

Capítulo VI

APERTURA A PRUEBA. MEDIOS DE PRUEBA¹

I. Apertura a prueba

1. Oportunidad de efectuar la apertura a prueba

El procedimiento puede iniciarse de oficio o a petición de parte. En el primer caso debe darse traslado a la parte interesada, a fin de que haga su descargo y produzca la prueba de que quiera valerse, sin olvidar que la carga de la prueba recae, en buenos principios, sobre la administración.² Ya vimos³ que el principio de la audiencia debida requiere que la prueba se produzca *antes* de la toma de decisión; *a fortiori*, la administración debe expedirse sobre la producción o en su caso denegación de la prueba, todo ello con carácter previo a la emisión del acto.⁴ Además de las razones jurídicas deben tomarse en cuenta consideraciones de buena administración. No hay discrepancia en la práctica administrativa en admitir que la debida audiencia y por lo tanto la oportunidad de producir prueba

¹ Ver cap. VII, § 1.1, “La realidad;” *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos;” “La prueba en el derecho procesal administrativo,” LL, 1996-A, 1398; A.A.V.V., *Contencioso administrativo*, Caracas, EJV, 1995, p. 301 y ss.; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VII, pp. 99-111; HUTCHINSON, TOMÁS, “Breve análisis de los principios de la prueba en el procedimiento administrativo,” ED, 125: 850; ANDREUCCI, CARLOS ALBERTO, “Prueba y procedimiento administrativo,” en A.A.V.V., *Procedimiento administrativo*, Bs. As., C.A., 1998, pp. 421-31; DE KEMMETER, ALEJANDRO PABLO, “La importancia de la prueba en el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1998, p. 400 y ss.; CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.

² *Incumbit probatio qui dixit, non qui negat*, recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Thomson/Civitas- La Ley, Buenos Aires, 2006, cap. XXII, § VI-2-C, a, p. 507. Desde luego, los administrados y letrados experimentados no se duermen en los laureles y hacen ellos mismos cuanto aporte probatorio sea necesario a la defensa de sus derechos e intereses. Es una precaución elemental, casi lo mismo que guardar copias del expediente.

³ Ver *infra*, t. 2., cap. IX, §10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).”

⁴ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 100 y 102, § 4.1; ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 294.

de descargo, debe existir en *alguna* etapa del procedimiento.⁵ Sin embargo, a veces dudan los funcionarios de inferior jerarquía acerca de si es posible realizar dicha audiencia y prueba recién en una etapa final (cuando se tramita el recurso jerárquico), intermedia (cuando se tramita el recurso de reconsideración) o si, en cambio, debe realizársela ya desde la etapa inicial (antes de tomarse decisión alguna sobre el problema planteado, por la autoridad que entiende originariamente del asunto.) La cuestión jurídica está resuelta por el art. 1º, inc. f), del decreto-ley, igual que en el derecho español, “La simple alegación por el interesado de un hecho determinado coloca a la Administración en la alternativa de aceptarlo como cierto o de abrir un período de prueba para resolver la discrepancia en caso contrario.”⁶ No está en discusión que para una mayor eficiencia administrativa la audiencia del interesado y la apertura a prueba deben hacerse en la primera oportunidad administrativa,⁷ antes de resolver sobre el fondo de la cuestión. Pero no ocurre así en la realidad, como veremos.

2. Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba

Piénsese en un expediente común:⁸ El particular pide un permiso, una autorización, un préstamo, etc., porque se considera encuadrado en tal o cual artículo de una ley o decreto; o inversamente, la administración piensa aplicar una sanción al particular, por considerarlo incurso en violación o incumplimiento de alguna disposición legal o reglamentaria. La administración pide informes a una oficina, tal vez luego a otra; realiza si acaso una pericia y, previa presentación ocasional del interesado rebatiendo o intentando rebatir lo que resulta de los informes y peritajes, se pasa el expediente al asesor letrado. Éste considera lo afirmado en los informes y pericias y sopesando su carácter público y oficial⁹ frente a las simples manifestaciones de un particular, considera que las primeras contienen

⁵MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 1ª ed., p. 644; 5ª ed., p. 698.

⁶GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, 1ª ed., p. 320 y 2002, 2ª ed., p. 328.

⁷Conf. MARIENHOFF, *op. cit.*, 1ª ed., p. 645; 5ª ed., p. 698. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 99-100. *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).” El particular tiene el derecho de producir prueba también ulteriormente, pues no hay preclusión procesal al respecto: ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 169. En realidad, en tanto se trate de prueba documental, se la puede agregar en cualquier instancia del procedimiento, pues aunque ella no retrotraiga desde luego el procedimiento, sirve al menos para mejor ilustración de las autoridades superiores y en su caso de la justicia cuando le toque intervenir. También en esto el administrado o letrado diligente piensa continuamente qué otros aportes probatorios puede realizar para mejorar su posición en el expediente: Informes económicos o contables pedidos a profesional independiente, y virtualmente todos los medios de prueba que se limitan a incorporar documentos al procedimiento.

⁸Ver nuestro art. “La prueba,” *op. cit.*

⁹Respecto al supuesto carácter de “instrumento públicos que algunos le asignan impropriamente al expediente administrativo, ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

la verdad de los hechos¹⁰ y dictamina en consecuencia. Sobre la base de su dictamen se toma una decisión administrativa y se dicta el correspondiente acto. El particular presenta un recurso de reconsideración, insistiendo en puntos de hecho y de derecho. Salvo que sea patente el derecho del particular, se lo rechaza, de plano o tal vez previo informe del asesor letrado que aconseje su rechazo; el particular interpone ahora recurso jerárquico. El recurso jerárquico llega por fin al órgano competente para resolverlo,¹¹ donde la Dirección Asuntos Legales, al no poder establecer los hechos con más exactitud que quienes la han precedido y a menos que por lo endeble de las afirmaciones y decisiones administrativas y lo convincente de los argumentos del peticionante pueda resolverse favorablemente su pedido, debe inclinarse a aconsejar su rechazo. En dicho procedimiento la Administración obvia las prescripciones del art. 78 DL en tanto establece que “el organismo interviniente, de oficio o a petición de parte interesada, podrá disponer la producción de prueba cuando estimare que los elementos reunidos en las actuaciones no son suficientes para resolver el recurso.” Si a pesar de ello hay dudas acerca de la exactitud de la solución, es posible que se pase el expediente a la Procuración del Tesoro de la Nación, donde ha de ocurrir exactamente lo mismo: Que a menos que lo actuado administrativamente sea claramente inexacto, o resulte irrazonable, no puede en rigor hacerse prevalecer los simples escritos del particular.

3. Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso

Sin embargo, es posible que el particular tenga en realidad razón y simplemente no ha podido convencer a la administración porque ésta no le ha dado oportunidad de producir la prueba que la podía demostrar. Ahora, en el más alto grado de la jerarquía ¿puede esperarse que a tal altura del expediente, cuando se han acumulado informes, pases, notas, constancias, dictámenes de asesorías letradas y decisiones fundadas, escritos del particular, recursos y más dictámenes letrados y decisiones fundadas, se mande racionalmente abrirlo a prueba? ¿No parece incomprensible e injustificable, que después que toda la administración ha actuado, después que se han tomado decisiones, emitido dictámenes, realizado actuaciones, *se vaya a averiguar cuáles son los hechos sobre los que versa el expe-*

¹⁰ Salvo que el informe o pericia sea evidentemente superficial o arbitrario, ilógico, irrazonable; pero no teniendo ninguno de esos vicios, el asesor letrado se encuentra a veces obligado a atenerse a él, en ausencia de otros elementos de juicio en contrario. Esto no significa, que esta actitud esté libre de reparos ya que en verdad el asesor debiera negarse a dictaminar, habiendo hechos controvertidos o no aceptados expresa o implícitamente por el administrado y solicitar previamente la producción de la prueba. Pero esto no hace sino enfatizar el indispensable rol probatorio que deben cumplir, en su propio interés, las partes intervinientes, estando atentos a las dudas que los funcionarios públicos puedan ir planteando en el expediente, y entonces procurar producir los instrumentos necesarios para despejarlas. También, desde luego, cuando con posterioridad a las propias partes se le ocurren nuevos medios de prueba que puedan sustentar su posición, debe producirlos documentalmente. No porque sea su obligación, sino porque es su derecho y le conviene ejercerlo.

¹¹ Ver *infra*, cap. X, “El recurso jerárquico.”

diente? Y si efectivamente se abre a prueba el expediente,¹² ¿no es otra cosa que irrazonable y estéril haber llevado todo un expediente para *averiguar recién al finalizar, lo que debía considerarse de él, qué era aquello sobre lo que las decisiones y dictámenes precedentes debían haber versado?* Si al terminar el expediente se advierte que los hechos del caso no eran lo que decían los informes o el peritaje inicial, resultará que todo fue un esfuerzo inútil para desembocar en la nada. El estudio del caso comienza así en la última instancia, a *la que precisamente no correspondía hacerlo*; no hay ya ahora oportunidad de que analicen el caso las instancias inferiores, *que eran precisamente las que debían haberlo hecho.*

4. Ejemplo de tramitación correctamente efectuada

Si las actuaciones, tanto en su faz inicial como en las sucesivas etapas que puedan presentarse, han de versar sobre una situación de hecho que el particular afirma que es inexacta, lo lógico es que esa controversia sobre los hechos sea concreta y definitivamente aclarada *antes de proseguir con trámite alguno* en el expediente.¹³ La forma de aclararla es abrir a prueba la cuestión por un período que puede ser de quince o más días,¹⁴ notificando al particular de la iniciación del término durante el cual puede ofrecer las pruebas que considere pertinentes a su derecho y proceder inmediatamente después al diligenciamiento de la prueba ofrecida —siempre que ésta sea razonable— y de la que la administración por su parte considere oportuna. Terminado el diligenciamiento de la prueba y habiendo tenido el particular una oportunidad de alegar sobre la prueba producida, la administración puede seguir adelante con el procedimiento, sin que exista ya razonablemente temor alguno de estar trabajando en falso. El particular ya ha ofrecido su prueba, la ha diligenciado y ha argumentado sobre ella. Ahora la administración puede decidir, con todos los elementos de juicio necesarios, cuál es la verdad de los hechos sobre los cuales va a tomar la decisión.

Es muy posible incluso que el particular, ante una decisión inicial que desecha razonada y ordenadamente sus argumentos, mostrando cómo ellos carecen de asidero sobre la base de la prueba producida, desista de seguir con el fatigoso

¹² Generalmente la inercia administrativa es grande y si no son los propios asesores letrados los que reclaman la apertura a prueba antes de emitir su dictamen, los funcionarios ejecutivos casi nunca la disponen por iniciativa propia. Pero ello no es una consecuencia más de la inercia social generalizada en materia de control del poder público.

¹³ Señalan GARRIDO FALLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ MARÍA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la ley 30/1992)*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., p. 297: “Se ha dicho [...] que el principio de oficialidad modula de forma importante la carga de la prueba [...] en la medida en que (la Administración) viene expresamente obligada a abrir un período de prueba, siempre que exista contradicción sobre los hechos;” GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*; ley española, art. 80.2. Ver el reflexivo desarrollo que hace DE KEMMETER, *op. loc. cit.*, y demás autores citados en la nota 1 del cap. VII.

¹⁴ Se ha afirmado también que, pese a que el reglamento calla sobre la facultad de la administración de fijar plazo para ofrecer pruebas, ello no es óbice para que así se haga: HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 176.

expediente hasta llevarlo al Poder Ejecutivo. Al fin y al cabo, una cosa similar sucede en la justicia, donde más de un letrado o litigante advierte ya al terminar el juicio en primera instancia que no le asiste razón, o por lo menos no tanta como creía al principio y desiste de llegar hasta la Corte Suprema. Y si ello sucede así, esta oportuna apertura, ofrecimiento, producción y consideración de la prueba, hace innecesario recargar luego las etapas posteriores con cuestiones de hecho dudosas o controvertidas que dificultan, cuando no inutilizan, los dictámenes y decisiones siguientes. En efecto, cuando el particular plantea el recurso de reconsideración y cuando más tarde se decide el recurso jerárquico ya estará clarificada la situación de hecho y solamente habrá de discutirse sobre el derecho aplicable o las conveniencias de interés público; habrá pues una decisión rápida y sencilla.

Por excepción podría plantearse una cuestión probatoria en la segunda o tercera instancia administrativa, cuando el órgano inferior hubiese denegado arbitrariamente la producción de pruebas ofrecidas por el particular, o cuando se hubieran producido hechos nuevos o descubiertos pruebas desconocidas al momento de realizarse la oportuna producción de las pruebas, o cuando el particular quiera ampliar la prueba ofrecida y producida, o lo haga de oficio la administración. Pero todas estas posibilidades son evidentemente muy poco frecuentes cuando se ha diligenciado ya a conciencia toda la prueba pertinente a los hechos controvertidos.

5. *Consecuencias prácticas de este procedimiento*

Así, en lugar de plantearse y posponerse en cada instancia la controversia sobre los hechos; en lugar de dictarse decisiones administrativas sobre hechos que a lo mejor se prueba luego que no son exactos; en lugar de emitirse dictámenes letrados sobre asuntos que no están claramente especificados o que están mal planteados en lo que a los hechos se refiere; en lugar, en definitiva, de hacer correr el expediente inútilmente, debe abrirse a prueba en la primera oportunidad en que surjan los hechos controvertidos y *antes de dictarse decisión alguna que esté motivada sobre esa situación de hecho*.

De esa forma se tendrá una decisión inicial que descansará sobre base firme y que habrá podido apreciar correctamente el juego de los intereses públicos y privados en el caso; se tendrá luego *un recurso claro y expeditivo*, por la mayor sencillez y mejor planteo de las cuestiones a resolver; se tendrán finalmente dictámenes letrados y resoluciones o decretos finales que podrán dictarse *sin necesidad de laboriosos estudios del expediente, sin necesidad de esfuerzos imaginativos acerca de qué es lo que efectivamente ha ocurrido allí* y sin necesidad, en suma, de derrochar tiempo y esfuerzo en encarar problemas que podrían venir solucionados desde su iniciación.

Cuando en un procedimiento hay hechos que la administración aprecia de una forma y el particular de otra, debe darse la oportunidad de ofrecer y producir la prueba de que quiera valerse. Esta apertura a prueba, por un criterio de eficacia y

de racionalización,¹⁵ debe hacerse en la primera oportunidad, antes de adoptarse decisión sobre el fondo. Después ya es demasiado tarde, muchas veces, para que el órgano interviniente se anime a rectificar el error cometido.

6. Aceptación del criterio propuesto

Este criterio que de antaño hemos propugnado,¹⁶ ha sido recibido por la Procuración del Tesoro: “en éste, como en todos los casos en que se plantean controversias de hecho, *se considera conveniente abrir las causas a prueba en la misma oportunidad en que se produzcan las diferencias*. Con ello, a más de garantizarse desde un principio el derecho de defensa del administrado, se logrará una mayor racionalización y eficacia en los trámites administrativos, dado que los funcionarios que deban expedirse dispondrán de una información completa.”

“Ese proceder es asimismo aconsejable por razones de economía procesal ya que, aclaradas las cuestiones de hecho planteadas en la misma instancia en que tengan lugar las divergencias, los dictámenes y resoluciones que se produzcan y adopten *a posteriori*, se fundamentarán en bases más sólidas y por lo tanto, es factible que en muchos casos sean consentidos evitándose trámites y recursos que no siempre resultarán indispensables al esclarecimiento de los problemas planteados.”¹⁷

El criterio que sostuvimos entonces y venía también preconizado de antes por GONZÁLEZ PÉREZ¹⁸ ha sido posteriormente aceptado por MARIENHOFF¹⁹ y ESCOLA,²⁰ entre otros. El art. 46 de la reglamentación no indica expresamente en qué momento ha de resolverse la apertura a prueba, salvo por la indicación de que ha de hacerse tanto de oficio como a pedido de parte. Sin embargo, la cuestión ha de considerarse resuelta *ex ante* por el inc. f) del art. 1° del decreto-ley 19.549/72, que al establecer la obligación de la administración de oír *antes* al interesado (ap. 1°) y de producir la prueba pertinente (ap. 2°) y *luego* tomar en cuenta en la decisión las principales cuestiones debatidas y probadas (ap. 3°), sienta entonces el principio de que esta audiencia y todo lo que ella implica incluida la producción de la prueba y su argumentación, debe hacerse *antes* de emitir actos que puedan

¹⁵ Que a veces parecen imposibles. Ver nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, tercera reimpression, 2001; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Cuando la burocracia se insubordina,” *LL*, 2000-C, 544, p. 5; CNPenal Económico, Sala B, *Agroplatina S.A., LL*, 2000-B, 51, año 1999.

