

La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad.

Eduardo Mertehikian

SUMARIO: I. Introducción. II. Breves notas sobre el tipo de proceso admisible en las disposiciones nacionales, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires. A. Régimen Nacional. B. Provincia de Buenos Aires. C. Ciudad de Buenos Aires. III. La etapa probatoria en el proceso administrativo. A. Anotaciones preliminares sobre la naturaleza del proceso administrativo y la función del juez. B. Qué significa “probar”. C. La carga de la prueba. D. Criterio de apreciación de la prueba. E. Ofrecimiento de la prueba. F. Diligencias preliminares y producción de prueba anticipada. IV. Apostillas sobre algunos de los medios de prueba admisibles. A. Actuaciones administrativas. B. Confesional. C. Peritos. V. Recapitulación sobre el papel del juez en el proceso administrativo y de la caracterización en este ámbito de las medidas para mejor proveer.

I. Introducción.

El ordenamiento jurídico argentino ha adoptado un sistema exclusivamente judicial para provocar el control de la Administración pública¹ por cuanto esa actividad le ha sido confiada a un órgano independiente y separado de la función administrativa. Dentro de ese esquema –a su vez– se ha estructurado un fuero especializado para el juzgamiento de la denominada materia contencioso administrativa.

A pesar de la opción deliberadamente escogida para la organización judicial, la ausencia de una legislación nacional que en forma sistematizada regule el proceso judi-

¹ Cassagne, Juan Carlos, “Consideraciones sobre la Justicia Administrativa en la Argentina y en otros países de Iberoamérica”, en González Pérez, Jesús – Cassagne, Juan Carlos, *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*, Buenos Aires Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2005, p. 49, y sus citas. Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, Vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 107 y siguientes.

cial tendiente a litigar contra el Estado, obliga a acudir a las disposiciones que han sido diseñadas para el desarrollo del proceso judicial entre sujetos privados, lo cual apareja variadas complicaciones producto de la necesaria adaptación a la que deben ser sometidas tales normas para encauzar una contienda en la cual el Estado goza de ciertos privilegios no sólo incompatibles con el principio de la bilateralidad y estricta igualdad de partes en el proceso, sino también con la garantía a la tutela judicial efectiva consagrada por la Constitución Nacional y las disposiciones del derecho internacional con rango constitucional (verbigracia; habilitación de la instancia; caducidad de la acción; plazo ampliado para contestar la demanda), aún cuando con acierto la doctrina sostenga que nada justifica esa desigualdad cuando éstas se hallan frente al juez².

A esa compleja adaptación se suman mayúsculas dificultades cuando los procesos involucran conflictos de carácter colectivo o que de alguna manera trascienden los intereses de los propios litigantes, pues a los muchos problemas que ya existen cuando las acciones tienen carácter individual, el encauzamiento de tales pretensiones de sujeto múltiple obliga a litigantes y a jueces a agudizar la imaginación con la finalidad de flexibilizar los criterios de aplicación de disposiciones pensadas para lidiar en otro escenario.

En última instancia, la experiencia demuestra que no son pocos los desafíos a los que cotidianamente el administrado se enfrenta en procura de obtener el restablecimiento de un derecho o de un interés de algún modo afectado por la acción u omisión de una Administración pública cuya ingerencia es cada vez mayor y —por ello— expuesta a cometer más arbitrariedades. Cuando el objeto de la pretensión es obtener, o hacer efectiva, una sentencia que condene al Estado a pagar una suma de dinero los padecimientos serán mayúsculos.

En ese complejo contexto nos proponemos describir el desarrollo del proceso administrativo en lo referente a la que quizás sea su etapa más trascendente, como es la vinculada a la prueba de los elementos que configuran la pretensión procesal administrativa, con especial referencia a los regímenes nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El análisis que se aborde tampoco puede estar despojado —no podría estarlo— de la consideración relativa a la sustancia del proceso administrativo y del papel que cabe al juez en este tipo de procesos, pues en tanto se lo conciba como un mero proceso revisor de la actuación administrativa, las conclusiones que se extraigan estarán forzosamente condicionadas con dicha visión, ciertamente incompatible con la citada garantía de la tutela judicial y del principio de legalidad que debe regir dicha actuación y de la cual el juez —en cuanto órgano del propio Estado— se erige en su custodio final.

En el ordenamiento nacional, la supresión de la mayor parte de las excepciones a la obligatoriedad del reclamo administrativo previo —que el Artículo 32 de la Ley N° 19.549 disponía antes de la retrógrada reforma de la Ley N° 25.344— impone ahora al administrado —salvo en dos únicas excepciones— la obligación de recorrer en forma imperativa el procedimiento administrativo tendiente a hacer valer su pretensión antes de acudir a los estrados judiciales.

² Luqui, Roberto, *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 305.

Ese imperativo recorrido exige además al administrado el mayor cuidado y previsión respecto del diseño de su pretensión y de la prueba de los extremos que configuran el sustento de la misma, ya que su acción podría estar irremediabilmente destinada al fracaso no solamente por el acaecimiento de breves plazos en la instancia administrativa y en la judicial, sino también ante el flagelo de un excesivo rigor formal³ en la interpretación del principio de congruencia establecido por el Artículo 30 de la Ley N° 19.549⁴ y del que la propia Administración pública –desde esa misma interpretación– podría considerarse desligada. Es el extendido y ostensible error que radica en confundir la congruencia que debe tener la pretensión procesal con la congruencia de los argumentos empleados para fundarla⁵.

