

## CAPÍTULO I

### LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

#### SUMARIO

1. Recapitulación .....	I-1 / 65
2. Introducción.....	I-7 / 71
2.1. Unidad de la prueba en los distintos procesos .....	I-7 / 71
2.2. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba.....	I-7 / 71
2.3. La dispensa de prueba .....	I-8 / 72
2.4. La prueba en las facultades regladas y discrecionales.....	I-9 / 73
3. Los tiempos de producción de la prueba.....	I-10 / 74
3.1. La carga y oportunidad de la prueba .....	I-10 / 74
3.2. Prueba en sede administrativa: El expediente.....	I-11 / 75
3.2.1. Su carácter de instrumento público o no .....	I-12 / 76
3.2.2. La doctrina de los actos propios y el expediente administrativo.....	I-14 / 78
3.2.3. La vista y fotocopia del expediente .....	I-15 / 79
3.3. La prueba en sede judicial.....	I-15 / 79
3.4. Prueba judicial en otra jurisdicción o competencia .....	I-16 / 80
3.5. Producción privada de la prueba .....	I-18 / 82
3.5.1. Testimonios .....	I-18 / 82
3.5.2. Pericias.....	I-18 / 82
4. Legalidad y admisibilidad de la prueba .....	I-18 / 82
4.1. Las pruebas ilegalmente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas.....	I-18 / 82
4.2. El alegato informal .....	I-19 / 83
4.3. Pruebas inadmisibles.....	I-20 / 84
4.4. Pruebas que hacen a la privacidad de la persona.....	I-20 / 84
5. Medios de prueba .....	I-21 / 85
5.1. Prueba testimonial y de absolución de posiciones .....	I-21 / 85

5.1.1. De los funcionarios públicos.....	I-21 / 85
5.1.2. De los particulares.....	I-22 / 86
5.1.3. Testigos expertos.....	I-22 / 86
5.2. Pericias e informes técnicos .....	I-22 / 86
5.3. Fotografías y video.....	I-23 / 87
5.4. Fax, télex, etc. ....	I-24 / 88
5.5. Prueba de informes .....	I-24 / 88
5.6. Grabaciones telefónicas.....	I-24 / 88
5.6.1. Telefonía común .....	I-24 / 88
5.6.2. Telefonía celular y otras grabaciones.....	I-25 / 89
5.7. Otros medios de prueba.....	I-25 / 89
6. Gobierno y apreciación de la prueba. Teoría y praxis .....	I-27 / 91
6.1. En primera instancia judicial.....	I-27 / 91
6.2. En instancia única colegiada .....	I-28 / 92
6.3. La importancia de la prueba privada en tales casos .....	I-29 / 93
6.4. El prejuzgamiento judicial en casos de instancia colegiada única .....	I-29 / 93
6.5. Eficacia y admisibilidad de la prueba .....	I-29 / 93

## Capítulo I

### LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

#### 1. Recapitulación<sup>1</sup>

Para tener éxito en la defensa de un derecho en sede administrativa o judicial, de manera preventiva o reparatoria, primero hay que probar los hechos que lo sustentan, pues las normas “no se activan por sí mismas.”<sup>2</sup> “Todo depende del asunto,”<sup>3</sup> y son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una determinada

<sup>1</sup> Resumimos aquí parte del t. 1, cap. I; *El método en derecho*, Buenos Aires, FDA, 2013; t. 4, cap. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba” y cap. VII, “Producción y valoración de la prueba;” *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003 y su versión castellana, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007; *Une introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003; NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003. Ver también, GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Civitas, 1994, 2ª ed.; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., Título Cuarto, Capítulo Segundo, Sección primera, segunda parte, “La prueba,” pp. 323-39; HUTCHINSON, TOMÁS, “De la prueba en el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1998, pp. 375-99; DE KEMMETER, ALEJANDRO PABLO, “La importancia de la prueba en el procedimiento administrativo,” en U.A., *op. cit.*, pp. 400-20; ANDREUCCI, CARLOS ALBERTO, “Prueba y procedimiento administrativo,” U.A., *op. cit.*, pp. 421-31; CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999; CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.; SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *La prueba*, Buenos Aires, EJE, 1978; MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Prueba, incongruencia, defensa en juicio (El respeto por los hechos)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977; FALCÓN, ENRIQUE, *Cómo se ofrece y se produce la prueba*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, 2ª ed.; DE GASTINES, LOUIS, *Les présomptions en droit administratif*, París, L.G.D.J., 1992; BENVENUTI, FELICIANO, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padua, 1953; EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992; CARNELUTTI, FRANCESCO, *La prueba civil*, Buenos Aires, Depalma, 2000, 2ª ed.; PIRÁN, CARLOS J., *La prueba en el ámbito de la administración*, Montevideo, FCU, 1974; ESGUERRA SAMPER, JOSÉ MARÍA, *Apuntes de derecho probatorio*, Bogotá, P.U.J., 1992; ESPINOSA LÓPEZ, LUIS GERARDO, *Derecho Probatorio. Curso teórico práctico (jurisprudencia y doctrina)*, Bogotá, 1986, 2ª ed.; PARRA QUILJANO, JAIRO, *Tratado de la prueba judicial*, 5 vols., Bogotá, 1991.

<sup>2</sup> BINDER, DAVID A. y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 2. Tampoco los principios a que nos referimos *infra*, t. 9, Libro II, cap. VII.

<sup>3</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 y 97.

regla sustantiva;”<sup>4</sup> “el alcance de una regla y, por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos.”<sup>5</sup> Hoy en día enfatizaríamos lo mismo para los principios jurídicos a que nos remitimos *supra*, nota 2. Estos se determinan necesariamente a través de la prueba, correspondiendo entonces a los intérpretes del derecho, sean estos los abogados, los funcionarios o el conjunto de empleados, funcionarios y magistrados que integran cada órgano jurisdiccional, como primera medida y antes de ver el derecho, detenerse en “verificar si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para autorizar la medida,”<sup>6</sup> pues “el control de legalidad supone que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente y las sanciones se ajusten a su texto;”<sup>7</sup> “la justicia de la solución del caso concreto deriva de la dilucidación verdadera de los hechos y el derecho en él involucrados.”<sup>8</sup> El derecho ha sido 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 ser «racional», pero no es una decisión «racional» en el caso del cual se trata.”<sup>9</sup>

Conviene detenerse un instante en este punto para puntualizar 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 al arbitrio de la Administración” (ni de cualquier otro órgano de los que componen el Estado) “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 Administrativo.”<sup>10</sup>

Es necesario pues que un buen abogado, funcionario o juez indague “—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaba o no en el

<sup>4</sup> BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>5</sup> LEVI, EDWARD, *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

<sup>6</sup> CNFed. CA, *Lamas, LL*, 123: 149, *JA*, 1966-V, 203; CNT, Sala V, 1960, *Arroyo, LL*, 101: 3.

<sup>7</sup> CSJN, *Molinelli*, 1967, *Fallos*, 267: 77 y 79 y *Grichener*, 1965, *Fallos*, 262: 67 y 71, cons. 5º y sus referencias.

<sup>8</sup> GUASTAVINO, ELÍAS, *Tratado de la “jurisdicción administrativa” y su revisión judicial*, t. I, Buenos Aires, 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;” ver también TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 400.

<sup>9</sup> JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 601.

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1983, 3ª ed., pp. 31-2, quien recuerda su art. “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria.” Esta famosa frase es también transcrita por TAWIL, t. II, *op. cit.*, pp. 392-3.

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*.<sup>11</sup>

Pues para determinar esa realidad se hace necesario como primera medida “examinar muy atenta y completamente el conjunto de la documentación,” se trata entonces del esfuerzo por “hacer hablar los papeles” según la antigua fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;<sup>12</sup> es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente.”<sup>13</sup>

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida administrativa;”<sup>14</sup> si, como es claro, el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquella que postulan «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar»,”<sup>15</sup> y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones;”<sup>16</sup> no queda sino el indispensable camino de “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas.”<sup>17</sup>

Tanto en ARISTÓTELES como en SANTO TOMÁS puede encontrarse la base experimental del conocimiento humano, idea destacada por éste último;<sup>18</sup> LEIBNIZ 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

<sup>11</sup> PADILLA, MIGUEL, *Leciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

<sup>12</sup> CORMENIN, M. DE, *Droit administratif*, t. I, París, Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destacaba el trabajo detallista de auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes; CHAPUS, RENÉ, *Droit Administratif Général*, t. I, París, 1985, p. 316; 1993, 7ª ed., p. 366 y ss.; RIGAUD, JACQUES y DELCROS, XAVIER, *Les institutions administratives françaises. Les structures*, París, 1984, p. 238. El “saber ver” es un arte difícil, hasta en lo que parece ser fácil: *infra*, nota 100.

<sup>13</sup> LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés,” *RAP* (Madrid), 7: 221.

<sup>14</sup> 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.*

<sup>15</sup> Ver RIVERO, “Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif,” en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, L.G.D.J., 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,” CONSEIL D'ÉTAT, *Études et Documents*, 1979/1980, 31: 27-30. Ver 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. Ver en NIETO y GORDILLO, *op. cit.* mi nota “Neutralidad vs. imparcialidad e independencia,” pp. 80-1.

