

Del silencio de los inocentes al silencio culpable
Exploraciones hacia un tratamiento distinto del silencio en el procedimiento
administrativo sancionador

César Augusto Higa Silva
Correo: chiga@pucp.edu.pe

En el derecho administrativo sancionador peruano de protección al consumidor, se considera que el silencio no implica aceptación de ningún elemento del tipo infractor. Ello, se sustenta en el principio de presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación. El particular tiene el derecho a quedarse callado sin que ello le pueda acarrear perjuicio alguno.

La presente investigación tiene como propósito discutir la aplicación de esa regla de modo general en el derecho administrativo sancionador y, en específico, plantearemos que su aplicación debe ser matizada en los procedimientos de protección al consumidor. En efecto, hay una serie de situaciones donde el acusado guarda silencio o se niega a producir prueba que podría demostrar que él no cometió la infracción imputada, pese a que éste podría producir esa prueba a un bajo costo.

La aplicación estricta de esta regla tendría efectos sobre los costos administrativos de producción de prueba para la autoridad y sobre la cantidad de infracciones que se dejarían de sancionar. En muchas ocasiones, la producción de prueba puede ser más costosa para la autoridad que para el administrado. Sin embargo, una regla que garantiza que el particular no está obligado a colaborar con la producción de prueba, le carga todo el costo a la autoridad, lo cual podría resultar ineficiente.

Derivado de lo anterior, por la dificultad de acceder o el costo de producción de la prueba, la autoridad podría dejar de investigar una serie de casos donde el particular si habría cometido la infracción. Esto podría afectar la cantidad de posibles infracciones que se dejarían de investigar y, si fuera el caso, sancionarían. La autoridad se avocaría a investigar solo aquellos casos donde el costo de acceder o producir la prueba sea baja. Sin embargo, si los particulares saben que esa será la estrategia de la autoridad, estos no harán nada para aportar prueba que permita saber qué ocurrió en el caso.

En nuestra propuesta, trataremos de mostrar, en primer lugar, que la aplicación sin excepciones de esta regla sería ineficiente. En segundo lugar, trataremos de ofrecer algunos criterios que permitan flexibilizar esa regla para que sea la autoridad la que decida en qué casos es válido inferir que del silencio o la falta de colaboración del acusado se pueda realizar inferencias sobre su culpabilidad respecto de los hechos que imputados.

Veamos algunos casos que podrían ilustrarnos sobre el silencio y la falta de colaboración en el esclarecimiento de los hechos en tres casos de protección al consumidor:

- a) Caso Del Castillo vs Medlab: el señor Juan Manuel Del Castillo Salvador (en adelante, el Sr. Del Castillo) denunció a MEDLAB CANTELLA COLICHÓN S.A.C. (en adelante, Medlab) ante la Comisión de Protección al Consumidor del Incecopi porque una de sus trabajadoras entregó a la señora Beria Elena Martínez Saavedra (en adelante, la Sra. Martínez) el resultado de su examen médico de espermograma

(en adelante, el Examen), hecho que constituiría una infracción al artículo 8° del derogado Decreto Legislativo N° 716, Ley vigente al momento en que ocurrieron los hechos materia de denuncia.

Luego del análisis de los hechos del caso, la Comisión señaló que la declaración de la Sra. Martínez era verdadera y, por tanto, se podía tener como cierto que una empleada de Medlab le entregó el examen del Sr. Del Castillo; sin embargo, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Indecopi (en adelante, la Sala) resolvió indicando que no era posible saber si ella decía o no la verdad.

Medlab solo se concentró en cuestionar la credibilidad de la Sra. Martínez, mas nunca hizo acto alguno para demostrar que el Examen nunca salió de su local. Según esta empresa, el denunciante o la Comisión tenían que demostrar que un empleado de su empresa entregó el Examen a la Sra. Martínez.

En este caso, la cuestión última consistía en determinar si una empleada de Medlab le entregó a la Sra. Martínez el examen del Sr. Del Castillo. Para ello, los datos no controvertidos que se tenían eran los siguientes:

- i) La Sra. Martínez había tenido el examen en su poder;
- ii) La Sra. Martínez y el Sr. Del Castillo tenían una relación conflictiva, porque el segundo no había reconocido a su hijo;
- iii) La Sra. Martínez había dicho que el examen se lo había dado una empleada de Medlab; y,
- iv) Medlab no había realizado acto alguno para demostrar que el documento no había salido de su empresa.

