁽⁴⁾ El artículo 220 de la nueva legislación nos permite emplear los principios de derecho público y procesal para controlar que su ejercicio sea lícito. Como los de igualdad de armas ⁽⁵⁾, de defensa material ⁽⁶⁾, buena fe ⁽⁷⁾, y aquellos que evidentemente inspiran el Código. Nos referimos a los de oralidad, inmediación, concentración, contradicción, inquisitivo, etc. Sin más, veamos el articulado.

II. Articulado

De previo al análisis de las normas que sobre la materia probatoria se contienen en el nuevo Código conviene advertir que el tema de la prueba en el proceso administrativo presenta dificultades específicas para su comentario. Esas dificultades vienen dadas por el particular objeto del proceso (tradicionalmente el acto administrativo y ahora las situaciones jurídicas administrativas), cuanto por la forma en que se entienda ha de ser la carga de la prueba y su posterior apreciación por el Juez.

Ahora bien, la regulación de la prueba en la nueva normativa pretende ser garantía de una tutela judicial que supere el carácter meramente revisor del proceso en materia administrativa. Por esto se introducen variantes sustanciales en la actividad procesal tendente a obtener el convencimiento del Juez acerca de lo realmente acontecido. En definitiva, el propósito es garantizar que el recibimiento a prueba ante un órgano imparcial e independiente nos permita acercarnos efectivamente a aquél objetivo primero.

CAPÍTULO IV (8)

LA PRUEBA

ARTÍCULO 82.- (9)

1.- La jueza o el juez ordenará y practicará todas las diligencias de prueba **necesarias** (10) para determinar la **verdad real** (11) de los **hechos relevantes** (12) en el proceso. (La negrilla y el subrayado es nuestro)

El objeto de esta norma es reconocer al Juez un poder de dirección en materia probatoria, para calificar los medios de prueba ofrecidos por las partes, en orden a su admisión y producción dentro del proceso. (13) Se muestra en dicha norma el aspecto público de la actividad probatoria, que nos permite entender que esta va más allá del interés de las partes. Pues, el proceso administrativo es un medio dentro del Estado de Derecho, para solucionar los conflictos que se generan en relación con el ejercicio del poder.

En la línea de pensamiento expuesta, el nuevo Código reconoce al Juzgador un perfil inquisitivo, que echa por tierra el tradicional principio del dispositivo en materia probatoria. No pretendo sugerir que se venga a desconocer el derecho fundamental de las partes a los medios de prueba (14), pero sí que estaremos frente a un nuevo escenario. Ambiente en el cual, el ejercicio de sus nuevas competencias –limitadas por los principios de igualdad y defensa- no debe hacer perder al Juez su condición de árbitro objetivo. (15)

Por supuesto, la norma que comentamos no resulta una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, salvo su importación al proceso judicial desde el administrativo (16) El objetivo claramente es ampliar con ello el margen de acción del Juzgador sin necesidad de recurrir a otra normativa procesal jurisdiccional o administrativa. Así entonces, corresponde al Juez según el tenor de la norma de comentario definir la prueba que es necesaria, cualidad que vendrá dada al medio probatorio que permita dirigirse al logro de la verdad fáctica de interés.

Entrados en el tejido ideológico de la norma de comentario, debemos indicar que aunque podamos compartir el sentido de justicia que existe tras de la aspiración de verdad real, esta no nos entusiasma. Ese tipo de verdad no forma parte del derecho a la tutela judicial (17) y contradice el interés práctico puesto por el Estado en el proceso. Lo que interesa a los contribuyentes es que el conflicto se solucione y que esto ocurra dentro de un límite temporal y dentro de la vía que se ha arbitrado para ello.

A lo que el proceso judicial como el administrativo puede aspirar es al logro de una verdad virtual. El elenco de hechos probados y los que no, dentro de una sentencia, es ya el reconocimiento de que el Juez debe siempre renunciar a la verdad. Tampoco las partes vienen obligadas a contribuir con aquella, desde que existen garantías procesales que les permiten no autoinculparse (18). En definitiva la verdad no es un objeto del proceso, desde que para su solución, lo que no se haya incorporado a éste, no existe.

Desde otro ángulo, interesa la verdad respecto de los hechos que el Juez estime relevantes. Los hechos son por antonomasia los datos fácticos dudosos o necesitados de clarificación, alegados por las partes o introducidos por el Juez. Pero serán relevantes solo aquellos hechos que se encuentren integrados en el objeto del proceso, es decir, que sirven para conformar la causa pretendida. No se incluye allí la calificación jurídica de los hechos, si bien, la introducción de nuevos motivos por el Juez, puede dar lugar a la necesidad de probar otros. (19)

Ahora bien, los hechos relevantes objeto de prueba son en principio los que se hayan controvertidos (20) en sede judicial. No pueden serlo aquellos que han sido tenidos por ciertos en sede administrativa por parte de la Administración. El administrado en cambio puede volverse sobre sus propios actos y controvertir los que haya aceptado, alegando error, pero asumiendo la carga de la prueba correspondiente. Tampoco se prueba los hechos relevantes notorios (21), a condición de que ese carácter sea alegado por las partes.

El nuevo Código de comentario, nada dice sobre la necesidad de probar normas jurídicas. Por supuesto, frente al principio de que el Juez conoce el derecho esto pareciera intrascendente. Sin embargo, admitir pruebas sobre la existencia de una costumbre (22), el derecho extranjero (especialmente en el ámbito del derecho comercial internacional) (23) o ciertas normas de ámbito reducido (reglamentos o disposiciones generales internas o aplicables a ciertos sujetos) (24), puede ser necesario para la solución de la litis.