Es una falacia creer que en el proceso administrativo las partes se encuentran en un pie de igualdad, pues en la generalidad de los casos, como ya lo señaló hace casi treinta años atrás González Pérez⁶, el particular se enfrenta con hechos consumados por la Administración pública que siempre se presenta ante el juez como el sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses individuales, siempre egoístas.

Una anacrónica visión del proceso administrativo teñido del denominado dogma revisor señalado hace ya muchos años por la doctrina⁷, ofrenda al administrado que promueve una acción procesal administrativa la enorme carga formal y sustancial de echar por tierra la presunción de legitimidad de la actuación administrativa, presunción que siempre admite prueba en contrario y que por ello no desliga a la Administración pública, cuando está en juicio, de la carga jurídica de probar la legalidad de su actuación.

La más calificada doctrina ha señalado que la presunción de validez de que se beneficia la actuación administrativa y que sólo cesa con la sentencia que le ponga fin al proceso, constituye el más formidable privilegio posicional que goza la Administración pública frente a los administrados⁸ y de allí que así presentada la cuestión no

³ Cassagne señala que uno de los grandes avances producidos en el ámbito del proceso contencioso administrativo bonaerense, merced a la reforma constitucional verificada en el año 1994, es precisamente la inexigibilidad del requisito de la congruencia procesal que –según expresamente menciona– “permite invocar nuevos argumentos o razones no planteadas en sede administrativa, aun cuando siempre se requiera mantener la congruencia de la pretensión en sí misma, en aquellos casos que resulta necesario agotar la vía administrativa para acceder a la justicia”. (Cassagne, Juan Carlos, “Lineamientos generales del Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva”, en *Jurisprudencia Argentina* – Lexis Nexis - Suplemento de Derecho Administrativo del 30-06-2004, p. 3 y siguientes, en especial p. 10).

⁴ “El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas”.

⁵ Ver, nuevamente, Cassagne, Juan Carlos, obra citada en nota 3. Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, T. 1, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 162.

⁶ González Pérez, Jesús, “Nuevos Sistemas de Control de la Administración Pública”, en *Justicia Administrativa*, Tucumán, Universidad Santo Tomás de Aquino, 1981, p. 71 y siguientes, especialmente en p. 81.

⁷ Tawil, Guido S., “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial”, *El Derecho* 125-958 y siguientes.

⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Quinta Edición, Madrid, Civitas, 1987, p. 478.

consideremos exagerada la calificación de falaz que le asignamos a la creencia de que existe paridad entre las partes en el proceso administrativo.

Ese es el escenario al que se enfrenta el administrado que incursiona en el proceso administrativo y será peor aún si en lugar de ser él quien promueva la acción es demandado, ya que cuando el Estado Nacional actúa como parte actora no está sujeto a los breves plazos de caducidad de la acción (Artículo 26 Decreto Ley N° 19.549), su silencio no será considerado para el inicio del cómputo del plazo de caducidad (Artículo 30 decreto ley citado) y solamente estará sujeto a los plazos de prescripción correspondiente a la acción que promueva e incluso hasta puede que invoque la imprescriptibilidad de la acción de lesividad tratándose de actos nulos de nulidad absoluta, a pesar del término máximo de diez años fijado por el derecho aplicable (Art. 4023)⁹.

Esa carga jurídica que se impone injustificadamente sobre el administrado será aun mayor, si la finalidad de su pretensión es obtener la reparación por las consecuencias patrimoniales de decisiones estatales que, aún cuando fueran legalmente erradas, deben ser sometidas a una etapa anterior o simultánea de impugnación administrativa y judicial en breves términos con el fin de hacerla cesar mediante anulación, bajo el riesgo cierto de perder toda posibilidad de obtener el reconocimiento del contenido económico de su derecho o facultad afectada, en clara violación de preceptos constitucionales (Artículo 19 de la Constitución Nacional)¹⁰.

No se trata de olvidar que el interés público que orienta la función administrativa justifica –en ciertos casos– la adaptación de las reglas del proceso judicial con el propósito de hacer prevalecer ese interés por sobre el interés particular¹¹ (verbigracia; la exigencia de requisitos más rigurosos tratándose de la procedencia de medidas cautelares dirigidas a la suspensión de los efectos del acto administrativo; embargos), sino de aprehender en su exacta dimensión que la exageración de esos principios pulveriza la garantía del debido proceso y el equilibrio de las partes frente al juez.

⁹ Anotamos que cuando el Código Civil así lo ha querido, ha dispuesto (Art. 4019) en forma taxativa cuáles son las acciones que deben considerarse imprescriptibles, razón por la cual no pudiendo presumirse como regla de interpretación de la ley la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, ante la ausencia de un plazo específico de prescripción de la acción correspondiente, el término aplicable que rige también a la Administración pública es el general establecido en el Artículo 4023 del Código Civil aún cuando se trate de una acción dirigida a obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo nulo.

¹⁰ Cassagne, Juan Carlos, “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado”, *El Derecho*: 45:829. Mairal, Héctor A., “Los plazos de caducidad en el Derecho administrativo argentino”, en *Derecho Procesal Administrativo* – Cassagne, Juan Carlos – Director, Obra en Homenaje a Jesús González Pérez, T. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 881 y siguientes, en especial p. 892.

¹¹ Véase Comadira, Julio Rodolfo –Monti, Laura (Colaboradora), *Procedimientos Administrativos*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 254 (comentarios al Art. 12), numeral *d.4*, donde el autor no deja de ponderar que en el ámbito del proceso administrativo la incidencia del interés público en la provisión de medidas cautelares es un requisito que aún cuando no surge del Art. 230 del CPCC tiene una incidencia que debe ser atendida. Ver, también, Gallegos Fedriani, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2002, p. 58 y siguiente.

