

## CAPÍTULO IV

### ACCESO A LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

#### SUMARIO

I. <i>Caracteres que debe reunir el acceso a las actuaciones</i> .....	231 / IV-1
1. Vistas y traslados en derecho procesal y en derecho administrativo .....	231 / IV-1
2. Criterio general: El leal conocimiento de las actuaciones .....	235 / IV-5
3. ¿Vista formal o informal? .....	239 / IV-9
3.1. Procedimiento correcto: Vista automática .....	239 / IV-9
3.2. Procedimientos defectuosos de vista.....	240 / IV-10
4. El traslado otorgado de oficio y la vista a pedido de parte.....	241 / IV-11
4.1. Oportunidad en que debe disponerse el traslado.....	241 / IV-11
4.2. El caso de los sumarios.....	242 / IV-12
4.3. Los sumarios por monopolio.....	245 / IV-15
4.4. Los sumarios en la función pública.....	245 / IV-15
5. La notificación de un acto implica la vista de las actuaciones.....	248 / IV-18
6. Acceso subsiguiente .....	249 / IV-19
7. Formas de tomar vista .....	251 / IV-21
7.1. El derecho a obtener copias y el retiro del expediente en préstamo.....	252 / IV-22
8. Términos para tomar la vista.....	254 / IV-24
8.1. Ausencia de términos.....	254 / IV-24
8.2. Suspensión de los términos .....	254 / IV-24
8.3. Caso de denegación de la vista .....	256 / IV-26
II. <i>Limitaciones a la vista</i> .....	258 / IV-28
9. Admisibilidad de declarar reservadas partes del expediente .....	258 / IV-28
10. Órgano competente.....	258 / IV-28
11. Indelegabilidad .....	260 / IV-30

12. Requisitos del acto. El pedido de la reserva .....	260 / IV-30
13. Reserva total o parcial.....	261 / IV-31
14. Casos en que pueden reservarse partes del expediente .....	262 / IV-32
14.1. Principio general .....	262 / IV-32
14.2. Informes, dictámenes y pericias.....	265 / IV-35
14.3. Dictámenes sobre un litigio actual.....	266 / IV-36
14.4. Otros ejemplos .....	267 / IV-37
15. El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual.....	268 / IV-38
16. Efectos de la reserva .....	270 / IV-40
17. ¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas? .....	271 / IV-41
18. La irregularidad en las vistas como causal de nulidad.....	275 / IV-45

## *Capítulo IV*

### **ACCESO A LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS<sup>1</sup>**

#### *I. Caracteres que debe reunir el acceso a las actuaciones*

##### *1. Vistas y traslados en derecho procesal y en derecho administrativo*

En el derecho procesal el conocimiento de las actuaciones judiciales y el acceso irrestricto de las partes y letrados a ellas es elemental, como así también la entrega de copias para traslado de los escritos presentados, e incluso el acceso indiscriminado de cualquier profesional a las actuaciones;<sup>2</sup> el préstamo del expediente es también una rutina. Los delitos que ocasionalmente se cometen, como sustracción de expedientes, jamás han llevado a pensar en la posibilidad de restringir con carácter general el acceso a los actuados.

Por ello en el derecho procesal administrativo se hace necesario encuadrar el tema primero como un problema de acceso a las actuaciones, lo cual comprome-

<sup>1</sup> Hemos cambiado el anterior título de “Vistas y traslados,” siguiendo la primera parte del ejemplo del trabajo de MONTI, LAURA, “El acceso a las actuaciones administrativas. La vista en el procedimiento administrativo,” publicado en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, cap. XXIII, pp. 267-77. Ver también AMMIRATO, AURELIO; SCHEIBLER, GUILLERMO y TRÍPOLI, PABLO, “Ley 104 de acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *LL*, 2003-F, 294, esp. § IX; SCHEIBLER, “Luces y sombras del acceso a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *LL*, 2006-A, 891; ALANIS, SEBASTIÁN DIONISIO, “El acceso a la información pública como elemento de transformación en la emergencia,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 69-82; BASTERRA, MARCELA I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006; SCHEIBLER, GUILLERMO M., “El derecho humano de acceso a la información pública,” *LL*, 2013-B, 20; SABA, ROBERTO, “El derecho de la persona a acceder a información en poder del gobierno,” *Revista de Derecho Comparado de la Información*, n° 3, enero–julio 2004, SCHEIBLER, GUILLERMO M., “La «acción de acceso a la información pública» en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en *15 años del Centro de Formación Judicial*, Buenos Aires, Jusbaire, 2014.

<sup>2</sup> Ver CANOSA, ARMANDO NORBERTO, “La vista en el procedimiento administrativo,” *ED*, 134: 899, 900. La admisibilidad de estos principios fluye de normas y antecedentes que vimos en el t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa)” y 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado” y encuadra en enunciados más generales, como CSJN, *Fallos*, 253: 101, *Empresas Rodríguez*, 1962.

te también la transparencia administrativa y la participación ciudadana en el procedimiento, máxime desde el reconocimiento constitucional de la legitimación de los titulares de derechos de incidencia colectiva.

Cabe señalar, además, que en el derecho y la práctica procesales, precisamente porque el acceso es irrestricto, sólo se distingue si el expediente está “a despacho” o está en cambio en los casilleros, y sólo cuando está “adentro,” “a despacho,” encuentra una limitación temporal el acceso visual a los actuados. Lo que en derecho procesal se conoce y analiza es el traslado, esto es, una forma especial de notificación a las partes de los actos procesales del juzgado y de aquéllas.<sup>3</sup>

Es decir que, sin perjuicio del derecho irrestricto que tienen los interesados a acceder a la lectura y copia por cualquier medio de las actuaciones administrativas, sin ningún tipo de recaudo, libremente y en todo momento, se agregan notificaciones especiales de determinados actos a fin de hacerles correr términos a las partes para manifestarse al respecto.

En derecho administrativo la expresión “traslado” no es usual,<sup>4</sup> utilizándose en su lugar el concepto de “notificación” del o los actos del procedimiento;<sup>5</sup> en el derecho administrativo más tradicional existía la institución de la “vista” de las actuaciones, como supuesta circunstancia no normal y permanente o constante, ininterrumpida, del procedimiento. La idea que parecía estar en el trasfondo del funcionamiento práctico de la institución era como si el procedimiento fuera de ordinario reservado o secreto y sólo en los casos en que excepcionalmente correspondiere<sup>6</sup> podía la administración levantar fugazmente el velo de esa suerte de regla ordinaria de comportamiento, permitiendo entonces, de modo transitorio y casi siempre breve, el acceso de los interesados al expediente. Esa impresión que el tema daba al observador casual o al burócrata temeroso o ignorante había sido, por cierto, objeto de coherentes y expresas refutaciones doctrinarias, con claro sustento constitucional.

Incluso puede afirmarse que ningún autor sostuvo seriamente nociones como las que acabamos de expresar. Pero la práctica administrativa, en cambio, sí parecía responder a veces a razonamientos de esa índole. Desde 1972 el derecho

<sup>3</sup> Aun cuando en el derecho procesal se utiliza el término “vista,” él no tiene el sentido del derecho administrativo, sino el de “traslado,” o de un tipo de “traslado:” una forma específica de llevar determinado acto procesal a conocimiento de la otra parte. Así p. ej. MORELLO, AUGUSTO M. y otros, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, t. I, Buenos Aires, 1970, dice que “los traslados o vistas de las distintas peticiones formuladas por los justiciables en el curso del proceso, tienen virtualidad a través de las notificaciones,” p. 641.

<sup>4</sup> Ver, con todo, *infra*, nota 12.

<sup>5</sup> Así, p. ej., *Fallos*, 198: 78, *Prov. de Santiago del Estero v. Enrique N. Compagno*, 1944, cons. 5° *in fine*: “De manera que en tales supuestos ninguna persona sea objeto de sanción sin que su caso haya sido considerado por funcionarios imparciales; sin haber sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido y sin que además se le de oportunidad de ser oída.”

<sup>6</sup> Previa solicitud del interesado, dictamen legal favorable y resolución formal al efecto.

positivo argentino tampoco admite duda alguna en el punto porque lo construido por la doctrina antes de entonces fue taxativamente establecido en el art. 38 del reglamento y en el art. 1º, inc. f), aps. 1º a 3º, del decreto-ley 19.549/72. Sin embargo y como era de prever, el cumplimiento de la norma no ha sido como pudiera haberse deseado y se observan en la práctica muchas supervivencias del anterior preconcepto burocrático, pero existe un constante proceso en este punto, con la creciente facilidad y bajo costo de los sistemas de fotocopiado, que permiten una solución informal pero plenamente jurídica: Dado que el acceso a las actuaciones existe de pleno derecho, sin necesidad de acto alguno que lo otorgue, en cualquier oficina que el expediente se encuentre y sin necesidad de dejar constancia del acceso a las actuaciones, la práctica actual es simplemente otorgar fotocopias del expediente a cualquier interesado que lo solicite, de la manera informal referida. A nadie se le ha ocurrido jamás, en los últimos tiempos, preguntar siquiera cómo o por qué alguien tiene fotocopias del expediente. Eso lleva a las partes a la precaución de tener siempre copias completas del expediente, por la siempre latente posibilidad de que el exceso de documentación pueda provocar su extravío.

Podemos entonces advertir que en la actualidad nos encontramos, con empleo de diferente metodología y terminología, al mismo nivel del derecho procesal. Se ha pasado desde la velada restricción de antaño, sin razonable sustento conceptual,<sup>7</sup> hacia la apertura contemporánea,<sup>8</sup> con categórica fundamentación no ya sólo constitucional y conceptual sino también legal y reglamentaria.<sup>9</sup> En algunas normas y ordenamientos subsisten a veces resabios del pasado, pero todo indica que tienden a desaparecer en este punto en especial, aunque no en el régimen

<sup>7</sup> En la causa *La Buenos Aires Compañía de Seguros c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A. s/ amparo*, Fallos, 311: 750, con nota de BIANCHI, ALBERTO B., “Anotaciones sobre los Conceptos de Administración Pública y Función Administrativa,” *ED*, 129: 266, año 1988, la CSJN rechazó el argumento de la demandada, quien —para negar el derecho a vista en un procedimiento licitatorio— invocó el art. 59 del Código de Comercio considerando a dichas actuaciones papeles privados de comercio y por ende protegidos por la inviolabilidad prevista por el art. 18 de la Constitución nacional. El tribunal —luego de justificar la plena aplicación del decreto-ley 19.549 por integrar la demandada la administración descentralizada— sostuvo, con invocación del art. 38 del reglamento del decreto-ley, que “la negativa a otorgar vista de las actuaciones [...] constituye un acto ilegítimo, que vulnera derechos de raigambre constitucional.”

<sup>8</sup> Ley 25.188 de ética pública, art. 2º, inc. e); decr. 1172/03; ley 104 de la CABA. Ampliar sobre esta última en GORDILLO y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed., pp. 400-12, esp. pp. 411 y 412. Ver también CREO BAY, HORACIO D., “La vista de las actuaciones ante el Defensor del Pueblo,” en *LL*, 1996-D, 75, comentario a *Edesur S.A. c/ Defensor del Pueblo de la Nación*, CNFed. CA, Sala IV (1995), en el cual se sostuvo que “son principios esenciales e insoslayables, en nuestro sistema republicano, el de la publicidad de los actos de gobierno.”

<sup>9</sup> Ampliar en MONTI, LAURA M., “Limitaciones a la vista de las actuaciones administrativas,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, pp. 131-45, esp. pp. 131-2, y “El procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la CSJN,” *RAP*, 430: 263.

general del derecho administrativo argentino.<sup>10</sup> Por ello es que el tema tiene aun importancia práctica y se hace todavía necesario explicar algunas ideas básicas y simples, que con el correr del tiempo pueden relegarse a las cosas superfluas, por hartamente conocidas y cumplidas.<sup>11</sup>

No ocurrirá lo mismo con el tema de la transparencia y la desclasificación de documentos reservados por acto expreso de autoridad competente, que siempre será un tema de actualidad.

Incluso podría afirmarse que, de tomarse al pie de la letra lo establecido en las normas vigentes, en tanto el acceso al expediente está consagrado como irrestricto salvo disposición expresa en contrario<sup>12</sup> (al igual que en el proceso judicial),<sup>13</sup> no existe en derecho administrativo, hoy en día, una institución que pueda denominarse la “vista.”<sup>14</sup> Más bien debería hablarse de los casos en que es forzoso dar traslado o notificar determinada actuación administrativa, dando por supuesto que estas especiales notificaciones en nada inciden ni varían la regla

<sup>10</sup> Ver nuestros libros *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, reimpresión 2001, como Libro II del t. 6, 2ª ed, 2012.; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, int. de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003.

<sup>11</sup> Ver LLAPUR, SAID J., *Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de Jujuy. Anotada y comentada*, Buenos Aires, Dunken, 2005, pp. 95 y ss.

<sup>12</sup> Neuquén consagra el derecho a tomar vista en cualquier momento el estado de la tramitación, sin necesidad de una resolución expresa: arts. 108, inc. g), 141, inc. a) y 143). Ciudad de Buenos Aires, art. 58; Mendoza, arts. 144 a 146 y Misiones, arts. 78, inc. a), 80 y 81.

<sup>13</sup> El Poder Judicial de la Nación ha implementado, entre otras medidas vinculadas al uso de tecnologías electrónicas y digitales, un sistema de consulta vía internet, que permite a los usuarios consultar todos los datos y actividades producidos en el trámite de los procesos judiciales en virtud de la obligatoriedad del uso del sistema de gestión Lex 100 dispuesto por Acordada CSJN N° 14/13. Por otra parte, se estableció por Acordada CSJN N° 15/13 que las Cámaras Nacionales, Federales y los Tribunales Orales deben publicar todas las sentencias, acordadas y resoluciones administrativas a través del Centro de Información Judicial. (CIJ.) También se instauró las notificaciones electrónicas en los procesos judiciales a través del sistema de gestión judicial por Acordadas CSJN N° 31/11 y 38/13 y se dispuso la aplicación del Libro de Asistencia por medio de una constancia en la línea de actuaciones del programa electrónico de gestión de causas por Acordadas CSJN N° 8/12 y 3/15, aunque esto último fue postergado hasta el primer día hábil de mayo de 2016 por Acordada CSJN N° 35/15. Todo ello llevará, en un futuro cercano, a la innecesidad de concurrir al tribunal para acceder al conocimiento del expediente.

<sup>14</sup> A menos que se la quiera acercar a la expresión del derecho procesal, en que “vistas y traslados” son casi sinónimos. En este sentido expresan SARMIENTO GARCÍA, JORGE H. y PETRA RECABARREN, GUILLERMO M., *Ley de procedimiento administrativo de Mendoza*, Mendoza, 1973, p. 196, que “el derecho a tener acceso al expediente administrativo se complementa con la vista administrativa. El primero es reglado en orden al trámite y desarrollo normal de la actividad administrativa y *nunca podrá ser negado o prohibido*; la segunda regula el procedimiento de descargo y defensa, pudiendo tener fases procesales secretas.” Según CANOSA, ARMANDO, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Buenos Aires, Astrea-RAP, 2014, 2ª ed. p. 330, “la vista es el acceso irrestricto al expediente, al que tiene derecho la parte, su apoderado o su letrado patrocinante (Art. 38, RNPA), reservándose el término de traslado a la comunicación de actuaciones dentro del expediente para que la parte en un plazo determinado manifieste lo que en derecho corresponda. La vista es el acceso a las actuaciones por parte del particular, haya o no que contestar algo. La vista da la idea de conocimiento, el traslado de comunicación.”

general. En este sentido, algunas legislaciones administrativas se refieren en forma indistinta a las “vistas y/o traslados,” en un sentido similar al del derecho procesal.<sup>15</sup> En tal caso estamos considerando un plazo que se le concede a la parte para que manifieste lo que haga a su derecho dentro del lapso asignado respecto del acto procesal motivo del traslado.

En cambio, de lo que se trata en este otro tema de la “vista” administrativa es de cómo se realiza el acceso de la parte al expediente, independientemente de si tiene o no que contestar en algún plazo algo. Por cierto, cuando se otorga o dispone un traslado, éste subsume el necesario acceso de la parte al expediente. En ese caso, el traslado o vista en sentido procesal incluye también la cuestión de la vista en materia administrativa o acceso al expediente, obtención de fotocopias, etc.

Va de suyo que la administración no puede condicionar la toma de vista que realiza el particular, pretendiendo que suscriba en ese acto textos predispuestos en los que el individuo preste “conformidad” a la forma en que la vista le es otorgada o a las actuaciones. En esos casos el particular debe negarse a tomar la vista y acudir con un escribano a registrar la irregularidad. En ocasiones el solo hecho de haberse negado a someterse a la ilegalidad y haber regresado con un escribano público para dejar constancia de esa violación a su derecho de defensa, es suficiente para que el funcionario —quizás previa consulta telefónica al departamento de asuntos legales— desista de su actitud y le permita tomar la vista como en derecho corresponde, esto es, sin condicionamiento alguno.<sup>16</sup>

## 2. Criterio general: *El leal conocimiento de las actuaciones*

De acuerdo con lo expuesto en su lugar,<sup>17</sup> toda persona tiene derecho a defenderse con amplitud en sede administrativa<sup>18</sup> y este derecho comprende como primer ele-

<sup>15</sup> Usan así la expresión Chaco, arts. 38 a 41; Mendoza, art. 146.

<sup>16</sup> Ampliar *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

<sup>17</sup> Ver, *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)”

<sup>18</sup> Pues como dice el art. 1º) inc. f), del decreto-ley 19.549/72, “Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

“1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas;

“2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio;

“3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.”

mento insustituible su conocimiento de las actuaciones que la afectan,<sup>19</sup> es decir, la vista de las actuaciones. Ello ha sido reconocido judicialmente<sup>20</sup> y también por la Procuración del Tesoro de la Nación, expresando que “forma parte de la garantía constitucional de la defensa en sede administrativa, el tener acceso a las actuaciones en las cuales se ha dictado el acto que afecta los derechos del recurrente”<sup>21</sup> y que es “una obligación constitucional de la Administración el otorgar vista de las actuaciones que afectan a un administrado.”<sup>22</sup> Debe darse vista de las actuaciones “a fin de que por razones elementales de justicia y consideraciones patentes de conveniencia práctica, atendibles todas ellas en la esfera administrativa no menos que en la justicia [...], pueda organizar su defensa.”<sup>23</sup> Ello abarca al peticionante de una denuncia<sup>24</sup> y esto es consecuencia lógica de que este derecho le corresponde a cualquiera que sea parte en el procedimiento administrativo, sea en virtud de un derecho subjetivo, un interés legítimo, un interés simple,<sup>25</sup> o un derecho de inciden-

<sup>19</sup> Como explica BREWER-CARÍAS, ALLAN R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, octava parte, secc. III, § 3, p. 268, es regulación constante en América Latina: Colombia, art. 29; Comunidad Andina, art. 19; Costa Rica, arts. 217, 272-274; México, arts. 33 y 34; Uruguay, arts. 12 y 79; Venezuela, art. 59. Ver JCA N°1 La Plata, G.J.L. c. *Poder Ejecutivo y otros*, 28-VI-04, con nota de ALETTI, DANIELA, “La burocracia no es defensa: de la obviedad al absurdo,” *LL*, 2004-E, 522.