<sup>16</sup> LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

<sup>17</sup> LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

<sup>18</sup> COPLESTON, F. C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, FCE, 1969, pp. 25-30.

del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.<sup>19</sup>

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados, más el expediente administrativo, ha permitido avanzar en la determinación de los hechos. Pero también 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 brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos. Ello es así en buenos principios<sup>20</sup> y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.<sup>21</sup> 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 pudo 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”<sup>22</sup> y también lo es que cada instancia 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.<sup>23</sup>

<sup>19</sup>VERNENGO, ROBERTO, *Investigación sobre la naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, CDCS, 1973, pp. 19-21.

<sup>20</sup>P. ej. en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1970, que dedica parte de su libro a la búsqueda de pruebas por el juez, p. 97 y ss.; KIELMANOVICH, JORGE L., *Medios de prueba*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993. Con todo, a veces los justiciables provocan la frustración del tribunal (algo así se advierte en *ADECUA c/ ENARGAS*, CNFed. CA, Sala IV, LL, 1998-F, 339 con mi nota “Un mínimo de actividad probatoria,” LL, 1998-F, 338, reproducido en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 99, p. 201), pero en todo caso la carga de la prueba está, en buenos principios al menos, en quien dictó el acto: es la administración la que debe arrimar al tribunal los elementos de juicio necesarios para que éste quede convencido de su conformidad a derecho. Sin embargo el justiciable prudente debe hacer el indispensable esfuerzo probatorio e incluso preconstituir y producir privadamente la prueba: *infra*, t. 4, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba,” § 10.1, “Producción privada de la prueba.” Recordemos que la ley 25.488 dispuso que los jueces deben —en lugar de pueden— dictar medidas para mejor proveer. (Art. 36.)

<sup>21</sup>P. ej. en el caso *Saguir y Dib*, Fallos, 302-2: 1284, año 1980. La CSJN en *Mendoza*, Fallos, 329: 2316, 2006, ha solicitado una importante cantidad de elementos probatorios a fin de determinar la contaminación ambiental de la cuenca río Matanza- Riachuelo y su corrección.

<sup>22</sup>LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61. *Infra*, t. 4, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba;” ARAZI, ROLAND, “El ocaso de las teorías sobre carga de la prueba,” LL, 2000-A, 1041; 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 LUIS, “Carga de la prueba en los procesos de daños,” LL, 1991-A, 995; EISNER, ISIDORO, LL, 1994-C, 846.

<sup>23</sup>BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5. Comp. LORD DENNING, *op. cit.*, p. 62.

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,<sup>24</sup> los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta 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 producirse nueva prueba, varía nuestra percepción de los hechos y por ende del caso.

Cabría preguntarse aquí, si incurriría el juzgador en una violación al principio de congruencia en el supuesto de considerar en su decisión hechos relevantes no afirmados por las partes. No obstante, debe advertirse que “la misión del juzgador es asegurar la efectividad del derecho en su integridad, así como las garantías constitucionales en su conjunto, mandato que impone, en algunas situaciones, flexibilizar la congruencia (vale decir, hacer una excepción a este postulado), siempre que se asegure la bilateralidad, con el objeto de acordar una solución mejor y más justa al conflicto.”

Es que el fundamento estriba en la eficacia de la sentencia, permitiendo la actualización de las cuestiones fácticas que la decisión está llamada a regular. Así pues, tal como el art. 163, inc. 6º, del CPCCN, permite al juez hacer mérito en su sentencia de hechos no afirmados, producidos durante la sustanciación del juicio y que resulten de la prueba, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos; todo aquel que está llamado a resolver una contienda (funcionario, juez administrativo o judicial) debiera considerar oficiosamente hechos distintos de los invocados y que resulten de la prueba a fin de resolver el conflicto a la luz de la realidad actual.<sup>25</sup>

Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevenientes” que modifiquen “el supuesto de hecho inicial,” sino que también pueden cambiar “las reglas aplicables,”<sup>26</sup> “el resultado que se considera deseable,” la autoridad decidente,

<sup>24</sup> ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328; CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 139 y ss.

<sup>25</sup> DE LOS SANTOS, MABEL A. “Flexibilización de la congruencia,” *LL*, 2007-F, 1278.

<sup>26</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 32-3, punto G. En otro sentido agrega LEVI, *op. cit.*, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas,” en el derecho administrativo argentino esto adquiere niveles previamente inconcebibles, a punto tal que atentan contra la seguridad jurídica y la atracción de inversiones extranjeras, auyentando al mismo tiempo las nacionales. En el vol. anterior y en el presente abundamos en las referencias.

las circunstancias que rodean el caso,<sup>27</sup> el entorno jurídico político,<sup>28</sup> las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, los funcionarios mismos,<sup>29</sup> etc. Más aún, el abogado debe conocer la totalidad del contexto del caso: económico, social, etc. Según el tipo de casos que analice, ello puede llevarlo a incursionar por los más diversos campos de conocimiento, al menos para estar en condiciones de comprender una pericia, formular preguntas y repreguntas, y entender el impacto de tal prueba sobre el encuadre del caso. Es una de las razones que hacen fascinante la práctica del derecho: Uno se va enriqueciendo con informaciones que seguramente apenas llegará a conocer de manera superficial pero que en todo caso, al pertenecer a las ramas más diversas de las ciencias o de las artes, lo enriquecen espiritualmente. Es la única forma de practicar el derecho, comprendiendo la inserción de los hechos del caso en el mundo, en el estado actual del conocimiento humano.

Algunos fallos consideran que “las sentencias deben atender a la situación existente al momento de la decisión,<sup>30</sup> lo que torna inoficioso su tratamiento al carecer el planteo de objeto actual;”<sup>31</sup> 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”<sup>32</sup> 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.”<sup>33</sup>

Recuerda CARDOZO que en sus primeros años “Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil;” pero luego dijo: “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido

<sup>27</sup> Son “las circunstancias de la conducta:” RAFFO, *op. loc. cit.*; recuerda CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 160 y ss., 168, la necesidad de percibir la realidad social y económica y cómo un entorno social distinto puede hacer prevalecer un método interpretativo sobre otro: *op. cit.*, p. 226.

<sup>28</sup> Es la realidad política, que el abogado debe conocer: CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 170 y ss.

<sup>29</sup> Requiere la capacidad psicológica de percepción de otros: CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 165 y ss.

<sup>30</sup> CSJN, Fallos, 216: 147, *Manassé*, 1950; 243: 146, *Yanes de Touzón*, 1959; 244: 298, *Almansa de García*, 1959; 259: 76, *Montanaro*, 1964; 267: 499, *White de Torrent*, 1967; 308-1: 1087, *Pulvirenti de Alberte*, 1986; 318: 342, *Convención Reformadora de la Constitución de la Pcia de Buenos Aires*, 1995; 320: 1653, *Distribuidora Ganadera S.A.*, 1997; 331: 2628, *Edesur*, 2008.

<sup>31</sup> CSJN, Fallos, 231: 288, *Rubinstein*, 1955; 253: 346, *Semanario “Segunda República,”* 1962; 307-2: 2061, *Peso*, 1985; 316-1: 479, *Bahamondez*, 1993; 318: 1084, *Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente*, 1995, cons. 2°. No actúa así la Corte de EE.UU. en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

<sup>32</sup> O como dice CARDOZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale UP, reimpresión 1952, p. 161, “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados,” esto es, grandes principios; LORD DENNING, *The Discipline...*, *op. cit.*

<sup>33</sup> POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 261.



hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.”<sup>34</sup>

## 2. Introducción

### 2.1. Unidad de la prueba en los distintos procesos

El régimen de la prueba en el derecho procesal administrativo es básicamente el mismo que el previsto en el derecho procesal civil y comercial;<sup>35</sup> no suele haber sino escasas normas de derecho procesal administrativo que en materia de prueba dispongan algo diferente del derecho procesal común.<sup>36</sup> Sin embargo, la dinámica probatoria es distinta, primero porque una parte fundamental de la prueba está ya producida o puede ser producida en el procedimiento administrativo previo al judicial y segundo porque interfieren en la decisión, como veremos, problemas que no son propios del proceso ordinario.

En todo caso, es válida en el proceso administrativo aquella verdad eterna del proceso ordinario 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 procesal administrativo como de cualquier otro juicio. Por ello es necesario explicar sus matices.

### 2.2. 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 será otra. Esto es así en el derecho viviente, en cualquier filosofía o método jurídico, en cualquier

<sup>34</sup> CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

<sup>35</sup> 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...*, *op. cit.*, p. 918 y nota 7. Quienes postulan una diferencia están sosteniendo, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 920 y ss., 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.

<sup>36</sup> La prueba no figura en los análisis sobre reformas al régimen procesal administrativo, p. ej. en GONZÁLEZ PÉREZ, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.

sistema jurídico, en cualquier país. Sólo en algunos métodos de enseñanza se dice a veces otra cosa.<sup>37</sup>

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 salvo Dios sabe cuál es la verdad de un caso de derecho. Siempre va a ser una verdad provisorio, o más bien una mera conjetura, buena o mala, pero conjetura al fin, sujeta siempre a una 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;<sup>38</sup> el que sea imperfecta no le quita validez provisorio como conjetura o hipótesis, ni le quita la posibilidad de resolver en forma definitiva, en el marco de la *litis*, una cuestión contenciosa.