¹⁶ Nuestro art. “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” aparecido en la *RAP*, 1: 45, Buenos Aires, INAP, 1961.

¹⁷ PTN, *Dictámenes*, 76: 327.

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 469; *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, op. cit., 4ª ed., pp. 689-90; *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 321 y 2ª ed., p. 329.

¹⁹ MARIENHOFF, op. cit., p. 644; 1995, 5ª ed., p. 698: “lo plausible es abrir a prueba lo cuestionado en el expediente en la «primera» oportunidad en que surjan los hechos controvertidos: esto tiende a la eficacia administrativa y al mayor respeto hacia el derecho del administrado.”

²⁰ ESCOLA, JORGE, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 305. Comp. FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 176.

lesionar derechos o intereses de los administrados.²¹ En la práctica, sin embargo, la administración no lo hace. Es el particular quien debe suplir esa omisión mediante su propia iniciativa, con el aporte de prueba producida privadamente por él; es él quien debe llenar ese vacío²² y puede seguirlo haciendo hasta iniciar la vía judicial²³ y aun después.²⁴

II. Modalidad de la apertura a prueba

7. Producción informal de la prueba

Lo expuesto, no excluye la informal producción de prueba por el administrado en cualquier oportunidad, *v. gr.* a través de la producción privada de la prueba, pues puede ocurrir que la administración rechace, u omite ordenar, toda prueba que no sea documental. Bueno es recordar la conveniencia de proceder con el mínimo de formalismos, que son tan estériles para el interés público como para la propia administración y perniciosos para el individuo. Por ello es habitual afirmar que en el procedimiento administrativo impera el principio de la flexibilidad probatoria,²⁵ o más aun del antiformalismo.²⁶ En cuanto a la producción de la prueba correspondiente a la administración, ella puede ser efectuada por los mismos órganos inferiores que tramitan el recurso, o también, sin duda, por la autoridad superior que debe decidir;²⁷ en este último caso tendríamos intermediación en el procedimiento, pero constituye un caso relativamente raro. También puede producirse la prueba de la administración a través de cualquier otra autoridad administrativa a la cual se le encargan o delegan los actos de instrucción que

²¹ Más aun, debe serlo al comienzo del procedimiento. Tanto es ello así que BERTI, GIORGIO, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padua, CEDAM, 1994, 3ª ed., p. 314, compara el inicio del procedimiento administrativo al inicio de un proceso judicial con una demanda: hacen falta los presupuestos jurídicos y fácticos, hay que llegar a la “realidad sustancial,” para no tener “un inútil inicio del procedimiento” (*op. cit.*, p. 315.)

²² Ver *infra*, § 7, “Producción informal de la prueba,” 19.2, “Informes de personas no estatales,” 22.7, “La oralidad del testimonio,” 22.8, “¿Prueba testimonial producida por escrito?,” 26.2, “Procedimiento formal o informal” y cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba;” *supra*, t. 2, cap. I, § 3.5, “Producción privada de la prueba.”

²³ En igual sentido la ley venezolana y ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 294.

²⁴ Con las limitaciones empíricas que explicamos en el cap. I del t. 2.

²⁵ P. ej. RONDÓN DE SANSO, HILDEGARD, *El procedimiento administrativo*, Caracas, EJV, 1976, p. 97: “el procedimiento administrativo [...] rechaza la rigidez y el hermetismo del proceso civil en materia de pruebas;” CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil,” *LL*, 1990-C, 967.

²⁶ ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 131; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, p. 246, su “antiformalismo.” A nivel de teoría general del derecho son fundamentales los trabajos del libro de TANZI, ARISTIDE, *L'Antiformalismo giuridico*, Milán, Cortina, 1999.

²⁷ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 52. Un caso especial es aquél en el cual el órgano autor de un acto impugnado jerárquicamente, fuera él mismo órgano instructor del recurso interpuesto contra su propio acto: nosotros consideramos inadmisibles esta solución, porque atenta contra la imparcialidad del procedimiento, pero ella ha sido admitida excepcionalmente, en nuestra práctica, cuando se impugnan por recursos jerárquicos actos de un secretario de Estado.

fueren necesarios,²⁸ aunque con los debidos recaudos de citación y control de los interesados.²⁹ En lo que se refiere a la prueba del administrado, se ha ido generalizando últimamente la práctica de producirla privadamente e incorporarla³⁰ en forma documental al expediente, sujeto desde luego a su confrontación o nueva producción en caso necesario.³¹ Así p. ej. el particular aporta una declaración escrita, o un documento técnico o pericia producido especialmente para el expediente de que se trata, o un informe de otra repartición pública nacional, provincial o municipal, o de entidades públicas no estatales o privadas.³² En estos casos, si bien no ha existido *stricto sensu* la formalidad exacta de la prueba testimonial, pericial, etc., respectivamente, de todos modos la administración puede apreciar conforme al principio general de valoración de las pruebas su fuerza de convicción y en caso de estimarlo conveniente puede llamar al firmante a ratificarse, dar ampliaciones o aclaraciones, etc., o recabar nuevos informes de las entidades que los han brindado directamente a pedido del particular.³³ En el procedimiento impositivo, el art. 174 de la ley 11.683, t.o. 1998, establece que “Las diligencias de prueba se tramitarán directa y privadamente entre las partes o sus representantes y su resultado se incorporará al proceso,” norma ésta que hasta ahora no ha sido suficientemente aprovechada por las partes intervinientes.³⁴

En ambos casos, estimamos que la utilización por los individuos del método de producción privada de la prueba agiliza notablemente el procedimiento administrativo, ahorrando costo y tiempo también a la administración. Sirve por tanto igualmente al interés público y de la administración como al del particular; el contralor de la administración no queda excluido pues ésta tiene siempre, desde luego, la oportunidad de hacer producir nuevamente la prueba cuya fuerza de

²⁸ GHANNINI, *op. cit.*, p. 52.

²⁹ *Infra*, cap. VII, § 10, “Producción concreta de la prueba. Modalidades” y 11, “Control de la prueba.”

³⁰ El momento de la incorporación es, idealmente, antes de la decisión, pero ello no implica que se pierda el derecho de hacerlo posteriormente. Conf. ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, p. 169.

³¹ Para MORELLO, AUGUSTO MARIO esta posibilidad del trámite administrativo podría incluso ser incorporada en el proceso judicial, como desarrolla en “Experiencias del procedimiento administrativo que pueden contribuir al mejoramiento del proceso civil,” *LL*, 1987-A, 1097: “la realización de la prueba por esta forma no sólo agilizaría notablemente al proceso judicial civil, ahorrándole costos, tiempo y espacio, sino que además generaría una docencia de cooperación [...] que coadyuvarían a su simplificación.” Igualmente, acerca de las prescripciones específicas en torno a la prueba privada, ver CASSAGNE, *op. ult. cit.*, p. 967, esp. p. 974.

³² Ampliar *infra*, § 22.7, “La oralidad del testimonio” y cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

³³ Lo que *no* se puede hacer es prescindir del esfuerzo probatorio y avanzar en la teoría, desconectada del caso, pues se recaerá en los formalismos del pasado. Ver TANZI, ARISTIDE (a cargo de) *L'antiformalismo giuridico*, Milán, Cortina, 1999, esp. TREVES, RENATO, “L'esperienza giuridica,” en el mismo libro, p. 81 y ss. Nos remitimos al cap. I del t. I y cap. I del t. 2.

³⁴ FREYTES la consideró en sus orígenes “letra muerta” aun “cuando el procedimiento era informal,” en “Nueva reforma de la ley de procedimiento tributario. Exposición y comentario de la ley n. 20.626,” *Derecho Fiscal*, XXIII: 753, 780, a quien recuerdan GIULIANI FONROUGE y NAVARRINE, *Procedimiento Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1997, 6ª ed., p. 717 y ss.

convicción no le satisfaga suficientemente o respecto de cuya producción abrigue fundadas y razonables dudas.

8. *Producción de informes previamente a la eventual apertura a prueba*

En este sentido, puede recordarse que a veces es la misma administración la que da un sesgo informal a la producción de la prueba, para que ello redunde en una mayor agilidad del trámite y facilidad de defensa del particular.

Se ha resuelto en algunas oportunidades, p. ej., ordenar de oficio la producción de algunos informes faltantes en las actuaciones, no habiéndose aun abierto a prueba el recurso y dar traslado de tales informes al interesado, para que, si éste expresamente lo solicita, se abra a prueba formalmente el recurso. Esta forma de encarar la apertura a prueba, flexible y original, ha sido propuesta en los siguientes términos: “Ahora bien, para dilucidar las cuestiones de hecho antes determinadas sería necesario abrir a prueba el recurso.”

“Sin embargo, como la información técnica producida al respecto en el expediente no es todo lo completa que el caso requiere, considero conveniente que con carácter previo, se remitan las actuaciones a [...] a fin de que por intermedio de las dependencias técnicas competentes se expida sobre los puntos indicados. Una vez que la Repartición aludida produzca la información requerida en el plazo que se fijara al efecto, correspondería que en la Secretaría de Estado de [...] se corriera vista de aquella a la recurrente, a fin de que —dentro del término que se le acuerda— produzca las alegaciones que considere pertinentes. En su caso y si así lo solicitare el recurrente, en aquella oportunidad corresponderá abrir a prueba el recurso sobre los puntos indicados más arriba.”³⁵

9. *Quién dispone la apertura a prueba*

Si bien, como ya quedó dicho, pueden ofrecerse y producirse pruebas de manera informal y sin una disposición expresa en ese sentido, también puede disponerse mediante un acto concreto la formal apertura a prueba de las actuaciones. En el caso de la apertura a prueba dentro del trámite del recurso jerárquico, esta decisión es tradicionalmente de competencia del ministro o del secretario de Estado;³⁶ en los demás casos la decisión corresponde a la autoridad que se encuentre facultada para dirigir el trámite del expediente: existiendo instructor, a éste le toca hacerlo.³⁷ Esta cuestión replantea el tema de la inexistencia de funcionario alguno responsable de la dirección del procedimiento en los recursos administrativos y también de la ya hoy excesiva concentración de actos meramente procedimentales para “la firma” del ministro o secretario de Estado correspondiente. Una forma

³⁵ PTN, *Dictámenes*, 79: 87, en razonamientos que se encuentran vigentes.

³⁶ Decr. 7520/44, art. 8°, PTN, *Dictámenes*, 81: 282; 85: 247; MARIENHOFF, *op. cit.*, 5ª ed., p. 761.

³⁷ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, p. 470; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 321 y 2ª ed., p. 329; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 684.

de resolver ambos problemas de manera simultánea sería la de dictar normas en cada ministerio, delegando o desconcentrando en las direcciones de asuntos jurídicos, en materia de recursos administrativos, la dirección del procedimiento y la consiguiente adopción de todas las medidas de trámite que correspondan.

10. *La apertura a prueba y la fijación de los hechos a probarse*

Dado el principio de amplitud que impera en cuanto al ofrecimiento y producción de pruebas por parte del interesado, sería jurídicamente inadmisibles que el acto que dispone la apertura a prueba pretendiera limitar *a priori* cuáles serán los hechos o circunstancias sobre los que *debe* producirse la prueba. Sin embargo, consideramos conducente a un mejor ordenamiento del procedimiento tanto en lo que hace a la defensa del interesado como a la eficacia de la decisión administrativa, el que se adopte en esta oportunidad un criterio similar —aunque no igual— al que se siguió en algunos procedimientos especiales, p. ej. el impositivo. En éste, en efecto, la ley 11.683³⁸ preveía³⁹ en su art. 169 el acuerdo de las partes acerca de: “el contenido preciso y naturaleza de la materia en litigio,” las “cuestiones previas cuya decisión pondría fin al litigio o permitiría resolverlo eventualmente sin necesidad de prueba” y los “hechos que se tengan por reconocidos”⁴⁰ de lo que se desprende también, como es obvio, los puntos concretos de divergencia en cuanto a los hechos. No obstante la supresión aludida, se trata en cualquier caso del normal ejercicio de las facultades del tribunal, libradas a la voluntad del órgano jurisdiccional o a la iniciativa de las partes.⁴¹ Esta posibilidad de acuerdo “no significa que deba transigirse sobre puntos [...] de hecho sino, únicamente, que su finalidad es facilitar la tarea de juzgar.”⁴² En sentido similar, sería prudente que el órgano que dispone la apertura a prueba: *a*) en caso de serle factible, citara a la parte interesada para discutir verbalmente los puntos sobre los que habrá de versar la prueba principalmente (no exclusivamente); o los puntos sobre los que no será necesario prueba, por constarles a la administración o al administrado; *b*) en el evento de no poder hacerlo, indicará de todos modos en el acto por el que dispone la apertura a prueba, cuáles son los hechos sobre los que la administración estaría interesada en conocer la prueba que pueda producir la parte. Este tipo de orientación o de sugerencia —pues no otro carácter puede jurídicamente tener— puede ser útil para la administración y el administrado ya que puede ubicar a este último acerca de cuáles son los hechos que le preocupan a la administración y producir entonces prueba sobre ellos. Ello sirve tanto a una

³⁸ T.o. por el decr. 821/98.

³⁹ La ley 25.239 sustituyó este art., suprimiendo lo destacado en nuestro texto.

⁴⁰ Ello, sujeto a lo que decidiera el vocal instructor acerca del trámite a imprimir a la causa.

⁴¹ El escrito “Socilita medidas para mejor proveer” suele ser eficaz en este sentido, cuando el particular tiene algo interesante que sugerir o aportar.

⁴² Así lo consideraron GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y BELLO, JUAN E., *Procedimiento impositivo*, Buenos Aires, 1963, p. 225, en oportunidad de comentar el viejo art. 139 de la ley 11.683, que guardaba alguna analogía con el 169, t.o. 1998.

mejor defensa del interesado como a una mayor eficiencia administrativa ya que el administrado no producirá de tal manera pruebas que complicarán innecesariamente el procedimiento. Vale de todos modos la pena reiterar una vez más que la administración no está facultada para *limitar* los hechos sobre los que el particular puede ofrecer y producir prueba ya que no puede conocer sobre qué hechos fundará el recurrente su alegato y mal puede entonces anticiparse a él y predeterminar el objeto de la prueba. No deben confundirse, entonces, los hechos que la administración considera *a priori* relevantes para tomar su decisión (sobre los que, en consecuencia, sugiere la producción de prueba al particular) y los hechos no considerados *a priori* relevantes por ella, pero que pueden serlo para el particular y cuya producción no puede entonces denegarse.⁴³ La distinción es válida en el derecho español, cuya ley de procedimiento administrativo pudiera dar pie a la tesis contraria,⁴⁴ pero que ha sido interpretada en el sentido de que “el interesado puede libremente proponer la práctica de las pruebas conducentes a acreditar la certeza de los hechos que «él» considere relevantes.”⁴⁵

10.1. *Apertura a prueba para probar determinadas cuestiones de hecho*

En algunas situaciones no necesariamente corresponde abrir un sólo período probatorio para acreditar *todos* los hechos: puede también abrirse a prueba el expediente para acreditar determinada circunstancia concreta que la administración establece como necesaria en el estado en que se encuentre el procedimiento. Esto puede ser necesario cuando la situación es cambiante, o el tema tiene diversas facetas, o se ha resuelto limitar el análisis de la cuestión a uno de sus aspectos, sin perjuicio de entrar más adelante a considerar otros.

