

Capítulo IV
MÁS SOBRE
LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

1. *Introducción* ¹

Para tener éxito en la defensa de un derecho de manera preventiva o reparatoria, primero hay que probar los hechos que lo sustentan, pues las normas “no se activan por sí mismas”:² “Todo depende del asunto”³ y son los hechos los “que ha-

^{1.1} Ver, en general, CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.

^{1.2} BINDER, DAVID A. y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, Minnesota, West Publishing Company, St. Paul, 1984, p. 2.

^{1.3} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 y 97.

cen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva”;⁴ “el alcance de una regla y, por lo tanto” su sentido, depende de la determinación de los hechos.”⁵ Estos se determinan a través de la prueba. Corresponde al tribunal “verificar si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para autorizar la medida”,⁶ pues “el control de legalidad supone que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente y las sanciones se ajusten a su texto”;⁷ “la justicia de la solución del caso concreto deriva de la dilucidación verdadera de los hechos y el derecho en él involucrados.”⁸ El derecho está concebido para asegurar “que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para la decisión [...] (y que ésta) es efectivamente un producto del razonamiento a partir de la prueba. Esto quiere decir prueba en el caso y en el contexto del caso [...] Una conclusión basada en [...] prueba abstracta puede

^{1.4} BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 2.

^{1.5} LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

^{1.6} CNFed, *Lamas, LL*, 123:149; *Arroyo, LL*, 101: 3.

^{1.7} CSJN, *Fallos*. 267: 77, 79, *Molinelli*; *Grichener*, 262: 67 y 71, cons. 5° y sus referencias.

^{1.8} GUASTAVINO, ELÍAS, *Tratado de la “jurisdicción administrativa” y su revisión judicial*, t. I, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1989, 2ª ed., p. 31; en la p. 32 de su 1ª ed. decía: “a la justicia de los conflictos se llega sólo partiendo del conocimiento de la verdad de los hechos”; TAWIL, GUIDO S., *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 400.

ser «racional», pero no es una decisión «racional» en el caso del cual se trata.”⁹ Es que “ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra [...] la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional”, “porque no puede quedar [librado] al arbitrio”, “discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho.”¹⁰ Un buen tribunal indaga “—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaría o no en el concreto supuesto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucional, con los fines que perseguía y que —de existir— autorizaría a sostener su *irrazonabilidad*.”¹¹ Para determinar esa realidad es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamente el conjunto de la documentación”; se trata del esfuerzo por “hacer hablar

^{1.9} JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1965, p. 601.

^{1.10} GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31 y 32, quien recuerda su art. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. Esta famosa frase es también transcripta por TAWIL, *op. cit.*, pp. 392 y 393.

^{1.11} PADILLA, MIGUEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

los papeles” según la vieja fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;¹² es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente”.¹³

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida”;¹⁴ si, como es claro, el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquélla que postula «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar»”¹⁵ y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones”;¹⁶ no queda sino el indispensable ca-

^{1.12} CORMENIN, M. DE, *Droit administratif*, t. I, París, ed. Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destacaba el trabajo concienzudo y detallista de los auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes.

^{1.13} LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés”, *RAP*, n° 7, p. 221.

^{1.14} GOLDENBERG, LÉO, *Le Conseil d'État juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, París, Dalloz, 1932, p. 192. Ver también RIVERO, JEAN, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français*, en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, p. 130 y ss.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

^{1.15} Ver RIVERO, JEAN, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, p. 70; *Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir*, *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; *Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif*, “Études et Documents”, n° 31, 1979/1980, p. 27 a 30. RAFFO, JULIO C., *Introdução ao conhecimento jurídico*, Río de Janeiro, Forense, 1983, p. 100 y ss., “As circunstancias da conduta”. Es la “realidad social” que el abogado debe conocer, como señala CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 160 y ss., así como su “realidad económica”, p. 168 y ss.

^{1.16} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

mino de “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas”,¹⁷ a “profundas investigaciones de hecho.”¹⁸

SANTO TOMÁS destacó la base experimental del conocimiento humano y puede encontrarse en ARISTÓTELES la misma idea;¹⁹ LEIBNITZ señalaba que es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos empíricos; las propiedades o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos y por ello, siendo finita la percepción sensible —incluso con todos los auxilios de la ciencia— siempre encontrará que los objetos del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.²⁰ Nunca captamos, pues, la totalidad de un hecho; siempre es una selección fruto de cada uno de nosotros, que necesariamente diferirá —por ser infinitos los datos de la realidad— de la que haga otro.

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados, más el expediente, ha permitido avanzar en la determinación de los hechos. Pero también puede y debe el juzgador dictar medidas para mejor proveer, si entiende que no puede a conciencia dictar un pronunciamiento conforme a derecho, si a su juicio los elementos probatorios obrantes en autos le

^{1.17} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

^{1.18} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

^{1.19} COPLESTON, F. C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25 a 30.