### 2.3. *La dispensa de prueba*

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

Hecho evidente es aquello que nadie podría discutir ni ignorar. Que existe la noche y el día; el sol, las estrellas, el calendario,<sup>39</sup> el tiempo, la vida y la muerte. “La evidencia se justifica porque es absoluta. Porque es irreversible lógicamente. Hasta porque no tiene demostración.”<sup>40</sup> 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.”<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Nos remitimos al t. 6, libro I, *El método en derecho*, cap. XVIII.

<sup>38</sup> Sobre “Las razones del juez” ver CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 135-54. 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, “El ocaso...”, *op. cit.*, y sus demás referencias; *infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. VI, § 2 y 3. Explicamos el tema con mayor detalle en nuestro libro *An Introduction to Law*, *op. cit.*, y su versión castellana *Introducción al derecho*, *op. cit.*

<sup>39</sup> SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, 1959, p. 103.

<sup>40</sup> CARNELLI, LORENZO, “El hecho notorio en el proceso dispositivo,” LL, 31: 631, 641; *El hecho notorio*, Buenos Aires, La Ley, 1944.

<sup>41</sup> EISNER, *op. cit.*, p. 45.

Hecho público y notorio es aquello que todos saben en determinado tiempo y lugar:<sup>42</sup> 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 disfrutan de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla;”<sup>43</sup> 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.”<sup>44</sup> En otras palabras, hecho notorio es aquel “que nadie lo pone en duda.”<sup>45</sup>

El conocimiento privado del juez es aquello que el juez sabe, pero no está en el expediente: No puede usarlo para resolver una cuestión, aunque debe ordenar medidas para mejor proveer, para introducirlas al expediente. De ese y no de otro modo puede llevarlo a la sentencia. Claro está, tampoco puede cerrar los ojos ante la mera realidad observable a simple vista o con un mínimo esfuerzo probatorio.

#### 2.4. *La prueba en las facultades regladas y discrecionales*<sup>46</sup>

Lo dicho se aplica tanto a las facultades regladas como a las discrecionales, vieja distinción que hoy se puede superar:<sup>47</sup> Porque habrá que determinar, ante los diversos supuestos de hecho previstos por la ley, si lo que resolvió el administrador encuadra en uno u otro supuesto, o en ninguno. Esa no es una cuestión normativa o de interpretación jurídica, es fundamentalmente de interpretación de los hechos a través de la prueba producida.<sup>48</sup> Es un misterio sólo explicable empíricamente<sup>49</sup> por qué existe en tantos países latinoamericanos y continentales europeos ese cisma entre la enseñanza y la experiencia del derecho viviente.

El que hablemos de expresiones académicas, pues, no le quita al tema su eminente empiricismo. En las facultades discrecionales como en la regladas la prueba determina la solución del caso. Todas las técnicas de control de la discrecionalidad y de las normas —principios jurídicos indeterminados, hechos determinantes, buena fe, desviación de poder, confianza legítima, principios

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. II, 2ª parte, Madrid, 1947, p. 380.

<sup>44</sup> LÓPEZ NIETO Y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 825; HELLBING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, Manzsche Verlag, 1953, p. 274.

<sup>45</sup> ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1956, p. 249.

<sup>46</sup> Ampliar en GOLDENBERG, *op. cit.*, caps. VI a X, p. 148 y ss.

<sup>47</sup> *Infra*, t. 9, Libro II, cap. VII, “Normas y principios.”

<sup>48</sup> Esto es el ABC de cualquier magistrado o abogado experimentado. Al abogado joven le lleva muchos años aprenderlo, duramente, con la experiencia.

<sup>49</sup> Lo intentamos en el t. 6, libro I, *El método en derecho*, cap. XVIII. Una visión más subjetiva o personal, coincidente, en el t. 10, *A mi padre: Éste soy yo*. La expresión actual de este párrafo corresponde a la posición adoptada y explicada *infra*, t. 9, *Primeros manuales*, Libro II, cap. VII, “Normas y principios.”

generales del derecho, proporcionalidad, relación costo-beneficio, razonabilidad, etc.—<sup>50</sup> se ejercitan a través de la percepción de los hechos que se realiza y evalúa a través de la prueba.<sup>51</sup>

Estos principios son constitucionales por la garantía del debido proceso legal y también supranacionales por la Convención Americana de Derechos Humanos. Son también supranacionales en Europa, en que la Convención Europea permite construirlos y lo ha hecho la jurisprudencia desde sus comienzos.<sup>52</sup>

### 3. Los tiempos de producción de la prueba<sup>53</sup>

#### 3.1. La carga y oportunidad de la prueba<sup>54</sup>

Como dice TREVES, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo caso una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*;<sup>55</sup> de allí se sigue, en palabras de MICHELI, que “de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios” y que no puede en modo alguno sentarse un principio de “en la duda a favor del Estado.”<sup>56</sup> A todo evento y en un estado democrático, el principio rector es *in dubio pro libertate*.<sup>57</sup>

En otras palabras, “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba,”<sup>58</sup> ni libera a la administración de aportar

<sup>50</sup> Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. X, § 15, “Los límites a la actividad discrecional.” Ampliar *infra*, t. 9, *Primeros manuales*, Libro II, cap. VII, “Normas y principios.”

<sup>51</sup> D'ARGENIO, INES, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 144: “El análisis de los hechos que constituyen el caso y su incidencia directa en la configuración de los elementos esenciales para el desarrollo de la función administrativa, demuestran que no puede jamás existir a priori una actividad discrecional que se legitime por la sola circunstancia de ser tal.”

<sup>52</sup> Para el desarrollo del principal, la razonabilidad, *supra*, t. 1, cap. VI, § 6 a 17. En el TJE el caso *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citado en CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 317. El principio de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, etc., es universal y de larguísima 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, pp. 670-3 y sus referencias de las notas 490 y ss. Ver también *infra*, t. 9, Libro II, cap. VII, “Normas y principios.”

<sup>53</sup> Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 931 y ss.

<sup>54</sup> Ver BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, “La carga de la prueba en el derecho administrativo venezolano,” *RADA*, Buenos Aires, 1976, 11:15.

<sup>55</sup> TREVES, GIUSEPPINO, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, 1936, p. 84 y ss., 161 y ss. También la jurisprudencia venezolana que transcribe ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 143 y ss.

<sup>56</sup> MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 278, nota 110.

<sup>57</sup> Un lúcido desarrollo de este principio en SCHNEIDER, PETER, *In dubio pro libertate*, Karlsruhe, 1960. DIEZ, MANUEL MARÍA y HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Plus Ultra, 1994, 7ª ed., p. 488, afirman que “En caso de duda, debe estarse siempre a favor del administrado.” Compartimos el principio, no siempre vigente en la práctica.

<sup>58</sup> MICHELI, *op. cit.*, p. 282, nota 119 *in fine*. Sobre el tema ampliar en BREWER CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial*, Alcalá de Henares-Madrid, INAP, 1987, pp. 374-85; *Nuevas tendencias*

las pruebas que sustenten su acción:<sup>59</sup> “dada la posición de la Administración, es lógico que recaiga sobre ella la carga de la prueba.”<sup>60</sup> La idea clásica es que la administración podía actuar, pero debía probar,<sup>61</sup> la pregunta de hoy es si debe probar *antes* de actuar, o si puede probar *después*,<sup>62</sup> más grave que el interrogante análogo acerca de si la motivación del acto administrativo debe existir al momento de su emisión o puede producirse posteriormente.<sup>63</sup>

Cuando dicta un acto administrativo sin pruebas suficientes que lo sustenten ¿puede la administración en el proceso judicial producir la prueba que no produjo antes en sede administrativa? ¿Puede demostrar tardíamente el sustento fáctico de su comportamiento? Mucho depende de si se privilegia la verdad objetiva en cualquier etapa del proceso, en cuyo caso puede admitirse la introducción de pruebas hasta en la etapa de sentencia en las más altas instancias,<sup>64</sup> o si se reafirma el debido proceso en sede administrativa.<sup>65</sup> Se trata de que la administración al momento de resolver tenga los elementos de prueba sobre los cuales adoptar una decisión razonable. Es parecido al problema de la doctrina del “fruto del árbol prohibido.” Quienes postulan que las pruebas ilegalmente obtenidas no pueden ser base para una condena y quienes privilegian en cambio la “verdad” por sobre las “formas,”<sup>66</sup> pueden encontrar un desarrollo *pari passu* en este otro debate.

### 3.2. Prueba en sede administrativa: El expediente

La prueba que se produce en sede administrativa consta en el expediente, fundamental para el pleito. Con frecuencia es la prueba central para el juicio; a veces, la única. Hay que distinguir los sumarios de tipo disciplinario, en los

*en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, EJV, 1993, p. 169 y ss.

<sup>59</sup> MICHELI, *op. cit.*, p. 281, nota 118. Ver también, RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “La prueba en el proceso administrativo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, 1ª ed., pp. 471-479.

<sup>60</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 467; doctrina comparada uniforme. Comp., en cambio, CNFed. CA, Sala IV, *ADECUA c/ENARGAS, LL*, 1998-F, 338.

<sup>61</sup> TREVES, *op. cit.*, p. 84 y ss., 161 y ss.; MICHELI, *op. cit.*, p. 178, nota 110; *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. V, § 5.3.

<sup>62</sup> Ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. V, § 5.3 “¿Necesidad de probar la legitimidad?,” respecto a la distinción entre *la relevatio ad onere agendi* y *la relevatio ad onere probandi*.