Así las cosas y plenamente conscientes del contexto en el que se desenvuelven tales procesos judiciales, corresponde que nos adentremos al objeto central de estas líneas, no sin antes advertir que a la luz del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, el desarrollo del proceso judicial, en lo que a la prueba se refiere, se encuentra fuertemente influido por la necesidad de hacer efectivo ese derecho, lo cual impone a la Administración pública no solamente el deber de colaborar en la búsqueda de la verdad material u objetiva, sino que incardina la labor del juez hacia ese propósito diferenciando al proceso administrativo del proceso civil.

II. Breves notas sobre el tipo de proceso admisible en las disposiciones nacionales, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires.

A. Régimen Nacional.

Como decíamos, son pocas, breves y dispersas las disposiciones que contiene la Ley Nacional N° 19.549 reguladora del procedimiento administrativo, circunstancia que ya no acontece en los ámbitos de la Ciudad de Buenos Aires ni tampoco de la Provincia de Buenos Aires que cuentan con regulaciones orgánicas para este tipo de procesos.

En el orden nacional y a partir de la reforma introducida al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por la Ley N° 25.488, vigente desde el 22-05-2002, los procesos de pleno conocimiento son el ordinario y el sumarísimo ya que la mencionada reforma suprimió el proceso sumario anteriormente regulado por los Artículos 486 al 497 del citado Código.

Anticipamos, en lo que aquí respecta, que el proceso sumarísimo podría resultar procedente en aquellas acciones dirigidas contra el Estado Nacional de contenido patrimonial, siempre que su monto fuera igual o inferior al establecido por el Artículo 321, inciso 1°), o cuyo objeto exclusivo fuese la declaración de nulidad de actos administrativos, tengan o no ulteriormente contenido patrimonial, o que poseyéndolo no superasen el límite legalmente dispuesto.

Repárese en la circunstancia de que luego de la reforma de la Ley N° 25.488, tanto en el proceso ordinario como en el sumarísimo –aún cuando éste cuente con plazos muy abreviados– con la demanda y la contestación debe ofrecerse la totalidad de la prueba y acompañarse la prueba documental y que si bien en este último no es procedente ni la reconvencción ni la deducción de excepciones de previo y especial pronunciamiento, en todo lo demás la sustanciación deberá ajustarse según que existan o no hechos controvertidos que deban ser probados mediante otros medios que no sean las pruebas documentales que hayan aportado, o deban aportar, las partes tal como sucede en el proceso ordinario.

Con ello queremos poner de relieve que no es forzoso que los jueces nacionales deban asignarle a aquellas acciones tendientes a obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo, el trámite correspondiente al cada vez más lento y tortuoso proceso de conocimiento ordinario, máxime cuando las actuaciones adminis-

trativas en las que se hubiese exteriorizado el procedimiento administrativo tendiente a la formación y emisión de un acto administrativo se pueden incorporar al proceso judicial incluso antes de ordenar el traslado de la demanda, conforme lo autoriza el Artículo 388 del Código Procesal.

No se diga que es óbice para la procedencia del proceso sumarísimo la brevedad de sus plazos, pues más allá de que las partes tienen la posibilidad de ampliarlos por acuerdos entre ellas con relación a actos procesales concretos (Artículo 155 Código Procesal) y que en casos justificados el propio tribunal puede extenderlos (Artículo 157, tercer párrafo, del citado código), debe atenderse que siendo obligatorio para el administrado el agotamiento de la instancia administrativa como requisito de habilitación de la instancia judicial, cuando la acción esté dirigida a la impugnación judicial de un acto administrativo de alcance particular o general (Artículos 23 y 24 de la Ley N° 19.549), la Administración pública ha tenido suficiente oportunidad de revisar su propia conducta y de hacer vigente ella misma la Constitución Nacional antes de que su actuación se encuentre sometida a enjuiciamiento judicial.

Por lo demás, no se limitan los medios de prueba de los que pueden valerse las partes, aunque sí debe admitirse que la brevedad de los plazos del proceso irroga mayores cargas a todos los involucrados.

Si bien es cierto que el principio general establecido en el Artículo 319 del Código Procesal determina que cuando no estuviere previsto un trámite especial la contienda se sustanciará conforme a las reglas del proceso ordinario, no lo es menos que la propia norma autoriza al juez –cuando la controversia versare sobre los derechos que no sean apreciables en dinero o existan dudas sobre el valor reclamado– a determinar el tipo de proceso aplicable (ver disposición citada, segundo párrafo) de modo que como director del proceso y custodio final de la legalidad, tiene atribuciones constitucionales y legales suficientes para determinar que el trámite se sustancie en la forma más abreviada y con la mayor inmediatez que la verdad material requiera.

B. Provincia de Buenos Aires.

El Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires contiene específicas previsiones sobre el punto que tratamos, donde su Título II, capítulo I, Artículos 67 al 70, regula el llamado “Proceso sumario de ilegitimidad”, ya que cuando la acción tiene por finalidad exclusiva la obtención de una sentencia que se pronuncie acerca de la legalidad del acto, el demandante tiene la opción de formular su pretensión bajo tales reglas.

De tal modo que la acción se sustanciará con plazos más breves –por lo tanto con mayor inmediatez entre la proposición y la resolución que le pone fin al pleito– y la cuestión se dilucidará sobre la base –en principio– de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas en las que el acto impugnado se hubiere dictado, por cuanto el Artículo 69, inciso 4), dispone que no se admitirá producción de prueba distinta de las constancias documentales agregadas por las partes al proceso, las contenidas en los expedientes administrativos agregados a la causa y las directamente relacionadas con la pretensión.

