

Capítulo VII

PRODUCCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA¹

I. Carga de la prueba

1. *La carga de la prueba recae sobre la administración*

1.1. *La realidad*

En la práctica a cada interesado le corresponde producir su propia prueba. Es de lamentar que debamos empezar así un capítulo cuyo inmediato desarrollo teórico, en los § 1.2 y 3, dirá que en derecho esto no es así: No es así en las normas, en la doctrina, en los principios. Pero sí lo es en la dura realidad del derecho viviente. El particular tiene ante sí una trampa de dimensiones gigantescas: su poca fe en la administración puede llevarlo a descuidar la producción de su propia prueba,² a lo cual el comportamiento administrativo lo ayudará con inercia si él no ac-

¹ Ver, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, ECA, 1998: HUTCHINSON, TOMÁS, “De la prueba en el procedimiento administrativo,” p. 375 y ss., 392-9; DE KEMMETER, ALEJANDRO PABLO, “La importancia de la prueba en el procedimiento administrativo,” p. 400 y ss.; ANDREUCCI, CARLOS ALBERTO, “Prueba y procedimiento administrativo,” p. 421 y ss. REVIDATTI, GUSTAVO, “La prueba en el procedimiento administrativo,” en A.A.D.A. y CALP, *Procedimiento administrativo*, La Plata, 1977, p. 83 y ss.; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, “La carga de la prueba en el derecho administrativo venezolano,” *RADA*, 11: 15, 19 (Buenos Aires, 1976); ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VII. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000; 2002, 2ª ed.; *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964; *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, 4ª ed.

² GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y procedimiento administrativos*, Navarra, EUNSA, 1997, p. 726. Asimismo, la administración podría tener en cuenta los costos que a ella misma le originaría la producción de prueba: ampliar en DAVIS, KENNETH CULP y PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise*, 3ª. ed., Little, Brown & Co., Boston, 1994, t. II, p. 46 (costo de llevar adelante una audiencia oral), p. 58 (costo de llevar adelante un sumario), p. 59 (costo de administrar listado de testigos); entre otros supuestos. Tal vez la cuestión gire alrededor de qué costos y beneficios procedimentales se ponderan, sobre quién recaen, y qué bien se trata de privilegiar. Desgraciadamente, el mismo problema se le plantea al particular, quien es el que en verdad debe asumir el costo de la producción privada de su propia prueba en el expediente, como veremos en el texto a continuación.

tiva sus pruebas, las produce privadamente y las incorpora sin más al cuerpo de las actuaciones administrativas. Él debe preconstituir privadamente *toda* la prueba que hace a su derecho, previendo y rebatiendo las posibles objeciones de la administración, e incorporarlas al expediente. Para ello deberá imaginar los argumentos que a la administración o a la justicia se le puedan ocurrir, introducir las cuestiones de hecho que hacen al sustento fáctico de su petición: de no ser rebatidas por la administración, establecerán un indicio probatorio a su favor.

En segundo lugar deberá aportar todos los demás medios de prueba que la realidad le permita, para sustentar ese mismo hecho y todas las demás particulares circunstancias del caso que hacen a su derecho. Si el particular, por esa dificultad real y falta justificada de fe, descuida su prueba en sede administrativa, encontrará en la justicia poca predisposición a facilitarle lo que no hizo en sede administrativa y entonces el expediente administrativo tal como él de hecho *permitió* que se construya, será en la práctica su principal prueba *de cargo*,³ tanto en la administración como en la justicia. Ello no significa, desde luego, que deba descuidar *también* la prueba judicial, lo que no haría sino magnificar su error inicial.⁴ Pero cada etapa que avanza sin actividad probatoria suya es una lenta y progresiva erosión de sus eventuales derechos. Esta es la primera gran lección empírica que el particular debe aprender en todas sus tratativas con la administración, a fin de asegurar sus derechos.

1.2. *El principio jurídico*

Todo lo antes expuesto no significa jurídicamente que la carga procesal de la prueba recaiga en el particular, ya que rige el principio de la oficialidad e instrucción, lo que impone esta carga a la administración⁵ y, de tal modo, se

³ Esta idea ha sido expuesta de antaño, principalmente por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; también 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, p. 509 y ss.; ver también lo que allí decimos en nuestra nota XXII.2, “El problema no es el procedimiento sino el órgano,” pp. 524-B a 524-D de dicha obra; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, México, 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726; GONZÁLEZ NAVARRO, *op. loc. cit.*

⁴ Sobre la importancia de la prueba en el proceso administrativo ver SAFI, LEANDRO K., “La prueba en el proceso administrativo (con especial referencia a la Provincia de Buenos Aires),” en *JA, Suplemento de Derecho Administrativo*, 25-II-04, p. 10 y ss.

⁵ Ver *supra*, t. 2, cap. IX, § 15, “Principio de la oficialidad.” Pueden verse, asimismo, FRARE, HUGO E., “Cuestiones en derredor del ‘principio de oficialidad’. ¿Concepto formal o sustantivo del derecho administrativo?,” en *RAP*, 327: pp. 11-29, Buenos Aires, 2005; LOZANO CUTANDA, BLANCA, “El principio de oficialidad de la acción sancionatoria administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad,” en AA.VV., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Madrid, Civitas, 2003, t. II, pp. 1611-42.

concreta la función de cooperación de la administración hacia el administrado.⁶ En efecto, priva “en el procedimiento administrativo prima la verdad material sobre la verdad formal, siendo necesario para el esclarecimiento de aquella verdad un criterio de amplitud con respecto a los recursos y reclamaciones, a fin de facilitar de este modo el control de la legalidad de la administración pública.” “En este orden de ideas la administración p.ej. tiene derecho a obtener pruebas sobre hechos que se consideren necesarios para decidir, sin que tal actividad se encuentre exclusivamente en manos de los particulares, de modo que bien puede para mejor proveer disponer de oficio tales pruebas.”⁷ En consecuencia de que la administración debe ajustarse a los hechos reales, a la verdad material⁸ prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no,⁹ resulta que la carga procesal, de averiguar esos hechos y cualesquiera otros que resulten necesarios para la correcta solución del caso, recae sobre ella.¹⁰ Si la decisión administrativa no se ajusta a tales hechos reales, aunque ello resulte de una falta de información no subsanada por el particular, el principio de la verdad material lleva a igual conclusión: el acto que no se ajusta a la verdad de los hechos se encuentra viciado.¹¹ En consonancia con este principio, las legislaciones tratan el punto señalando que “Corresponde a los órganos que intervienen en el procedimiento administrativo, realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos conducentes a la decisión.”¹²

⁶ Acerca de este principio, en el procedimiento administrativo, ampliar en SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP, Marcial Pons, 2003, pp. 319-20.

⁷ PTN, *Dictámenes*, 94:172/3; CNCiv., Sala F, *Miró, JA*, 1980-II, 116 (1979), “la carga de la demostración de que el agente Miró estuviera incurso dentro del ámbito de la disposición legal citada, estuvo en manos del ente estatal por aplicación del art. 377 C. Pr.,” “la demandada debió explicitar en la litis la causa de la misma, aportando los elementos de prueba o antecedentes que den fundamento al acto administrativo sancionatorio.” Acerca del principio de la verdad material, ver también ABERASTURY (H.) y DANIELIÁN, MIGUEL, *Procedimientos Administrativos (Nación y Provincias)*, Buenos Aires, La Ley, 1996, p. XXV; CANOSA, ARMANDO, *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 49; FARRANDO, ISMAEL (H.) y MARTÍNEZ, PATRICIA (Dir.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 595.

⁸ Ver CSJN, *Fallos*, 311-2: 2821, *Resguardo Cía. de Seguros S.A.*, año 1988.

⁹ BECKER, FRANZ, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 44; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 224.

¹⁰ RN, art. 1º, inc. f), ap. 2; CABA, 22, inc. f), ap. 2; Corrientes, 273; Mendoza, 163; Salta, 163; nuestro Proyecto de código administrativo, art. 245. Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual...*, op. cit., 1ª ed., p. 320 y 2ª ed., p. 328; *El procedimiento...*, op. cit., p. 467; *Comentarios...*, op. cit., p. 684: “Dada la posición de la Administración, es lógico que recaiga sobre ella la carga de la prueba.” HELBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, pp. 272 y 275; BRITO, MARIANO R., “Régimen disciplinario,” en el libro *Procedimiento administrativo*, de PRAT, MARTINS, BRITO, FRUGONE SCHIAVONE y CAJARVILLE PELUFFO, Montevideo, Acali, 1977, p. 128.

¹¹ Es el vicio de arbitrariedad explicado *supra*, t. 3, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad.” Asimismo, la PTN ha sostenido que “las resoluciones fundadas en una prueba inexistente [...] torna arbitraria la medida dispuesta en ellas,” *Dictámenes*, 81: 228 y 230.

¹² Corrientes, art. 273; Mendoza, 163; Salta, 163; nuestro Proyecto, 244; la administración debe abrir a prueba cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por el particular: Prov. de Buenos Aires, 55; Córdoba, 47.

2. *La carga de la prueba y la presunción de legitimidad del acto administrativo*

Aquella regla no varía por la presunción de legitimidad del acto administrativo, pues como ya lo han señalado TREVES¹³ y MICHELI,¹⁴ entre otros, dicha presunción importa una *relevatio ad onere agendi* y no una *relevatio ad onere probandi*, esto es, faculta a la administración en ciertos casos para actuar directamente en ejecución de su acto, como si fuera ejecutivo, sin una previa intervención judicial, pero no faculta a prescindir de pruebas que sustenten esa acción.¹⁵ La presunción de legitimidad del acto afecta la *estructura* del proceso, obligando al particular a ser él quien impugna, administrativa o judicialmente, un acto administrativo,¹⁶ pero no tiene efectos sobre la carga de la prueba.¹⁷ En palabras de MICHELI, entonces, “La presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba;”¹⁸ o sea, que dicha carga no recae sobre el particular afectado sino que sigue pesando sobre la administración que ha dictado el acto.

3. *La carga de la prueba en sede judicial y administrativa*

Cabe diferenciar entre la carga de la prueba en el procedimiento administrativo y en el derecho procesal administrativo, en el sentido que hemos dado a ambos términos.¹⁹ En el proceso —judicial, según vimos— “se tiene solamente un aligeramiento de la carga de la prueba, de manera que la parte no podrá limitarse a afirmar la ilegitimidad del acto, sino que deberá [...] dar un principio de prueba,”²⁰

¹³TREVES, GIUSEPPINO, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, CEDAM, 1936, p. 84 y ss.

¹⁴MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, EJEJA, 1961, p. 281.

¹⁵TREVES, *op. loc. cit.*; MICHELI, *op. cit.*, p. 281, nota 118. Ver *supra*, t. 3, cap. V, § 7, “La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción.”

¹⁶No siempre esto es así: a veces esta presunción incluye la facultad de ejecutar por la fuerza el acto, cuando la ley faculta expresamente a la administración para hacerlo; en el resto es siempre necesaria la intervención judicial. Ver al respecto *supra*, t. 3, cap. V, § 9, “La ejecutoriedad en el decreto-ley 19.549/72 y en la práctica.”

¹⁷Ver *supra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad,” § 5.3, “¿Necesidad de probar la ilegitimidad?” Ver SAFI, *op. cit.*, p.12 y ss.

¹⁸MICHELI, *op. cit.*, p. 282, nota 119 *in fine*. Los principios que expresamos, de aplicación tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial, han sido sin embargo desconocidos en el segundo por aplicación de anticuados conceptos sobre la presunción de legitimidad, *v. gr.* la CNFed. CA, *Renaud*, 1966, *JA*, 1967-I, 205.

¹⁹*Supra*, t. 2, cap. IX, § 5, “Derecho procesal administrativo.” Lo mismo ocurre en el derecho canadiense, según explica MULLAN, DAVID J., *Administrative Law*, Ontario, *Essentials of Canadian Law*, Irwin Law, 2001, p. 280: “no se altera el *common law*; por el contrario, se refleja la posición del *common law*: en general, las normas comunes de producción de pruebas no se aplican a los tribunales y organismos administrativos.”