<sup>63</sup> Ver t. 3, cap. X, § 6.5, “La fundamentación previa, concomitante o ulterior.”

<sup>64</sup> Recargando la ya pesada y colapsada maquinaria judicial, como explicamos en el cap. XIII, “Problemas del acceso a la justicia.”

<sup>65</sup> Para juridizar la administración y evitar a futuro innecesarias intervenciones judiciales por un trámite administrativo hecho sin las reglas mínimas del debido proceso.

<sup>66</sup> Ver *infra*, t. 4, cap. IV, § 17, “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?” Ver CORVALÁN, VÍCTOR R., “El informante anónimo...,” *LL*, 2000-A, 258; PALACIO, LINO E., “El principio de exclusión probatoria...,” *LL*, 2000-A, 239; *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 34-9, § 6.2.1, “La regla de exclusión probatoria;” CARRIÓ, ALEJANDRO D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, 5ª ed., p. 162; “Otra vez el tema de las confesiones policiales. El caso Miranda está lejos,” *LL*, 1993-B, 258; MOSCATO DE SANTA MARÍA, CLAUDIA B., *El agente encubierto en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2000; LORD DENNING, *Landmarks in the Law*, Londres, Butterworths, 1984, pp. 17-8.

cuales el carácter instructorio e inquisitivo suele ser limitativo para la defensa del inculpado. Por lo tanto, hay que tomarlos con precaución. Luego están los expedientes en general, que no tienen este problema. Esos expedientes que van lentos, en los que parece que no pasa nada, después son lo principal del pleito: tanto la administración como el particular deben cuidar qué le van incorporando. La administración no siempre es cuidadosa en distinguir el valor probatorio de lo que incorpora en el expediente y a veces da indistintamente crédito o falta de él a distintos medios probatorios. De este modo, en esa etapa administrativa pareciera valer más un informe que un testimonio y es más “válido” aquello de conocimiento directo de quien informa. Si en un informe se dice que alguien contó o relató algo, es posible que lo usen, pero ello es tan insuficiente como prueba, como lo sería un testimonio en igual circunstancia. O sea, lo oído decir, el *hearsay* del derecho norteamericano, es inadmisibles como prueba testimonial y también como informe. Eso no es un informe, es mero oído decir. Lo mismo en lo referente a los registros o a las simples afirmaciones dogmáticas. Para que un informe merezca credibilidad respecto de los hechos a los cuales se refiere, tiene que ser una manifestación de lo que el funcionario ha visto con sus propios ojos o sentidos. En cuanto al particular, si él ofrece pruebas que la administración debe diligenciar, llamando testigos, ordenando pericias, pidiendo informes, etc., ello puede ser una pérdida de tiempo. La administración no lo hará. La única salida práctica es producir privadamente<sup>67</sup> la prueba e incorporarla en forma documental al expediente, ofreciendo a la administración su nueva producción como prueba testimonial, pericial, etc., bajo su control y con su participación. Lo más probable es que nada resuelva al respecto. Pero allí al menos el interesado ha introducido prueba documental de su versión de los hechos y ella quedará en el expediente para la hora del juicio.<sup>68</sup>

### 3.2.1. *Su carácter de instrumento público o no*<sup>69</sup>

Otra cuestión a considerar es si el expediente administrativo, no los actos jurídicos que lo integran,<sup>70</sup> puede o no ser considerado como un instrumento público dentro

<sup>67</sup> Ver *infra*, t. 4, cap. VI, § 7, “Producción informal de la prueba,” § 19.2, “Informes de personas no estatales,” § 22.8, “¿Prueba testimonial producida por escrito?,” § 26.2, “Procedimiento formal o informal,” y cap. VII, § 10.1, “Producción privada de la prueba.”

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, a modo de instar a la administración a que dicte resoluciones que sean consecuencia del principio de verdad material, la Sala I de la CNFed. CA —única del fuero que sustenta este criterio—, en base al precedente *Grinfeld de Goobar*, 3-V-07, resuelve declarar la nulidad de los actos administrativos que deniegan las solicitudes indemnizatorias de la ley 24.043, disponiendo la devolución de las actuaciones a fin de que la administración produzca más prueba.

<sup>69</sup> Ver *infra*, t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

<sup>70</sup> Cabe “no confundir los actos (*instrumentos*) destinados a constatar convenciones y disposiciones, con esas mismas convenciones y disposiciones, que constituyen actos jurídicos (*negotia juridica*). Es para evitar toda confusión a este respecto, que de ordinario hemos calificado a los primeros como actos instrumentales.” AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, París, 1922, 5ª ed., p.

de la enumeración que de ellos hace el CC. Aunque la respuesta sea afirmativa, cabe tener cuidado. Si es instrumento público, ello sólo significará que da fe de que las *fechas* que enuncia son ciertas, que los *lugares* que menta como lugares de producción de los actos son ciertos, que las *firmas* que consigna son auténticas. Nada más, absolutamente.

Esa supuesta calidad de instrumento público, aun en caso de existir, no puede jamás significar que el *contenido* de lo que afirma sobre los hechos, sobre la realidad, también tiene valor de verdad como instrumento público y puede dispensar de prueba a la administración para sustentar la legitimidad de su acto. Ello es una exageración extrema que priva de todo sentido hasta a una escritura pública, donde el notario sólo da fe de quiénes son las partes, dónde celebran el acto y qué acuerdan y a lo sumo de los hechos pasados en su presencia como parte del acto jurídico que instrumenta. El expediente administrativo, entonces, incluso reconociéndosele carácter de instrumento público como algunos lo hacen, sólo puede hacer fe de sus propias formas extrínsecas, no de los hechos no pasados en su presencia en el acto. En efecto, “lo que confiere a un instrumento la calidad de público es su *autenticidad*: a diferencia de los privados prueban *per se* la verdad de su otorgamiento,”<sup>71</sup> pero no desde luego la veracidad de su contenido.<sup>72</sup> Como también dice COUTURE, “el instrumento público hace plena fe, aun frente a los terceros, *en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha*. Nadie, ni las partes, ni los sucesores, pueden desconocer *la realidad del otorgamiento y la fecha del instrumento público*, salvo prueba de falsedad.”<sup>73</sup>

De todas maneras es preferible la solución que niega al expediente el carácter de instrumento público,<sup>74</sup> porque es bien sabido cuántas pequeñas maniobras se hacen con las fechas, antedatando actos, rearmando o refoliando expedientes, actos y no parece una solución justa la de que esto solamente pueda ser redargüido de falsedad por acción civil o criminal. Es por esas razones que se distingue claramente el acto pasado por ante escritura pública del acto de un expediente administrativo. Como dice ORTIZ, “mientras el Notario se expide como tal y para

155, nota 2; DALLOZ, *Nouveau répertoire de droit*, París, 1947, p. 55: “el acto instrumental designa al escrito labrado (*dressé*) para conservar la prueba de un acto jurídico.”

<sup>71</sup> GOLDSTEIN, MARIO y OSSORIO Y FLORIT, MANUEL, *Código Civil y leyes complementarias*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 391; la bastardilla difiere del original.

<sup>72</sup> BREWER CARÍAS, “Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido o auténtico y documento registrado,” *Revista del Ministerio de Justicia*, Caracas, 1962, n° 41, p. 192 y ss.; *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, UCV, 1964, pp. 131-2, nota 79; BIELSA, RAFAEL, “Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado,” *JA*, 1949-II, p. 3, pp. 5-6. En contra SPOTA, ALBERTO G., “Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas,” *JA*, 1955-I, 119. El tema lo desarrollamos *in extenso* en el t. 3 de este tratado, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2011, 10ª ed., cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

<sup>73</sup> COUTURE, EDUARDO, *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 2003, 3ª ed., p. 97 y ss.

<sup>74</sup> *Infra*, t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

dar valor de plena prueba al documento que extiende, el servidor público actúa con otro fin y como autor del acto en calidad de parte, no como tercero encargado de función documental. Esto significa que mientras el Notario es creíble —y para eso se tituló como tal— en cuanto a todo lo que dice haber pasado en su presencia<sup>75</sup> o hecho él mismo, el servidor público no lo es y lo único que su palabra puede probar fue que la dijo, no la existencia de los hechos que narra. Luego, el acto escrito es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, firmas, otorgamiento, pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión.”<sup>76</sup>

### 3.2.2. *La doctrina de los actos propios y el expediente administrativo*

Una segunda cuestión de importancia en la valoración del expediente administrativo como instrumento de prueba, proviene de la doctrina de los actos propios; el antecedente más mediato es en materia contractual y civil o comercial, donde se dice que la mejor forma de interpretar la voluntad de las partes es ver cómo ellas mismas se han comportado en su ejecución.

Se concluye que 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 aplicarles, es ver lo que han hecho y dicho, sus actos, sus comportamientos: Es en el expediente administrativo donde mejor se reflejan, por lo general, los actos propios de ambos, tanto de la administración como del administrado.<sup>77</sup> 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 brocardos como el que expresa «*venire contra factum proprium non valet*» que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe.”<sup>78</sup>

<sup>75</sup> El escribano certifica lo que se ha dicho delante de él, pero no “la exactitud o sinceridad de tales manifestaciones.” ALSINA, *op. cit.*, p. 406; NUTA, ANA RAQUEL y ABELLA, ADRIANA, “Forma procesal de impugnar los documentos públicos,” *Revista del Notariado*, n° 825, 1991, p. 595 y ss.; FERRARI CERETTI, FRANCISCO, “Las desprolijidades notariales y los modos de corregirlas,” *JA*, 1991-III, 756.