ARTÍCULO 82.-

2.- Los medios de prueba podrán ser **todos los que estén permitidos** por el Derecho público y el Derecho común. (La negrilla y subrayado es propio)

Conforme al principio de libertad de la prueba, es forzoso otorgar a las partes y al juez libertad para obtener las pruebas necesarias, a fin de lograr la convicción sobre la existencia o no de los hechos relevantes al proceso. Una muestra de esto puede ya observarse en la informalidad con que puede

admitirse la prueba documental en el nuevo Código. (25) O incluso los diferentes soportes en que puede hacerse llegar esta al proceso, según veremos al comentar el inciso siguiente.

Así como se antepone el antiformalismo, en beneficio de la tutela judicial, (26) en materia del universo probatorio, la pretendida autosuficiencia y autorregulación que inspira el nuevo Código debe ceder. En efecto, la norma remite en forma abierta a todo el orden jurídico para establecer los medios de prueba permitidos. Por otra parte, tiene su precedente en la regulación del procedimiento administrativo, del que sin duda ha sido trasplantado, (27) con el objeto de darle un contenido más amplio que el de la normativa civil común. (28)

Lo anterior, extiende la regulación específica en la nueva normativa de los medios de prueba tradicionales como son la: documental (29), pericial (30), y confesional (31) y la nueva testimonial de servidores y peritos (32) Así entonces, recurriremos a la Ley General de la Administración Pública y el Código Procesal Civil (33), entre otras fuentes, para conocer otros medios de prueba permitidos. Los cuales regulan, el testigo simple (34), el reconocimiento judicial (35), la exhibición de documentos, cosas y objetos (36), el careo de partes y testigos (37), entre otros.

ARTÍCULO 82.-

3.- Las pruebas podrán ser consignadas y **aportadas al proceso** mediante **cualquier tipo de soporte** (38) documental, electrónico, informático, magnético, óptico, telemático, o producido por nuevas tecnologías. (La negrilla y subrayado es propio)

Este numeral se haya en concordancia con lo establecido en los artículos 3 y 5 de la Ley 8454 de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos (39), que regulan las expresiones de carácter representativo o declarativo por medios electrónicos o informáticos. A condición de que no se trate de los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial,

las disposiciones por causa de muerte, los actos y convenios relativos al derecho de familia y los actos personalísimos en general.

Al respecto, ya la norma 368 del Código Procesal Civil se refería a impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, fotocopias, radiografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo. De donde el Código constituye solo una novedad parcial al prever expresamente los soportes magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías. Inclusive con esta última previsión difícilmente quedaría algún medio por fuera.

En cuanto a la aportación de las pruebas documentales al proceso, conviene tener en cuenta que las partes deben sujetarse a las reglas para su proposición y práctica que están contenidas en otras normas del Código. Así, en materia documental la regla es que esta no se reserva para el período probatorio de las audiencias, sino que debe incorporarse con los escritos iniciales de las partes. Sin que su no aceptación posterior, acaso para mejor resolver, pueda constituir –en principio– una violación al derecho de defensa.
(40)

Pues bien, el Código de comentario prevé la presentación de prueba con la solicitud de medidas cautelares y su audiencia (41); la demanda, contestación y su traslado (42); la liquidación y respuesta de la ejecución (43), recurso y contestación de la revisión (44). Después de eso, se admite solo sobre hechos posteriores a la demanda y su contestación (45); hechos nuevos o rectificaciones durante la audiencia preliminar (46), bien por su complejidad en la audiencia de juicio (47); o por hechos nuevos y posteriores al fallo en la fase de casación (48).

Sin perjuicio de lo anterior, la prueba también puede ser ordenada de oficio o para mejor resolver –en general por falta de convicción–, cuando no haya sido ofrecida y sea manifiestamente útil (49); bien porque obedezca a una alteración sustancial o circunstancia inesperada en la audiencia de juicio (50); o

cualquiera otra, aunque sea inoportuna, nueva o una ampliación de la evacuada. (51) Pero, puede no haber ninguna prueba, en el trámite preferente (52) o en acuerdo de partes (53), no haberla o ser asunto de puro derecho. (54)

ARTÍCULO 82.-

4.- Todas las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la **sana crítica**. (El subrayado y la negrita son propios)

A diferencia del proyecto original y de lo establecido en el artículo 330 del Código Procesal Civil se eliminó la frase: "salvo disposición legal en contrario", para sentenciar la libertad de que goza el Juez en la apreciación. Con esta norma se abandona el sistema de apreciación de la prueba de tipo mixto, presente en el Código de rito dicho y aplicable hoy por virtud del artículo 103 de la Ley Reguladora 3667. Por tanto, implica una renuncia a la prueba tasada y de libre convicción.

En ese sentido, no habría que entender aplicables las normas que prefijan al Juez el valor de una prueba. Como lo hacen hoy día los artículos 338 y 370 Código Procesal Civil respecto de documentos públicos y la confesión, al tener por demostrados plenamente los hechos que se desprendan de estos medios. Y de hecho, si se examina los motivos de casación, se encontrará que se eliminó el error de derecho en la valoración de la prueba, con lo cual para esta, el Juez no cuenta con obstáculos preestablecidos o artificiales.

