

## CAPÍTULO XVII

### EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

Por AGUSTÍN GORDILLO

#### SUMARIO

I. <i>Introducción</i> .....	291
1. La realidad en el derecho administrativo.....	291
II. <i>Las actuaciones administrativas</i> .....	293
2. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación .....	293
3. El trámite de agregación de escritos al expediente .....	294
4. Defectos de foliación .....	296
5. La precaución de guardar copia de los escritos y documentos .....	297
6. La impulsión personal de las actuaciones.....	298
III. <i>Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias</i> ....	302
7. Diferencias entre los recursos y los reclamos y denuncias: La necesidad de personalizar .....	302
8. Alcances de la personalización.....	302
9. La individualización .....	303
10. La desmitificación.....	304
11. El ataque: La mejor defensa .....	306
11.1. La posible derivación judicial. Remisión .....	306
11.2. En sede administrativa .....	306
11.3. En la opinión pública.....	308
11.4. En el ámbito penal.....	308
11.5. En la justicia administrativa: Las <i>astreintes</i> personales al funcionario.....	309
12. Por qué la administración es autoritaria .....	309

IV. <i>Estilo administrativo</i> .....	311
13. Estilo administrativo y estilo forense .....	311
14. “Falta de estilo” .....	312
15. Objetividad .....	312
16. Impersonalidad .....	313
17. Valentía .....	314
18. Prudencia .....	314
V. <i>Estructura de los escritos</i> .....	315
19. Exhaustividad .....	315
20. Concisión o resumen .....	317
21. Graduación de los argumentos .....	317
21.1. Exposición de los vicios en el objeto .....	317
21.2. Los vicios en la competencia .....	318
21.3. Los vicios objetivos de la voluntad .....	318
21.4. Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma .....	318
21.5. Conclusión .....	319

## Capítulo XVII

# EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA<sup>1,2</sup>

Por AGUSTÍN GORDILLO

### I. Introducción

#### 1. La realidad en el derecho administrativo

En el primer tomo indicamos que el conocimiento del derecho administrativo hacía indispensable, como en cualquier otra disciplina jurídica, el conocimiento de la realidad;<sup>3</sup> en el primer cap. de este t. 2 hemos comenzado por señalar cómo se prueba en derecho esa realidad. Pero hay al menos dos planos en la realidad: Uno es de los medios de pruebas que irán al expediente como medios de convicción, el

<sup>1</sup> El trabajo es una versión corregida del capítulo X del *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed. En consecuencia, no se repetirá en futuras ediciones de dicho tomo del *Tratado*.

<sup>2</sup> Complementar en nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión, 2001; versión italiana como *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987; reproducido en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 6, *El método en derecho - La administración paralela*, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª ed.; NIETO, ALEJANDRO, *La organización del desgobierno*, Madrid, Ariel, 1984; CARULLO, ANTONIO, *La prassi amministrativa*, Padua, Cedam, 1979; KLIKSBERG, BERNARDO, "La racionalidad irracional de la burocracia," en su libro *Cuestionando en administración*, Buenos Aires, Paidós, 1973, p. 158 y ss.; MOCKLE, DANIEL, *Recherches sur les pratiques administratives pararélementaires*, París, L.G.D.J., 1984; WOLL, PETER, *Administrative Law. The Informal Process*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1963; RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "La violencia del procedimiento administrativo en la práctica," *LL*, 2006-F, 897; "La conducta del administrado no es indiferente para la Justicia," *LL, Sup. Adm.*, 7 de agosto de 2009, p. 35; BARBARÁN, JOSEFINA, "El agotamiento del administrado," *LL*, 2005-E, 1120. Similares ideas, posteriormente, en BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009, p. 39.

<sup>3</sup> *Supra*, t. 1 cap. I; *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001. Ver "Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Dr. Roberto O. Berizonce," en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de derecho administrativo*, La Plata, LEP, 2003, p. 20; SÁENZ, JORGE A., "Gordillo, la función administrativa y la democracia," *Temas...*, op. cit., pp. 74-5.

otro es cómo manejarse con las administraciones públicas y sus concesionarios o licenciarios en la práctica diaria. En este cap. cubriremos el segundo aspecto. Ello es de importancia para la defensa del particular, en el plano administrativo y de los usuarios frente a los prestadores privados de servicios públicos monopólicos.

La retracción del aparato administrativo a fines de siglo XX y comienzos del XXI, que antes explicamos, va acompañada de un mayor crecimiento de las actividades privadas monopólicas concedidas o licenciadas por el Estado, que requieren de la tutela y el control administrativo y jurisdiccional.

Hay que desarrollar paciencia y sobre todo perseverancia para evitar que los abusos eventuales se repitan y perpetúen. Tanto en la administración como en los prestadores de servicios públicos la posibilidad de abuso de poder existe siempre y es necesario salvaguardar los principios del debido proceso a fin de que el particular encuentre protección frente al funcionario de la administración,<sup>4</sup> o de sus licenciarios o concesionarios monopólicos.

Pero en esto como en muchas otras cosas no basta el funcionamiento formal de las instituciones jurídicas: Es necesario que el propio pueblo colabore, individual o colectivamente, en mantener a diario el control del poder.<sup>5</sup> Tenemos en esto un deber de solidaridad con nosotros mismos.

Todo demuestra que el pueblo y los individuos no lo cumplen y que las más de las veces se dejan ignorar, dominar, amenazar o en tratar paternalmente por el Estado y su representante inmediato y directo, la autoridad o el prestador del servicio, el funcionario o empleado que en nombre de uno u otro actúa: *Vigilantibus, non durmientibus, jura subveniunt*. El derecho protege a los que vigilan y no a los que duermen.

Han aparecido hace tiempo breviarios que indican al pueblo, al hombre común de la calle, cómo defenderse de la autoridad, cuáles son sus derechos, etc. Y no es casual que el título de alguno de ellos sea, apropiadamente, “No tenga miedo a la

<sup>4</sup> *Supra*, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” § 3, “Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva” y 4, “Algunos ejemplos” y cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 6, “Casos.” DEBBASCH, CHARLES, “Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXIX, 1973, § 2, p. 101 y ss., p. 105: “La administración está [...] en una situación incómoda. Ella es, en efecto, el lugar geométrico donde se encuentran reivindicaciones contradictorias. Los administrados desatan, ellos mismos, las intervenciones administrativas pero rechazan las limitaciones que resultan. La acción administrativa se encuentra, a la vez, buscada y rechazada. Esta reacción de desconfianza se funda en motivaciones diversas. Los administrados tienen el sentimiento de que las acciones de la administración se desenvuelven en condiciones arbitrarias, que las cargas que ellos acarrear son inequitablemente repartidas. La función moderna de transformación de la sociedad que pertenece a la administración explica igualmente estos fenómenos de rechazo. Toda proyección hacia el futuro hace soportar cargas a los que viven en el presente. La administración se encuentra, entonces, en una situación en la cual ella no dispone de ningún sostén: los futuros administrados que se beneficiarán de su acción no están todavía allí en tanto que ella debe soportar las oposiciones de los administrados perjudicados por la transformación, los cuales están bien presentes y vigilantes.”

<sup>5</sup> Debemos conocer, invocar llevar y mostrar las normas que hacen a nuestros derechos.

autoridad;<sup>76</sup> pues lo cierto es, sin duda, que se tiene verdadero miedo a la autoridad y muchas veces justificado; más una desconfianza extrema de su compromiso con el interés público en el control de los servicios monopolizados dados en concesión o licencia por el Estado.<sup>7</sup> Ahora bien, el funcionario público o empleado altivo de una empresa concesionaria o licenciataria que nos inspira ocasional temor o distancia, es también un ser humano y como tal influyen sobre él las normas del medio social, las reglas de la psicología y la sociología, etc. Así como en la interpretación y consecuente aplicación de una norma jurídica cualquiera, influyen elementos semánticos, sintácticos, lógicos y sobre todo pragmáticos,<sup>8</sup> tornándose importante en grado sumo la técnica de la argumentación,<sup>9</sup> así también cuando se trata de formular una denuncia ante la autoridad de contralor o ente regulador, o de la preparación de una decisión administrativa o de su impugnación, se torna fundamental saber cuál es el método o la técnica de argumentación apropiada al caso, además de saber cuáles son las notas socio-psicológicas que rodean dicha decisión.

El conocimiento de algunos rudimentos acerca del liderazgo y la motivación en la administración pública y privada con poder monopólico,<sup>10</sup> de la estructura psicológica de las organizaciones<sup>11</sup> y en general de la ciencia de la administración,<sup>12</sup> son elementos para comprender el fenómeno administrativo en su contexto jurídico y poder hacer una eficaz defensa frente a él y quienes utilizan su autoridad.

## II. Las actuaciones administrativas

### 2. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación

Hay algunas diferencias fundamentales respecto de la forma de llevar las actuaciones por la administración y por la justicia. Si acaso, la primera impresión

<sup>6</sup> ZIMMERMANN, THEO, *Keine Angst von Behörden*, Gütersloh, Betterlsmann, 1964. También es cierto que el miedo surge o puede surgir de la ignorancia de los propios derechos. Para combatir esa causa son indispensables los manuales de información cívica, destinados a promover la formación ciudadana, como el excelente trabajo de CAPLAN, ARIEL y SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005.

<sup>7</sup> Más los problemas del consumidor. Ver DE LUCCA, NEWTON, *Direito do consumidor. Aspectos práticos. Perguntas e respostas*, San Pablo, EDIPRO, 2000, 2ª ed.

<sup>8</sup> Ver por ejemplo el análisis de ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 105-146. Más el siempre imprescindible contexto, que ya explicáramos en el cap. I, § 1, p. 3.

<sup>9</sup> ROSS, *op. cit.*, pp. 146-9.

<sup>10</sup> Véase p. ej. MCGREGOR, DOUGLAS, *Leadership and Motivation*, Massachusetts, M.I.T., 1966; *The Human Side of Enterprise*, Nueva York, McGraw Hill, 1960.

<sup>11</sup> Ver LIKERT, RENSIS, *New Patterns of Management*, Nueva York, Mc Graw-Hill, 1961; SCHEIN, EDGARD H., *Organizational Psychology*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1965 y sus referencias bibliográficas.

<sup>12</sup> Ver p. ej. THIEME, WERNER, *Verwaltungslehre*, Ingolstadt, Carl Heymanns, 1967; GOURNAY, BERNARD, *Introduction à la science administrative*, París, Armand Colin, 1966; AUBY y otros, *Traité de science administrative*, París, Mouton, 1966; CIMMINO, SALVATORE, *La organización administrativa en su contexto social*, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.

es visual. El expediente administrativo no conoce, como el judicial, el empleo uniforme de hojas de igual tamaño y calidad, ni tampoco el prolijo trabajo del empleado que cose los expedientes; en el procedimiento administrativo los expedientes están perforados y unidos por un simple broche y las sucesivas hojas del trámite, de desigual tamaño y formato, calidad y color, van siendo agregadas en cada oficina en que el acto de procedimiento respectivo se produce, por el simple método de abrir el broche y enganchar allí, perforándolas, las nuevas actuaciones.