<sup>76</sup> ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la Administración Pública*, San José, Costa Rica, 1973, pp. 92-3; SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1953, p. 366: “El instrumento es público en la medida en que su *autenticidad y genuinidad* están garantizadas por el Estado, aseguradas por un órgano prepuesto;” la bastardilla es nuestra.

<sup>77</sup> Comp. la jurisprudencia que cita KIELMANOVICH, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 338-40.

<sup>78</sup> CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana*, *JA*, 1989-IV, 429.



Igual principio ha sido destacado por la doctrina;<sup>79</sup> 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.”<sup>80</sup> Por lo tanto es de suma importancia el expediente administrativo porque 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 administrativo:<sup>81</sup> será luego tarde, con frecuencia, querer revertir lo que se ha actuado, callado u omitido en forma consistente en el expediente.

### 3.2.3. *La vista y fotocopia del expediente*<sup>82</sup>

Otro punto a mentar en materia de expedientes es el tema de la vista y la copia o fotocopia del expediente. En casi todos los países el criterio es que salvo decisión expresa y fundada, con fundamento legal suficiente, que declare secretas o reservadas las actuaciones, el expediente es público, al menos para las partes, las cuales tienen entonces derecho en todo momento a tener acceso y fotocopia de él.<sup>83</sup>

Esto es aplicable para el tema de las pruebas ilegítima o legítimamente obtenidas; si tengo fotocopias de un expediente, no debo demostrar cómo las obtuve, porque es público, excepto en aquellos casos en que fuera expresa y fundadamente reservado. Las fotocopias son siempre admisibles como una primera presunción de lo que hay en él, hasta que la administración pueda constatar el estado del original, sus eventuales refoliaturas, etc. Cabe decir lo mismo de imágenes digitales de piezas documentales.

### 3.3. *La prueba en sede judicial*

Las primeras etapas probatorias para el juicio administrativo no se dan una vez iniciado éste sino antes de interponer la demanda; una de ellas es el expediente administrativo, al que ya nos hemos referido. Pero todavía existe un punto previo a la demanda en que se pueden producir pruebas: Tanto pruebas privadas o

<sup>79</sup> MAIRAL, HÉCTOR, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

<sup>80</sup> CSJN, *Fallos*, 315: 158, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, 1992, cons. 4° *in fine*. Es lo que también se denomina confianza debida. Ver el importante libro de COVIELLO, PEDRO J.J., “La protección de la confianza del administrado,” Buenos Aires, Abeledo-Perrot/LexisNexis, 2004.

<sup>81</sup> Ver también BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, p. 34 y ss., donde recuerda a ANDRÉ MAUROIS en la frase “sobre el papel todo tiene aire de verdad.”

<sup>82</sup> Ampliar en el t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. IV, “Vistas y traslados.”

<sup>83</sup> Lo reconoce el decr. 229/2000, art. 3°, inc. d): “DERECHO a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas;” España, art. 35 inc. a); nuestro Proyecto de 1964, arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. d) y j); Brasil, art. 3° inc. II) y art. 46; Perú, art. 160.

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. 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. Es una situación repetida para el abogado que va a hacer la demanda: Encuentra el expediente, estudia el tema, quiere armar la demanda y ve 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.

#### 3.4. *Prueba judicial en otra jurisdicción o competencia*

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 ser útiles como base para la demanda en sede procesal administrativa. La secuencia puede también invertirse: Que mientras avanza el proceso administrativo se determinen en sede penal hechos que son relevantes para el juicio en materia administrativa. Existe cierta independencia entre la apreciación de la prueba en sede penal y en materia administrativa disciplinaria. A resultados de ello, si bien un mismo hecho puede considerarse probado en sede penal y administrativa, también puede serlo en sede administrativa pero no penal.<sup>84</sup> Puede entonces haber absolución penal pero sanción administrativa, aunque es difícil —en realidad,

<sup>84</sup> Así, “la absolución o el sobreseimiento dispuestos en sede penal no siempre constituyen título suficiente para impedir la sanción administrativa, incluso cuando ésa se imponga por hechos directamente vinculados con los que generaron la decisión judicial” (*Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1991, 18: 300). El pronunciamiento judicial sobre la existencia de delito no puede controvertirse en sede administrativa (BARÓ, DAISY L., *La relación de empleo público*, Buenos Aires, FDA, 1982, p. 63 y ss.), pero la administración no habrá de esperar que la justicia penal dicte una eventual condena. La común sustancia penal *lato sensu* entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal administrativo (PTN, *Revista...*, *op. cit.*, p. 299, *Dictámenes*, 74: 179; 168: 530), no obsta para que existan diferencias en la apreciación de la prueba (comp. COMADIRA, JULIO RODOLFO, “El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo,” *RDA*,

virtualmente imposible— que haya condena penal por un hecho administrativo y en cambio se resuelva la inaplicabilidad de sanciones disciplinarias. Sólo si el hecho es ajeno a la función puede haber sanción penal no acompañada de reproche administrativo.

“Si el hecho no existe para el derecho penal, tampoco puede existir para el derecho civil;”<sup>85</sup> “Si por decisión que ha quedado firme en sede penal se tienen por no acreditados los hechos delictuosos invocados como causal de despido, se abre una particularísima restricción a la facultad de los jueces de grado, pues en esta situación juega, en cuanto a la existencia o inexistencia del hecho la prejudicialidad prevista en los artículos 1102 y 1103 del código civil a cuyo respecto la sentencia penal hace cosa juzgada para los jueces de otro fuero; consecuentemente el Tribunal del Trabajo no ha podido valorar un hecho tenido por «inexistente» por la sentencia penal.”<sup>86</sup>

Como dice la nota a los arts. 1102-3 del Código Civil: “Así, cuando el tribunal criminal ha juzgado que el hecho atribuido a Pedro no existe, la persona que se dice dañada por ese pretendido hecho, no puede, aunque no haya sido parte en el proceso criminal, ser admitida a probar en el tribunal civil la existencia del hecho.” En cuanto a la interpretación de los arts. 1102 y 1103: “2) si el juez penal declara que el hecho principal, que constituye supuestamente delito, no existe, esta declaración hace cosa juzgada en lo civil, no pudiendo el juez de este fuero volver sobre el punto.”<sup>87</sup>

Estos temas de interacción de derecho penal y derecho administrativo, que parecían excepcionales en el pasado, han cobrado una inusitada fuerza en el presente.<sup>88</sup> Pareciera como que toda cuestión de derecho administrativo esté predestinada a la sospecha y a la investigación criminal, lo que a veces crea complejos problemas por los distintos cánones probatorios de una y otra jurisdicción.

Pero se ha dado también el proceso inverso, en que la investigación penal de ilícitos cometidos por los gobernantes caen en manos “amigas” en el poder judicial, dando lugar a la cosa juzgada irrita. El enriquecimiento ilícito, la realización de actividades incompatibles con la función pública, son a veces de conocimiento tan público y notorio como para que no pueda válidamente tenérselos por no ocurridos.

4: 273, 1990). La conclusión es que “hay una comunicabilidad sólo relativa entre las jurisdicciones penal sustantiva y administrativo disciplinaria.” (PTN, *Revista...*, *op. loc. cit.*)

<sup>85</sup> ALSINA, *op. cit.*, t. IV, 1961, 2ª ed., p. 177.

<sup>86</sup> SCBA, 3-X-78.

<sup>87</sup> C.I.C.C. San Isidro, 29-IV-75; CHAPUS, RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, París, Montchrestien, 1993, 4ª ed., p. 623: “la autoridad de la cosa juzgada penal no se impone a las autoridades y jurisdicciones administrativas sino en lo que concierne a las constataciones de hecho que los jueces penales han realizado y que son el soporte necesario de sus decisiones.”

<sup>88</sup> Ver *infra*, t. 7, cap. XVII, § 11.4, “En el ámbito penal;” en el mismo cap., notas del § 3, “El trámite de agregación de escritos al expediente.”

### 3.5. Producción privada de la prueba<sup>89</sup>

#### 3.5.1. Testimonios

Frente a la renuencia administrativa a llamar testigos, o en otros casos en que 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 incorporan como prueba documental. Nada impide 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 la administración lo llame para que ratifique su firma y contenido, repreguntarle, etc.: La carga de la prueba está en ella con mayor razón aún. Nos estamos refiriendo, claro está, al procedimiento administrativo, no al proceso penal.

#### 3.5.2. Pericias<sup>90</sup>

Lo que venimos de expresar respecto de los *affidavits* se aplica a las pericias, que pueden producirse privadamente e incorporarse al expediente administrativo o judicial ofreciendo simultáneamente al perito como testigo, para ratificar sus dichos, ser repreguntado, etc.

## 4. Legalidad y admisibilidad de la prueba

### 4.1. Las pruebas ilegalmente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas

Es fundamental el principio procesal de que son inadmisibles las pruebas ilegítimamente obtenidas.<sup>91</sup> Así una escucha telefónica hecha por la administración o terceros sin autorización judicial,<sup>92</sup> 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. 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 necesario que los tribunales mantengan firme el principio de que las pruebas secretas son inadmisibles en derecho. El principio prohibido de

<sup>89</sup> Ver *infra*, t. 4, cap. VI, § 7, § 19.2, § 22.7, § 22.8, § 26.2; cap. VIII, § 10.1.