^{1.20} VERNENGO, ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, CDCS, 1973, pp. 19 a 21.

brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos. Ello es así en buenos principios²¹ y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.²² Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello. En efecto, en el juicio ordinario —cuya extrema lentitud es de público y notorio conocimiento— los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo. En el amparo la naturaleza sumarísima del procedimiento puede haber producido una omisión probatoria —a juicio del que debe decidir— que no se pueda moralmente soslayar diciendo que la cuestión corresponde a un juicio ordinario. A la inversa, es cierto que más de una vez el tribunal se preguntará si debe “dejar caer el manto de juez y asumir la toga de abogado”²³ y también lo es que cada instancia

^{1.21} Por ejemplo en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, París, LGDJ, 1970, que dedica de su libro a la búsqueda de pruebas por el juez, p. 97 y ss. Con todo, a veces los justiciables provocan la frustración del tribunal; algo así se advierte en CNFed. CA, Sala IV, *ADECUA c/ ENARGAS*, LL, 1998-F, 338.

^{1.22} Por ejemplo en el caso *Saguir y Dib*, Fallos, 302: 1284, año 1980.

^{1.23} LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61. Ver también *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. VII; ARAZI, ROLAND, “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, LL, 23-II-2000; 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, 12-V-99; LORENZETTI, LL, 1991-A, 995; EISNER, LL, 1994-C, 846.

sucesiva es más renuente que la anterior a realizar nuevas averiguaciones o determinaciones de hecho. Los tribunales de alzada tienen por lo general una cierta inclinación, instintiva y de principio a aceptar la versión de los hechos que han determinado los jueces inferiores. Confían más en ellos.²⁴

En definitiva se trata de una diferencia en cuanto al modo y alcances de la percepción de la realidad —a través de la prueba—, con que un juez esté dispuesto a fallar. Cuanto menos esté dispuesto a indagar sobre los hechos, menos jerarquizada será la sentencia. Cuanto más profundice en el análisis de los hechos y la producción de prueba, incluso de oficio, mejor servicio de justicia prestará a la sociedad. Es en la indagación de los hechos donde se realiza el más importante *test* de cada caso de derecho.

Cabe además tener presente los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo,²⁵ los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta ello el caso. Los casos son dinámicos, como dinámica es la prueba que nos va mostrando poco a poco —nunca completamente— la realidad de los hechos. Al produ-

^{1.24} BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 y sus referencias. Comparar LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.

^{1.25} ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, Minnesota, West Publishing Company, St. Paul, 1984, p. 328; CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 139 y ss.

cirse nueva prueba, varía nuestra percepción de los hechos y por ende del caso mismo.

Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevinientes” que modifiquen “el supuesto de hecho inicial”, sino que también pueden cambiar “las reglas aplicables”,²⁶ “el resultado que se considera deseable”, la autoridad decidente, las circunstancias que rodean el caso,²⁷ el entorno jurídico político,²⁸ las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, los funcionarios mismos,²⁹ etc. Además, “Las reglas cambian mientras son aplicadas”,³⁰ o sea, cambia también su sentido cuando se la aplica, adquiere nuevas significaciones que no fueron pensadas por sus autores.³¹

Algunos fallos consideran que “las sentencias deben atender a la situación existente al momento de la decisión,³² lo que torna inoficioso su tra-

^{1.26} CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32 y 33, § G.

^{1.27} Son “las circunstancias de la conducta”: RAFFO, *op. loc. cit.*; recuerda CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 160 y ss., la necesidad de percibir la realidad social y económica, p. 168 y ss. Un entorno social distinto pueda dar lugar a la prevalencia de un método interpretativo por sobre otro: *op. cit.*, p. 226.

^{1.28} Es la realidad política, que el abogado debe conocer: CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 170 y ss.

^{1.29} Requiere la capacidad psicológica de percepción de otros: CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 165 y ss.

^{1.30} LEVI, *op. cit.*, p. 12.

^{1.31} Un hermoso ejemplo es la frase “en las condiciones de su vigencia”, que se advierte en *Giroldi, LL*, 1995-D-462.

^{1.32} *Fallos*: 216: 147; 243: 146; 244: 298; 259: 76; 267: 499; 308: 1087.

tamiento al carecer el planteo de objeto actual”;³³ materia opinable si se la formula de tal modo como regla genérica. Recordemos que para la solución de casos “la única regla es que no hay ninguna regla”³⁴ y el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada.” No se debe buscar al “ídolo de la certidumbre [...] la adoración de este ídolo reprime la audacia de nuestras preguntas y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad persistente y temerariamente crítica.”³⁵ Recuerda CARDOZO que en sus primeros años “Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil”, pero que con el tiempo “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles

^{1.33} *Fallos*: 231: 288; 253: 346; 307: 2061; 316: 479, *Bahamondez*; *Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente*, 30 de mayo de 1995, cons. 2°. No actúa así la Corte de EE.UU. en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

^{1.34} O como dice el ya recordado CARDOZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, reimpresión 1952, p. 161, “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados”, esto es, grandes principios; LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*

^{1.35} POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 261.

no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.”³⁶

2. *Unidad de la prueba en los distintos procesos*

El régimen de la prueba es básicamente el mismo en las distintas ramas del derecho procesal;¹ no suele haber sino escasas normas de derecho procesal administrativo que en materia de prueba dispongan algo diferente del derecho procesal común.² Sin embargo, la dinámica probatoria es distinta, primero porque una parte fundamental de la prueba está ya producida o ha de ser producida en el procedimiento administrativo previo al judicial y segundo porque interfieren

^{1.36} CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

^{2.1} A la inversa de lo que exponemos en el texto, hay autores y jurisprudencia que consideran que existen principios “no sólo distintos, sino hasta opuestos”, tales como GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, p. 629, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de la jurisprudencia contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1978, p. 932 y nota 7. Quienes postulan una diferencia están sosteniendo, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 953, el carácter “revisor” de la justicia, con el alcance de remitirse a la prueba producida en sede administrativa y limitar la producción en sede judicial; ello llevaría a una denegación de acceso a la justicia, pues de poco sirve acudir a ella si no se puede producir prueba *ex novo*: por ello el principio ha de ser el de amplitud de producción de la prueba en sede judicial (*op. cit.*, p. 934 y ss.).