²⁰MICHELI, *op. cit.*, pp. 276-7. A veces se ha resuelto que la carga de la prueba recaería sobre el accionante: CSJN, *Fallos*, 190: 142, *Los Lagos*, año 1941. Sin embargo el principio no funciona ni puede funcionar de esa manera, como lo prueba la copiosa jurisprudencia que en materia de recurso de amparo lo admite contra actos “manifiestamente arbitrarios,” caracterizados estos justamente como aquellos cuyo vicio no necesita ser probado por ser evidente; en otras palabras, en estos casos al menos, el *onus probandi* no recae sobre el administrado.

salvo en el caso de impugnaciones de *puro derecho* o de *manifiesta arbitrariedad* del acto; en el procedimiento administrativo, por el contrario, la carga de la prueba recae enteramente y sin limitaciones sobre la administración.²¹

4. Casos comunes a las vías judicial y administrativa

Pero, al margen de esto, existen de todos modos situaciones en que por expresa disposición de la ley civil la carga de la prueba reposa sobre la administración. Estas situaciones son de importancia porque en ellas las reglas procesales no se aplican sólo en el procedimiento administrativo sino también en el judicial. Nos referimos a aquellos casos “en que, mediante inversión de la prueba, es el autor del hecho culposo quien debe probar alguna causal que excluya su responsabilidad, como ocurre con el art. 1133 del Código Civil cuando consagra el principio de la responsabilidad objetiva la que únicamente cesa en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.”²²

Actualmente la doctrina procesal se inclina a enfatizar “los deberes del juez para «esclarecer la verdad de los hechos controvertidos» (art. 36, inc. 2º [...]),” como señala ARAZI,²³ pues se trata de una “facultad que se torna irrenunciable en casos donde la prueba es decisiva para la solución del litigio,”²⁴ ya que “la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia.”²⁵ De este modo se confiere mayor flexibilidad al juez y colaboración de ambas partes en la etapa probatoria, lo que se denomina cargas probatorias dinámicas.²⁶ No interesa quién introduce la prueba: aunque el hecho se encontrare *prima facie* “probado,” si el juez no obstante tiene duda sobre los hechos, “antes de fallar con esa duda tiene el deber de utilizar todos los medios a su alcance para disiparla.”²⁷ Cuestión bien

²¹ “La administración no puede apartarse del principio de la verdad material, que es el que debe predominar, y a diferencia de lo que acontece en el procedimiento judicial donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, en el procedimiento administrativo, el órgano debe resolver ajustándose a los hechos, prescindiendo de que hayan sido o no alegados y probados por el particular.” PTN, *Dictámenes*, 172: 94; 212: 399. HELBLING, *op. cit.*, t. I, pp. 272-5, enuncia una conclusión semejante, pero señala que ella no es de aplicación cuando la ley expresamente pone la carga de la prueba sobre el particular, o cuando la prueba está en una relación tal con la parte, que sería malicioso y dilatorio pretender mantener el *onus probandi* en la administración. MULLAN, *Administrative Law, op. cit.*, p. 280, sostiene que la administración podría “bajo su discrecionalidad, obtener toda la información de la mejor manera que entienda posible.”

²² PTN, *Dictámenes*, 90: 294.

²³ ARAZI, ROLAND, “El ocaso de las teorías sobre carga de la prueba,” *LL*, 2000-A, 1041.

²⁴ CSJN, *Oilher*, *LL*, 1981-C, 68, año 1980. Ver también t. 2, cap. I, § 2.2, “Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba,” esp. nota 36.

²⁵ CSJN, *D. P., G., ED*, 173: 591, 1996; ARAZI, *op. loc. cit.*; SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*, Buenos Aires, EJE, 1995, p. 158; DIAZ, CLEMENTE A., *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972 y II-A, p. 258.

²⁶ PEYRANO, JORGE W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas,” *LL*, 1991-B, 1034; “Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevinientes,” *ED*, 182: 1588; LORENZETTI, RICARDO L., “Carga de la prueba en los procesos de daños,” *LL*, 1991-A, 995; EISNER, ISIDORO, “Desplazamiento de la carga probatoria,” *LL*, 1994-C, 846.

²⁷ ARAZI, *op. loc. cit.*

distinta será la oportunidad en que el magistrado disponga lo necesario para que se produzcan esas pruebas y la bilateralidad con que las produzca.²⁸

II. Gobierno, producción y control de la prueba

5. Gobierno de la prueba

Ya hemos hablado de la obligación administrativa de abrir a prueba el procedimiento cuando hay hechos controvertidos.²⁹ Pues bien, una vez abierto el período de prueba, o tratándose de la producción informal de pruebas aun no habiendo apertura a prueba, la administración tiene en principio el gobierno de la prueba.³⁰

Sin embargo, sus facultades no son amplias como las de un juez para decidir la admisibilidad de la prueba: *su obligación básica es hacer efectiva la ofrecida por el recurrente*.³¹ Sólo por excepción, cuando ella sea claramente irrazonable, podría disponerse su rechazo por decisión fundada. En otras palabras, debe considerarse que “en la duda sobre el particular, principios jurídicos obvios imponen inclinarse por la recepción” de la prueba ofrecida.³² Tampoco puede la administración, por otra parte, negarse a producir informes (por las dependencias técnicas del caso) sobre los puntos propuestos por las partes.

El principio que acabamos de señalar ha sido expresamente aceptado en la práctica y se ha dicho de él que es aplicable no sólo cuando el procedimiento administrativo interesa a un individuo que no está en contraposición de derecho con la administración, como es el caso de quien solicita un certificado, sino también cuando el procedimiento es contradictorio entre el particular y la administración,³³ pues “es un principio básico del procedimiento administrativo la obligación de la administración de producir las pruebas solicitadas por el recurrente, trátense de informes, certificados, etc., incluso cuando se trata de la prueba de descargo que el mismo ofrezca en contra de las pretensiones de la administración.”³⁴

Si, a pesar de lo expuesto, la prueba propuesta fuera claramente inadmisibile y deba corresponder su rechazo, “la inadmisión de las pruebas propuestas por los

²⁸ Ello, en especial, si se dispusieren medidas con posterioridad al llamado de autos al acuerdo.

²⁹ *Supra*, cap. VI, § 2, “Apertura a prueba. Medios de prueba.”

³⁰ Nación, art. 46; CABA, 66; Corrientes, 273; Mendoza, 163; Salta, 163; PTN, *Dictámenes*, 68: 11; BIELSA, RAFAEL, *El recurso jerárquico*, Buenos Aires, Depalma, 1958, 4ª ed., p. 128-9; FIORINI, BARTOLOMÉ, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 45. No obstante, demuestra DE KEMMETER, *op. cit.*, pp. 410-1 y 417, que la costumbre administrativa es no abrir a prueba los recursos administrativos. Su análisis meritúa cuidadosa lectura.

³¹ REAL, ALBERTO RAMÓN, “Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo,” en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1963, t. 60, n° 2/3, p. 55 y ss.; en igual sentido HUTCHINSON, “De la prueba...,” *op. cit.*, p. 387 y nota 35.

³² PTN, *Dictámenes*, 63: 298; ESCOLA, HÉCTOR, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 304; *Compendio de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 1195.

³³ PTN, *op. loc. cit.*, en que se hizo referencia a lo sostenido por nosotros en la primera edición de esta obra, pp. 39 y 138 y a la tesis también expuesta por REAL, *op. loc. cit.*

³⁴ PTN, *Dictámenes*, 94: 264.

interesados deberá ser comunicada a éstos por el instructor, a fin de que puedan recurrir ante la autoridad decidente, pues, sin duda, dicha decisión cae de lleno en los actos de trámite que producen indefensión y que son objeto de recurso.”³⁵

6. *El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejujuamiento*

La jurisprudencia austríaca ha señalado que el gobierno de la prueba y la libertad que tiene la administración para apreciar la prueba³⁶ no significa autorizar a la administración a prejujuar sobre ella y en particular, que es inadmisibles que pretenda denegar la producción de una prueba invocando justamente un supuesto limitado valor probatorio de la que se quiere producir.³⁷ P. ej., se ha dicho que no puede considerarse que el testigo no es fidedigno, ya que “Si el testigo es fidedigno, ello sólo puede apreciarse después de su declaración.”³⁸

Es de lamentar que en el derecho argentino, en cambio, no siempre se haya tenido este principio en claro, ya que en alguna oportunidad se ha podido decir que la administración podía denegar la producción de pruebas sobre los motivos que impulsaron a un agente a cometer cierto hecho, por estimarse que, estando probado el hecho, no podría alterarse su valoración administrativa por la producción de prueba sobre los motivos que llevaron al individuo a su comisión. Esto puede parecer “práctico,” pero no es *justo*, en relación al debido proceso legal.³⁹ Es éste un caso típico de arbitrariedad y prejujuamiento, en el que *se valora una prueba que no se conoce* y además se rechaza su producción en base a esa valoración injustificada.

El reglamento nacional —al igual que el art. 66 del decreto 1510/97 de procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires—⁴⁰ señala que podrán no admitirse las pruebas que fueren manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias, conceptos estos altamente peligrosos en manos de la administración. Pueden producir fáciles abusos que conlleven la nulidad del procedimiento. Las legislaciones provinciales, más prudentes en este como en otros aspectos, no incurrir en ese error.⁴¹ Como criterio general y para evitar que mal entendidos celos de funcionarios de menor jerarquía lleven a la nulidad de todo lo actuado, lo prudente en caso de duda es estar a favor de la producción de la

³⁵ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 288.

³⁶ Libertad ésta amplia en Austria, ya que la ley de procedimiento administrativo consagra el principio de la libre convicción (art. 45, inc. 2, *Verwaltungsverfahrensgesetz*.)

³⁷ HELBLING, *op. cit.*, t. I, pp. 276-7.

³⁸ HELBLING, *op. cit.*, t. I, p. 276.

³⁹ CNFed., *LL*, 111: 286, *de la Villa*, 1962. Ver en sentido contrario aunque dentro del proceso judicial, CFed de la Capital, *Gaceta del Foro*, 81: 287, *Saravia*, 1929. Más acierto tuvo la CFed en 1929 que en 1962. Ver también el caso relatado por WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 10, que comentamos *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10.2, “El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa.”

⁴⁰ Decreto de necesidad y urgencia ratificado por Res. 41/98 de la Legislatura.

⁴¹ Corrientes, 273; Mendoza, 163 y 164; Salta, 163 y 164. La Pampa, 52 reproduce la norma nacional.

prueba, incluso aunque ella pudiere parecer “improcedente” o “superflua.”⁴² La regulación del procedimiento, fijando p.ej. el número máximo de testigos, evita por lo demás que los particulares tengan mucha oportunidad de entorpecer el procedimiento con la producción de la prueba; más lo puede entorpecer, por dilación y excesiva complicación, la propia administración, sobre todo si utiliza el gobierno de la prueba como un instrumento para tratar de darse la razón donde no necesariamente la tiene.

7. *Proposición de la prueba: oportunidad de hacerla*

7.1. *Durante el término de la prueba*

No es necesario *proponer* pruebas tales como la documental, en cuyo caso el interesado puede directamente incorporar al expediente los instrumentos de que se trate. En cambio, tratándose de pruebas testimoniales, que deben ser ordenadas por la administración, es necesario que el recurrente proponga las pruebas pertinentes para que el funcionario interviniente resuelva sobre su admisión, salvo que se opte por el procedimiento más expeditivo de realizar la producción privada de la prueba⁴³ y en caso que la administración lo requiera recién entonces producirla oficialmente. Si la administración ha abierto formalmente a prueba el expediente, le corresponderá determinar el tiempo en que debe efectuarse su proposición: En ausencia de esa determinación, no cabe sino interpretar que las pruebas pueden ser propuestas durante todo el término de prueba.

7.2. *Durante el término de vista para hacer descargo y ofrecer prueba en los sumarios*

En los sumarios de la función pública la administración otorga un solo plazo para tomar conocimiento de las actuaciones, efectuar sus descargos y proponer prueba, todo ello en un único plazo de pocos días.⁴⁴ Ya nos hemos ocupado de la arbitrariedad de términos tan limitados, circunstancia que se agrava en este caso por la acumulación del requerimiento de hacer su descargo y ofrecer sus pruebas.

Con todo, en estos casos y mientras no cambie la actual orientación de la administración, será imprescindible ofrecer la prueba en esa oportunidad procesal,

⁴²De otra manera se obliga a acudir a la vía judicial con el consiguiente dispendio. En *Papaser-gio*, Fallos, 320-1: 1006, 1997, la CSJN consideró arbitraria la sentencia que había confirmado la resolución de la demandada por la que se había denegado el beneficio previsional solicitado, previa denegatoria de la prueba testimonial. Conf. *Reyes*, CSJN, Fallos, 244: 548 (1959) que comentamos en el t. 3, cap. IX, § 7, “Arbitrariedad.” La administración, en verdad, nunca produce prueba testimonial si no se trata de un sumario y sólo produce la prueba que le interesa a ella, o toma la cuestión como si fuera de puro derecho: DE KEMMETER, “La importancia...,” *op. cit.*, pp. 413, 415, 417. El particular debe producir privadamente la prueba: *infra*, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

⁴³Ver *infra*, § 10.1 y nota 66.

⁴⁴La situación mejora ligeramente en el art. 111 del decreto 467/99, que otorga diez días a partir del vencimiento del plazo para tomar la vista.

habiéndose entendido que con referencia a la prueba ofrecida con posterioridad, es facultad discrecional⁴⁵ de la administración aceptarla o no.⁴⁶ Esta solución, aplicable solamente a los sumarios, es criticable por innecesariamente formalista.⁴⁷

7.3. No habiendo término de prueba

Si no se ha abierto a prueba o no se ha fijado término, parecería que la proposición de pruebas puede hacerse en cualquier momento de la tramitación.