<sup>20</sup> CNFed CA, Sala III, 27/X/09, *Flores, Héctor Nicolás c. D.G.I.*: “...el acceso a la documentación administrativa posee una directa vinculación con los principios constitucionales de publicidad de los actos de gobierno y de defensa en juicio, ya que el conocimiento tales actuaciones resulta indispensable para la tutela de los derechos del particular, sin perjuicio de las vías procesales que el propio interesado elija para encauzar sus pretensiones.” CABA, CCAyT, Sala II, *Piesco, Raúl Antonio c. GCBA*, 23-X-03: “Pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle, consiguientemente, realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses [...]. Es decir, la ley únicamente consagra un principio: el de la transparencia plasmada en un acceso irrestricto a los expedientes administrativos,” cons. 9°. Para una noción sobre la importancia del acceso a las actuaciones en los procesos participativos ver MORTIER, NATALIA VICTORIA, “El Procedimiento de elaboración participativa de normas,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.) *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 501 y ss.

<sup>21</sup> PTN, *Dictámenes*, 101: 195; 197: 11; 198: 11. Ver la jurisprudencia citada en GORDILLO y DANIELE (dirs.), *Procedimiento Administrativo, op. cit.*, p. 61.

<sup>22</sup> PTN, *Dictámenes*, 101: 117, 119.

<sup>23</sup> PTN, *Dictámenes*, 68: 92, 96 vta.; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 645-7.

<sup>24</sup> ABERASTURY (H.) PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 82-3.

<sup>25</sup> SCHEIBLER, *op. cit.*: “Es de esperar que los claros términos del fallo de la Corte Suprema tiendan también a aventar peregrinas interpretaciones que, no por inverosímiles, son menos habituales. Por citar sólo un ejemplo, la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación ha dictaminado que ante un eventual «conflicto interpretativo», el artículo 38 del Reglamento de Procedimientos Administrativos —que prevé la «vista administrativa»-, prevalece por sobre las disposiciones del decreto 1172-PEN-2003, por lo que quien solicitara información debía acreditar fehacientemente que tiene un derecho subjetivo o un interés legítimo respecto de la información que solicita. No resulta necesario aclarar que tal posición da por tierra con los mismos cimientos del sistema de acceso a la información pública, tal como está previsto en el propio decreto 1172-PEN-2003, en la Constitución nacional, la Convención Americana de Derechos Humanos -y la interpretación que la Corte IDH ha hecho de ella-, y ahora también la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.” Ver CSJN, *Asociación Derechos Civiles*, 4-XII-12, *CIPPEC c. EN – M° Desarrollo*



cia colectiva.<sup>26</sup> Es importante recordar la centenaria jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde siempre recogida por la Procuración del Tesoro de la Nación, en el sentido que “lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación,”<sup>27</sup> sino la “leal información del mismo,”<sup>28</sup> a fin de que pueda tener “una efectiva participación útil”<sup>29</sup> en el expediente.

Esta efectiva participación útil y este “leal conocimiento” pueden variar de acuerdo con las circunstancias y ello constituye una situación de hecho a apreciar en cada caso, pero algunos principios básicos pueden con todo sentarse en esta materia. El punto de partida para el problema está hoy en día resuelto de manera bastante uniforme en los ordenamientos.<sup>30</sup> Según el art. 38 del reglamento nacional: “La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate.” “El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución

*Social*, 26-III-14, *Oehler Carlos*, 21-X-14; *Gil Lavedra Ricardo*, 14-X-14, *Stolbizer Margarita*, 1-IX-15; *Giustiniani, Rubén*, 10-XI-15 y CNFed CA, Sala V, *Gil Lavedra Ricardo*, 19-VI-13 y Sala III, *Stolbizer Margarita*, 20-II-15 y Sala II, *Fundación Poder Ciudadano y otros*, 29-IX-15. Ampliar en BUTELER, ALFONSO, “La legitimación para el acceso a la información,” *LL*, 2013-A, 361; RODRÍGUEZ, CARLOS A., “El derecho humano a la información ambiental,” *LL*, 2013-A, 363; GRILLO, JOSÉ, “El derecho de acceso a la información para oxigenar la democracia,” *LL*, 2013-B, 117; PUSTERLA, JOSÉ C., “El acceso a la información pública en un reciente fallo de la Corte Suprema,” *LL*, 2013-D, 68; D’ARGENIO, INÉS A., “Se desbordó el contencioso,” *LL*, 2014-C, 498; FALCÓN, JUAN PABLO, “Clarooscuro. Entre la oscuridad del a corrupción y un fallo que ilumina,” *LL*, 2014-C, 502; DRUCAROFF AGUIAR, ALEJANDRO, “Derecho de acceso a la información en poder del Estado,” *LL*, 2014-C, 595; FLORES, ALVARO B. y MAMBERTI, MARÍA EMILIA, “La consolidación de una saludable doctrina en tres fallos de la Corte Suprema,” *DJ-LL*, 2015-6, 17.

<sup>26</sup>PTN, *Dictámenes*, 120:272 y 206:328. Aquí la PTN opinó de manera contraria a nuestra postura, entendiendo procedente la denegación del otorgamiento de la vista por parte de la administración, a quien no acreditó un interés legítimo. Pero sólo falta explicar el alcance del derecho de incidencia colectiva que se invoca para que la legitimación deba ser reconocida en el plano administrativo, ya que ella existe en el ámbito judicial.

<sup>27</sup>CSJN, *Fallos*, 215: 357, *Luis César Rojo*, 1949.

<sup>28</sup>CSJN, *op. loc. cit.*

<sup>29</sup>CSJN, *op. loc. cit.* El TCE consideró que la Comisión violó el derecho de defensa de una empresa, al ocultarle documentos útiles para su defensa; tal violación era objetiva, no subjetiva y no dependía de la buena o mala fe: *Solvay v/ Comisión*, T-30/91, Rec. Jur., 1995-5/6, II-1775.

<sup>30</sup>Que han seguido bastante de cerca los arts. 254 y 255 de nuestro proyecto de 1964. Decían las normas por nosotros proyectadas: *Art. 254*: “Las partes en un procedimiento administrativo y sus representantes o letrados, tendrán derecho a conocer en cualquier momento el estado de su tramitación y a tomar vista de las actuaciones, sin necesidad de una resolución expresa al efecto.” *Art. 255*: “La vista de las actuaciones se hará en todos los casos informalmente, ante la simple solicitud verbal del interesado, en las oficinas en que se encuentre el expediente al momento de ser requerida; no corresponderá enviar las actuaciones a la Mesa de Entradas para ello. El funcionario interviniente podrá pedirle la acreditación de su identidad, cuando ésta no le constare y deberá facilitarle el expediente para su revisión.” Véase también AGÜERO, NÉLIDA RAQUEL, “La vista de las actuaciones en la ley 19.549 y el Decreto 1759/72,” *RADA*, 4: 81, Buenos Aires, 1972.

expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la mesa de entradas o receptoría.” “Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para tomar la vista, aquél se dispondrá por escrito rigiendo a su respecto lo establecido por el art. 1º, inciso e), apartados 4º y 5º de la ley de procedimientos administrativos.” “El día de vista se considera que abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentra el expediente.” “A pedido del interesado y a su cargo, se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare.” Este último derecho ha sido por lo demás reiterado en el decr. 229/00. La misma solución han adoptado la Ciudad de Buenos Aires,<sup>31</sup> Corrientes, Mendoza, Salta. En el derecho comparado Costa Rica,<sup>32</sup> España,<sup>33</sup> Uruguay.<sup>34</sup>

Es también la solución tradicionalmente adoptada por Perú, que se mantiene en la actual ley 27.444 del año 2001.<sup>35</sup>

### 3. ¿Vista formal o informal?

#### 3.1. Procedimiento correcto: Vista automática

Por de pronto, es de preguntarse de qué manera se efectuará el acceso del interesado a las actuaciones que lo afectan o pueden afectar: ¿Puede solicitar el conocimiento de las actuaciones en forma verbal y serle permitida la lectura de éstas en el mismo momento y lugar en que se encuentran, o debe solicitarlo por escrito y serle otorgado el derecho de la misma manera y tener acceso a las actuaciones

<sup>31</sup> Art. 58 del decr. 1510/97; al cual además la ley 104, art. 11, agregó un último párrafo: “El presente trámite de vista es aplicable a las partes en función procesal y no obsta al derecho a la información de toda persona, conforme lo establece la ley.”

<sup>32</sup> Art. 272.

<sup>33</sup> Ver, en España, GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Civitas, 1997, comentario al art. 35 inc. a); t. II, p. 1456 y ss., comentario al art. 84; GARRIDO FALLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., pp. 293-5.

<sup>34</sup> “La exhibición de los expedientes administrativos a los fines de su consulta [...] se llevará a cabo en las respectivas Oficinas de radicación de los mismos, bastando para ello la simple solicitud verbal de la parte interesada, de su apoderado constituido en forma o de su abogado patrocinante,” art. 41. Ver REAL, “Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay,” *Anuario de derecho administrativo*, Santiago, 1976, p. 285.

<sup>35</sup> Ley 27.444, art 160.1: “Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del art. 20º de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente;” 160.2: “El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.”

en otro momento o incluso en otra oficina? ¿Debe concederse la vista informal (p. ej., verbalmente) o formalmente (por escrito presentado, proveído, tramitado, dictaminado y resuelto)? El art. 38 es categórico en excluir todo trámite formal, pues señala que “El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de Entradas.” La vista debe solicitarse y darse en el acto,<sup>36</sup> sin constancia escrita alguna. Cualquier empleado administrativo de la repartición debe conceder informalmente el acceso al expediente así ordenado por la disposición vigente.<sup>37</sup>

La norma no da margen a la discrecionalidad del funcionario: No se trata de que éste deba resolver si concede o no vista; la disposición es categórica en que la vista “se *concederá*, sin necesidad de resolución expresa al efecto.”<sup>38</sup> La vista está otorgada de pleno derecho por la norma, es automática. Consideramos que con esto la regla ha quedado igualada, *mutatis mutandis*, al derecho procesal. Pero la cuestión en la práctica del procedimiento administrativo, lamentablemente, no funciona siempre como las normas lo indican.<sup>39</sup>

Hay toda una tradición administrativa opuesta a esta sencillez del trámite, como asimismo aspectos de psicología administrativa individual e institucional que parecen impedir desproveerse de un muy importante ropaje de misterio y de velo mítico o mistificador.

También se olvida o desconoce con frecuencia que en esto juegan conceptos de racionalización y de eficiencia administrativa, además de principios de justicia y equidad. Con todo, ha de advertirse que no existe en la práctica administrativa ninguna tendencia firme en un sentido o en el otro, encontrándose con igual frecuencia una y otra actitud de parte de los funcionarios intervinientes, no obstante encontrarse la cuestión expresamente resuelta a nivel normativo, tal como ya lo hemos expuesto reiteradamente. En nuestra práctica administrativa, se presentan a veces ambas experiencias en forma sucesiva. El particular o su letrado o representante se presenta a la oficina en que está el expediente y solicita

<sup>36</sup> Véase CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, op. cit., pp. 328-331.

<sup>37</sup> Nuestro Proyecto de 1964, arts. 255 y 335; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, op. cit., pp. 197-8: El acceso al expediente puede hacerse: a) en todo momento, b) siempre informalmente, ante la simple petición verbal, cualquiera sea el empleado que lo atienda, “el que en ningún caso puede negárselo o impedirle que lo vea;” c) puede manejarlo, fotocopiarlo, etc. Bolivia, art. 18; Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; Costa Rica, 272; Perú, 160.2; Uruguay, arts. 41 a 43.

<sup>38</sup> En España el art. 35 dice: “Los ciudadanos [...] tienen los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos;” GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, op. cit., t. I, p. 623 y ss.

<sup>39</sup> Lo hemos expuesto *supra*, t. 7, cap. XVII, “El procedimiento administrativo en la práctica.” Ampliar en nuestro libro *La administración...*, op. cit.; en sentido similar NIETO, ALEJANDRO, *La organización del desgobierno*, Madrid, Ariel, 1984. Ver también CARULLO, ANTONIO, *La prassi amministrativa*, Padua, Cedam, 1979; BOTASSI, CARLOS, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 85.

verbalmente al empleado que lo atiende, que le permita ver las actuaciones. Si aquél obra en concordancia, el interesado toma conocimiento de éstas y se retira poco después, con fotocopias completas de todo el expediente: Allí termina en este caso el trámite para la vista.

### 3.2. *Procedimientos defectuosos de vista*

Si el empleado en cambio deniega al interesado su pedido,<sup>40</sup> éste se ve obligado a retirarse a su domicilio, confeccionar un escrito solicitando vista del expediente y presentarlo luego en esa oficina o en la mesa de entradas de la repartición.<sup>41</sup> El escrito presentado es proveído en aquélla con un “Agréguese al expte. N°” y es enviado a la oficina que colabora directamente con la autoridad superior a efectos de que prepare la resolución respectiva. Allí se confecciona el proyecto de acto por el que se resuelve favorablemente el pedido, no sin antes, en algunos casos, pedir opinión al asesor letrado de la repartición para saber si puede o no otorgarse la vista solicitada, a lo que dicho asesor contestará invariablemente, luego de verificar con suma atención la legitimación del solicitante —y como no puede ser de otro modo— que puede y debe otorgarse la vista requerida. Con dicho dictamen o sin él y previa intervención eventual de algún jefe de despacho que esté participando en la tramitación, se pasa todo “a resolución de la Superioridad.” Finalmente se firmará el acto respectivo, concediendo la vista solicitada; volverá a mesa de entradas con un “Notifíquese;” se notificará por fin al interesado y éste podrá, ahora sí, consultar el expediente; pero en mesa de entradas y durante un período de, p. ej., diez días. Allí termina en este caso el trámite para la vista. Como promedio aproximado, puede afirmarse que este proceso insume cuarenta días; en los cuales *el expediente no se ha movido* produciéndose *una total paralización en lo que respecta a su tramitación normal*. Ello tiene evidentemente un nombre, tanto en la ciencia de la administración como en el lenguaje popular. Es necesario pues que la lectura del expediente sea autorizada informalmente, en la misma oficina en que se encuentra;<sup>42</sup> de otra manera se requerirán cuarenta días para hacer lo mismo que puede efectuarse en cuarenta minutos.<sup>43</sup> Más aun,

<sup>40</sup> No obstante que éste se haya provisto del reglamento nacional y le exhiba el art. 38.

<sup>41</sup> Dice DOCOBO, JORGE JOSÉ, “Efectos de la vista sobre los términos en el procedimiento administrativo,” *JA*, 1977-II, 705, reproducido en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Summa de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, pp. 945-947, “A veces no se acepta el escrito sino por vía de la Mesa de Entradas, con olvido de la opción contenida en el art. 25 del reglamento y pasan días y a veces semanas hasta que la vista es concedida;” CREO BAY, HORACIO D., “Rechazo de escritos en sede administrativa,” *JA*, 1977-III, 646, reproducido en CASSAGNE (dir.), *Summa de Derecho Administrativo*, t. 1, *op. cit.*, pp. 941-944.

<sup>42</sup> Así lo establece en forma expresa Uruguay, art. 41, con igual fuente que nuestro art. 38.

<sup>43</sup> Y no se diga que no podría otorgarse y efectuarse la vista en cualquier oficina en que el expediente se encuentre en el momento en que ella sea solicitada, por la falta de comodidad, etc., pues exactamente lo mismo ocurre en cualquier mesa de entradas, en que el interesado no tendrá otra posibilidad que la de consultar el expediente de pie... Ver también *infra*, § 8, “Términos para tomar la vista,” § 8.1, “Ausencia de términos.”

es necesario que se establezca, mediante medios informáticos, un sistema ágil de localización de los expedientes y que este sistema se encuentre a disposición de los interesados en forma inmediata. En efecto, muchas veces las dificultades aparecen al intentar saber dónde está el expediente.

#### 4. *El traslado otorgado de oficio y la vista a pedido de parte*

##### 4.1. *Oportunidad en que debe disponerse el traslado*

Una cuestión de cierto interés es determinar cuándo debe darse traslado del expediente al interesado, si el interesado aun no lo ha solicitado.

En realidad, parece que sólo la negligencia o ignorancia administrativa lleva a que el particular necesite solicitar expresamente y por escrito la vista de las actuaciones. Una diligente dirección del trámite administrativo debería prestar atención a los casos en que los actos a producir<sup>44</sup> son susceptibles de lesionar derechos o intereses de terceros y otorgar directamente, de oficio, traslado del expediente, sin hacer necesaria la solicitud formal o informal de vista del individuo afectado.<sup>45</sup> Si el interesado lo solicita, debe dársele acceso al expediente desde esa misma oportunidad procesal —e informalmente, según vimos—, al comienzo mismo de la tramitación del expediente.

Si el interesado aun no ha sido notificado de la existencia de un procedimiento que puede afectar sus derechos o intereses, *debe también notificársele y dársele traslado desde la primera etapa del procedimiento*.<sup>46</sup> Como regla general, pues, el acceso al expediente debe siempre otorgarse, sea de oficio o a petición de parte, desde el comienzo de las actuaciones, sin perjuicio del posterior acceso del interesado a éstas. Igual criterio debe adoptarse cuando existe más de un interesado en las actuaciones, trátase de cointerésados o contrainterésados.

Ya vimos<sup>47</sup> que para que el procedimiento sea válido debe notificárseles de la existencia del procedimiento que afecta o puede afectar sus derechos, en virtud del carácter plenamente contradictorio que en tal caso ha de asumir el procedimiento. Esta citación puede hacerla tanto la propia administración como el mismo recurrente. Va de suyo que la administración no podría decidir el recurso

<sup>44</sup> Conforme el criterio temporal de dar audiencia *antes* del acto según lo exige el art. 1º, inc. f), ap. 1º del decreto-ley 19.549/72.

<sup>45</sup> Ver MONTI, “El procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la CSJN,” *op. cit.*: La Corte Suprema dejó sin efecto una sentencia que había denegado la jubilación ordinaria del actor al considerar no probados en forma fehaciente los servicios denunciados sino había tenido en cuenta que el peticionario había cuestionado la omisión del organismo previsional de tomar las medidas adecuadas para verificar los servicios, cuestión que revestía importancia ya que, al no haber tomado vista de las actuaciones administrativas, desconocía que la certificación de servicios acompañada sería considerada insuficiente. (CSJN, *Acosta*, 1996, *Fallos*, 319: 464.)

<sup>46</sup> Art. 1º, inc. f), ap. 1º, citado.

<sup>47</sup> *Supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)”

antes de la expiración del plazo que haya otorgado a los contrainterésados para presentar alegaciones.

#### 4.2. *El caso de los sumarios*

Un caso parcialmente distinto es aquel en que la administración, de oficio o por denuncia, inicia actuaciones tendientes a determinar si se ha cometido o no una infracción a disposiciones administrativas que pueden dar lugar a la aplicación de sanciones a un administrado (multa, decomiso, clausura, etc.) o a un agente público regido por la ley 25.164<sup>48</sup> del año 1999 o a un infractor de la ley 25.156 de defensa de la competencia, etc.