^{2.2} Tampoco figura la prueba en los análisis sobre posibles reformas al régimen procesal administrativo, p. ej en GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.

en la decisión, como veremos, problemas que no son propios del proceso ordinario.

En todo caso, es válida en todo proceso aquella verdad sempiterna de que los juicios se ganan o pierden en la prueba. Lo que determina la solución del caso es la percepción de los hechos por el tribunal a través de la prueba y su fuerza de convicción. La prueba sigue siendo el punto vital; es la yugular del juicio, de cualquier juicio.

3. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba

Será permanente la discusión acerca de si el juez meramente aplica el derecho o en verdad también lo crea. Sin perjuicio de que adherimos a la idea de que el juez crea el derecho, como mínimo porque reconoce y determina los hechos, es claro que si hay que decidir varias soluciones jurídicas posibles para un caso cualquiera, ello será siempre dependiente de cuál es la situación de hecho a la cual toca aplicarlas. Basta que el juez determine que los hechos son "A" o "B" para que paralelamente la solución jurídica pase de "A" a "B". Según el tribunal reconozca o determine los hechos de uno u otro modo, la solución ha cambiado. Esto es así en el derecho viviente, en cualquier filosofía o método jurídico, en cualquier sistema jurídico, en cualquier país. Sólo en la enseñanza se dice a veces otra cosa.

Admitimos a partir de POPPER que no existen verdades absolutas ni en las ciencias físicas o naturales ni menos todavía en el derecho; sólo hay

conjeturas, o si se quiere verdades con comillas, provisorias. Una es la “verdad” de la administración, otra la “verdad” de las partes en el juicio, otra es la “verdad” en la sentencia del tribunal en cada instancia sucesiva. ¿Cuando se agoten las instancias será la “verdad” la de la última sentencia? Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, los tribunales superiores no tienen la última palabra: la tiene la doctrina; o como decían antaño los marxistas, la historia; o los historiadores y sus revisionismos: es decir, nadie.

En definitiva, nadie sabe cuál es la verdad de un caso. Siempre va a ser una verdad provisorio,¹ o más bien una mera conjetura, buena o mala, pero conjetura al fin, sujeta siempre a eventual demostración de falsedad. Con lo cual tampoco debemos exagerar la crítica sobre la eventual incertidumbre de la decisión en algún modo subjetiva del tribunal;² el que sea imperfecta no le quita validez provisorio como conjetura o hipótesis, ni le quita la posibilidad de resolver en forma

^{3.1} Que puede tener el carácter de decisión con fuerza de verbal legal que pone fin a una controversia jurisdiccional de modo irrevisible. Pero será irrevisible en cuanto decisión, no indiscutible en cuanto pretensión de verdad, esa cualidad que no es conferida a los seres humanos.

^{3.2} Sobre “Las razones del juez” ver CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 135 a 154. Cabe señalar que la doctrina procesal enfatiza los deberes del juez de determinar la verdad jurídica objetiva: CSJN, “Oilher”, *LL*, 1981-C, 67; “B.V.E.”, *ED*, 173: 591; ARAZI, ROLAND, “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, *LL*, 23-II-2000 y sus demás referencias; *infra*, t. 4, 2000, 4ª ed., cap. VI, n^{os}. 2 y 3.

definitiva, en el marco de la litis, una cuestión contenciosa.

4. *La dispensa de prueba*

Cabe también recordar la distinción del derecho procesal común entre hecho evidente, hecho público y notorio y conocimiento oficial o conocimiento privado de juez.

Hecho evidente es aquello que nadie podría discutir ni ignorar.¹ Que hay la noche y el día; el sol, las estrellas, el calendario,² el tiempo, la vida y la muerte. “La evidencia se justifica porque es absoluta. Porque es irreversible lógicamente. Hasta porque no tiene demostración.”³ De todas maneras no ha de darse un alcance extremo al concepto de hecho evidente, pues “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.”⁴

^{4.1} Estamos hablando, claro está, de algún momento determinado en el tiempo y el espacio.

^{4.2} SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, EJE, 1959, p. 103.

^{4.3} CARNELLI, LORENZO, “El hecho notorio en el proceso dispotivo”, *LL*, 31: 631, 641; *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

^{4.4} EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 45.

Hecho público y notorio es aquello que todos saben en determinado tiempo y lugar:⁵ que tal persona es el presidente de la República o el alcalde de la ciudad. Como dice GUASP, “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”;⁶ 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.”⁷ En otras palabras, hecho notorio es aquel “que nadie lo pone en duda.”⁸

El conocimiento privado del juez es aquello que el juez sabe, pero no está en el expediente: la solución clásica es que no puede usar su conocimiento privado para resolver una cuestión, pero puede ordenar medidas para mejor proveer, inquisitorias o de oficio, para introducir al expediente —bajo el contralor de las partes— su conocimiento privado. De éste y no de otro modo puede llevarlo a la sentencia.