El que no haya que fijar necesariamente un término de prueba ha de considerarse una ventaja del procedimiento administrativo, por cuanto la administración puede ir variando su posición durante el procedimiento, en la medida en que en distintas escalas jerárquicas el asunto puede ser enfocado desde distintos aspectos o con distintos criterios, o nuevos o diferentes problemas pueden ser incorporados a las actuaciones. Esas mutaciones inevitables de la posición de la administración respecto de la situación del particular en el procedimiento, tornarían sumamente difícil manejar una ordenada producción de la prueba si se estableciera siempre un período probatorio.

En efecto, si se ha fijado un período probatorio y, luego de concluido, la administración quiere introducir nuevas cuestiones de hecho, o distintas facetas de las ya vistas, o distintos problemas, se haría entonces indispensable *volver a abrir otro período probatorio* para que el particular pueda ejercitar su defensa ante tales variables situaciones.

Por estas razones, siempre se ha interpretado en la práctica que opera en común beneficio de los particulares y la administración, producir la prueba del modo más informal posible, especialmente sin fijar término de prueba ni oportunidad formal de ofrecerla y producirla. Sin duda que esto no es un elemento de celeridad del procedimiento, pero ha de señalarse que es todo el procedimiento el que funciona lentamente y que acelerar y concretar en un solo momento el ofrecimiento y producción de la prueba no es de por sí una solución para la cuestión del tiempo global de un expediente. A su vez, si se piensa que la certeza de la decisión final depende de la correcta dilucidación y aclaración de los hechos, bien se advierte que vale la pena demorarse un poco más en este aspecto que apurarse inútilmente allí y luego llevar todo el resto del procedimiento al fracaso, por haber partido inicialmente de bases falsas.

Va de suyo que la administración tiene la facultad de abrir a prueba formalmente el expediente y el particular también el derecho de exigirlo: de lo que se

⁴⁵ Ver *supra*, t. 1, cap. X, § 10, "Introducción."

⁴⁶ CNFed. CA, *Hadid, LL*, 105: 538, año 1961.

⁴⁷ Pues ya vimos en el t. 2, cap. IX, § 11, "Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado," que el principio es del informalismo a favor del administrado o incluso del antiformalismo; "aun transcurrido dicho plazo, el interesado puede de todos modos incorporar nuevas pruebas o razones al expediente:" ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 169.

trata aquí es de que posiblemente ni a uno ni a otro realmente le convenga dicha formalización y que para ambos sea mucho más práctico y eficaz ir produciendo la prueba a medida que se lo va haciendo en forma concreta y de hecho, sin necesidad de actos procesales tan formales como los que acostumbra la justicia o sugiere el art. 46 del reglamento.

7.4. *Cuando la administración introduce posteriormente hechos nuevos*

A veces la administración invoca sólo ciertos hechos en las primeras etapas del procedimiento, pero luego, cuando las actuaciones llegan a instancias superiores, introduce motivaciones referidas a circunstancias de hecho distintas de las inicialmente consideradas por los organismos inferiores. En este caso, incluso aunque se hubiera abierto a prueba en la primera etapa del procedimiento, corresponde como es lógico recibir también las pruebas que posteriormente proponga la parte, una vez introducida la nueva motivación por parte de la administración, a fin de que ella pueda controvertir las afirmaciones efectuadas por los funcionarios públicos en dicha etapa.

8. *Requisitos materiales de la proposición de la prueba*

Párrafo aparte merece una limitación introducida hace algunos años por la jurisprudencia al derecho de defensa del administrado, que señala en el caso de los sumarios —sin sustento normativo alguno— que no bastaba proponer las pruebas, p.ej. indicando el nombre y apellido de cinco personas, sino que era también necesario expresar “lo que se proponía acreditar con tales testimonios.”⁴⁸ Si hubiéramos de considerar a esta afirmación como un principio general del procedimiento administrativo, sería necesario al administrado alegar, en oportunidad de ofrecer su prueba, sobre la finalidad y admisibilidad de cada una de las que propone, para tener derecho a que ellas sean ordenadas por la administración. Esto es una violación al principio del informalismo, como también a la garantía de la defensa y constituye además una arbitrariedad, al no existir obligatoriedad de hacerse patrocinar por letrado.⁴⁹ Si, por otra parte, se recuerda que en el proceso ordinario no es necesario alegar sobre la procedencia de las pruebas juntamente con su ofrecimiento, bien se advierte el desvío del criterio enunciado, que reputamos inadmisibles en el procedimiento administrativo; la reglamentación nacional y las leyes provinciales nada dicen, acertadamente, sobre este tema.⁵⁰

Otra cosa es que la administración, en caso de estimar que la prueba ofrecida es inconducente o dilatoria,⁵¹ pida al interesado que alegue sobre las razones

⁴⁸ CNFed. CA, LL, 121: 270, *Malatesta*, 1965.

⁴⁹ Ver *supra*, cap. I, § 13, “Representación.”

⁵⁰ Así, se ha señalado que la existencia de pliego interrogatorio no es necesaria para la declaración del testigo y, de existir, tampoco obliga a la administración: ver ABERASTURY (H.) y CILURZO, *Curso de procedimiento administrativo*, op. cit., p. 108.

⁵¹ Reglamento nacional, art. 46; La Pampa, art. 52.

por las cuales la solicita a fin de poder entonces decidir lo que corresponda; pero lo que resulta manifiestamente incorrecto es rechazar de plano la prueba con el argumento formalista de que el interesado no expresó concretamente con qué finalidad la proponía. Si no lo expresó, puede pedírsele que lo haga y recién entonces decidir sobre la cuestión. Lo expuesto es, por lo demás, la mínima aplicación que debe exigirse del principio procesal y constitucional de la audiencia *previa* del interesado, antes de resolver algo que pueda afectar adversamente sus derechos o intereses.

9. Admisión de la prueba

9.1. Funcionarios competentes

La admisión de la prueba debe ser efectuada por los funcionarios inferiores que intervienen en la tramitación del expediente, no siendo necesaria una resolución de la autoridad superior competente para la resolución, en cuanto al fondo, del asunto.

Si se ha designado un instructor para que lleve directamente, bajo el principio de la inmediatez, la dirección del procedimiento (caso del sumariante), a éste corresponde adoptar las medidas de admisión o rechazo de las pruebas propuestas. En ausencia de un funcionario especialmente designado al efecto y para asegurar el principio del informalismo del procedimiento y evitar dilaciones por envíos y reenvíos del expediente a distintas oficinas, entendemos que debe procederse de la siguiente manera.

Si se ha dispuesto la apertura a prueba, pueden admitir la producción de pruebas los funcionarios de la misma repartición en la que el expediente se encuentra radicado durante el término probatorio;⁵² si no se ha abierto formalmente a prueba, o por haberse invocado hechos nuevos en etapas subsiguientes se hace conveniente recibir nuevas pruebas, la admisión de éstas puede disponerse por parte de los funcionarios de la oficina en que el expediente se encuentre al momento de ofrecerse la prueba, sea ella activa o consultiva, a efectos de evitar inútiles envíos del expediente a otra repartición para que sea ésta la que admita y produzca la prueba.

9.2. Criterio de admisión. Admisibilidad y eficacia de la prueba

En cuanto al criterio sobre la base del cual se decidirá qué pruebas admitir, ya indicamos que es un deber básico de la administración recibir las pruebas propuestas⁵³ y que la Procuración del Tesoro de la Nación ha sentado por su parte “la obligación de la administración de producir las pruebas solicitadas por el

⁵² P. ej, art. 49 del reglamento.

⁵³ Conf. REAL, *op. cit.*, p. 55 y ss.

recurrente⁵⁴ y que aun “en la duda sobre el particular, principios jurídicos obvios imponen inclinarse por la recepción.”⁵⁵

Cabe todavía agregar que la negativa a producir todo o parte de la prueba propuesta por el recurrente obligaría a la administración a atenerse a los hechos por él expuestos al respecto.⁵⁶

Recordamos además que la valoración de las pruebas no puede racionalmente hacerse *antes* de su producción, lo que equivale a un arbitrario prejuzgamiento;⁵⁷ o como lo ha expuesto EISNER, que “una cosa es la eficacia de la prueba y otra su *admisibilidad*.” En consecuencia, el posible débil valor probatorio de determinado medio propuesto, en ningún modo permite negar por ello su producción.⁵⁸ “Hay pruebas que son admisibles [...] y sin embargo son de eficacia relativa o remota” y esto último “no es una condición previa que se debe exigir al medio propuesto para que sea admitido.”⁵⁹

El derecho comparado suele tener un concepto amplísimo de prueba: Es todo lo que resulte adecuado para determinar los hechos relevantes del caso, y posible dentro de las circunstancias de aquél.⁶⁰ Por lo tanto, aunque la administración

⁵⁴ PTN, *Dictámenes*, 94: 264.

⁵⁵ PTN, *Dictámenes*, 63: 298. La regla expuesta no se altera por el hecho que las normas reglamentarias dispongan que “Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios.” (Reglamento nacional, art. 46; CABA, art. 66). En Chile el sumariante debe producir las pruebas que estime “conducentes,” pero como ha señalado SOTO KLOSS, EDUARDO, “El procedimiento disciplinario sumario en el Estatuto administrativo,” *Revista de Derecho Público*, 17: 125, nota 19 (Santiago de Chile, 1975), “Si bien el art. 220 deja al Fiscal la apreciación de estimar conducentes las peticiones probatorias del inculpado no debe entenderse que posee en ello discrecionalidad ya que la potestad conferida deviene reglada al calificarse esos medios como «conducentes,» concepto procesal técnico que es posible controlar a través de una debida ponderación de los hechos y de los descargos del acusado. No debe olvidarse que la negativa infundada del Fiscal a recibir pruebas solicitadas u ordenar las diligencias pedidas por aquél, puede originar después la nulidad procedimental [...] pues no cabe duda alguna que la negativa a recibir las probanzas del inculpado, si ella es injustificada, vicia el procedimiento.”

⁵⁶ Aunque nuestra jurisprudencia no suele respetar este principio del derecho comparado. *Supra*, cap. VI, § 11, “La apertura a prueba, ¿constituye una facultad discrecional?” GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 323 y 2ª ed., p. 331; *El procedimiento...*, op. cit., p. 468; *Comentarios...*, op. cit., p. 691: “los interesados, dentro del plazo concedido por la Administración, podrán proponer cuántos medios de prueba estimen idóneos para demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos [...] La Administración decidirá sobre la admisión de las pruebas propuestas y, en su caso, señalará las que deban ser practicadas,” VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 147.

⁵⁷ Sobre el cercenamiento de pruebas y la posibilidad de que ello constituya el “adelanto de una decisión denegatoria,” ver ABERASTURY (H) Y CILURZO, op. cit., p. 103.

⁵⁸ El criterio amplio de admisión de las pruebas en el proceso administrativo que explica por ejemplo SAFI, op. cit., p. 18, es con mayor razón aplicable aquí, en la etapa formativa del procedimiento administrativo, para evitar que la administración recargue innecesariamente el posterior trabajo de la judicatura, por una restringida e imperfecta producción de la prueba en sede administrativa. Toda limitación administrativa a producir la prueba ofrecida por el administrado ha de verse con especial disfavor en la revisión judicial ulterior de la validez de su conducta. Es la única manera en que la justicia puede ayudar a indicarle el camino correcto a seguir en la experiencia diaria.

⁵⁹ EISNER, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 72.

⁶⁰ Allgemeines Verfassungsgesetz, año 1991, § 46.

estime que las pruebas propuestas por el interesado no desvirtuarán lo sostenido por ella, debe de todos modos admitir la producción de esa prueba, so pena de prejuzgamiento que teñirá su decisión de parcialidad y violación al debido proceso. La justicia ha interpretado erradamente este punto en algunos casos aislados, pero ello no varía a nuestro modo de ver la certeza y corrección de la solución expresada.⁶¹

10. *Producción concreta de la prueba. Modalidades*⁶²

El mismo funcionario⁶³ que admite la producción de una prueba debe determinar el lugar, tiempo y forma en que la diligencia probatoria habrá de practicarse, tomando asimismo todas las medidas conducentes a la producción de la prueba ofrecida: citación de los testigos con indicación del día, lugar y hora de ambas audiencias,⁶⁴ requerimiento de los informes del caso a las oficinas públicas o privadas de que se trate, envío del interrogatorio a los funcionarios que pueden contestar por escrito, designación de los peritos, etc.

No debe olvidarse, según veremos a continuación, que la producción material de la prueba debe siempre realizarse con control del interesado, tanto si se trata de su propia prueba como si se trata de la prueba producida por la administración o por terceros. A tal efecto el funcionario interviniente deberá efectuar las pertinentes citaciones con indicación de la prueba de que se trata y el lugar, día y hora en que se producirá.⁶⁵ En ningún caso deberá enviarse el expediente a la mesa de entradas para realizar la diligencia probatoria.