Si se hace un procedimiento secreto y aplica inopinadamente la sanción, se incurre en un patente desconocimiento de los principios legales y constitucionales imperantes. Huelga en este punto mencionar los casos en los que si bien no puede hablarse de sanciones *strictu sensu*, eventualmente dictadas dentro del mismo procedimiento por el que tramitaron actuaciones de carácter reservado, puede existir, a nuestro criterio, otro tipo de posible afectación al administrado cuando se le deniegan eventuales peticiones que se encuentren en trámite por expedientes administrativos que corren paralelamente a otras piezas procesales independientes, de carácter reservado; tal el caso, por ejemplo, de los actos administrativos denegando pretensiones al administrado, en virtud del inicio de una etapa de investigación preliminar de carácter reservada por posible comisión de operaciones inusuales, efectuada en el marco de la ley de lavado de activos de origen delictivo: Ley 25.246, modificada por las leyes 26.087 y 26.119 y reglamentada por el decreto 290/2007.<sup>49</sup>

Si, a la inversa, se da al particular y supuesto infractor oportunidad de conocer el expediente cuando recién se están reuniendo las constancias de la infracción o cuando aun no han sido obtenidas, podría argumentarse que dicho supuesto infractor tendría oportunidad de destruir o alterar las pruebas existentes. En tales situaciones, la solución tradicional es que la actuación sea reservada hasta tanto se reúnan todas las constancias y pruebas que oficialmente se consideren suficientes para continuar con el sumario con el fin de dictar la sanción que fuera procedente. Pero en buenos principios es imprescindible otorgar traslado *antes* de producir la prueba de cargo,<sup>50</sup> pero en cualquier caso parece imposible no darle la oportunidad *después*, sin viciar con ello insanablemente el procedimiento y el acto que se dicte en su consecuencia.

<sup>48</sup> Reglamentada por decr. 1421/02.

<sup>49</sup> Ampliar en ROBLEDO, DANIEL, "La ley de lavado de dinero y la «entronización» del secreto de las actuaciones," en *RPA*, 2006-2: 53-58, Buenos Aires, Rap, 2006.

<sup>50</sup> CSJN, *Fallos*, 236: 271, *Frigofide*.

El principio de que debe darse oportunidad de hacer oír sus razones y producir prueba, oír alegatos y tener dictamen jurídico *antes* de emitirse el acto lesivo, está expresa y categóricamente consagrado en el art. 1º, inc. f), ap. 1º, del decreto-ley 19.549/72, en cuanto expresa que los interesados tienen derecho a “exponer las razones de sus pretensiones y defensas *antes de la emisión de actos* que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos” y agrega que tienen también derecho a que el acto decisorio que *después* se dicte “haga expresa consideración de los principales argumentos” (ap. 3º del inc. f) expuestos por el particular anteriormente. La importancia y certeza de estos preceptos no puede ser desconocida. Por cierto, para poder hacer su defensa antes del acto, es entonces indispensable que también *antes* tenga conocimiento de la cuestión que lo puede afectar y pueda así tomar “efectiva participación útil” en el procedimiento.<sup>51</sup>

Este procedimiento es más razonable y eficiente que el de aplicar sanciones o “preparar” el sumario y *luego* abrir la controversia, pues en él se hace necesario ya ocupar a la instancia superior, mientras que en el primero es la misma autoridad a quien compete dictar el acto, la que analizará y valorará las argumentaciones y sobretodo los hechos según las pruebas preconstituídas y aportadas por el particular. En todo caso la decisión debe producirse luego de la exhaustiva producción de pruebas y alegatos del particular, preferiblemente por un órgano imparcial e independiente.<sup>52</sup> Estas argumentaciones deben poder hacerse *antes* que la administración dicte el acto originario o avance en un sumario “secreto.”<sup>53</sup> Este es, desde luego, el peor de los supuestos. Es discutido si ello debe ocurrir

<sup>51</sup> Conf. BONFIELD, ARTHUR EARL y ASIMOW, MICHAEL, *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1989, caps. 2 y 3, p. 106 y ss.; en el régimen estadounidense la regla es la audiencia previa. En contra, AMAN, ALFRED y MAYTON, WILLIAM T., *Administrative Law*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993, p. 273 y ss., quienes explican las *summary actions*, en las que el Estado “actúa primero y hace las preguntas después.” Se toma en este caso por sentado que, si la administración aplicara el requisito de la audiencia previa, se operaría el gravamen que se intenta evitar. Los casos que se enuncian hacen a razones de salubridad, comercio, alimentos, insolvencia de bancos, entre otros *Northamerican Cold Storage v. Chicago*, 211 U.S. 306 (1908); *Miller v. Schoene*, 276 U.S. 272 (1911); *Driscoll v. Edison Light & Power Co.*, 307 U.S. (1939). Algo hemos dicho al respecto en nuestro art. “Legalidad y urgencia en el derecho administrativo,” en *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. VI. En Alemania, el artículo 29 (2) se limita la vista cuando ello interfiera con el ordenado ejercicio de las competencias; cuando el conocimiento del contenido de los documentos implique una desventaja para la Nación en pleno o para uno de sus *Länder*, o cuando deban ser mantenidos en secreto por disposición legal expresa o en virtud de su naturaleza misma, esto es, en interés legítimo de los participantes o de terceros, pero bajo 29 (1). El 29 (1) permite el acceso a las actuaciones cuando sea necesario a fin de defender un interés jurídico.

<sup>52</sup> Ver “Los Tribunales Administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización Administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21\_2/2009, pp. 699-726; nuestra nota XXII.2 “El problema no es el procedimiento sino el órgano,” en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. 2, op. cit., pp. 524-B a 524-D.

<sup>53</sup> Conf. LEONARDO TOIA y JOSEFINA PAZOS, “El Ente Único y los límites a su potestad sancionatoria,” [www.adaciudad.org.ar](http://www.adaciudad.org.ar).



*después* que haya reunido las pruebas que por su parte considere suficientes para aplicar la sanción correspondiente. Si el particular, al obtener vista de aquellas pruebas, ofrece otras, ellas también deben ser producidas *antes* de adoptarse decisión alguna al respecto. Como dice LINARES,<sup>54</sup> “Todo parece justificar que, en el procedimiento que se tramita ante un órgano administrativo, los interesados [...] deben tener ocasión de ser oídos y de producir pruebas *antes* de que se dicte resolución. Ello aun en los casos en que, contra esa resolución, quepan recursos administrativos o recursos o acciones judiciales.” En igual sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que “una vez concluido el sumario, debió darse vista a los imputados en la forma y por el término previsto en el párrafo XIV del mismo art., la que no puede suplirse con la otorgada por esa Secretaría de Estado a fs.[...], toda vez que es posterior a la decisión, lo que implica la privación de una instancia establecida.”<sup>55</sup> De vez en cuando, la administración tramita todo el sumario sin intervención del administrado y éste recién se entera de la cuestión cuando le notifican de la sanción. Pero esto debe reputarse una violación manifiesta de la garantía constitucional de la defensa, que torna insanablemente nulo el acto. Similares principios fundamentan la previa audiencia *pública*.<sup>56</sup>

#### 4.3. *Los sumarios por monopolio*

En el caso de los sumarios por infracción a la vieja ley de represión del monopolio, ella instituía un procedimiento administrativo previo a la denuncia o querrela que se enviaría al juez competente.<sup>57</sup>

La reglamentación de la citada ley establecía que el procedimiento administrativo en las investigaciones preliminares y sumarios por infracción a la derogada ley 12.906, se haría en forma “reservada,” sin perjuicio de que las personas investigadas podían “proponer medidas de prueba en cuanto fueren pertinentes,” las que podían ser denegadas por el órgano sumarial, sin recurso alguno.<sup>58</sup>

La administración entendió en su momento que el trámite administrativo era una etapa previa del *secreto* del proceso judicial, al cual se le hacía entonces

<sup>54</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, “Garantía de defensa ante órganos administrativos y la Corte Suprema,” *LL*, 87: 875; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, 1ª ed., p. 469; *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 319 y ss.; 2002, 2ª ed., p. 327 y ss.; *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Madrid, Civitas, 1991, 4ª ed., p. 655: “la petición de que se abra el período de prueba puede deducirse por los interesados al evacuar el trámite de audiencia y vista, una vez examinado el expediente instruido, pero, en este supuesto, practicada la prueba debe darse oportunidad al interesado de deducir nuevas alegaciones, ya que el trámite de audiencia y vista ha de concederse [...] antes de la propuesta de resolución.”

<sup>55</sup> PTN, *Dictámenes*, 97: 308 vta.

<sup>56</sup> *Supra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>57</sup> Ley 12.906, arts. 9, 10, 11 y 14; derogada por el decreto-ley 22.262/80.

<sup>58</sup> Decreto 5428/49, arts. 20 y 25.



extensiva esa característica.<sup>59</sup> La solución pudo tener algún dejo de sustento, en cuanto la administración no aplicaba de cualquier manera sanción alguna en el procedimiento, sino que se limitaba a una investigación preliminar que —en definitiva— debía ser enviada a la justicia, en caso de proceder, para la iniciación formal del proceso que pudiese haber correspondido. Sin embargo ya sostuvimos —durante la vigencia de la ley 12.906— que era preferible, por razones de eficiencia administrativa y debido proceso legal, la solución opuesta: Permitir la defensa del interesado bajo control de la administración, ya que el mayor aporte de datos y elementos de juicio siempre contribuiría a una mejor y más completa decisión sobre la cuestión debatida, cualquiera que esa determinación hubiere de ser.

Tal régimen fue derogado por el decreto-ley 22.262/80, a su vez sustituido por la ley 25.156 de defensa de la competencia; ésta tiene diversos supuestos sumariales, todos los cuales contemplan correctamente asegurar el derecho de defensa; art. 29, denuncias y sumarios de oficio a posibles infractores a la ley. Salvo que la reglamentación dispusiera lo contrario en violación a la letra y el espíritu de estas normas, el sumario no debería ser secreto en etapa alguna. Aquí como en tantos otros puntos de nuestro derecho público, resta ver como será la experiencia.

#### 4.4. *Los sumarios en la función pública*

Otro caso es aquel en que la administración inicia de oficio actuaciones tendientes a determinar si *un funcionario o empleado*<sup>60</sup> ha cometido o no un irregular cumplimiento de la función o una violación a las normas legales de ética pública, que pueda dar lugar a la aplicación de sanciones administrativas. El art. 37 *in fine* del “régimen jurídico básico de la función pública” (decreto-ley 22.140/80) disponía, al igual que el art. 41 del decreto-ley 6666/57, que: “El sumario será secreto hasta que el sumariante dé por terminada la prueba de cargo.” La ley 25.164 de empleo público remite en su art. 29 al cumplimiento *previo* del debido proceso adjetivo conforme al decreto ley 19.549/72.<sup>61</sup> Lo propio hace la ley 25.188 de ética pública en su art. 20, segunda parte. Ello implica la derogación de la norma

<sup>59</sup> PTN, *Dictámenes*, 87: 39 y 87:40. Se trataría entonces de una suerte de antesala de la *instrucción*, del proceso criminal, por el posible *delito* de referencia.

<sup>60</sup> Términos indistintos en la ley de empleo público nacional 25.164, como en las demás normas legales y constitucionales, según explicamos en el t. 1, cap. XIII, § 1, “La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público” a 3, “Continuación. Crítica legal.” Lo mismo ocurre en la ley de ética pública 25.188.

<sup>61</sup> Ver GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, “Derecho sancionador y régimen disciplinario del empleo público,” AA.VV., *“Las bases constitucionales del derecho administrativo” en honor a Juan Bautista Alberdi*, RAP, 309: 353-71, Buenos Aires, 2004; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (dir.), *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional: Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional aprobado por la ley 25.164 y reglamentación, comentados y anotados con remisión a los convenios colectivos de trabajo generales vigentes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010. IVANEGA, MIRIAM M., “El derecho de defensa en el procedimiento disciplinario,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 929-53, esp. p. 930.

antes referida, a su vez repetida en el art. 46 del dec. 467/99, anterior reglamento de investigaciones administrativas. El secreto del sumario es incompatible con el derecho de defensa. La mayor parte de las pruebas sobre la base de las cuales se hacen los sumarios son declaraciones testimoniales. Si el inculpado no puede estar presente cuando se toman estas declaraciones, no puede tampoco evitar que se hagan preguntas tendenciosas (*leading questions*), ni controlar que se registren fiel e íntegramente las respuestas, ni hacer repreguntas *en el mismo acto*, no puede afirmarse que se ha respetado su garantía constitucional de defensa. Aunque luego la administración admita que se llame nuevamente a los testigos a declarar —cosa ésta ya algo difícil— es improbable que se desdigan de lo que hayan declarado antes, sin control alguno de la parte interesada.<sup>62</sup>

Las declaraciones prestadas ante la administración no revisten el carácter de testimonios, pues ello sólo ocurre cuando son dadas ante autoridad judicial *stricto sensu*. La imposibilidad de hacer condenar por falso testimonio a una persona que declara falsamente en un sumario administrativo, entonces, deja inerte a la persona afectada por esas declaraciones, si no ha podido estar presente para controlarlas cuando ellas se hicieron y si no puede luego efectivamente repreguntarlas, hacerlas incurrir en contradicción, o demostrar de otro modo la falsedad de sus dichos. La única solución real para este problema es la participación del sumariado, sus representantes o letrados, durante las declaraciones, a fin de controlar adecuadamente su producción y registro. Resulta aplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en otro tipo de sumarios, los derivados de infracciones a la ley de vinos 12.372. Allí se consideró que había agravio a la garantía constitucional de la defensa si “cuando se le confirió vista, la prueba ya estaba producida,”<sup>63</sup> pues el procedimiento probatorio no podía ser reiterado. Lo mismo ocurre aquí. El procedimiento probatorio en lo que se refiere a declaraciones testimoniales, no puede ser reiterado eficazmente para la defensa del interesado. Ello es así, *a*) por la situación del declarante —generalmente funcionario público, sometido entonces a las presiones o insinuaciones que pueda hacer la administración—; *b*) por la circunstancia de no incurrir en falso testimonio a pesar de declarar falsamente —lo que le otorga impunidad en su declaración, más aun si ella no es controlada por el interesado—; *c*) por la misma dificultad en hacerlo concurrir a prestar declaración, lo que si bien constituye una obligación del cargo cuando lo llama la propia administración, puede no serle exigido con igual celo cuando sea necesario que concurra nuevamente, esta vez a pedido del sumariado; *d*) por lo demás, las personas ajenas a la administración, citadas como testigos, no están obligadas a comparecer ni pueden ser obligadas compulsivamente;<sup>64</sup> *e*)

<sup>62</sup> Conf. TOIA y PAZOS, *op. cit.*.

<sup>63</sup> CSJN, *Fallos*, 247: 724, *Dubois*, 1960.

<sup>64</sup> PTN, *Dictámenes*, 84: 141. Por otra parte, resulta obvio que si ellas concurren por su voluntad la primera vez que las llamó la administración durante el secreto del sumario, se mostrarán

Finalmente cabe recordar, en relación a lo ilusorio y vano de ofrecer como paliativo probatorio la reiteración del procedimiento, una vez levantado el secreto del sumario, que ha quedado claro en la jurisprudencia estadounidense sobre la producción de pruebas testimoniales, que el daño de una pregunta tendenciosa reside en el mero hecho de hacerla, implantando así sugerencias en las respuestas del testigo. Si éste no puede ser controlado y corregido inicialmente, de nada vale llamarlo luego nuevamente a prestar declaración. Si a esto se agrega que si el testigo no concurre nuevamente al ser citado por el sumariado, el daño probatorio es absoluto y la indefensión también.

En consecuencia, corresponde que el interesado plantee en los casos ocurrientes, ante la administración primero y la justicia después, el desconocimiento de su garantía constitucional. La cuestión constitucional debe ser introducida en el recurso previsto en el art. 39, presentado en la administración por ante la Cámara Federal de Apelaciones.<sup>65</sup> Conviene, para evitar todo posible tecnicismo procesalista, plantearla ya en la primera oportunidad administrativa,<sup>66</sup> al recibir la vista de la prueba de cargo o al ser llamado a declarar. Sería educativo que el Tribunal anulara todo lo actuado y ordenara a la administración *hacer una nueva producción de la prueba respetando la garantía constitucional del debido proceso y el derecho de defensa de los habitantes*. Los antecedentes judiciales no son sin embargo alentadores. Es claro que el antiguo carácter “secreto” del sumario desaparece en el momento en que el imputado toma vista de las actuaciones respectivas.<sup>67</sup> Por ello, a partir de ese momento será ya indubitablemente

seguramente renuentes a concurrir nuevamente, cuando se las cite por segunda vez a instancias del sumariado.

<sup>65</sup> Ahora el art. 39 de la ley 25.164 ofrece siempre el recurso directo, con o sin agotamiento de la vía administrativa. No es de aplicación la distinción que confería el recurso sólo contra los actos expulsivos. En los demás, si no era de aplicación la apelación directa no quedaba excluida la vía judicial; era “susceptible de revisión judicial por las vías de la acción.” PTN, *Dictámenes*, 96: 235. Conf. sentido CNFed. CA, *DJ*, 1965: 1667. Ver los demás fallos y antecedentes que citamos en el t. 1, cap. IX, § 13, “«Recurso» o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración” y 14, “Alcance jurídico-político,” texto y notas 61 a 67.

<sup>66</sup> Así lo indicaron criticables precedentes: CSJN, *Fallos*, 269: 384, *García de Gómez*, 1967: 268: 415; 262: 391; 255: 216. Ver REVIDATTI, GUSTAVO ADOLFO, “La revisión mediante apelación ante órgano judicial, de sanciones disciplinarias administrativas,” en *Revista de la Facultad de Derecho* (Corrientes, UNN) 1964/5, 6-7: 129; PEARSON, MARCELO MARIO, “Impugnación judicial de la cesantía o exoneración del agente de la Administración Pública,” *LL*, 1977-B, 96; GROISMAN, ENRIQUE, “Cesantía y exoneración ilegítimas en la relación de empleo público y derecho a las remuneraciones vencidas,” *Derecho laboral*, año XX, 5-6: 129, año 1978. Ampliar en t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 13, “«Recurso» o «acción» judicial y facultades jurisdiccionales de la administración,” acerca de la naturaleza de estos recursos. La Sala V de la CNFed. CA admite la apertura a prueba normal de estos recursos, *Banco Regional del Norte Argentino c. Banco Central de la República Argentina*, *LL*, 1997-D, 667, con nota de CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos.” Ampliar en BIOTTI, MARÍA A., “Algunas precisiones sobre los recursos directos en el contencioso,” en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, pp. 367-373.