^{4.5} Pero “más le vale al demandante demostrar el hecho que afirma, aunque a su juicio sea notorio”, como recuerda ESGUERRA SAMPER, *op. cit.*, p. 44.

^{4.6} GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. II, 2ª parte, Madrid, 1947, p. 380.

^{4.7} LÓPEZ NIETO y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 825; HELLBING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Vienna, Manzsche Verlag, 1953, p. 274.

^{4.8} ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, 1956, p. 249.

5. *La prueba en las facultades regladas y discrecionales*¹

Lo que venimos diciendo es aplicable en primer lugar en materia de facultades regladas, porque habrá que determinar, ante los diversos supuestos de hecho previstos por la ley, si lo que se resolvió encuadra en uno u otro supuesto, o en ninguno. Esa no es tanto una cuestión normativa o de interpretación jurídica, es fundamentalmente de interpretación de los hechos a través de la prueba producida.

En las facultades discrecionales la prueba también determina la solución del caso. Todas las técnicas de control de la discrecionalidad —principios jurídicos indeterminados, hechos determinantes, buena fe, desviación de poder, confianza legítima, principios generales del derecho, proporcionalidad, relación coste-beneficio, razonabilidad, etc.— se ejercitan a través de la percepción de los hechos que se realiza y evalúa a través de la prueba. Estos principios son reconocidos como constitucionales por el principio del debido proceso legal y también supranacionales por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Son también supranacionales en Europa, en que la Convención Europea permite construirlos y lo ha hecho la jurisprudencia desde sus comienzos.²

^{5.1} Ampliar en GOLDENBERG, *op. cit.*, caps. VI a X, p. 148 y ss.

^{5.2} En el TJE el caso *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citado en CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè Editore, 1999, p. 317. El principio de razonabili-

6. *La doctrina de los actos propios y la propia prueba en contra*

La mejor forma de interpretar la conducta y la intención de las partes, como también la validez de su comportamiento y las consecuencias jurídicas que cabe aplicarle, es ver lo que han hecho y dicho, sus actos, sus actitudes: es en los hechos y en los papeles, los propios papeles donde se reflejan, por lo general, los actos propios cada uno.¹ Por lo demás y como lo tiene sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doctrina de los actos propios se emparenta con el principio de la buena fe y entre ambos constituyen principios cardinales de nuestro ordenamiento jurídico. Ha dicho así que “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado.” “*El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho*, lo que ha quedado plasmado en brocados como el que expresa “*venire contra*

dad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, etc., es universal y de larga data. Por ello la Corte Europea no vino sino a reiterar algo que ya estaba en los derechos nacionales. Ver p. ej, para el derecho alemán y portugués, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 670/3 y sus referencias de las notas 490 y ss. a la doctrina alemana.

^{6.1} Comp. la jurisprudencia que cita KIELMANOVICH, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 338/40.

factum propium non valet” que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe.”²

Igual principio ha sido destacado por la doctrina,³ y como ha dicho también la Corte, “resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro.”⁴ La documentación frecuentemente predetermina, sin que las partes lo sepan siempre claramente al momento que lo van conformando con su acción o con su silencio, la solución del juicio:⁵ será luego tarde, con frecuencia, querer revertir lo que se ha actuado, callado u omitido en forma consistente. Por eso el derecho romano avisaba: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt*.

7. La prueba en sede judicial

Existe un punto previo a la demanda en que se pueden producir pruebas: tanto pruebas priva-

^{6.2} CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana*, JA, 1989-IV, 429.

^{6.3} MAIRAL, HÉCTOR, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

^{6.4} CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, LL-1992-B, 216 y ss., cons. 4° *in fine*. Este principio también se menciona como confianza debida, o garantía de protección de la confianza. Ver *supra*, cap. II, nota 2.16 .

^{6.5} Ver también BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 34 y ss., donde recuerda a ANDRÉ MAUROIS en la frase “sobre el papel todo tiene aire de verdad.”

das o extrajudiciales —a que luego nos referimos—, como *pruebas judiciales previas* al proceso mismo, lo que en el derecho procesal llamamos medidas de prueba anticipada. En este caso el litigante se presenta a la justicia antes de iniciar la demanda y pide la producción de determinadas pruebas, conforme a los supuestos en que el código lo autoriza. Un caso típico es cuando el futuro litigante pide el secuestro del expediente, documentación, libros, etc. En este caso, quedará a criterio del tribunal si existen o no razones fundadas para el secuestro: generalmente cuando se puede alegar fundadamente que se están haciendo maniobras con ese expediente que van a distorsionar su realidad o su verdad. También se puede en ese momento previo a la demanda producir otras medidas de prueba. Hay acá una situación que la veremos repetida para el abogado que va a hacer la demanda: encuentra el expediente, estudia el tema, quiere armar la demanda y se da cuenta que con los elementos probatorios que tiene el juez tal vez no le de una medida cautelar; necesita más elementos probatorios.

Si se pone a probarlos en juicio, se le va a ir el tiempo; entonces puede ser del caso producir privadamente la prueba y según el grado de convicción que ésta tenga, según la credibilidad de los expertos, testigos, peritos que consiga, ver si con todo ese paquete de pruebas producidas anticipadamente, logra o no conseguir la medida cautelar.