Como se comprenderá fácilmente, la desprolijidad, desorden, mala conservación de las piezas del expediente (que aparecen semirrotas en una buena cantidad de casos) y por supuesto suciedad (ya que el expediente es llevado de oficina en oficina, pasando por innumerables manos) son la regla, sobre todo cuando el expediente lleva algún tiempo largo de tramitación —lo que no es excepcional. La pérdida o extravío de expedientes es usual, por lo que resulta absolutamente indispensable pedir<sup>13</sup> y guardar siempre fotocopia de todo, estando listo para reemplazar el expediente cuando no lo encuentren y guardar todavía siempre más copias hasta el final. Olvidarse de este recaudo es exponerse a empezar todo de nuevo. Lo ideal, por supuesto, es que las fotocopias se encuentren certificadas por escribano público, o al menos selladas por la administración,<sup>14</sup> aunque esto resulta algo a lo que la administración no opone sino su desagrado. Pero a veces es mejor incurrir en ese desagrado, pues no faltarán autoridades posteriores que se animen a negar a las fotocopias simples, ni abogados que por imperativo procesal las nieguen en juicio y pongan así en peligro el sustento documental de los derechos del particular.

### 3. *El trámite de agregación de escritos al expediente*

Pero a esta dificultad estética e higiénica cabe agregar otras más serias: Cada escrito que presenta el interesado con referencia a un expediente en trámite no siempre es automáticamente agregado a él. Tradicionalmente, en efecto, la práctica argentina es que los escritos que los interesados presentan con respecto a un expediente son entregados, no en la oficina en la cual el expediente se encuentra y a la cual se lo dirige, sino a la mesa de entradas de la repartición para que ésta lo remita a la oficina en la que las actuaciones están radicadas. Este sistema quedó

<sup>13</sup>Derecho que reconoce como preexistente el inc. *d*) del art. 3° del decr. 229/00; *Carta compromiso con el ciudadano*: “a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas” (el destacado es nuestro); España, art. 35 inc. *a*); nuestro Proyecto de 1964, arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. *d*) y *j*); Brasil, art. 3° inc. II) y art. 46; Perú, art. 160.

<sup>14</sup>El art. 3°, inc. *f*), del decr. 229/00 reafirma el derecho “a obtener copia sellada de los documentos que presente y a no presentar aquellos no exigibles.” Con igual sentido y algunos matices, este derecho se encuentra normativamente protegido en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires por el art. 39 del decreto-ley 7647/1970 y para la Ciudad de Buenos Aires por el inc. 7.2) del art. 7 y por el inc. 6.1) del art. 6 del decr. 2008/03.

parcialmente derogado a partir del decreto 759/66,<sup>15</sup> sobre reglamento de mesa de entradas, salidas y archivo, cuyo art. V, 15 establecía que “Preferentemente, la tarea de «agregación» será efectuada por el Servicio de Mesa de Entradas; si fuera dispuesta por dependencias internas, éstas darán cuenta de la misma, en el día, al Servicio mencionado, para su registro pertinente.”

Posteriormente el art. 25 del decr. 1.759/72 deroga esta regla, estableciendo que sólo el escrito inicial se presenta por Mesa de Entradas; “Los escritos posteriores podrán presentarse o remitirse igualmente a la oficina donde se encuentre el expediente.” Igual principio consagró el art. 34 del decreto-ley 7647/70 de la Provincia de Buenos Aires. Se admite entonces claramente el derecho del interesado a presentar los escritos ante la propia oficina en que el expediente se está tramitando, evitando así el engorroso pase por la mesa de entradas.

Sin embargo, a veces los empleados de las reparticiones u oficinas en que el expediente se encuentra desconocen esta norma y, siguiendo la práctica tradicional, exigen que los escritos sean presentados por mesa de entradas. A veces es peor, los agentes públicos consideran que no pueden recibir un escrito en la dependencia en la cual trabajan si ésta no cuenta a su vez con su propia “Mesa de Entradas.”

Con ello se llega al paroxismo del procedimiento: Se puede presentar el escrito no necesariamente ante la Mesa de Entradas general, sino ante la Mesa de Entradas singular... si ella existe! La cual, a su vez, no tiene sello fechador, ni computadora, ni otorga recibo, ni tarjeta, sino solamente firma una copia, con fecha y en el mejor de los casos con aclaración.

Llevar un escribano para dar fehaciencia al acto crea rispideces que a veces son perjudiciales para una buena relación comercial.<sup>16</sup> En cualquier caso, la Mesa de Entradas general prefiere que le entreguen los escritos a ella, porque es la única que cuenta con una computadora central en la cual ingresa, a todas las computadoras del sistema, la nota del interesado.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> El art. 6.3.6 del decr. 333/85 establece que, respecto de las Mesas de Entradas, Salidas y Archivo, son de aplicación rigurosa las normas fijadas por el decr. 759/66 para Mesa de Entradas, Salidas y Archivo, con las modificaciones que surgen del decr. 1.759/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72.

<sup>16</sup> Pero a la inversa, puede tener sus riesgos a largo plazo no tomarlos, ni dejar constancia escrita de por qué uno se ve obligado a obrar de esta manera, en un país donde todo acto o contrato administrativo termina a la larga, con los cambios de gobierno, siendo objeto de investigación penal, tal como lo explicamos *supra*, t. 1, *Parte General*, cap. VIII, “Relaciones del derecho administrativo,” § 7.1, “Relaciones con el derecho penal.” La falta de elementos complementarios de prueba será un dato que el juzgado penal tendrá como elemento de sospecha en la relación...

<sup>17</sup> Y si no lo ingresa centralmente, después le argüirán que ellos no tienen fecha cierta en la computadora, olvidando que la recepción del escrito por el funcionario competente, en cualquier oficina, tiene los caracteres de instrumento público que explicamos en el t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.” En la mesa de entradas singular no suele otorgarse un número de expediente a cada escrito que se presenta referente a un expediente en trámite, por lo que conviene presentar los escritos en aquélla (si existe) antes que en la mesa de entradas general, con la salvedad de la nota anterior.

Claro está que si el interesado conoce esta norma puede exigir que se lo admitan, pues no siendo así<sup>18</sup> se inicia un procedimiento demasiado ritualista: Al escrito que se presente en la Mesa de Entradas general tal vez le sea agregada una carátula<sup>19</sup> y se le otorgue el trámite necesario para que llegue a reunirse con el principal; es decir, será preciso hacer un pequeño expediente de agregación del escrito. Este pequeño expediente<sup>20</sup> llevará él también su número propio; y cuando finalmente se une al principal, dos cosas pueden suceder: *a)* Una, que se lo agregue a continuación del principal, abrochándolo juntamente con las actuaciones previas —con carátula<sup>21</sup> y todo—; *b)* otra, que se lo acompañe por cuerda floja o simplemente —y es lo más común— suelto: Se los denomina “anexos,” “carpetas,” etc.<sup>22</sup>

#### 4. Defectos de foliación<sup>23</sup>

En el primer caso, o sea, cuando el expediente de agregación del escrito es añadido al principal, se presenta la incongruencia de que ese pequeño expediente, que puede ahora tener varias páginas, puede ser refoliado de dos maneras: Foja por foja hasta el final, o todo junto como unidad.

En el segundo caso es agregado todo, computándolo como si fuera una sola foja.<sup>24</sup> Por ello, si en adelante se desea referirse a la segunda hoja del expediente de agregación, deberá decirse: Fs. 2 del expte. n.º... (el pequeño), agregado como fs... del expte. n.º... (El principal.) P. ej., si el expediente principal está en la fs. 126 y se agrega un expediente de 15 hojas, el expediente agregado lleva número de fs. 127 y si se agregaran luego nuevas hojas al expediente principal, ellas se

<sup>18</sup> O, en su caso, por no querer incurrir en las eventuales penurias que pudiera infligirle algún juzgado penal de sucesivos gobiernos ulteriores munidos de vindicta pública contra un gobierno anterior. Ver *infra*, § 11.4 *in fine*.

<sup>19</sup> El reglamento nacional de mesa de entradas dispone lo contrario, con buen criterio, pero lamentablemente no se lo cumple cabalmente en la práctica. El art. V. 20 dispone que “Cuando se reciba un escrito de cualquier índole que se refiera a un expediente en trámite en dependencias internas, debe registrarse como «Corresponde» del mismo y sin carpeta ni providencia se remitirá para agregarse a sus antecedentes.”

<sup>20</sup> Que se denomina “Corresponde” y se abrevia usualmente “cde.,” ha sido “suprimido” por el decr. 1883/91, pero no ha desaparecido empíricamente del todo.

<sup>21</sup> El reglamento nacional de mesa de entradas dice en su art. V. 15, segunda parte: “Toda carpeta o portada de un expediente agregada a un principal deberá ser conservada en el cuerpo de las actuaciones.”

<sup>22</sup> Por el reglamento nacional se “debe” usar la palabra “anexo” y “agregado sin acumular,” “*suprimiéndose*” el empleo de las expresiones “Acumular sin Agregar,” “Agregar por Cuerda Floja” y “Por Cuerda Separada,” punto V. 12. Ver también decr. 1.759/72, art. 10.

<sup>23</sup> Cabe resaltar que en la provincia de Buenos Aires esta cuestión se encuentra regulada por los arts. 42 a 47 del decreto ley 7647/70 y en la Ciudad de Buenos Aires en el art. 11 del decr. 2008/03; ver también sus arts. 7, inc. 2º), 11, inc. 2º, 12 y 13.

<sup>24</sup> Así lo ordena el reglamento mencionado, cuyo art. V. 12, párr. tercero, dice: “Los expedientes y demás documentos de una o más fojas que se agreguen a otro conservarán su foliación original, pero serán considerados como una sola foja a efectos de integrar el expediente principal.” El art. 11 del decr. 1759/72 sólo dice que “continuarán la foliatura de estos.”

numerarían fs. 128, 129, etc., incluyendo así al expediente principal, sin cambiar la foliación,<sup>25</sup> las quince hojas del expediente agregado.

Supóngase que el administrado se vea precisado a presentar varios escritos en el transcurso de un mismo procedimiento (p. ej. sucesivas denuncias en un expediente en que se pide la caducidad de una concesión o licencia por violación sistemática del pliego y de las condiciones de calidad del servicio) y se podrá formar una idea de cómo puede quedar de desordenado y complicado el expediente.