10.1. *Producción privada de la prueba*

Puede también producirse privadamente la prueba⁶⁶ y luego aportarla al expediente, sin perjuicio del derecho que le asiste a la administración de verificar la prueba producida y en su caso mandarla producir nuevamente con su participación y control. En algunos procedimientos esta modalidad de producir la prueba está expresamente contemplada, como ocurre con el procedimiento impositivo:

⁶¹ Ver *supra*, § 6, “El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejuzgamiento;” e *infra*, § 19, lo referente a “La prueba de confesión del sumariado.”

⁶² Para otros aspectos de la producción privada de las pruebas testimonial, pericial y de informes, ver *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?,” 26.2, “Procedimiento formal o informal.”

⁶³ Respecto de la actuación de otros funcionarios superiores o inferiores ver, en este volumen, *supra*, cap. VI, § 7.

⁶⁴ Reglamento nacional, art. 50; Ciudad de Buenos Aires, 70.

⁶⁵ Reglamento nacional, art. 47: “La notificación se diligenciará con una anticipación de cinco días, por lo menos, a la fecha de la audiencia.” En igual sentido Ciudad de Buenos Aires, 67; La Pampa, art. 53.

⁶⁶ Conf. en admitir la producción privada de la prueba, al menos por vía de principio, HUTCHINSON, “Breve análisis de los principios de la prueba en el procedimiento administrativo,” *ED*, 125: 850, 855, cap. XIV, ap. f y notas 30 y 31.

el art. 174 de la ley 11.683, t. o. 1998,⁶⁷ dispone que “Las diligencias de pruebas se tramitarán directa y privadamente entre las partes o sus representantes y su resultado se incorporará al proceso.” El procedimiento indicado es bastante común en la práctica y consiste en que la parte realiza directamente la producción de p.ej. una pericia y la acompaña al expediente como prueba documental. Si la administración tiene dudas sobre la autenticidad de la firma, no estando ésta certificada, puede llamar al perito a ratificarse o reclamar al particular que tome a su cargo dicha ratificación. Si además tiene dudas sobre el contenido de la pericia, puede disponer que dicha pericia se realice nuevamente en lugar y fecha que determine, con contralor del particular y del órgano administrativo. Si cuestiona la calidad del perito, puede sugerir que se designe otro a su satisfacción y éste realice la diligencia de prueba. Pero si todos estos aspectos no le suscitan dudas entonces puede simplemente atenerse a la prueba así producida. Su propia inacción probatoria, en tal caso, la obliga a aceptar la prueba aportada por el interesado.

Lo mismo ocurre con otras pruebas, p.ej. la testimonial: si el particular acompaña declaraciones escritas de los testigos, en las cuales éstos declaran sobre los hechos que han conocido en forma directa, puede también la administración no insistir en la cuestión o, en cambio, disponer que tales testigos concurren especialmente a las audiencias que se les fijarán, para que presten el testimonio de manera oral, con participación y control tanto de la administración como del administrado. La producción privada de la prueba tiende a simplificar el procedimiento,⁶⁸ evitando a la administración más complicadas diligencias de prueba y los respectivos costos,⁶⁹ si es que las así producidas le satisfacen; cuando ello no ocurre, le queda siempre el camino de disponer la producción formalizada

⁶⁷ La producción privada de la prueba para su posterior incorporación al expediente se ha generalizado bastante en el procedimiento administrativo general, aunque ha tenido suerte diversa en el propio procedimiento impositivo donde ha sido legalmente consagrada. Ya recordamos anteriormente que para FREYTES, “Nueva reforma de la ley de procedimiento tributario. Exposición y comentario de la ley 20.626,” *Derecho Fiscal*, t. XXIII, p. 753 y ss., 780: “esta disposición fue letra muerta;” en el mismo sentido GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA C., *Procedimiento tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1997, 6ª ed., p. 717 y ss.; 1999, 7ª ed., p. 719 y ss.

⁶⁸ Respecto de la producción privada de la prueba y con relación a cómo simplifica el procedimiento, puede tomarse en cuenta lo expresado por un magistrado al analizar los gastos derivados de los litigios y la deseconomía o despilfarro de tener que probar los hechos obviamente ciertos. Ver POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of the Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1992, 4ª ed., p. 564 y ss. “Cada parte optimiza sus gastos de litigio gastando hasta el punto en que cada dólar invertido aumenta sus expectativas respecto del litigio [...] Pero cada decisión de efectuar un gasto, por parte de una de las partes, afecta la decisión de efectuar un gasto, por parte de la otra;” en suma, cuesta inútilmente más dinero a ambas partes. Ver también, de este distinguido Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito, de los EE.UU., *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, caps. 19 y 21, p. 387 y ss., 426 y ss. Como afirman COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1988, p. 502, “Las reglas de procedimiento establecen una estructura que no es necesariamente económica, pero dentro de esa estructura debe operar la lógica.”

⁶⁹ Véase *supra* nota 1.

de aquellas pruebas cuya producción privada le provoque interrogantes. Las que no, se mantendrán en el expediente y se apreciarán oportunamente en la decisión.

10.2. *Producción oficial delegada de la prueba*

Otra variante en la producción de la prueba surge del art. 51 del reglamento nacional que, refiriéndose al caso en que el testigo no residiere en el lugar del asiento del organismo ante el cual se tramite y que debe decidir la cuestión, establece que “se lo podrá interrogar en alguna oficina pública ubicada en el lugar de la residencia propuesto por el agente a quien se delegue la tarea.” Surge de esta norma que la delegación de tal diligencia procesal se puede efectuar en agentes públicos de la misma repartición si los hay en el domicilio del testigo, o de otra repartición nacional, provincial o municipal.⁷⁰

El mismo principio puede aplicarse cuando se trata de la realización de otras diligencias probatorias fuera de la sede del organismo del cual se trata (pericias, inspecciones, etc.), las que también pueden delegarse de modo expreso y realizarse con la debida citación y control del particular, acompañándose posteriormente al principal.

10.3. *Producción de prueba sin apertura a prueba*

Conforme a los principios que emergen de la legislación, la apertura a prueba es una obligación de la administración cuando el particular lo requiere, pero no necesariamente debe producirse toda prueba dentro de un período formal; en otras palabras, tanto la administración como el particular pueden producir toda clase de pruebas en el expediente, sin que él esté abierto a prueba.

10.4. *Producción de prueba luego de cerrado el período de prueba*

Consideramos que nada obsta a que tanto la administración como el administrado produzcan pruebas luego de terminado el período probatorio:⁷¹ en este caso no cabe ya estar a las reglas formales de reglamento. Debe procurarse una adecuada meritución de las circunstancias de cada caso. En lo que hace a la administración, ella puede perfectamente considerar relevantes hechos que hasta ese momento no se acreditaron y producir la prueba pertinente luego de cerrado el período probatorio; también puede variar el enfoque del problema, en tanto no lesione el

⁷⁰ Acerca de tal delegación en el derecho comparado puede verse WADE, WILLIAM y FORSYTH, CHRISTOPHER, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 7ª ed., p. 548.

⁷¹ En igual sentido, FOX, WILLIAM F., *Understanding Administrative Law*, New York, Matthew Bender, 1997, 3ª ed., p. 301: No deje que el decisor cierre el expediente si usted cree que aun faltan elementos importantes. Aun cuando no todo aparezca en las audiencias, los documentos y demás materiales pueden todavía ser agregados por escrito con autorización del juez administrativo, y proveyendo copias para la defensa de la contraparte (“Don’t let the ALJ close the record if you believe important things are still missing. Even if you don’t get everything in at the hearing, documents and other material may still be submitted in writing with the judge’s permission and with copies to opposing counsel”).

principio de la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*,⁷² y entonces se necesita la prueba, de ella o del particular, conducente al nuevo enfoque administrativo. Es obvio que el particular tiene el derecho a producir la prueba adversa a la posición de la administración, a su nuevo enfoque, a sus nuevos hechos, etc. Conforme lo hemos expuesto, tanto la prueba documental como la prueba testimonial o pericial producida privadamente⁷³ pueden acompañarse directamente, con un escrito, sin necesidad de proponerla antes ni de que se resuelva *ex ante* sobre su admisión.

10.5. Producción judicial de la prueba

También puede hacerse valer en sede administrativa la prueba producida judicialmente, incluso aunque hubiere mediado incompetencia del juzgado y se hubiera declarado la nulidad de las actuaciones. Así ha sido resuelto por la Procuración del Tesoro de la Nación en un conflicto interadministrativo que previamente tramitó judicialmente y luego llegó a su decisión bajo el sistema del DL 19.983/72: “La nulidad de todo lo actuado dispuesto por la Excm. Cámara en razón de la incompetencia de la Justicia Federal para entender en la causa, que hace al aspecto formal y no al fondo del asunto, no es impedimento para que [...] el suscripto pueda valerse de las actuaciones judiciales llegadas a su conocimiento por aquella circunstancia extrayendo de las mismas los elementos de prueba conducentes a la resolución de la cuestión planteada.”⁷⁴ Del mismo modo, si el particular intenta una vía judicial cualquiera y en ella produce prueba, dicha prueba puede hacerse valer posteriormente en sede administrativa.⁷⁵

Igualmente los agentes públicos que se encuentran sometidos a proceso criminal por hechos ajenos al servicio, pueden ser sometidos a sumario administrativo una vez concluida la causa criminal⁷⁶ y las actuaciones sumariales se realizarán “teniendo a la vista la causa criminal incoada en su contra,”⁷⁷ o sea, considerando como elementos probatorios los producidos judicialmente, sin perjuicio de otros que se produzcan en sede administrativa.

10.6. Producción presumarial de prueba

Por el mismo criterio de latitud en la producción de la prueba que informan los párrafos precedentes, se ha estimado que puede investigarse probatoriamente un

⁷² Ver cap. II, “El administrador” notas 99, 118, 125 y 126; cap. III, “Los recursos administrativos,” nota 217; en contra, la preocupante referencia del cap. III, nota 11.

⁷³ Ver *supra*, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

⁷⁴ PTN, *Dictámenes*, 136: 15, 18. En dicho supuesto, además, se dijo que la documentación judicial así producida “debe ser, en principio, tenida por válida mientras no se pruebe lo contrario,” con invocación de la CSJN, *Fallos*, 253: 406, *Bravo*, 1962.

⁷⁵ Desde luego esto obliga a considerar el problema de si intentada la vía judicial puede o no reabrirse la administrativa, lo que tratamos *infra*, cap. XI, § 5.2, “Elección de la vía judicial.”

⁷⁶ Este orden temporal surgía del Reglamento del Estatuto del Personal, art. 39, ap. III, según la PTN, *Dictámenes*, 149: 89; 76: 141.

⁷⁷ PTN, *Dictámenes*, 149: 90.

hecho eventualmente incriminante para agentes de la administración pública, sin abrir necesariamente un sumario ni decretar por tanto un proceso probatorio formal, claro está que respetando estrictamente las garantías del debido proceso.

Se ha dicho así que “si bien el procedimiento de *información* [...] no está reglado en la Administración Pública, su utilización es admisible al sólo objeto de evitar, cuando la denuncia resulta manifiestamente improcedente, inverosímil o infundada, el sometimiento a sumario de funcionarios cuya conducta es evidentemente correcta, o la investigación de hechos que no configuran *ab initio* irregularidad alguna,”⁷⁸ cuidando que aquella “se practique conforme a las formalidades prescriptas para la investigación jurisdiccional.”⁷⁹

Si de dicha investigación presumarial no surge la comisión *prima facie* de irregularidades, p. ej. por carencia de elementos probatorios suficientes que confirmaren la denuncia formulada, entonces la administración puede proceder a desestimar la denuncia sin necesidad de instruir sumario formal al agente denunciado.⁸⁰

En otro orden, en el caso del presunto lavado de dinero, la ley 25.246 impone a ciertos organismos administrativos la comunicación obligatoria a la Unidad de Información Financiera (UIF) de las operaciones inusuales de las que tengan conocimiento por actuaciones tramitadas ante ellos, siendo dicha etapa secreta aun para el interesado, lo cual, desde luego, plantea importantes interrogantes.⁸¹

11. Control de la prueba

El particular, además, tiene derecho a efectuar el control de toda la producción de la prueba,⁸² salvo que exista norma expresa que disponga el secreto de parte de ella (como ocurre p. ej. en los sumarios administrativos, mientras se confecciona la prueba de cargo) y siempre que tal restricción sea razonable, pues de lo contrario sería inconstitucional. La CSJN ha destacado el principio del adecuado control previo de la producción de la prueba por el particular, señalando que si éste “no ha tenido oportunidad de [...] controlar la [prueba] producida,” como ocurre si se le da vista recién *después* de que la administración haya producido su propia

⁷⁸ PTN, *Dictámenes*, 117: 228; 142: 133.

⁷⁹ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. VI, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 41, § 1476, *in fine*; PTN, *Dictámenes*, 142: 134.