Otra hipótesis de prueba es acudir a la justicia penal para investigar la conducta de funcionarios administrativos, o de particulares relacionados con la administración pública en virtud de concesiones o privilegios. Por esa vía más difícil, dadas las mayores exigencias del derecho penal para incriminar una conducta, pueden acreditarse hechos que aunque no justifiquen calificación penal sí pueden permitir probar ciertos hechos que después servirán de base para la demanda en otra sede.

8. *Producción privada de la prueba*¹

8.1. *Testimonios*

Cuando haya dificultad de producir tempranamente la prueba en sede judicial, es pertinente utilizar una variante de lo que en el derecho norteamericano se denomina *affidavits*, que son declaraciones que prepara una persona en forma unilateral y privada y se incorpora como prueba documental.

Nada impide en derecho, siempre que se obre de buena fe, pedirle a un testigo que escriba su declaración en una carta expresando aquello que él conoce: esa prueba documental puede reforzarse con su ofrecimiento como testigo, para que se lo llame para que ratifique su firma y contenido, repreguntarle, etc. Ello no importa tampoco adelantar cuál puede ser la fuerza de convicción

^{8.1} Ver nuestro *Tratado...*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. VI, § 7, 19.2, 22.7, 22.8, 26.2; cap. VIII, § 10.1.

que esa prueba tenga luego en sede judicial; ni incluye la realización de la actividad probatoria bajo control de ambas partes cuando ello es materialmente posible.

8.2. *Pericias*

Lo mismo se aplica a las pericias, que pueden producirse privadamente e incorporarse al expediente ofreciendo simultáneamente al perito como testigo, para ratificar sus dichos, ser re-preguntado, etc.

9. *Las pruebas ilegalmente obtenidas.*

Es fundamental en el derecho administrativo el principio procesal de que son inadmisibles las pruebas ilegítimamente obtenidas.¹ Así una escucha telefónica hecha por la administración o terceros sin autorización judicial,² un allanamiento de domicilio sin autorización judicial, o excediendo la autorización judicial; producción de prueba sin contralor de la contraparte, etc. Y se aplica también en casos extremos, como las declaraciones obtenidas bajo tortura.

^{9.1} Ver *supra*, nota 3.10. Ampliar en nuestro libro *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, cap. VI, § 17, “Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente adquiridas.”

^{9.2} A su vez, incluso la autorización judicial procede con criterio restrictivo: *Mille*, CNCrim. y Corr., Sala IV, *LL*, 1997-C, 416; *Rodríguez*, TOral Criminal n° 9, *LL*, 1997-D, 613; *Tellos*, CNCasación Penal, Sala III, *LL*, 1995-B, 63; *Del Bagno*, TOral Criminal Federal, Mar del Plata, *DJ*, 1994-2-453; OLDANO, IRIS, “Escuchas telefónicas”, *JA*, sem. n° 6163 del 17-XI-99.

Este principio general se extiende a la inadmisibilidad de las pruebas reservadas o secretas. Ellas han existido siempre en la historia en regímenes autoritarios, pero de tanto en tanto pretenden reaparecer y es entonces necesario que los tribunales mantengan firme el principio de que las pruebas secretas son inadmisibles en derecho. El principio prohibido de la “prueba” secreta o reservada intenta reaparecer p. ej en las deportaciones de personas, en que suele haber informes de los organismos de seguridad, que — por sus propios mecanismos— son a veces de por sí secretos. (Informantes, etc.) Los tribunales de todo el mundo resuelven que los informes secretos no son admisibles como prueba y por lo tanto no permiten expulsar a una persona con ese fundamento.³

10. *El alegato informal*

Hay una práctica procesal que con diferentes nombres y matices existe en algunos países y está prohibido en otros: en nuestro *argot* forense se lo llama “el alegato de oreja”; en el derecho norteamericano son las comunicaciones *ex parte* que están prohibidas entre el magistrado y uno de

^{9.3} *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. IV, § 17, “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?” En materia penal *stricto sensu* la legislación admite el agente encubierto, pero con algunos recaudos y para delitos de especial trascendencia como el tráfico sustancial de estupefacientes, como explica PALACIO, LINO ENRIQUE, *La prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 96 a 104, § 16.4.4, “Agentes encubiertos.”

los litigantes, a punto tal de resultar virtualmente inconcebibles.¹ Es algo que practica en mayor grado y con mayor libertad el abogado de la administración. Él habla privadamente al juez o al tribunal y le expone alguna situación que no introduce en la litis como cuestión de hecho y prueba. Puede que esa situación de hecho sea lo suficientemente importante como para que el juez no pueda evitar tenerla presente *in pectore* al momento de juzgar (la dimensión presupuestaria, internacional, política o económica del problema, sus repercusiones para el gobierno o la opinión pública, etc.; en suma, la jurisprudencia de intereses que nuestros tribunales tanto usan y tan poco explicitan). Cuando el tribunal lo admite, que es siempre, de hecho admite entonces también el alegato *ex parte* del particular. Pero el peso de su argumentación no es ni remotamente comparable a la del Estado y el individuo se queda sin poder rebatir —ni siquiera conocer— lo que la administración ha dicho al tribunal a espaldas del proceso, del particular, del orden jurídico. La desigualdad e injusticia del proceso deviene inconstitucional. Para solucionar esta distorsión procesal no cabe sino acudir a la oralidad al menos en la fase de alegato final, pues oralidad implica no solo intermediación e igualdad entre las partes, sino también publicidad y control social: que la sociedad pueda ver en base a qué pruebas el tribunal resuelve qué cosas.