<sup>67</sup> Ver los considerandos del decreto 9527/67, *B. O.*, 8-XI-67; PTN, *Dictámenes*, 96: 235.

ilegítima toda restricción que pretenda hacerse a la intervención del sumariado, sus representantes o letrados. De todos modos, la jurisprudencia que reconoce efecto saneador de la indefensión administrativa a la ulterior revisión judicial, ha comenzado, en buena hora, a resquebrajarse. Así, p. ej., no se hace extensivo ese pernicioso privilegio de la administración a sus licenciatarios o concesionarios.<sup>68</sup>

### 5. *La notificación de un acto implica la vista de las actuaciones*

Hasta ahora se han considerado los distintos casos en que la administración debe dar traslado y vista de las actuaciones *antes* de dictar un acto que afecte los derechos de una persona. En los casos reseñados, el sumario tiende a la averiguación de ciertos hechos y a la participación del interesado en su discusión y apreciación para que la administración pública pueda luego decidir si corresponde o no aplicar alguna sanción. Esta última, en el caso de los sumarios a particulares, será el acto lesivo al particular que abrirá las vías de recurso, en las cuales continúa el derecho que le asiste de conocer y seguir conociendo integralmente y en todo momento de las actuaciones que le afectan, con fotocopia a su cargo de todos los actuados. En el caso de un sumario administrativo a un agente público, las vías recursivas se abren igualmente contra la aplicación de alguna sanción: *a*) apercibimiento; *b*) suspensión de hasta treinta días en un año, contados a partir de la primera suspensión; *c*) cesantía; *d*) exoneración.<sup>69</sup>

Dicho de otra manera, a partir del momento en que la administración se apresta a dictar un acto administrativo sobre el fondo de la cuestión, que lesiona o puede lesionar los derechos subjetivos o de incidencia colectiva, o los intereses legítimos de un tercero, resulta indispensable que el interesado tenga renovado acceso a las actuaciones. No puede hoy en día discutirse el grado de intervención y de vista que le corresponde a una persona *antes* que se produzca la prueba de cargo, cuando el art. 1° del decreto-ley 19.549/72 es categórico en el empleo de la palabra “antes.” En el pasado la jurisprudencia había cumplido un rol cohenestador de la ilegalidad administrativa, salvando los vicios insanables del acto o del comportamiento administrativo. Ya no es tan frecuente.

No cabe discutir acerca de la procedencia amplia de esa intervención y vista *después* del dictado de tal acto, pero la administración excepcionalmente no permite al interesado que acude a notificarse de un acto, el conocer y obtener fotocopia de las actuaciones que lo preceden. Es una práctica que va desapareciendo, por el progresivo conocimiento de los principios y normas del procedimiento administrativo, entre ellos y fundamentalmente el art. 38 de la reglamentación. El administrado, por su parte —no siempre consciente de su derecho a conocer

<sup>68</sup> *Frade c. Metrogas*, CNFed CA, Sala III, LL, 1998-F, 337, con nota “La falta de audiencia por el concesionario o licenciatario,” reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 98, p. 200.

<sup>69</sup> Ley 25.164, art. 30.

automáticamente las actuaciones— no insiste a veces lo suficiente en la defensa de su derecho con los medios lícitos que la experiencia proporciona<sup>70</sup> y asiente al trámite que le es sugerido, o sea, presentar una nota solicitando vista y esperar su resolución en sentido favorable; o a veces, lo que es también posible, desfavorable. Reiteramos que esto es una grave irregularidad del procedimiento contra la que debe lucharse permanentemente.<sup>71</sup>

### 6. Acceso subsiguiente

Además, debe tenerse presente que cuando en el expediente se ha resuelto una vez, expresa o tácitamente, otorgar vista de las actuaciones, ello debe considerarse como resolución definitiva en el sentido de que el procedimiento no es secreto o reservado.<sup>72</sup> Queda por lo tanto abierta al particular o interesado la posibilidad de consultar el expediente en el futuro, tantas veces como le sea conveniente u oportuno, sin necesidad de resoluciones que le otorguen la vista, ni de nuevas solicitudes por escrito. De otro modo y ante la necesidad de que participe en las distintas etapas posteriores: Recurso, apertura a prueba, discusión, ofrecimiento y denegación de pruebas, alegatos,<sup>73</sup> dictámenes, etc..., se haría necesario multiplicar al infinito los trámites de vista, con lo cual todo expediente llevaría más de la mitad dedicado a estos menesteres burocráticos. Con todo, es obvio que una vez producida la prueba y antes de adoptarse una decisión sobre su base, la administración debe siempre, de oficio, dar un nuevo traslado al particular para

<sup>70</sup> Ver *supra*, t. 7, cap. XVII, “El procedimiento administrativo en la práctica.” Ver también RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean,” en TAWIL, *op. cit.*, cap. XXVIII, pp. 333-327, reproducido en el t. 7, cap. XXII.

<sup>71</sup> Cuando escribimos por primera vez estas líneas, en 1964, habían existido casos desopilantes en que un empleado pretendía que el particular se notificara firmando al pie de una resolución *que no le permitía ver*, tapándosela al efecto con un papel; casos en que los jefes de despacho preparaban la fórmula con la que a su juicio el particular *debía notificarse*, la que entonces rezaba que el individuo se notificaba “en un todo de conformidad y sin tener que manifestar observación alguna...!”; en que se pretendía hacer firmar la notificación y vista del expediente, *antes* de permitirle su conocimiento. Es mucho lo que se ha progresado desde entonces, pues hoy en día cualquier funcionario o empleado administrativo normalmente no vacila en otorgar fotocopias del expediente, sobre todo teniendo en cuenta que no queda registro alguno de ello en el expediente, lo cual tiene la doble ventaja de ser absolutamente legal, y también no ocasionar problemas a nadie. Pero quedan otros problemas pendientes, como explica RODRÍGUEZ PRADO, *op. loc. cit.* También ver RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “La violencia del procedimiento administrativo en la práctica,” LL, 2006-F, 897, reproducido en el t. 7, cap. XVIII.

<sup>72</sup> Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 86, nota 22.

<sup>73</sup> Que, dicho sea de paso, es una de las actividades profesionales que más cuesta aprehender a los cursantes, incluso en post-grado. Se trata de una más de las actividades profesionales que no siempre se enseñan en los cursos de grado y post-grado de las universidades. Al estudiante le causa mucha dificultad tener que realizar escritos administrativos relativos al curso, alegar sobre el mérito de la prueba producida, etc., pero si no lo aprende en esa oportunidad, tendrá que aprenderlo, más duramente, en la vida; a costa de su prestigio y sus clientes. Hay un *deber* de aprender todo esto antes de egresar, para que el ejercicio de la profesión quede dignamente habilitado por la Universidad.

que alegue sobre la prueba.<sup>74</sup> Así lo dispone el art. 60 del reglamento, aunque no siempre se cumple.<sup>75</sup> Como dice ESCOLA,<sup>76</sup> siguiendo nuestros primigenios libros, “No basta una simple vista concedida en cualquier momento del procedimiento de control y ello se explica porque si el interesado debe tener un total conocimiento de lo actuado, no se puede admitir que, con posterioridad a la vista, se cumplan otras actuaciones o se agreguen nuevas pruebas, pues en tal caso las alegaciones del recurrente no estarían fundadas en el completo conocimiento de los antecedentes y constancias acumuladas en la tramitación del recurso.” Se trata, pues, de una participación constante del interesado y de un acceso permanente e informal, sin trámite alguno, a las actuaciones: Desde el primer momento hasta la realización de la última diligencia probatoria o de cualquier otro tipo; no de otro modo podrá efectivamente defenderse con el alcance que DYROFF diera acertadamente al principio: “el derecho de ser oído con ataque y defensa y de oír lo que alegan los adversarios.”<sup>77</sup>

Ha dicho así el Superior Tribunal español, “No basta para considerar cumplido el trámite de dar audiencia a los interesados el realizarlo en cualquier momento de la tramitación,”<sup>78</sup> ya que lo importante es conocer las actuaciones no sólo desde su comienzo, sino también al estar listas para la decisión, cuando se han reunido los elementos que se tendrá en cuenta para adoptar su resolución.<sup>79</sup> Por ello, ese trámite final de audiencia “no puede ser sustituido por el escrito que [...] presente sin conocimiento de las actuaciones administrativas.”<sup>80</sup>

### 7. Formas de tomar vista

Tomar “vista” es la leal, completa, fidedigna información del interesado de las actuaciones que lo afectan. No ha de interpretarse que el tomar “vista” de las actuaciones significa que sólo se puede leer el expediente, pero no revisarlo, manejarlo, copiarlo, fotocopiarlo, fotografiarlo, etc. El derecho a tomar vista de las actuaciones comprende consultar directa y personalmente el expediente y obtener copias de todas sus partes, sea por medios manuales o mecánicos: Fotocopias

<sup>74</sup> Ver la nota precedente.

<sup>75</sup> Art. 60: “Sustanciadas las actuaciones, se dará vista de oficio y por 10 días a la parte interesada para que, si lo creyere conveniente, presente un escrito acerca de lo actuado y en su caso, para que alegue también sobre la prueba que se hubiera producido.” GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 469; *Manual...*, op. cit.; *Comentarios...*, op. cit., p. 700.

<sup>76</sup> *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 309.

<sup>77</sup> Citado por FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 326.

<sup>78</sup> Superior Tribunal español, 25-VI-48; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, op. cit., p. 482; *Comentarios...*, op. cit., p. 712.

<sup>79</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 482; *Manual...*, op. cit.; *Comentarios...*, op. cit., p. 712 y jurisprudencia española; Corte Suprema de EE. UU.: GELLHORN, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 85. GELLHORN, ERNEST; ROBINSON, GLEN y BRUFF, HAROLD, *The Administrative Process*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1993, 4ª ed., p. 667.

<sup>80</sup> ST español: GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 482; *Comentarios...*, op. cit., p. 713.

de cualquier tipo, fotografía, microfilmación, grabación en cinta magnetofónica, videofilmación, escaneado, etc.<sup>81</sup>

Si en el expediente hay agregados objetos determinados como prueba, podrá también obtenerse facsímiles o copias de ellos, siempre que no altere su estado. P. ej., se pueden sacar copias en cera yeso, arcilla, calcos, *frottage*, etc., según de qué elementos se trate. En el caso del letrado patrocinante, es suficiente con que conste su firma en algún escrito para que esto lo habilite en tal calidad para acceder a las actuaciones, sin que quepa exigir otra autorización expresa de la parte y menos aun la presencia física de ésta ni el otorgamiento de un poder especial ni tampoco certificación de la firma de la parte.<sup>82</sup>

En rigor, el verdadero principio procesal debería ser permitir el acceso de todo letrado a cualquier actuación, dejando constancia de su toma de razón en caso de no ser apoderado o patrocinante de la parte, para deslindar eventuales responsabilidades en que pueda incurrir. Cuando el abogado es patrocinante o apoderado del recurrente no hace falta constancia alguna de haber tomado vista, al igual que cuando comparece el propio interesado.

### 7.1. *El derecho a obtener copias y el retiro del expediente en préstamo*

El procedimiento administrativo nacional no está tan adelantado como el judicial, en cuanto a las comodidades materiales de las que —en algunas jurisdicciones— se dispone para consulta y manejo del expediente. En particular, en la administración nacional los letrados no pueden llevarse bajo su responsabilidad los expedientes, como es de práctica en el proceso judicial. Pero esto se morigera en gran medida con la facilidad actual de obtener fotocopias completas del expediente, a veces sin cargo y otras con cargo al interesado. En tal sentido, es también práctica aceptada, cuando existe alguna razón para no proveer directamente las fotocopias, la alternativa de poder retirar el expediente de la dependencia acompañado por un agente o funcionario de la repartición pública en cuestión, con la finalidad de obtener copias. De esta manera, no creemos que exista así dificultad para la defensa, en este aspecto.

En los regímenes provinciales alguna vez imperaron normas prohibitivas.<sup>83</sup> Pero debe señalarse una tendencia creciente en el sentido opuesto; así en Entre

<sup>81</sup> Art. 42 de Uruguay: “El derecho acordado a los interesados o sus patrocinantes, comprende no sólo la facultad de revisar y leer las actuaciones, sino también la de copiar o reproducir por cualquier medio, todo o parte de ellas.” CANOSA, *op. cit.*, p. 140: “La vista no solo implica leer el expediente sino también copiarlo, grabarlo o fotocopiarlo. Esto último fue recogido por la reforma del decr. 1883/91, al determinarse que a pedido del interesado se facilitarán, a su costa, fotocopias de las piezas que individualice (art. 38, RPA.)”

<sup>82</sup> Uruguay, art. 61, aclara que este acceso puede hacerse “sin su presencia.” (De la parte.)

<sup>83</sup> Ese era el caso de Misiones: art. 42, *ADLA*, XXI-B, 1855. La regulación de procedimiento administrativo n° 2970 de dicha provincia (*ADLA*, LVII-A, 1243) suprimió tales restricciones,



Ríos<sup>84</sup> y Santa Fe,<sup>85</sup> se faculta ya desde hace tiempo a los interesados a retirar los expedientes cuando se trata de traslados. Esta solución se fue incorporando progresivamente en muchas de las legislaciones provinciales más modernas y sensatas: Corrientes,<sup>86</sup> Salta,<sup>87</sup> Mendoza,<sup>88</sup> Chaco,<sup>89</sup> La Rioja.<sup>90</sup> Lo mismo ocurre en otros países, p. ej. en la República Oriental del Uruguay.<sup>91</sup>

En todo caso, es obvio que el conocimiento cierto y efectivo de las actuaciones se materializa recién con la obtención de *copias* del expediente,<sup>92</sup> sea mediante su retiro en préstamo o no. La lectura de pie de un expediente administrativo, grabando, tomando notas, fotografiando, o llevando una fotocopidora portátil o un escanner portátil a la repartición, es demasiado primitiva: En los dos últimos casos, no por el medio empleado, sino por la actitud que supone de parte de la administración.

Existiendo ya en todas partes múltiples fotocopadoras de fácil y económico acceso, si la administración no entrega en préstamo el expediente debe al menos proveer copias. Es en verdad abusivo pretender que el particular deba copiar a mano o a máquina, o incluso grabar, fotografiar, etc., aquello de lo que tiene derecho a tomar conocimiento o noticia adecuada. Ese conocimiento sólo es cabal cuando el individuo puede estudiar con detenimiento la reproducción visual *exac-*

permitiendo al interesado la obtención de fotocopias del expediente art. 72. Ello torna innecesario, aunque no improcedente, el préstamo.

<sup>84</sup> En Entre Ríos tanto las vistas como los traslados se otorgan con entrega del expediente. Dice así el art. 29 de la ley 7060: "Las partes interesadas podrán solicitar y retirar bajo su responsabilidad, los expedientes en que intervengan, dentro de los términos de las vistas o traslados que se les corran, otorgando recibo con constancia del número de fojas y demás detalles que puedan exigirse. Los plazos o términos podrán ser ampliados por la autoridad proveyente, a pedido de parte, cuando así lo estime de equidad o conveniencia para la mejor resolución del asunto."

<sup>85</sup> En Santa Fe el art. 33 del decreto 10.204/58 establece que "Los traslados se correrán con entrega de las actuaciones a la parte interesada, bajo recibo, por el término que se fije y deberán correrse, indefectiblemente, si así se solicitare, en todos los recursos a fin de expresar agravios y a solicitud de parte cuando el Jefe de la Repartición lo estime procedente." En otros aspectos la reglamentación es restrictiva, como explican FERULLO, GUSTAVO CÉSAR y GRAU, CÉSAR ANTONIO, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, pp. 86-90.

<sup>86</sup> Corrientes, arts. 271 y 98 inc. d).

<sup>87</sup> Salta, art. 137.

<sup>88</sup> Mendoza, art. 141; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 198.

<sup>89</sup> Chaco, art. 32.

<sup>90</sup> La Rioja, decreto-ley 4044/81, art. 137.

<sup>91</sup> Art. 45: "También podrá el interesado retirar el expediente de la oficina para su estudio [...] bajo la responsabilidad del abogado patrocinante." El mismo art. legisla sobre las modalidades y excepciones de este principio, en forma similar al derecho procesal. Señala MARTINS, DANIEL HUGO, "La regulación jurídica del trámite administrativo," en el libro *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE, CAJARVILLE PELUFFO, Montevideo, Acali, 1977, p. 72, que esta norma es una conquista tanto para los administrados como para la profesión de abogado.

<sup>92</sup> Es la solución que propiciamos desde 1964 en nuestro Proyecto de código administrativo, art. 256: "El derecho a tomar vista de las actuaciones comprende no sólo la facultad de revisarlas y leerlas por sí, sino y también la de copiar cualquier parte de ellas," *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 205 y ss. Conf.: Ciudad de Buenos Aires, art. 58; La Rioja, art. 140; Misiones, art. 81; Neuquén, art. 144; Río Negro, art. 60 y Salta, art. 140.



ta y no meramente aproximada, de aquello de lo cual ha tomado vista y puede hacerlo, él y su letrado, en la comodidad de su respectivo estudio o domicilio. La tendencia dominante de la legislación moderna es admitir el retiro en préstamo del expediente y durante mucho tiempo fue la Nación la que se encontraba relativamente más atrasada en el tema. La consulta, copia, etc. se efectuaba en condiciones a menudo materialmente inadecuadas, casi primitivas, obligando a llevar fotógrafo, *scanner* portátil, hasta fotocopidora portable. Era ridículo. Felizmente, mediante el decreto 1883/91 se vino a sustituir el texto del art. 38 del reglamento nacional, que actualmente permite a los interesados obtener fotocopias de las piezas que solicita, las que estarán a su cargo.<sup>93</sup> Igual solución encontramos en el derecho comparado,<sup>94</sup> por ej. el derecho venezolano “el derecho a obtener copia de las actuaciones,”<sup>95</sup> como parte esencial del derecho de defensa.<sup>96</sup>

## 8. Términos para tomar la vista

### 8.1. Ausencia de términos

En primer lugar, hemos señalado que es absurdo desde el punto de vista de la eficiencia administrativa paralizar todo el expediente a fin de realizar un simple trámite de vista y que el interesado debe obtener acceso informal a las actuaciones en todo momento y en cualquier oficina en que se encuentren.<sup>97</sup> Ya referimos que la incomodidad que ello puede causar al administrado no será mayor que la que le ocasionará hacerlo “formalmente” en la mesa de entradas de la repartición.<sup>98</sup>

<sup>93</sup> Algunas reparticiones ya facilitaban este trámite entregando fotocopias gratuitas, o proveyendo una ordenanza para que con la custodia material del expediente acompañase al interesado a una casa comercial de fotocopias a fin de reproducirlo. En otras, inclusive, se había llegado al sistema de proveer fotocopias con cargo, lo que en su momento consideramos lo más sencillo y justo y que en definitiva fue lo plasmado normativamente.

<sup>94</sup> España, art. 35 inc. a); Bolivia, art. 16 incs. d) y j); Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; Costa Rica, art. 272 *supra*, cap. II, § 16, “Facilitar la defensa del interesado;” Perú, art. 160.

<sup>95</sup> Ver BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, *La actividad administrativa*, Vol. 1, *Reglamento, procedimiento y actos administrativos*, Caracas, 1976, pp. 158-9, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, 18-2-70; “La carga de la prueba en el derecho administrativo,” *Rev. Arg. de Der. Adm.*, 11: 15, 23, nota 25, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.

<sup>96</sup> En el fallo mencionado en la nota precedente que “el derecho de petición sería letra muerta, no obstante el rango constitucional que tiene la norma que lo consagra en nuestra legislación, si los órganos o agentes de la administración pública pudieran negarse a ordenar la expedición de copias certificadas,” BREWER-CARIAS, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, t. III, vol. 1, p. 159.