En el segundo caso (cuando el expediente de agregación se frustra y queda como un agregado suelto), la situación es relativamente más fácil, pues uno citará directamente el número de expediente de agregación. Pero no se puede tener ninguna seguridad de que ello será siempre así: Si alguna oficina dispone una refoliación o reordenación de las actuaciones —lo que se suele hacer con alguna frecuencia y en ocasiones más de una vez en un mismo expediente—,<sup>26</sup> entonces el expediente de agregación perderá su número y será necesario ubicar el escrito dentro de la nueva refoliación, para poder citarlo por ésta en adelante. Y no digamos nada de las refoliaciones en que —lo hemos visto— el empleado afirma “no haber seguido el orden cronológico para ordenar mejor las actuaciones.” La desprolijidad en ocasiones se traslada a la justicia administrativa y hemos visto autos en que el magistrado suscribe a fs. 40 que el auto debe notificarse en el domicilio constituido a fs. 46; pues obviamente ha resuelto foliar primero su decisión y luego la petición de la parte en cuyo domicilio notifica.

Como diría el cómico DAVE BARRY, “No estoy inventando esto.” Si eso ocurre en la justicia, fácil es imaginar que tampoco a un juez le impactará demasiado la desprolijidad administrativa. Pero hay algo que la administración hace mejor que la justicia y es agregar los anexos después del escrito, no antes de él como se hace en tribunales.

### *5. La precaución de guardar copia de los escritos y documentos*

Hay así una precaución fundamental al presentar escritos a la administración o sus concesionarios o licenciatarios: Guardar copias —siempre, siempre guardar copias, con el sello de “recibido,” firma y fecha— y cuando deba referirse a sus escritos anteriores, acompañar copia de la copia sellada; es mucho más fácil que seguir los pasos siempre cambiantes de un escrito en el procedimiento administrativo; si va a una entrevista, llevar otra vez fotocopias de todos los originales sellados o sus fotocopias, certificadas por escribano público. Por iguales razones es también aconsejable guardar más de un juego de fotocopias de la documentación

<sup>25</sup> El art. IV.11.3 del reglamento nacional de mesa de entradas establece en este sentido que “Por ningún motivo podrá ser alterada la foliatura de las actuaciones, las que se conservarán hasta la finalización del trámite y período de archivo. Los errores deberán ser salvados en la foja erróneamente numerada.”

<sup>26</sup> Esta práctica era bastante común hasta hace unos años. El decr. 759/66, ya mencionado, intenta suprimirla al prohibir la refoliatura. El decr. 1759/72 no dispone nada al respecto.

acompañada: Normalmente dicha documentación no se extravía del todo (“nada se pierde, todo se traspapela”), pero cuando ello ocurre, si el particular no tiene ningún otro medio probatorio, la pérdida es irreparable. Más aún, hemos tenido profesionalmente casos verdaderamente esotéricos: La administración pública querrela a un particular por supuesta apropiación de un expediente público. La contestación fue indicarle a la administración la repartición, direcciónj exacta, piso y oficina, en cuya caja fuerte estaba el expediente, y de paso agregar copia del expediente supuestamente extraviado. Entonces la administración hizo desaparecer ella misma el expediente, obligando a su reconstrucción en sede penal llamando el juzgado a los firmantes del expediente para que reconocieran las fotocopias que por nuestra parte acompañamos. Con lo cual tenemos un expediente reconstruido en sede penal, por fuerza de las circunstancias; tarea que se hubiera complicado si no hubiéramos tenido la precaución de tener copias.

Otra vez nos pasó una experiencia distinta, pero igualmente hilarante: Un tribunal de justicia al cual pedimos préstamo del expediente administrativo para fotocopiarlo, resolvió fotocopiarlo de oficio para tutelar la guarda del expediente, y nos entregó entonces copia certificada judicialmente. Cuando, años después, se aprestaban a dictar sentencia en contra de mi cliente, tuvieron que pedirme que por favor les prestara mi fotocopia certificada porque habían perdido el original...

Por ello y porque no siempre es legible la fecha del sello fechador de la mesa de entradas, es conveniente poner fecha a los escritos, e incluso numerarlos, para control propio y en ciertos casos para orientación de algún atribulado asesor que deba dictaminar en el expediente.

### 6. *La impulsión personal de las actuaciones*

La teoría es que la administración impulsa de oficio el expediente y que el particular no puede impulsarlo; la práctica es que la administración se demora en cada etapa procedimental mucho más tiempo del que se necesita y que el particular solamente puede contribuir a acortar en alguna medida ese tiempo, con su insistencia constante. Asimismo también ocurre en la justicia. Son dos burocracias harto equivalentes.<sup>27</sup>

Esto requiere una gran dosis de paciencia, perseverancia,<sup>28</sup> tacto y prudencia: No aconsejamos necesariamente el sistema, pero es el que suele funcionar con un

<sup>27</sup> Hemos tratado de mostrar algunos aspectos organizacionales, delegativos, etc., que son comunes a ambos tipos burocráticos. Sin duda pueden mostrarse muchos más. Ver nuestras glosas en el libro de NIETO y GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 17, “El sistema, la vida, los tribunales,” pp. 86-91.

<sup>28</sup> Estas dos cualidades son harto importantes para contrarrestar el agotamiento que la administración produce en el administrado, ver al respecto BARBARÁN, JOSEFINA, *El agotamiento del administrado*, LL, 2005-E, 1120; en igual sentido BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009, p. 39; RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “La conducta del administrado no es indiferente para la Justicia,” LL, *Sup. Adm.*, 7 de agosto de 2009, p. 35.

grado apreciable de eficacia. Requiere una perseverancia propia de un vendedor de libros a domicilio. Va de suyo que no nos referimos a los casos en que el interesado puede obtener influencias de tipo personal, político, etc., para “hablar” a los funcionarios encargados de la tramitación o decisión del asunto. (Aunque jueces hay que necesitan que se les “hable,” respetan al que va a “hablar” y desprecian al que no “habla” y sólo espera una decisión justa.)<sup>29</sup>

El sistema que hemos visto funcionar requiere una personalidad especial; usualmente, la de un abogado, procurador, persona experta en relaciones públicas o que sin serlo tenga suficientes dotes de cultura, presencia y trato. La técnica es la siguiente: Averiguar primero en la mesa de entradas de la repartición dónde se encuentra el expediente; conocido este hecho, averiguar (preferiblemente a través de un ordenanza a quien a su vez no se habrá de dar lugar a inquirir sobre el interés de la pregunta, so pena de ser alejado), dónde se encuentra tal oficina; acudir directamente a la oficina en cuestión y apersonarse al funcionario que la tenga a su cargo.

En lo posible, siempre acudir al jefe de la habitación u oficina,<sup>30</sup> no a sus empleados, a fin de preguntarle muy respetuosa y agradablemente, pero sin ningún tipo de humildad, si es que efectivamente el expediente tal se encuentra en su oficina. Obtenida la respuesta afirmativa<sup>31</sup> y luego de hacer toda clase de manifestaciones comprensivas del enorme recargo de tareas que seguramente el funcionario tendrá, inquirirle con igual o mayor dosis de cordialidad y amabilidad cuándo estima él, aproximadamente, que podrá haber un pronunciamiento, dictamen, informe, etc., con el cual el expediente sea despachado de dicha oficina. La respuesta, luego de instantes de duda, será posiblemente “quince días,” si la oficina no está con recargo de tareas; “un mes,” si lo está un poco; “tres meses,” si lo está mucho. Si le dicen “seis meses,” el interesado pondrá cara de preocupación y se lamentará —nuevamente sin humildad pero sin agresividad— de los perjuicios que eso podría causarle y solicitará si existe posibilidad de que haya una decisión más pronto. Cualquiera que sea el tiempo que le hayan indicado, el interesado lo anotará cuidadosamente junto con el nombre del funcionario y el de su oficina<sup>32</sup> y, uno o dos días después de transcurrido exactamente el término

<sup>29</sup> Nos encontramos nuevamente ante otro ejemplo de lo que ya advirtiéramos desde 1982, la existencia de una administración paralela a la formal, en la que el interesado, por el mero hecho de aceptar y conducirse bajo el respeto a las reglas formales, corre el riesgo de salir perjudicado o ser sancionado, en este caso, con un desprecio menos que conveniente. Ver *La administración paralela*, *op. cit.*, cap. III, § 3, pp. 97-99.

<sup>30</sup> Nuevamente, este es un tipo de habilidad profesional, mezcla de relaciones públicas, vocación de actor, cuántos componentes más. Los abogados que han de sobrevivir en la lucha por la vida necesitan desarrollarlas, como simple cuestión de supervivencia.

<sup>31</sup> Pues para eso preguntó antes en Mesa de Entradas y si en la oficina que ahora está le dicen que vaya a Mesa de Entradas a averiguarlo, hace que va y vuelve cinco minutos después a decirle: “Me dijeron que todavía está aquí.”

<sup>32</sup> Esta información no sólo resultará de suma utilidad al vencimiento de dicho plazo, sino que puede terminar por convertirse en la piedra fundamental de la primera faz del procedimiento de-

anunciado por el funcionario, se apersonará nuevamente a él a inquirirle si el asunto ya fue despachado.

Desde luego, todo esto puede suponer varios entreactos; ir y no encontrarlo, dejar dicho que lo llamen y no ser llamado, volver a ir y pedir nuevamente encontrarlo, finalmente encontrarlo; todo ello ha de ser realizado indispensablemente, para el éxito de este tipo de sistema de “impulsión,” con las cualidades señaladas al comienzo: Paciencia, perseverancia, cortesía. Otro entreacto que va supuesto en esta pieza teatral digna de ARISTÓFANES, es preguntar regularmente en la Mesa de Entradas durante el período de espera si el expediente fue despachado de la oficina pertinente. No juzgamos el sistema: Solamente decimos que existe y que quienes reúnen las condiciones para utilizarlo y lo hacen, suelen tener éxito con él. Una forma mucho más agresiva, sin ser irrespetuosa, de seguir este procedimiento, es de llamativo interés. Se trata de acudir con un escribano público,<sup>33</sup> el cual labrará un acta, dejando constancia de la pregunta del particular y de la respuesta del funcionario acerca del tiempo aproximado en que el expediente será despachado. El funcionario quizá la firme en la primera oportunidad: Cuando al vencer el primer término indicado vuelven otra vez peticionante y escribano, es una situación difícil para el funcionario. Él no puede desconocer su promesa anterior, ni tampoco informar que ha dictado decisión o producido el informe si esto no es cierto. Por tanto no tiene más remedio que decir que no ha hecho lo que prometió hacer. Firme ahora o no firme el acta, lo cierto es que la negligencia del funcionario y de la administración quedan bastante claramente configuradas y en principio probadas.<sup>34</sup> Ello permite también iniciar las vías de denuncias y reclamos, de considerarse que éstas deben ser utilizadas en el caso. También puede hacerse, desde el inicio, un amparo por mora, aunque la administración, así compelida, resolverá negativamente lo peticionado. Otras veces el problema se presenta mucho antes, porque en la mesa de entradas se niegan a entregarle dicha información,<sup>35</sup> por no ser el interesado directo, o no traer el documento, la

fensivo de naturaleza informal que se verá *infra* § 9, “La individualización.”