Con todo lo plausible que resulta la solución en lo referido a la apuntada inmediatez del convencimiento acerca de la verdad material, no obstante es injustificada la restricción dispuesta con relación a los medios de prueba admisibles.

En efecto, si –por citar un ejemplo– la demanda promovida tuviera por objeto la declaración de ilegitimidad del acto que aprueba la convocatoria a una licitación pública que exige una determinada solución tecnológica, al acudir la Administración pública al argumento de que no existen sustitutos adecuados y que de ese modo se estaría restringiendo artificialmente la concurrencia de oferentes, no podría acudirse al proceso sumario de ilegitimidad en la medida que fuera necesaria una prueba pericial científica o técnica para discernir acerca de la legitimidad del acto, salvo que se interpretara con amplitud suficiente que en el caso la prueba pericial está directamente relacionada con la pretensión, o que la prueba sea requerida por el tribunal en uso de sus atribuciones de instrucción.

En supuestos de complejidad técnica y cuando lo que se debata sea la ilegitimidad de un acto administrativo o de un reglamento en lo que hace a su contenido técnico, la norma obliga injustificadamente a acudir al proceso ordinario.

Ciertamente podría el particular demandante acudir al expediente de producir la prueba pericial en forma privada –tal como recomienda Gordillo¹²– e incorporarla como prueba documental o procurar suplir la pericial mediante prueba de informes –tendencia creciente que, como explica Morello¹³, exorbita el encaje de cada una de ellas– pero adviértase que tampoco sería admisible convocar al experto como un testigo por cuanto la producción de prueba está limitada a las actuaciones administrativas.

C. Ciudad de Buenos Aires.

En este ámbito, el Código Contencioso Administrativo y Tributario dispone que el proceso ordinario es el que rige como regla general, aun cuando el objeto de la pretensión fuera la anulación judicial de un acto administrativo y si se tratara de la reparación de los daños y perjuicios derivados de aquel en cuanto se reputa lesivo, dicha acción de reparación no puede promoverse autónomamente sin que medie en tiempo y forma la demanda de anulación.

La solución que adopta el código en este punto es pasible de idéntica crítica a la que cabe formular respecto de aquellas regulaciones o criterios de interpretación jurisprudencial¹⁴, que –en nuestro medio– aún en la actualidad están fuertemente influidos por la concepción del proceso administrativo como un proceso revisor del acto administrativo.

¹² Gordillo, Agustín –Director– *Procedimiento Administrativo*, 1era. Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis-Depalma, 2003, p. 470.

¹³ Morello, Augusto, M, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 102 y siguiente.

¹⁴ Fallo Plenario CNContAdm.Federal, “Petracca e Hijos SACIFI c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial 78) s/ cobro de pesos” del 24-04-1986, *El Derecho*: 118:391, CS, “Alcántara Díaz Colodrero” del 20-08-1996 (*Fallos*: 319:1477).

Tal solución no advierte que aún cuando –como hipótesis– se admitiera que no existe incompatibilidad entre la consagración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la restricción del acceso a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la fijación de plazos de caducidad¹⁵, ello no debería impedir escindir dos conceptos jurídicos diversos, a saber: la estabilidad del acto administrativo y las consecuencias patrimoniales derivadas del mismo, por cuanto aún siendo estable o inmodificable puede provocar una lesión que debe ser indemnizada¹⁶. De lo contrario se estaría negando, en franca violación de los Artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional, que el Estado puede ser responsabilizado patrimonialmente aún cuando sus conductas sean lícitas o –más ampliamente– legítimas.

III. La etapa probatoria en el proceso administrativo.

A. Anotaciones preliminares sobre la naturaleza del proceso administrativo y la función del juez.

Retomando lo dicho al comienzo, el enfoque que se le asigne a esta etapa del proceso, que desde todo punto de vista es esencial, no puede estar despojado del criterio que se adopte respecto de la naturaleza y finalidad del proceso administrativo y, por añadidura, de la influencia que en el mismo se le asigne al procedimiento administrativo previo llevado a cabo con audiencia del interesado.

En ese sentido y al no tratarse de una instancia de revisión de la actuación administrativa, aun cuando en el procedimiento administrativo previamente llevado a cabo ante la Administración pública se hubiere producido prueba, tanto sea de oficio como a instancias del propio interesado, no quedan enervadas o restringidas las facultades que en orden a ese mismo extremo deban desarrollar las partes en el proceso administrativo.

Cabe reiterar aquí que habiendo adoptado un sistema excluyentemente judicial para surtir el control de la actuación administrativa, el comúnmente denominado *proceso contencioso administrativo* o más propiamente dicho, *la acción procesal administrativa*, no comporta un proceso limitado a la revisión de la regularidad del acto administrativo, sino de una acción judicial plena que, inspirada en la necesidad de hacer efectiva en el caso concreto la garantía de la tutela judicial efectiva, impone a las partes la carga de alegar y acreditar los extremos de hecho que configuran el sustento jurídico

¹⁵ Canosa, Armando N., “Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa”, *El Derecho*: 166:988. CS, “Gypobras S.A.” del 05-04-1995, *La Ley* 1995-E-473 con nota de Tawil, Guido S., “El Artículo 25 de la Ley N° 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema”. Ver, por todos, y comparar Barra, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1989, cuya opinión constituye la médula de la sentencia de la Corte Suprema recaída en la causa “Serra, Horacio c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” del 26-10-1993 y que no necesariamente resulta incompatible con el posterior expuesto por el mismo Tribunal en la decisión recaída en la ya citada causa “Gypobras S.A.”