11. *La apertura a prueba, ¿constituye una facultad discrecional?*

Cuando el recurrente solicita la apertura a prueba, ya que el art. 46 del DL establece que la Administración “de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión.” Pero ello queda resuelto por el art. 1º del DL que le crea la obligación de respetar el derecho de defensa, incluido “ofrecer prueba y que ella se produzca.” Si el particular tiene el *derecho* a que la prueba se produzca, es entonces indiscutible, como lógica e ineludible consecuencia que corresponde a la administración la contrapartida del *deber jurídico* de producirla.⁴⁶ Este criterio viene también de antaño reconocido y así en un caso en que no se había hecho lugar originalmente a una solicitud en tal sentido, se expresó con toda claridad

⁴³ Comp. ESCOLA, *op. cit.*, p. 304. Ver *infra*, cap. VII, § 6, “El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuzgamiento;” § 19, “La prueba de confesión del sumariado.”

⁴⁴ Así ESCOLA, *op. cit.*, p. 304, equívocamente a nuestro entender. Ver la nota siguiente.

⁴⁵ VIVANCOS, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 144.

⁴⁶ Ampliar *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

lo siguiente: “Considero que la actitud asumida por la administración es inconveniente por cuanto es indudable que, de plantearse una acción judicial con relación al caso que nos ocupa, las pruebas serán en definitiva las que fundamentarán la procedencia de lo peticionado en esa instancia. Por ello, previo a resolver en definitiva el caso planteado debe dársele al recurrente la oportunidad de producir la prueba que considere pertinente.”⁴⁷ En otras oportunidades se señaló que incluso aunque se considerara que la atribución de abrir a prueba el recurso es una facultad discrecional, de cualquier modo “no debe confundirse esa discrecionalidad con la arbitrariedad que podría significar la negativa a recibir toda prueba.”⁴⁸ Con lo cual la solución sigue siendo en buenos principios la misma.

No puede la administración negarse a recibir las pruebas que el particular quiere proponer para su defensa, disponiendo al efecto la pertinente apertura a prueba. GONZÁLEZ PÉREZ sostiene con acierto, desde el punto doctrinario, que si la administración decide no abrir a prueba el recurso debe entonces atenerse a lo manifestado por el interesado. Ha sostenido que “Es indudable que en el supuesto de que la administración no haga uso de esta facultad debe pasar por los hechos alegados por los interesados.”⁴⁹ Pues en definitiva, no puede su propia negligencia recaer sobre el administrado que es ajeno totalmente a ella. Es una aplicación elemental de la doctrina de los actos propios y del principio de buena fe, confianza debida o “legítima,” etc. Señala VIVANCOS que “la Administración tendrá la facultad de declarar que no ha lugar a recibir el expediente a prueba,” en el caso de “que [...] tenga por ciertos los hechos alegados.”⁵⁰

Pero una cosa es la teoría y otra la realidad, como siempre. La administración, en este como en otros supuestos, es en cambio en extremo renuente a abrir formalmente a prueba y más aun lo es, al extremo de la parálisis, para tomar declaraciones testimoniales fuera del ámbito de un sumario, pericias, etc. En la práctica, no queda otra solución que producir privadamente la prueba y aportarla como instrumental al expediente administrativo, ofreciendo su producción oficial. Si no le hacen lugar, al menos incorporó la documental al expediente y queda, entonces sí, como constancia y sustento de su versión de los hechos. Allí ha logrado invertir en la práctica, eficazmente, la carga de la prueba

⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 85: 248.

⁴⁸ PTN, *Dictámenes*, 98: 184; 90: 196.

⁴⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento...*, op. cit., p. 468; *Comentarios...*, op. cit., p. 683; *Manual...*, op. cit., 1ª ed., p. 323 y 2ª ed., p. 331; ENTREÑA CUESTA, op. cit., p. 596; GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, op. cit., p. 297. Las legislaciones por lo general expresan el principio enunciando que “Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados [...] el instructor del expediente acordará la apertura de un período de prueba.” BACACORZO, GUSTAVO, *Ley de procedimientos administrativos*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1996, 11ª ed., pp. 140-1, comentario al art. 76; el problema, empero, es entre nosotros “La inexistencia de un responsable del procedimiento,” cap. VIII, § 1.2. FRUGONE SCHIAVONE, HÉCTOR, “Principios fundamentales del procedimiento administrativo,” en *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE y CAJARVILLE PELUFFO, Montevideo, ACALI Editorial, 1977, p. 30; BRITO, MARIANO R., “Régimen disciplinario,” en el mismo libro, pp. 129-133.

⁵⁰ VIVANCOS, op. cit., p. 147.

12. *La declaración de puro derecho*

A veces la administración, en lugar de disponer la apertura a prueba, considera que no hay hechos controvertidos y declara que la cuestión es de puro derecho. Este tipo de decisiones plantea dos problemas de distinta naturaleza: a) si la resolución es o no ilegítima y b) cómo se la impugna. En lo referente al primero, es clara la conclusión de que la declaración de puro derecho es improcedente si hay hechos controvertidos por el recurrente y éste pide la apertura a prueba, pues en tal caso “la declaración de puro derecho importa privar a la recurrente en forma arbitraria de medios de descargo cuyo empleo no puede serle vedado sin lesionar la garantía de defensa que consagra el art. 18 de la Constitución.”⁵¹

13. *Impugnación de la declaración de puro derecho*

Es claro que la declaración de puro derecho de las actuaciones constituye un acto administrativo productor de efectos jurídicos directos y que afecta derechos subjetivos del impugnante; así lo había resuelto la Procuración del Tesoro de la Nación.⁵² La cuestión en las normas hoy vigentes es si ha de considerarse un acto productor de efectos jurídicos de mero trámite, caso en el cual sólo puede ser atacado por el recurso de reconsideración, o si en cambio puede ser asimilado a un acto que impide totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado, caso en el cual puede también ser impugnado por los demás recursos administrativos, particularmente jerárquico y de alzada.

Consideramos que la segunda debe ser la solución a aceptarse, porque si el particular manifiesta que hay hechos controvertidos y expone cuáles son y la administración en cambio afirma que no hay controversia alguna y declara la cuestión de puro derecho, ello impide en forma absoluta la tramitación *útil* del reclamo del particular, inhibe manifiestamente el curso *eficaz* de la discusión de su pretensión o recurso. Las mismas razones que expusimos al comienzo de este capítulo sobre por qué no debe continuarse con la tramitación de un asunto sin abrir a prueba,⁵³ habiendo hechos controvertidos, nos inclinan por la tesis de que no tiene sentido continuar en tales condiciones el trámite. A los efectos reales el reclamo o pretensión del particular ha quedado impedido de continuar útilmente y por ello ha de admitirse la impugnación de un acto de esta índole por recurso jerárquico y de alzada, además de reconsideración, etc.

⁵¹ PTN, *Dictámenes*, op. cit., 98: 184, 187.

⁵² PTN, *Dictámenes*, op. cit., 98: 186 vta., en que se hizo referencia a lo que sostuviéramos en la primera edición de esta obra (*Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964), p. 176 y a nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2^a ed., p. 291, art. 362 y nota, nuestro Proyecto de código administrativo de 1964. El punto lo hemos tratado con mayor detalle en el t. 3, cap. II, § 3, “Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos.”

⁵³ Ver *supra*, sección I, “Apertura a prueba,” § 1, “Oportunidad de efectuar la apertura a prueba,” 2, “Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba” y 3, “Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso.”

14. *La iniciación de un sumario como caso especial de apertura a prueba*

Hasta aquí nos hemos estado refiriendo a la apertura a prueba como elemento de la defensa del interesado en el sentido de que éste pueda producir la prueba de descargo que crea conveniente. Sin embargo, existe un caso particular por considerar, que es el de los sumarios, con relación a los funcionarios públicos.

La ley 25.164⁵⁴ no impone el secreto del sumario hasta que esté reunida la prueba de cargo, ni que sólo entonces se dé vista al sumariado para que produzca su prueba y haga su defensa. Al contrario, se remite a la regla constitucional de la transparencia y publicidad.⁵⁵ Es la correcta decisión constitucional, que no puede ser alterada por vía reglamentaria. En efecto, al impedir de hecho el control de la producción de la prueba administrativa, torna ilusoria toda defensa que el sumariado pueda intentar después, cuando se han desvanecido las posibilidades reales de repreguntar a los testigos, controlar la corrección de las preguntas hechas, etc.⁵⁶ Por ello consideramos que la reserva del sumario es no sólo inconstitucional sino también ilegal ante la ley 25.164 y acarrea la nulidad del procedimiento desde su entrada en vigencia. Claro está, no somos muy optimistas acerca del probable andamio de esta perspectiva, en sede administrativa o jurisdiccional y menos aun legislativamente.

Si bien estos principios no han sido hasta ahora receptados en la teoría ni en la práctica argentinas, se ha tratado sin embargo, al menos de rodear de algunos recaudos mínimos a esa prueba de cargo que se hace sin la participación ni el control y por lo tanto la defensa del sumariado. Entre tales recaudos figura el que la apertura de un sumario sólo puede ser dispuesta por acto administrativo fundado y previo dictamen jurídico, emanado de un ministro o secretario de Estado.⁵⁷ Asimismo debe designarse desde el comienzo un funcionario letrado de planta permanente, ello conforme lo dispone el art. 6 del Decreto 467/99 (

⁵⁴ Ley marco de regulación del empleo público nacional.

⁵⁵ Principios que rigen toda “la carrera administrativa básica y las específicas” que “deberán contemplar la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos,” según lo prescribe el segundo párrafo del art. 8 de la ley marco de regulación del empleo público nacional.

⁵⁶ Ver también APESTEGUÍA, CARLOS A., *Sumarios administrativos*, Buenos Aires, La Rocca, 1998, p. 113 y ss.

⁵⁷ PTN, *Dictámenes*, 80: 145; 91: 62, etc., no son terminantes, como para afirmar la existencia de una regla, pero han resuelto casos conforme lo que se recoge en el texto. Se ha dicho que los empleados de una entidad descentralizada, que son nombrados por las autoridades superiores de ésta, (las que asimismo tienen el poder de separarlos de sus cargos por razones disciplinarias) deben ser sumariados por disposición de tales autoridades (*op. cit.*, 91: 62); pero que el sumario que se inicie contra esas mismas autoridades que son designadas por el Poder Ejecutivo, sólo puede ser abierto por él mismo y ni siquiera por el secretario de Estado (*op. loc. cit.*); que un secretario de Estado no puede convalidar un sumario iniciado en base a una disposición que se preparó en tal sentido para que él la firmara, pero que no firmó, diciéndose entonces que tal acto inexistente no pudo dar base jurídica al sumario y era además inconfirmable (*op. cit.*, 99: 115.) La conclusión que enunciamos en el texto refleja a nuestro sentir el entendimiento general de que debe ser una autoridad superior la que disponga la iniciación de un sumario y que esta atribución no le corresponde a funcionarios de jerarquía mediana o inferior.

Reglamento de Investigaciones Administrativas) para que tenga bajo su responsabilidad llevar en forma imparcial e independiente el control y autenticación de los actos de prueba.⁵⁸ Estas exigencias, cuya violación ha de ser considerada como causal de nulidad,⁵⁹ tienden a lograr que la preparación de esa prueba de cargo se haga con alguna formalidad y control tanto del sumariado (por el principio del art. 1º del decreto-ley 19.549/72, aplicable por la ley 25.164) como de la administración. Esto se logra dando al acto inicial de apertura del sumario la característica de requisito *sine qua non* a ser realizado por una autoridad de la jerarquía indicada y designando un funcionario específicamente responsable de los aspectos formales del trámite, en cuanto a su autenticidad e imparcialidad.

III. Medios de prueba

15. Objeto de la prueba

Todo hecho o circunstancia puede ser materia de prueba.⁶⁰ En cuanto al *derecho* positivo argentino, él en ningún caso necesitaría ser probado, ni siquiera tratándose de normas internas de la administración.⁶¹ A veces la justicia exige la prueba de la existencia de disposiciones administrativas.⁶² Pero este principio no puede hacerse extensivo a la propia administración, que tiene el deber de conocer sus propias normas. Tratándose del derecho extranjero, en cambio, en principio parece ser necesario probarlo a fin de que él pueda ser aplicado en los casos de que se trate,⁶³ prueba que de acuerdo a las normas vigentes puede producirse por intermedio del Ministerio de Justicia.⁶⁴ En ciertos casos, por fin, puede no ser

⁵⁸ Criterio adoptado por la reglamentación del art. 41 del decreto-ley 6.666/57, luego sustituido por el decreto-ley 22.140/80, a su vez cambiado por la ley 25.164.

⁵⁹ PTN, *Dictámenes*, 80: 145; 99: 115.

⁶⁰ Así ESCOLA, *op. cit.*, p. 304.

⁶¹ En contra ESCOLA, *op. cit.*, p. 304, quien distingue dos casos en que a su juicio la prueba sería necesaria: cuando las normas internas “por ser tales no han tenido publicidad general;” o cuando “no consten fehacientemente en registros o boletines de autenticación.” En el primer caso, es de observar que la falta de publicidad le es imputable a la propia administración, por lo que mal puede ella oponer tal circunstancia al administrado, correspondiendo por lo tanto a *ella misma* el deber de averiguar las normas vigentes, si no le constan las que invoca el recurrente. En el segundo caso, si las normas *no constan fehacientemente*, parecería más bien que no existen formalmente, por lo que no parece posible su invocación ni tampoco su prueba.

⁶² CNApel CAF, Sala II, *Cortese, Maria Cecilia c/ Mº Jy DDHH – art. 3 ley 24.043 – resol 1409/06 (Ex 345313)*, del 11-XI-07 “todos los medios de prueba mencionados se encuentran autorizados por la reglamentación de la Ley N° 24043.”

⁶³ Se trata de contratos en los que se ha pactado la aplicación de normas extranjeras, o a letras firmadas sobre otra plaza extranjera, etc.

⁶⁴ El decreto-ley 21.447/76 aprobó el “Convenio sobre información en materia jurídica respecto del Derecho vigente y su aplicación,” celebrado en Brasilia en 1972 y posteriormente el decr. 525/77 designó a este Ministerio “para ejercer las funciones de órganos de recepción y transmisión prevista en el art. 20” del convenio. Ver PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, ALICIA M., “Algunas novedades sobre la aplicación del Derecho extranjero,” *LL*, 1976-C, 556. Este procedimiento probatorio ya fue sugerido por la PTN, *Dictámenes*, 142: 130.

necesario probar una circunstancia —p. ej. tratándose de hechos evidentes—, sin perjuicio, sin duda, de que si una de las partes lo solicita, dicha prueba pueda producirse, o incluso deba serlo, si a la otra no le consta el hecho como notorio y así lo invoca.⁶⁵ Si bien todo hecho puede ser materia de prueba, ello no implica que el modo de obtenerla sea intrascendente ya que él puede resultar atentatorio contra el orden público, o la libertad individual. Así p. ej. puede ser materia de prueba si un conductor se hallaba en estado de ebriedad o no, pero no puede probarse dicha circunstancia a través de pericias realizadas ejerciendo violencia física sobre la persona, sin ley expresa que lo autorice en forma razonable.⁶⁶

16. Medios de prueba admisibles

No hay limitaciones jurídicas respecto a las pruebas que pueden producirse, debiendo admitirse en principio cualquier clase de prueba⁶⁷ de las que se aceptan por la legislación procesal vigente⁶⁸ en materia civil y laboral;⁶⁹ “resulta materialmente imposible precisar taxativamente qué pruebas deben requerirse para acreditar, en los innumerables casos que pueden plantearse, los extremos que prueben.”⁷⁰ El principio es, pues, de amplitud.

El tipo de prueba más adecuado para acreditar los hechos de que se trate depende en buena medida del tipo de situación que se deba probar. En el caso de obras o trabajos públicos, p. ej., las pruebas fundamentales serán pericias e informes, dictámenes, documentos; en los sumarios contra funcionarios públicos, como así

⁶⁵ *Infra*, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba,” § 20, “Dispensa de prueba;” § 20.1, “El conocimiento oficial no es un hecho notorio;” § 20.2, “Hecho notorio y hecho evidente.”

⁶⁶ *Infra*, § 17, “Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas;” § 26, “Prueba pericial;” HELLBING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 282.