<sup>33</sup> Que si bien generalmente da fe de *actos jurídicos* pasados en su presencia, muchas veces también la da de *hechos* pasados en su presencia.

<sup>34</sup> Si bien el notario no da fe pública del hecho pasado en su presencia, al menos es un testigo altamente calificado, lo cual es generalmente admitido como prueba suficiente. Conviene tener presente que el método es duro, ya que pone en jaque al funcionario.

<sup>35</sup> El decr. 229/00, a nivel normativo, es correcto en su art. 3° inc. a), “Derecho a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional,” inc. b), “Derecho a ser asesorado sobre los trámites y requisitos que debe cumplir en sus actuaciones ante la Administración,” inc. d), “Derecho a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas.” En igual tendencia: España, art. 35 incs. a) y g); nuestro Proyecto de 1964, art. 236 inc. 1°) y arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. d) y j); Brasil, art. 3° incs. I) y II), art. 46; Perú, art. 55 incs. 3°), 4°), 5°) y 8°), art. 118 incs. 2°) y 5°), arts. 155 y 160. Por su parte, el reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional (Anexo VII del decr. 1172/03), puntualmente reconoce en su art. 6° que “Toda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar

partida de nacimiento o lo que la ignorancia del empleado pueda concebir como necesario para atenderlo o darle información. En estos casos hay que recordar los principios de cualquier manual de ventas: “La venta empieza cuando el cliente dice que no” y “No tome «no» como respuesta;” adoptar el criterio de que la gestión administrativa comienza cuando el empleado dice que No al pedido de información que se le formula. Otra variante es estudiar relaciones públicas, o encontrar la persona con la personalidad apropiada para encomendarle a ella la gestión. En mi experiencia profesional frecuentemente se busca el perfil del abogado o abogada que pueda dar mejor con el perfil del funcionario al cual hay que dirigirse para hacer la gestión. A veces es necesario explorar el organigrama de la institución para ver si hay algún conocido que pueda guiarnos por los pasillos mentales de la repartición.

La suave, cordial, respetuosa, pero insistente y pesada reiteración del pedido, de los argumentos para que se lo provean; la contestación de todas las argumentaciones que le puedan dar para negárselo; la permanencia física frente al empleado todo el tiempo que se necesita, terminan casi siempre por vencer su resistencia. Él opta por la línea del menor esfuerzo. Generalmente es menor esfuerzo decir que no; se trata entonces de demostrar que le demandará mucho más esfuerzo decirle que no, pues es seguir aguantando su pedido y su argumentación —siempre respetuosa y cordial, pero siempre firme e insistente— y seguir en suma soportando su presencia, que darle la información requerida. Lo mismo es aplicable a los jefes del empleado de que se trate.

El problema es quién aguanta más: El empleado diciendo que no, o el particular repitiendo distintas razones para que le informen, esperando, insistiendo, volviendo. Como el empleado tiene otros problemas y el particular en el momento ese solo, su paciencia sumada a la indispensable habilidad que debe desplegar generalmente le dará resultado. Y si el empleado se enoja, entonces puede a su vez iniciarse el procedimiento de reclamos, recursos y denuncias que mencionamos en otro lugar.<sup>36</sup> Este despliegue de paciencia tiene sentido con la administración pública. Si se trata de un concesionario o licenciataria, hay que hacer al revés y presentar notas de queja o reclamo ante la autoridad regulatoria independiente, o ente regulador de que se trate y seguir su trámite ahora sí administrativo *stricto sensu*, pidiendo sanciones para el concesionario o licenciataria y asegurándose de que se produzca una decisión. Cuando corresponda, puede ser de interés reclamar también por el cumplimiento del art. 8º del decr. 29/00.<sup>37</sup>

derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado.” Tampoco puede exigirse al solicitante el propósito de su requisitoria, art. 11, decreto citado. Ver también KUSINSKY, DARIÓ E., “Cuando la Justicia sí funciona: Un caso sobre información pública,” *LL, Sup. Adm.*, 12-IX-08, 18-21; MARTÍNEZ GARBINO, CAROLINA, “Acceso a la información pública bajo el prisma judicial,” *LL*, 2009-B, 417, y “Acceso a la información bajo el prisma de la Administración,” *LL, Sup. Adm.*, 26-V-2009.

<sup>36</sup> *Infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*.

<sup>37</sup> “Los Entes Reguladores de servicios públicos concesionados o prestados por terceros, podrán acordar con las prestadoras la adhesión de las mismas al Programa.”

Una advertencia final: Debe distinguirse la información a proporcionar por la Mesa de Entradas misma, de la información que proporcionarán las oficinas respectivas en que el expediente se tramita. El funcionario de mesa de entradas solamente puede informar acerca del trámite tenido por el expediente: En qué oficinas ha estado y está, con qué fecha entró; más, no puede informar, por la sencilla razón de que no dispone de esa información, al no estar el expediente en su oficina ni tener registrado su contenido.

### *III. Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias*

#### *7. Diferencias entre los recursos y los reclamos y denuncias:*

##### *La necesidad de personalizar*

En los recursos contra un acto administrativo o en un “reclamo impropio” contra un reglamento administrativo, hay reglas de estilo que luego veremos. En cambio, cuando no tenemos todavía una decisión sino que estamos tratando de lograrla, la cuestión varía. En las peticiones, los reclamos y las denuncias la situación es distinta pues se trata de hechos u omisiones en que ningún órgano administrativo asume bajo su firma y sello la responsabilidad de expresar formalmente la voluntad o el deseo de la administración. En tales situaciones a veces no existe una voluntad del agente manifestada en cuanto órgano del Estado, sino en cuanto mera expresión de veleidad, capricho o arbitrariedad personal; o real y simplemente no existe decisión ni voluntad alguna. Quien quiera que sea el autor de la lesión u omisión, se escuda bajo la impunidad aparente que otorga la impersonalidad del aparato burocrático; es allí necesario quitarle el caparazón protector, suprimirle la despersonalización de que goza o cree gozar, sacarlo a la luz y aislarlo como individuo o persona, para reclamar luego ante un superior jerárquico mediato de su hecho u omisión.<sup>38</sup>

##### *8. Alcances de la personalización*

Personalizar no significa hacer manifestaciones hirientes, agraviantes, etc., respecto del funcionario. Eso es siempre inútil o contraproducente. La dignidad y mesura no debe perderse casi nunca, aunque más no sea en aras de la efectividad de las propias acciones. La personalización debe hacerse pues con toda frialdad y tenacidad: Con la frialdad y tenacidad del que se ha fijado a sí mismo un objeto limitado y concreto en su dimensión momentánea, pero trascendente en su significado final.

No se persigue al funcionario por él mismo; no es por venganza del hecho que se ha sufrido, para hacérselo pagar en su persona; es, por lo contrario, para buscar

<sup>38</sup> WADE, H.W.R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 20: “el agente público, desde el comienzo hasta el final de su carrera, respira una atmósfera de trastienda y, como la modesta violeta, escapa a la luz del día.”

a través del ataque a su persona, la corrección de su hecho u omisión. Logrado el objetivo, puede cesar el ataque a la persona. Por ello mismo, el ataque o impugnación concreta a la persona del funcionario sólo es un medio directo de lograr que ella o su superior corrijan el hecho u omisión dañosa; si no está en manos de uno ni el otro corregir el hecho dañoso, entonces es pérdida de tiempo y desgaste de energía, además de injusticia notoria, hacer ataques personales. El ataque es un modo de acción al cual debe recurrirse recién cuando los medios “normales” han demostrado inutilidad; de lo contrario, se puede obtener un resultado contrario al buscado, por haber sido demasiado agresivo en las peticiones.

Sólo cuando la paciencia y la sonrisa no han conseguido el resultado esperado o debido; cuando están agotadas las vías de la prudencia y de la respetuosa insistencia, sólo entonces se justifica acudir a medios un poco más imperiosos de comportamiento.

Reiteramos, pues, a modo de advertencia formal a los no iniciados en el trámite ante la administración, que no se debe adoptar una posición sistemáticamente agresiva ya que ella es tan inútil y contraproducente como su extremo opuesto, no pedir o reclamar nada.

### 9. *La individualización*

Antes de poder personalizar un ataque es necesario individualizar a la persona que nos ha lesionado. Por nombre y apellido, número de legajo o de chapa y cargo que ocupa en la repartición.<sup>39</sup> El individuo lesionado por la conducta de cualquier empleado de la administración, sus concesionarios o licenciatarios, tiene el derecho de preguntarle su nombre, apellido y cargo: Es lo más que dan los soldados prisioneros en tiempo de guerra,<sup>40</sup> es lo menos que puede dar el agente público —y más un empleado de un prestador monopólico— en un estado democrático.

Preguntarle a éste aquellos datos y anotarlo en su presencia, es la primera faz del procedimiento defensivo de naturaleza informal que ahora pasamos a explicar. Si se trata de un agente de tránsito o de policía, no ha de contentarse el habitante con pedirle el número de chapa y anotarlo. Debe pedirle también su nombre y apellido y oficina concreta en la cual se desempeña para una completa individualización.

Si se niega a dar sus datos, entonces debe el particular anotar sus señas físicas y el lugar preciso, día y hora concreta en que tiene lugar la negativa del agente a individualizarse, a fin de —en el escrito pertinente— efectuar el reclamo y añadir a sus agravios uno más, la negativa del agravante a individualizarse. Por ello

<sup>39</sup> Este principio lo reconoce claramente el inc. e) del art. 3° del decr. 229/00, que reafirma el “Derecho a identificar a las autoridades y personal que tramitan los procedimientos y a responsabilizarlas cuando legalmente corresponda,” el destacado es nuestro; España, art. 35 incs. b) y j), art. 41; Perú, art. 55 incs. 9° y 12).

<sup>40</sup> Así decía un reglamento militar estadounidense instruyendo a sus soldados que cayeren prisioneros del enemigo: “Name, rank, and serial number.” (Nombre, rango y número de serie.)

hay que tener siempre la perspicacia para detallar con la mayor precisión posible los detalles de la situación, lo cual requiere también anotarlos de inmediato.

Y no ha de permitirse en esto que el empleado se salga con la suya cuando no ha querido identificarse: El escrito debe en tal caso dirigirse a la máxima autoridad de la repartición, señalando el hecho, día, lugar y hora y descripción física de la persona y pidiéndose le exprese su nombre y apellido a fin de iniciar, en su caso, las acciones pertinentes contra dicha persona. No será fácil a los funcionarios de la repartición no hacer lugar al reclamo, si uno persiste en él.<sup>41</sup>

### 10. *La desmitificación*<sup>42</sup>

En la relación personal del individuo con el funcionario público se da con frecuencia una especie de juego en el cual casi siempre pierde, innecesariamente, el particular. Funcionario e individuo tienen a veces supuestas cartas ocultas que el otro desconoce, pero teme; el clásico “¿Usted sabe quién soy yo?” ya gastado y viejo, es un buen ejemplo de ello; una variante menor, también algo gastada y debilitada pero no del todo inútil, es la de adelantarse en relaciones críticas a identificarse como abogado. Más de un individuo, ante la amenaza directa o indirecta de ser llevado “a la comisaría” por un agente policial, disuelve en el aire esa carta contraponiéndole la de que es abogado, contrastando así supuestas o reales “acciones” o “querellas” con cuyo anuncio logra fácilmente evitar el ser “llevado a la comisaría;”<sup>43</sup> la privación ilegítima de la libertad, p.ej, no es excarcelable: Un policía lo sabe y tratará de no encuadrar en este tipo procesal penal. Pero este juego lo emprenden pocos particulares: Algunos —ni siquiera todos— abogados, altos y medianos funcionarios, falsos o reales influyentes.