<sup>97</sup> Ver CNFed CA, Sala III, *Flores*, *op. cit.*, “...en el supuesto en que las actuaciones se hallen en otra dependencia de la administración o hayan sido remitidas a una dependencia judicial debe darse curso a la solicitud del actor e informar sobre su ubicación y estado, debiendo, en su caso, arbitrarse los medios necesarios para que el actor pueda tomar la vista correspondiente.”

<sup>98</sup> En la que también deberá consultarlo de pie, pero esta vez con la incomodidad adicional de hacerlo entre innumerables personas que concurren a realizar sus respectivos trámites, haciendo colas, etc. Todo esto es, desde luego, responsabilidad del poder político, que jamás tiene interés alguno en aumentar de manera suficiente y adecuada el número de tribunales judiciales en materia de derecho administrativo, a fin de evitar la superabundancia de causas que terminan paralizando al tribunal.

También comentamos que sería absurdo pensar que algún funcionario tendrá en sus manos un solo expediente para estudiar y decidir, de manera tal que si se lo piden para revisarlo y efectuar la vista durante un lapso de media hora, deba dicho funcionario verse forzado a cruzarse de brazos durante ese tiempo, por falta de otro expediente de qué ocuparse... Es visible lo errado que sería dar vista al interesado por un procedimiento ritualista y formal como el que más, en total contradicción con el principio del informalismo del procedimiento. No tiene sentido, entonces, otorgar “términos” para la vista y paralizar durante ese tiempo el trámite, sino que debe darse vista sin término y sin suspender el trámite de las actuaciones, en el mejor interés de la administración y del administrado.

## 8.2. *Suspensión de los términos*

Lo dicho anteriormente tiene particular aplicación en aquellos casos en que el procedimiento ha sido siempre público, con normal acceso de las partes al expediente. Sin embargo, el art. 76 del reglamento<sup>99</sup> contempla una hipótesis que supone, no muy erradamente, que el particular pueda en verdad haber estado ajeno al trámite de las actuaciones que lo afectan o pueden afectar. Esa disposición establece que cuando el particular presenta un escrito pidiendo vista, esta “mera presentación” suspende de pleno derecho el curso de los plazos que estuvieren corriendo, incluidos los plazos para recurrir. Esta suspensión tiene efecto desde el mismo día en que el particular solicita la vista,<sup>100</sup> de pleno derecho; se aplica también al plazo para iniciar la acción judicial.<sup>101</sup> A su vez, cuando el otorgamiento de la vista es a los efectos de articular un recurso administrativo y él

<sup>99</sup> Art. 76: “Si a los efectos de articular un recurso administrativo la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto, en base a lo dispuesto por el art. 1º, inc. e), apartados 4º y 5º, de la ley. La mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los plazos, sin perjuicio de la suspensión que cause el otorgamiento de la vista. En igual forma a lo estipulado en el párrafo anterior se suspenderán los plazos previstos en el art. 25 de la ley de procedimientos administrativos.”

<sup>100</sup> DOCOBO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 705: “no desde que se concede o se toma efectivamente.” Más aun, el efecto suspensivo igual opera aunque la administración resuelva denegar la vista: ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 87. Inclusive el plazo se mantiene suspendido si la administración omite proveer el pedido de vista. Así lo declarado la Sala I, CApel. CAYT de la Ciudad, *Cavemar*, 30-VI-04, frente a la excepción de inadmisibilidad de la instancia planteada por la Ciudad.

<sup>101</sup> ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 88. Esta potencialidad suspensiva, que también tiene el recurso administrativo procedente interpuesto en término demuestra que el plazo para acudir a la justicia no es de caducidad, pues esta no puede interrumpirse. Conf. CONIL PAZ, ALBERTO AUGUSTO, “Caducidad o prescripción,” *ED*, 186: 28; pues la caducidad es una sanción: LLAMBIÁS, *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. II, p. 562. HUTCHINSON observa que la implementación de dicha norma es antijurídica, en virtud de que “el RLNPA puede legislar todo lo atinente al procedimiento administrativo, y hasta decidir cuando comienza a computarse el plazo judicial (es decir, cuando finaliza aquél), pero de ahí en más es una cuestión procesal (habilitación de la instancia) que escapa a la regulación del Ejecutivo.” Agrega que “un reglamento no podría alterar (modificándola) una disposición legal, y el art. 25 dice expresamente que el plazo procesal allí establecido es perentorio, y perentoriedad, entre otras cosas, significa que ni puede interrumpirse ni suspenderse”, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 8ª ed., Astrea, 2006.

ha sido solicitado expresamente por el interesado, corresponde que sea dado por un período determinado durante el cual el plazo para recurrir quedará también suspendido.<sup>102</sup> Esta norma contempla dos suspensiones: Una, la que se produce por el solo hecho de pedir la vista y otra, que corre por todo el tiempo que se ha concedido la vista. Uno y otro efecto suspensivo corren yuxtapuestos, o sea que la suspensión opera ininterrumpidamente desde que se la pide hasta que expira el término otorgado para tomar la vista a los efectos de interponer el recurso. Por aplicación del principio del art. 1º, inc. e), ap. 9º, que los términos se “reinician” al cesar la suspensión con motivo de la caducidad de las actuaciones,<sup>103</sup> consideramos que el término para recurrir no continúa corriendo contando el tiempo ya transcurrido antes del pedido de vista, sino que empieza a correr de nuevo, íntegramente, a partir del momento en que concluye el término concedido para la vista conforme a estas disposiciones. Si bien distamos de sugerir esta conducta a los administrados que se encuentran a tiempo de computar el plazo de la manera más desfavorable, quienes harán bien en evitar estas disquisiciones e interponer el recurso en el modo más estricto de computar los plazos, lo cierto es que en buenos principios lo expuesto respecto a la remisión es la forma más armónica de interpretar esta norma.<sup>104</sup> Desde luego, también es procedente manifestar la formal voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento al pedir la vista y en consecuencia tener ya interpuesto el recurso, dejando para luego de obtenida la vista el aportar la fundamentación pertinente. Ello permitirá obviar toda discusión y asimismo toda preocupación por plazos que pueden ser demasiado breves. En cuanto al tiempo durante el cual la administración debe conceder el plazo, el art. 38 del reglamento remite al art.1º, inc. e), aps. 4º y 5º: El plazo será en consecuencia de diez días hábiles administrativos<sup>105</sup> y el interesado puede también pedir ampliación antes de su vencimiento. La norma establece

<sup>102</sup> Art. 76, segundo párrafo. La SCJBA, en la causa *Yovovich* (sentencia del 31 de agosto de 2007), determinó que a la luz de lo normado en el artículo 171 del Reglamento de Disciplina del Banco de la Provincia de Buenos Aires, el cual expresaba que la suspensión operaba de manera automática sobre los términos recursivos “desde la fecha de presentación de la solicitud”, la fecha a tener en cuenta para operar la suspensión del plazo para recurrir, es la que fija el sello fechador del Correo Argentino en la Carta Documento por la cual el actor solicitó la vista del expediente administrativo.

<sup>103</sup> PTN, *Dictámenes*, 132: 184. Comp. HALPERÍN, DAVID ANDRÉS y CATTANI, HORACIO R., “Procedimiento administrativo,” en *RAP*, 6: 12, 17 (Buenos Aires, 1979); según estos autores, una interpretación literal y restrictiva del mencionado apartado 9 “debe ser desechada por sus consecuencias irrazonables y por transgredir no sólo el principio de prescriptibilidad de las acciones sino los que consagra la propia LNPA.”

<sup>104</sup> CANOSA, *op. cit.*, p. 142. En contra DOCOBO, *op. cit.*, p. 705. Ver PTN, *Dictámenes*, 159: 533, y otros; posteriormente señala HALPERÍN, “Los plazos en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, cap. XXII, pp. 253-266, esp. p. 266, nota 27, que serían idénticos los conceptos de remisión y suspensión, lo que no estimamos acertado pues en la remisión el plazo comienza a computarse de nuevo, mientras que en la suspensión se sigue continuando el cómputo del plazo ya transcurrido a partir del cese de la suspensión.

<sup>105</sup> DOCOBO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 705.

que en caso de denegatoria ésta debe serle notificada por lo menos con dos días de antelación al vencimiento del plazo cuya prórroga se hubiere solicitado, lo cual hace que el particular a su vez deba pedir la prórroga al menos tres días antes de dicho vencimiento. La falta de respuesta en el término indicado en el ap. 5° del inc. e) del art. 1° prorroga a nuestro juicio automáticamente el plazo de que se trate. Si la notificación de la denegatoria llegara posteriormente al plazo fijado en esa disposición, deberá entenderse que el particular tiene a partir de la notificación los dos días mínimos que dicho inciso le garantiza de pleno derecho. Sea cual fuere el término, es claro que no puede pretenderse que el interesado tome vista en una sola oportunidad, o en un solo día; por el contrario, él puede tomar conocimiento de las actuaciones “en una o varias sesiones,”<sup>106</sup> dentro del término fijado y sin perjuicio de su derecho a seguir conociendo de las actuaciones en su ulterior desarrollo. Empero, el término es renunciable y el particular puede manifestar, si así lo desea, que da por finalizada la suspensión de los plazos anticipadamente.<sup>107</sup>

### 8.3. Caso de denegación de la vista

Si la vista es parcialmente denegada, p. ej. con fundamento en que determinadas partes del expediente estaban declaradas reservadas por decisión fundada de autoridad competente, el efecto suspensivo se ha producido de todos modos,<sup>108</sup> pues él nace del *pedido* de vista y no de su otorgamiento o denegación. En tal caso el plazo renace<sup>109</sup> a partir del día siguiente a la notificación de la denegación, siempre que el acto denegatorio no sea nulo.<sup>110</sup> Si el acto fuere nulo no produce efectos jurídicos<sup>111</sup> y en consecuencia la suspensión continúa vigente hasta que se dé efectivamente la vista.<sup>112</sup>

Por lo expuesto, no aceptamos que la administración pueda, en caso de considerar que el pedido de vista se reitera con efectos dilatorios, denegarlo ni mucho menos sancionar al particular.<sup>113</sup> En todo caso debe manifestar que el particular tenía, tiene y tendrá acceso irrestricto al expediente y que por ello le mantiene la vista concedida de pleno derecho por la norma, pero no le asigna en cambio al pedido —reiterativo y obstaculizante— efecto suspensivo de todos los términos

<sup>106</sup> VIVANCOS, *op. cit.*, p. 150; DOCOBO, *op. cit.*, p. 706: “nada autoriza a la Administración a considerar finalizado el término de la vista antes de transcurridos los diez días de rigor.”

<sup>107</sup> Puede renunciar a la suspensión de los plazos, pero no al derecho a seguir tomando la vista, que es de índole constitucional. Comp. DOCOBO, *op. loc. cit.*

<sup>108</sup> DOCOBO, *op. loc. cit.*

<sup>109</sup> Según vimos *supra*, § 8.2, “Suspensión de los términos,” en contra, DOCOBO, *op. loc. cit.*

<sup>110</sup> Lo cual ocurrirá si el acto declarando reservadas las actuaciones no existe, o no existe de antes, o no ha emanado de la autoridad competente que prescribe el art. 38, o si niegan *todo* el expediente y no sólo partes de él, etc.

<sup>111</sup> Ver *supra*, t. 3, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.”

<sup>112</sup> Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. loc. cit.*

<sup>113</sup> DOCOBO, *op. cit.*, p. 706.

procedimentales, sino sólo de los términos para recurrir.<sup>114</sup> Ello, como es sabido, no tiene por ahora efectos suspensivos del acto a impugnarse<sup>115</sup> y no afecta por lo tanto su ejecutoriedad y obligatoriedad. Si se procede de otro modo, o sea denegando también la vista y no solamente el efecto suspensivo, se corre el riesgo de cometer fallas procedimentales irreparables, que pueden llevar a la nulidad por indefensión de todo lo actuado.<sup>116</sup>

## II. Limitaciones a la vista

### 9. Admisibilidad de declarar reservadas partes del expediente

Dijimos ya que no puede negarse que, en principio al menos, la administración tiene facultades para declarar que algunas partes de las actuaciones sean de carácter reservado y que cuando ello sea así decidido, no puede el particular tomar vista de las piezas que fueren del caso. Pero debe evitarse que esta atribución pueda convertirse en una corruptela y que se use abusivamente la facultad de declarar reservada una actuación,<sup>117</sup> o parte de ella, pues el principio en la materia

<sup>114</sup> Igual solución en ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 88. AGÜERO, *op. cit.*, p. 86, nota 13, expresa: “Del análisis de las normas citadas se desprende que lo que se suspende es el término del particular para recurrir, pero no la tramitación normal del expediente por la administración; lo contrario sería otorgar al pedido de ampliación de plazo un carácter paralizante del procedimiento y eventualmente dilatorio esto sería tan criticable como la práctica actual de mandar el Expediente a Mesa de Entradas para que el particular tome vista. El trámite puede seguir según su estado incluso pasando de una a otra oficina (salvo que resulte de los hechos del caso que esto, a su vez, se hace como maniobra dilatoria o persecutoria, p. ej. mandando el expediente a otra ciudad o a un punto lejano de la misma ciudad, o cambiándolo de oficina con excesiva frecuencia, etc.)”

<sup>115</sup> DL 19.549/72, art. 12; *supra*, t. 3, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.”

<sup>116</sup> En autos *G.J.L.*, el Juzg. CA N° 1 de La Plata ordenó el 28 de Junio de 2004 al Servicio Penitenciario la entrega de una copia íntegra y autenticada del legajo personal del amparista como así también de los exámenes médicos que se le efectuaron durante su estadía en la Unidad N° 1 de Olmos, su examen de ingreso y las constancias de donde surgen los accidentes sufridos mientras desempeñaba tareas como mozo. Para ello, consideró que “...[e]n el caso de autos, aún siendo cierta la circunstancia invocada por la Fiscalía de Estado en cuanto a que la demandada no ha podido dar vista inmediata de las actuaciones, porque las mismas no se encontraban en la Mesa de Entradas del Servicio Penitenciario; es indudable que la autoridad ha incurrido en una conducta omisiva... [e]n efecto, con la presentación del Sr. G.J.L., reclamando la vista de su legajo personal y otras actuaciones, el Servicio Penitenciario debió suministrar directamente o requerir aquella información al órgano respectivo (art. 48 Decr. Ley 7647/70), adoptando las medidas necesarias para la celeridad, economía y eficacia del trámite (art. 7 del mismo ordenamiento procedimental) que, en este supuesto, estaba enderezado a obtener una vista de la documentación requerida y que por esa razón, la referida omisión administrativa no solo constituye un supuesto de inactividad formal, sino también material...en tanto el objeto de aquel requerimiento incumplido compromete directamente el ejercicio del derecho constitucional de defensa y de acceso a la información...”

<sup>117</sup> CSJN, Fallos, 311-1: 751, *La Buenos Aires Cia. de Seg. S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.*, 1998, *supra*, nota 7.

es que “la Administración no podrá, por tanto, limitar la audiencia a determinadas actuaciones, sino que deberá poner de manifiesto el expediente íntegro.”<sup>118</sup>

Por ello, toda decisión que declara reservada una actuación debe aclarar expresa y específicamente cuáles piezas del expediente son las que se declaran reservadas<sup>119</sup> —evitando la calificación genérica— y fundando en cada caso la determinación adoptada, en forma correcta y razonada; además, esa decisión debe emanar de órgano competente, pues como es lógico no cualquier empleado o jefe de mesa de entradas tiene atribuciones para hacerlo. Como expresa MONTI, las limitaciones a la vista deben ser interpretadas restrictivamente.<sup>120</sup> Y como dicen ABERASTURY (H.) y CILURZO, aquella declaración es una facultad reglada de la administración.<sup>121</sup> Asimismo, las decisiones por las cuales cualquier organismo del Estado deniega la vista de un expediente son revisables judicialmente, incluso aquellas relacionadas con las actividades de inteligencia.<sup>122</sup>

### 10. Órgano competente

La regla teórica que parece más aceptable es aquella que indica que sea la misma autoridad competente que resuelve el fondo de los recursos más importantes, la que pueda pronunciarse en algo tan determinante, como decretar reservadas las actuaciones o partes determinadas de ellas.<sup>123</sup> El reglamento nacional del decreto-ley de procedimiento administrativo, por su parte, se ha inclinado por conferir competencia en esta materia al “respectivo subsecretario del ministerio” o en su caso al “titular del ente descentralizado de que se trate.” En el primer aspecto, si bien la decisión de los recursos por lo general corresponderá a los ministros y los secretarios de Estado son los que intervienen en la *tramitación* de estos, no parece demasiado cuestionable que se haya atribuido competencia a los subsecretarios para declarar reservadas determinadas partes de las actuaciones, dado que la jerarquía es bastante similar y se mantiene el poder de decisión en un parecido nivel ministerial.<sup>124</sup> Sin embargo, nos parece bastante objetable que se haya dejado a los directorios de entes descentralizados la misma atribución. En la administra-

<sup>118</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 483; *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 324 y 2ª ed., p. 332; *Comentarios...*, op. cit., p. 714. GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, t. I, op. cit., p. 686 y ss.

<sup>119</sup> En sentido similar, el anexo VII del Decreto 1172/2003 dispone que: “En el caso que existiere un documento que contenga información parcialmente reservada, los sujetos enumerados en el artículo 2º deben permitir el acceso a la parte de aquella que no se encuentre contenida entre las excepciones detalladas en el artículo 16.”

<sup>120</sup> MONTI, “Limitaciones a la vista...,” op. cit., pp. 131-45, esp. p. 145.

<sup>121</sup> ABERASTURY (H.) y CILURZO, op. cit., p. 86.

<sup>122</sup> CSJN, *R. P., R. D. c/ Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado*, 2011, *Fallos*, 334: 445.

<sup>123</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 484; *Comentarios...*, op. cit., p. 714.

<sup>124</sup> Sin embargo, cabe recordar que en el Seminario de las Naciones Unidas celebrado en Ceilán en 1959 se entendió que “sólo un Ministro” o un Juez era competente para “declarar que un documento determinado no podía ser exhibido.”

ción central, por su mayor diversidad de asuntos y mayor exposición a la opinión y crítica pública, no suele haber celos de reserva acerca de los expedientes en que tramitan recursos. En muchos entes descentralizados, en cambio, la misma individualidad que la entidad tiene crea a veces sentimientos de cuerpo e identidad excesivos, que llevan a sus funcionarios a abusar en algunos casos de las facultades del procedimiento. Ésta es una de ellas.<sup>125</sup> Por eso estimamos que en los entes descentralizados debe considerarse con mucho más rigor la admisibilidad del ejercicio de esta facultad y anular retroactivamente todos los actos que supongan su ejercicio ilegal o abusivo. Lo dicho para el caso de decisiones adoptadas por directorios de entes descentralizados debe enfatizarse cuando la dirección del ente es unipersonal por disposición estatutaria o por intervención administrativa.<sup>126</sup> Es obvio que la colegialidad es en sí una garantía de discusión y controversia y una oportunidad para que se debata serenamente la decisión a adoptar. A la inversa, la unipersonalidad, si bien tiene ventajas como la eventual mayor rapidez de decisión del funcionario, tiene también el perjuicio de que puede favorecer decisiones quizás no suficientemente reflexivas o directamente arbitrarias.<sup>127</sup> La “reserva” de determinadas actuaciones decretada a nivel de un ente descentralizado, que por supuesto no alcanza a las actuaciones posteriores que se realicen en el trámite del recurso de alzada, deja de todos modos de tener virtualidad jurídica al elevarse el expediente al ministerio para la tramitación de la alzada. La competencia del directorio del ente descentralizado debe interpretarse restrictivamente, sólo en tanto y en cuanto los actuados se desenvuelvan en el seno del mismo ente y por ello mal puede tener efecto alguno cuando el expediente tramita en una instancia jerárquica superior, que tiene también competencia específica para declarar la reserva de parte de los actuados si así lo estima pertinente. En ausencia de una nueva y expresa calificación de reserva de parte de las actuaciones por el subsecretario, el expediente debe considerarse en su integralidad, nuevamente, bajo el principio genérico constitucional y legal de la publicidad.