⁶⁷ Reglamento nacional, art. 46; Ciudad de Buenos Aires, 66; Provincia de Buenos Aires, 55; Córdoba, 47; Corrientes, 273; Mendoza, 164; Salta, 164; Alemania, 26; Austria, 46; España, 80 inc. 1°); Bolivia, 47 inc. I); Colombia, art. 57; Perú, 166. Ver VIVANCOS, *op. cit.*, p. 144 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, p. 470; *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 321 y 2ª ed., p. 329; *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 691; PI SUÑER en el prólogo a la obra de VIVANCOS, pp. 13-4; ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 224; GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1963, p. 132; HELLBING, *op. cit.*, p. 281; RONDÓN DE SANZO, *op. cit.*, p. 97; FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, p. 63; DIEZ y HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1980, p. 488.

⁶⁸ Ver las comparaciones que efectúa CASSAGNE, “Acerca de la conexión...,” *op. loc. cit.*

⁶⁹ PTN, *Dictámenes*, 90: 286. Por su parte el decreto-ley de procedimiento administrativo de Misiones establece que “en la tramitación de las pruebas se aplicarán las disposiciones del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia,” con ciertas salvedades (art. 96, *ADLA*, LVII-A, p. 1243.) Igual remisión se efectúa en la norma neuquina, art. 165, con cuatro excepciones. Distinta solución encontramos en Corrientes, art. 274, el cual remite al Código en lo Contenciosoadministrativo. No es prudente una regla taxativa, pues se dan variadas situaciones: no es lo mismo un sumario por una irregularidad administrativa, que una solicitud de pensión o un reclamo de mayores costos. Si han de aplicarse analógica o supletoriamente normas procesales, éstas deben ser de acuerdo a la naturaleza de las cuestiones de que se trata y podrá así remitirse, según los casos, al derecho procesal civil o comercial, laboral, penal, procesal administrativo, pero no necesariamente a uno solo de éstos en todos los casos.

⁷⁰ PTN, *Dictámenes*, *op. loc. cit.* El principio jurídico es de amplitud, pero debe confrontarse a la realidad que recordamos en el primer párrafo *in fine* del § 7, “Producción informal de la prueba,” p. 7.

también en los trámites de jubilaciones, pensiones, subsidios, etc., las pruebas testimoniales cobran importancia decisiva, sin perjuicio de la importancia del otro tipo de pruebas mencionado.⁷¹ El tipo de probanzas a elegir, entonces, dependerá de las circunstancias del caso y de los elementos probatorios de que se disponga. Naturalmente, “nada puede ser considerado como prueba si no es introducido como tal,”⁷² es decir, que para que algo pueda considerarse “probado” en contra del interesado, es indispensable que esa “prueba” *conste en las actuaciones*, no siendo admisible, como lo tiene declarado la Corte Suprema de los Estados Unidos, la invocación de “antecedentes,” “ficheros,” etc.⁷³ En este mismo sentido, nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación de antaño ha considerado insuficiente como elementos probatorios, las “constancias” obrantes en los organismos de seguridad a través de simples anotaciones en fichas llevadas al efecto.⁷⁴

Cabe diferenciar cuáles medios de prueba son admisibles y cuáles concretamente han de admitirse en un procedimiento concreto. Lo segundo no hace a la admisibilidad del medio de prueba, sino que trata si la prueba propuesta es o no conducente. Por ello incurre en confusión el art. 46 del reglamento cuando aclara que “Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios.” En estos casos la cuestión es de *gobierno* de la prueba.⁷⁵

17. Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas

Si bien el tipo de prueba admisible es completamente amplio, ello no significa de por sí que el modo de obtención de la prueba sea indistinto. Por un principio de orden público, no pueden admitirse pruebas cuya obtención misma está reñida con la moral, las buenas costumbres y la libertad personal.⁷⁶

⁷¹ Comp. LÓPEZ-NIETO y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 287.

⁷² Corte Suprema de EE.UU., *United States v. Abilene Southern Railway Co.*, U. S. 274 (1924), en GELLHORN, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 86. En el mismo sentido el Tribunal Supremo español, “lo que no está en las actuaciones no existe legalmente.” GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, 2ª ed., p. 748.

⁷³ Ver la nota precedente; JAFFE, LOUIS y NATHANSON, NATHANIEL L., *Administrative Law*, Boston, 1961, pp. 569-70, 578.

⁷⁴ CSJN, *Fallos*, 268: 393, *Argüello*, 1967. Ampliar *supra*, cap. IV, § 17: “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?”

⁷⁵ Ver *infra*, cap. VII, § 5, “Gobierno de la prueba,” 6, “El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuzgamiento” y 9.2, “Criterio de admisión. Admisibilidad y eficacia de la prueba.”

⁷⁶ HELBLING, *op. cit.*, p. 282; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, 1976, p. 354-6; 1991, 3ª ed, p. 390, destaca la invalidez de las pruebas ilegítimamente obtenidas. La doctrina de la exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas data de 1914, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383; consolidándose en *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) y culminó en la doctrina de los frutos del árbol prohibido en *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), que nuestra CSJN siguió en *Francomano*, *Fallos*, 310: 2384, año 1987 y que la Corte Suprema de EE.UU. ratificó: CARRIÓ, ALEJANDRO, “Otra vez el tema de las confesiones policiales. El caso *Miranda* está lejos y espera,” *LL*, 1993-B, 258; *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, 1994, 3ª ed., p. 162. La jurisprudencia estadounidense puede consultarse en www.findlaw.com

Es aplicable, en este aspecto, la norma que al efecto contiene el CPCCN, cuyo art. 378 admite la producción de las pruebas previstas en la ley o de las que el juez disponga, “siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros.”⁷⁷ Por ello son inadmisibles las grabaciones telefónicas clandestinas, las fotografías, películas, etc., tomadas de la misma manera, en violación a la privacidad de la persona y salvo que se trate de hechos ocurridos públicamente; los análisis de sangre realizados contra la voluntad del individuo y sin ley o circunstancias muy especiales que los autorice. La ley 26549 autoriza la toma compulsiva de muestras biológicas (sangre, saliva y piel, entre otras) como método para determinar la identidad de personas en las causas en las que se investigan delitos de lesa humanidad, como la apropiación de menores. De la misma manera que para que la administración pueda vacunar a una persona contra su voluntad, se requiere que una ley establezca esa obligatoriedad, no se puede cometer violencia física sobre una persona, ni de otro modo restringir su libertad personal para tomarle una muestra de sangre contra su voluntad, si no existe una ley que así lo establezca y determine los casos y condiciones en que ello pueda hacerse.⁷⁸ Respecto de la toma de muestras de sangre, en el caso *Muller*,⁷⁹ la Corte sostuvo que la extracción compulsiva de sangre a un menor de edad comportaba una lesión a la integridad física del niño, medida que no tenía “respaldo legal” que la legitimara.⁸⁰ Pero cada caso es puntual, además que los progresos cometidos en materia de investigación del ADN hacen ya innecesarios, para la identificación de las personas, métodos invasivos como la extracción de sangre: basta con una muestra de saliva, etc. Pero en nuestro país, por ahora, se mantiene el énfasis en la eventual extracción de sangre, como si fuera el único medio posible de identificación personal. Además, en materia deportiva nadie ha cuestionado la obligación de proporcionar pruebas de orina para detectar el empleo eventual de drogas prohibidas en el deporte.

En *H.G.S.*⁸¹ la CSJN autorizó la extracción de sangre a un menor en un procedimiento penal incoado a fin de investigar el abandono o sustracción de menores y su entrega a terceros a cambio del pago de sumas de dinero.⁸² Sostuvo

⁷⁷ Ver MORELLO, AUGUSTO MARIO, *La reforma procesal civil en Buenos Aires*, La Plata, 1967, p. 365; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1942, p. 198.

⁷⁸ Lo mismo ocurre en el caso de toma de muestras para el control del dopaje deportivo bajo la ley 24.819, en el que se establece la obligatoriedad de los deportistas federados de someterse a la toma de muestras para su eventual análisis.

⁷⁹ CSJN, *Fallos*, 313-2: 1113, año 1990.

⁸⁰ Cons. 21/21.

⁸¹ *Fallos*, 318-3: 2518, año 1995.

⁸² En lo que hace a la facultad de la administración de tomar muestras de sangre para verificar la existencia de HIV positivo, ver CNFed. CA, Sala II, *B., R.E. v. Policía Federal Argentina*, *JA*, 1997-IV, 329 (1996), con nota de CIFUENTES, SANTOS, “Legitimación del análisis compulsivo del Sida. (La dignidad de la persona puesta a prueba),” *JA*, 1997-IV, 342; *ED*, 172: 323, con nota de ANDRUET, ARMANDO S. (H.); *DT*, 1997-E, 1779, con nota de POSSE. Ver KEMMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El sida en la jurisprudencia,” *LL y Academia de Derecho de Buenos Aires*, año XLIV, n° 37, 1999, § VII.

la validez de la medida por tratarse de un agente de un organismo de seguridad. (En el caso, la Policía Federal.) A su vez la Corte Suprema de Estados Unidos legitimó la extracción de una muestra de sangre de un sujeto inconsciente a raíz de un accidente.⁸³

En el proceso civil se ha estimado que la realización o no de esta medida probatoria depende de la voluntad del individuo afectado y que en caso de negarse éste, la prueba no debe producirse.⁸⁴ Sin embargo, en juicios de paternidad, la negativa puede funcionar como presunción en contra. Como se advierte, la prueba hematológica es un problema de múltiples matices.

En general, resulta inadmisibles el sometimiento coercitivo a pruebas, aparatos o drogas que verifican la veracidad de lo que la persona expresa, etc.⁸⁵ En los dos últimos casos la nulidad de la prueba así obtenida es clara, por transgredir el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo;⁸⁶ pero al margen de ese argumento y con referencia a todos estos y otros casos de pruebas obtenidas en violación de un principio jurídico fundamental, es evidente que se impone su rechazo. No es óbice a tal conclusión el que la prueba ilegalmente obtenida sea de todos modos una “prueba,” que puede por lo tanto reflejar la verdad material de los hechos, porque de otro modo se estaría alentando la ilegítima obtención de pruebas por tal tipo de medios. En esto el razonamiento jurídico es análogo al que se hace valer cuando se prohíbe pagar un seguro de vida en caso de suicidio: Admitir lo contrario es una forma de instigar a que una persona con problemas económicos pueda pensar que si se suicida soluciona al menos los problemas de su familia, lo cual es notoriamente contrario a principios básicos del orden jurídico. Por el mismo principio cabe rechazar la admisibilidad de cualquier tipo de prueba producida ilegalmente, a fin de no contribuir a crear un sistema en el cual la autoridad se vea alentada a grabar clandestinamente conversaciones telefónicas privadas, a fotografiar y filmar clandestinamente a los individuos, a allanar domicilios sin orden de autoridad competente, a detener y revisar a las personas sin motivo, etc.⁸⁷ Por ello estimamos que en este caso el principio de la verdad material cede ante un principio superior y de orden público, que hace al resguardo de la libertad personal y de la moral pública.⁸⁸

⁸³ *Breihaupt v. Abram*, 352 U.S. 432 (1957). Ver LOCKHART, WILLIAM; KAMISAR, YALE; CHOPER, JESSE; SHIFFRIN, STEVEN H. y FALLON JR., RICHARD, *Constitutional Law*, St. Paul., Minn., West Publishing Co., 1996, pp. 381 y ss.

⁸⁴ Ver al respecto STRATTA, OSVALDO J., “Alcance de la prueba hematológica,” *LL*, 48: 176 y la jurisprudencia que cita; JOFRÉ, TOMÁS, *Manual de procedimiento*, t. III, Buenos Aires, 1942, p. 376.

⁸⁵ HELBLING, *op. cit.*, p. 282.

⁸⁶ Ya que la norma del art. 18 constituye una “regla abstracta y general, de derecho permanente” aplicable en toda situación y en todo proceso. Ver SARTORIO, JOSÉ, *De la prueba de testigos en el procedimiento federal*, Buenos Aires, 1945, p. 112. Ha sido reconocido el derecho a no declarar contra sí mismo en sede administrativa: PTN, *Dictámenes*, 96: 350; 99: 279.

⁸⁷ Conf. SCHWARTZ, *Administrative Law*, *op. loc. cit.* Ver también *infra*, nota 91, *Cuffaro* y nota de CORVALÁN.

⁸⁸ Con las excepciones señaladas *supra* y en KEMMELMAJER DE CARLUCCI, *op. loc. cit.*

Distinto es el caso en que el juez de instrucción autoriza una videofilmación con *zoom* desde un inmueble lindero hacia el exterior de otro, pues ello se asemeja al allanamiento judicial de domicilio, requisas judiciales, etc.⁸⁹

18. *Inadmisibilidad de pruebas “secretas,” “reservadas” o “confidenciales”*

Según ya lo explicamos al analizar la reserva de las actuaciones,⁹⁰ si bien la administración tiene la facultad de declarar secretas o reservadas determinadas piezas de un expediente, no puede en tal caso utilizar dichas piezas como prueba ni como fundamento de sus decisiones ya que la posibilidad de admitir “pruebas secretas” importa una verdadera contradicción. La invocación de tal tipo de elemento debe asimilarse a los casos en que la administración invoca pruebas inexistentes, tratándose así de un caso de arbitrariedad del acto administrativo, que lo torna nulo o inexistente. Esta regla del proceso penal es aplicable en el derecho administrativo. Un informante anónimo es inadmisibile también como inductor de otras pruebas, que caen igualmente bajo el principio del “fruto del árbol prohibido:” sumarios a agentes públicos o a particulares, deportaciones, etc.⁹¹

19. *Prueba de informes*

19.1. *Informes de oficinas administrativas*

La prueba de informes administrativos es probablemente una de las que siempre se presenta y a este respecto cabe destacar, como ya se expresó, que es obligación de la administración producirlos cuando así lo fueren solicitados por el recurrente o también de oficio, para el esclarecimiento de los hechos controvertidos por el administrado.

Esto es también aplicable y con mayor razón, en el caso de informes que deba expedir cualquiera de los distintos registros que posee la administración, pues “es claro que la finalidad de todo registro es consignar datos y circunstancias que se acreditarán en base al mismo, por lo que es totalmente contradictorio con su misma esencia negar una certificación a la persona que acredita un interés legítimo en obtenerla. Si el registro no expidiera certificados acreditando lo que en él consta, no cumpliría en verdad acabadamente su finalidad en cuanto registro; ello se advierte al recordar el funcionamiento racional de los demás

⁸⁹Toral Criminal Federal, Paraná, *Meichtry, LL*, 2000-A, 240 (1998), que no admite filmación del interior de la morada. En cambio para PALACIO, LINO ENRIQUE, “El principio de exclusión probatoria, el derecho a la intimidad y la videofilmación de consumo y fraccionamiento de estupefacientes,” nota al fallo *Meichtry*, es válida la videofilmación del interior de la morada.

⁹⁰Ver *supra*, en el cap. IV referente a la vista de las actuaciones, § 17, “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?” y asimismo en el t. 2, cap. I, § 4.1, “Las pruebas ilegítimamente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas.”

⁹¹Ampliar en C4^a Crim. Córdoba, *Cuffaro, LL*, 2000-A, 258 (1999), con nota de CORVALÁN, VÍCTOR R., “El informante anónimo: «colaborador policial» pero ineficaz como prueba de cargo. Un caso que nunca debió llegar a juicio y que muestra el fracaso de la persecución penal.”

registros [...] todos los cuales extienden certificados con respecto a los datos que tienen anotados.”⁹²

El art. 14 de la reglamentación prescribe que “las dependencias de la administración, cualquiera sea su situación jerárquica, quedan obligadas a prestar su colaboración permanente y recíproca” y para pedirles los informes del caso no debe enviárseles el expediente original (sin perjuicio de mandarle fotocopia), para evitar que se paralice el trámite mientras el informe es producido por la oficina pertinente.⁹³ En su art. 48 fija un plazo de diez días para evacuar los informes que no sean de carácter técnico y de veinte días para los de índole técnica; estos últimos pueden ser ampliados “por el tiempo razonable que fuere necesario” a solicitud del organismo que debía producirlo y siempre que existieren motivos atendibles.