El resto de los habitantes suele creer que las cartas que el funcionario tiene en su manga son demasiadas como para intentar oponérsele “persona a persona.” Sin embargo, el funcionario que tanto poder tiene, lo puede hacer aparecer como mágico solamente en la medida en que se mimetiza con la administración y se identifica con el mito de la administración todopoderosa. Pero ocurre que también

<sup>41</sup> Para ello conviene tanto hacer un escrito por expediente, como asimismo pedir el libro de quejas que debiera existir según el inc. e) del art. 5° del decr. 229/00. Si el libro no existe, hay que hacer un amparo para que lo creen. El avance, si se pudiera decir que existe, es milimétrico. Así el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, dictó la res. 1592/06, implementando el Libro de Quejas. No hemos intentado verificar personalmente si el libro realmente existe y es de fácil acceso, o no. Es el cansancio del administrado a que nos referimos en otro lugar.

<sup>42</sup> Acá nos referimos a la desmitificación del funcionario como poderoso, pero hay otra desmitificación más sistémica, que es la que hacen BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, op. cit.

<sup>43</sup> La cual siempre es una amenaza falsa, con tal que el individuo mantenga la calma y la compostura y le recuerde respetuosamente al agente que de “llevarlo” contra su voluntad cometería delito de privación ilegítima de la libertad. Ver también lo que decimos *infra*, § 11, “El ataque: la mejor defensa.”

él, en su indispensable simulación en la lucha por la vida,<sup>44</sup> necesita “no tener problemas”<sup>45</sup> para medrar en su puesto y ascender. Ésa es su fuerza y su debilidad; es su fuerza, pues por definición vital juega inconscientemente el simular frente al particular tan fuertes cartas “ocultas” que éste no atinará a reclamar de su inconducta, su omisión o su negligencia; es su debilidad, ya que el primer hombre que esté dispuesto a jugarle toda la partida inevitablemente se la gana. Es que el administrador medio, sea agente de policía, jefe de mesa de entradas de la repartición, director general, abogado que debe dictaminar o funcionario que debe decidir, es un ser humano como todos los demás, aunque su contraparte lo olvide. Tiene por igual su problema de que el sueldo no le alcanza, aspiraciones materiales que no puede concretar, problemas familiares y de la vida de relación. Seguramente padece de un jefe que no lo valora lo suficiente y un puesto jerárquico que no alcanzó a pesar de creer merecerlo. Y fundamentalmente, es de todos modos una persona acostumbrada a la molición de las altas calificaciones administrativas, en que una suspensión por dos días, o un apercibimiento son sanciones que sólo reciben por lo general los ordenanzas y demás personal de maestranza; en que un 9.70 es una denigrante nota,<sup>46</sup> pero en que una cesantía o “prescindibilidad” alcanza a cualquiera sin completas garantías de sumario y a veces sin él.<sup>47</sup> Es, por ende, la persona que dentro de la administración pública no se siente comprendida ni valorada, se sabe no protegida<sup>48</sup> y a merced de la veleidad y el capricho de sus superiores. Es la persona que frente al particular se identifica desesperadamente con la maquinaria burocrática. Invoca órdenes

<sup>44</sup> Es ésta una clasificación que le faltó a INGENIEROS, JOSÉ, *La simulación en la lucha por la vida*, Buenos Aires, 1954, pp. 113-24, cuando hablando de los “simuladores por adaptación al medio,” “aquellos cuya aptitud para simular en la lucha por la vida es determinada o acentuada por las influencias del medio sobre el individuo,” habla del “simulador astuto” y del “simulador servil;” agregaríamos aquí al “simulador autoritario;” Ése es el empleado y funcionario público por antonomasia, en cuanto el medio en que se desempeña acentúa su necesidad de simular y precisamente simular autoridad, en la lucha por la vida administrativa.

<sup>45</sup> “Su obligación es mantenerse a sí mismo y a su personal fuera de la luz.” “El ministro estará constantemente bajo fuego, respondiendo por todas las actividades de su departamento y la primera obligación de sus funcionarios es no crearle más problemas;” WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>46</sup> No es exageración: En muchas reparticiones se califica con diez en todos los rubros, haciendo las gradaciones alrededor del 9.80, 9.85, 9.90, 9.95, etc. Se aprendería mucho utilizando los sistemas de calificación de los organismos internacionales, cuya utilidad se advierte en todos los tribunales administrativos internacionales que hemos integrado o integramos.

<sup>47</sup> Los regímenes de “prescindibilidad,” etc., han servido en la práctica para cometer abusos y arbitrariedades, aumentando así la inseguridad del funcionario frente a la administración. El tratamiento del tema puede verse en el t. 1, cap. XIII, “Agentes públicos,” § 10, “La estabilidad del empleado público.”

<sup>48</sup> De esto no hay duda alguna; ya BIELSA señalaba hace más de medio siglo que así como el funcionario abusa de los particulares, así también abusa de él la administración. Ni una cosa ni la otra, por cierto, es admisible. Ver también la nota precedente.

superiores, reglamentaciones generales, instrucciones precisas o falta de ellas según convenga.<sup>49</sup>

Todo eso es falso; ese individuo está tan sólo protegiendo su puesto y su carrera de la manera que entiende adecuada: No tener problemas. Por lo tanto, nada más grave para ese funcionario que aquello que quiebre su caparazón de anonimato, que lo exponga como “problema” ante sus superiores. Claro está, una sola queja o denuncia personal contra él no lo destruirá ni mucho menos: Pero él bien sabe que la acumulación de varias lo perjudica irremediablemente en su carrera. Es el hombre, por ende, sin personalidad propia fuera del contexto de la impersonalidad administrativa en la cual se siente fuerte, frente al particular aislado. Sacarlo de esa despersonalización, exponerlo como individuo frente al ente amorfo del que es parte, es hacerle la más aguda y profunda agresión jurídica.

## 11. *El ataque: La mejor defensa*

### 11.1. *La posible derivación judicial. Remisión.*

Por lo expuesto, amenazar a un funcionario público con una acción judicial provocará su indiferencia, oculta hilaridad o reflexión mordaz: En el mejor de los casos, el juicio va contra la administración, no lo toca a él.

Al menos, claro está, que el abogado sea lo suficientemente hábil en su planteo judicial y el sorteo le otorgue un juez igualmente creativo. Puede así ocurrir que en el trámite de un pedido de medida cautelar el magistrado convoque una audiencia a la que cite al actor y al funcionario responsable del acto u omisión, fijándole a este último en ese mismo acto una multa personal diaria modesta, de p. ej. \$ 50, a favor de la parte actora, para el caso de inasistencia. Lo explicamos más abajo en el § 11.5. En ese caso al funcionario se le borrará tanto la indiferencia externa como la mordaz sonrisa interior.

### 11.2. *En sede administrativa*

Amenazar con un recurso jerárquico o de apelación, o con la reclamación a sus superiores, provoca la indiferencia y el encogimiento de hombros: “Haga lo que quiera;” realmente le es indiferente lo que decida la administración, dentro de la cual sigue en el anonimato.

Amenazar con un escrito pidiendo para él sanción disciplinaria de apercibimiento o suspensión<sup>50</sup> puede comenzar a preocuparlo, sobre todo si más que una

<sup>49</sup> Es decir, fingiendo una autoridad plena como mera expresión concreta e individual del total del aparato coactivo del Estado.

<sup>50</sup> No conviene exagerar pidiendo cesantía o exoneración, por más grave que sea la falta: Es preferible pecar de prudente, para no despertar excesivo recelo de la administración y la posible reacción fundada en el espíritu de cuerpo, que preferirá entonces proteger al denunciado antes que dar curso a la denuncia.

amenaza colérica, es un frío anuncio de alguien que está simplemente dispuesto a tratar de causarle la molestia.

Lo cual no es en absoluto torpeza, sino sabio consejo de SÉNECA,<sup>51</sup> que parafraseado aquí ha de leerse; “para que corrijas tu hecho, haré que te castiguen, aunque con ello no solucione yo este problema que ahora me causas.” Si logra transmitir al funcionario la certidumbre de que guiará su conducta por esa máxima, es posible que consiga también la corrección del hecho.<sup>52</sup>

Los escritos pidiendo sanciones para un funcionario deben guardar al máximo las reglas de prudencia, mesura, etc., que más adelante exponemos; no por temor a represalias sino porque eso es lo que más eficacia les confiere.

Deben además presentarse varios grados jerárquicos más arriba del funcionario causante del agravio, a fin de evitar caer dentro de la misma oficina en que la omisión o acción negligente o dañosa ha sido cometida, donde podrá ser encubierta por un jefe inmediato ligado al inferior por lazos de amistad, compañerismo, solidaridad, compasión o comprensión.

La fría denuncia debe dirigirse a un frío funcionario superior,<sup>53</sup> que dará curso al escrito pidiendo información al jefe inmediato de quien motiva la denuncia; esto es el nacimiento de un expediente y un “expediente” es toda una institución administrativa que aunque ande lento, lo guarden en un cajón, o lo desvirtúen, nunca lo destruyen por ser precisamente un mito y un tótem;<sup>54</sup> ese mito existente realmente, es en sí amenaza suficiente para un empleado medio o mediocre y para un jefe similar. Como dijimos antes, una sola denuncia o un solo expediente contra un funcionario no lo afectan excesivamente; pero más de uno ciertamente lo despersonalizan de la impersonalidad administrativa y lo tornan blanco de observación, perjudicándolo en su carrera aunque no desemboquen necesariamente en sanción jurídica concreta y actual: Lo importante es que estas consecuencias ya son sanciones morales y sociales, sobre todo sanciones que al funcionario le importan subjetivamente. Por tanto son sanciones efectivas, desde un punto de vista material.

<sup>51</sup> Dice SÉNECA: “el sabio no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero;” “No castigemos porque se haya pecado, sino para que no se peque. La pena se impone siempre mirando a lo venidero, nunca a lo pasado; no es obra de la ira, sino de la previsión.” En igual sentido expresa posteriormente NIETZSCHE: “*Der Weise straft nicht, weil schlecht gehandelt worden ist, sondern damit nicht schlecht gehandelt werde.*” El aforismo, válido para casos individuales, es de máxima importancia para la sociedad en su conjunto.