¹⁶ Nos remitimos nuevamente a las opiniones de Cassagne y Mairal citadas en la nota 10.

de su pretensión y le atribuye al juez el deber de indagar en la verdad material, desplegando para ello –en toda la dimensión de sus características y consecuencias– sus atribuciones constitucionales y legales en cuanto órgano del Estado y como guardián de la legalidad.

La circunstancia de que el administrado –como enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández– tenga la carga de accionar, no implica que la Administración se encuentre desligada de la carga de acreditar el sometimiento de su actuación a la legalidad¹⁷.

No se trata, tampoco, de que el juez pueda suplir a las partes en el desarrollo del proceso o cubra las falencias de una u otra, sino de ejercer sus propias e indelegables facultades una vez propuesto el caso, con el objetivo de hallar la verdad jurídica material u objetiva sin que por ello se encuentre autorizado a violar la igualdad de las partes en el proceso (verbigracia; reeditando etapas clausuradas por la preclusión procesal).

Se ha llegado a sostener –en criterio que no está vigente– que en materia probatoria no son los principios que rigen el proceso civil los que deben guiar la actuación del juez en el proceso contencioso administrativo y ello ha obedecido a la afirmación esencial de que la jurisdicción contencioso administrativa es revisora de la vía administrativa¹⁸.

Fiorini justificó en su hora la emancipación del proceso contencioso administrativo respecto de los principios que gobiernan el procedimiento judicial común en la circunstancia de que aquí “[...] el juez debe actuar como juez de la gestión pública y no como juez de un simple litigio. Esto no significa que la función del magistrado sustituya la del administrador. El control y la apreciación sólo incidirán sobre la actividad irregular o viciada del administrador, juzgará el mal uso y la errónea aplicación de las normas que autorizan su actividad, pero en ninguna forma juzgará la iniciativa de la actividad administrativa.”¹⁹.

Puede que en el trabajoso diseño e instauración de la justicia administrativa se pudiese justificar como consustancial al proceso administrativo su consideración como una instancia revisora, limitando de ese modo las capacidades del juez para indagar la verdad objetiva o material, pero esa caracterización resulta actualmente inconcebible en un sistema que ha consagrado como uno de sus valores constitucionalizados el derecho a la tutela judicial efectiva y que, con todas las implicancias que de por sí ello importa, no se agota en la posibilidad de acudir formalmente a un tribunal de justicia, sino que es durante la etapa de prueba cuando se pone en evidencia si la mentada garantía constitucional es meramente formal o verdaderamente sustancial.

Cuando a un mismo tiempo la Constitución Nacional garantiza, por un lado, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la ley, por otro lado, establece como un “deber” de la Administración pública la búsqueda de la verdad material (Art. 1º, Decreto Ley N° 19.549), parece inconsistente interpretar que el Estado se encuentra

¹⁷ *Curso de Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Madrid, Civitas, 1987, T. I, p. 479.

¹⁸ González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 280.

¹⁹ Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el Contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 280.

desligado de la carga jurídica de probar la conformidad de su actuación con el ordenamiento jurídico y que el juez del proceso contencioso administrativo se encuentra limitado en sus atribuciones para indagar y obtener la búsqueda de la verdad material u objetiva.

Ello no significa –claro está– desligar al administrado de la carga de acreditar la verificación de los hechos que configuran el sustento de su pretensión, pero de ninguna manera puede implicarse de allí que la Administración quede exonerada de su correlativo deber jurídico de acreditar la conformidad de su actuación a la legalidad.

Tal circunstancia se hace patente cuando la Administración pública impone una sanción y acude al juez para ejecutarla pues precisamente en dicho contexto las presunciones juegan a favor del particular y no en su contra (verbigracia; la presunción de inocencia). Lo mismo ocurriría si el administrado es quien demanda pretendiendo exonerarse de la sanción establecida, pues a la presunción de legalidad de la actuación administrativa, que es de fuente legal, se le opondrían otras presunciones dispuestas por normas de superior rango como las establecidas tanto en la Constitución Nacional como en aquellas de su idéntica jerarquía.

De allí que no sea exagerado sostener que la finalidad y esencia misma del control judicial de la Administración pública se ponen a prueba en esta etapa del proceso y el juez no puede –bajo el pretexto de que la Administración pública titulariza el interés colectivo– admitir otro límite al ejercicio efectivo de ese deber que no sea el respeto estricto de la bilateralidad del proceso y, en su consecuencia, la plenitud de la contradicción entre las partes y la igualdad de éstas frente al tribunal.

Si la ley impone como principio rector del procedimiento administrativo la búsqueda de la verdad jurídica objetiva o material (Art. 1º, inciso f, apartado 2, Ley Nº 19.549) y el principio de oficialidad es el instrumento para lograr la materialización de ese principio; si la Administración pública debe garantizar ante ella misma la tutela judicial efectiva y como derivado de esa garantía, el debido proceso adjetivo y sustantivo, no se llega a apreciar la existencia de otras limitaciones al despliegue de las potestades judiciales para completar esos mismos fines constitucionales y legales que no sean las derivadas de la bilateralidad del proceso judicial y por ende de la estricta igualdad de las partes en el mismo.

La prueba –como veremos– está a cargo primariamente de las partes y está dirigida al juez y esa carga –dependiendo de la naturaleza de la pretensión– puede que repose en una de las partes más que en la otra (verbigracia; la prueba del daño infringido; la prueba de la legalidad y proporcionalidad de la sanción impuesta) pero no exonera al juez, ni tampoco lo limita, en la necesidad de indagar en la corrección de la conducta estatal sometida a su conocimiento.