⁸⁰ PTN, *op. loc. cit.*

⁸¹ Ver ROBLEDO, DANIEL, “La ley de lavado de dinero y la «entronización» del secreto de las actuaciones,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 53-8, Buenos Aires, Rap, 2006.

⁸² Ver CNFed. CA, *Paz, LL*, 105: 492 y ss. (1961); conf. ESCOLA, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, op. cit.*, p. 305; *Compendio...*, *op. cit.*, p. 1195. En igual sentido, GELLHORN, WALTER, BYSE, CLARK, STRAUSS, PETER, RAKOFF, TODD y SCHOTLAND, ROY, *Administrative Law*, Nueva York, The Foundation Press, 1987, 8ª ed., p. 795 y ss. El fundamento constitucional de este principio es evidente; que no siempre la administración lo cumpla y que a veces arbitrariamente produzca pruebas sin citación del recurrente, no influye sobre el principio; si la falta de control del particular afecta su adecuada defensa, como en los casos que en el texto se mencionan, entonces la consecuencia es la nulidad de la diligencia procesal.

prueba, hay violación de la garantía de defensa.⁸³ El reglamento nacional, según vimos, recepta este principio al indicar que toda la producción de la prueba se hará con notificación de la audiencia o acto procesal de que se trata, al menos con una anticipación de cinco días.⁸⁴

En el caso de los sumarios en la función pública, las pruebas testimoniales requieren el control del interesado y sus letrados, para objetar las preguntas, formular repreguntas en el mismo acto, etc. En su momento consideramos por ello inconstitucional la reserva del sumario mientras se sustanciaba la prueba de cargo. Se trataba de los derogados “estatuto del personal civil de la administración nacional” y art. 37 *in fine* del régimen jurídico básico de la función pública, decreto-ley 22.140/80.⁸⁵ Fueron dejados sin efecto por la ley 25.164 de empleo público, cuyo art. 29 garantiza el debido proceso adjetivo en los términos del art. 1º, inc. f) del decreto-ley 19.549/72.⁸⁶ A efectos de concretar el control de la prueba, la administración debe comunicar a los interesados, con antelación suficiente, la iniciación de las operaciones necesarias para la realización de las pruebas que hubieran sido admitidas; en la notificación deberá consignarse el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba. Así lo dispone, expresamente, la ley española,⁸⁷ a la que en este punto ha seguido nuestra reglamentación. Por lo demás, el control de la producción de la prueba es doble: de su producción y de los resultados de esa producción. No basta para satisfacer el principio de la audiencia del interesado, que éste se encuentre presente en una pericia, examen, etc., si no se le manifiestan luego los *resultados* de dicha pericia para su control.⁸⁸ A este último fin (control de los resultados de la prueba) se dirige precisamente la alegación de dicha prueba, a que nos referimos en el acápite siguiente. Nada tiene que ver el carácter instructorio o inquisitivo del procedimiento con el control

⁸³ CSJN, *Fallos*, 247: 724, 726, *Dubois*, 1960.

⁸⁴ Reglamento nacional, art. 47 *in fine*; Ciudad de Buenos Aires, art. 67 *in fine*; el reglamento uruguayo exige comunicación “con antelación,” art. 36.

⁸⁵ Ampliar en el cap. IV lo referente a los sumarios en la función pública; ver APESTEGUÍA, CARLOS A., *Sumarios*, Buenos Aires, La Rocca, 1998, p. 113 y ss.

⁸⁶ *Supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)” Igual derecho garantiza el art. 20.2, de la ley 25.188 de ética pública, para la prevención sumarial con motivo de presunta u otras violaciones a dicha ley, que se aplica a los tres poderes del Estado (arts. 1º, 3º y 5º).

⁸⁷ Actual art. 81, incs. 1º y 2º: “con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan.” Ver GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común – Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, t. II, Madrid, Civitas, 1997, p. 1343 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 322 y 2ª ed., p. 330. Además expresa VIVANCOS, “Se sobreentiende que esta comunicación habrá de contener también la relación de las pruebas cuya práctica se admita al interesado y asimismo de las que, de oficio, acuerde practicar la Administración, salvo que, con anterioridad, se hubiere notificado la Providencia correspondiente” (*op. cit.*, p. 148.) En igual sentido el art. 36 del decreto uruguayo.

⁸⁸ HELBLING, p. 280. Sería absurdo, p.ej, que si una persona es revisada por un médico, se pretenda que su presencia en cuanto objeto de la revisión significa por sí “control” de pericias (HELLBLING, *op. loc. cit.*)

de la producción de la prueba.⁸⁹ Este control hace al mejor esclarecimiento de los hechos y a la adecuada producción de la prueba en defensa del administrado. Ninguno de estos aspectos es incompatible con aquel carácter instructorio. Este control del interesado sirve para la plena realización de los criterios rectores del procedimiento: legalidad objetiva, verdad material, defensa del interesado. No compartimos por ello —ni tampoco lo consideramos hoy en día vigente ante las normas expresas que consagran la citación y control del particular en la producción de la prueba— lo que expresaron algunos autores, en sentido opuesto.⁹⁰ Tal vez sea hora de pensar en tribunales administrativos independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado, para sumariar y en su caso sancionar a los funcionarios públicos.⁹¹

12. Alegación sobre la prueba⁹²

12.1. *El derecho*

Como corolario del derecho a producir prueba, es fundamental que el interesado pueda luego alegar sobre el mérito de la prueba, algo indispensable para el pleno ejercicio del derecho de defensa, a fin de indicar o mostrar cómo la prueba sustenta lo que uno sostiene respecto de su propio derecho sustantivo.⁹³ Dado que la admisibilidad de una prueba no determina la eficacia que ella pueda tener, es obvio que de poco serviría al interesado producir prueba si después no puede hacer valer esa prueba alegando sobre su mérito y eficacia probatoria. El alegato es una parte esencial del derecho de defensa, aunque no siempre las partes hagan uso eficaz de él.⁹⁴ A este efecto se hace indispensable otorgar un nuevo traslado o vista al interesado, una vez producida la prueba propuesta por él.⁹⁵ El reglamento nacional indica en su art. 60 que una vez producida la prueba o sustanciadas las actuaciones, la administración debe dar traslado al particular

⁸⁹ Acerca de la actuación de oficio ver CANOSA, *Los Recursos...*, op. cit., p. 49.

⁹⁰ BIELSA, *El recurso jerárquico*, op. cit., p. 129; MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, op. cit., p. 705; 1995, 5ª ed., p. 762.

⁹¹ Ver nuestro art. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UA, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962. Ver nuestra nota XXII.2, “El problema no es el procedimiento sino el órgano,” pp. 524-B a 524-D en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, op. cit.

⁹² Ver GORDILLO, AGUSTÍN y DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2ª ed., pp. 480-86, y jurisprudencia allí citada.

⁹³ El TS español ha calificado este derecho como “de extraordinaria importancia [...], cardinal [...], sustancial [...], esencialísimo [...] y sagrado,” sentencia del 27 de marzo de 1984, Sala IV, citada en GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, t.II, op. cit., p. 1461; WADE y FORSYTH, op. cit., p. 538. En virtud de lo expresado, consideramos inconstitucional el art. 35 del decreto 1397/79, reglamentario de la ley 11.683 de procedimiento tributario, según el cual no se admite “el alegato previsto en el art. 60” del reglamento nacional de procedimiento administrativo, ya que ello implica una violación del derecho a ser oído consagrado en el art. 1º, inc. f), ap. 1º del decreto-ley 19.549/72 que es de raigambre constitucional.

⁹⁴ Es, por lo demás, una de las tareas que más difícil se presenta a los cursantes, incluso en el post grado.

⁹⁵ Ver cap. IV, “Vistas y traslados,” § 6, “Acceso subsiguiente.”

por el término de diez días,⁹⁶ para que ejerza el derecho de presentar su alegato, pieza fundamental de su defensa y que los profesionales sólo a veces aprovechan debidamente.⁹⁷

En el caso de los sumarios, con todo, esto no siempre se cumple en la práctica, porque algunos instructores entienden erróneamente que cuando la reglamentación dispone que el sumariado contestará la vista y ofrecerá prueba y que producida ésta se elevarán las actuaciones a la autoridad competente, se trata de una disposición que ordena un trámite automático, que debe cumplirse sin ninguna otra diligencia intermedia. Esa interpretación, a más de resultar violatoria de una adecuada defensa, es también contraria al propio espíritu de la norma reglamentaria, ya que no puede concebirse que la intención del Poder Ejecutivo haya sido la de dar una defensa tan obviamente trunca al interesado y la de que se produzca una prueba cuya apreciación habrá de ser forzosamente incompleta al faltar una clave fundamental, a saber, las alegaciones de la parte interesada. Ellas constituyen su visión o su interpretación de los hechos, indispensable para integrar un examen completo de las actuaciones y los hechos a los cuales ellas se refieren.

A ello cabe agregar que esas normas deben integrarse con el resto del ordenamiento sobre el procedimiento, en especial el art. 60 del reglamento que ordena esta diligencia procedimental con carácter general. A fin de prevenir este tipo de indefensión, producida a veces por error o por descuido del sumariante, es conveniente hacer expresa reserva del derecho a alegar sobre la prueba producida y solicitarlo explícitamente al instructor, para que éste no omita pronunciarse al respecto.

Claro está que su decisión no puede ser otra que la de admitir la presentación del alegato, a cuyo efecto fijará el término que determina el art. 60. Producido éste, el instructor podrá a su vez manifestar su conformidad o discrepancia, completando así su informe sobre la prueba de cargo y con ello enviar las actuaciones a la autoridad competente para decidir. Con este procedimiento dicha autoridad tiene elementos de juicio más cabales y completos para adoptar una resolución adecuada.

12.2. *El ejercicio empíricamente útil del derecho de alegar*

Cabe destacar que muchas veces los interesados no comprenden cabalmente la función que debe cumplir un alegato y desaprovechan esta oportunidad procesal o la utilizan para auto condenarse.

⁹⁶ 10 días, reglamento nacional, art. 60; Ciudad de Buenos Aires, 79; Prov. de Buenos Aires, 56; 5 días Córdoba, 48; Corrientes, 275; 20 días La Pampa, 66; Mendoza, 166; Uruguay, 10, 34.

⁹⁷ Lo explicamos en el § 12.2, "El ejercicio empíricamente útil del derecho de alegar." La vigencia del principio del informalismo se ha visto reiterada en el dictamen n° 16/98 de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Este es un problema que les ocurre a veces incluso a los abogados poco experimentados; con mucha mayor razón esto le sucede a quienes actúan en el procedimiento administrativo sin patrocinio o al menos asesoramiento letrado. Peor aún, puede sucederle a uno de los miembros del equipo de profesionales patrocinantes que no se haya interiorizado suficientemente de la línea de defensa adoptada, o que haya tenido escasa o nula intermediación con las pruebas producidas. Es pues una pieza de la defensa que no debe dejar de ejercitarse con sumo cuidado y diligencia.⁹⁸

Fundamentalmente, el alegato (como el descargo y en definitiva como cualquier otro escrito del cual se espera que sea útil para la defensa de nuestros derechos ante la administración o la justicia) debe referenciar *cómo y de qué manera qué pruebas obrantes a qué fojas* del expediente, van *concatenándose* en una *línea de razonamiento fáctico*, sobre los *hechos probados y debidamente identificados* en el expediente, que puedan persuadir a un tercero en el sentido de que le asiste *derecho y tiene adecuado y suficiente sustento fáctico* en lo que propone o peticiona.

El sustento fáctico que se deriva de la prueba que con el alegato se *ordena, modela y arguye*, debe a su vez ser *conducente, apropiado y proporcionado en derecho al objeto propuesto*. Las excusas, disculpas, pedidos de gracia, meros resúmenes, relatorios o índices, alabanzas, etc. *no* son el medio normalmente apto para convencer a la autoridad, salvo casos muy excepcionales y extremos.⁹⁹ “En tal sentido cabe notar que muchos escritos se pierden en un fárrago de consideraciones de poca utilidad.”¹⁰⁰

Podría sugerirse la utilidad de la inserción, en el escrito respectivo, de tablas identificando comparativamente los hechos a probar y la prueba producida con indicación de las fojas a las cuales se hace referencia.

III. Valoración de la prueba

13. Introducción

La administración no está sometida a reglas prefijadas para apreciar el valor de la prueba,¹⁰¹ pero ello no significa que su apreciación pueda ser totalmente

⁹⁸ En los cursos de postgrado en la UBA hacemos que los cursantes presenten escritos en un expediente administrativo de su participación en el curso, y aleguen antes de la entrevista final.

⁹⁹ Como ejemplo de alegato emocional, pero con sustento fáctico, ver WADE, *Towards...*, *op. cit.*, p. 10: *supra*, t. 2, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10.2, “El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa.”

¹⁰⁰ BERSTEN, HORACIO L., *Derecho Procesal de Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 75.