<sup>52</sup> Es el civismo jurídico a que hace referencia, GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” *LL*, 2000-B, 274.

<sup>53</sup> Secretario de Estado, Ministro o Jefe de Gabinete; en un ente descentralizado, al presidente o gerente general; al Intendente. En los servicios privatizados, al ente regulador. Después hay que seguir el trámite, escribir a las asociaciones para interesarlas en la cuestión, etc.

<sup>54</sup> Esta comparación la han tomado y desarrollado, para todo el derecho administrativo, BONINA y DIANA, *op. cit.*

### 11.3. *En la opinión pública*

Más conocida, pero no bien usada, es la técnica de las solicitudes periodísticas, entrevistas (que, claro esta, es necesario gestionar y no siempre es fácil obtener), artículos de fondo (no siempre gratuitos, lamentablemente), o del envío a la prensa de cartas de lectores, copias de telegramas o escritos de denuncia, con lo cual se logra el mismo objetivo de su publicación, en caso que la denuncia sea de interés. La publicidad por la prensa tiene mayor efecto pero, también, implica jugar fuerte con una administración que, bueno es recordarlo, es autoritaria: El fino sentido de equilibrio es por lo tanto indispensable. En todos los casos, desde luego, el efecto está en sindicarse a una persona determinada y preferiblemente no al ministro y menos al presidente.<sup>55</sup> Si bien la publicidad por la prensa no tiene necesariamente un resultado directo, puede despertar una serie de críticas similares y eventualmente desatar una corriente de opinión que el gobierno no pueda ignorar:<sup>56</sup> Es esta posibilidad y este peligro lo que usualmente hace a los funcionarios precaverse contra un crecimiento de quejas o denuncias y tratar de calmar los ánimos, si esto es posible. A veces resulta eficaz la simple amenaza de llevar un asunto a los diarios, o la remisión a ellos de cartas, etc.

### 11.4. *En el ámbito penal*

Finalmente, el arma más temible que desde este punto de vista tiene el particular, pero solamente el que actúa patrocinado por abogado, es la de la querrela criminal por violación de los deberes del funcionario público, falsedad de instrumento público, etc., según corresponda.<sup>57</sup> El arma la utiliza también la administración contra sus enemigos, no hay razón por la cual los particulares no puedan proceder del mismo modo.

Es un arma temible no porque vaya a conseguirse la condena del funcionario, sino por las implicancias sociales, administrativas y psicológicas que la querrela tiene para el funcionario: Psicológicamente, le destruye su sentimiento de impunidad y le infunde una saludable dosis de temor; sociales, por las implicancias

<sup>55</sup> Pues en ambos casos la denuncia puede parecer política y entonces no despertar el interés de la opinión pública, a veces insensibilizada a este tipo de planteos. Y no está demás recordar, tampoco, que nuestra tradición es caudillista e hiperpresidencialista, con una creciente y extraordinaria concentración del poder político y económico en manos del gobierno. federal.

<sup>56</sup> En sentido similar WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 86: “Ustedes pueden preguntarse para qué sirve un perro guardián que sea puro ladrido pero no muerda y que no puede hacer nada sino aconsejar y protestar. La respuesta es, creo, que un fuerte ladrido en esta materia puede desatar jaurías enteras de perros guardianes ladrando y que el ruido pueda rápidamente transformarse en uno que el gobierno pueda encontrar difícil ignorar.”

<sup>57</sup> El delito de abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos tiene una tipificación tan amplia en el Código Penal, art. 248, que cubre la mayor parte de las acciones u omisiones dañosas de los funcionarios: “el [...] que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.”

obvias que tiene el tener que acudir a citaciones policiales o de la justicia de instrucción en las cuales se investiga su conducta eventualmente criminosa; administrativas, porque ello le obligará a pedir permiso en su empleo, ya sea explicando u ocultando el motivo real del permiso, lo cual en ambas casos le es causa de una situación personal incómoda.

Así como aquí hablamos del procedimiento administrativo en la práctica, cabe recordar las reflexiones empíricas y por cierto con tono irónico de los penalistas: La querrela opera socialmente como un sustituto de la condena, el proceso es el castigo que recibe el querrellado, y la sentencia final determinando que no hay elementos de juicio suficientes para la condena y que se dicta por ello el sobreseimiento provisional, es la terminación del cumplimiento de la pena.

En cualquier caso, es creciente la inter-relación contemporánea entre el derecho administrativo y el derecho penal, y no es nada extraño que un caso de derecho administrativo termine ventilándose en los estados penales.<sup>58</sup>

#### 11.5. *En la justicia administrativa: Las astreintes personales al funcionario*

A nuestro modo de ver, el mejor equilibrio entre eficacia inmediata y prudencia jurisdiccional lo brindan algunos (muy pocos, lamentablemente) jueces de primera instancia nacionales y locales que convocan como medida para mejor proveer, por ejemplo antes de resolver sobre una medida cautelar solicitada, a audiencias a las que citan a la parte actora y *al funcionario responsable de la acción u omisión que ha suscitado la controversia*, bajo apercibimiento de aplicarle *modestas multas personales*, ya fijadas en la misma acta de convocatoria, del orden de los 15 dólares diarios, *a favor de la parte actora, para el caso de incomparencia*. Esta *necesidad* de acudir en persona ante el juez a rendir cuentas de su acto u omisión, *delante de la persona por él agraviada en sus derechos*, ha demostrado ser un arma efficacísima del juez para resolver la causa *in limine litis*, por la vía de una suerte de conciliación inducida por el tribunal. Permite también, obviamente, descargar al tribunal de mucho expedienteo que de otra manera hubiera recargado inútilmente al tribunal, sin haber prestado servicio alguno de justicia a la parte.

#### 12. *Por qué la administración es autoritaria*

De lo expuesto se sigue que los funcionarios cometen arbitrariedades y daños, sólo porque los millones de ciudadanos que se enfrentan con ellos no atinan a escindir al gran cuerpo buracrático en sus partes componentes, que son hom-

<sup>58</sup> Como lo explicamos *supra*, tomo 1, *Parte General*, cap. VIII, § 7.1 “Relaciones con el derecho penal;” en igual sentido, además de las otras fuentes allí citadas, MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, esp. § 84, “Criminalización del Derecho Administrativo,” p. 77.

bres comunes; y atacar por allí; porque luchan con el cuerpo entero, cuya propia inercia es siempre aplastante, en lugar de luchar contra sus seres humanos de carne y hueso,<sup>59</sup> cada uno de sus individuos. Si uno imaginara a cada habitante lesionado por la inconducta de un funcionario, haciendo respetuosos escritos a sus superiores jerárquicos, solicitando “se considere la posibilidad de aplicarle al Sr. X, jefe de tal cosa en la Oficina tal, una sanción de apercibimiento o suspensión, según se estime corresponder, por no haber tratado con la debida consideración” al particular; si uno se imaginara a los muchos miles de abogados que tienen clientes vinculados a la administración, querellando o denunciando al mismo Sr. X, notificando el hecho de la querrela o denuncia a la repartición en la cual trabaja, en un igualmente respetuoso y medido escrito y notificando más tarde a la misma repartición el eventual auto de procesamiento “a los fines que estime corresponder,” todo podría cambiar.

Si cada uno de los millones de habitantes se impusiera como obligación defenderse no solamente con recursos y acciones, sino también con la mejor defensa: El ataque; si cada uno de esos millones de personas se ocupara de perseguir diligentemente a los funcionarios que cometen arbitrariedades contra ellos, de presentar escritos de denuncias administrativas y judiciales precisos y concretos; de enojarse con rabia ajena, como decía GRACIÁN, persiguiendo despiadadamente al agente público culpable y responsable del hecho dañoso, la imagen podría revertirse.

Por una sola circunstancia de número, el funcionario quedaría avasallado por la presión administrativa, jurídica y política de varias decenas o centenas de administrados que fríamente lo denuncian, una y otra vez, que lo querellan criminalmente; que lo demandan civilmente por daños y perjuicios.<sup>60</sup> En tal caso, más que una tiranía burocrática habría una tiranía del público: La tiranía de un público que exige que se cumplan los preceptos constitucionales y legales y utiliza los medios legales y administrativos a su alcance para cumplir ese objetivo. Si kafkiana es la visión de una administración que sin explicaciones ni razones, en una conspiración de silencio, se impone por su mera inercia en miles de arbitrariedades al habitante, a través de funcionarios anónimos, igualmente kafkiana es la visión que se puede así conjurar de un público, que sin iras ni protestas vehementes, sin explicaciones ni sobornos, en otra conspiración silenciosa, oprime a cada opresor en su propia persona: En su sueldo, en su puesto, en su repartición y en las superiores, en su carrera administrativa, en su nombre y apellido, en su número de chapa o de legajo.

Conjure el público esa visión y obtendrá más rápida y efectiva respuesta a cada uno de sus reclamos. Quien ante la arbitrariedad lo individualiza, lo personaliza,

<sup>59</sup> Por supuesto, sin dejar de utilizar de todos modos las acciones y recursos judiciales procedentes en forma impersonal contra la administración.

<sup>60</sup> Comp., en sentido similar, WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 86.

lo desmitifica y lo ataca personalmente por todos los medios administrativos, penales y civiles, tiene —aun de no lograr solución al problema— la seguridad de haber dejado terreno fértil para que en él sí germine la próxima personalización y ataque concreto que otro venga a hacerle, que puede ser nuevamente él mismo. Una vez más en palabras de SÉNECA “no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero.” Y si no, pueden conjurarse hechizos sociales mayores, pues así como la sociología urbana contemporánea trata hace ya tiempo del “cazador urbano” y del “recolector urbano,” se han visto invasiones intraurbanas de resistencia a la autoridad,<sup>61</sup> como los cortes de ruta, piquetes de diversa índole, que terminan paralizando la vida urbana. La impotencia y exclusión extremas también se pueden transformar, en condiciones muy adversas, en resistencia masiva e ilegal a la autoridad.<sup>62</sup>

#### IV. *Estilo administrativo*

##### 13. *Estilo administrativo y estilo forense*

Toca ahora referirnos al estilo que debe seguirse en la redacción de los escritos a ser presentados ante la administración, trátese de reclamos, recursos, denuncias, o meras solicitudes propuestas, sugerencias, etc. en el ejercicio del derecho constitucional de peticionar a las autoridades públicas.<sup>63</sup> Con los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos monopólicos el estilo ha de ser tanto más duro como lo es la piel de sus agentes.

Hablar de un “estilo administrativo” como diferenciado del “estilo forense” es muy probablemente una exageración.

En realidad, si acudimos a este giro verbal es más que nada para destacar que las reglas usuales del estilo no son de aplicación únicamente en la justicia, como alguien poco experimentado podría quizás imaginar, sino que deben también ser guardadas en el plano administrativo, aunque en este ámbito presenten particularidades propias de un ámbito y una organización humana diferentes. Por supuesto, el estilo es también la persona, así como “el mensaje es el medio.” Cada uno debe encontrar su propia voz. En nuestro caso, utilizamos a veces la mordacidad o la ironía.