El Sr. Del Castillo manifestó que el denunciante tenía que probar que una empleada suya le entregó el Examen a la Sra. Martínez. Él tenía que demostrar que una empleada suya infringió la confidencialidad del servicio.

b) Caso 2: De mariscos y mentiras: acerca de la “intoxicación” en el Restaurante Huaca Pucllana

El 29 de abril del 2005, el señor Salas acudió a cenar a la Huaca Pucllana alrededor de las 11:40 pm. En ese lugar, consumió bebidas y alimentos, entre ellos un plato con langostinos. Aproximadamente una hora después de terminar de comer, empezó a sentir malestares yéndose rápidamente a la Clínica Angloamericana (en adelante, la Clínica). Ahí le habrían dicho que habría tenido una intoxicación alimenticia. Días después, el señor Salas denunció a la Huaca Pucllana por venderle un plato de langostinos en mal estado, solicitando que se le multe, se le reembolsen los gastos incurridos y se le otorgue una indemnización por los perjuicios ocasionados.

Por su parte, la Huaca Pucllana se defendió señalando que el señor Salas no había probado que la comida de su local haya sido la causa de su malestar. Él acudió a su local a las 11.40 pm, por lo que habría podido intoxicarse por algo consumido horas antes. Asimismo, el Restaurante recalcó que otras personas también consumieron el plato de langostinos sin haber presentado malestar alguno. Por ello, su comida – según el restaurante – no podía ser la causa del malestar del señor Salas.

Ante estos hechos, la Comisión de Protección al Consumidor (en lo sucesivo, la Comisión), declaró infundada¹ la denuncia por considerar que no existían pruebas que demuestren que la comida de la Huaca Pucllana haya sido la causa de la intoxicación del señor Salas. Sin embargo, en segunda instancia, la Sala revocó la Resolución de la Comisión² y declaró fundada la denuncia por considerar que sí se había demostrado que la comida consumida en la Huaca Pucllana fue la causa de la intoxicación sufrida por el señor Salas.

En este caso, la cuestión última consistía en determinar si el plato de mariscos servido al señor Salas en la Huaca Pucllana se encontraba en mal estado. Para tal efecto, se tenían los siguientes datos:

- i) Que el señor Salas se había sentido en mal estado;
- ii) Que sus síntomas podían ser explicados por haber comido alimentos en mal estado; y,
- iii) La Huaca Pucllana no planteó una hipótesis alternativa.

La Huaca Pucllana manifestó que el denunciante tenía que probar que los alimentos que le sirvió se encontraban en mal estado. Él tenía que demostrar que su servicio no era idóneo.

- c) Caso 3: Discriminación en Santa Isabel: lo que se ve no se pregunta, se presume.

El 11 de agosto de 2004, alrededor de las 21:00 horas, el señor Cristian Manuel Olivera Fuentes (en adelante, el señor Olivera o el Denunciante) se encontraba con su pareja, otro varón, en la Cafetería Dulces y Salados del supermercado Santa Isabel en el distrito de San Miguel, propiedad de Supermercados Peruanos S.A. (en adelante, Santa Isabel).

Según el señor Olivera, una empleada de Santa Isabel y cuatro miembros de seguridad les exigieron que se abstuvieran de darse muestras de afecto, indicándoles que no estaba permitido ese tipo de comportamientos en su local. Según él, las muestras de afecto que intercambió con su pareja fueron únicamente la proximidad física y el cruce de miradas románticas. El 1 de octubre de 2004, el señor Olivera denunció a Santa Isabel por discriminación que consistía en impedirle a él y a su pareja, otro varón, que se prodiguen muestras de afecto públicamente dentro de uno de sus establecimientos, lo cual se encuentra tipificado en los artículos 5° y 7-B de la Ley de Protección al Consumidor vigente en ese momento.

Por su parte, Santa Isabel negó tener políticas discriminatorias en sus establecimientos y que le hubiera solicitado al señor Olivera que se retirase de su local o haberle negado sus servicios. Señaló que su empleada se había limitado a indicarle al señor Olivera la queja de un cliente que ocupaba una mesa próxima acompañado de sus hijos menores de edad, quienes habían presenciado las “caricias, abrazos y besos que en forma poco discreta y abiertamente explícita” intercambiaba la pareja.

¹ Mediante Resolución N° 900-2005/CPC del 3 de agosto del 2005.

² Mediante Resolución N° 0339-2006/TDC-INDECOPI del 15 de marzo del 2006.

Para ser denunciados por discriminación, según Santa Isabel, el señor Olivera tenía que demostrar que el pedido que se le realizó a él y su pareja se haya debido a su condición de homosexuales. Para tal efecto, tenía que probar que se les había tratado de manera distinta a como se trataba a otros clientes. Sin embargo, en este caso, nunca probaron que ellos hayan recibido un trato distinto al que recibían otros clientes. Tampoco probaron que su empleada se les acercó por su condición de homosexuales.