La producción de informes de otras reparticiones públicas, nacionales o locales, puede llevarse a cabo por procedimientos más o menos formales:

a) En una primera variante, formal, el particular presenta un escrito solicitando que el funcionario pida a su vez tal o cual informe a otra repartición, lo que el funcionario acuerda y así dispone: finalmente se produce la respuesta de la repartición de que se trata y ella se incorpora al expediente, notificándose de ello al recurrente.

b) En una segunda variante, más informal, el propio interesado se ocupa de gestionar ante la repartición pública de que se trate la expedición de una constancia, certificado o informe, en el cual consten aquellas circunstancias que le interesa demostrar: Una vez obtenido dicho informe, lo presenta al expediente con un escrito. En la medida que el particular pueda obtener la producción de la prueba por este procedimiento informal, habrán ganado en tiempo y eficacia tanto él como la administración.

19.2. *Informes de personas no estatales*

Al igual que en el proceso civil⁹⁴ son admisibles también los informes pedidos a instituciones privadas, cuyo valor probatorio habrá de depender de las circuns-

⁹²PTN, *Dictámenes*, 94: 264. Respecto del envío del expediente administrativo a la justicia, ver *supra*, cap. IV, § 15, “El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual.” En sentido similar dicen DIEZ y HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 488, que “Tampoco puede la administración negarse a facilitar informes sobre los puntos propuestos por las partes.”

⁹³Si otro organismo necesita ver el expediente para dictaminar, p. ej., se le puede enviar una fotocopia certificada y continuar en el ínterin con la tramitación. Esta es una de las cuestiones que más demora el procedimiento administrativo y bien vale para el resultado de tiempo ganado, el costo relativamente insignificante que tiene la fotocopia del expediente. Si el expediente lo pide la justicia se le envía el original, previa extracción de fotocopia certificada. En ella se continuará el trámite administrativo.

⁹⁴Comp. la jurisprudencia civil: ROSENBUSCH, ERWIN O., “Algunos aspectos de la prueba de informes solicitados a particulares o entidades privadas considerados por la Jurisprudencia,” *JA*, 1944-I, 358.

tancias del caso (seriedad de la institución, razonabilidad del informe, etc.)⁹⁵ La reglamentación vigente permite expresamente la producción de este tipo de prueba de informes requeridos a terceros y surge de ella que si los órganos o personas no estatales no contestaren los informes que les hubieren sido requeridos en el plazo que al efecto les fuere fijado,⁹⁶ o sus ampliaciones en su caso,⁹⁷ no corresponderá insistir en la producción de la prueba:⁹⁸ el procedimiento continúa a pesar de la no recepción del informe, pero de llegar el mismo posteriormente no cabe devolverlo o de otra forma excluirlo, sino que se lo tomará en cuenta *sin retrotraer las etapas del procedimiento*: p. ej., si ya se alegó sobre la prueba y posteriormente llega un informe de terceros que debió llegar antes, no procederá correr nuevo traslado para alegar, pero sí tomar en cuenta la prueba en la decisión que se adoptare en tanto fuere conducente.

Es también útil recordar, en lo que se refiere a informes de instituciones públicas o privadas, que la jurisprudencia no los ha considerado equivalentes, en cuanto a su valor probatorio, a las pruebas testimonial o pericial, particularmente si las sustituye caprichosamente.⁹⁹ En otras palabras, no habiendo imposibilidad o gran inconveniente en realizar la prueba de testigos o de peritos, debe preferírsela a la prueba de informes.¹⁰⁰ Como solución intermedia “La práctica ha introducido una forma, bien lógica por cierto, de dar a las pruebas de informes validez y fuerza de prueba testifical. Consiste en llamar, una vez aportado el informe, a quien lo emitió, para que, como testigo, se ratifique en su contenido.”¹⁰¹

De todos modos, ha de tenerse presente que en el procedimiento administrativo, en que no existen habitualmente facilidades para la producción de prueba testimonial o pericial en condiciones similares a las del ámbito judicial, la incor-

⁹⁵ Tal vez debiera darse especial relevancia a los informes producidos por ciertas entidades que, sin ser estatales, tienen sin embargo un carácter público y han merecido como tales una especial regulación del ordenamiento jurídico. *Supra*, t. 1, cap. XIV; t. 3, caps. I y II.

⁹⁶ No está clara la reglamentación acerca de si regirán para los terceros los mismos plazos que para la producción de informes por los órganos administrativos. Pensamos que pueden fijarse los mismos plazos por analogía, aunque es obvio que tales plazos sólo sirven internamente en el procedimiento administrativo ya que los terceros no resultan obligados a contestarlos. Otra posibilidad es interpretar que la norma se ha remitido al art. 1º, inc. e), ap. 4, del decreto-ley no sólo para la ampliación del plazo, como lo sugiere la redacción del art. 48 *in fine*, sino también para el plazo inicial. Pero pensamos que hasta no sería una interpretación razonable, porque guarda mucha mayor conexidad el mismo trámite ante órganos administrativos que el plazo residual del art. 1º para cualquier trámite no reglado.

⁹⁷ Conforme la remisión que efectúa el RN al plazo residual del art. 1º la ampliación será por diez días; este plazo podrá nuevamente ampliarse si el tercero lo solicita antes de su vencimiento.

⁹⁸ El reglamento dice que en tal caso “se prescindirá de esta prueba,” expresión obviamente errónea, que entendemos corresponde ser interpretada y aplicada como lo hacemos en el texto.

⁹⁹ SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, E.J.E.A., 1959, pp. 266-7. Dicho principio ha sido recogido en el art. 397 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que expresa: “No será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos.”

¹⁰⁰ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 267.

¹⁰¹ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 268 y nota 13.

poración de una prueba semejante por la vía documental o informativa puede ser una solución parcial a dicha dificultad notoria: en esta hipótesis, el particular aporta al expediente documentos o informes escritos de quienes propone asimismo como testigos o peritos y queda entonces a criterio de la administración atenerse a esta prueba así producida, o en cambio llamar a los firmantes para que como testigos o peritos *stricto sensu* y con todas las formalidades del caso sean interrogados, repreguntados, etc.¹⁰²

19.3. *Contenido de los informes*

Debe distinguirse entre prueba de informes y prueba de informaciones;¹⁰³ la primera se da cuando se requiere a un organismo que dé noticias acerca de una prueba preconstituida, esto es, de elementos probatorios que *ya existen* y que *ya* están en conocimiento del informante; la segunda se da cuando se pide que se hagan averiguaciones de elementos probatorios o de hechos que no están en conocimiento del informante: este segundo tipo de averiguación debe en principio rechazarse, pues en tal circunstancia corresponde al instructor realizar él mismo las diligencias tendientes a obtener las pruebas necesarias.¹⁰⁴ Dice a este respecto SENTÍS MELENDO: “Se pide a una repartición pública que informe acerca de lo que en ella conste en relación a determinada afirmación formulada en el litigio; de esos antecedentes debe disponer la repartición con anterioridad; si los ha de adquirir y después informar, no será una prueba de informes.”¹⁰⁵ En sentido similar, PALACIO agrega una variante de interés: “El informante [...] puede adquirir conocimiento de los hechos respectivos en el momento mismo de expedir el informe,” pero siempre con referencia a la prueba documental o instrumental que obra en su poder;¹⁰⁶ se excluye siempre, pues, el informe que requiera averiguaciones sobre pruebas no preconstituidas. Tal solución se halla consagrada en el Código Procesal Civil y Comercial, según el cual “Los informes que se soliciten a las oficinas públicas [...] Procederán únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante.”¹⁰⁷

19.4. *Información u opinión: informes y dictámenes*

Corresponde también aclarar que el art. 48 del reglamento comete una impropiedad al asimilar aparentemente a los “informes y dictámenes” dentro del tema

¹⁰² Ver *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos,” § 6.3, “La importancia de la prueba privada en tales casos.”

¹⁰³ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 283 y ss.

¹⁰⁴ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 285. También podría delegar la diligencia probatoria, pero entonces se requiere la *citación y control* de la parte afectada. Ver *infra*, § 20, “Informes y delegación de diligencias procesales.”

¹⁰⁵ SENTÍS MELENDO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 200.

¹⁰⁷ Art. 396.

de la prueba, al punto de fijarles los mismos plazos a los dictámenes y a los informes técnicos. Al respecto cabe reiterar que la prueba de informes se refiere precisamente a datos que resulten de documentación, archivos, registros, etc., del informante, de los cuales ya tiene conocimiento y constancia documental o registral; no es prueba de informes aquella en que el informante debe en realidad realizar averiguaciones sobre hechos o documentos que no le constaban antes. Si se trata de informaciones que el “informante” debe procurar sobre hechos, entonces estaremos ante un caso de prueba testimonial o pericial; si se trata de opiniones, entonces nada tiene que ver esto con la “prueba” de informes ni con “prueba” alguna: es una opinión o consejo lo que se recibe, no una prueba.

Lo mismo es aplicable a los dictámenes. Sólo serán prueba si se trata de dictámenes ya producidos con anterioridad al momento de pedirlos y en ese caso por lo demás la prueba será *documental* y no de informes ni tampoco de “dictámenes.” Si en cambio lo que se trata es de pedir que se produzca un dictamen nuevo, no existente al momento de requerirlo, entonces se pide una *opinión legal* pero no una “prueba.” De lo cual resulta que en ningún caso puede un dictamen ser jurídicamente un modo probatorio autónomo: o es una pieza documental y como tal prueba documental, o es una opinión que se emite *ex post* y como tal un acto procedimental pero no probatorio.

20. Informes y delegación de diligencias procesales

La razón por la cual se niega en el proceso ordinario la producción de informes sobre pruebas no preconstituidas es, según acabamos de ver, que es el mismo juzgador quien debe cumplir en tal caso las diligencias probatorias. Ahora bien, en el procedimiento administrativo esto no puede constituir una regla absoluta, pues en muchos casos le será difícil al órgano que tramita las actuaciones principales y tiene que decidir sobre ellas, el ejecutar directamente todas las actuaciones probatorias. En tal caso será posible que solicite a otro organismo la realización de averiguaciones y la obtención de las informaciones necesarias. Sin embargo, es evidente que en tal situación nos encontramos ante la *delegación de una diligencia procesal*,¹⁰⁸ en algún modo equivalente a las realizadas judicialmente por medio de exhorto. Esta circunstancia ha de tener consecuencias sobre el modo de llevarla a cabo, pues tratándose de una diligencia procesal delegada, le son aplicables las mismas reglas referidas a las diligencias probatorias efectuadas directamente por el órgano instructor, en particular los recaudos referidos a la *citación de la parte* para que pueda ejercitar el *control* de la producción de la prueba. En suma, si se trata estrictamente de una prueba de informes, referida a hechos o circunstancias que el informante ya conoce o conocerá al momento de evacuarlo, por referirse a elementos que obran en su poder, entonces puede contestarlo directamente, sin necesidad de citación y audiencia de la parte a efectos

¹⁰⁸ Ver HELBLING, *op. cit.*, p. 313.

del control. Esto, al menos por principio y dejando a salvo situaciones especiales que pudieran presentarse, en que dicho control pudiera ser aconsejable por las circunstancias del caso. A su vez, si lo que se solicita del órgano “informante” es en realidad que realice determinadas averiguaciones sobre hechos que no son de su conocimiento previo o que no constituyen pruebas preconstituidas, entonces se trata de una diligencia probatoria delegada, que debe realizarse con la debida citación y control de la o las partes interesadas.

21. *Comparación entre prueba de informes y prueba documental*

Algunas dificultades pueden presentarse para distinguir la prueba documental de la prueba de informes, particularmente en aquellos casos en que el informe se contesta remitiendo “testimonios o certificados.”¹⁰⁹ Estos, sin duda, constituyen “documentos,” pero dado que su introducción en el expediente se efectúa a través de un pedido de otro órgano, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha preferido incluirlo en el capítulo sobre la prueba de informes. La distinción no es intrascendente ya que en el proceso judicial se ha establecido, con criterio que puede ser de aplicación aquí, que “No será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos” (CPCCN, art. 397.) Esta disposición no será de aplicación para pretender negar un pedido de informes a una oficina administrativa, aunque el pedido constituya concretamente el requerimiento de un documento que dicha oficina posee o puede emitir.

Por igual razón, cuando algunas legislaciones exigen que todos los documentos deben presentarse juntamente con el primer escrito del interesado, esto no excluye la posibilidad de introducir nuevos documentos con posterioridad. Ellos se puede hacer de dos maneras. La primera es presentar un escrito solicitando que se haga un pedido de informes a la oficina correspondiente. La segunda y posiblemente más efectiva en algunos casos, es que el particular los consiga directamente de las oficinas pertinentes, verbalmente o por escrito y los incorpore luego al expediente mediante una presentación al efecto.¹¹⁰

22. *Prueba testimonial*

22.1. *Quiénes pueden ser testigos: Legislación aplicable*

El reglamento se remite en general al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para los asuntos no previstos, entre los cuales se encuentra en primer lugar la cuestión de quiénes pueden ser testigos. Esta remisión es de carácter

¹⁰⁹ Lo prevé el art. 396 del CPCCN sobre la “prueba de informes” requerida a oficinas públicas.

¹¹⁰ *Supra*, § 7, “Producción informal de la prueba;” § 19.1, “Informes de oficinas administrativas;” 19.2, “Informes de personas no estatales;” *infra*, § 22.7, “La oralidad del testimonio;” 22.8; “¿Prueba testimonial producida por escrito?;” cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

meramente genérico para asuntos ordinarios; en asuntos especiales es posible recurrir a otros ordenamientos procesales especiales, pues ya vimos que el procedimiento administrativo puede por su contenido ser similar según los casos al proceso civil, laboral, penal, etc. y será a tales normas procesales que debería recurrirse en cada caso. Así, la determinación de quiénes pueden ser testigos dependerá de los casos: en los procedimientos disciplinarios, serán admisibles solamente los testigos que el Código de Procedimiento en lo Criminal establece,¹¹¹ en los demás casos habrá de estarse al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; en materia de jubilaciones, pensiones y reclamos en general de los funcionarios públicos, podrá considerarse aplicable la orientación del derecho laboral.

Si las personas propuestas como testigos son funcionarios públicos, están obligados a deponer, sea personalmente o por informe en su caso,¹¹² pero no tratándose de funcionarios públicos no pueden ser obligados a comparecer,¹¹³ el propio interesado tampoco puede ser, obviamente, testigo en su mismo asunto,¹¹⁴ ni tampoco ser obligado a absolver posiciones.¹¹⁵

Por su parte, la doctrina judicial no descalifica al testigo único, pero debe ser corroborado con otros medios de prueba y evaluarse en su totalidad según las reglas de la sana crítica.¹¹⁶ Creemos que la misma solución es aplicable al procedimiento administrativo.

22.2. Citación y audiencia

Las partes tienen derecho a que la administración tome declaración testimonial a los cinco primeros testigos que ofrezcan; en cuanto al resto es facultad discre-

¹¹¹ Pues en verdad tienen mayor sustento de justicia y razonabilidad estas normas, a punto tal que sancionar a un agente sobre la base de testigos inhábiles para el procedimiento criminal puede considerarse lesivo de su razonable oportunidad de defensa y por lo tanto inconstitucional.

¹¹² Ver *infra*, § 23, “Funcionarios que pueden declarar por informe.” No estará demás aclarar, también, que la jerarquía que el funcionario tenga, si bien puede en algún caso dispensarlo de concurrir personalmente a declarar, no ha de justificar en cambio ninguna merituación especial de su testimonio: ver FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, p. 112. A su vez, debe tenerse presente que así como en nuestro derecho el particular no puede ser testigo en su propio asunto (texto e *infra*, nota 114), tampoco pueden el o los funcionarios públicos que intervienen en la toma de decisión, o que emiten informes o dictámenes sobre la cuestión, deponer en el mismo asunto en calidad de testigos. Son calidades que se excluyen mutuamente, pues como recuerda TENTOLINI, OTTORINO, *La prova amministrativa*, Milán, 1950, p. 147, aquel que depone no puede ser parte ni tener un interés que podría legitimar su participación, sino que “debe ser un tercero, esto es un extraño al proceso.” En este sentido el concepto de testigo, en cuanto tercero desinteresado del proceso, tiene puntos de contacto con el concepto de órgano jurisdiccional.

¹¹³ PTN, *Dictámenes*, 84: 141; reglamento, art. 50, a *contrario sensu*.