Por ello, el exponer aquí cuáles son los principios del “estilo administrativo” lo hacemos simplemente para señalar o destacar que ciertos principios del estilo

<sup>61</sup> MERKLEN, DENIS, *Pobres ciudadanos. Las clases populares en la era democrática*. [Argentina, 1983-2001], Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 14, 66-67.

<sup>62</sup> Evitemos la exasperación, que puede ser irreparable. La historia argentina contemporánea lo demuestra.

<sup>63</sup> En cuanto a la administración pública nacional, son de aplicación obligatoria y estricta las “Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativos,” aprobadas por decr. 333/85. Ver PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, *Manual de Estilo*, Buenos Aires, La Ley, 1998.

profesional forense no varían en su aplicación al procedimiento administrativo, a pesar de que algunos recurrentes así parezcan a veces entenderlo implícitamente, como veremos en las páginas siguientes.

#### 14. "Falta de estilo"

Las consecuencias de la "falta de estilo," con todo, son disímiles en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo: En el primero pueden determinar la improcedencia del escrito; en el segundo no, por el citado precepto del informalismo y sólo en casos graves de falta de seriedad o irrespetuosidad grosera y manifiesta, podría llegar a testarse parte de un recurso por tal causa. Desde luego, el testado no es un mero hecho que pueda realizarse directamente, sino que en el acto por el cual se resuelve el recurso o reclamo deberá ordenarse el testado de las partes pertinentes.<sup>64</sup> Por lo demás, en el procedimiento administrativo no pueden devolverse o rechazarse por Mesa de Entradas los escritos, por falta de estilo o de otros requisitos,<sup>65</sup> sino que la obligación de los funcionarios es recibir los escritos y darles trámite y sólo el funcionario competente para decidir sobre el fondo puede pronunciarse sobre la impropiedad formal del recurso, mandando testar partes de éste, como dijimos, o en caso extremo devolverlo al interesado.

Las reglas que expondremos son el resultado de la observación de las prácticas administrativas argentinas, buenas y malas; inevitablemente reflejan también en gran parte el sentir y la actitud de quien las escribe, de modo que cada uno deberá adaptar estos comentarios a su propia personalidad.

#### 15. Objetividad

La primera regla del estilo administrativo es la de la objetividad. Ello, porque la objetividad es la mejor manera de llevar al convencimiento de una persona, que ella debe decidir una cuestión de determinada manera, en virtud de razones lógicas y permanentes, más que emotivas y sentimentales.

Los escritos que no siguen este criterio y son por el contrario apasionados, inflamados, declamatorios, pueden a veces ser inefectivos tanto en el procedimiento administrativo como judicial; o incluso, contraproducentes. En el caso de los concesionarios o licenciatarios monopólicos, ni siquiera ello alcanza.

<sup>64</sup> PTN, *Dictámenes*, 96: 299, p. 310 vta. El art. 6º, inc. a), del decreto 1759/72 faculta al órgano competente para "testar toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos." Asimismo, con similares consecuencias para el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el art. 35 del decreto ley 7647/70 le permite mandar a testar "las expresiones ofensivas de cualquier índole" y para el de la Ciudad de Buenos Aires, el inc. a) del art. 27 del decreto de necesidad y urgencia 1510/97 le permite hacerlo respecto de "toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos."

<sup>65</sup> En caso de haberse omitido cumplir recaudos, se debe recibir el escrito y notificar al interesado cuáles son los recaudos faltantes para dar curso a lo solicitado en su escrito. Lo que no puede hacerse, pero con frecuencia se hace, es devolverle el escrito y no recibírselo hasta que no lo acompañe de todos los recaudos que el funcionario estime necesarios.

Es muy probable que a quien deba decidir lo impresione mucho más una argumentación medida, segura, objetiva, carente de declamaciones y de advocaciones; es posible incluso que un escrito muy declamatorio llegue a fastidiar ligeramente a quien lo considere y lo predisponga, consciente o inconscientemente, en contra del recurrente; la impresión que puede inadvertidamente causar un recurso inflamado y declamado es la de que el administrado emplea tales giros por carecer de argumentos más sólidos que exponer. Por ello entendemos que el empleo de tal estilo no sólo no beneficia al escrito, sino que puede en algunos casos perjudicarlo. De allí que creamos preferible evitarlo y atenerse a la objetividad, como regla general, con la salvedad antes expuesta.

La objetividad supone también aportar el sustento fáctico de lo que se afirma. Cada afirmación de hecho que uno realiza y considera importante, debe ir acompañada del debido sustento documental o probatorio en general, como explicamos en el cap. I de este vol. y lo ampliamos en el t. 4. Cuando, en los expedientes judiciales de los tribunales internacionales, afinamos la mira sobre el caso, es siempre ateniéndonos a los documentos anexados a las piezas del expediente. Por cierto que tiene importancia lo que cada parte dice, pero más importante es la prueba acompañada al expediente en la cual se fundamentan.

### 16. *Impersonalidad*

En estrecha relación con lo anterior es de mencionar la regla de la impersonalidad: No es prudente ni correcto en un recurso hacer alusiones personales hacia el funcionario cuyo acto se impugna. Debe tenerse en cuenta que los funcionarios públicos, como en su caso los jueces o cualquier persona, tienen un cierto “espíritu de grupo” o “espíritu profesional” que, por lo general, tiene alguna lógica sensibilidad a los ataques de que es objeto. Por eso, solazarse con los defectos personales que pueda implicar la decisión del funcionario cuyo acto es impugnado, además de ser poco elevado, puede eventualmente despertar disgusto hacia el recurrente, por parte del funcionario que debe decidir el recurso: Las causticidades, mordacidades y en general afirmaciones o implicaciones hirientes o agraviantes, tienen siempre el riesgo de hacer sentirse molesto, en el mejor de los casos, al individuo que debe decidir; deben pues ser evitadas.

Por lo mismo, no es conveniente centrar el ataque del recurso contra el funcionario que lo dictó, ni en la repartición o entidad de la que el acto proviene (salvo que ello sea estrictamente necesario, p. ej. cuando se impugna un acto por desviación de poder, o cuando se reclama que se sancione a un funcionario; a ello nos referimos anteriormente), sino que es preferible limitarse a atacar el acto de que se trata, señalando aisladamente sus defectos y vicios y prescindiendo de su autor o del ente en el cual fue producido. Tal tipo de argumentación es también, creemos, más efectivo que el anterior.

### 17. *Valentía*

También el escrito debe ser valiente: Debe denunciar los hechos ilegítimos que afectan al recurrente, debe señalar al funcionario que le solicitó prebendas; debe pedir sanciones para el agente público concreto e individualizado que ha actuado incorrectamente; debe en suma contribuir a la legalidad de la administración, ejerciendo en cuanto miembro del pueblo soberano, su parte de control social, participativo y democrático a las instituciones y los hombres públicos. Mas tales ataques deben ser empleados sólo en la medida de lo necesario; y cuando se lo haga, debe recurrirse a ello como a un remedio fuerte, que debe administrarse con cuidado, para no causar más daño que cura. Debe hacerse una descripción objetiva de los hechos ilegítimos, evitando calificarlos si no es por su misma ilegitimidad y evitando erigirse en censor de la vida pública del Estado; tiene mucha más fuerza y utilidad la medida y serena denuncia o imputación de un administrado ecuánime, que la descomedida denuncia de algún irresponsable crítico que pretenda erigirse en fuente exclusiva de moralidad; que en lugar de sufrir interiormente por los males del país, poco menos que se regocija por ellos, en cuanto le dan oportunidad de obtener un falso brillo al señalarlos, con iracundia, desde su pretendido pedestal. En definitiva, no debe callar el recurrente de las irregularidades que han cometido en su perjuicio los funcionarios públicos, presentes o pasados, inferiores o superiores jerárquicos; debe levantar su voz para señalarlos, asumiendo la plena responsabilidad de sus actos y arrostrando las consecuencias que ello le pueda acarrear; y debe estar presto además a reconocer públicamente su error cuando él le sea demostrado.

Debe elevar su voz de protesta, su formal reclamo, contra los abusos de los funcionarios públicos; sean aquéllos de hecho o de palabra, expresos o implícitos, debe él señalarle a la administración pública todo lo que ella se haya desviado o abusado; pero debe enseñarle a respetarlo, no por la estridencia de su voz, sino por la firmeza de su carácter y por la serena constancia de sus actos.

### 18. *Prudencia*

Por último y sin desmedro de la valentía del escrito, debe él ser prudente: No cabe confundir valentía con arrojo violento; la valentía de un escrito debe residir en un sereno y quieto decir las cosas que deben ser dichas y no en un arrebatado vilipendiar la acción administrativa que se reputa ilegítima. Desde luego, también corresponde ajustar nuestra dialéctica cuando lo que es atacado son las sistemáticas sobrefacturaciones de alguna licenciataria: Pues es imposible ser muy discreto y correcto frente a quien haciendo abuso de su posición monopólica y la falta de capacidad administrativa de controlarlo, sistemática y dolosamente cobra lo que no debe. Es un ilícito penal, público y notorio, que ningún fiscal investiga ni acusa. Para peor, lo sufre y calla, faltando a sus deberes de *vindicta* pública. Esto se

relaciona con la primera regla enunciada: La de que el escrito debe ser objetivo y no debe entregarse a excesos de ninguna índole; se diferencia este principio del de la objetividad, en que tiende a indicar que debe prescindirse, no sólo de los grandes estilos declamatorios, sino también de los adjetivos fuertes e innecesarios.

Decir del acto de un funcionario que es “un atropello” a los legítimos derechos del recurrente; que constituye “un burdo acto de avasallamiento” de sus derechos; que es “una abierta violación de la ley,” etc., son fórmulas y vicios de lenguaje que en nada ayudan al escrito y que por el contrario pueden deslucirlo, haciendo perder fuerza a sus argumentos principales.

Es siempre mucho más efectivo demostrar con argumentaciones lógicas y jurídicas que un acto es nulo desde todo punto de vista que se lo analice y que su vicio es insanable, para poder lograr su revocación, que decir simplemente que es “un atropello,” etc.

#### V. Estructura de los escritos

##### 19. Exhaustividad

Es muy importante distinguir entre la técnica judicial de redacción de las sentencias y la técnica administrativa, o incluso judicial, de preparación de escritos. En la sentencia judicial el tribunal no está obligado a considerar exhaustivamente todos los argumentos de las partes sino solamente aquellos que resultan relevantes para la decisión de la causa. Incluso hay tribunales en el mundo que prefieren sentencias cortas, con solamente el o los argumentos centrales del juez o del tribunal, para que la sentencia tenga un efecto didáctico sobre el resto de los justiciables, ayudándoles a mejor entender los precedentes jurisdiccionales.