En este caso, la cuestión final, tal como había sido planteada por el denunciante, se encontraba en determinar si la empleada de Santa Isabel le pidió al señor Olivera y a su pareja que dejen de darse afectos mutuos porque eran homosexuales. Para tal efecto, se tenía lo siguiente:

- i) Que el señor Olivera y su pareja eran varones;
- ii) Que ambos se estaban dando afectos mutuos; y,
- iii) Que una empleada de Santa Isabel les pidió que dejaran de prodigarse afectos mutuos.

Santa Isabel manifestó que el denunciante tenía que probar que el pedido de la empleada se debió a un acto discriminatorio. Él tenía que demostrar que ellos actuaron discriminatoriamente.

Como puede apreciarse en estos casos, los denunciantes si presentaron cierta evidencia para acreditar el hecho denunciado; sin embargo, al parecer no eran suficientes para probar la ocurrencia del hecho final materia de discusión.

Por su parte, las empresas siempre dijeron que es el denunciante al que le corresponde probar todos los elementos constitutivos de la infracción. Según éstas, a ellas no les correspondía probar su inocencia ni realizar acto alguno en su defensa. En estos casos, las empresas no muestran su disposición a colaborar o esclarecer los hechos materia de discusión. Ahora bien, de ese hecho, ¿se puede inferir algo? ¿Se podría presumir su culpabilidad? Eso es lo que será materia de aproximación en este pequeño artículo.

1. Contexto de la determinación de los hechos de un caso en un procedimiento³

Uno de los objetivos de los procedimientos destinados a resolver un conflicto entre dos partes se encuentra en determinar qué ocurrió en el caso; sin embargo, ello dista de ser una tarea fácil por diversas razones, entre las cuales mencionaremos las siguientes:

³ Al respecto, se puede revisar el libro de SCHUM, David. 1994 *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Northwestern University Press, Evanston, Illinois. KAPLOW, Louis. *Information and The Aim of Adjudication: Truth or Consequences*. 1303 *Stanford Law Review* 2015. También del mismo autor *Burden of Proof*. 738 *The Yale Law Journal*. 2012.

Parte de esta sección, ha sido recogido, en parte, en el capítulo 2 de mi tesis "Una propuesta metodológica para la motivación de la cuestión fáctica de la decisión judicial como concentración del deber constitucional de motivar las sentencias" y en mi artículo "Hacia un esquema de razonamiento y herramientas que permitan justificar los hechos de un caso", inédito.

La tesis se puede encontrar en el siguiente enlace: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6334>

- a) **Información incompleta:** muchas veces no se tienen toda la información necesaria para determinar qué ocurrió en el caso;
- b) **Costo de la información:** la producción, análisis y valoración de la información resulta costosa tanto para las partes como para la autoridad;
- c) **Información asimétrica entre las partes y la autoridad:** generalmente, las partes si 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. El conocimiento que tiene la autoridad del caso dependerá, en muchas ocasiones, de la información que les brinden las partes;
- d) **Comportamiento estratégico:** las partes tienen un comportamiento estratégico respecto de la información que brindan al procedimiento. Esto implica 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. Es poco común que una parte ofrezca las versiones posibles de la información proporcionada al caso.

Como puede apreciarse, los problemas de la falta de información, cooperación y comportamiento estratégico de las partes, así como el costo de la búsqueda y análisis de la información dificultarán que la autoridad pueda llegar a saber qué ocurrió en un caso.

Generalmente, a nivel de la teoría, se ha puesto énfasis en la labor del juez (o autoridad resolutora) como la llamada a resolver los problemas antes mencionados. Si bien la autoridad tiene un papel clave al enfrentar estos problemas, las partes también pueden realizar acciones que permitan superar esos problemas. Por esa razón, la respuesta a ese tipo de problemas debería ser abordada desde un punto de vista integral, donde si bien la autoridad tendrá un papel preponderante, ésta se pueda apoyar en las partes para superar esos problemas. Lo que se debe incentivar es una acción cooperativa y no obstruccionista, a efectos de producir la información necesaria que permita saber qué ocurrió en el caso.

Para tal efecto, el ordenamiento jurídico le debe otorgar una serie de herramientas y facultades a la autoridad para que ésta ordene y fije qué acciones deben realizar las partes a efectos de producir la evidencia que sea necesaria para determinar qué ocurrió en el caso.

Dicho lo anterior, tal como ha sido señalado, en el presente artículo nos queremos centrar en que se puede inferir del silencio y la falta de cooperación del particular para producir información que puede coadyuvar a saber qué ocurrió en el caso.