<sup>90</sup> Ver DE SANTO, VICTOR, *La prueba judicial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, 4ª ed., p. 33 y ss.; CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 45 y ss.; RABINOVICH DE LANDAU, SILVIA G., *La prueba de peritos*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

<sup>91</sup> Ampliar *infra*, t. 4, cap. VI, § 17, "Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas."

<sup>92</sup> 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*, 1999-IV, 682-4.

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.<sup>93</sup>

#### 4.2. *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 los litigantes, a punto tal de resultar virtualmente inconcebibles.<sup>94</sup> 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. Puede tratarse de 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.<sup>95</sup> Cuando el tribunal lo admite, como siempre sucede, de hecho admite entonces también el alegato *ex parte* del particular, pero su argumentación no es 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 sus espaldas. 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 sólo intermediación e igualdad entre las partes, sino también publicidad y control social: Que la sociedad pueda ver en base a qué argumentos el tribunal resuelve qué cosas.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> *Infra*, t. 4, cap. IV, § 17, “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?” En materia penal la legislación admite el agente encubierto para algunos delitos como el narcotráfico: PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 96-104: § 16.4.4, “Agentes encubiertos.” Hoy en día se va agregando, en el mundo occidental, la expulsión sumaria de extranjeros potencialmente terroristas y sus doctrinarios.

<sup>94</sup> Ver las referencias del t. *Hacia el derecho administrativo global*, cap. “La justicia administrativa internacional,” § 12, “Reuniones *ex parte*,” nota 53. Ver también *El método en derecho*, *op. cit.*, p. 233. Ver asimismo, t. 7, cap. XXI, “Los alegatos de oreja: una práctica cotidiana que atenta contra un mejor servicio de justicia,” y SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Las alegaciones extraprocesales,” *DJ*, 1997-3, 1055.

<sup>95</sup> Ver mis glosas en el libro de NIETO y GORDILLO, *op. cit.*, nota 6, pp. 76-7, “¿Cuál «legalidad»? ¿Cuál «realidad»?”

<sup>96</sup> En sentido coincidente, ver la propuesta desarrollada por MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS en t. 7, cap. XXI, *op. cit.*, § IV.

### 4.3. *Pruebas inadmisibles*

Otro punto de carácter general es el de la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas. Es conocido que las pruebas inconducentes, meramente dilatorias, etc., son inadmisibles; esto tiene mayor importancia en materia administrativa, donde con alguna frecuencia puede transformarse en un cierto prejuizgamiento, porque decir de una prueba que todavía no se ha producido, que ella va a ser irrelevante, o inconducente, es tener una hipótesis formada sobre qué pruebas son las que van a servir para determinada solución del caso: Ello pone en duda la imparcialidad del órgano que ha de decidir. Si la hipótesis que tiene la parte es distinta de la hipótesis que está formulando el tribunal, la denegatoria de la producción de una prueba puede llegar a ser prejuizgamiento. Por eso el criterio debe ser siempre amplio en la admisibilidad de las pruebas. Sin embargo, en el caso de los sumarios administrativos, la solución es distinta. Quizás porque la relación personal de empleo público tiene elementos humanos en los cuales la intermediación juega un rol determinante, la justicia es muy renuente a revisar las sanciones disciplinarias aplicadas por la administración a sus propios agentes. La justicia no anula el acto dictado por la administración sin producir toda la prueba ofrecida por el sumariado, ni la produce ella misma. Sólo cuando la arbitrariedad o la violación normativa son manifiestas procede a anular o reformar el acto.<sup>97</sup>

### 4.4. *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. En los tribunales administrativos internacionales en alguna ocasión se utiliza el criterio de requerir este tipo de información para utilizarla *in camera*, sin incorporarla al expediente.<sup>98</sup> También se admite en Francia que el tribunal puede requerir a la administración que dé al requirente la información que ella tenga acerca de su salud y queda librado a éste si la somete o no al tribunal.<sup>99</sup> De todas maneras, en la carrera policial y militar el estado de salud es un elemento fundamental en los ascensos y retiros: Es frecuente encontrar fallos que analizan la razonabilidad de las constancias médicas utilizadas por la administración. En estos 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 completo.<sup>100</sup> (Una precaución que a veces ni siquiera la Corte Suprema

<sup>97</sup> Ver, por ejemplo, CSJN, *Spinosa Melo*, 2006, Fallos 329: 3617.

<sup>98</sup> Así, el Tribunal Administrativo del BID. Ver el cap. "La justicia administrativa internacional," en el tomo *Hacia el derecho administrativo global*.

<sup>99</sup> CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., pp. 612 y 621.

<sup>100</sup> Otra variante es la adoptada por el Tribunal Administrativo del F.M.I., que asigna a cada caso un nombre de fantasía ("Mr A" o "Ms B"), imposibilitando que los terceros conozcan quiénes

ha tomado.)<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

### 5. Medios de prueba

El principio, tanto en sede administrativa como judicial, es el de la libertad para las partes en la elección de los modos de prueba, sujeto a las posibilidades materiales de la administración o del tribunal.<sup>103</sup> 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.

#### 5.1. Prueba testimonial y de absolución de posiciones

##### 5.1.1. De los funcionarios públicos

Otro tipo de prueba a mentar es la absolución de posiciones de la administración cuando es admitida y la declaración testimonial de los funcionarios. La defensa de su investidura lleva a que una larga lista de autoridades públicas no deban deponer personalmente sino que puedan hacerlo por oficio, cuando declaran en

son los actores, funcionarios, etc.: *infra*, “La justicia administrativa internacional,” secc. III y § 8, en el tomo *Hacia el derecho administrativo global*.

<sup>101</sup> Existen pronunciamientos que avalan exámenes de sida sin consentimiento, lo cual privilegia a otros valores por sobre la privacidad que garantiza la ley 23.798. Un completo análisis del tema puede encontrarse en el art. de KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El sida en la jurisprudencia,” *LL Buenos Aires*, 1999, quien orienta sobre los precedentes: *DT*, 1997-B, 1779, con nota de POSE; *JA*, 1997-V, 329, con nota de CIFUENTES, SANTOS; *ED*, 160: 327, con nota de BIDART CAMPOS, GERMÁN J.; *LL Buenos Aires*, 1996-949, con nota de GOLDENBERG, etc. La doctrina y jurisprudencia se han dividido en posiciones opuestas. La doctrina privilegia la privacidad, la jurisprudencia no. Es uno de los tantos dilemas en esta materia, con puntos de contacto en lo que mentamos *supra*, § 3.1, “La carga y oportunidad de la prueba.”

<sup>102</sup> 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. 6º 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 infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada.”

<sup>103</sup> COLSON, *op. cit.*, p. 166 y ss.

tal carácter. Si el juicio es personal, la comparecencia es obligatoria aunque se tomen algunos recaudos. Aquella práctica es objetable pues no se está enjuiciando personas sino un comportamiento. No se enjuicia al responsable, se enjuicia a la sociedad que responderá por sus consecuencias dañosas. Sería deseable que ese anonimato se revirtiera y que el titular del órgano concurra al tribunal a declarar o absolver posiciones, para que no se dé aquello de que a veces ni se entera de la sentencia, ni le importa. El juicio debe importarle, o sirve de muy poco.<sup>104</sup>

### 5.1.2. *De los particulares*

Salvo en los sumarios la administración es muy reticente en citar a un particular para que deponga como testigo. La solución es producir esa prueba por escrito.<sup>105</sup> En el ámbito judicial no existe desde luego dificultad alguna en producir prueba testimonial con todas las garantías del debido proceso.

### 5.1.3. *Testigos expertos*

También cabe mencionar el testigo experto, figura común en el derecho anglosajón que aunque no lo sea tanto en el nuestro es igualmente admisible: El testimonio de cualquier persona vale por la fuerza de convicción que ella tenga. Si la persona cuyo testimonio traemos es un experto reconocido en aquello sobre lo cual testifica, obviamente su opinión tendrá más fuerza de convicción para el tribunal.

## 5.2. *Pericias e informes técnicos*

Se repite aquí lo que ocurre con la prueba testimonial en sede administrativa y su inclusión en el expediente que luego se adjuntará al proceso. Dado que la administración es renuente a producir una pericia hay que hacerla privadamente y aportar como prueba documental el informe del perito, ofreciéndolo a éste para que la administración lo llame y le haga cuantas preguntas, repreguntas, ampliaciones o aclaraciones desee, o incluso volver a hacer la prueba pericial con control y participación de la administración.

Si bien el procedimiento es instructorio y la administración tiene el deber de actuar de oficio en la producción de la prueba,<sup>106</sup> siempre será conveniente ofrecer que se realice nuevamente la pericia, de modo tal que no queden dudas

<sup>104</sup> Se ha dicho “el funcionario autor del acto ilegal, de hecho, no está jamás inquieto personalmente. Cuando llegue la sanción, él habrá probablemente dejado su puesto por uno más elevado. La decisión del Consejo de Estado no le alcanzará —si aun la llega a conocer; ella no alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él.” CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d’Etat et la protection des libertés publiques*, París, 1980, p. 17.