¹⁰¹ El RN en su art. 62 remite al art. 386 del CPCCN. Este art., lo mismo que el art. 310 de la ley 189 CABA, al que remite el art. 66 en su propia reglamentación, contienen el mismo criterio. Tales normas indican la “sana crítica” como criterio de valoración de la prueba. En las normas provinciales se dice que las pruebas se valorarán con “razonable criterio de libre convicción” (Prov. de Buenos Aires, 58; Córdoba, 50; Mendoza, 168; Salta, 166) o “razonable criterio de libre elección” (Corrientes, 276). Ver NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003; nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2006 y en www.gordillo.com.

discrecional¹⁰² ni menos aun irrevisible.¹⁰³ Los superiores jerárquicos y los jueces, por lo tanto, están plenamente habilitados para controlar la apreciación efectuada acerca de los hechos, como elemento de la legitimidad del acto y revocar o anular a éste si reputan errónea a aquélla.¹⁰⁴ Como ya indicamos al hablar de la llamada “discrecionalidad técnica,” la apreciación de qué es lo que realmente ha ocurrido, o cuál es una situación de hecho determinada, no depende de consideraciones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni a la vacía invocación del interés público, sino que debe ser estrictamente ajustada a la realidad fáctica, con sustento probatorio suficiente de acuerdo a las reglas de la prueba: En otras palabras, la apreciación de la prueba constituye también un aspecto de la legitimidad del acto y como tal debe ser controlada.¹⁰⁵ Determinar si un hecho ha ocurrido o no, no es una cuestión librada a la apreciación discrecional ni al juicio de oportunidad o mérito de nadie. Por lo demás, la apreciación administrativa de los hechos debe a todo evento ser razonable, no pudiéndose desconocer arbitrariamente las pruebas aportadas al expediente.¹⁰⁶

14. *Valoración de la prueba en sede administrativa y judicial*

Se sostenía antiguamente que no eran inexcusablemente aplicables las reglas que para la apreciación de la prueba tienen los Códigos de Procedimientos,¹⁰⁷ pero esto ya no es derecho vigente ante la categórica remisión que las normas vigentes hacen a la legislación procesal. Aunque a veces se critica una supuesta judicialización del procedimiento administrativo; en realidad la solución no deja de apuntar en la dirección correcta, bien que se requieren modificaciones sustan-

¹⁰² ANTONIOLLI, *Allgemeines...*, *op. cit.*, p. 224; HELBLING, *op. cit.*, p. 278 y nota 6, en que hace una réplica a la confusión en que a veces incurren algunos entre la “libre convicción” en la apreciación de la prueba y las “facultades discrecionales” de la administración: lo primero es una *operación mental*, en que aplicando las *reglas* de la lógica deberá determinarse una *situación de hecho*; lo segundo es una expresión de voluntad, que puede ser apoyada por valoraciones y motivos y que se aplica recién *después* de haberse precisado la situación de hecho (HELLBLING, p. 278 y sus referencias, p. 279.)

¹⁰³ Valorar la prueba conforme las reglas de la sana crítica importa partir de una premisa elemental. Esa valoración y la mensura de los medios probatorios reunidos ha de referirse a los hechos conducentes, a todos, no a alguno de ellos o cualesquiera otros. No se concibe una tarea evacuatoria que gire en el vacío, que atienda a cuestiones que no son las atinentes: SCPBA, *Miranda*, 31-X-07.

¹⁰⁴ Conf. FRUGONE SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁵ Ampliar *supra*, t. 1, cap. X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 12.4, “Regulación técnica (antes llamada «discrecionalidad técnica»),” 13, “La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales” y 17, “La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad;” t. 3, cap. X, “Formalidades,” § 5, “El órgano y entidad de que emana el acto” y cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 8.2, “Decisiones que prescinden de los hechos.”

¹⁰⁶ Ya que la libertad para apreciar las pruebas no significa liberar a la administración de su deber de fundar sus actos y consecuentemente de explicitar por qué y de qué manera ha valorado la prueba. (HELLBLING, t. I, *op. cit.*, pp. 277-8 y la jurisprudencia austríaca que cita.)

¹⁰⁷ CNFed. CA, *Hadad*, 1966, *LL*, 122: 507, 509: “en materia disciplinaria no existe el rigorismo de forma propio del derecho penal;” *LL*, 111: 194, *Ginés García*, 1963; *Trimarco*, 1963, *LL*, 114: 487; *Pérez Pala*, 1965, *LL*, 119: 404; PTN, *Dictámenes*, 92: 170. Ver *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. VIII, § 7.1, “Relaciones con el derecho penal;” cap. XIII, “Agentes públicos.”

ciales a la estructura administrativa.¹⁰⁸ La administración no debe perder de vista que la apreciación que ella haga de la prueba estará sujeta a la eventual revisión judicial con lo que serán los criterios del derecho procesal los que gravitarán en la decisión. Es a la luz de este enfoque que puede advertirse, entonces, que no sólo existe una estrecha relación entre la apreciación de la prueba en sede judicial y en sede administrativa.¹⁰⁹ hoy puede hablarse de una necesaria identidad. Ello es así incluso en aquellos casos en que se ha podido decir que existe independencia decisoria, como en el caso del procedimiento penal y administrativo, en que los hechos de los funcionarios públicos pueden constituir al mismo tiempo delitos de derecho criminal y faltas de tipo administrativo.¹¹⁰ En estos casos “la conducta reprochable del agente resulta susceptible de una valoración distinta según sea el enfoque disciplinario o delictual del caso. Así, puede un hecho no constituir delito y configurar en cambio clara prueba de incapacidad o negligencia administrativa, en cuyo supuesto se justificaría la sanción aplicada dentro de ese ámbito, con prescindencia de la absolución judicial.”¹¹¹

Pues bien, incluso en esta hipótesis la apreciación de los hechos en sede administrativa y —en el caso— penal, van unidas y si “el hecho atribuido [...] es único, [...] la existencia o inexistencia del mismo determinaría la culpabilidad o inocencia del sumariado en ambos ordenamientos, ya que el cargo es el mismo.”¹¹² La jurisprudencia de la Cámara Nacional Federal en materia de cesantía y exoneración es ilustrativa de este punto. El tribunal había dicho antiguamente que carecía de jurisdicción plena para entender en los recursos especiales de este tipo.¹¹³ Posteriormente aclaró que “es jurisprudencia del tribunal la afirmación de disponer de la potestad necesaria para verificar si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para autorizar la medida.”¹¹⁴ Como es obvio, el tribunal juzgará de acuerdo a sus propios patrones

¹⁰⁸ Ver nuestro art. “Simplifications...”, *op. cit.* Ver, asimismo, FOX, *Understanding Administrative Law, op. cit.*, pp. 259 y ss; BONFIELD, ARTHUR E. y ASIMOW, MICHAEL, *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, Minn., West, 1989, pp. 131-2; ROBINSON, GLEN O.; GELLHORN, ERNEST y BRUFF, HAROLD, *The Administrative Process*, St. Paul, Minn., West, 1993, 4ª ed., pp. 37-8; AMAN, ALFRED y MAYTON, WILLIAM T., *Administrative Law*, St. Paul, Minn., West, 1998, pp. 241-2 y pp. 266-7; MASHAW, JERRY L.; MERRILL, RICHARD A. y SHANE, PETER M., *Administrative Law. The American Public Law System*, St. Paul, Minn., West, 1992, 3ª ed., entre otros.

¹⁰⁹ GELLHORN, WALTER, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 79; GELLHORN y otros, *Administrative Law, op. cit.*, pp. 795-6.

¹¹⁰ Decreto 3583, reglamentario del art. 39 del decreto-ley 6.666/57, luego sustituido por el decreto-ley 22.140/80 y ahora por el art. 34 de la ley 25.164.

¹¹¹ PTN, *Dictámenes*, 97: 310; 92: 215.

¹¹² PTN, *Dictámenes*, 97: 310.

¹¹³ Criticamos esta jurisprudencia desde 1965, en *RJBA*, 1965-III, 111.

¹¹⁴ CNFed., Sala CA, *Lamas*, 1966, *LL*, 123:149 y *JA*, 1966-V, 203; CNTrab, Sala V, *Arroyo*, 1960, *LL*, 101: 3. La indecisión de la Cámara es patente, pues se trata, como es obvio, de dos manifestaciones contradictorias, que el tribunal sostiene simultáneamente, en reiterados fallos, sin encontrar al parecer inconsecuencia alguna entre ellos. Respecto al problema previo del envío al juzgado de los expedientes administrativos, ver *supra*, cap. IV, § 15, “El envío de expedientes administrativos relacionados con un juicio actual.”

y criterios de apreciación de la prueba. Esta indiscutible potestad revisora de los hechos que le compete al tribunal, ha sido reafirmada por la CSJN.¹¹⁵ En suma, la prueba ha de valorarse en sede administrativa con las reglas, garantías y principios judiciales.

15. *Criterio a seguirse en caso de duda*

Por último, es muy importante recordar que en la duda debe estarse a favor del administrado. Esto, que es un principio elemental de derecho, no siempre es tenido presente por los funcionarios de las jerarquías inferiores o por algunos asesores técnicos. En los casos ocurrentes su criterio de apreciación habrá de ser controlado en el aspecto indicado. A veces se encuentra en esa oportunidad que el producto investigado está en malas condiciones, lo que podrá ser tenido en cuenta como prueba contraria al administrado sólo cuando no exista duda de que el tiempo transcurrido no ha podido afectar en modo alguno la condición física o química del producto. Por el contrario, si existe razonable duda acerca de la posibilidad de que por el transcurso del tiempo se haya operado la alteración del producto, o se haya agravado la posiblemente existente, cabe estar, en la duda, a favor del administrado y no considerar suficientemente probado que el producto haya estado alterado, o haya estado alterado en determinada medida, al momento de tomarse la muestra. GONZÁLEZ PÉREZ expresa en este sentido que “Si la Administración no hubiese tenido por ciertos los hechos alegados por los interesados y no se hubiese practicado prueba convincente para demostrar la inexactitud de aquéllos, deberá soportar los efectos desfavorables de la falta de la actividad probatoria.”¹¹⁶

En el mismo sentido se ha manifestado la tendencia doctrinaria y jurisprudencial en otros países, asignando a la falta de producción de pruebas por parte de la administración pública, el carácter de admisión de los hechos aducidos por la contraparte, aun sin norma expresa en tal sentido.¹¹⁷

16. *La apreciación de la prueba y la presunción de legitimidad del acto*

Conviene recordar, como ya lo hemos expresado al referirnos a la carga de la prueba, que la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo

¹¹⁵ *Grichener, Fallos*, 262: 67 y 71/2 (1965), cons. 5° y sus referencias; en el caso *Molinelli, Fallos*, 267: 77 (1967), la Corte dijo que “el control de legalidad [...] supone [...] que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente y las sanciones se ajusten a su texto” (p. 79.)

¹¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento...*, op. cit., 1ª ed., p. 323 y 2ª ed., p. 331; *El procedimiento administrativo*, op. cit., pp. 471-2; *Comentarios a la ley de régimen jurídico...*, op. cit., p. 1342 y ss., comentando el actual art. 80, inc. 2° de la ley española, que reprodujo casi idénticamente el antiguo art. 88, párr. 2°. En sentido similar DIEZ, MANUEL MARÍA y HUTCHINSON, TOMÁS, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p. 488, respecto al principio general de apreciación de la prueba: “En caso de duda, debe estarse siempre a favor del administrado.”

¹¹⁷ MICHELLI, op. cit., p. 278, aunque aclara que a su juicio ese principio no limita la libertad del juzgador para valorar la totalidad de las pruebas existentes.

caso una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*;¹¹⁸ de allí se sigue que “de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios”¹¹⁹ y que no puede en modo alguno sentarse un principio de “en la duda a favor del Estado,”¹²⁰ sino a todo evento y parejamente al proceso penal, cuya similitud en cuanto proceso inquisitivo es evidente, *in dubio pro libertate*.¹²¹

17. Arbitrariedad en la apreciación de la prueba

En lo que hace a la apreciación de la prueba, no debe olvidarse que “Las resoluciones [...] fundadas en una prueba inexistente, [...] torna arbitraria la medida dispuesta en ellas.”¹²² Ya hemos señalado en el mismo sentido que las decisiones que prescinden de los hechos acreditados en el expediente, o se fundan en hechos o pruebas inexistentes, o carecen de una situación de hecho que las justifique, son nulas de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por adolecer del vicio de arbitrariedad.¹²³

Ha dicho la Corte Suprema que “no cabe al órgano administrativo, en casos como los aquí juzgados, sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados,”¹²⁴ y que “los jueces intervinientes poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios.”¹²⁵

18. La prueba testimonial en sede administrativa y judicial

Así como se ha dicho que es nula la declaración testimonial tomada administrativamente sin juramento de decir verdad,¹²⁶ por estimarse adecuadamente que esta circunstancia es trascendente para la valoración ulterior de la veracidad del testigo,¹²⁷ debe también reflexionarse acerca del hecho de que el testigo en el pro-

¹¹⁸ TREVES, *op. cit.*, p. 84 y ss.; MICHELLI, *op. cit.*, p. 276 y ss.