¹¹⁴ GORPHE, FRANÇOIS, *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, p. 416. Ello no quita que la persona pueda ser oída por simple declaración, sin juramento. (GORPHE, *op. cit.*, p. 417.) Por el mismo principio, quien se presenta como testigo no puede luego ser denunciante por el mismo asunto (*op. loc. cit.*) y quien se presenta como denunciante no puede testificar sobre su propia denuncia. El concepto de parte interesada alcanza así también al denunciante.

¹¹⁵ Ver *infra*, § 25, “Prueba de posiciones.”

¹¹⁶ CABA, CApel. CAyT, Sala I, *Falbo de Martínez*, 21-VIII-08.

cional del instructor, luego de examinados los primeros, resolver recibir otros testimonios si fueren necesarios.¹¹⁷

La citación se hace fijando la primera audiencia y la supletoria,¹¹⁸ para ser examinados en la sede del organismo competente.¹¹⁹ Corresponde al proponente ocuparse de la asistencia de los testigos y si éstos no comparecen a las dos audiencias sin causa justificada,¹²⁰ el reglamento establece que la parte pierde ese testimonio.¹²¹ Esta última regla parece demasiado cómoda para la administración, pues ella no pone nada de sí para ayudar a la producción de la prueba, ni tampoco ofrece salida alguna para el proponente, que, al fin de cuentas, carece de potestades más aun que la administración para intentar siquiera inducir la asistencia de los testigos.

La solución normativa es todavía más desigual cuando se advierte, por la remisión al art. 440 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se hará prestar juramento o promesa de decir verdad a los testigos y que serán informados de las supuestas consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas o reticentes que presten: esa norma del Código Procesal en lo Civil y Comercial, legalmente correcta en cuanto allí se refiere a declaraciones prestadas ante la autoridad judicial, no ha podido ser trasladada válidamente al procedimiento administrativo por el reglamento, con el supuesto alcance de tipificar un delito no contemplado en ley formal alguna, a saber, la falsa o reticente declaración ante un funcionario administrativo. Pensamos que el delito no se configura sino cuando la declaración se presta ante una autoridad judicial *stricto sensu* y por ello el juramento de decir verdad cumple un rol intimidatorio que no se compadece con el desinterés que la norma muestra por la suerte que tenga el particular en conseguir la asistencia de los testigos por él propuestos. Lo más criticable, comparativamente, es no otorgar al particular, en atención a su falta de potestad pública directa o indirecta para forzar la comparecencia del testigo, otras facilidades para poder llevar a cabo esta prueba. La audiencia comienza con el interrogatorio preliminar¹²² y las partes pueden acompañar pliegos de preguntas hasta el momento mismo de la audiencia, pudiendo desde

¹¹⁷ Art. 491 del CPCCN, al cual remite el art. 53 del reglamento.

¹¹⁸ Art. 50 del reglamento.

¹¹⁹ Art. 49; si residen fuera del lugar se puede delegar la tarea a algún funcionario de otra oficina pública cualquiera, nacional o local, ubicada en el lugar de residencia del testigo. Ver el art. 51 del reglamento, que no aclara si la delegación puede también hacerse, como proponemos, a agentes públicos provinciales o incluso municipales si no los hay nacionales en el lugar.

¹²⁰ Ver el art. 419, primera parte y art. 436, primera parte, del CPCCN.

¹²¹ Reglamento nacional, art. 50, cuyos lineamientos sigue a su vez el reglamento de la Provincia de La Pampa, art. 56.

¹²² El art. 53 del reglamento remite al art. 441 del CPCC, según el cual: "Aunque las partes no lo pidan, los testigos serán siempre preguntados: 1º) Por su nombre, edad, estado, profesión y domicilio. 2º) Si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes y en qué grado. 3º) Si tiene interés directo o indirecto en el pleito. 4º) Si es amigo íntimo o enemigo. 5º) Si es dependiente, acreedor o deudor de alguno de los litigantes, o si tiene algún otro género de relación con ellos."

luego formularse ampliaciones y repreguntas,¹²³ pero además la autoridad pública puede interrogarlos libremente,¹²⁴ todo conforme a las reglas que para preguntas y repreguntas tiene el CPCCN. Una fundamental distinción debe hacerse, además, en el sentido de si la persona es llamada a deponer estrictamente como testigo, o si en cambio se pretende incoar en su contra un procedimiento sancionatorio. Demás está decir que si un individuo “no ha sido oportunamente constituido en parte pasiva en el proceso” y “su comparecencia de fs [...] lo fue como testigo y bajo juramento de decir verdad no obstante formularsele, en algunos pasajes de ese acto procesal, observaciones notoriamente enderezadas a valorar su conducta [...] Ello entraña una violación al precepto constitucional según el cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo al par que restringe más allá de lo razonable la inviolabilidad de la defensa en juicio,”¹²⁵ correspondiendo por tanto anular las pertinentes actuaciones “para luego realizar las diligencias sumariales necesarias para su debida sustanciación.”¹²⁶

22.3. Caracteres que deben reunir las preguntas

Las preguntas que se formulen a los testigos deben ser siempre claras, concretas, referidas a un solo hecho¹²⁷ y nunca podrán ser indicativas,¹²⁸ en el sentido de contener un enunciado de la respuesta, permitiendo entonces la simple contestación por “sí” o por “no:” si contravienen este principio deben considerarse inválidas.¹²⁹ Si se trata de imputaciones o reproches, en el caso de un sumario, deben ser “franca y correctamente formulados y por tanto susceptibles de claras y precisas respuestas.”¹³⁰ Tampoco podrán ser ofensivas o vejatorias, ni contener referencias de carácter técnico, a menos que el testigo fuera un especialista en aquello que se le pregunta.¹³¹

¹²³ El art. 53 del reglamento nacional se remite a diversos arts. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en materia de testigos entre los cuales no está el 442, que es el que se refiere a las preguntas; esta omisión, sea o no producto de la inadvertencia, queda de todos modos cubierta por la nueva remisión genérica del art. 106 del reglamento al Código Procesal en “todo lo no previsto expresamente.” Puesto que el reglamento no excluye expresamente las repreguntas, la remisión del art. 106 las incluye. Por lo demás, no se advierte cómo podría llevarse a cabo sensata y eficazmente un testimonio sin admitir las repreguntas. Véase DAVIS, KENNETH CULP, *Administrative Law Text*, St. Paul, 1972, 3ª ed., p. 285 y ss.; DAVIS, KENNETH CULP Y PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise*, vol. II, Boston, Little, Brown & Co., 1994, 3ª ed., p. 135, aunque no tan terminantemente; SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 346 y ss.; 1991, 3ª ed., p. 383; TENTOLINI, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

¹²⁴ Reglamento, art. 52, primera parte; Ciudad de Buenos Aires, art. 72; La Pampa, art. 58.

¹²⁵ PTN, *Dictámenes*, 99: 279; 96: 350; 143: 101.

¹²⁶ PTN, *Dictámenes*, 99: 280; 96: 353; 143: 101.

¹²⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 443. ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDORO, “El derecho de defensa en sede administrativa,” *LL*, 127: 1477, § VI y X.

¹²⁸ PTN, *Dictámenes*, 92: 170; ALTAMIRA GIGENA, *op. loc. cit.*; CPCC, art. 443: “no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta.”

¹²⁹ PTN, *Dictámenes*, *op. loc. cit.*

¹³⁰ PTN, *Dictámenes*, 99: 279.

¹³¹ Art. 443 del Código Procesal Civil y Comercial.

22.4. Caracteres que deben reunir las respuestas

Además, debe tenerse particular cuidado de que las preguntas y *las respuestas* se refieran a hechos que son del conocimiento *directo y personal del declarante*, siendo inadmisibles totalmente aquellos hechos que el testigo sólo conozca por referencias de terceras personas (lo que en el derecho estadounidense se denomina *hearsay*: lo oído decir); las respuestas de esta índole no deben siquiera ser registradas en el acta de declaración, pues su falta de certeza y seriedad afecta la objetividad del procedimiento. Se ha dicho a este respecto que “en las declaraciones de dichos testigos, la referencia a «comentarios» o que el deponente «piensa» determinado alcance de los hechos,” implica “extralimitar el marco exclusivamente objetivo que es sustancial de la prueba testimonial, (y) no puede concederse a esas declaraciones el valor probatorio claro y categórico que es indispensable para llegar a enervar la presunción de la corrección del funcionario, que es el principio primero y esencial, en las investigaciones de la especie.”¹³² En lo demás se aplican los arts. 444¹³³ y 445: “El testigo contestará sin poder leer notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta, se le autorizara. En este caso, se dejará constancia en el acta de las respuestas dadas mediante lectura.”

22.5. Repreguntas

Ya hemos explicado, al referirnos a la reserva de las actuaciones, que si la declaración testimonial es tomada sin la presencia y control de las partes, éstas no pueden evitar que se hagan preguntas tendenciosas, ni controlar que se registren fiel e íntegramente las respuestas, ni hacer repreguntas en el mismo acto.¹³⁴ Señalábamos que la única manera de poder probar la falta de veracidad de los dichos, en la prueba testimonial, era precisamente a través de las repreguntas formuladas en la misma oportunidad en que se ha efectuado la contestación a las

¹³² PTN, *Dictámenes*, 63: 298; 85: 130: “Los demás testigos deponen sobre hechos ocurridos en su presencia sino que lo hacen de acuerdo a «comentarios».” Conf. GORPHE, *op. cit.*, p. 365 y sus referencias. El criterio de excluir de la declaración testimonial tanto las deducciones del testigo, como los comentarios que él ha escuchado de otros, ha quedado consagrado entre nosotros en virtud de los señalados dictámenes de la PTN y constituye a nuestro modo de ver el principio correcto. Para una opinión contraria sobre la inadmisibilidad de que el testigo formule conclusiones o deducciones, ver TENTOLINI, *op. cit.*, p. 147. Para una apreciación crítica de la tendencia actual del derecho norteamericano acerca de la inadmisibilidad de lo oído decir por el testigo, ver DAVIS, KENNETH CULP, *Administrative Law Text, op. ult. cit.*, p. 271 y ss. y sus referencias y DAVIS, KENNETH CULP y PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise, op. cit.*, p. 129 y ss., esp. p. 134, aunque menos terminantes en cuanto a la inadmisibilidad de lo que hayan oído o leído los testigos. Comp. SCHWARTZ, *op. cit.*, 3ª ed., p. 379, con cita de *Peters v. United States*, 408 F.2d 719, Court of Claims, 1969. Se trataba del caso de un agente público que iba a ser dado de baja por cohecho, probado ello por dichos no corroborados de terceros (declaraciones escritas de tres testigos a su vez presumiblemente influenciados pecuniariamente, según el relato del caso.)

¹³³ Art. 444 del CPCCN: “El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas: 1º) Si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor. 2º) Si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial.”

¹³⁴ *Supra*, cap. IV, § 17, “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?”

preguntas. De allí que es fundamental la presencia de las partes interesadas y sus letrados, a fin de que hagan las repreguntas que sean del caso. Tratándose de un testigo adverso, consideramos aplicable la regla que permite alguna mayor latitud en la formulación de las repreguntas.

Si la administración no respeta estos principios y no permite en algún caso —no demasiado infrecuente, lamentablemente— que el letrado controle la producción de esta prueba en la etapa inicial del sumario, debe entonces plantearse la cuestión constitucional y dejar a salvo el derecho de hacerlos deponer nuevamente, esta vez bajo garantías objetivas, en un procedimiento judicial donde deban ratificarse o rectificarse de sus dichos, con la posibilidad de ser condenados por falso testimonio.

A veces, aunque más raramente, puede ocurrir que incluso una vez terminada la etapa del secreto sumarial y cuando se está produciendo la prueba de descargo del sumariado, En el caso de los sumarios administrativos disciplinarios el art. 46 del decr. 467/99 dispone que El sumario será secreto hasta que el instructor dé por terminada la prueba de cargo, y no se admitirán en él debates ni defensas, salvo la solicitud de medidas de prueba. El secreto de los sumarios no alcanzará a la Procuración del Tesoro de la Nación ni a la Sindicatura General de la Nación, cuando estos organismos realicen auditorías de aquéllos. En la etapa contradictoria el art 114 dispone: “Se podrá ofrecer hasta un máximo de cinco testigos y dos supletorios, denunciando nombre y apellido, ocupación y domicilio de los mismos. El número de testigos podrá ser ampliado cuando, a juicio del instructor, la cantidad de hechos o la complejidad de los mismos así lo justifique. Las preguntas a cuyo tenor serán examinados dichos testigos deberán presentarse hasta dos (2) días antes de la audiencia. En caso contrario se tendrá por desistido el testimonio. Podrán ampliarse las preguntas y los testigos ser repreguntados por el sumariado, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas o el instructor. No podrán ofrecerse testigos de concepto ni preguntas relacionadas con ello.” Esta disposición legal importa la obligación del instructor de notificar de la audiencia tanto al sumariado como a la Fiscalía de Investigaciones administrativas si fuere parte acusadora, con tiempo suficiente las fechas de las audiencias para permitir el contralor, bajo pena de nulidad de las actuaciones y dado el carácter secreto de las actuaciones se podrán formular preguntas aclaratoria sobre las declaraciones prestadas en la etapa en la cual el sumario fue secreto ampliando el numero de testigos.

Ello por supuesto ya constituye una arbitrariedad manifiesta, cuya única finalidad es ejercer indebida presión moral sobre los testigos de descargo (a lo cual pueden ellos ser susceptibles en fuerte grado, en caso de ser a la vez funcionarios públicos.) En estos supuestos pensamos que la falta de control invalida totalmente las declaraciones; incluso, teóricamente al menos, pensamos que

sería procedente la acción de amparo para evitar que se consume de ese modo la indefensión del sumariado.

De cualquier manera, al producirse la necesaria revisión judicial del acto sancionatorio que eventualmente se dicte, corresponderá pedir se llame a deponer nuevamente —o por primera vez con seriedad— a los testigos que declararon administrativamente bajo esas condiciones de presión moral y en tal ocasión controlar judicialmente la ratificación de sus dichos administrativos.¹³⁵

22.6. *Intérpretes*

En el caso de habitantes que no tengan uso fácil del idioma nacional, corresponderá designar un intérprete para que traduzca las preguntas y respuestas.¹³⁶ Tratándose de personas pertenecientes a culturas indígenas, ha sido útil en más de un caso la asistencia de un perito antropólogo¹³⁷ para la comprensión más profunda y no ya la mera traducción de las respuestas. En el supuesto de los sordos, mudos y sordomudos¹³⁸ que no puedan manifestarse por escrito, será también pertinente la participación de un intérprete.¹³⁹ En todos estos casos el intérprete puede considerarse una suerte de perito, por cuanto su traducción en el caso de idiomas, o interpretación en el caso de mudos y sordomudos, es el medio técnico por el cual se torna inteligible al administrador la prueba producida, sea ella genérica o específica;¹⁴⁰ así como un perito interpreta un documento técnico, plano, boceto, etc., que pueda escapar a la aptitud profesional del administrador, así también el intérprete en los casos señalados cumple análoga función técnica. No obstante, no consideramos que sea indispensable, en ausencia de norma expresa en contrario, adoptar un procedimiento formal para la designación del intérprete en los casos en que sea necesario o conveniente, como pretenden las normas nacionales para el caso del perito.¹⁴¹

22.7. *La oralidad del testimonio*

El principio de la oralidad de los testimonios, “inherente a todo sistema acusatorio, requiere que los testigos sean oídos directamente por el juez encargado de juzgar, para permitir su examen inmediato;”¹⁴² esta regla de la oralidad va pareja con la

¹³⁵ Es que, como dice GORPHE, *op. cit.*, p. 387, “Se ha observado asimismo, que por lo general, los testigos pesan menos sus declaraciones en las pesquisas oficiosas que ante la justicia.”

¹³⁶ Chubut, art. 26, inc. 11; Yugoslavia, art. 179, inc. 1º); la Constitución del Perú, art. 233, inc. 15, como garantía del individuo en la administración de justicia.

¹³⁷ *Infra*, § 26.3, “Pruebas periciales especiales” y § 28, “Otros medios de prueba,” combinación de distintos medios probatorios.

¹³⁸ Debe distinguirse la cuestión del sordomudo como testigo y como parte en el procedimiento administrativo. El segundo aspecto lo hemos tratado *supra*, cap. I, § 7.1, “Sordomudos.”