Lo anterior, quizá obedezca a que el automatismo legal que supone reconocerle certeza a un medio de prueba tasado, solo lo merezca la prueba científica. (Por ejemplo la de marcadores genéticos) El otro motivo que lleva implícita la reforma es la supresión de una forma de vigilar y controlar el arbitrio judicial, cuyo origen sin duda se remonta a la ilustración positivista. Lo anterior refleja la desconfianza en que la ley determine el efecto jurídico del elemento probatorio y por el contrario la confianza que se deposita en el Juez.

Antecedente de dicho sistema de apreciación de la prueba, es el de libre convicción o en conciencia, según el cual la valoración corresponde al fuero íntimo y por ende incommunicable del Juez. (55) Este sistema se encuentra en algunas de las normas de nuestro Código de Trabajo, en particular en los artículos 493, 542 y 562. Según estos el Juez Laboral y los Tribunales de Conciliación y Arbitraje pueden apreciar la prueba en conciencia y entera libertad, sin sujeción a las reglas del derecho común.

Sin embargo, lo anterior debe matizarse. El Juez Laboral, según la norma 493 de cita, está obligado a expresar los principios de equidad u otros en que funda su valoración. Aún más, en materia de faltas, el artículo 609 del Código Laboral lo sujeta a las reglas de la sana crítica y a las circunstancias de hecho motivo del proceso. Con lo anterior, el legislador laboral optó por un sistema mixto, que salvo la materia de conciliación y arbitraje, permite controlar bajo ciertos criterios la valoración de la prueba.

Dichos criterios son los que permitieron evolucionar del sistema de libre valoración al de apreciación limitada por la sana crítica. Por supuesto, decir que el Juez se ha de someter a esta es no decir nada, pues no hay crítica insana. Sin embargo, se ha de entender que el fin del legislador es que el Juez razone su valoración, (56) según las reglas del correcto entendimiento humano (57): como son las de la ciencia, la técnica, la lógica, y la psicología. (58) Pero, también se entiende limitado el Juez por los principios, como prevé el mismo Código. (59)

Con lo anterior se quiere decir, que si el examen judicial de la prueba no puede reducirse a una operación inductivo-deductiva a manera de simple silogismo; es porque ha de atenderse a los criterios de experiencia y raciocinio. Pero, para que dicha forma de proceder arroje un resultado seguro, ha de estar sometido a un método crítico. Lo que implica se analice sistemáticamente los elementos probatorios esenciales y decisivos para definir el cuadro fáctico. Pero, sin obviar la valoración individual de ninguno de aquellos.

Ahora bien, debemos llamar la atención sobre la introducción en la norma 49,3 del Código en comentario, de lo que parece propio del sistema de valoración conjunta de la prueba. Según esa disposición sería permitido acreditar un hecho que se desprende de un medio probatorio carente de valor, a partir del resto del elenco. Si ese fuera el objetivo, debemos rechazar su uso, dada la incertidumbre que genera, al contradecir las reglas y principios que deben observarse en la apreciación de la prueba. (60)

Finalmente, conviene tener presente que la valoración se integra a la motivación que se exige a toda resolución (61) y es el paso necesario para definir los hechos probados del fallo. (62) Si producto de esa apreciación el fallo se funda en medios de prueba ilegítimos o introducidos ilegalmente al proceso, existiría un motivo de casación por la forma (63). A su vez, si el fallo contradice la prueba, hace caso omiso de esta o la aprecia indebidamente, habrá una causal de casación por el fondo. (64)

ARTÍCULO 82.-

5.- Las pruebas que consten en el **expediente administrativo** (65), cualquiera sea su naturaleza, serán valoradas por la jueza o el juez como **prueba documental, salvo que sea cuestionada** por la parte perjudicada por los medios legales pertinentes. (La negrilla y el subrayado son propios)

El texto de este inciso, introducido a propuesta del Magistrado Oscar González, constituye una disposición novedosa en cuanto al valor probatorio del expediente administrativo. Con esta norma se le resta preferencia probatoria, toda vez que se le da el tratamiento de simple documento y si se quiere se convierte en solo una manifestación de parte. Anteriormente, podía aducirse el valor probatorio de documento público. Tal parece que el cambio obedece a un pretendido reequilibrio procesal que supone una desigualdad entre partes.

Pero, aún con ese carácter, debe destacarse que el expediente administrativo, conserva valor probatorio, el cual es singularmente relevante

tratándose de pretensiones anulatorias. Pues, como consecuencia, no habría necesidad en principio de reiterar la prueba de cargo ahí practicada. (66) Así, las declaraciones de testigos -aún con carácter de documentos- son válidas mientras no se impugnen. (67) Sin embargo, con algunas excepciones (68), la reiteración de las pruebas que allí consten queda a la apreciación del Juez. (69)

Ahora bien, para determinar la prueba que requiere ser reiterada o evacuada en sede judicial, ha de tenerse presente a quien le corresponde la carga de aquella. La regla en ese sentido es que quien la tiene en vía administrativa la conserva en la vía judicial; consecuentemente, quien no la tiene en esta última le basta negar los hechos y ofrecer prueba obstantiva. En este punto conviene recordar que la presunción de legalidad de la conducta administrativa solo desplaza la carga de accionar no la de probar. (70)

En consecuencia, cuando se trate de actos que causan un gravamen al administrado, como podría serlo la imposición de sanciones o la determinación de tributos, en principio, la Administración conserva el deber de probar que lleva la razón en sede judicial. (71) Con una limitante, no puede ofrecer en esta elementos de prueba nuevos, pues la oportunidad probatoria para ello la tuvo en sede administrativa, salvedad hecha de la prueba refutativa. En cambio, el administrado solo debe probar si se trata de actos denegatorios de derechos.