¹¹⁹ MICHELLI, *op. cit.*, p. 278, nota 110.

¹²⁰ MICHELLI, *op. cit.*, p. 278.

¹²¹ Principio éste magníficamente analizado por PETER SCHNEIDER, en su monografía del mismo título, Karlsruhe, 1960.

¹²² PTN, *Dictámenes*, *op. cit.*, 81: 228, 230.

¹²³ Ver *supra*, t. 3, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad” y la jurisprudencia que allí mencionamos. En igual sentido DIEZ Y HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 488. En el caso de un procedimiento de elaboración participada de normas, la prueba de la efectiva realización del procedimiento y del cumplimiento del decreto 1172/03 se incorporará al expediente. Ver al respecto MORTIER, NATALIA VICTORIA, “El Procedimiento de elaboración participativa de normas” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, 2009, p. 501 y ss.

¹²⁴ CSJN, *Fallos*, 248: 625, *Aldamiz*, 1960.

¹²⁵ CSJN, *Fallos*, 244: 548, *Reyes*, 1959.

¹²⁶ Pues lo exige el reglamento al remitirse en el art. 53 a las normas del Código Procesal Civil y Comercial y ya lo exigía el ap. VI del decreto 1461/58; comp. HELLBING, *op. cit.*, p. 281.

¹²⁷ HELLBING, *op. cit.*, pp. 282-3.

cedimiento administrativo argentino no incurre en delito de falso testimonio ante la administración.¹²⁸ Ello implica una grave disminución del valor probatorio de las declaraciones testimoniales de cargo y la experiencia administrativa muestra incesantemente personas que ante la administración deponen en un sentido (*v. gr.*, acusando al sumariado) pero que al hacerlo judicialmente se desdican en un todo de lo que expresaron ante la administración; es lo mismo que ocurre en los procesos penales.¹²⁹ Infiere en ello la posibilidad de una condena judicial, pero también, probablemente, la ausencia de presión o sugestión de parte del órgano, un mejor control de la declaración en el ámbito judicial que en el administrativo, preguntas más hábilmente hechas, etc.¹³⁰ Sea cual fuere la causa, lo cierto es que hay una clara diferencia entre el testimonio judicial y el así llamado testimonio producido en la administración.

Esta diferencia impide darle un mismo carácter y alcance probatorio a la prueba testimonial. Parece claro que es indispensable tener mucha mayor prudencia al valorar como prueba de cargo una declaración “testimonial” prestada ante la administración, cuya credibilidad se halla seriamente disminuida, a fin de no incurrir en injusticia evidente.¹³¹ En aquellos casos en que se han tomado tales declaraciones de cargo sin la participación ni el control del interesado ni de sus representantes o letrados, en cambio, debe estarse a favor de la nulidad absoluta de la diligencia procesal. Conviene también tener presente, finalmente, que el valor probatorio de las declaraciones testimoniales no puede asimilarse a otro tipo de pruebas más objetivas, ya que el fundamento probatorio reposa en este caso en una doble circunstancia subjetiva: confianza en la corrección de la *apreciación* del testigo y en la fidelidad de la expresión de sus apreciaciones,¹³² ambas cosas bastante relativas, tratándose de prueba de cargo producida a favor de la misma

¹²⁸ ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 107: Podría configurarse el ilícito penal del art. 293, C.P.

¹²⁹ Es una demostración más de lo que explicamos en el t. 1, cap. VIII, § 7.1 “Relaciones con el derecho penal.”

¹³⁰ Es por esta razón que es solución uniforme no dar carácter estricto con efectos penales, a la declaración prestada ante la administración: HELLBING, *op. cit.*, p. 302. A más de las razones de conveniencia y seguridad, debe agregarse que la administración activa no tiene ni debe tener funciones judiciales, lo que lleva a negarle también las atribuciones jurisdiccionales clásicas, tales como la *executio*, o la que aquí analizamos. Respecto al problema general de la función jurisdiccional de la administración, ver t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 8, “El problema de la «jurisdicción administrativa»,” a 19, “Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración.” Distinto es el caso de optarse por la creación de tribunales administrativos realmente imparciales e independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado. Lo explicamos en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, UA, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, Londres, Esperia, vol. 21_2/2009, pp. 699-726.

¹³¹ Ver CSJN, *Fallos*, 312-1: 1488, *Villalba*, 1989.

¹³² HELLBING, *op. cit.*, p. 288.

administración interesada en la aplicación de la sanción. La circunstancia de ser la prueba testimonial de menor importancia que otras, p.ej. la instrumental o la de informes, no significa que pueda denegarse su producción si se la ofrece como prueba. La valoración del mérito de una prueba se hace después que ella ha sido producida, no antes. Discrepamos así con la jurisprudencia, que admite que la administración rechace la producción de prueba testimonial de descargo por existir otro tipo de prueba en contra del acusado.¹³³ Ello suprime lisa y llanamente la defensa del administrado, ya que si el tribunal admite, como lo ha hecho, que terminado el sumario la administración puede dar vista al inculpado para que ofrezca prueba y que puede luego denegarle *totalmente* la producción de la prueba de descargo por estimar que la había suficiente de cargo,¹³⁴ entonces transforma el requisito de la audiencia y prueba en una broma cruel.

19. *La prueba de confesión del sumariado*

19.1. *Principios generales*

En el caso de los sumarios administrativos, el principio clásico es que nadie está obligado a declarar contra sí mismo y, correlativamente, al imputado no se le puede exigir juramento de decir verdad de cuanto le fuere preguntado; asimismo, la no concurrencia, silencio o negativa a declarar, no hacen presunción alguna en contra del agente en el sumario respectivo. Esto significa que la negativa del sumariado a declarar o a presentarse, no puede interpretarse como una confesión ficta. La confesión en el procedimiento administrativo, o es expresa y terminante, o no es confesión. La forma debe ser escrita,¹³⁵ firmada ante la autoridad sumarial competente,¹³⁶ con voluntad de obligarse.¹³⁷

19.2. *Valoración frente a otras pruebas*

Ahora bien, estas normas claras y sencillas han sido interpretadas en forma harto cuestionable por la jurisprudencia, en relación a otros medios de prueba.

¹³³ CNFed. CA, *Pérez Pala*, 1965, *LL*, 119: 404; en igual sentido, *Malatesta*, 1965, *LL*, 121: 270, que comentamos en el § 19, “La prueba de confesión del sumariado.”

¹³⁴ *Pérez Pala*, *op. loc. cit.* Es sin embargo un caso algo excepcional.

¹³⁵ CPCCN, art. 425: La confesión extrajudicial puede ser hecha escrita o verbalmente, pero no se la puede acreditar por testigos salvo que haya un principio de prueba por escrito. Sería excepcional un caso de prueba confesional no firmada y no es prudente admitir la grabación magnetofónica como prueba de *confesión* del sumariado, por la posible imitación de la voz con el continuo avance tecnológico que existe en esa materia.

¹³⁶ La confesión extrajudicial es la efectuada “frente a la parte contraria o a quien la represente” (art. 425, citado), lo cual, en el caso de la administración pública, no puede abarcar a todos y cualquier órgano. Sólo son “parte contraria” los funcionarios legalmente facultados para *decidir* en nombre de la administración frente a terceros y sólo es persona que “la represente,” el instructor del sumario; no tratándose de unos ni de otros, la confesión no puede reputarse hecha frente a la parte contraria en el sentido de la norma de referencia.

¹³⁷ Se excluyen las “confesiones” logradas sin la libre voluntad del individuo (coerción, drogas, etc.) y también expresiones aisladas, no hechas con expresa y concreta voluntad de obligarse por confesión.

La originaria CNFed, Sala CA, en 1965 había considerado adecuada la negativa administrativa a oír testigos de la parte, “frente a la confesión ya obrante en las actuaciones.”¹³⁸ Pero la producción de la prueba puede desvirtuar la confesión, lo que no puede valorarse sino *después* de producida la prueba y no antes de conocerla.¹³⁹ La confesión puede probar el hecho, pero no resuelve sobre su valoración, ni sobre los antecedentes del sumariado, que de acuerdo a principios obvios¹⁴⁰ deben tomarse en cuenta para graduar la pena: y es obviamente inconstitucional privar al confeso de su derecho a producir prueba que permita *valorar* su hecho y *graduar* su pena. Esta jurisprudencia “dura” para el sumariado que confiesa, produce sin duda un efecto pernicioso para el interés de la administración. Si confesar el hecho implica abandonar toda posible defensa ulterior, si implica renunciar a poder introducir pruebas sobre la propia personalidad y antecedentes, los motivos por los cuales se cometió el hecho, etc., entonces el tribunal obliga a todo sumariado a adoptar la actitud igualmente “endurecida” del más experto defensor y, en consecuencia, negarse, no sólo a confesar sino también a declarar, para evitar caer en las trampas procesales que el sistema tiende al imputado. El derecho administrativo se aproxima así, una vez más, al derecho penal.¹⁴¹

20. *Dispensa de prueba*

Finalmente, cabe preguntarse si pueden considerarse como elementos de juicio para tomar una decisión los hechos públicos y notorios, respecto de los cuales no se exigiría entonces prueba, o si existen situaciones que permitan prescindir de la prueba. A este respecto cabe distinguir dos situaciones:

20.1. *El conocimiento oficial no es un hecho notorio*

El conocimiento que la administración pueda tener de cierto hecho no es suficiente en principio para considerarlo a éste como notorio y dispensarlo de prueba, pero

¹³⁸ *Malatesta, LL*, 121: 270, año 1965.

¹³⁹ HELBLING, *op. cit.*, p. 276 y la jurisprudencia que cita, en sentido contrario al de nuestro tribunal; *supra*, § 6, “El gobierno de la prueba no debe transformarse en un prejujuicio.” Incluso en materia penal se presentan casos en que personas inocentes se declaran culpables de crímenes que no han cometido. Por ello, si el confeso quiere luego producir prueba en contra de su confesión, puede cometerse una injusticia irreparable si no se le permite producir esa prueba. Por lo demás, si la prueba se produce y no desvirtúa la confesión, ni proporciona elementos de juicio que permitan cambiar su valoración o encuadre, de todos modos ello sólo ha podido saberse con certeza luego de producida: afirmarlo antes es prejujuicio con meridia arbitrariedad.

¹⁴⁰ Como bien señala SOTO KLOSS, *op. cit.*, p. 111 y ss., un principio cardinal del procedimiento es el de la “proporcionalidad de la sanción,” lo cual requiere actividad probatoria del inculcado a fin de acreditar “ya su inocencia, ya la atenuación de su culpabilidad” (p. 113) y debe además producirse prueba que permita “sopesar la entidad del ilícito disciplinario, el grado de participación y el grado de culpabilidad” (p. 113, nota 2.) Desde este punto de vista, si el sumariado confiesa y simultánea o posteriormente ofrece prueba enderezada a valorar ese *grado* de culpabilidad, *grado* de participación, etc., consideramos que tal actividad probatoria es inseparable de su confesión y que la omisión de producir tales pruebas invalida la confesión.

¹⁴¹ *Supra*, t. 1, cap. VIII, § 7.1, “Relaciones con el derecho penal.”

existen algunas excepciones a las que nos referiremos aquí. Por de pronto, es de señalar que este tipo de conocimiento de los hechos puede dar lugar a muchas dificultades, sea por el tipo de información de que se trate, la forma en que se la conoce, o el momento y el alcance con que se la usa.¹⁴² Si ha podido admitirse que los tribunales pueden tener *judicial notice* —conocimiento judicial—¹⁴³ de ciertos hechos públicos y notorios, no se ha aceptado sin embargo con igual extensión que los órganos administrativos pudieran tener *official notice* —conocimiento oficial—,¹⁴⁴ por razones de seguridad jurídica;¹⁴⁵ la ley de procedimiento administrativo estadounidense confirma este criterio, estableciendo la necesaria oportunidad de producir prueba en contrario.¹⁴⁶ La ciencia procesal se inclina por desechar todo conocimiento oficial y privado del juez,¹⁴⁷ como posible “hecho notorio” que esté dispensado de prueba: “No son, pues, hechos notorios aquellos que el órgano jurisdiccional pueda conocer oficialmente o privadamente, sino aquellos que disfruten de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla.”¹⁴⁸

Al desplazarnos del proceso civil al procedimiento administrativo, las mismas razones nos llevan necesariamente hacia una mayor prudencia aun. En este caso particular, no parece poder admitirse sin más la posibilidad de que un órgano administrativo declare tener conocimiento oficial de hechos que no son conocidos por todos y ello sirva como elemento probatorio, toda vez que, de acuerdo a nuestra jurisprudencia, el acto administrativo debe estar fundado en hechos concretos¹⁴⁹ y no parece que este *official notice* pueda reunir esa condición.¹⁵⁰ En suma y como dice LÓPEZ-NIETO Y MALLO, lo notorio es “lo conocido por todos; más no lo que conozca el titular del órgano en forma privada, con un número mayor o menor de personas.”¹⁵¹ La inadmisibilidad del “conocimiento oficial” o

¹⁴² GELLHORN, *Federal Administrative Proceedings, op. cit.*, p. 89; GELLHORN y otros, *Administrative Law, op. cit.*, p. 821 y ss.