### 11. *Indelegabilidad*

Consideramos que la expresa atribución de competencia que resulta de las normas comentadas excluye la posibilidad de que pueda delegarse a funcionarios de

<sup>125</sup> Prueba de ello es que estas declaraciones de “reserva” de parte de las actuaciones son más frecuentes en los entes descentralizados que en la administración central. Es que la declaración de “reserva” es una fuerte tentación para el funcionario que no tiene argumentos serios con los cuales contestar un recurso o fundar un comportamiento. Tender un velo de silencio e ignorancia es, sin duda, recurso de los débiles y de quienes carecen de razón. La administración no puede estar ayudada por el intérprete a auto-colocarse en ninguna de tales situaciones y por ello consideramos que debe restringirse el alcance de esta disposición que criticamos, en cuanto a la competencia para decretar la reserva.

<sup>126</sup> Es posible mencionar, a título de ejemplo, las prolongadas intervenciones que se han dispuesto en el ENARGAS y en la Comisión Nacional de Comunicaciones.

<sup>127</sup> Ver, *mutatis mutandis*, lo dicho en el t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder” nota 62.



menor jerarquía la adopción de decisiones sobre el carácter de reservado de una o varias partes determinadas de un expediente. La garantía de la publicidad del procedimiento y de la defensa del particular exige que se trate de una decisión adoptada a un nivel de decisión equivalente por lo menos al de los principales recursos administrativos, como quedó dicho más arriba.

### 12. *Requisitos del acto. El pedido de la reserva*

El art. 38 de la reglamentación se ha ocupado de insistir en que el acto de reserva debe satisfacer los requisitos mínimos de validez del acto administrativo y en tal sentido reitera en forma expresa que se requiere “decisión fundada”<sup>128</sup> y “previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente.” Dado que ambos requisitos ya están exigidos por el art. 7° del decreto-ley,<sup>129</sup> su reiteración debe interpretarse como un especial énfasis en el rigor con el cual cabe considerar la validez del acto y su estricto cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos señalados por el art. 7°. La disposición citada agrega un elemento adicional a los contemplados por dicha norma y es que la reserva sólo podrá disponerse “a pedido del órgano competente” y no, en consecuencia, directamente de oficio. Es éste claramente un “procedimiento esencial” exigido expresamente por el orden jurídico, tal como lo contempla el inc. d) del art. 7° y, por lo tanto, su omisión determina la nulidad del acto. Su exigibilidad equivale a la del dictamen de la junta de disciplina en los sumarios, la licitación en los contratos o el concurso en las designaciones.<sup>130</sup>

El sentido de la disposición es que no se decreten “reservas” por sugerencias y propuestas de autores “desconocidos” dentro o fuera de la administración: Se quiere que un funcionario determinado se responsabilice de proponer que la reserva sea decretada y desde luego fundamente la propuesta. A su vez, no cualquier agente público puede disponer la reserva, sino que debe serlo el “competente,” o sea el funcionario competente para la dirección del procedimiento: En el orden nacional, debe tratarse por lo menos de un director nacional; en un ente descentralizado, ha de ser el secretario general o gerente general de la institución quien formule la propuesta al directorio. Sin el cumplimiento de este procedimiento esencial, establecido como control y garantía de la publicidad del procedimiento, salvo supuestos de excepción no ha de admitirse la validez de las declaraciones de reserva efectuadas. Y por supuesto tampoco ha de admitirse su validez si no son emanadas éstas de las autoridades taxativamente consideradas

<sup>128</sup> “Para poder declarar actuaciones reservadas, confidenciales o secretas, la resolución debe contener una motivación suficiente, dado que el uso abusivo de esa facultad viola indudablemente la garantía del debido proceso.” PTN, *Dictámenes*, 114: 77 y 166.

<sup>129</sup> Ver *supra*, t. 3, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” § 1, “Elementos del acto administrativo.”

<sup>130</sup> Ampliar *supra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 4, “Vicios de la voluntad, previos a la emisión del acto.”



por la norma, o no son suficientemente fundadas, o no tienen dictamen jurídico previo, o no cumplen con los demás recaudos del art. 7°.

### 13. *Reserva total o parcial*

Nunca una cuestión podrá ser tan secreta como para que todo el expediente necesite mantenerse oculto a las partes.<sup>131</sup> Son sólo piezas, fojas o documentos determinados los que podrán encontrarse en tal situación: Así lo establece el art. 38 al establecer que son “actuaciones” específicas, “diligencias, informes o dictámenes” individualizados, los que podrán ser declarados reservados o secretos.<sup>132</sup> Consideramos por ello que si la administración dispone la reserva de todo un expediente o asunto, genéricamente, dicha calificación es nula e ineficaz. Para poder aceptar la validez de la reserva es necesario que ésta se refiera a *piezas concretas e individualizadas del expediente*, las cuales entonces no podrán ser conocidas por los interesados sin perjuicio de su acceso al resto de los actuados.<sup>133</sup> En cualquier caso, va de suyo que aquello cuyo conocimiento se niega al interesado no puede ser invocado, directa o indirectamente, como fundamento de la decisión adoptada.

### 14. *Casos en que pueden reservarse partes del expediente*

¿En qué casos puede admitirse que un subsecretario nacional o el directorio de un ente descentralizado declaren reservadas partes de un expediente por acto administrativo expreso y fundado, previo dictamen jurídico?

<sup>131</sup> CANOSA, *op cit.*, p. 141; “La vista en el procedimiento administrativo,” *ED*, 134: 899. Coincidimos con CANOSA cuando afirma que “debemos partir del principio de que siempre el expediente debe estar a disposición de la parte a los fines de su consulta, siendo la reserva o el secreto de las actuaciones una verdadera excepción.” (CANOSA, *Procedimiento Administrativo: recursos y reclamos*, *op. cit.*, p. 345 y ss.)

<sup>132</sup> CCAyT, Sala II, *Piesco, Raúl Antonio c. GCBA*, 23-X-03.

<sup>133</sup> La CApel en lo CA de San Martín, en *Asociación Civil y Defensa de la Calidad de Vida ADECAVI c/ Municipalidad de Pilar s/ Informe ambiental*, tuvo que pronunciarse sobre un pedido de información solicitado por dicha Asociación al Municipio, acerca de la cantidad y ubicación de las antenas de telefonía celular autorizadas a funcionar. El Municipio denegó el pedido alegando que la información requerida se encontraba amparada en el “secreto fiscal” establecido en el art. 27 de la Ordenanza Fiscal Impositiva del Partido de Pilar. La Cámara determinó que se debía anotar del pedido de vista a aquellos que hubieran intervenido en carácter de partes y a quienes pudieren considerarse afectados por la divulgación de tal información; en consecuencia, la Comuna debía solicitar en forma previa a la vista de las actuaciones administrativas correspondientes, y que la Comisión Nacional de Comunicaciones y la Autoridad Ambiental Provincial se expidiesen sobre la existencia de algún impedimento o restricción para la exhibición de alguna pieza o documento relativo a la materia de su incumbencia. No es una solución encomiable, pues introduce un factor de gran dilación en el procedimiento de acceso a las actuaciones, pero al menos va en la buena senda de requerir sustento fáctico suficiente y motivación adecuada de la decisión que se adopte al momento de eventualmente denegar el acceso.

### 14.1. *Principio general*

Las situaciones varían mucho; pero conviene tener siempre presente que en todos los casos se tratará de una excepción que debe en consecuencia interpretarse restrictivamente<sup>134</sup> y ante la duda debe anularse la declaración de “reservado” hecha para todo o parte del expediente. En un país que aspire a ser considerado como Estado de Derecho<sup>135</sup> debe operar como principio general la publicidad de los actos y procedimientos estatales, y por ello es inadmisibles concebir alguno intrínsecamente, “por su naturaleza” secreto.<sup>136</sup> A lo sumo, podría considerarse que en algunos casos las circunstancias que rodean un acto concreto aconsejan su falta de publicidad,<sup>137</sup> lo que deberá ser adecuadamente motivado, con sustento fáctico suficiente. Considerar que es posible admitir la existencia de un catálogo de casos y asuntos que “por su naturaleza” podrán siempre ser declarados reservados, con prescindencia de las circunstancias del caso, no responde a nuestro sistema constitucional.<sup>138</sup> Así ha dicho la Procuración del Tesoro que rige el “principio general de la publicidad de los actos de gobierno, que es esencial al sistema republicano que nos rige.”<sup>139</sup> Además, “la calificación como secreto de Estado es una cuestión jurídica, no una cuestión de hecho y mucho menos una cuestión política, de modo tal que la decisión de qué es secreto de Estado no puede ser hallada por una instancia política desde puntos de vista políticos.”<sup>140</sup> No debe en esto pecarse de ingenuidad, ya que la invocación del “secreto de Estado” suele hacerse en casos en que la divulgación de un hecho es perjudicial para el *partido gobernante* o para los *funcionarios* del gobierno, antes que para el *Estado* mismo.

<sup>134</sup> CCAyT, Sala II, *Piesco*, *op. cit.*

<sup>135</sup> No se crea que esto es mera divagación idealista, pues está demostrado que su vulneración genera inseguridad jurídica que a su vez produce huida de capitales, retracción de las inversiones, etc., con generalizado impacto social adverso.

<sup>136</sup> Ello, sin perjuicio de las insalvables objeciones de teoría general del derecho y filosofía jurídica a la pretendida “naturaleza” o “esencia” de nada, como explicamos en el cap. I del tomo 1, al cual nos remitimos.

<sup>137</sup> ARNDT, ADOLF, “Das Staatsgeheimnis als Rechtsbegriff und als Beweisfrage,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich-Berlín-Frankfurt a. M., 1963, 11: 465, señala cómo incluso planes militares han sido considerados públicos en la entonces República Federal Alemana.

<sup>138</sup> Ver *supra*, t. 1, caps. II y III. El mismo principio consagran la Convención Interamericana contra la Corrupción, la ley de ética pública y el decreto 229/00.

<sup>139</sup> PTN, *Dictámenes*, 94: 265; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 674: “Las actuaciones correspondientes a los «recursos», como a toda otra actuación administrativa, por *principio* son públicas. Debe asignárseles el mismo carácter que a las actuaciones judiciales. Excepcionalmente dejarán de ser públicas, es decir se convertirán en «secretas», cuando motivos especiales así lo requieran. La tesis que propugnase el secreto sistemático de las actuaciones administrativas chocaría con los postulados del Estado de Derecho.” Igual principio está recogido en el dec. 229/00 y en la ley de ética pública.

<sup>140</sup> ARNDT, *op. cit.*, p. 466. Ver también: LAPLACETTE, CARLOS J., “Leyes secretas. Abuso de público y notorio,” *LL*, 2007-B, 1314; BIANCHI, ALBERTO B., “Leyes secretas y fondos reservados,” *ED*, 2006: 526; BASTERRA, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, *op. cit.*; ALFONSO, MARÍA L., “Las leyes secretas y el derecho a la información. ¿Son compatibles?,” en *RDA*, Abeledo-Perrot, 2010, pp. 437-450; JUAN LIMA, FERNANDO E., “«Leyes secretas» continua el sigilo,” *LL*, 2006-E, 74

El secreto de Estado debe ser solamente un secreto a favor del Estado,<sup>141</sup> no a favor de los funcionarios; los hechos que afectan o perjudican a estos personalmente, no constituyen de ninguna manera secreto de Estado.<sup>142</sup> El principio del carácter *público* del expediente para todas las partes interesadas (sea en virtud de un derecho subjetivo o de un interés legítimo) es indiscutible en un Estado de Derecho, pero debe advertirse que no es suficiente.

El principio de BRANDEIS, de que la publicidad es un remedio para muchas enfermedades sociales, es especialmente aplicable para la mayor parte de los vicios y corrupciones públicas; para ellos, “La luz del sol [...] es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el mejor policía.”<sup>143</sup> Por ello debe aplicarse y ampliarse más allá de las partes interesadas.<sup>144</sup>

La tendencia moderna en una sociedad abierta y democrática es hacia el dictado de leyes que garanticen la libertad de información a *cualquier* persona.<sup>145</sup> Un

<sup>141</sup> ARNDT, *op. cit.*, p. 470 y nota 30; JNFed. CA 8, *Monner Sans*, LL, 2005-C, 696, donde se declaró la inconstitucionalidad de un decreto-ley secreto, con nota de JUAN LIMA, FERNANDO E., “Las «leyes secretas»,” p. 695 y ss.; RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “Leyes secretas ¿antagónicas con un estado de derecho?,” LL, 2005-D, 480. La Cámara revocó el fallo: CNFed. CA, Sala V, *Monner Sans*, con nota de JUAN LIMA, “«Leyes secretas»: Continúa el siglo,” LL, 2006-E, 74; BASTERRA, MARCELA I., “Leyes secretas: ¿son inconstitucionales? El caso Monner Sans,” RAP, 334: 55, Buenos Aires, 2006.

<sup>142</sup> ARNDT, *op. cit.*, p. 467. Ver las referencias de la nota anterior y también DIANA, NICOLÁS, “Algo más que vías de hecho administrativas,” LL, 2005-C, 466, esp. p. 466-8; BASTERRA, “Inconstitucionalidad de las leyes secretas,” LL, 17-VII-06. No está demás decir que dista mucho de satisfacer la publicación en el *B.O.* de decretos-leyes, llamados “leyes” del gobierno de Onganía y del Proceso. Ver el debate GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FERNANDO, “¿Ley 19.5449 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” LL, 2006-F, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en LL, 2007-A, 777; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” en *Res Publica Argentina*, RPA 2007-1: 83-92, Buenos Aires, Rap, 2007, quien remite a “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *Res Publica Argentina*, RPA 2005-1: 99-119, Buenos Aires, Rap, 2006; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” RPA, 2007-1: 90. Todos estos artículos están publicados en el t. 7, caps. II, III, IV y V.

<sup>143</sup> BRANDEIS, citado por SCHWARTZ, *Administrative Law*, *op. cit.*, 3ª ed., p. 127; p. 146; ROWAT, DONALD C., *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Londres y Nueva York, 1979.

<sup>144</sup> ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 82. Ver también SCHEIBLER, GUILLERMO, “Compromisos internacionales de la República Argentina en materia de acceso a la información pública,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 136-145; SCHEIBLER, GUILLERMO, “Un concepto amplio de información pública,” LL, 2011-C, 617.

<sup>145</sup> Tal como recuerda GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y anotada*, 3ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 25-6, la publicidad de los actos de gobierno es central al sistema republicano. A nivel nacional ha sido reglamentado por el decr. 1172/03, anexo VII, aunque su cumplimiento es dificultoso; a nivel de la CABA la ley 104 no presenta ese tipo de problemas. Ver BASTERRA, MARCELA I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, *op. cit.*, 2006; BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A.; FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M. y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto N° 1172/2003,” en RAP, N° 315: 91-113, esp. sección VI; SCHEIBLER, “Acceso a la información en manos del Estado: el pueblo (debe poder) saber de qué se trata,” en RAP, 325: 111-29; AMMIRATO, AURELIO L., SCHEIBLER, GUILLERMO M. y TRÍPOLI, PABLO, “Ley 104 de acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en LL, 2003-F, 294-304; CICERO, NIDIA K., “La reglamentación del acceso a la información pública,” en JA, 2004-I,

buen ejemplo es la ley de libertad de información (*Freedom of Information Act*, EE. UU., 1966), con sólo expresas y limitadas excepciones tendientes a preservar la privacidad personal de los individuos.<sup>146</sup>

#### 14.2. *Informes, dictámenes y pericias*

Debe desecharse la posibilidad de declarar reservados los informes, pericias o dictámenes en que se basa o *no* la decisión final adoptada.<sup>147</sup>

Al respecto es educativo recordar los considerandos de la señera resolución 734/56 del Ministerio de Obras Públicas redactada por quien fuera durante largos años su muy distinguido Director de Asuntos Jurídicos, DR. FERRER MOYANO. No importa el año ni el nivel normativo del acto. Son sustanciales sus argumentos.

“Que el hecho de que el informe o dictamen de una dependencia o de una repartición tenga orientación distinta de lo resuelto, no es razón para sustraerlo

1290-1; CONVERSET, MARTÍN M., “El derecho a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *RDA*, Buenos Aires, 2005, pp. 903-8, anotando CCAyT de la CABA, Sala 2ª, *Campos Ríos*; TRAVIESO, FLORENCIO, “El derecho de acceso a la información pública. Principios y fundamentos en un reciente fallo,” en *ED*, 197: 297; CAPUTI, CLAUDIA, “Un momento crucial de la transparencia administrativa. Un fallo trascendente que permite reflexionar sobre el camino recorrido y las etapas futuras,” en *RAP*, 312: 57-70, anotando CNFed. CA, Sala III, *CPACF c/ EN*; ROVNER, RICARDO D., “Las dos caras del Congreso,” en *RDA*, Buenos Aires, 2005, pp. 932-5, anotando CNFed. CA, Sala III, *Fundación Poder Ciudadano*; LAVALLE COBO, DOLORES, “Un nuevo avance jurisprudencial en derecho de acceso a la información pública,” en *LL*, 2005-D, 847-54, anotando CNFed. CA, Sala III, *Centro de Implementación de Políticas Públicas*; GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, CECILIA, “Derecho de acceso a la información pública,” en *RDA*, Buenos Aires, 2005, pp. 287-91, anotando CNFed. CA, Sala III, *Asociación del Personal Legislativo-APL*; LAVALLE COBO, DOLORES, *Derecho de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Astrea, 2009; GELLI, MARÍA A., “El acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: derecho fundamental y sostén político de la República,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley 104 anotada y concordada*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, pp. 201-218; CAPLAN, ARIEL R., “Acceso a la información ¿pública?,” en SCHEIBLER (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley 104 anotada y concordada*, op. cit., pp. 153-188; SACRISTÁN, ESTELA B. / RATTI MENDAÑA, FLORENCIA S., “Procedimiento administrativo y acceso a la información pública,” en POZO GOWLAND, HÉCTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDÉZ, OSCAR; JUAN LIMA, FERNANDO y CANOSA, ARMANDO (dirs.), *Procedimiento administrativo*, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2012, cap. XXII, pp. 869-908; BUENADER, EDUARDO, “Algunas consideraciones sobre el derecho de acceso a la información pública: a propósito de un interesante fallo de la Corte Suprema en la causa «Asociación por los Derechos Civiles c. EN – PAMI [Dt. 1172/03] s/ amparo ley 16.986,” *ED*, 2013: 845; PUSTERLA, JOSÉ C., “El acceso a la información pública en un reciente fallo de la Corte Suprema,” *LL*, 2013-D, 68; BUTELER, ALFONSO, “Acceso a la información pública, transparencia y lucha anticorrupción,” *DJ-LL*, 2014-32, 15.