Por otra parte, la carga de la prueba puede desplazarse excepcionalmente, cuando así lo demanden las exigencias de la buena fe. Así resulta de tener en cuenta la imposibilidad de la parte para probar el hecho, la obstaculización de la otra para ello (72) y en fin la facilidad de esta para articularla. (73) Igualmente, esa carga de probar se desplaza cuando se impugna la apreciación administrativa de conceptos jurídicos indeterminados, pues en tal caso, el administrado debe probar la incorrección o la extralimitación.

Además, la imposición de la carga de la prueba, está conectada con el carácter objetivo y material o subjetivo y formal del sistema que adoptemos en la materia. En el primer caso, asignaremos al Juez un rol subsanador de las deficiencias probatorias de las partes y por tanto, -como parece ser la orientación de la nueva legislación- privará el principio inquisitivo. En el segundo caso, haremos recaer en las partes el deber de poner en conocimiento del Juez todos los hechos y se dará preponderancia al principio dispositivo.

Finalmente, la norma de comentario concuerda con el cotejo que se dispone en el artículo 49 inciso 3 del mismo Código, para definir la exactitud y autenticidad de un documento. Se trata de una disposición cuyo precedente en punto al cuestionamiento de documentos encontramos ya en el Código Procesal Civil (74). Solo que en este se regula también la falsedad que tal parece queda ahora solo a la vía penal. (75) Igualmente, extra proceso se tramitaría la revocación y suspensión de certificados digitales. (76)

ARTÍCULO 83. (77) -

1.- Las partes o sus representantes, la jueza o el juez tramitador o el Tribunal, según corresponda, podrán requerir la **declaración testimonial de la persona funcionario** o de las personas funcionarias que hayan tenido **participación, directa o indirecta, en la conducta** administrativa objeto del proceso. (La negrilla y el subrayado son propios) (78)

Esta norma admite la posibilidad de que los funcionarios sean llevados al juicio en calidad de testigos, eliminándose la regla que rige actualmente en el sentido de que se haga en forma escrita (79). Cambio, que se estimó razonable partiendo del predominio que se confiere a la oralidad en la nueva legislación. (80) Sin embargo, versiones anteriores del proyecto que le precedió si establecían, justificadamente, la excepción para que ciertos funcionarios rindieran informe jurado. (81) Hoy día el Código Procesal Civil prevé que declaren en su oficina. (82)

No omito mencionar que a diferencia de la legislación precedente en el nuevo Código no se exige que los testigos, aquí los servidores, deban declarar sobre hechos puros y simples. (83) Y si en esto no se admitiera la remisión a la legislación precedente, no estaría limitada la declaración por la cuantía del acto o convención que se trata de acreditar por su medio, ni existiría impedimento para contradecir por su medio el documento en que consten. (84) Lo cual engazaría con la apreciación de toda la prueba según la sana crítica.

Por otra parte, siendo que el interrogatorio de los testigos es directo conviene tener presente que no es posible dirigirles preguntas capciosas (de doble sentido o engañosas); sugestivas (declara el testigo no las partes) o impertinentes. (85) Sin embargo, en la capacitación judicial en destrezas de oralidad que lleva a cabo el Poder Judicial, se enseña también que otro tipo de preguntas no son admitidas. Nos referimos a las argumentativas, repetitivas, especulativas, compuestas, confusas, discriminatorias o sobre hechos falsos. (86)

En dicha capacitación se instruye a su vez que el conainterrogatorio no está sujeto a algunas de tales limitaciones. Lo anterior, dada la inexistencia de un vínculo con el oponente, por virtud de la primacía del contradictorio o antes testigos hostiles o con dificultades de expresión. Así pues, es posible dirigir en tales casos preguntas sugestivas. Pero, en general, se capacita a los jueces para que exijan que las preguntas sean breves, abiertas o cerradas según sea el caso, de transición, narrativas y de seguimiento.

ARTÍCULO 83

2.- También, las partes, la jueza o el juez tramitador o el Tribunal podrán requerir la declaración de **testigos-peritos**, quienes se regirán por las reglas de la prueba testimonial, sin perjuicio de que **puedan ser interrogados en aspectos técnicos y de apreciación.** (La negrilla y el subrayado son propios) ⁽⁸⁷⁾

Esta norma constituye una novedad en el proceso judicial y una importación de una norma similar del procedimiento administrativo. ⁽⁸⁸⁾ Por lo que, constituye un quiebre con la regulación común en punto a la deposición de testigos. Pues, este tipo de testigos, no deberá declarar sobre hechos puros y simples; ni tampoco existirá impedimento para hacerles preguntas o consignar respuestas de apreciación u opinión. Si bien, el incumplimiento de dichas exigencias en simples testigos no ha generado su nulidad en la ley anterior. ⁽⁸⁹⁾

Otra cuestión sería si los testigos peritos pueden consultar documentos, notas escritas o publicaciones, como ocurre con los peritos según la nueva legislación. ⁽⁹⁰⁾ Recordemos que una limitación en ese sentido, se establecía anteriormente solo para la prueba confesional. ⁽⁹¹⁾ Sin embargo, los Jueces en la práctica la extendían a la testimonial. En nuestro criterio, la vía para resolverlo estaría zanjada por la condición en y el tipo de pregunta que se hace al deponente, si como testigo o como perito y resolver en consecuencia.