Es por ello que cuando la ley le atribuye al juez la potestad de decidir u ordenar la producción de medidas para mejor proveer, esa atribución debe entenderse en el sentido de asignarle en este ámbito un margen de apreciación o de libertad para la elección de los medios que él considere más conducentes para indagar acerca de la verdad material y formarse convicción respecto de ella, pero no puede interpretarse en el

sentido de que se trata de una mera facultad de actuar o de no actuar frente a la presunción de legalidad de la actuación estatal, ya que esa presunción es, por naturaleza, pasible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario y se agota en su esfera meramente declarativa.

Esa verdad jurídica material u objetiva no es por cierto –como lo enseña Morello²⁰– una verdad absoluta y abstracta, sino que debe entenderse como “un estado subjetivo del juez cuyo acceso a esa verdad (certeza) se ha ajustado a un procedimiento reglado y a pautas y guías lógicas y de experiencia”²¹ y en consecuencia es una certeza suficiente sobre los hechos.

El juez del proceso administrativo tiene a su cargo verificar la legalidad de la actuación estatal, entendido este concepto en su más amplio significado de conformidad al ordenamiento jurídico, es decir de legitimidad o de juridicidad y es por ello que en cuanto órgano del propio Estado y por lo tanto obligado a proveer la garantía de la tutela judicial efectiva, es custodio de esa legalidad.

Si admitiéramos que en la búsqueda de la verdad queda limitado por lo que las partes le señalen, su papel quedaría reducido a presumir que la actuación estatal es siempre legítima salvo arbitrariedad manifiesta, con lo cual se convertiría en un apéndice de los otros órganos estatales.

El único límite del juez en este ámbito es el de preservar la igualdad de las partes en el proceso y la vigencia de los principios de bilateralidad y de contradicción que lo informan, por cuanto ello es consecuencia de la garantía de la defensa en juicio.

B. Qué significa “probar”.

Brevemente diremos que se ha definido la prueba como “el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”²².

Es conteste la doctrina en que la expresión “probar” no es única o unívoca y recibe más de una significación. Por lo pronto, es todo elemento de convicción del juez, pero igualmente son los medios que le permiten formarse esa convicción. Con la misma voz, se caracteriza a la actividad que desarrollamos al ofrecerla (o proponerla) y al producirla. También se señala que vale para centrarnos en su eficacia (hablamos de eficacia probatoria sin duda), en cuanto susceptible de provocar esa convicción. Por último, constituye la averiguación (en el proceso penal) o la verificación jurídica (en el proce-

²⁰ Morello, Augusto Mario, *Estudios de Derecho Procesal*, T. 1, La Plata, Librería Editorial Platense - Abeledo - Perrot, 1998, p. 108 y siguiente.

²¹ *Ibíd.*

²² de Arcenegui, Isidro E., con cita de J. Guasp, L. Prieto Castro y J. González Pérez, en “*Consideraciones en torno a la carga de la prueba y su proposición y admisión en el proceso contencioso-administrativo*” en “La Protección Jurídica del Ciudadano”, estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo II, Madrid, Civitas, 1993, p. 1523 y siguientes (ver p. 1523).

so civil) que realizan las partes o el juez para acceder a la verdad o a la certeza de lo que se controvierte en una causa o litigio²³.

C. La carga de la prueba.

En general la doctrina tiende a diferenciar la carga de la prueba en el procedimiento administrativo de la que corresponde al proceso judicial, colocándola como regla en cabeza de la Administración pública en el primer caso por virtud del principio de oficialidad y de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva o material que pesa sobre ella²⁴.

En cambio, no hay consenso sobre si en el proceso judicial el tribunal está limitado a las proposiciones probatorias de las partes o si –por el contrario– guiado por la necesidad de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva goza de atribuciones que le permiten indagar más allá de la colaboración que las partes pudieran brindarle, especialmente cuando la Administración pública se muestra renuente –en comportamiento arbitrario– a aportar al proceso medios de prueba en su poder²⁵.

En el proceso administrativo nacional la regla jurídica básica viene dispuesta en el Artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial, de tal manera que –como principio general– quien alega los hechos sobre los que configura su pretensión tiene a su cargo la prueba respectiva, tanto acerca de su existencia como de su alcance. El no probar genera una sanción, lógica, desde que los hechos afirmados por el titular de la carga quedan como inexistentes²⁶ y en consecuencia por ser propio de la actividad que debe desarrollar, incumbe primeramente a quien demanda la alegación y prueba de los hechos sobre los que basa su demanda y a quien se defiende le corresponde hacer lo propio para exonerarse de las consecuencias de las conductas que se le endilgan²⁷.

De allí que haya recibido fuerte crítica el generalizado concepto de la *carga probatoria dinámica*, desde que con razón se afirma que toda carga jurídica es como regla dinámica, porque está “derivada del principio de responsabilidad del individuo que

²³ Morello-Sosa-Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, La Plata 1993, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, Tomo V-A, p. 7. González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, p. 277 y siguiente.

²⁴ Canosa, Armando N. – Salvatelli, Ana (Colaboradora), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos* (Comentada y actualizada 2005), Buenos Aires, Ediciones Rap s.a., 2005.

²⁵ Arcenegui, Isidro E. De, *op. cit.*, p. 1530, con mención de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español interpretando el Artículo 75 de la LJCA de 1956.

²⁶ Morello-Sosa-Berizonce, obra y lugar citados en nota 23.

²⁷ Establece la citada disposición del Artículo 377 CPCCN: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.” **Concordancia:** Art. 301 Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

obra por su propio interés”²⁸ y esta regla es aplicable tanto al administrado como a la Administración pública.