<sup>105</sup> Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2010, 10ª ed., cap. VI, § 22.8, “¿Prueba testimonial producida por escrito?”

<sup>106</sup> Ver el interesante examen que realiza el Alto Tribunal, respecto de las pruebas arrimadas y consentidas en sede judicial en *Fontoura*, 2005, *Fallos*, 328: 3837.



que el administrado o usuario ha efectuado todo cuanto estaba a su alcance realizar en materia probatoria y que lo que la administración no haya hecho ya es más que responsabilidad, directamente culpa suya de la cual debe hacerse cargo teniendo por ciertos los hechos probados por el particular y no refutados probatoriamente por ella.

### 5.3. *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.<sup>107</sup> Si no se hace una inspección ocular, puede resultar importante que estén las fotografías o el video.

La fotografía tiene una fuerza de convicción bastante importante, sobre todo si son fotografías numerosas, variadas, que permiten apreciar aquello 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,<sup>108</sup> 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 como prueba, pero que igualmente conviene acompañar

<sup>107</sup> 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. También un caso en que la administración multa al importador de un producto porque no enuncia el país de fabricación de un producto importado; la justicia de 1ª instancia confirma la sanción, o sea, porque no indicaba el país de origen. La cámara revocó porque se mencionaba la Unión Europea, considerando esto suficiente. Lo que nadie pareció advertir, a pesar que la sentencia transcribe la leyenda, es que empezaba “Producto elaborado en la Comunidad Económica Europea [...]” agregaba un par de renglones más y por fin concluía indicando “Toledo-España.” CNCom., Sala D, *Plan Rombo, ED*, 189: 473, año 2000. Al menos dos veces nos ha ocurrido también no terminar de leer una frase y no percibir, no leer ni aprehender, su parte final. VARELA, CASIMIRO A, *Valoración de la prueba*, Astrea, 1998, pp. 166-7, lo llama “el absurdo” y “la arbitrariedad” en la apreciación de la prueba.

<sup>108</sup> En tal sentido ver CIFUENTES, *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.

de una desgrabación para facilitar su lectura y rodear también de otros recaudos probatorios.<sup>109</sup> En las fotografías y videos tomados a distancia se aplica el principio de la inadmisibilidad de las pruebas ilegalmente obtenidas.

#### 5.4. *Fax, télex, etc.*

Pueden ser admitidos como prueba los télex, faxes y cualquier otro tipo de correspondencia entre las partes. Si bien estos medios de prueba son admisibles 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; ha pasado a ser pública y queda entre las partes dilucidar si una pudo o no hacer pública tal correspondencia privada. Los instrumentos de la nueva tecnología también son admisibles, aunque cabe recomendarle que los desgrabe y los aporte. Cabe admitir también el reconocimiento judicial, la inspección ocular, aunque los tribunales son reticentes a su producción.<sup>110</sup>

#### 5.5. *Prueba de informes*

SENTÍS MELENDO distingue entre prueba de informes y prueba de información. La primera es aquella en la cual la administración o una institución privada informan sobre datos que ya son de su conocimiento y que los tienen en sus registros. Les preguntan algo, se fijan en sus registros, carpetas o bases de dato y contestan según sus constancias.<sup>111</sup>

Distinto es cuando se le pide una opinión, o que averigüe algo, o que haga alguna investigación y luego recién informe. Esto no es prueba de informes, es prueba de información. Esa prueba es inadmisibile porque sustrae su producción al contralor de la contraparte y del tribunal.

#### 5.6. *Grabaciones telefónicas*

##### 5.6.1. *Telefonía común*

Las conversaciones telefónicas son equiparables a la correspondencia.<sup>112</sup> Son privadas entre las partes; pero conviene también recordar que cuando uno escribe

<sup>109</sup> Sobre el valor probatorio del video: *Charlin*, CNTrab., Sala III, LL, 1984-D, 401; *DJ*, 1984-6, 182; su complementación con acta notarial: *Díaz de Vivar*, Juzg. Nac. Civ., n° 67, LL, 1998-C, 88.

<sup>110</sup> 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. Ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94-8.

<sup>111</sup> Esta es una obligación de la administración: decr. 229/00, art. 3°, inc. g): “DERECHO a acceder a los registros y archivos públicos con las limitaciones legalmente establecidas,” que complementa el inc. a) del mismo artículo: “DERECHO a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional.”

<sup>112</sup> Recientemente, al analizar la constitucionalidad de la ley 25.873 —arts. 1° y 2°— y del decreto 1563/04 n cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos” esa intromisión podía llevarse a cabo, la CSJN

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, cuánto pesa la apreciación judicial otorgada a esa prueba.<sup>113</sup>

### 5.6.2. *Telefonía celular y otras grabaciones*

Existen fallos con sustento fáctico suficiente que concluyen que la comunicación por 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. Y una persona que la tenga sintonizada, la puede grabar y la puede usar como prueba. Otra cuestión es la grabación de una conversación personal. Esa prueba, si bien es una grabación ignorada por el otro, es válida; no es una prueba ilegítimamente obtenida. 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.<sup>114</sup> En un sumario, si están tomando declaración a un testigo y el sumariante se niega a dejar 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.

### 5.7. *Otros medios de prueba*

No existe disposición que limite los medios de prueba que pueden utilizarse, a través de técnicas antiguas, presentes o futuras: Fonográficas,<sup>115</sup> magnetofónicas, fotográficas,<sup>116</sup> radiográficas,<sup>117</sup> *floppy disks* y disquetes, discos duros, CD-ROMs, DVDs y todo lo demás que se produzca en el futuro.

estableció que las comunicaciones telefónicas y por Internet, así como todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los arts 18 y 19 de la Constitución nacional. Específicamente, el Alto Tribunal expresó que “[e]s en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado (art. 236, segunda parte, del CPPN, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. Esta norma concuerda con el art. 18 de la ley 19.798 que establece que «la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente.» (CSJN, *Halabi*, LL 2009-B, 157, con nota de JUAN VICENTE SOLA.)

<sup>113</sup> En el proceso penal se requiere autorización judicial, salvo excepciones: PALACIO, *La prueba...*, *op. cit.*, § 12.4, “Intervención de comunicaciones telefónicas,” pp. 72-6.

<sup>114</sup> Lo mismo ha sido resuelto en materia penal en lo que se refiere a la “cámara oculta” de los programas de TV. PALACIO, *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 76-7.

<sup>115</sup> COLOMBO, LEONARDO, “La prueba fonográfica de los hechos,” LL, 51: 1152.

<sup>116</sup> Ver DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, “La fotografía como prueba en el juicio civil,” JA, 23: 117. Comp. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 2002, 4ª ed., p. 214; ver sin embargo ALSINA, *op. cit.*, t. I, 1956, p. 392.

<sup>117</sup> Respecto de las placas de rayos “X” puede verse el trabajo de CHARLES C. SCOTT, en “*Michigan Law Review*,” t. 44, Ann Arbor, 1946, n° 5, p. 773 y ss.

Pero hay que estar atento a las posibilidades técnicas y las inclinaciones o incluso comodidad material del tribunal. Hace no mucho que si se ofrecía que el tribunal consultara a Internet, o antiguamente en Francia al Minitel, era probable que la decisión sobre la admisibilidad de la prueba fuera adversa,<sup>118</sup> pero hoy en día los tribunales recurren a Internet de oficio o a petición de parte.

En Uruguay las normas crean el procedimiento y “el expediente electrónico,” el cual “tendrá la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional,” o tramitado “por medios convencionales.”<sup>119</sup>

Lo mismo hizo nuestro país a partir de la sanción de la ley 26.685 a través de la cual se autorizó el uso de expedientes electrónicos, de documentos electrónicos, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales, facultándose a la Corte Suprema para reglamentar su uso y disponer su gradual implementación. Sin embargo, no harían falta normas expresas para admitirlo.<sup>120</sup>

También existe el derecho a que la administración elabore y publique estándares de calidad de los servicios.<sup>121</sup> También son admisibles las inspecciones oculares, o a través de otros sentidos: Gusto, olfato, tacto, oído;<sup>122</sup> en estos casos es más probable que la apreciación se efectúe por peritos;<sup>123</sup> o con su colaboración.<sup>124</sup> O sea, la medida probatoria la realiza el órgano administrativo pero acompañado y aconsejado por el perito.<sup>125</sup>

Puede combinarse la pericial y la inspección ocular disponiendo que el órgano administrativo esté presente durante la realización de la pericia, lo que da más inmediación a la prueba,<sup>126</sup> sin sustituir al medio probatorio.

<sup>118</sup> Así era en Francia para el Minitel: CHAPUS, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, p. 607.

<sup>119</sup> DELPIAZZO, CARLOS E., “El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático,” en UTE, *Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas*, Montevideo, 1999, p. 39 y ss., p. 47.

<sup>120</sup> DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 46.

<sup>121</sup> Dec. 229/00, art. 5º, incs. 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.”

<sup>122</sup> HELBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54; ver ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 239; EISNER, *op. cit.*, p. 74.

<sup>123</sup> Es más probable y más frecuente en la práctica, pero no necesario.

<sup>124</sup> HELBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54.

<sup>125</sup> 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.”

<sup>126</sup> HELBLING, *op. cit.*, p. 312.

La inspección ocular, táctil, olfativa, etc., puede realizarse sobre objetos inanimados o sobre animales.