^{10.1} Ver las referencias del cap. XVI, § 12, nota 12.2. Ver también *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión, 2001, p. 233.

11. *Pruebas que hacen a la privacidad de la persona*

Más complejo es lo atinente a las pruebas que se refieren a la privacidad de las personas, p. ej su salud. Ello generalmente se considera amparado en el principio de privacidad. En los tribunales administrativos internacionales en alguna ocasión se utiliza el criterio de requerir este tipo de información para utilizarla *in camera*, sin incorporarla necesariamente al expediente.¹ También se admite en Francia que el tribunal puede requerir dar al requirente la información acerca de su salud y queda librado a él si la somete o no al tribunal.² En la carrera policial y militar la salud es básica en los ascensos y retiros. Es frecuente encontrar fallos que analizan la razonabilidad de las constancias médicas al efecto. En éstos y otros casos pareciera que el que se encuentra en tal condición no tiene más remedio que resignar su privacidad médica para poder acceder al juzgamiento. No es una solución satisfactoria pero no tiene otra salida que la publicación del fallo con iniciales y no con el nombre y apellido completo³ (una precaución que a veces

^{11.1} Así, el Tribunal Administrativo del BID. Ver nuestro *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, cap. XVI.

^{11.2} CHAPUS, RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, 4ª ed., Montchrestien, París, 1993, pp. 612 y 621.

^{11.3} Otra variante es la adoptada por el Tribunal Administrativo del FMI, que asigna a cada caso una sigla convencional del estilo "Mr. A" o "Ms. B", haciendo entonces difícil, o incluso imposible, que los terceros conozcan quiénes son los actores.

ni siquiera la Corte Suprema ha tomado).⁴ La Cámara también ha sacado fallos con nombre y apellido de personas con SIDA, lo que pareciera una violación del derecho a la intimidad en la legislación vigente.⁵ El mejoramiento de las técnicas de curación del SIDA, más una mejor tutela contra la discriminación, están reorientando el derecho hacia privilegiar la información y consiguiente posibilidad de curación con el diagnóstico precoz, por sobre el derecho a la intimidad del enfermo. Hay en esto una constante del derecho.

^{11.4} Existen pronunciamientos que avalan exámenes de sida sin consentimiento, lo cual privilegia otros valores por sobre la privacidad. Ver KEMMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "El sida en la jurisprudencia", Buenos Aires, La Ley, 1999, quien orienta sobre los precedentes: *DT*, 1997-B, 1779; *JA*, 1997-V, 329; *ED*, 160: 327; *LL Buenos Aires*, 1996-949, etc. La doctrina privilegia la privacidad, la jurisprudencia no.

^{11.5} La ley 23.798, de prevención y lucha contra el SIDA, en su art. 2º, dice que no se puede "a) Afectar la dignidad de la persona; b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; d) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina; e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada. El art. 6 dispone que "Los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos en riesgo de adquirir el síndrome de inmunodeficiencia están obligados a prescribir las pruebas diagnósticas adecuadas para la detección directa o indirecta de la infección"; el art. 8º establece: "Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarle sobre el carácter

12. *Medios de prueba*

El principio siempre es el de la libertad para las partes en la elección de los modos de prueba, sujeto a las posibilidades materiales del tribunal.¹

Pero hay en ello una gran limitación fáctica que no dimana de los hechos sino de la discrecionalidad: uno propone testigos o peritos y la administración no los llama o designa —hay que producir prueba privada—; uno pide al juez la inspección ocular o el reconocimiento judicial y no lo ordena —hay que acompañar *antes* fotografías, videos, etc. El particular debe pues adelantarse a producir la prueba que de antemano intuye que la administración o el tribunal no ordenarán.

12.1. *Fotografías y video*

Cabe admitir todos los medios de prueba y dentro de ellos cabe mentar las fotografías, que los abogados a veces no utilizan suficientemente. El saber ver, *sapere vedere*, requiere la visión directa o indirecta del objeto.² Si no se hace una inspección ocular, puede resultar importante que estén las fotografías o el video.

infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada.”

^{12.1} COLSON, *op. cit.*, p. 166 y ss.

^{12.2} Claro que el ser humano también allí se equivoca. Hemos visto sentencias de 1ª instancia decidiendo en un sentido en base a que el documento principal era una fotocopia y la cámara revocando en base a señalar que no era fotocopia, sino original.