¹³⁹ Como lo disponía la ley yugoslava, art. 179, inc. 2º, citada por GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, ENAP, 1969, pp. 66-67.

¹⁴⁰ En este sentido TENTOLINI, *op. cit.*, p. 135, quien lo califica de “perito impropio.”

¹⁴¹ *Infra*, § 26.2, “Procedimiento formal o informal.”

¹⁴² GORPHE, *op. cit.*, p. 382.

de la publicidad, “garantía complementaria concedida mediante la comprobación de las partes y del auditorio.”¹⁴³

En el procedimiento administrativo, en cambio, la producción de la prueba testimonial, aun efectuada oralmente y con audiencia de las partes, no sirve a la intermediación procesal, pues el instructor del procedimiento no será normalmente la autoridad competente para decidir. Ello significa que aun producido oralmente el testimonio desde un punto de vista material, se valora siempre bajo la forma de una deposición escrita: desde este punto de vista, salvo el aspecto del control de la administración y las partes, ninguna diferencia habría entre la producción de la prueba testimonial en la propia administración o fuera de ella y su posterior aporte al expediente por el particular.¹⁴⁴ Si el escrito no reproduce taquigráficamente y con absoluta exactitud las declaraciones del testigo, más que deposición oral se aproxima a una deposición escrita y hasta es inferior a ésta: el acto del interrogatorio realizado por el instructor “con frecuencia traduce en el estilo del instructor el lenguaje del testigo y a veces deforma el sentido al cambiar las palabras. Si el instructor se preocupa más de la forma que de la exactitud y comprende de manera insuficiente lo que el testigo desea decir, se expondrá a reducir el acta, por decirlo así, a una deposición de deposición, según la frase de BERADT [...] falta de objetividad y precisión [...] no refleja la espontaneidad de las declaraciones, el tono del testigo y su manera de deponer.”¹⁴⁵

22.8. ¿Prueba testimonial producida por escrito?

Por todo ello pensamos que no existe sustancial diferencia entre la prueba testimonial producida por escrito¹⁴⁶ y la producida oralmente en sede administrativa. Pensamos que puede utilizarse al efecto una suerte de doble instancia: recurrir el particular primero a la deposición escrita directa del testigo, deposición ésta que se presenta a la administración para su incorporación al expediente, quedando a criterio de la administración llamar o no nuevamente al testigo para deponer oralmente a fin de reforzar, aclarar, precisar o ratificar su declaración escrita.

También se produce de este modo una cierta aproximación a la prueba de informes, de la cual ya SENTÍS MELENDO señalaba que podía adquirir “validez y fuerza de prueba testifical,” llamando a quien emitió el informe ya presentado en autos para que se ratifique como testigo de su contenido.¹⁴⁷ Podrá ser una cuestión debatible, en el caso de la declaración producida por escrito por una persona que el particular ofrece como testigo, si dicha declaración escrita tiene carácter de “testimonio escrito” o de “informe,” pero no hay duda de que se trata

¹⁴³ GORPHE, *op. loc. cit.*

¹⁴⁴ *Supra*, § 7, “Producción informal de la prueba.”

¹⁴⁵ GORPHE, *op. cit.*, p. 385, quien cita a BERADT, *Der Richter*, Franckfurt, 1909, p. 42.

¹⁴⁶ *Infra*, cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

¹⁴⁷ SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 268 y nota 13. Ver también *supra*, § 19.2, “Informes de personas no estatales,” *infra*, cap. VII, § 10.1; *supra*, en este mismo cap., § 7, “Producción informal de la prueba.”

de todos modos de una prueba concreta que no puede dejar de contribuir a formar la convicción del administrador o del juez que debe decidir,¹⁴⁸ y que puede ser convenientemente reforzada, controlada, ampliada, etc., llamando la administración a su firmante para que se ratifique como testigo. Si la administración opta por no llamarlo a deponer como testigo, habiendo sido el firmante propuesto como tal, estimamos que debe en principio atenerse a lo declarado por escrito por él.

23. *Funcionarios que pueden declarar por informe*

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expresa en el art. 426 que “Toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley” y en el art. 455, al cual nos remite el art. 53 del reglamento de procedimiento administrativo, dispone: “Exceptúase de la obligación de comparecer a prestar declaración a los funcionarios que determine la reglamentación de la Corte Suprema.” En otras palabras, la ley *delega* a la Corte Suprema la integración¹⁴⁹ de la norma, determinando las personas a las cuales se aplicará; en la fijación de estas situaciones, el tribunal actuará no ya como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo.¹⁵⁰ En virtud de dicho art. 455, la Corte Suprema dictó la acordada del 20 de diciembre de 1967,¹⁵¹ en la que dispone: “Exceptúase de la obligación de comparecer a prestar declaración testimonial a las siguientes personas:

“Presidente y Vicepresidente de la Nación; Ministros y Secretarios del Poder Ejecutivo; Subsecretarios de los Ministerios y Secretarías de Estado; Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias y del Territorio Nacional (hoy Provincia) de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; Ministros y Secretarios del Poder Ejecutivo de las Provincias y del Territorio antes mencionado; legisladores nacionales y provinciales; Magistrados de la justicia nacional y provincial y funcionarios judiciales asimilados a esa calidad; Obispos y prelados; el Procurador del Tesoro; Fiscales de Estado; Intendentes municipales; Presidentes de los Consejos Deliberantes y Secretarios del departamento ejecutivo de las municipalidades; Oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; Embajadores, Ministros Plenipotenciarios y Cónsules Generales; Rectores y Decanos de Universidades Nacionales; Presidentes de bancos oficiales, nacionales y provinciales; Presidentes, Administradores, Directores, Gerentes o titulares de cargos equivalentes que importen la representación legal de entidades autárquicas y empresas de

¹⁴⁸ TENTOLINI, *op. cit.*, p. 74, formula esta apreciación en otro caso de prueba, al evaluar si el hecho admitido o reconocido por las partes sin formalidad de confesión —p. ej. por tratarse de la administración— ha de ser evaluado y con qué carácter.

¹⁴⁹ En el sentido expuesto *supra*, t. 1, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración;” comparar el diverso supuesto a que nos referimos en el t. 2, cap. VII, § 15, “Algunas conclusiones.”

¹⁵⁰ Sobre estos aspectos ver *supra*, t. 1, cap. IX.

¹⁵¹ Publicada en *Fallos*, 269: 357-8.

Estado, nacionales y provinciales; Jefes y Subjefes de la Policía Federal y de las Provincias; Directores de Institutos Penales de la Nación y de las Provincias; jefes de reparticiones de la administración pública, nacional, provincial y comunal que, en atención al buen servicio de la función que desempeñan no deban, a juicio del juez y según las circunstancias del caso, comparecer personalmente a declarar como testigos.”¹⁵²

Esta enumeración, ante todo, peca por demasiado extensa, pero es ésta una cuestión de política legislativa que no puede merecer otro reparo que el de hacer de una delegación legislativa a su vez excesivamente amplia y casi sin límite legal. Con todo, a más de efectuar una muy extensa enumeración, la Acordada intenta aun establecer un criterio general que permita a los jueces encontrar más excepciones al principio inicial de la obligación que tienen los testigos de comparecer a juicio en caso de ser llamados. La última parte de la acordada ya vista, expresa que quedarán exceptuados aquellos “jefes de reparticiones” de la administración que, “en atención al buen servicio de la función que desempeñan no deban, *a juicio del juez [...] comparecer.*” en esto pensamos que la acordada se excede del marco de lo que la ley autoriza, pues la ley le delega a la Corte Suprema el fijar ella misma qué personas no deberán comparecer personalmente a declarar como testigos, pero no la faculta en cambio para *volver a delegar* en todos los jueces, sin discriminación de fueros ni jerarquías, la atribución de nuevamente exceptuar más personas de aquella obligación legal. Por lo expuesto estimamos *ilegal* la última parte de la Acordada y consideramos en consecuencia que los jueces deben abstenerse de ejercer esa facultad subdelegada. Fluye de lo expuesto que lo que consideramos no pueden hacer los jueces, menos aun podrá hacerlo un funcionario, primero por no tratarse de un órgano imparcial e independiente.

Segundo porque la norma que supuestamente vendría a autorizar tal excepción es a su vez un reglamento administrativo, con lo cual tendríamos un reglamento autónomo¹⁵³ pretendiendo extender una subdelegación ilegal de un reglamento delegado,¹⁵⁴ a órganos no jurisdiccionales. Del primer paso dado por la ley (el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), hacia un reglamento delegado (la Acordada), excediendo ésta del marco de aquélla por la subdelegación no autorizada, pasaríamos así a un tercer paso en el cual un reglamento autónomo extiende tal subdelegación a órganos administrativos... Nos parece jurídicamente inadmisibles y además inconveniente, en cuanto se lo pretenda hacer funcionar como una posibilidad legal o reglamentaria de eximir a determinado funcionario de deponer en un expediente administrativo como testigo, en forma personal y

¹⁵² Como puntualizó la CSJN en la causa *Menem c/ Sokolowicz, LL*, 1998-C, 778, si bien el art. 455 del Cód. Procesal no es aplicable analógicamente a la prueba de posiciones, razones de tipo institucional justificaron que el Presidente de la Nación no fuera obligado a comparecer en sede judicial, permitiéndose la celebración de la audiencia respectiva en su despacho oficial.

¹⁵³ Con ya sus propias limitaciones, que explicamos *supra*, t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 14, “Reglamentos autónomos.”

¹⁵⁴ *Supra*, t. 1, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración.”

directa. Ello no excluye en cambio y según lo hemos explicado anteriormente, que el propio particular obtenga la producción escrita de las declaraciones de que se trate y las incorpore al expediente ofreciendo entonces él, a la inversa, que sea la administración quien si lo prefiere lo llame a concurrir personalmente.

24. *Las repreguntas en el testimonio evacuado por informe*

Un problema formal que presenta la prueba testimonial evacuada por medio de informes es si las repreguntas se harán en un pliego aparte, una vez recibida la contestación escrita a las preguntas,¹⁵⁵ o si en cambio habrán de formularse “anticipadamente, en vista de las preguntas.”¹⁵⁶

A nuestro juicio no puede admitirse que las repreguntas deban formularse juntamente con las preguntas, porque nos parece poco menos que imposible de realizar y porque de hecho desvirtúa el sentido de las repreguntas y lesiona el derecho de defensa de quien repregunta, al obligarlo a hacerlo sin conocer las respuestas dadas a las preguntas. Las repreguntas, en el caso de los testimonios contestados por informe, deben hacerse una vez recibida la contestación a las preguntas.

25. *Prueba de posiciones*

El reglamento no admite prueba de posiciones a los agentes públicos o los particulares, pero la confesión voluntaria produce efectos.¹⁵⁷ La norma no aclara si esto se refiere tanto a la confesión de los funcionarios como de los particulares, o sólo a la de estos últimos. En el primer caso, si se tratare de los funcionarios competentes para obligar a la administración, la confesión sería válida y obligatoria para la administración.

Si en cambio se pretendiera interpretar la norma en el sentido de que ella quiso excluir la confesión administrativa pero en cambio admitir la del particular, cabrían fundadas dudas sobre su constitucionalidad en el procedimiento administrativo, por atentar contra una razonable equiparación de las partes.

26. *Prueba pericial*

26.1. *Admisibilidad*

El administrado puede también, a más de solicitar la producción de informes técnicos por parte de la administración, pedir la realización de pericias, p. ej. si se trata de conocer o apreciar algún hecho que exija conocimientos especializados,

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., *Código...*, op. cit., p. 267.

¹⁵⁶ SENTÍS MELENDO, op. cit., p. 255.

¹⁵⁷ Dice el art. 59: “Sin perjuicio de lo que establecieran las normas relativas a la potestad correctiva o disciplinaria de la administración, no serán citados a prestar confesión la parte interesada ni los agentes públicos, pero estos últimos podrán ser ofrecidos por el administrado como testigos, informantes o peritos. La confesión voluntaria tendrá, sin embargo, los alcances que resultan de los artículos 423, 424 y 425 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.”

científicos, artísticos o prácticos.¹⁵⁸ El reglamento admite la prueba pericial por el particular, a su costa;¹⁵⁹ la administración, según el art. 54, se abstendrá normalmente de la designación de peritos, salvo que sea necesario.¹⁶⁰ El particular puede, pero no está obligado a, soportar las costas del perito de la administración.

26.2. *Procedimiento formal o informal*

El reglamento prevé un procedimiento complejo y a la postre inútil para la prueba pericial: designación, cuestionario, aceptación del cargo, reemplazante, plazo, etc.,¹⁶¹ pero dado el informalismo del procedimiento,¹⁶² esas normas son de aplicación preferente cuando el perito es común de la administración y el administrado, o cuando hay pericias formales de ambas partes por separado. De lo contrario, el principio del decreto-ley, de jerarquía normativa superior, debe primar en cuanto al informalismo y por ello no existen inconvenientes de orden legal para que el perito efectúe directamente la diligencia y produzca su informe en el expediente, sin otro trámite y sin necesidad de expresa y previa designación al efecto. Ahora bien, sea que la pericia se produzca formal o informalmente, es claro que su procedencia sigue las reglas procesales comunes,¹⁶³ como así también lo atinente a la idoneidad del perito,¹⁶⁴ causales de recusación,¹⁶⁵ que

¹⁵⁸ LÓPEZ-NIETO y MALLO, *op. cit.*, p. 286. La pericia no declara sobre los hechos, sino que los enjuicia o valora técnicamente; o sea, que más que un medio de prueba en sentido estricto, constituye un auxilio “para la valoración de los hechos objeto de prueba” (SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, p. 233); pero frecuentemente una persona actúa como testigo y perito simultáneamente, *v. gr.* un médico (SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 225; SENTÍS MELENDO, *op. cit.*, p. 329; HELLBLING, *op. cit.*, p. 280.)

¹⁵⁹ Su regulación y pago, a su vez, no corresponde hacerla en el trámite administrativo sino privadamente y en caso de desacuerdo, judicialmente.

¹⁶⁰ También puede según el art. 476 del Código Procesal Civil y Comercial: “requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización.” En igual sentido que el art. 54 del reglamento nacional; La Pampa, art. 60; el art. 37 de Uruguay. Perú, art. 176.2, prohíbe que la administración contrate peritos externos a este efecto.

¹⁶¹ Arts. 55, 56 y 57, que agrega: “Serán de aplicación supletoria las normas contenidas en los artículos 459, 464, 466, 471, 472, 474, 476 y 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.” La ley de la Ciudad de Buenos Aires, arts. 73 a 75 y el reglamento de La Pampa, arts. 61, 62 y 63 transcriben los textos nacionales. En Uruguay este aspecto es menos formal, art. 37.

¹⁶² Acerca del informalismo en la producción de la prueba en sede administrativa, ver GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *op. cit.*, p. 297, con base en reiterada jurisprudencia allí citada. Ampliar *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 11, “Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.”

¹⁶³ CPCCN, art. 457: “*Procedencia*. Será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiriere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.”

¹⁶⁴ CPCCN, art. 464: “*Idoneidad*. Si la profesión estuviese reglamentada, los peritos deberán tener título habilitante en la ciencia arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deban expedirse. En caso contrario, o cuando no hubiere peritos en el lugar del proceso, podrá ser nombrada cualquier persona entendida, aun cuando careciere de título.”