Ese es un lujo que no puede jamás permitirse el que presenta escritos, pues debe procurar agotar todos los ángulos posibles de argumentación del problema, para tratar de con alguno de ellos llegar a la convicción del tribunal. Es así que una primera e importante regla a seguirse en la redacción de escritos administrativos es la de la exhaustividad. Esto no quiere decir extensión de páginas, sino consideración razonada de todos los aspectos del problema que se debate. Aquí es donde más habitualmente fallan los escritos presentados ante la administración: El recurrente se limita a hacer su petición dando algún argumento en favor de ella, pero no hace una exposición orgánica y sistemática de los argumentos que existen en pro y en contra y sus respectivas refutaciones en el último caso. Aparentemente, se parte del escrito simplista de que considerar los argumentos contrarios es reforzar la posición de la administración y debilitar la propia: Pero se olvida con ello que la administración tiene más asesores que aquéllos a los que puede comúnmente recurrir un administrado.<sup>66</sup> Es muy ingenuo suponer que si un

<sup>66</sup>Se olvida también lo que decía GRACIÁN: “El que se adelanta a confesar el defecto propio, cierra la boca a los demás.” (*El discreto*, “Memorial a la discreción.”)

escrito va a ser dictaminado en más de una asesoría letrada de la administración y eventualmente llegará a las oficinas de asesoramiento más especializadas (en el recurso jerárquico), no habrá ningún asesor a quien se le ocurra cuáles son los argumentos que pueden señalarse en contra de la petición. Si sucede lo que advertimos, es decir, si el recurrente se abstiene de considerar los argumentos contrarios a su petición, resultará entonces que los asesores jurídicos señalarán dichos argumentos sin que exista contradicción por parte del particular hasta más avanzado el procedimiento; con lo cual resultará que su respuesta tendrá el mero carácter de descargo y por ello menos vigor que si él hubiera planteado inicialmente la cuestión y hubiera sentado su criterio en forma expresa y terminante. Por ello es importante que el escrito sea exhaustivo: Que considere todos los posibles aspectos de la cuestión, fundamentándolos y rebatiéndolos cuando sea necesario, o incluso admitiendo los argumentos contrarios cuando sea inevitable.<sup>67</sup> Un escrito que presente un estudio objetivo de la cuestión, admitiendo lo evidente y en cambio refutando expresa y fundadamente lo que puede ser discutible, puede tener más chance de éxito que un escrito evidente y excesivamente parcial, que niega todo por posición tomada. En esto hay también una cierta diferencia con la práctica forense, de acuerdo con la cual el accionante o demandado “niega todo lo que no reconozca expresamente” y a veces se “reserva” los argumentos de más peso, o la fundamentación de estos, para el memorial o la expresión de agravios, en lugar de exponerlos en la misma demanda o contestación.

En el procedimiento administrativo, repetimos, no es conveniente “reservarse” argumentos, ni exponerlos deficientemente en las primeras etapas del trámite. Muchas veces un buen escrito, completo y razonado, detiene en su origen un procedimiento sancionador; mientras que los malos escritos iniciales, por el contrario, renuevan la fuerza del procedimiento y apuran inconscientemente su desenlace negativo. Una vez que un expediente se orientó en un sentido determinado es

<sup>67</sup> Nos referimos a los aspectos fácticos de la decisión. En cuanto a los argumentos jurídicos, hay diferencia con lo que resulta aconsejable en el proceso judicial. En éste, recomienda MORELLO a la parte actora no “agotar” los argumentos, a fin de no poner al tribunal en la siempre incómoda posición de aceptar expresamente alguno de los argumentos de la parte. Siempre es mejor ser exhaustivo en los hechos y *escueto en el derecho*, dejando al tribunal, si uno ha logrado convencerlo de la razonabilidad, justicia y eficacia de la solución propuesta, cuál de los infinitos argumentos de su *propia* jurisprudencia, por nadie conocida mejor que por él mismo, elegir para presentar al mundo exterior su resolución. VER NIETO y GORDILLO, *Las Limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., nota 12, “El profesor y el abogado,” pp. 82-3; *An Introduction to Law*, prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Director, European Public Law Center, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au droit*, prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003; *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, igual prólogo, 2007; “Experiencias comparadas en la justicia administrativa,” en ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS DE TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Memoria del Tercer Congreso Internacional de Justicia Administrativa. Modernización y actualización de la justicia administrativa*, Ixtapan de la Sal, Estado de México, abril 2005, pp. 39-56; “El tiempo en la decisión jurídica,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE y SANTIAGO SÁNCHEZ, JAVIER (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, IJ, 2007, pp. 146-58; <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf>

mucho más difícil torcer su curso y convencer a la administración del error de su actuación; es en cambio más fácil orientar correctamente el expediente si desde las primeras instancias se tiene cuidado de hacer claros y completos planteos de la cuestión debatida.

## 20. *Concisión o resumen*

Dijimos, con todo, que exhaustividad no quiere decir extensión en páginas; por ello agregamos ahora que el escrito debe ser en lo posible conciso. Si es necesario referirse a muchos problemas, debe hacérselo: Pero sin frases inútiles, ni comentarios innecesarios; el planteo debe ser conciso y concreto, debe ir directamente al nudo de la cuestión y resolverlo. Y es conveniente que tenga caps. y párrafos titulados y numerados, más un índice de páginas que facilite la consulta. En todo caso, el objeto y petitorio necesitan de la máxima atención y deben por supuesto coincidir.

## 21. *Graduación de los argumentos*

Cuando existen varias razones por las cuales un acto puede llegar a ser considerado ilegítimo, es necesario analizar la importancia que ellas tengan entre sí, para exponer primero y con mayor detalle las más importantes y en segundo lugar y más someramente, las que sean secundarias. En lo que hace a los vicios del acto administrativo, que se agrupan alrededor de sus cuatro elementos — competencia, voluntad, objeto y forma—, hay una clara graduación entre ellos.

### 21.1. *Exposición de los vicios en el objeto*

En primer lugar deben considerarse los vicios del objeto: *a)* Apartamiento de las facultades regladas de la administración, cuando el objeto es diverso del requerido por la ley, o se dicta ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley;<sup>68</sup> *b)* irrazonabilidad (contradicción, desproporcionalidad, absurdidad);<sup>69</sup> *c)* imposibilidad de hecho;<sup>70</sup> *d)* inmoralidad, corrupción,<sup>71</sup> etc.

<sup>68</sup> *Infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” § 4, “Objeto prohibido,” § 5, “Objeto violatorio de facultades regladas.”

<sup>69</sup> *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 8, “Irrazonabilidad;” cap. IX, § 7, “Arbitrariedad,” § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” § 9, “Diferencias entre arbitrariedad y vicio tradicional de violación de la ley.”

<sup>70</sup> *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 7, “Imposibilidad de hecho.”

<sup>71</sup> *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 9, “Inmoralidad. La ética pública,” § 9.1, “La ley inmoral,” § 9.2, “El acto inmoral,” § 9.3, “El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera,” y § 9.4, “La degradación de la moral y la ética.”

### 21.2. *Los vicios en la competencia*

En segundo lugar deben exponerse los vicios de la competencia: *a)* En razón del grado;<sup>72</sup> *b)* en razón de la materia (incompetencia legislativa, judicial, administrativa);<sup>73</sup> *c)* en razón del territorio;<sup>74</sup> *d)* en razón del tiempo.<sup>75</sup>

### 21.3. *Los vicios objetivos de la voluntad*

En tercer lugar cabe señalar parte de los vicios de la voluntad administrativa, los vicios de tipo objetivo: *a)* Vicios en el origen de la voluntad (usurpador, funcionario de hecho);<sup>76</sup> *b)* vicios previos a la emisión del acto (omisión de licitación pública, de concurso,<sup>77</sup> de dictamen o trámite sustancial;<sup>78</sup> violación de la garantía de la defensa);<sup>79</sup> *c)* vicios en la emisión del acto. (Órganos colegiados que actuaron sin quórum o sesión, actos complejos con una de las voluntades viciadas o ausentes; actos sin autorización, etc.)<sup>80</sup>

### 21.4. *Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma*

Por último, en un mismo plano, son de mencionar los vicios de tipo subjetivo de la voluntad administrativa y los vicios de forma. Entre los primeros están: *a)* Desviación de poder;<sup>81</sup> *b)* arbitrariedad;<sup>82</sup> *c)* error;<sup>83</sup> *d)* dolo;<sup>84</sup> *e)* violencia;<sup>85</sup> *f)* simulación.<sup>86</sup> Entre los segundos se cuentan: *a)* Falta de documentación, o constatación inadecuada de la voluntad; *b)* falta de publicidad del acto (publicación o notificación según el caso), o publicidad insuficiente.<sup>87</sup>

<sup>72</sup> *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 11, "Competencia en razón del grado."

<sup>73</sup> *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 12, "Competencia en razón de la materia."

<sup>74</sup> *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 13, "Competencia en razón del territorio."

<sup>75</sup> *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 14, "Competencia en razón del tiempo."

<sup>76</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 3, "Vicios en el origen de la voluntad."

<sup>77</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.3, "Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia;" § 4.4, "Compulsa y concurrencia de interesados: concurso y licitación;"

<sup>78</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.5, "Opinión, dictamen o informe sustancial."

<sup>79</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.1, "La garantía de la defensa. El sumario previo;" § 4.2, "Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima."

<sup>80</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 5, "Vicios en la emisión de la voluntad," § 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.4.1, 5.4.2, 5.4.3, 5.4.4, 5.4.5, 5.4.6, 5.5.

<sup>81</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 6, "Desviación de poder."

<sup>82</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 7, "Arbitrariedad;" § 8, "Distintos casos de arbitrariedad."

<sup>83</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 10, "Error."

<sup>84</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.1, "Dolo."

<sup>85</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.2, "Violencia o intimidación."

<sup>86</sup> *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.3, "Simulación."

<sup>87</sup> *Infra*, t. 3, cap. X, § 10, "Formas de publicidad;" § 11, "Especies de formas de publicidad: publicación y notificación," § 11.1, 11.2, 11.3, 11.4, 11.5, 11.6.

### 21.5. *Conclusión*

Cuando se trata pues de impugnar un acto administrativo por más de un argumento, es necesario exponer los distintos fundamentos e impugnaciones en el orden de su importancia y darles una exposición acorde con ella. Así p. ej. si un funcionario enemigo nuestro dicta, por venganza hacia nosotros, un acto respecto del cual carece de competencia y que además no corresponde a la situación de hecho para la cual la ley lo reglamentó, será muy mala técnica procesal dedicarnos en primer lugar y con la máxima atención a demostrar la desviación de poder y dejar para el final la observación de que el acto está viciado de violación de la ley en el objeto y de incompetencia. En tal caso el correcto recurso debe: *a)* en primer lugar demostrar acabadamente que el acto es en su objeto antijurídico; *b)* en segundo lugar que el funcionario actuó sin competencia; *c)* en tercer lugar, por último, que el funcionario actuó con desviación de poder.