<sup>146</sup>Ver DAVIS, KENNETH CULP, *Administrative Law Text*, St. Paul, 1972, 3ª ed., cap. 3A, p. 68 y ss.; DAVIS, KENNETH CULP y PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise*, t. II, Boston, Little, Brown & Co., 1994, p. 185 y ss.; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, 1976, 1ª ed., p. 127 y ss.; 1991, 3ª ed., p. 146 y ss; FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO, *El Derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, cap. I, pp. 29-62.

<sup>147</sup>Ver nuestro Proyecto de 1964: “Art. 257: Las vistas y traslados se otorgarán sin limitación de parte alguna del expediente, y se incluirán también los informes técnicos y dictámenes fiscales o letrados que se hayan producido,” art. 260 *in fine*: “El mero hecho de que los informes o dictámenes sean favorables o adversos al interesado no justifica el darle carácter de reservado.”

al conocimiento del interesado so pretexto de que sus argumentos podrían darle base para un pedido de revisión o de reconsideración;

“Que los informes producidos por las oficinas intervinientes, muchas veces vinculados con aspectos parciales o especiales de los problemas, deban ser confrontados y ponderados por la autoridad encargada de decidir, por cuya circunstancia es lógico pensar que la resolución atendiendo a los argumentos de más peso deje de lado los que tienen menos valor;

“Que, en consecuencia, un pedido fundado en los argumentos desechados no podrá prosperar si la ponderación ha sido justamente realizada o por el contrario, arrojando nueva luz sobre la cuestión probará que ha habido error de apreciación y brindará a la administración la oportunidad de rectificar una decisión equivocada.”

El derecho uruguayo también señala que “El mero hecho de que los informes sean favorables o adversos a los interesados, no habilita a darles carácter de reservados,”<sup>148</sup> principio que puede considerarse de validez general aun a falta de consagración normativa expresa. Es poco lo que se pueda insistir en este aspecto, pues en alguna oportunidad se han encontrado casos en que la administración, maliciosamente o no, desglosa todos los informes y dictámenes de valor antes de otorgar la vista solicitada, con lo cual el expediente a que tiene finalmente acceso el interesado se reduce a un conjunto de pases y fojas sin trascendencia alguna. Cuando el recurrente toma “vista” de un expediente “preparado” en estas condiciones, debe levantar un acta notarial, de las fojas faltantes, refoliaturas realizadas, etc., para así demostrar la irregularidad cometida y pedir las sanciones pertinentes. Es un “leal conocimiento” de las actuaciones lo que exige la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un conocimiento cabal y completo, sin reticencia ni ocultamientos de ninguna naturaleza.

#### 14.3. *Dictámenes sobre un litigio actual*

Cuando existe un juicio actual entre la administración y un particular y algún dictamen jurídico-administrativo se refiere a la conducta procesal que el Estado debe adoptar en tal juicio, impropriamente no se otorga vista de *ese* dictamen: Esa es la doctrina oficial y la práctica concreta de la administración pública nacional, en base al criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación. Se ha sostenido injustamente como supuesto fundamento de dicha tesis que cuando “los dictámenes adelantan opiniones sobre la conducta que cabe seguir en la tramitación del pleito en que aquellos están interesados,” no debe permitirse su conocimiento por parte de los litigantes.<sup>149</sup> El argumento indicado en favor de tal criterio es que “de otro modo se coloca al Estado en situación de desventaja con

<sup>148</sup> Decr. 500/91, art. 80.

<sup>149</sup> PTN, *Dictámenes*, op. cit., 74: 46; 93: 105; 99: 331.

relación a la parte contraria, que cuenta al respecto con la garantía del secreto profesional de sus propios asesores.” Además, tales opiniones no constituyen actos administrativos ni informes sobre hechos.<sup>150</sup>

Esto constituye sólo una excepción a la regla, que debe interpretarse restrictivamente como se desprende de los antecedentes glosados. Por otra parte la vista correspondería de todos modos si los dictámenes, en lugar de limitarse a adelantar la conducta procesal que el Estado habrá de seguir en el juicio de que se trata, contuvieran “informes sobre hechos,” o se limitaran a expresar opinión sobre el fondo del asunto, pero sin evaluar ni indicar un determinado comportamiento procesal; pues es conveniente reiterar, como bien lo expresara la resolución n° 734/56 del Ministerio de Obras Públicas, “Que el hecho de que el informe o dictamen de una dependencia o de una repartición tenga orientación distinta de lo resuelto, no es razón para sustraerlo al conocimiento del interesado so pretexto de que sus argumentos podrían darle base para un pedido de revisión o de reconsideración.”

Por último, es de advertir que la posibilidad de reservar dictámenes como los indicados es aplicable sólo si se trata de juicios ordinarios contra el Estado, o acciones de plena jurisdicción si existe un código contencioso-administrativo, es decir, a controversias judiciales en que tanto la administración como el administrado asumen el carácter de *partes* en el proceso. Si se trata en cambio de recursos de anulación, cuando existen, o de algún otro proceso en que el tribunal actúa más de oficio y la administración no tiene carácter de parte, entonces ninguna razón puede justificar el declarar reservados los dictámenes administrativos que se refieren a dichos recursos o procesos.

#### 14.4. Otros ejemplos

El decreto 1.666/78 sobre diligenciamiento de documentación administrativa contemplaba algunos casos en los cuales podía corresponder asignar la calificación de “secretos” o “reservados” a determinados proyectos de decretos: Operativos militares y/o de las fuerzas de seguridad, adquisición, fabricación o venta de material bélico, estructuras orgánicas de los servicios de inteligencia del Estado, designación de personal militar o de seguridad para desempeñar funciones en la administración, etc.

Como se advierte, el “secreto” o la “reserva” en el gobierno militar de entonces era una atribución referida a asuntos militares o de seguridad, en el ámbito

<sup>150</sup> PTN, *Dictámenes*, *op. loc. cit.* ESCOLA critica esta limitación señalando que “Este criterio no respeta el principio —tantas veces expuesto— de que en los recursos administrativos no debe interesarle a la administración mantener sus propias decisiones o hacer abortar las pretensiones del peticionante, sino alcanzar con la concurrencia del recurrente una adecuada revisión de sus propios actos, a fin de lograr su efectiva juridicidad” (*op. cit.*, p. 311.) La existencia de un litigio puede exacerbar el celo de los funcionarios.

castrense o del Poder Ejecutivo y nada tiene que ver con los expedientes en los cuales tramitan reclamos o recursos de particulares, o audiencias públicas en las cuales se consideren posibles aumentos de tarifas ante las estructuras de costo<sup>151</sup> aportadas por los concesionarios, datos estos a todos los cuales difícilmente se podrá válidamente calificar de reservados o secretos.<sup>152</sup> Este principio viene de antaño, en especial del decreto 34.023/44, que se refiere a los hechos relativos a la defensa del país y a la seguridad nacional.<sup>153</sup>

En sentido similar la constitución española de 1978 que consagra, al igual que las constituciones democráticas modernas, el principio de publicidad de los archivos y registros administrativos y gubernamentales para el público en general, establece la posibilidad de limitar el acceso de los ciudadanos en aquellos aspectos en que ello “afecte la seguridad y defensa del Estado.”<sup>154</sup>

#### 15. *El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual*

Otra cuestión que se plantea con cierta frecuencia pone a prueba la autoridad constitucional del Poder Judicial sobre la administración. Ha dicho nuestra Corte Suprema que se trata “de la facultad de traer a la vista todo expediente que tenga relación con el pleito. Tal facultad, como dice CARAVANTES,<sup>155</sup> autorizada por la antigua jurisprudencia, tiene por objeto permitir que el juez adquiera los datos necesarios para decidir el pleito con arreglo a justicia, por los que arrojan otros autos que versen sobre la cuestión relacionada con el mismo, siendo evidente que si el juez puede traer al juicio los documentos que crea convenientes para

<sup>151</sup> Aunque parezca increíble, en agosto de 2002 las empresas concesionarias solicitaron, en ocasión de la audiencia pública para la renegociación de los aumentos de tarifas que su información pudiera ser “considerada confidencial y en consecuencia se proceda a su reserva:” esto es lo que más increíblemente aun, pretende decidir la resolución ME. 317/2002, B.O. 27-8-02, p. 4. Del mismo tenor son las dificultades que se ponen a los que desean acceder a los textos de los contratos de concesión: Ellos no se publican en el Boletín Oficial, y para conocerse su contenido es necesario ir a las oficinas de dicho Boletín Oficial a fin de solicitar una fotocopia a costa del interesado. Es otra rémora más del Estado de policía. Cambian los gobiernos, pero las prácticas se mantienen.

<sup>152</sup> P. ej., la mera declaración de que el caso es de seguridad nacional no basta. El Estado debe probar la existencia de razones de seguridad, sobre la base de pruebas y hechos concretos y no meras afirmaciones dogmáticas. Así SUPPERSTONE, MICHAEL y GOUDIE, JAMES, *Judicial Review*, Londres, Butterworths, 1992, p. 179, con cita del *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, del año 1985.

<sup>153</sup> Dicho decreto fue considerado vigente por la Procuración del Tesoro de la Nación en 1978, *Dictámenes*, 145: 382 y se ha estimado aplicable para mantener en secreto, en la especie, un informe de los servicios de inteligencia. La esfera de lo secreto se exagera en los gobiernos y jueces que privilegian la autoridad y se morigeran en los regímenes y sociedades abiertas y pluralistas. Saber cómo funciona esta materia es un buen *test* de legitimación democrática.

<sup>154</sup> El art. 105, inc. b) agrega como limitación del acceso a los registros gubernamentales, el caso en que ello afecte “la averiguación de delitos y la intimidad de las personas.” Esto se refiere al acceso de terceros: El acceso de las partes debe ser más amplio y sólo en casos excepcionales cabe admitir su restricción. Ver también BIRKINSHAW, PATRICK, *Government and Information – The Law Relating to Access, Disclosure and Regulation*, Butterworths, 1990, p. 303.

<sup>155</sup> *Tratado*, t. II, p. 280.



esclarecer el derecho de los litigantes; —para lo cual lo faculta expresamente la ley federal 50, art. 16— puede también traer a la vista los autos relacionados con el litigio, puesto que contienen documentos y lo son ellos mismos.”<sup>156</sup>

Esta facultad genérica de los jueces para mandar traer “todo expediente que tenga relación con el pleito,” en la expresión de la CSJN, no se ejercita siempre fácilmente, sin embargo, cuando se trata de expedientes administrativos. Si bien dicha facultad judicial comprende las actuaciones administrativas como lo estatuye el art. 396 del CPCCN,<sup>157</sup> puede sufrir excepciones.

Así “La obligación que tienen las reparticiones públicas de cooperar al cumplimiento de la función jurisdiccional mediante la remisión de documentos, datos estadísticos, actuaciones, constancias de sus archivos e informes requeridos por mandato judicial, no tiene otras limitaciones que las que pudieran emanar de su propia competencia funcional, de disposiciones legales expresas en contrario o de consideraciones fundadas en razones de orden público o de seguridad del Estado”<sup>158</sup> y “Queda bien establecido, conforme a lo expuesto, que el tribunal no estima aceptable que el Estado o sus reparticiones nieguen la exhibición o envío de antecedentes administrativos, salvo que la denegatoria se funde en los mencionados motivos de excepción.”<sup>159</sup> A veces la administración, requerida judicialmente a enviar un expediente se niega a hacerlo, invocando que es reservado o, incluso, que “no existe bajo ese número.”<sup>160</sup> Corresponde a la justicia decidir acerca de la razonabilidad de los motivos esgrimidos: “Claro está que la apreciación de esta última circunstancia, sólo incumbe al magistrado —por resultar inherente a sus poderes exclusivos de dirección del proceso— y *nunca al funcionario administrativo requerido para el diligenciamiento de esa medida*. Ningún juez podría, pues, delegar esa facultad sin menoscabo de su investidura.”<sup>161</sup> El juez decide

<sup>156</sup> CSJN, *Besana, JA*, 65: 18, año 1938; *Fallos*, 182: 502. Si bien la ley 50 está derogada, el principio está receptado en el Código Procesal.

<sup>157</sup> “Asimismo, podrá requerirse a las oficinas públicas la remisión de expedientes [...] relacionados con el juicio.” Esto lo refuerza el art. 387: “Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El juez ordenará la exhibición de los documentos, *sin sustanciación alguna*, dentro del *plazo que señale*.” En la práctica, sólo muy excepcionalmente la administración resiste el cumplimiento de esta obligación, p.ej. alegando el extravío del expediente. Por eso el permanente consejo a las partes de obtener y guardar fotocopia de todo lo actuado.

<sup>158</sup> CNac. Civ., Sala C., *LL*, 97: 305, *Nieto*, 1959.

<sup>159</sup> *Op. loc. cit.* Ver SPOTA, ALBERTO GASPAS, “El deber procesal de presentar documentos en poder de una de las partes y ofrecidos como prueba por la otra,” en *JA*, 1953-II, 367; WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 4: “El Estado no debe retener pruebas que alguien necesite para hacer valer sus derechos.”

<sup>160</sup> Este tipo de respuesta es a veces de mala fe, porque la actuación ha recibido un n° distinto, que la administración no divulga. Conviene adelantarse pidiendo el número de expediente y “todas las demás actuaciones que se refieran a la cuestión,” detallando en el oficio judicial cuál es el asunto sobre el cual se requiere el envío de las actuaciones.

<sup>161</sup> *Canal M. c/Della Marico, Luis, LL*, 84: 454, 1956, con nota de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, “Revocación de oficio de resoluciones firmes,” CNac. Civ., *Nieto*, Sala C, 1959 (*LL*, 97: 305, 308.)



su admisibilidad.<sup>162</sup> En este aspecto podrá tenerse en cuenta, como elemento favorable a la actitud de la administración, el que ella ofrezca satisfacer de otro modo el requerimiento judicial. Así p. ej. en una causa en que se expresó que “No habrá inconvenientes en exhibir el respectivo expediente a la persona que ese juzgado designe a fin de que extraiga copia o cuantos datos estime necesarios que sean de interés en la causa [...], las que debidamente individualizadas serán autenticadas por esta repartición.”<sup>163</sup>

No dándose esta circunstancia y no resultando fundada la negativa a enviar las actuaciones, cabe al Poder Judicial, en ejercicio de sus atribuciones legales para la dirección del proceso, adoptar las medidas que fueren necesarias para dar cumplimiento a sus decisiones: Secuestro de las actuaciones, allanamiento, medidas autosatisfactivas, cautelares autónomas, etc.<sup>164</sup> En otra variante, el juez puede ordenar la comparecencia personal del funcionario de que se trate *con el expediente*, de modo tal que el juez pueda compulsarlo y resolver, con las constancias a la vista, lo que estime pertinente sobre la alegada reserva de las actuaciones. Un problema específico se presenta en los procedimientos de selección del contratista estatal en virtud de lo establecido en el art. 19 del decr. 1023/01, que excluye la vista de las actuaciones en la etapa de evaluación de ofertas. Al respecto se ha señalado con acierto que en ese momento pueden reservarse las actuaciones de la comisión de preadjudicación, pero no todo el expediente (p.ej. las ofertas) del que pueden tomar vista los interesados.<sup>165</sup>

### 16. Efectos de la reserva

Como es natural, declarada la reserva de determinadas piezas de las actuaciones, el interesado no tendrá acceso a ellas. No compartimos por ello la afirmación de que “cuando la administración ha hecho uso de su potestad de declarar reserva-

<sup>162</sup> El art. 397 del CPCCN expresa que la remisión del expediente “sólo podrá ser negado si existiere justa causa de reserva o de secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro de quinto día de recibido el oficio.” O sea, *a*) Debe haber justa causa: y ello a su vez debe ser expuesto fundadamente al juez, quien decidirá en última instancia si la causa alegada existe o no y si justifica o no la no remisión de las actuaciones; *b*) Debe ser expuesta dentro del quinto día: Si la administración no lo pone en conocimiento del juzgado dentro del término legal, debe interpretarse que no existe causal que la exima de enviar las actuaciones, al igual que según el art. 407 la no contestación en término del pliego de posiciones hace que sean tenidos por ciertos los hechos allí enunciados. Es significativo que la ley haya dado un término muy breve para que la administración diga si hay o no justa causa de reserva y en cambio un término más amplio para la contestación del informe en cuanto al fondo, o para la remisión de las actuaciones, lo cual indica que su finalidad es que sólo en casos en que la reserva sea clara, pueda hacerse uso de esta facultad de pedir al juez que exima a la oficina de que se trata de enviar las actuaciones.

<sup>163</sup> Así ocurrió en la causa *Nieto*, que figura en *LL*, 97: 305, 308.

<sup>164</sup> Ver las consideraciones contenidas en el fallo de 1a instancia publicado en *LL*, 97: 306 y lo expresado por la Cámara sobre el punto.

<sup>165</sup> MONTI, LAURA, “El acceso a las actuaciones administrativas. La vista en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, *op. cit.*, pp. 274-275.

das ciertas actuaciones, ello sólo dará lugar a que ellas se exhiban al recurrente dentro de determinadas condiciones de restricción, como ser bajo previa caución, o con la prohibición, bajo sanciones que pueden ser incluso de tipo penal, de su difusión fuera del expediente del recurso, etc. Pero la exhibición de esas piezas o partes de las actuaciones siempre debe tener lugar, porque de otro modo [...] el derecho de defensa del recurrente estaría vulnerado y limitado el alcance mismo de su articulación.”<sup>166</sup> Toda reserva parcial —o peor total— de las actuaciones es un avance sobre la garantía de defensa del interesado, que ha de ser considerada restrictivamente y admitida sólo por excepción cuando razones verdaderamente trascendentes la justifiquen; pero no parece en cambio lógico sostener que, admitida en un caso concreto la reserva, pueda igualmente el interesado conocer las piezas reservadas: Ello significa de hecho levantar la reserva impuesta. Por lo demás, parece de difícil realización práctica el establecimiento de recaudos como los que se proponen, como también el control y la eventual aplicación de sanciones<sup>167</sup> ante una difusión no autorizada, que no siempre podría rastrearse hasta el mismo interesado.<sup>168</sup> Si bien debe ejercitarse extrema prudencia para admitir la reserva de las actuaciones, ella ha de tener por efecto su ocultamiento al interesado. De todas maneras, sea que se trate de un acto definitivo o interlocutorio, como tal es siempre impugnabile y debe por ende ser notificado a la parte.<sup>169</sup>

### 17. ¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?

“En caso extremo de que ello (el conocimiento de las piezas secretas) no se crea posible, lo correcto sería que la administración no tuviera en cuenta esas piezas secretas, no exhibidas, para fundar en ellas de manera directa, la resolución del recurso.”<sup>170</sup> Efectivamente esto ha de ser así, con fundamento en el principio de la razonabilidad de los actos administrativos, el cual impide —como ya vimos— que estos se funden en hechos o pruebas inexistentes. Conforme lo señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos: “Nada puede ser considerado como prueba si no es introducido como tal;”<sup>171</sup> por ello, no puede la administración invocar como fundamento de su decisión “pruebas” que no pone en conocimiento de las partes afectadas y cuya existencia, en definitiva, no le consta a los administrados ni a la justicia. Una decisión fundada en piezas “reservadas,” pues, es una decisión fundada en hechos o pruebas inexistentes jurídicamente y, por ende, debe reputarse

<sup>166</sup> ESCOLA, *op. cit.*, p. 310.