La fotografía tiene una fuerza de convicción bastante importante, sobre todo si son fotografías numerosas, variadas, que permiten apreciar aquéllo que uno quiere describir. El abogado ha de tomarse el trabajo de fecharlas y firmarlas al dorso, declarando bajo juramento, como auxiliar de la justicia, que han sido tomadas en ese momento y lugar. Pueden tomarse más recaudos todavía y hacerlas mediante un acta notarial por un escribano público, por fotógrafo profesional y con testigos, igual que para una grabación telefónica, “cámara oculta”, etc. Estos requisitos son cada vez más necesarios a medida que el desarrollo tecnológico permite modificar una fotografía con la computadora;³ lo mismo es aplicable a otros medios de almacenamiento de datos que luego mencionaremos. En el pasado reciente, cuando se incorporan suficientes fotografías de alguna cuestión debatida, la práctica es que ella no suele ser cuestionada y a lo sumo pasa a ser una cuestión no relevante para la conclusión del caso. Si *no* se aportó la prueba fotográfica, entonces sí, a la inversa, puede llegar a ser una cuestión relevante. Con el tiempo será indispensable rodear a esta prueba de mayores formalismos como los que explicamos anteriormente. Lo mismo es aplicable al video, que es admisible

^{12.3} En tal sentido ver CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 656; “Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas data operativo”, *LL*, 1995-E, 293 donde explica también muchos de los nuevos trucos para alterar imágenes, de lo que resulta la necesidad expuesta en el texto.

como prueba, pero que conviene acompañar de una desgrabación para facilitar su lectura y rodear igualmente de otros recaudos probatorios.⁴ Un punto distinto con las fotografías y los videos es el referente a los tomados a distancia, si violan o no la privacidad de las personas: sobre esto se aplica el principio de la inadmisibilidad de las pruebas ilegalmente obtenidas.

12.2. *Fax, télex, etc.*

Pueden ser admitidos como prueba los télex, faxes y demás correspondencia entre las partes. Si bien es medio de prueba admisible solamente entre las partes, ello es así en tanto ambas la mantengan en reserva: si una de ellas hace pública su correspondencia con otro, entonces la pueden invocar los terceros, porque ha dejado de ser privada; por la acción de uno de los dos ha pasado a ser pública y queda un problema entre las partes sobre si una pudo o no hacer pública tal correspondencia privada.

Los diskettes y discos rígidos o CD-ROMs, *memory sticks* de las computadoras y videograbadoras o cámaras de foto digitales, también son admisibles como prueba. Sin perjuicio de tener presente una siempre posible pericia adversa, en todo caso conviene precaverse y desgrabar el tex-

^{12.4} Sobre el valor probatorio del video: *Charlin*, CNTrab., Sala III, *LL*, 1984-D, 401; *DJ*, 1984-6, 182. Y su complementación con acta notarial, *Díaz de Vivar*, Juzg. Nac. Civ., n° 67, *LL*, 1998-C, 88.

to o imágenes y aportarlos documentalmente, previa certificación notarial de su autenticidad. Cabe admitir también el reconocimiento judicial, la inspección ocular, aunque en esto los tribunales son bastantes reticentes a su producción.⁵

12.3. Grabaciones telefónicas

12.3.1. Telefonía común

También son admisibles las grabaciones telefónicas o personales, con algunas limitaciones. Las conversaciones telefónicas son equiparables a la correspondencia. Son privadas entre las partes; pero conviene también recordar que cuando uno escribe es más cuidadoso, cuando uno habla lo es menos. El otro puede estar grabando y es cuestionable si una de las partes en una conversación, graba lo que la otra dice; es un punto opinable.⁶ ¿Pero qué pasa cuando la persona con la cual yo hablo, me graba y usa públicamente la grabación contra mí? ¿Esa información pasa al dominio público, la puede invocar cualquiera como prueba?

^{12.5} Sin desconocer las dificultades prácticas que ello representa para todo tribunal, no puede dejar de expresarse que la verificación directa es una de las mejores formas de percepción de la realidad. Para un análisis de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94–98.

^{12.6} En el proceso penal se requiere previa autorización judicial, pero la regla conoce excepciones, como explica PALACIO, *La prueba...*, *op. cit.*, § 12.4, “Intervención de comunicaciones telefónicas”, pp. 72–76.

12.3.2. *Telefonía celular y otras grabaciones*

Existen fallos que afirman que la comunicación por un teléfono celular, al transmitirse por las ondas que son del dominio público o la llamada banda ciudadana, no constituyen una comunicación privada sino pública. Se equipara a una transmisión radial. Una persona que la tenga sintonizada la puede grabar y usar como prueba.

Otra cuestión es la grabación de una conversación personal. Esa prueba, si bien es una grabación ignorada por el otro, suele admitirse como válida; no es una prueba ilegítimamente obtenida.⁷ Por lo tanto, si se está hablando con un funcionario con un grabador encendido en el bolsillo, lo que aquél diga se puede usar como prueba.⁸ En un sumario, si están tomando declaración a un testigo y el sumariante se niega a dejar exacta constancia de lo que el testigo dice y las objeciones no las registra en el acta, es sencillo: hay que llevar un grabador y luego controlar el texto del sumariante con la propia grabación, como si se tratara de una entrevista periodística.

12.4. *Otros medios de prueba*

No existe disposición que limite los medios de prueba de que puede hacerse uso. Pueden em-

^{12.7} A menos que exista relación de dependencia, caso en el cual se requiere que no sea subrepticia.

^{12.8} Lo mismo en materia penal en lo que se refiere a la "cámara oculta" de TV. PALACIO, *op. cit.*, pp. 76/7.

plearse los accesibles a través de técnicas antiguas o modernas: pruebas fonográficas⁹ o magnetofónicas, fotográficas según ya vimos,¹⁰ radiográficas,¹¹ etc. También ya recordamos los viejos *floppy disks* y los disquetes rígidos, discos duros (*hard drive*) de computadora, discos láser o CD-ROMs, DVDs y todo lo demás que el desarrollo tecnológico produzca en el futuro.