Desde ya que no corresponde exigir la probanza de los hechos de público y notorio conocimiento y también que en muchas ocasiones la cuestión deberá resolverse como de puro derecho o sólo con las constancias documentadas (Artículos 360 Código Procesal de la Nación; 289, inciso 4º CCAyT CABA; 41, inciso 1, apartado e) e inciso 2 CPCABA) y que aún cuando nada se diga al respecto, se debe asumir que la única limitación existente sobre este aspecto es que no se pueden aceptar pruebas obtenidas por medios ilícitos o con violación de las garantías fundamentales (verbigracia; las producidas con violación al debido proceso)²⁹.

Tampoco debe omitirse que como en todo proceso judicial rige aquí el denominado *principio de adquisición de la prueba*, según el cual realizada o producida una prueba ella se adquiere para el proceso ya que por ser el destinatario de ella el juez³⁰, aunque la proponga una de las partes puede beneficiar a la contraria. Y este criterio –como lo señalamos en otra oportunidad– es predicable también respecto del procedimiento administrativo donde la Administración pública está gobernada por el principio de oficialidad y de la mentada búsqueda de la verdad jurídica material u objetiva (conforme también lo dispone el Art. 48 del RPA)³¹.

Puede decirse que las expuestas son las reglas jurídicas generales aplicables al proceso administrativo, aún cuando el objeto de la pretensión procesal fuese la anulación de actos administrativos o de reglamentos, pues la presunción de legalidad de que estos gozan siempre admite prueba en contrario y en el desarrollo material del proceso judicial no es otra cosa que una declaración unilateral de una de las partes y por lo tanto debe ser materia específica de la prueba.

En el proceso judicial, la mentada presunción de legalidad –en el mejor de los casos y con precisos límites– agota sus efectos en el limitado ámbito de cognición que tiene el juez en la provisión de ciertas medidas cautelares, pero no evita que la Administración pública –frente a la concreta impugnación de su legalidad– tenga la carga jurídica de acreditar la conformidad de su conducta con el ordenamiento jurídico, pues como bien se ha dicho, la carga que sobre el particular pesa de instar la acción judicial

²⁸ Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 477.

²⁹ González-Cuellar Serrano, Nicolás, *La Prueba en el Proceso Administrativo (Objeto, Carga, Valoración)*, Madrid, Colex, 1992, p. 75, quien analiza el aspecto de la prueba prohibida. Para el procedimiento administrativo el profesor Allan R. Brewer Carías señala los casos de la Constitución de Venezuela (Art. 49.1) y la Ley de Procedimiento Administrativo de Brasil (Art. 30) (Ver *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Primera Edición, Colombia, Legis, 2003, p. 143).

³⁰ Fenochietto, Carlos Eduardo, obra citada en nota 28, p. 468.

³¹ Así lo hemos dejado expuesto en nuestro trabajo “Breves reflexiones acerca de la prueba del daño en el procedimiento administrativo”, en AAVV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap s.a., 2006, p. 555 y siguientes.

no desplaza la carga de la prueba que recae sobre ambas partes de acreditar los supuestos de hecho de la norma jurídica cuya aplicación reclaman en el caso concreto³².

Con sobrada claridad exponen el punto los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “[...] la autotutela declarativa de que se beneficia la Administración desplaza, pues, la carga de accionar a la otra parte, gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su sola fuerza, alcanzan las decisiones administrativas, pero esto no implica que se dé un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, carga esta última que con normalidad corresponde a la Administración, incurriendo en un vicio legal el acto que la desatiende en este supuesto”³³.

La consecuencia inmediata de no admitir al proceso contencioso como un mero proceso revisor o un proceso al acto, es que pesa igualmente sobre la Administración pública la carga de acreditar los elementos configurativos del sostenimiento de la legalidad del acto impugnado³⁴.

El control judicial de la Administración pública no debe mirarse entonces a través del prisma del dogma revisor, sino como aquel en el que es necesario verificar que la Administración ha actuado sometida a la ley y en ese contexto corresponde también a ella –conforme los principios generales– cargar con la prueba de que su accionar está en conformidad con el ordenamiento jurídico.

D. Criterio de apreciación de la prueba.

En cuanto a la apreciación de la prueba rendida, la regla vigente tanto en el ámbito del proceso judicial, cuanto en el procedimiento administrativo, es la que establece que ella deberá ser valorada –salvo disposición legal especial en contrario– de acuerdo con las reglas de la “sana crítica”. Así expresamente lo dispone el Artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, norma que se aplica en forma directa en el procedimiento administrativo conforme lo dispone el Artículo 62 del RPA en el ordenamiento nacional.

³² González-Cuellar Serrano, Nicolás, *op. cit.* p. 42 y siguiente con cita de la jurisprudencia del Supremo Tribunal español.

³³ García de Enterría – Ramón Fernández, *Curso...*, T. I, Cuarta Edición, Madrid, Civitas, 1987, pp. 476/479, en especial esta última. Puede verse que el concepto se mantiene en la Primera Edición argentina con Notas de Agustín Gordillo, Buenos Aires, 2006, p. 521. Thomson Civitas – La Ley. Anota aquí Gordillo (ver Nota al Capítulo IX) que “el principio de la autotutela” es la presencia del *Ancien Régimen* del absolutismo francés, que ha cedido en tanto avanza el Estado de Derecho”.

³⁴ García de Enterría – Ramón Fernández, obra y lugar citado; Arcenegui, Isidro, E. de, obra y lugar citados. También Agustín Gordillo lo explica claramente cuando señala: “en los sistemas constitucionales contemporáneos como el nuestro y en el sistema interamericano e internacional de derechos humanos, el eje del sistema del control es el acceso a la tutela judicial efectiva. Dentro de ésta, el centro de análisis son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado” (ver *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, El Acto Administrativo, 8ª Edición, Introducción, parágrafo 4, p. 7).