ARTÍCULO 84.- ⁽⁹²⁾

La **jueza o el juez tramitador** podrá ordenar que se reciba **cualquier prueba que sea urgente o que**, por algún **obstáculo difícil de superar**, se presuma que **no podrá recibirse en la audiencia** respectiva. (La negrilla y el resaltado son propios)

Se trata de una disposición que se importa en forma resumida de la legislación procesal común, relativa a la prueba anticipada urgente y a la prueba que debe recibirse en la casa de habitación u oficina del deponente.

Por supuesto el empleo de conceptos jurídicos indeterminados que se hace en la norma de comentario confiere al Juez un poder discrecional para definir en cada caso concreto, a cual elemento probatorio, se puede ajustar o aplicar el recibimiento de prueba fuera de las audiencias contempladas.

Hoy, resulta urgente el reconocimiento judicial cuando pueda cambiar o desaparecer en cualquier momento el estado de lugares y la calidad o condición de las cosas. Urgente es también recibir la declaración testimonial de ancianos o personas que se ausentarán indefinidamente del país. (93) Y es un obstáculo difícil de superar en materia confesional o testimonial, la incapacidad y el avanzado estado de embarazo. Sin embargo, habría que entender que no lo es la condición funcional del declarante, vista la norma 83 comentada. (94)

Un comentario final nos merece la circunstancia de que el nuevo Código no prevé como si lo hace el Código Procesal Civil (95), los motivos de nulidad de las actuaciones procesales probatorias. Salvedad hecha de la casación por la forma cuando el fallo se funde en prueba ilegítima o introducida ilícitamente al proceso. (96) De hecho se apodera al Juez Tramitador y al Juez de Casación para declarar nulidades procesales. (97) Pero, solo se prevé la nulidad de prueba por litis consorcio, incumplimiento del plazo de suspensión de la audiencia o del fallo. (98)

En esas condiciones no se ofrecen al Juez criterios objetivos para anular un medio probatorio en el nuevo Código, cuando no sea recurriendo a una interpretación de conjunto que incluya otras fuentes (99) y sobre todo a los principios procesales. En específico, habría que recurrir al de debido proceso y el derecho de defensa. Tampoco el Código prevé la vía, salvo el recurso de casación, para alegar la nulidad de una prueba. De hecho solo autoriza la vía incidental (100), para ejecutar provisionalmente un fallo que está en casación. (101)

III. Comentario final

De lo expuesto, ya se intuye que en el Código Procesal Contencioso Administrativo hay un nuevo enfoque del equilibrio de las partes en el proceso y un redimensionamiento del arbitrio judicial en materia de prueba. Lo primero, debería llevarnos a realizar un mayor y mejor estudio de las nuevas regulaciones para concretar con más precisión -que la expuesta aquí- sus alcances y por ende el empoderarnos de los cambios. Lo otro, nos invita a exigir una discreción judicial dentro de sus límites y claro, que no sea arbitraria.

Muchas gracias.

(1) Este documento recoge las Charlas impartidas por el autos del 22 de septiembre de 2006 y 18 de mayo de 2007 dentro del Programa de Capacitación de la Procuraduría General de la República, en particular para los servidores del Área de Derecho Público y de la Función Pública. La presente transcripción no pretende el rigor de un artículo científico, de allí que no presente citas de doctrina, aunque sí una exégesis con referencia de alguna jurisprudencia española y nacional. El objetivo es recoger mayormente los conceptos expresados en la alocución oral, sin pretensiones de exhaustividad y con el mismo enfoque básicamente descriptivo –más que analítico o crítico- propio de una primera aproximación al tema.

(2) Procurador con 20 años de experiencia en la Abogacía del Estado. Licenciado en Derecho y Notario Público, Especialista en Derecho Público por la Universidad de Costa Rica; Doctorando en Derecho Público por la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica; Master y Doctorando en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España.

(3) Tribunal Constitucional Español, voto 230/1991 de 10 de noviembre, 2/1983 de 24 de enero y 174/1985 de 17 de diciembre.

(4) Tribunal Constitucional Español, voto 36/1991 de 14 de febrero.

(5) Artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949.

(6) Artículo 39 constitucional

(7) Al respecto, véase los artículos 21 del Código Civil Ley No.63 del 28 de septiembre de 1887, 216 y 221 inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial No.8 de 29 de noviembre de 1937; 98 inciso 3, 100, 345 y 359 del Código Procesal Civil, Ley No.7130 de 16 de agosto de 1989.

(8) Así consta en la Ley 8508 (según alcance 38 a la Gaceta 120 de 22 de junio de 2006) y en el Dictamen Afirmativo Unánime de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos.

(9) HISTORIAL

A.- Texto del Proyecto.

Artículo 82.-

1.- Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público y el derecho común.

2.- Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

B.- Discusión en Sub Comisión.

El texto actual fue aprobado sin discusión a una propuesta del Magistrado Oscar González, según consta en el Acta N° 21 de 18 de mayo del 2005.

(10) Sobre la necesidad –y trascendencias- de la prueba puede verse en el mismo Código los artículos 90,1-e) en la determinación de los hechos objeto de prueba, 93,2 respecto a la prueba ofrecida; 105,5 sobre la realización de operaciones periciales en la audiencia; 107,3 al admitir el interrogatorio; y 110,1 para ordenar nueva o ampliar la prueba. Sobre la pertinencia de la prueba puede verse también los artículos 107,3 (preguntas a testigos) y 108 (preguntas a confesantes o partes) de dicho Código. Ahora bien, como precedente puede verse los artículos 61, 74, 142, 316, 342, 354 y 358 (preguntas a testigos), y 365 (superabundante) sobre la necesidad y pertinencia de la prueba en el Código Procesal Civil. A su vez sobre el carácter necesario de la prueba puede verse los artículos 270, 365, 471 y 582 c del Código de Trabajo Ley No.2 de 27 de agosto de 1943, o absolutamente indispensable del artículo 561 ibídem; bien su pertinencia en el numeral 481 y 572 de igual fuente.