El uso de datos de la internet como prueba tuvo al comienzo dificultades de admisión en virtud de las posibilidades técnicas y las inclinaciones o incluso comodidad material del tribunal. Si se ofrece como prueba que el tribunal consulte a la Internet, o en Francia al Minitel, la decisión sobre la admisibilidad de la prueba fue inicialmente adversa.¹² Con todo, ya hay sentencias y tribunales que invocan y aplican información técnica obrante en Internet.¹³

En Uruguay las normas crean el procedimiento y “el expediente electrónico”, el cual “tendrá

^{12.9} COLOMBO, LEONARDO, “La prueba fonográfica de los hechos”, *LL*, 51:1152.

^{12.10} Ver DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, “La fotografía como prueba en el juicio civil”, *JA*, 23: 117. El tema debe ser replanteado, desde luego, a partir de la fotografía digital.

^{12.11} Respecto de las placas de rayos “X” puede verse el trabajo de CHARLES C. SCOTT, en “*Michigan Law Review*”, Ann Arbor, t. 44, n° 5, 1946, p. 773 y ss.

^{12.12} Así en Francia para el Minitel: CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 607.

^{12.13} Por ejemplo, *abstracts* de medicina tomados de www.medscape.com, utilizado por la CNFedCA, Sala IV, *B. de P., C. E. y otros c. Policía Federal Argentina*, *LL*, 25-I-01, p. 3.

la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional”, o tramitado “por medios convencionales.”¹⁴ Allí el ordenamiento es vigoroso en el paso adelante, aunque no hacen falta normas expresas para admitirlo.¹⁵

También existe el derecho a que la administración elabore, publique y proporcione estándares de calidad de los servicios.¹⁶

Igualmente son admisibles las inspecciones oculares, o a través de otros sentidos: prueba de gusto, de olfato, de tacto, de oído;¹⁷ con todo, en estos casos es más probable que la apreciación de tales hechos se efectúe por medio de peritos;¹⁸ o con la colaboración de peritos,¹⁹ es decir, reali-

^{12.14} DELPIAZZO, CARLOS E., *El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático*, UTE, *Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas*, Montevideo, 1999, p. 39 y ss., p. 47.

^{12.15} DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 46.

^{12.16} Dice el decreto 229/2000 en su art. 5º, inc. b), c) y d): “b) Determinar los niveles o estándares de calidad actuales en la provisión de los servicios que se suministran a los usuarios y las metas cuantificables para su desempeño futuro”, “c) Establecer un sistema de monitoreo y evaluación del cumplimiento de los estándares sobre la base de un conjunto homogéneo de indicadores”, “d) Realizar una amplia difusión de los resultados, en un lenguaje claro y accesible para el conjunto de la población.”

^{12.17} HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54; en el proceso ordinario ver ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 239; EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, 1946, p. 74.

^{12.18} Es más probable y más frecuente en la práctica, pero no necesario.

^{12.19} HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54.

zar la medida probatoria el funcionario personalmente, pero acompañado y aconsejado por el perito.²⁰ También puede combinarse la prueba pericial y la prueba de inspección ocular disponiendo que el órgano esté presente durante la realización de la pericia, lo que da más inmediatez a la prueba,²¹ sin sustituir al medio de prueba.

La inspección ocular, táctil, olfativa, etc., puede realizarse no sólo sobre objetos inanimados, sino también —en ciertos casos— sobre personas y animales,²² pudiendo consistir en una comparación, medición, etc.; constituye un medio de prueba de cierto interés, en cuanto otorga inmediatez,²³ pero no existe una obligación legal de soportar la inspección,²⁴ razón por la cual será necesario el consentimiento de la persona. No procede en cambio la inspección ocular sobre archivos, cuando ella puede ser suplida por informes o certificaciones.²⁵ El campo más propicio

^{12.20} El art. 479 del CPCCN expresa que el reconocimiento judicial (no se usó ahora la expresión “inspección ocular”, por su reconocida limitación a un solo sentido), podrá ordenarse también con “la concurrencia de peritos y testigos a dicho acto.”

^{12.21} HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

^{12.22} HELLBLING, *op. loc. cit.*

^{12.23} HELLBLING, *op. cit.*, p. 311.

^{12.24} Tampoco en el derecho austríaco: HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

^{12.25} Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político Administrativa, fallo del 2-8-67, transcripto en BREWER-CARIAS, ALLAN-RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, *La actividad administrativa*, vol. 1, *Reglamentos, procedimientos y actos administrativos*, Caracas, EJV, 1976, pp. 160 y 161.

para la inspección ocular, en la práctica, suelen ser los casos de urbanismo y medio ambiente.²⁶ Suele caracterizarse a la inspección ocular como una actividad que se desarrolla fuera de la sede del organismo,²⁷ pero si bien ello es lo usual no constituye una regla absoluta, ya que las partes pueden traer a la sede del órgano el objeto respecto del cual se propone su conocimiento directo por el tribunal, cuando ello es materialmente posible.

^{12.26} Tal es la opinión de CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op.cit.*, p. 614, quien agrega la expropiación. Sin olvidarse de la entrevista personal, que solemos olvidar como elemento de convicción pero se utiliza en momentos claves, p. ej. antes de conferir un cargo o empleo, etc.

^{12.27} TENTOLINI, OTTORINO, *La prova amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1950, p. 151.