2. El derecho al silencio y la presunción de inocencia

El literal e) del numeral 23 del artículo 2 de la Constitución Política establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. A nivel legislativo, el artículo II del Código Procesal Penal establece que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad de cargo, obtenida y actuada con las debidas

garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad debe resolverse a favor del imputado⁴.

El derecho a la presunción de inocencia abarca las siguientes posiciones jurídicas:

- El derecho a que la carga de la prueba recaiga en el acusador; y,
- El derecho a no ser condenado si es que existe una duda razonable sobre su responsabilidad en el delito imputado.

2.1. El derecho a que la carga de la prueba recaiga en el acusador

Este derecho consiste en que el acusador tiene que probar cada uno de los elementos que configuran el delito que se imputa al acusado. Para tal efecto, el denunciante deberá cumplir, al menos, con lo siguiente:

- (i) Señalar cuáles son los hechos que configuran cada uno de los elementos del delito imputado; y,
- (ii) Señalar cuáles son los medios probatorios que acreditan cada uno de los hechos que configuran cada uno de los elementos del delito imputado;

El derecho a que recaiga la carga de la prueba en el acusador se sustenta en el principio de que quién afirma un hecho tiene que probarlo. Como la mayoría de las infracciones son de acción, se asume que ese tipo de infracciones dejará algún tipo de rastro en el mundo, los que pueden ser encontrados por la autoridad en su investigación. A diferencia de ello, ¿cómo se le puede exigir al acusado que demuestre que no ha realizado una determinada acción? Ello sería una prueba diabólica, según esta concepción.

Si bien no se desconoce que el infractor tratará de borrar las huellas de su conducta, se sostendrá que las autoridades deberán estar preparadas para lidiar con ese tipo de situaciones. 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 consistiría en trasladar la carga de la prueba o disminuir el estándar de prueba, sino en otorgar más recursos al órgano investigador.

Desde un punto de vista normativo, también se considera que la carga de la prueba debería recaer en el órgano acusador, que generalmente es el Estado. Se asumiría que el Estado tendría más recursos y poder que los administrados para realizar una adecuada investigación.

⁴ Con relación al derecho a la presunción de inocencia, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

En la segunda parte del artículo 8.2 antes señalado se establece qué requisitos mínimos debe cumplir el proceso para condenar a una persona.

El texto constitucional peruano tiene, técnicamente, una mejor redacción que el texto del artículo 8.2, toda vez que la responsabilidad del acusado sólo se determinará en un proceso con todas las garantías establecidas en el ordenamiento para el ejercicio de su derecho de defensa. Sin embargo, debe resaltarse la vinculación que este establece la segunda parte de este artículo con las garantías procesales que se deben cumplir para condenar a una persona.

De otro lado, el derecho a que la carga de la prueba recaiga en el órgano acusador tendría como correlato el derecho al silencio del acusado e incluso a no colaborar con la investigación. En efecto, si la carga de probar cada uno de los elementos que configuran la infracción es de responsabilidad del acusador, entonces es éste el único responsable de reunir todos los elementos necesarios que prueben su caso.

2.2. El derecho a no ser condenado si es que existe una duda razonable sobre su responsabilidad en el delito imputado.

Este derecho consiste en que si existen dos historias razonables de los hechos, entonces no se puede condenar al acusado. Lo que trata de garantizar este derecho es que no se condene a una persona si es que del análisis de los hechos es posible que el acusado no haya cometido el delito que se le ha imputado. La carga de la argumentación de la duda razonable se encuentra en el imputado quien tendrá que sustentar que existe otra hipótesis razonable que puede ser explicada por los hechos probados en el proceso.

Desde mi punto de vista, este estándar de la prueba se ubica en el análisis de los hechos probados en el proceso, y no en el análisis de los medios probatorios. En el caso de las fuentes y los medios probatorios (en adelante, las pruebas) se debe analizar cada uno de sus atributos a efectos de considerar como probado un hecho. Una vez determinado qué hechos se encuentran probados, se debe determinar si la única hipótesis razonable es que el acusado cometió el delito que se le imputa.

3. ¿Quién calla, otorga?

Si bien nuestro ordenamiento jurídico garantiza el derecho al silencio y establece que la autoridad acusadora sea la que tenga la carga de la prueba de cada uno de los elementos que constituyen la infracción, ello no implica que sea necesariamente eficiente. En algunos casos, el que determinada prueba sea producida por la parte acusada podría resultar eficiente a efectos de determinar qué ocurrió en el caso.