(11) Sobre el uso del criterio de verdad real puede verse los artículos 85 y 93,3 del Código de comentario. Como precedente el Código Procesal Civil sobre se refiere el criterio de verdad para discernir sobre la admisión del interrogatorio en el artículo 346. <<Por su parte, el Código de Trabajo no emplea ese concepto y por el contrario encontramos que se regula la posibilidad de rechazar prueba si altera el curso normal del juicio, según los numerales 476 y 571.

(12) Con relación a los hechos objeto de prueba, el Código contempla los controvertidos en el artículo 90,1 e; en los que haya inconformidad entre las partes según la norma 93,1; y rechazaría los que estén amparados en una presunción, según se desprende de los artículos 63,3; 64,3 y 65 del Código de cita. En el Código Procesal Civil se rechaza la prueba de los hechos admitidos, amparados en una presunción, según los artículos 316 y 353, 414-417. Y sobre los efectos de la imposibilidad de admitir hechos por parte de la Administración puede verse los artículos 301,3 de la Ley General de la Administración Pública No.6227 de 2 de mayo de 1978 y 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, No.6815 de 27 de septiembre de 1982. En el Código de Trabajo la prueba ha de ser sobre los hechos en que haya inconformidad, según el artículo 475.

(13) Ver de Sala Constitucional. Voto 1018 de 14,45 hrs. del 18 de febrero de 1997, sobre los poderes del juez en la conducción del proceso y especialmente en la fase demostrativa.

- (14) Tribunal Supremo Español, votos de 20 de junio y 18 de julio de 1991.
- (15) Para controlar ello, el Código solo prevé el recurso de revocatoria en las audiencias (artículos 89,1 y 107,3; en forma similar que su precedente 316 del Código Procesal Civil); y el de casación sobre prueba ilegal o admitida ilegalmente (artículo 137, c).
- (16) Véase el artículo 297, 1 de la Ley General de la Administración Pública 6227
- (17) Véase en España la sentencia Tribunal Supremo Español de 26 de febrero de 1998, la de la Audiencia Provincial de Alicante de 31 de enero de 1996 o la Tribunal Supremo Español de 18 de febrero de 1992.
- (18) Tribunal Supremo Español en voto de 18 de junio de 1960
- (19) Por ejemplo, si el Juez estimara que al asunto es aplicable la norma 173 de la Ley General de la Administración Pública, ésta necesitaría probar que observó tal procedimiento.
- (20) Véase el artículo 93,1 del Código Procesal Contencioso. Su precedente es la norma 53 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa No.3667 de 12 de marzo de 1966.
- (21) Al respecto, véase el artículo 307,2 de la Ley General de la Administración Pública
- (22) Lo cual puede ser relevante tratándose de relaciones comerciales o de servicios.
- (23) Especialmente justificado por la globalización.
- (24) Acaso las que puedan regir a entidades de tipo gremial o la relación entre la Administración y sus servidores o usuarios.
- (25) Artículo 49,2. Lo cual implica superar las exigencias del artículo 295 de la Ley General de la Administración Pública, 378 del Código Procesal Civil y 11 de la Ley 8454.
- (26) Tribunal Constitucional Español, voto 12/1992
- (27) Artículo 298 inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública. Aunque en el Código de Trabajo se encontraba una apertura similar, según los artículos 25, 206, 214, c; 235, e y 452.
- (28) Artículo 318 del Código Procesal Civil
- (29) Véase los artículos 49,2; 51, 54, 82,3; 82,5. La normativa precedente puede verse en los artículos 133, 368 y siguientes del Código Procesal Civil, 25, 75, 78, 161, 206, 265, 476 y 586 del Código de Trabajo. Sobre la necesidad de que sea en español o traducido véase los artículos 294, b de la Ley General de la Administración Pública, 133 y 395 del Código Procesal Civil, o bien 99,1; 100,1c; y 102,1d del nuevo Código sobre la participación de intérpretes. En materia de legalización véase las normas 80 y 81 de la Ley 46 A, 294 de la Ley General de la Administración Pública y 374 del Código Procesal Civil.
- (30) Véase los artículos 94, 99,1 y 100,1-c (se suspende la audiencia sino comparece); 102,1-d (en el acta de audiencia solo se consigna un resumen o referencia); 103 (es posible el interrogatorio por consultor); 104,2 (se evacua primero en la audiencia de juicio); 105 (evacuación), 107 (interrogatorio) y 194 (causa de exoneración en costas). La normativa precedente puede encontrarse en el artículo 57,2 de la Ley Reguladora 3667, los artículos 401, 408 y 412 (aunque este último se refiere a medios científicos para ser exactos) del Código Procesal Civil; 302,1 de la Ley General de la Administración Pública (que incluye los experimentos técnicos), 265 del Código de Trabajo.
- (31) Véase los artículos 104, 2 (se evacua en tercer lugar en la audiencia de juicio) y 108. La normativa precedente resulta de los artículos 316 (aunque no como única prueba), 333 en concordancia con el 342 (aunque más precisamente estos se refieren a la comparecencia personal de las partes particulares), 338 (sobre hechos personales) y 341 (espontánea de escritos e interrogatorios judiciales y la extrajudicial) del Código Procesal Civil y 265 del Código de Trabajo. Respecto a servidores públicos resulta imposible por virtud de los artículos 301,1 de la Ley General de la Administración Pública y 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- (32) Véase los artículos 99,1; 100,1-c; 102,1-d; 103, 104,2; 106 y 107. La normativa precedente puede hallarse en los artículos 351 a 367 del Código Procesal Civil, 25 y 476 del Código de Trabajo.
- (33) En el Código solo hay una remisión expresa al Código Procesal Civil y se encuentra en el artículo 8. Ahora bien, su artículo 318 enumera los medios de prueba permitidos.
- (34) Artículos 351 a 367 del Código Procesal Civil
- (35) De lugares, personas o cosas. Véase el artículo 309,2 de la Ley General de la Administración Pública sobre las inspecciones oculares; 409-411 del Código Procesal Civil sobre el reconocimiento judicial.
- (36) Véase los artículos 305 de la Ley General de la Administración Pública, 26 del Código de Comercio Ley 3284 de 30 de abril de 1964, 246 y 393 del Código Procesal Civil.