Muy limitadamente, procede asimismo sobre personas.<sup>127</sup> Puede consistir en una comparación, medición, etc. Constituye un medio de prueba de interés, en cuanto otorga inmediación,<sup>128</sup> pero no existe una obligación legal de soportar la inspección.<sup>129</sup>

No procede la inspección ocular sobre archivos, cuando pueda ser suplida por informes.

El campo más propicio suelen ser el urbanismo y medio ambiente.<sup>130</sup> La inspección ocular se desarrolla fuera de la sede,<sup>131</sup> pero ello no constituye una regla absoluta, pues las partes pueden traer a la sede el objeto respecto del cual se propone su conocimiento directo por el tribunal.

## 6. Gobierno y apreciación de la prueba. Teoría y praxis

### 6.1. En primera instancia judicial

Cuando el control judicial se realiza por jueces de primera instancia y existe recién después apelación ante un tribunal colegiado, es frecuente que siendo el personal del juzgado el que de hecho recibe la prueba, no haya mayores dificultades en su producción salvo el tiempo que todo el proceso insume. El exceso de trabajo de los jueces, que es una dramática realidad, no afecta el gobierno y producción de la *prueba*, sino en todo caso la emisión de la *sentencia*, sea ella cautelar,<sup>132</sup> autosatisfactiva<sup>133</sup> o definitiva.<sup>134</sup>

<sup>127</sup> HELBLING, *op. loc. cit.*

<sup>128</sup> HELBLING, *op. cit.*, p. 311.

<sup>129</sup> Tampoco en el derecho austríaco: HELBLING, *op. cit.*, p. 312.

<sup>130</sup> Tal es la opinión de CHAPUS, *Droit du contentieux...*, *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.

<sup>131</sup> TENTOLINI, OTTORINO, *La prova amministrativa*, Milán, 1950, p. 151.

<sup>132</sup> Ampliar *infra*, cap. XIII, § 9, esp. § 9.8, “La tutela autosatisfactiva o anticipatoria.” En los primeros meses del año 2002, al desatarse con toda su fuerza el colapso de los juzgados federales con competencia en materia administrativa se adoptaron medidas de emergencia importantes y eficaces. Ver AHE, DAFNE SOLEDAD, “El desamparo del amparo,” *LL*, 2002-C, 1226; “La realidad del fuero en el contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191; ver nuestra nota “«Corralito.» Justicia Federal de primera instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217.

<sup>133</sup> CNFed. CA, Sala II, *Gambier (II)*, *LL*, 1999-E, 624; *infra*, cap. III, § 6.6 y nota anterior.

<sup>134</sup> Ver mis glosas en NIETO y GORDILLO, *op. cit.*, nota 7, “El sistema, la vida y los tribunales,” pp. 86-91; AHE, “El desamparo del amparo,” *op. cit.*; “La realidad del fuero...,” *op. loc. cit.* También el Alto Tribunal refirió a ello para encuadrar su competencia originaria en *Barreto*, 2006, *Fallos*, 329:759, con nota de VEGA, SUSANA ELENA y ROTACHE, MARÍA JOSEFINA, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: Un cambio de criterio acertado. ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?,” *RAP*, 335: 47.

## 6.2. *En instancia única colegiada*

Distinta es la cuestión cuando la ley, en flagrante discriminación contra el particular que litiga contra la administración, le deniega la vía ordinaria y le otorga en cambio un recurso directo ante la cámara de apelaciones u otro tribunal colegiado de segunda instancia. Si bien se acepta, a los fines de garantizar un control judicial suficiente, que las partes involucradas en la controversia tengan el derecho de ofrecer y producir la prueba que consideren conveniente para el esclarecimiento de la cuestión suscitada, la apertura a prueba, con la excusa de evitar la ordinarización del proceso de manera que la Cámara no se convierta en una primera instancia, no deja de tener un carácter excepcional,<sup>135</sup> dejando al particular en una clara situación de inferioridad frente a la administración.

Es peor, ni qué decirlo, en las jurisdicciones en que todos los juicios en materia administrativa deben llevarse exclusivamente al Superior Tribunal, que actúa en instancia colegiada y única. Hay situaciones aun peores, directamente trágicas, que han permanecido sin solución durante largos años. En esos supuestos el tribunal colegiado es más reticente a ordenar medios de prueba y se requiere en la práctica que no solamente el particular alegue fundadamente que a pesar de proponerlos oportunamente no pudo producirlos en sede administrativa, sino que también convenza al tribunal que la prueba omitida podrá hacer caer las conclusiones del expediente administrativo, incluso en caso en que se le denegó la producción de *toda* prueba excepto la documental agregada en el traslado. Que haya ofrecido testigos, pedido informes, propuesto pericias, de nada le sirve si la administración no lo produce y la justicia en instancia única colegiada tampoco. El bastión de la denegación de justicia fue, durante más de un siglo y medio, la Provincia de Buenos Aires.<sup>136</sup> Se trató de una lucha titánica<sup>137</sup> que finalmente la sociedad le ganó al poder político,<sup>138</sup> aunque, a veces, en alguna segunda instancia sea el resultado menos satisfactorio.<sup>139</sup>

<sup>135</sup> Ver BIOTTI MARÍA A., “Algunas precisiones sobre los recursos directos en el contencioso,” en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2012, cap. XII

<sup>136</sup> CSJN, *Cores Ponte*, con nuestra nota “Privación sistemática de justicia en la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 1995-D, 299, reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 3, p. 36; CSJN, *Transporte del Oeste S.A.*, con nuestra “Privación sistemática de justicia 2 (dos) en la provincia de Buenos Aires,” *LL*, 1996-C, 39, también en *Cien...*, *op. cit.*, § 32, p. 96.

<sup>137</sup> Ver nuestro art. “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *ED*, 30-XI-01; reproducido, con modificaciones, bajo el título “Administrar sin justicia,” *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25 (2003); POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, cap. 4, “La favola della Girafa Azzurra,” pp. 127-35.

<sup>138</sup> Ver “Axel en la justicia administrativa de la provincia de Buenos Aires,” *Rap-Provincia de Buenos Aires*, 2004, II.13/7-12, [www.revistarap.com.ar](http://www.revistarap.com.ar), Circular Letter n° 9; MAINETTI, NATALIA, “El comienzo deseado: La nueva justicia administrativa se hace oír,” *LL*, 2004-D, 675.

<sup>139</sup> Ver OROZ, MIGUEL H. E., “La sentencia en el amparo por mora y su inapelabilidad,” *LL*, 2004-D, 663; MAINETTI y ALETTI, DANIELA, “El Poder Ejecutivo provincial *vs.* la Justicia efectiva,” *LL*, 2004-F,

### 6.3. *La importancia de la prueba privada en tales casos*

De allí la importancia, que señalábamos más arriba, de producir privadamente la prueba e incorporarla al menos como prueba documental ofreciendo su ratificación por prueba testimonial o pericial.<sup>140</sup> De ese modo, si no se produce la prueba testimonial o pericial, no puede desconocerse la documental sin incurrir en arbitrariedad de sentencia y palmaria indefensión.

### 6.4. *El prejuzgamiento judicial en casos de instancia colegiada única*

Con la salvedad expuesta, suele ser tarea vana proponer prueba en alguna que otra instancia judicial colegiada. Lo más usual es que el tribunal prejuzgue sobre la prueba ofrecida y deniegue su producción, considerando que ella seguramente será insuficiente para hacerle cambiar de parecer respecto a las constancias del expediente administrativo.<sup>141</sup>

Es una cuestión de supervivencia del tribunal ante el exceso de trabajo, pero en esa lucha por la vida perecen la justicia y el derecho del particular. “Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado.”<sup>142</sup>

### 6.5. *Eficacia y admisibilidad de la prueba*

En cualquier caso y más allá de comprender que el tribunal se encuentra sobrepasado en sus posibilidades materiales de hacer justicia, bueno es recordar el principio teórico que la práctica desmiente: “una cosa es la eficacia de la prueba y otra su admisibilidad;” “Hay pruebas que son admisibles [...] y sin embargo son de eficacia relativa o remota,” pero esto “no es una condición previa que se debe exigir al medio propuesto para que sea admitido.”<sup>143</sup> Del mismo modo puede recordarse 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, o implicara denegación de la defensa en juicio. La mera existencia de esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo.”<sup>144</sup>

414; MEDINA, VALERIA, “De los dichos a los hechos se garantiza el derecho. La ley que le ganó a la jurisprudencia,” *LL*, 2006-A, 740. Ver en cambio: SILVA PELOSSI, SOFÍA M., “Cajas de seguridad: el necesario equilibrio entre dos derechos en juego,” *LL*, 2005-E, 313.

<sup>140</sup> Ver la remisión que efectuamos *supra*, § 3.5.

<sup>141</sup> Un pormenorizado análisis en TAWIL, t. II, *op. cit.*, p. 395 y ss., quien concluye que se niega “en la práctica, inclusive, el control fáctico mínimo que impone el principio de legalidad.”

<sup>142</sup> LINARES, J.F., “Lo contencioso-administrativo en la justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 929.

<sup>143</sup> EISNER, *op. cit.*, p 72.

<sup>144</sup> CSJN, *López de Reyes, Fallos*, 244: 548. Ver *infra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 7, “Arbitrariedad.”