En los tres casos que presentamos inicialmente existía evidencia que permitía inferir que las denunciadas pueden haber cometido los hechos imputados. Esa posibilidad se concedía, además, con nuestra experiencia compartida sobre cómo funciona el mundo. Este es un elemento muy importante, dado que la hipótesis tiene que coherente con nuestra creencias compartidas acerca de cómo funciona el mundo o se comportan las personas. Sin embargo, queda la duda de si esa evidencia es suficiente para tener por cierta la hipótesis acusadora.

Siempre es posible encontrar alguna posible explicación a los hechos probados, pero no cualquier explicación es suficiente para crear una duda. Ello, se acentúa más cuando el acusado no plantea explicación alguna a los hechos probados, sino que se acoge al derecho a la no autoincriminación y señala que el órgano acusador quien debe probar que el hecho que le imputa.

En ese orden de ideas, la cuestión a discutir es cuándo cierta evidencia es suficiente para tener por cierta la acusación y, de ese modo, trasladarle la carga de la prueba al imputado. Para establecer lo anterior, es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) Que la regla de la experiencia, que permita inferir la hipótesis de la acusación de los hechos probados, sea acorde con nuestra experiencia compartida.

Si la regla que utilizamos para explicar los hechos del caso se condice con nuestra experiencia regular, entonces podríamos sostener que la hipótesis acusatoria si se encuentra justificada. Ello no significa que sea la única. Puede ser que existe otra regla que nos permita explicar los mismos hechos.

- b) Que la hipótesis acusatoria pueda explicar todos los hechos probados del caso.
- c) Que la otra parte pueda realizar actos que se encuentren dentro de su esfera de control para demostrar que la inferencia es falsa. Si ello es posible, entonces no se estaría estableciendo una carga de producción que le impida defenderse. Ahí podríamos preguntarnos lo siguiente: si una empresa es acusado de una infracción y tiene la posibilidad de producir prueba de que no la habría cometido, ¿por qué no la produciría? Una posible explicación es que sabe que cometió el hecho infractor.

En todo caso, el acusado podría indicar que trasladarle la carga de la prueba implica que produzca una prueba que no se encuentra a su alcance.

Desde nuestro punto de vista, trasladarle la carga de la prueba al particular acusado en los procedimientos de protección al consumidor si sería eficiente por los siguientes motivos:

- i) Si la regla de la experiencia es débil y el acusado tiene la posibilidad de producir prueba, entonces no le será costosa producirla. En caso contrario, exigirle a la autoridad que produzca prueba que no está a su alcance le irrogaría costos de producción altos. La consecuencia de ello podría ser que incurra en gastos mayores de los que habría incurrido el administrado, lo cual resultaría en un desperdicio de recursos.
- ii) Si la autoridad considera que la producción de esa prueba no se justifica por los altos costos, se podrían estar dejando de investigar casos donde habrían elementos fundados para considerar que el acusado es culpable. En el agregado se podrían estar dejando de sancionar muchos casos donde los acusados eran realmente culpables.

Esto también podría llevar a que, debido a los altos costos de prueba, los acusados no tengan incentivo alguno a cambiar su comportamiento, lo cual terminaría afectando a futuras víctimas. En casos de protección al consumidor, las empresas podrían estar lesionando los derechos de muchos consumidores, dado que se estaría realizando una actividad repetida.

- iii) Se podría estar incentivando comportamientos estratégicos por parte de los particulares a efectos de obstruir o desacreditar la prueba ofrecida por la autoridad.

Lo anterior incentivaría el litigio porque el acusado que él tiene que desacreditar la evidencia del órgano acusador, mas no tiene que aportar prueba para demostrar qué sucedió, a pesar de que ello estaría a su alcance.

Sin embargo, con una regla que le traslada la carga, el acusado sabe que tendrá que cooperar con la autoridad para explicar qué ocurrió en el caso. Y si él sabe que no tiene una explicación creíble, entonces es más fácil que acepten desde el inicio su responsabilidad. Ciertamente, ello debe ir aunado a una política que incentive la aceptación de responsabilidad.

Palabras finales.-

En este trabajo exploratorio queríamos mostrar una serie de casos donde si bien la hipótesis acusatoria era plausible respecto de la responsabilidad del acusado, podría existir dudas acerca de su solidez en tanto no se encuentra con evidencia que pueda excluir otra posibilidad.

Sin embargo, creemos que cuando el acusado tiene la posibilidad de ofrecer una explicación posible sobre los hechos ocurridos sin que ello implique una carga excesiva, la autoridad debería estar permitida en trasladarle la carga de la prueba, a efectos de incentivarlo a que éste produzca la prueba necesaria sobre esa otra posible explicación. En caso no lo haga, el que calla, otorga.