- (37) Véase el artículo 367 párrafo 2 del Código Procesal Civil.
- (38) Artículo 49,4 del mismo Código,
- (39) Ley de 13 de octubre de 2005. En el mismo sentido el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- (40) Tribunal Constitucional Español 3/1984 de 20 de enero. Siempre claro que la decisión judicial de admitir o no prueba para mejor resolver no vulnere los límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico y en particular por el principio de razonabilidad.
- (41) Véase los artículos 21 y 25.
- (42) Véase los artículos 58 f; 64,2; y 70. Incluyo aquí la prueba complementaria de los artículos 50,3 y 70,1. Esta última se regula hoy en el artículo 305 del Código procesal Civil.
- (43) Véase los artículos 163, 180, 181 y 186,1
- (44) Véase el artículo 154,2
- (45) Se trata de la prueba extemporánea del artículo 50. Se trata de la prevista en el artículo 293 del Código Procesal Civil, que ha sido de imposible aportación antes, es complementaria o sirve para combatir excepciones del demandado.
- (46) Véase el artículo 90,2
- (47) Véase el artículo 102,2
- (48) Véase los artículos 145,1 y 3; 148
- (49) Véase el artículo 93,3. El Código Procesal Civil en su artículo 331 se refería a la prueba decisiva.
- (50) Véase el artículo 100,1-e
- (51) Véase los artículos 50,2; 110, 148 y 164. También se ordena sobre hechos tenidos por ciertos en rebeldía (Art.63, 3 y 65 del Código de comentario y 301,3 LGAP) La regulación precedente corresponde con los artículos 57,1 de la Ley Reguladora 3667, 316 del Código Procesal Civil; 489, 491, 501, d; y 561 del Código de Trabajo.
- (52) Véase el artículo 60
- (53) Véase el artículo 69,1
- (54) Véase el artículo 98,2 y 183,2
- (55) Tribunal Constitucional Español, voto de 28 de julio de 1981; y del Tribunal Supremo Español de 15 de marzo de 1980 y 11 de octubre de 1978.
- (56) Tribunal Constitucional Español, voto 24/1990 de 15 de febrero.
- (57) Al respecto, puede verse los artículos.414-417 del Código Procesal Civil sobre presunciones –juicios lógicos según máximas de experiencia- e indicios- hechos implícitos o inferidos por juicio lógico relacional-
- (58) Justo como ocurre con la discrecionalidad administrativa, al tenor de los artículos 15,1 y16 de la Ley General de la Administración Pública. Al respecto, véase el voto de la Sala Primera 67/1993 de 15,15, hrs. del 20 de octubre de 1993.
- (59) Artículo 220 del Código Procesal Contencioso. O por la plenitud de orden jurídico. Véase al respecto, Jiménez Meza, Manrique; Jinesta Lobo, Ernesto; Milano Sánchez, Aldo; González Camacho, Oscar. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo San José, Escuela Judicial del Poder Judicial, 2006. Página 476.
- (60) De España véase las sentencias del Tribunal Supremo Español de 5 de junio de 1998, de 6 de mayo de 1998, y de 30 de enero de 1997.
- (61) Véase el artículo 57 del Código de comentario.
- (62) Véase los artículos 106,4 y 128. Como antecedente puede verse el artículo 155 del Código Procesal Civil.
- (63) Véase el artículo 137, c
- (64) Véase el artículo 138, a y b
- (65) Cuya copia debe presentarse certificada (foliada, completa y en orden cronológico) independientemente de que lo presente la Administración o el interesado, según los artículos 51 y54.
- (66) Tribunal Constitucional Español, voto 76/1990 de 26 de abril y la del 20 de diciembre de 1990.
- (67) Tribunal Constitucional Español, voto 58/1989 de 16 de marzo
- (68) En ese sentido es claro que la documentación de la observación de hechos in situ es irreproducible y tampoco necesitan serlo las actas de manifestación producidas con participación del interesado.
- (69) Tribunal Constitucional Español, voto 58/1989 de 16 de marzo.
- (70) Tribunal Constitucional Español, voto 76/1990 de 26 de abril.
- (71) Ídem.

(72) Así ocurre en materia tributaria, cuando el contribuyente ha impedido a la Administración examinar su contabilidad o no lleva esta en forma legal.

(73) En ese sentido, son numerosas las resoluciones de trámite en que el Juez ordena para mejor resolver una prueba que debe ser suministrada por la Administración, no ya por su representación en estrados.

(74) Véase los artículos 375, 376, 389 a 391 del Código Procesal Civil

(75) Véase al respecto los artículos 396 a 399 del Código Procesal Civil, 309 y 314 del Código Penal Ley 4573 de 15 de noviembre 1970.