¹⁶⁵ CPCCN, art. 466: “*Causales*. Serán causas de recusación las previstas respecto de los jueces; también, la falta de título o por incompetencia en la materia de que se trate, en el supuesto del art. 464, párrafo segundo.”

pueden formularse *ex ante* si el procedimiento se ha hecho formal, o *ex post* si se lo ha llevado informalmente. Si por la presentación informal de la pericia no se cumple con lo establecido en el art. 471 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,¹⁶⁶ corresponde a la administración si esto a su juicio hace objetable la pericia, cuestionarla en tiempo y forma y pedir la nueva realización de la prueba, ahora conforme al procedimiento más formal previsto en la reglamentación. Si no se hace esta observación deberá la administración por principio atenerse a los resultados de la pericia de parte y si hubiere fundadas razones para dudar de su fuerza de convicción, entonces convocar nuevamente al perito para realizar la pericia con mayores formalidades. Lo que no puede hacer la administración, a nuestro juicio, es prestar oídos sordos a la pericia, sea cual fuere la forma de su introducción en el procedimiento.¹⁶⁷

26.3. Pruebas periciales especiales

Algunas pruebas lesivas a la libertad personal, tales como la ya mencionada extracción de muestras de sangre para analizar su grado alcohólico, si no existe ley que faculte expresamente a la administración a hacerlo, no puede ésta ordenar la pericia en contra de la voluntad del administrado.¹⁶⁸ También puede dar lugar a algunas dificultades la prueba pericial producida para casos especiales, tales como la del *perito psicólogo* en la apreciación del testimonio prestado por menores¹⁶⁹ o por personas con deficiencias mentales.¹⁷⁰ Debe utilizarse prudencia tanto para apreciar la prueba del testigo y el juicio profesional del perito.¹⁷¹

Puede asimismo ser de interés la participación de un perito antropólogo, cuando el procedimiento se vincula a personas pertenecientes a culturas indígenas o foráneas;¹⁷² perito arquitecto, ingeniero, urbanista, etc., cuando se cuestiona la legitimidad técnica de la conducta administrativa. En algunas ciencias no

¹⁶⁶ Art. 471: “*Práctica de la pericia*: La pericia estará a cargo del perito designado por el juez. Los consultores técnicos, las partes y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que consideraren pertinentes.”

¹⁶⁷ Ver también *infra*, cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba” y *supra*, cap. VI, § 7, “Producción informal de la prueba;” § 19.2, “Informes de personas no estatales;” § 22.7, “La oralidad del testimonio;” § 22.8, “¿Prueba testimonial producida por escrito?”

¹⁶⁸ Ver art. 378 del CPCCN, en igual sentido.

¹⁶⁹ Ver ROESEN, ANTON, “Der psychologische Sachverständige im Sittlichkeitsprozess,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich, Berlin-Frankfurt a.M., 1964, 10: 442. En algunos casos este testimonio limitado puede llegar a resultar indispensable, aun en ausencia de previsión legal expresa.

¹⁷⁰ Ver HETZER, HIEDEGARD y PFEIFFER, HORST, “Glaubwürdigkeit geistig behinderter Tatzeugen,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964: 441.

¹⁷¹ Ver ROESEN, *op. loc. cit.*; GORPHE, *op. cit.*, p. 435, señala que “Esta prueba pericial de credibilidad constituye para los testigos lo que la prueba pericial de responsabilidad es para los procesados.” A ello hay que sumar la propia apreciación *de visu*, siempre sujeta a error como resultó en *Saguir y Dib*, CSJN, Fallos, 302-2: 1284, LL, 1981-A, 397 (1980); MILLER, JONATHAN; GELLI, MARÍA ANGÉLICA y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y poder político*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 68-80 y cuestionario de pp. 80-1.

¹⁷² Ya ha ocurrido en materia penal que correspondiera valorar especialmente la actitud del presunto responsable en relación a sus valores, creencias religiosas, pautas culturales, etc.

hay sino *una* solución posible, incluso de carácter universal.¹⁷³ Desde luego, hay también materias no tan universales pero no por ello menos obligatorias para el funcionario. Podemos mencionar entre éstas el perito calígrafo, si se trata de establecer la autenticidad de una firma o un cuerpo de escritura;¹⁷⁴ perito enólogo para la calidad de un vino¹⁷⁵ y así sucesivamente, según las ramas del conocimiento científico, del arte,¹⁷⁶ la destreza o experiencia,¹⁷⁷ etc.

27. Prueba documental

En materia de cuáles documentos habrán de ser admisibles, la regla debe formularse con la máxima amplitud y es por ello que pueden presentarse documentos públicos o privados; firmados o no firmados;¹⁷⁸ entre los firmados, autógrafos o heterógrafos.¹⁷⁹ A su vez, puede tratarse no solamente de documentos originales,¹⁸⁰ sino también fotocopias, duplicados, copias fehacientes, legalizadas o simples,¹⁸¹ su valor probatorio será en cada caso distinto. En los casos que sea necesario para la ilustración de los aspectos materiales, puede ser necesario una pericia contable, de auditoría, de economía, etc., que se obtiene privadamente y se agrega sin más al expediente. Puede tratarse de cualquier documento escrito, o planos, dibujos, etc.;¹⁸² libros de comercio, u otro tipo de libros.¹⁸³ En el caso de los libros de comercio, la introducción de la prueba no se hace por cierto acompañando

¹⁷³ Ver PEDRIERI, ALBERTO, "Le norme tecniche come fattore di erosioni e di trasferimento di sovranità," en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi Editores, 1966, p. 1413 y ss.

¹⁷⁴ En esto las reglas serán análogas a las judiciales.

¹⁷⁵ Para verificar su adulteración u otra irregularidad, bajo control del particular: CSJN *Dumit*, *Fallos*, 284: 150, año 1972.

¹⁷⁶ Un perito en escultura, pintura, música, cinematografía, etc.

¹⁷⁷ Un baqueano, un práctico en navegación, un guía, etc.

¹⁷⁸ Sobre esta distinción ver SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 220. Sin duda, los documentos no firmados son de interés principalmente en los procesos penales y en los sumarios administrativos. SCHÖNKE señala que "el concepto de documento del derecho penal es más amplio" (*op. cit.*, p. 220) y consideramos que el mismo principio es aplicable al caso de los sumarios administrativos.

¹⁷⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO, *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, p. 161 y ss.

¹⁸⁰ HELBLING, *op. cit.*, p. 283. Dice el art. 27 del reglamento: "Los documentos que se acompañen a los escritos y aquellos cuya agregación se solicite a título de prueba podrán presentarse en su original, en testimonios expedidos por autoridad competente o en copia que certificará la autoridad administrativa previo cotejo con el original, el que se devolverá al interesado." "Podrá solicitarse la reserva de cualquier documento, libro o comprobante que se presente, en cuyo caso se procederá a su guarda bajo constancia."

¹⁸¹ Sobre la distinción ver SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 221. Algunas provincias exigen copias legalizadas, pero en el orden nacional, con mejor criterio, no se exige este requisito sin perjuicio de que en caso de duda sobre la autenticidad de la prueba aportada pueda pedírsele *a posteriori*.

¹⁸² HELBLING, *op. cit.*, p. 283. En el caso de que no se trate de una representación objetiva de un pensamiento, sea en forma escrita o material, ALSINA, entiende que debe hablarse de "instrumento" y no de "documento" (ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 1, Buenos Aires, 1956, p. 392.) El art. 29 del reglamento establece que "Los documentos y planos que se presenten, excepto los croquis, deberán estar firmados por profesionales inscriptos en matrícula nacional, provincial o municipal, indistintamente."

¹⁸³ Ver JOFRÉ, *op. cit.*, p. 337 y ss.

los libros, sino copias autenticadas, si se trata de simples transcripciones de asientos.¹⁸⁴ Es de práctica, en estas situaciones, acompañar una pericia privada sobre lo que dicen o explican los libros y también ofrecer a la administración realizar inspecciones o pericias.¹⁸⁵ Puede tratarse de documentos nacionales o extranjeros, aunque los de otro idioma deben ir traducidos,¹⁸⁶ salvo que se trate de folletos ilustrativos.¹⁸⁷

28. Otros medios de prueba

No existiendo disposición alguna que limite expresamente los medios de prueba de que puede hacerse uso, entendemos que pueden emplearse otros medios accesibles a través de la técnica moderna: pruebas fonográficas¹⁸⁸ o magnetofónicas, fotográficas,¹⁸⁹ impresiones digitalizadas, radiográficas,¹⁹⁰ fílmicas, *video tape* o *video cassette*, DVDs, CDROMs, etc.¹⁹¹

También son admisibles las inspecciones oculares, o a través de otros sentidos: prueba de gusto, de olfato, de tacto, de oído;¹⁹² con todo, en estos casos es más probable que la apreciación de tales hechos se efectúe por medio de peritos,¹⁹³ o en otra alternativa con la colaboración de peritos,¹⁹⁴ es decir, realizar la medida probatoria el órgano administrativo personalmente, pero acompañado y aconsejado por el perito.¹⁹⁵ También puede combinarse la prueba pericial y la prueba de

¹⁸⁴ En principio se trata de libros de comercio nacionales, aunque nada impide ofrecer como prueba los libros de comercio llevados en un país extranjero de acuerdo a la legislación mercantil respectiva (HELLBLING, *op. cit.*, p. 285.) El autor mencionado entiende que la fuerza probatoria no habrá de ser mayor ni durar más tiempo que el establecido en la legislación del país extranjero de que se trata, para los libros nacionales en aquel territorio (*op. cit.*, p. 285.)

¹⁸⁵ En este sentido, en el proceso civil, PALACIO, *op. cit.*, p. 198.

¹⁸⁶ Reglamento nacional, art. 28: “*Documentos de extraña jurisdicción legalizados. Traducción:* Los documentos expedidos por autoridad extranjera deberán presentarse debidamente legalizados si así lo exigiere la autoridad administrativa. Los redactados en idioma extranjero deberán acompañarse con su correspondiente traducción hecha por traductor matriculado.”

¹⁸⁷ Cuyo valor probatorio sea por lo tanto secundario y complementario.

¹⁸⁸ En el proceso civil, COLOMBO, LEONARDO A., “La prueba fonográfica de los hechos,” *LL*, 51: 1152.

¹⁸⁹ Ver DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, “Las fotografías como medio de prueba en el juicio civil,” *JA*, 23: 117; para otros es una prueba documental: COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1958, 3ª ed., p. 166; ver sin embargo ALSINA, *op. cit.*, p. 392.

¹⁹⁰ Respecto de las placas de rayos “X” como evidencia, puede verse el trabajo de CHARLES C. SCOTT, en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, t. 44, n° 5, p. 773 y ss., 1946.

¹⁹¹ También llamados documentos informáticos, electrónicos o telemáticos: ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 293-4.

¹⁹² HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54; en el proceso ordinario ver ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 239; EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 74.

¹⁹³ Es más probable y más frecuente en la práctica, pero no necesario.

¹⁹⁴ HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54.

¹⁹⁵ En igual criterio, el art. 479 del CPCCN, expresa que el reconocimiento judicial (no se usó ahora la expresión “inspección ocular,” por su reconocida limitación a un solo sentido), podrá ordenarse también con “la concurrencia de peritos y testigos a dicho acto,” inc. 2°).

inspección ocular disponiendo que el funcionario esté presente durante la realización de la pericia, lo que da más inmediación,¹⁹⁶ sin sustituir al medio de prueba.

La inspección ocular, táctil, olfativa, etc., puede realizarse no sólo sobre objetos inanimados, sino también —en ciertos casos— sobre personas¹⁹⁷ y animales,¹⁹⁸ pudiendo consistir en una comparación, medición, etc.; constituye un medio de prueba de cierto interés, en cuanto otorga mayor inmediación.¹⁹⁹ En el caso de las pruebas a realizarse sobre la persona física no existe en el derecho argentino una obligación legalmente establecida de soportar la inspección,²⁰⁰ razón por la cual será siempre necesario el consentimiento de la persona afectada.

La regla cambia en la relación de empleo público, en que los exámenes médicos son obligatorios para entrar a la administración. También se ha planteado la cuestión en relación a la extracción de sangre a fin de determinar la verdadera identidad de una persona, cuando dicha identidad se halla razonablemente dubitada; pero existen hoy en día medios menos invasivos como es el pedido de una muestra de saliva, de cabello, etc., con los cuales ya es posible realizar los *tests* de ADN. No parece que pueda justificarse, ni siquiera judicialmente, una extracción compulsiva de sangre existiendo tales métodos menos invasivos de obtener el mismo resultado.

No procede la inspección ocular sobre archivos, cuando ella puede ser suplida eficazmente por informes o certificaciones.²⁰¹ Suele caracterizarse a la inspección ocular como una actividad que se desarrolla fuera de la sede del organismo,²⁰² pero si bien ello es lo usual, no constituye una regla absoluta ya que también pueden las partes traer a la sede del órgano el objeto respecto del cual se propone su acceso directo por aquél, cuando ello es materialmente posible.

29. La fotografía y firma digitalizadas

Es probable que la innovación tecnológica amplíe los medios de prueba hoy conocidos. Así p. ej. una importante innovación tecnológica se ha producido en la Ciudad de Buenos Aires. Una norma legal local, de igual jerarquía que las normas nacionales²⁰³ resuelve para el derecho administrativo local que las fotografías

¹⁹⁶ HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

¹⁹⁷ En estos casos el conocimiento será generalmente mediato, a través de una pericia médica.

¹⁹⁸ HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

¹⁹⁹ HELLBLING, *op. cit.*, p. 311.

²⁰⁰ Tampoco en el derecho austríaco: HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, 1967, transcripto en BREWER CARIÁS, ALLAN-RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, *La actividad administrativa*, vol. 1, *Reglamentos, procedimientos y actos administrativos*, Caracas, 1976, pp. 160-1.

²⁰² TENTOLINI, *op. cit.*, p. 151.

²⁰³ Esto es así porque la legislatura local sustituye en las atribuciones propias las que antes ejerciera el Congreso de la Nación como legislatura local. El *iter* normativo es el siguiente: en virtud de las facultades transitorias del art. 103 de la Constitución local el Jefe de Gobierno de la Ciudad dictó el decreto-ley 1.657/97, ratificado por la H. Legislatura, modificado por el decreto-ley 1.780/97, también ratificado por la legislatura y modificado por ley 18/98.

digitalizadas —entre otros medios—²⁰⁴ adquieren el carácter de instrumentos públicos²⁰⁵ y generan a sus vez, de acuerdo a otra norma, responsabilidad solidaria en materia de tránsito.²⁰⁶ Más allá de las resistencias iniciales de todo habitante a preservar su “sagrado” derecho a hacer lo que quiera con su *automóvil* (la expresión más íntima y “soberana” de su persona), parece un camino inevitable, aunque más no sea que por razones económicas, fiscales y de ordenamiento del caos vehicular.²⁰⁷ El progreso tecnológico terminará imponiéndose, aquí como en otros ámbitos.²⁰⁸ El tema de la prueba en esta materia de fotografías y firmas digitalizadas lo mencionamos asimismo en otro lugar.²⁰⁹

²⁰⁴ Art. 1.º— “Establécese el uso de medios electrónicos de comprobación de infracciones contravencionales debiendo ser tanto los filmicos, fotográficos, de grabación de video, como cualquier otro medio idóneo que surja del desarrollo tecnológico.”

²⁰⁵ Art. 2.º— “Dése a los medios enunciados en el artículo precedente el carácter de instrumento público constituyendo así, plena prueba del hecho punible que se comprueba. Para ello, deberán cumplir con los requisitos que exija el sistema que oportunamente se establezca.”

²⁰⁶ Art. 3.º— “Establécese, en materia de faltas contravencionales a la normativa que regula el tránsito, la responsabilidad solidaria entre el contraventor, el titular registral del vehículo con el que se cometió la falta y el propietario no titular del mismo sobre las obligaciones del pago de las eventuales multas.”

²⁰⁷ Al respecto es siempre instructivo POSNER, RICHARD A., “An Economic Approach to the Law of Evidence,” en OLIN, JOHN M., *Law and Economics Working Paper*, n.º 6, 2ª serie, Chicago, The University of Chicago Law School, 1999. La renta que puede válidamente obtener el gobierno de la Ciudad difícilmente podrá ser despreciada. Pero no puede olvidarse el costo de vidas humanas que los accidentes de tránsito representan; ese costo disminuye significativamente cuando se aplican estos sistemas de control fotográfico de infracciones: la gente maneja con más cuidado.

²⁰⁸ Volvemos sobre el tema de si las actas son o no instrumentos públicos *infra*, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba,” § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión,” segundo párrafo.

²⁰⁹ Ver *infra*, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba,” § 21, “Los actos...;” *op. cit.; supra*, cap. III, “Los recursos administrativos,” § 9, “Presentación por telegrama o carta documento;” t. 3, cap. II, “El acto administrativo como productor de efectos jurídicos,” § 6.1, “La voluntad psíquica del agente;” cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos,” § 5.4, “La constatación con otros medios de prueba.”