<sup>167</sup> Cuyo fundamento legal por otra parte no existe.

<sup>168</sup> Es decir, divulgado el hecho reservado, no siempre sería posible probar que efectivamente ha sido el particular quien lo ha dado a conocer.

<sup>169</sup> En este sentido ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 86.

<sup>170</sup> ESCOLA, *op. ult. cit.*, pp. 310-1; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 200.

<sup>171</sup> Citado por GELLHORN, *Federal Administrative Proceedings, op. cit.*, p. 86. Se trata del caso *Abilene and Southern Railway*, 1924. Ver también WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, pp. 118-26. Para la evolución posterior, especialmente los cuatro casos *Morgan*, ver SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law, op. cit.*, pp. 369-94; 1991, 3ª ed., p. 420 y ss.

arbitraria si no aparece sustentada fácticamente de otro modo: Es indispensable que exista una razón de hecho que justifique ese acto, pues de lo contrario se estaría ante el mero capricho de un funcionario. Admitir una solución contraria, a más de violar la garantía constitucional de razonabilidad, dejaría abierta una fácil vía a la administración que con la mera invocación de supuestas pruebas que sólo ella “conoce” pero que no divulga, podría a su arbitrio tener por “fundadas” todas y cuantas decisiones quisiera, sin posible revisión administrativa o judicial. Semejante conclusión, repugnante a todo sentido de justicia, es totalmente inadmisiblesalvo en supuestos verdaderamente aberrantes como los que relata la historia reciente, ajena y propia.<sup>172</sup> En igual criterio la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene decidido que los actos administrativos basados en “informes confidenciales” son inválidos, al no darse oportunidad de confrontar y repreguntar a los testigos de cargo,<sup>173</sup> expresando que cuando “la razonabilidad de la acción depende de circunstancias de hecho, la prueba usada debe ser expuesta al individuo para que tenga oportunidad de mostrar que no es verdadera. Mientras que esto es importante en el caso de prueba documental, es aun más importante cuando la prueba consiste en el testimonio de individuos cuya memoria puede ser defectuosa o que, de hecho, pueden ser perjuros o personas motivadas por malicia, venganza, intolerancia, prejuicio o envidia. Hemos formalizado estas protecciones en los requerimientos de confrontación y repregunta.”<sup>174</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en nuestro país, también ha rechazado categóricamente ese tipo de “prueba” en el caso *Argüello*.<sup>175</sup> “Esa decisión administrativa aparece como gravemente ilegítima al estar fundada en meras afirmaciones contenidas en dos informes que no revisten las condiciones necesarias para servir de base a medida de tanta gravedad;”<sup>176</sup> “Para contrarrestar la prueba favorable que surge de los hechos del interesado durante su residencia no bastan las presunciones emanadas de los datos poco concretos que mencionan los dos informes en que se funda la negativa, *si esos datos no aparecen confirmados por prueba cierta* y están en cambio desvirtuados por otra posterior y por las presunciones favorables al recurrente que resultan de aquellos hechos concretos de su vida.”<sup>177</sup> Los informes de los organismos de seguridad, que pueden leerse en el considerando segundo del fallo *Argüello*, característicamente lacónicos y derivados de fuentes que no se expresan, tampoco fueron dados a conocer al afectado: Como dice también la Corte, “Es de señalar que de ese informe no se dio vista al interesado en las actuaciones administrativas; que sólo lo conoció en la instancia judicial y que la primera oportunidad que tuvo para refutarlo fue al presentar su

<sup>172</sup> Ver *infra*, notas 174, 179 y texto.

<sup>173</sup> JAFFE, LOUIS y NATHANSON, NATHANIEL L., *Administrative Law*, Boston, 1961, p. 578.

<sup>174</sup> *Greene v. Mc. Elroy*, 360 U. S. 474 (1959), citado por JAFFE y NATHANSON, *op. cit.*, p. 578.

<sup>175</sup> *Fallos*, 268: 393, año 1967.

<sup>176</sup> P. 405, *in fine*.

<sup>177</sup> P. 405, la bastardilla es nuestra.

memorial.<sup>178</sup> La justificación de este criterio es bien clara, ya que justamente es típico de los informes confidenciales que ellos sean elaborados sobre base de dichos de otras personas, antes que basados en el conocimiento directo del informante, con lo cual la prueba pierde totalmente su carácter de tal.<sup>179</sup> La experiencia de otros países es significativa en este sentido, p. ej. el caso *Knauff*<sup>180</sup> en los Estados Unidos. La administración había denegado a una persona entrada al país, sobre el pretendido “fundamento” de información confidencial y el acto es invalidado por la Corte; se reabre el procedimiento administrativo y al controlarse y repreguntarse a los testigos informantes se advierte la superficialidad de sus dichos, la falta de conocimiento directo, etc., con lo cual la *propia administración* resuelve admitir la entrada. Es lo mismo que se resuelve correctamente entre nosotros en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Argüello*.<sup>181</sup> Claro está que en el último gobierno militar hubo testigos y procedimientos secretos, ejecuciones sin forma alguna de juicio, etc., cuyas funestas consecuencias todavía se hacen sentir. Pero en el proceso penal actual se ha retomado el principio correcto.<sup>182</sup>

En el caso *Oxley*, la Corte Suprema, remitiendo a los fundamentos del Procurador General de la Nación, hizo lugar a los agravios del actor al cuestionar un decreto que le negó vacante alguna, pese a obtener un cargo mediante concurso, debido a que un informe secreto de los servicios de seguridad no le había sido favorable. Allí el Procurador General distinguió acertadamente “entre el informe de los servicios de seguridad en sí y el hecho de hacer jugar a éste como requisito autónomo en la designación o promoción de los agentes públicos. Ello así, porque mientras parece altamente razonable el riguroso secreto que cabe guardar en el ámbito de la actividad de los servicios de seguridad y en la elaboración y archivo de los informes pertinentes, tal razonabilidad en cambio, cede, cuando se trata de hacer pesar el contenido del informe de mentas a los efectos de impedir —como ocurre en el caso de autos— el ascenso del agente afectado por los alcances de aquél. En la esfera de la seguridad parece propio que prive el secreto y el sigilo, mas en

<sup>178</sup> P. 403.

<sup>179</sup> Según es uniformemente aceptado, es inválida la declaración testimonial hecha sobre la base de cosas oídas decir, pero no presenciadas, o sea, el *hearsay*.

<sup>180</sup> Ver JAFFE y NATHANSON, *op. cit.*, pp. 484-5. El derecho actual es más terminante, como surge de los principios de la FOIA, *Freedom of Information Act* o Ley de Libertad de Información, 5 U.S.C. § 552 (1988), que establece que cualquier persona tiene derecho a acceder a los expedientes de las agencias federales, salvo cuando tales expedientes estén protegidos en todo o en parte por alguna de las nueve excepciones de las tres exclusiones que esa ley establece. Es la tendencia global contemporánea. En nuestro medio cabe recordar la ley n° 104 de la Ciudad de Buenos Aires, de acceso a la información; también Chubut y Río Negro. Ver también CAPUTI, *op. cit.*, pp. 124-6. También se progresa con el hábeas data constitucional. Ver *supra*, t. 2, cap. III, § 6.5, “El caso de los bancos de datos y la privacidad.”

<sup>181</sup> *Fallos*, 268: 393, año 1967.

<sup>182</sup> CORVALÁN, VÍCTOR R., “El informante anónimo: «colaborador policial» pero ineficaz como prueba de cargo. Un caso que nunca debió llegar a juicio y que muestra el fracaso de la persecución penal,” *LL*, 2000-A, 258.

la del natural proceder administrativo es principio esencial, e insoslayable, de nuestro sistema republicano el de la publicidad de los actos, así como lo es la improcedencia e intrascendencia del levantamiento de cargos que afecten a la persona del empleado público sin el marco imprescindible de un sumario administrativo previo reglado, y la imposibilidad, también de nítida raigambre constitucional, de privar al imputado del no menos insoslayable ejercicio del derecho de defensa ...El agente público —el ciudadano en general— debe estar siempre salvaguardado de arbitrariedad alguna y nunca puede ver frustrado su legítimo derecho por acusaciones o declaraciones abstractas y, mucho menos, secretas, respecto de las cuales no puede defenderse, pues ello implicaría exponerlo a posibles abusos de la autoridad pública que quedarían al margen de todo control.”<sup>183</sup>

Es ejemplar el caso *Knauff*, ya citado. Si se hubiera admitido la validez de la prueba de informes confidenciales, se habría tolerado un acto que carecía de fundamentación fáctica razonable.<sup>184</sup> No es lo mismo que una persona pueda anónimamente<sup>185</sup> efectuar cargos, sin responsabilidad alguna, a que deba efectuarlos públicamente. Constituye una violación del Estado de Derecho invocar como prueba de cargo declaraciones prestadas por un “agente secreto” cubierto oficialmente por una declaración de “secreto de Estado.”<sup>186</sup> Para algunos, querer introducir como “prueba” declaraciones “secretas” se compara desfavorablemente con los procedimientos utilizados por la S.S. del Tercer Reich.<sup>187</sup> Si se piensa bien, viene a ser típico de todos los estados policiales el institucionalizar la delación, la condena sin prueba y —lo que es lo mismo— la “prueba” secreta. Todas estas consideraciones, más las derivadas de nuestra jurisprudencia sobre arbitrariedad de los actos administrativos, nos inclinan más allá de toda duda por la solución indicada. La administración podrá en ciertos casos declarar reservadas o secretas partes de las actuaciones, pero con la consecuencia inevitable de no poder utilizar dichas piezas del expediente como fundamento directo o indirecto de sus decisiones.<sup>188</sup> Tal el caso de lo que puede suceder, por ejemplo, cuando, en el

<sup>183</sup> CSJN, *Oxley César c/ Provincia de Santa Fe*, 8-V-84, dictamen del Procurador General de la Nación, *JA*, 1984-III-668.

<sup>184</sup> *Shaughnessy – US ex re Knauff*, 338 U.S. 537 (1950), citado por SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law. A Casebook*, Boston, Little, Brown & Co., 1994, 4ª ed, p. 411.

<sup>185</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos,” nota 64; CORVALÁN, “El informante...,” *op. loc. cit.*

<sup>186</sup> MEILLICKE, JEINZ, “Der vom Staatsgeheimnis verüllte V-Mann-Belastungszeuge?,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, 10: 425, Munich-Berlin-Frankfurt a. M, 1963.

<sup>187</sup> MEILLICKE, *op. cit.*, p. 426, quien cita y compara algunos fallos del Tribunal de Guerra del Reich en los que se recurrió a este tipo de prueba. Es posible que la comparación sea exagerada por implicancia, pero debe servir para llamar la atención acerca del hecho de que no puede un Estado liberal asimilarse siquiera sea en parte a los procedimientos que han caracterizado a los Estados totalitarios. La misma observación procede para los Estados así llamados socialistas: denominador común de estos sistemas autoritarios sea de izquierda o de derecha, ha sido el empleo de medios como los que aquí se condenan y no puede desaprensivamente recurrirse a sus mismos métodos si no se quiere caer en su misma valoración.

<sup>188</sup> Conf. TOIA y PAZOS, *op. cit.*

marco de la ley de lavado de activos de origen delictivo 25.246, modificada por las leyes 26.087, 26.119 y 26.268,<sup>189</sup> reglamentada por el decreto 290/2007, se inicia una investigación preliminar de carácter secreto contra un administrado, por presunta comisión de actividades inusuales y mientras se lo está investigando y debido a esta causa indirecta, se le deniegan las posibles peticiones que eventualmente se encuentren en trámite mediante expedientes administrativos iniciados ante el mismo órgano administrativo que propició la referida investigación, la que huelga reiterar, corre por piezas de carácter reservado.<sup>190</sup> Y si las utilizare de tal manera, esas piezas deberán estar disponibles para que un juez del Poder Judicial las examine y resuelva sobre su admisibilidad.<sup>191</sup> Pero resulta necesario repensar la estructura administrativa para hacerla más apta, por su propia organización, para manejar tales intrincados problemas. La solución más avanzada en este sentido es la creación de tribunales administrativos independientes e imparciales, sujetos a control judicial pleno, que emitan el primer y único acto administrativo, dejando ya expedita la revisión judicial suficiente y adecuada.<sup>192</sup>

### 18. *La irregularidad en las vistas como causal de nulidad*

Es difícil determinar *a priori* el alcance que ha de tener la negativa, omisión o irregularidad en el otorgamiento de las vistas (o “reservas” declaradas por órgano incompetente, o sin las formas exigidas por el texto, o dispuestas en forma genérica, etc.) sobre la validez de las actuaciones de que se trate y de los actos dictados en ellas. Por lo pronto, una total omisión de vista, en el sentido de no haber permitido al interesado tener acceso a las actuaciones, es sin duda causal de nulidad<sup>193</sup> insanable y así corresponderá declararlo.<sup>194</sup> En efecto, debe recordarse que la vista es el requisito previo e ineludible para que el interesado pueda hacer oír sus razones o producir la prueba que hace a su derecho. Si no conoce concretamente las actuaciones en las cuales se le hacen imputaciones y cargos, es totalmente imposible que pueda hacer alegato alguno en su defensa, o producir pruebas que realmente sustenten su posición. Sin la vista de las actuaciones,

<sup>189</sup> Esta profusa actividad legislativa con tan poca diferencia temoral sugiere que el país ha estado intentando, no demasiado eficazmente, atenerse a las normas y principios internacionales sobre la materia, como lo explicamos *supra*, tomo 2, cap. XXII: “Hacia un orden jurídico mundial.”

<sup>190</sup> Ampliar en ROBLEDO, DANIEL, “La ley de lavado de dinero y la «entronización» del secreto de las actuaciones,” *RPA*, 2006-2.

<sup>191</sup> En EE.UU. la ley de acceso a la información permite que el juez examine *in camera* las piezas reservadas, a los fines de resolver si deben seguir en ese estado: SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law Casebook*, 3ª ed., Boston, Little, Brown & Co., 1988, pp. 221-2.

<sup>192</sup> Ver nuestro art. “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21\_2/2009, pp. 699-726.

<sup>193</sup> PTN, *Dictámenes*, 198: 11; 220: 89.

<sup>194</sup> PTN, *Dictámenes*, 221: 124. Comp. la calificación en *Dictámenes*, 213: 248, donde se afirma que la nulidad resultante será absoluta.

toda otra defensa que se le otorgue no será sino permitirle dar golpes de ciego, sin saber a qué ataca, ni si realmente lo está atacando o no.<sup>195</sup>

Una notificación defectuosa es inválida,<sup>196</sup> también lo es, en un Estado de Derecho contemporáneo, la notificación que no acompaña copia completa de las actuaciones.<sup>197</sup> No habiendo conocimiento de las actuaciones, pues, puede concluirse que no ha habido defensa alguna sustancial, por más que el interesado haya tenido oportunidades procesales de otro tipo para “defenderse;” la solución, en tales casos, es sin duda alguna la declaración de la nulidad de todas las actuaciones. Distinto es, en cambio, el caso en que ha habido algún tipo de conocimiento y de participación del interesado en el procedimiento, pues entonces se tratará de establecer si ha habido realmente una “efectiva participación útil,” en el sentido de la Corte Suprema, o tan sólo una “formalidad de citación y vista.” La administración, antes de proceder a declarar una nulidad por omisión o insuficiencia de vista, generalmente indaga especialmente acerca del “real perjuicio que el no otorgamiento de la nueva «vista»”<sup>198</sup> haya podido causar, es decir, de la manera en que la deficiencia en el acceso a las actuaciones ha influido en la defensa del interesado, a fin de evitar lo que parece ser su principal preocupación: No dictar una nulidad “por la nulidad misma y no en el legítimo interés de la parte.”<sup>199</sup> Toda vez que el interesado haya visto dificultado su acceso a las actuaciones y no haya podido corregir este vicio oportunamente, deberá mostrar, en ocasión de hacer valer su indefensión, en qué consiste concretamente el perjuicio procesal que la

<sup>195</sup> En igual sentido ESCOLA, *op. cit.*, pp. 308-9; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p. 87; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 701, sostiene que el trámite ha sido caracterizado por la jurisprudencia como “sustancial” (Ss. del 18/1, 20/5 y 11/7/1947), “fundamental” (Ss. del 12/2 y 20/3/1952), “esencialísimo” (S. del 20/5/1935) y “sagrado” (S. del 15/6/1934). En sentido similar expresan SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECABARREN, *op. cit.*, p. 195, que esto ya lo dice “el sentido común, desde que cualquier mortal sabe que para defenderse de algo es elemental que primero sepa de qué se va a defender y ello le indicará al mismo tiempo los medios a utilizar en su defensa; es una inmutable y universal enseñanza del derecho natural.” Un caso paradigmático en la materia se dio ante la negativa de la administración a facilitar el acceso a las actuaciones al representante de los usuarios designado para integrar la comisión de renegociación de los contratos de servicios públicos: JNFed. CA. N° 8, *Caplan, Ariel R. c. Ministerio de Economía*, 16-V-03, con nota de RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA y ZAYAT, VALERIA E., “El derecho de la información: herramienta imprescindible para una efectiva participación de los usuarios,” en *LL*, 2003-F, 304-11; la medida cautelar fue anotada por VITTADINI ANDRÉS, SUSANA N., “La operatividad de las medidas autosatisfactivas para cumplimentar el decr. 293/2002 y la res. 58/2002 del Ministerio de Economía,” en *RDA*, 42: 911-6. Ver también MORTIER, *op. loc. cit.*

<sup>196</sup> Ver FARRANDO (H.), ISMAEL, “La notificación administrativa irregular,” *Revista del Foro de Cuyo*, t. 2, pp. 33-47, Mendoza, Diké, 1991.

<sup>197</sup> Es usual que se intente demostrar la notificación acompañando comprobante de envío de carta certificada; mas ello no acredita haber notificado el contenido del acto, como exige la norma. Ampliar en el aleccionador precedente CNFed. CA, Sala IV, *Club Atlético Newell's Old Boys (TF 16.141-I) c/ DGI*, 16-III-06, publicado en *ED*, 16-VI-06, así como en SACRISTÁN, ESTELA B., “En torno a las notificaciones de art. 100, inc. a, de la Ley 11.683,” *Periódico Económico Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 262-6.

<sup>198</sup> PTN, *Dictámenes*, 90: 196.

<sup>199</sup> *Op. loc. cit.*



omisión le ha causado: Qué pruebas no pudo aportar, qué argumentos o diligencias procesales no hizo por no conocer en su totalidad las piezas del expediente, qué actos probatorios de la administración no pudo controlar debidamente, qué deficiencias pudieron producirse por su falta de intervención, etc. No se trata de que estos requisitos deban ser exigidos jurídicamente, sino de que su cumplimiento evitará una posibilidad de que se desoiga su reclamo por una supuesta falta de agravio “real” a su defensa.