(76) Artículos 14 y 15 de la Ley 8454

(77) HISTORIAL. El texto se aprobó sin discusión en Subcomisión.

(78) En concordancia con esta norma puede verse los artículos 99,1 (presencia en la audiencia); 100,1-c (suspensión de la audiencia sino asisten); 102,1-d (se consigna solo un resumen de su declaración); 106 (evacuación); 103 (interrogatorio del consultor); 104,2 (declararían en principio después de los peritos y antes de los testigos peritos; aunque nos parece más conveniente que estos últimos declaren antes); 107 (interrogatorio directo con obligación de dar razón y origen del dicho, si bien debiera eliminarse la posibilidad de que sea espontáneo, porque introduciría elementos irrelevantes)

(79) Nos referimos a los artículos 54 a 56 de la Ley Reguladora 3667.

(80) Más aún la nueva legislación redimensiona la desconfianza tradicional y minusvaloración de la testimonial. Lo cual es especialmente cierto tratándose de servidores, pues algunas veces, temen asumir responsabilidades y recurren al expediente fácil del olvido.

(81) Se regulaba de la siguiente manera:

“Artículo 74.-

1.- Sólo podrán dar testimonio por informe escrito, el Presidente de la República, los Vicepresidentes, Ministros, Diputados, Magistrados Propietarios de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados Propietarios del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor y Subcontralor Generales de la República, el Procurador General de la República y el Procurador General Adjunto. Los embajadores y demás diplomáticos acreditados en la República cuando así proceda de acuerdo con las normas del Derecho Internacional.

2.- Admitido por el Tribunal el interrogatorio correspondiente, la parte contraria podrá, dentro de tercero día, formular un contra-interrogatorio que valorará el Tribunal para su admisión.

3.- El Tribunal podrá formular las preguntas o repreguntas que estime pertinentes.

4.- Las comunicaciones de los interrogatorios correspondientes serán entregadas, personalmente, bajo conocimiento. Sólo podrán dar informe por testimonio escrito dentro del plazo de ocho días a partir de recibida la comunicación.

5.- Recibido el informe se hará saber a las partes, quienes al igual que el Tribunal, podrán solicitar cualquier adición o aclaración pertinentes, dentro de tercero día.

6.- Si el funcionario no contestare o lo hiciere con evasivas, podrán ser tenidas por exactas las manifestaciones que la parte hubiere realizado acerca de los hechos respectivos, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.

7.- Admitida la adición o aclaración, se expedirá nuevo comunicado en la forma y términos previstos en el artículo precedente; en tal caso se reducirá a la mitad el plazo de contestación.

Artículo 75.-

1. Los informes se considerarán dados bajo juramento.

2. Cualquier inexactitud o falsedad podrá hacer incurrir en responsabilidad penal a quien rindió el informe.

3.- Cuando el informe no sea remitido en el plazo concedido por el Tribunal, se testimoniarán piezas y se remitirán al Ministerio Público para lo de su cargo.

4.- De los extremos contenidos en los incisos precedentes, se le apercibirá previamente al funcionario.”

(82) Artículo 363

(83) Artículo 351 del Código Procesal Civil

(84) Artículos 351 a 354 del Código Procesal Civil.

(85) Artículo 107,3

(86) Lo cual conviene tener presente para objetarlas en el momento en que se formularan por la parte contraria.

(87) Aprobado tal como se presentó en el proyecto, le caben las mismas concordancias que al inciso anterior.

⁽⁸⁸⁾ Nos referimos al artículo 302,4 de la Ley General de la Administración Pública

⁽⁸⁹⁾ Tribunal Contencioso Administrativo, voto 120-2006.

⁽⁹⁰⁾ Véase el artículo 105,3

⁽⁹¹⁾ Véase el artículo 345 párrafo 4 del Código Procesal Civil.

⁽⁹²⁾ HISTORIAL. El texto se aprobó sin discusión en Subcomisión.

⁽⁹³⁾ Véase el artículo 250 del Código Procesal Civil.

⁽⁹⁴⁾ Artículos 348 y 363 del Código Procesal Civil.

⁽⁹⁵⁾ Artículos 194 y 197.

⁽⁹⁶⁾ Artículo 137, c Sería prueba ilegítima la que corresponda a secretos de Estado o información confidencial y en general la que comprometa la inviolabilidad de los documentos según se desprende de la norma 24 constitucional. La incorporación ilícita a los autos es un supuesto de difícil aunque no de imposible ocurrencia dada la amplitud de oportunidades y medios para que sea válidamente admitida.

⁽⁹⁷⁾ Artículos 90,1, 137, h; y 150,1

⁽⁹⁸⁾ Artículos 71,2 y 92,4 prevén la nulidad de lo actuado para integrar el litis consorcio, salvedad de las pruebas irrepitibles; las que no requieran la participación del litis consorte ausente o este muestre su conformidad; y los artículos 100,5 y 111,2 que también prevén la nulidad de lo actuado, salvedad de los actos probatorios irreproductibles.

⁽⁹⁹⁾ Así sería por ejemplo para determinar la ilicitud de una prueba, o bien, al resto del Código para conocer la forma en que resulta admisible la incorporación a los autos de un medio probatorio.

⁽¹⁰⁰⁾ Recordemos que el artículo 483 del Código procesal Civil, prevé la vía incidental para todo asunto que tenga relación con la validez del procedimiento.

⁽¹⁰¹⁾ Artículo 146