¹⁴³ Acerca del conocimiento judicial (*judicial notice*) y su efecto sobre los costos del proceso, ver POSNER, *Economic...*, *op. loc. cit.*

¹⁴⁴ Ver la jurisprudencia en GELLHORN, *op. cit.*, pp. 85-6; GELLHORN y otros, *op. cit.*, p. 821 y ss. La regla clara del caso *United States v. Abilene and Southern Railway* ha dado paso a una jurisprudencia algo más flexible, en que se admite el conocimiento oficial de hechos que son “obvios y notorios para el experto.” SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston, Little Brown & Co., 1976, p. 374; 1991, 3ª ed., p. 413. También se han desarrollado las salvaguardas de oportunidad de repreguntar a los expertos y producir prueba en contrario, antes de la emisión del acto que se basará en tales conocimientos: *op. cit.*, pp. 372-4; 3ª ed., p. 413.

¹⁴⁵ En contra, GELLHORN, que por razones de eficacia se inclina por la aceptación amplia del criterio. Ver, sin embargo, lo que decimos en el texto a continuación.

¹⁴⁶ *Administrative Procedure Act* o ley federal de procedimiento administrativo, tít. 5 del *United States Code*, cap. 5, § 556(e); WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, p. 118 y ss.

¹⁴⁷ También denominado “ciencia privada” del juez.

¹⁴⁸ GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. II, 2ª parte, Madrid, 1947, p. 380.

¹⁴⁹ Ver *supra*, t. 3, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad.”

¹⁵⁰ La solución era adversa en Polonia, art. 71, inc. 4º); la ex Yugoslavia, art. 160, inc. 2º); Hungría, art. 23; GONZÁLEZ NAVARRO, *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, ENAP, 1969, pp. 73-4. Estas diferencias están desapareciendo.

¹⁵¹ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *op. cit.*, p. 825; HELLBING, *op. cit.*, p. 274.

“conocimiento privado” de la administración¹⁵² existe sólo en la medida en que se pretenda hacerlo valer como prueba en contra del interesado, no tratándose de un auténtico hecho público y notorio. En cambio, si el propio interesado alega un hecho que, sin ser notorio, es de conocimiento oficial o privado de la administración, ésta puede resolver sobre la base de su propio conocimiento sin necesidad de exigir otras pruebas, pero dejando constancia de ello en el expediente.¹⁵³ En caso de haber más de un interesado y existir discrepancia acerca del hecho, no puede admitirse la mera aserción “oficial” de su conocimiento, debiendo entonces exigirse su probanza.

20.2. Hecho notorio y hecho evidente

En cuanto al hecho notorio, prestigiosos autores lo han negado en el proceso civil,¹⁵⁴ incluso en el proceso dispositivo.¹⁵⁵ Va de suyo que la solución deberá ser la misma en el presente caso. Ello sin negar la distinción que apuntan CARNELLI y otros en el sentido de que no es lo mismo un hecho *evidente* que un hecho notorio.¹⁵⁶ En efecto, “La evidencia se justifica porque es absoluta. Porque es irreversible lógicamente. Hasta porque no tiene demostración;”¹⁵⁷ o como dice la Real Academia, evidencia es aquella “Certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella;”¹⁵⁸ en cambio, “Lo notorio es relativo,” ya que a cierta circunstancia “la notoriedad no le agregaría nada, en esencia, dándole sólo difusión, haciéndola pública y común,”¹⁵⁹ pero no necesariamente verdadera. En este criterio, pues, no requerirá prueba la determinación de las fechas, o el conocimiento de los días del calendario,¹⁶⁰ o la desvalorización de la moneda,¹⁶¹ etc. Entendemos que el funcionamiento concreto de esta eximente de prueba debe ser el siguiente: alegado por parte del recurrente que cierto hecho es “notorio” o evidente y admitida tal circunstancia por la administración,

¹⁵² En el ámbito judicial se excluye el alegato informal, por este tipo de razones y para asegurar la imparcialidad y objetividad del proceso. Ver *supra*, t. 2, cap. I, § 4.2, “El alegato informal.”

¹⁵³ Tal sería el supuesto de una incidencia muy común durante la ejecución de una obra pública: la verificación de días de inejecución de obras por lluvia; la Administración podrá obtener los registros de lluvias ocurridas en el lugar, a sus efectos, pero tal información (obtenible, por ej., mediante el Servicio Meteorológico Nacional) deberá lucir en el respectivo expediente.

¹⁵⁴ Ver LORENZO CARNELLI, “El hecho notorio en el proceso dispositivo,” *LL*, 31: 631; *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

¹⁵⁵ CARNELLI, *op. cit.*, p. 641 y ss.

¹⁵⁶ Si bien COLOMBO señala que la aceptación del hecho *evidente* es, en última instancia, lo mismo que para otros el hecho *notorio* aunque con diferentes palabras (COLOMBO, CARLOS J., *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital*, Buenos Aires, 1964, p. 352), es preferible, por más restringida, la expresión por la que se inclinan LESSONA, CARNELLI, etc.

¹⁵⁷ CARNELLI, *op. cit.*, p. 648.

¹⁵⁸ *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1970, 19ª ed., p. 592. Ver también MOLINER, MARÍA, *Diccionario de Uso del Español*, t. I, Madrid, Gredos, 1992, p. 1244: “certeza, certidumbre, convencimiento, convicción, seguridad.”

¹⁵⁹ CARNELLI, *op. cit.*, p. 648.

¹⁶⁰ SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, 1959, p. 103.

¹⁶¹ COLOMBO, *op. cit.*, p. 635; CSJN, *Fallos*, 322-2: 2245, *Sierra Chica S.A.*, 1999.

ésta puede perfectamente no exigir la probanza de dicho hecho y considerarlo debidamente acreditado; en este caso puede incluso tenerse mayor latitud, como en el supuesto de conocimiento oficial a que ya hicimos referencia. En cambio, para que la administración pueda tener por probada determinada circunstancia en contra del interesado y en contra de sus alegaciones, debe procederse con la máxima cautela, admitiéndolo no cuando el hecho es “público y notorio,” sino sólo cuando es además “evidente” en el sentido que expresamos. Y aun en tal hipótesis es fundamental permitir al particular ofrecer y producir las pruebas que él considere atinentes a su derecho y que eventualmente lleven o puedan llevar a cuestionar la “evidencia” del hecho que la administración considera.¹⁶² Y aun puede irse más lejos, pues si ha de definirse al hecho notorio como aquel “que nadie lo pone en duda” (ALSINA),¹⁶³ parece resultar de ello que la simple negación por parte del interesado ya le está quitando esa característica, impidiendo por lo tanto considerarlo como hecho notorio y haciendo necesaria la producción de prueba por parte de la administración a su respecto.

20.3. Hechos “legislativos” y “adjudicativos”

Con estas aclaraciones, no pensamos que corresponda recibir en el derecho argentino la distinción del derecho anglosajón entre hechos “legislativos,” o sea el tipo de hechos de carácter general que podrían ser tomados en cuenta por el autor de una norma general y hechos “adjudicativos” o “decisorios,” en el sentido de hechos propios del caso concreto y que determinan las particularidades del caso. Un ejemplo del primer caso, o *legislative facts*, sería una estadística oficial adoptada por una norma legislativa y de los segundos, o *adjudicative facts*, las circunstancias específicas del caso concreto a decidir.¹⁶⁴ WADE admite que a ello se opone el principio sentado por la Corte Suprema de los EE.UU. en el sentido de que “nada puede ser tratado como prueba si no se lo ha introducido como tal.”¹⁶⁵ La consecuencia que se podría derivar de la distinción, de que solamente los hechos de tipo decisorio para el caso concreto estarían sujetos a prueba en contrario, nos parece incompatible con el sistema constitucional de control judicial. Es una restricción inadmisibles al derecho de los interesados a producir la prueba que hace a su derecho y al principio constitucional de razonabilidad de las leyes.¹⁶⁶ Si

¹⁶² EISNER, *La prueba...*, op. cit., p. 45, “que estos hechos evidentes, aunque no necesitan de prueba por parte de quien desea justificarlos, pueden merecer y aceptar la prueba del adversario; porque cada día el avance de la ciencia va demostrando que hechos que se tenían por evidentes, como ciertos pacíficamente, han pasado a la historia de las ideas científicas a raíz de otras nuevas.” Conf. ley federal norteamericana de procedimiento administrativo, entre otras.

¹⁶³ ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, 1956, p. 249.

¹⁶⁴ WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 120 y ss. Para este autor una regla análoga estaría quizás tácitamente vigente en el derecho estadounidense, op. cit., p. 121.

¹⁶⁵ Op. loc. cit.

¹⁶⁶ Ampliar *supra*, t. 1, cap. VI, § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.”

la administración en un acto administrativo o en un reglamento, o el legislador en una ley, invocan hechos de cualquier naturaleza parece indispensable que el particular pueda rebatirlos presentando por su parte las pruebas que sean conducentes a ello,¹⁶⁷ o mostrando sus circunstancias, el entorno, etc.¹⁶⁸ Negarle esa prueba sería consagrar como necesariamente verdadera¹⁶⁹ una afirmación que bien puede ser y a veces es, inexacta.

21. *Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión*

Finalmente, conviene recordar que constituye un error en materia de apreciación de la prueba, el considerar que los actos o las actuaciones administrativas constituyen instrumentos públicos que como tales hagan fe hasta ser redargüidos de falsos.¹⁷⁰ Ya hemos demostrado en otro tomo que esto no es así y a él nos remitimos.¹⁷¹ Claro que, según explicamos,¹⁷² algunas normas legislativas de la Ciudad de Buenos Aires, exclusivamente para contravenciones de tránsito, dan carácter de instrumentos públicos a las comprobaciones por fotografía y firma digitalizadas. En los tribunales de faltas locales, acertadamente, de hecho se admite prueba simple en contrario,¹⁷³ a veces producida de oficio,¹⁷⁴ no siendo necesario redargüir de falsedad el documento por acción civil o criminal, lo cual resultaría un despropósito, en la especie de este tipo y esta cantidad de infracciones.

El sistema se morigera adicionalmente, por lo demás, por la aplicación del criterio *in dubio pro reo* del derecho contravencional.¹⁷⁵ P. ej., hay casos en que el cartel señala “Prohibido estacionar,” pero la norma no lo respalda: La duda beneficia al que estacionó aunque la foto muestre su auto y el cartel. A la inversa, hay normas prohibitivas de estacionamiento que no tienen cartel que las anuncie: los jueces de faltas igualmente absuelven. Hay casos de carteles que denominan una vía de tránsito por un nombre, que no es el que corresponde a la norma: se absuelve. En cambio en las infracciones de peligro como violación de luz roja o exceso de velocidad el criterio jurisprudencial es, adecuadamente, más estricto.

Con tales salvedades no parece haber otra solución materialmente posible o razonable que la prueba fotográfica digitalizada, u otra más sofisticada que

¹⁶⁷ Para que no se repita lo ocurrido en *Cine Callao*, explicado en GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., anexo al cap. XI. Además de la guía de lectura allí incluida, ampliar en SUÁREZ, ENRIQUE LUIS, “Nueva nota al fallo ‘Cine Callao,’” *LL*, 2004-B, 1198.

¹⁶⁸ Ver *supra*, t. 2, cap. I; t. 1, cap. I, sección II; *Introducción al derecho*, *op. cit.*

¹⁶⁹ Lo cual es por cierto científicamente insostenible, si nos atenemos a todo lo reiterado en los caps. I tanto del t. 1 como del t. 2.

¹⁷⁰ Para una reseña de otros criterios ver SAFI, *op. cit.*, p. 20 y ss.

¹⁷¹ T. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

¹⁷² *Supra*, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas.”

¹⁷³ A veces los inculpados aportan una serie fotográfica mostrando que el lugar es otro, o la distancia mayor, etc., acompañando incluso croquis.

¹⁷⁴ En los casos de la nota anterior, los jueces de faltas mandan a un funcionario del tribunal a verificar en una inspección ocular cuál de los dos registros muestra la realidad.

¹⁷⁵ Acordes en esto, claro está, con el derecho penal.

pueda producir el futuro cambio tecnológico,¹⁷⁶ dados los centenares de miles de infracciones de esta naturaleza que ocurren habitualmente en la actualidad en ciudades como Buenos Aires.

¹⁷⁶ Ver GORDILLO y DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 476.