Couture ha dicho a este respecto que la “sana crítica” conforma un estándar jurídico cuya proyección abarca todos los medios de prueba y hacia otros campos de la teoría de la prueba. “Las reglas de la sana crítica son un precioso *standard* que abarca [...] todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares”³⁵.

E. Ofrecimiento de la prueba.

A partir de la modificación operada en el orden procesal nacional arriba señalada que –como se dijera– produjo también la supresión del proceso sumario, en los procesos de conocimiento la totalidad de la prueba debe ser ofrecida con el escrito de demanda, su contestación y –en su caso– con el escrito de reconvencción y su contestación.

La admisibilidad de los medios de prueba propuestos por las partes –en función de los hechos que se estimen conducentes a la decisión final– será formalmente declarada en una audiencia preliminar que el juez debe convocar y presidir con carácter indelegable y sin cuya presencia no puede realizarse (Artículo 360 del Código Procesal).

La audiencia preliminar reglada por la disposición fue consecuencia de las modificaciones operadas al Código Procesal por la Ley N° 24.573 de Mediación y Conciliación (Artículos 32 a 39 inclusive) y su introducción responde a la intención de incorporar una etapa oral en un proceso judicial eminentemente escrito³⁶.

Respecto de esta última no es infrecuente que los jueces del proceso administrativo no lleven a cabo la audiencia establecida en la disposición, recurriendo al argumento de que su celebración configura un dispendio de actividad jurisdiccional dado que la Ley N° 24.573 no es aplicable al Estado Nacional y sus entidades descentralizadas (Artículo 2°, inciso 4) y sus apoderados letrados no cuentan con facultades para conciliar los pleitos.

Es cierto que la norma dispone que establecidos los hechos conducentes, el juez debe invitar a las partes a que éstas concilien el diferendo o busquen otra alternativa de solución del conflicto (Artículo 360, inciso 1°, texto según Ley N° 25.488) y que también los representantes letrados del Estado Nacional y sus dependencias deben contar con atribuciones expresas para celebrar conciliaciones o transacciones (Decreto N° 411/1980; Artículo 18 Ley N° 23.982), pero no lo es menos que el señalado propósito conciliatorio es sólo uno de los cometidos de la mencionada audiencia preliminar y uno de sus princi-

³⁵ Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, T. II, Tercera edición, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 226. Por ello no basta para ser juez poseer una acabada formación teórica sobre la disciplina jurídica que habrá de aplicarse ya que ésta es condición necesaria pero no suficiente, pues es imprescindible la acreditación de una efectiva experiencia en el ejercicio de la abogacía particular o pública tal como la ley exige y que se suele tener por satisfecha –en criterio hartamente discutible– con trayectoria en el propio ámbito judicial.

³⁶ Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, - Actualización Temática-, 1996, p. 201.

pales méritos es concentrar en un único acto procesal todo lo relativo a la prueba ofrecida por las partes y de allí el carácter indelegable que tiene para el juez y como garantía para las partes.

La ostensible ventaja de realizar dicha vista con las partes, es posibilitarle al juez tomar contacto directo con ellas y sin intermediaciones conocer los hechos, discernir sobre aquellos que estime conducentes y sobre los medios de prueba que considere verdaderamente aptos para ello. En definitiva, dirigir el proceso desde sus albores.

La práctica de algunos tribunales³⁷ digna de ser imitada, es requerirle a los litigantes la presentación de un escrito –previo a la celebración de la audiencia– en el cual sinteticen los hechos y argumentos principales de sus presentaciones (demanda y contestación y –eventualmente– reconvencción y su contestación) y de los medios de prueba que intentan valerse en cada caso, para que de ese modo –en el ámbito de colaboración de las partes con el juez y por añadidura con la convicción que éste debe formarse– la audiencia preliminar cumpla eficazmente el propósito que la anima y que no es otro que el juez –como director del proceso– tome conocimiento de los hechos invocados a través del contacto directo con las partes, determine los que resulten conducentes para la decisión y seleccione los medios de prueba apropiados para formarse esa convicción acerca de la verdad jurídica.

En su caso y en esa misma oportunidad, corresponde que decida si la causa se resolverá como de puro derecho o con las solas constancias existentes en el expediente judicial o las que deban incorporarse y que se encuentren aún en poder de alguna de las partes o de terceros (Artículos 362, 388, 389 del Código Procesal).

Previsiones análogas se hallan contenidas en los Artículos 288, 289 y 290 del CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires y en el Artículo 41 del CCABA (texto según Ley N° 13.101), disposiciones que en sus respectivos ámbitos también regulan la celebración de una audiencia en la etapa inicial con el propósito de que sea siempre el juez quien fije los hechos conducentes y resuelva sobre la pertinencia de los medios de prueba necesarios para su acreditación, con la particularidad de que ambos ordenamientos disponen que dicha audiencia debe ser convocada con plazo determinado.³⁸

F. Diligencias preliminares y producción de prueba anticipada.

Corresponde aquí tratar estas cuestiones que se suelen confundir no obstante poseer objeto jurídico distinto. Las diligencias preliminares son medidas tendientes a la preparación de un juicio futuro, en tanto que la producción de prueba anticipada “es una forma excepcional de ofrecer y producir prueba entablado o no el juicio, según la urgencia en la ejecución de la medida”³⁹.

³⁷ Inclusive esa práctica se verifica en los procesos de conocimiento que tramitan ante la instancia originaria de la Corte federal.

³⁸ Plazos que obligan –dicho sea de paso– al propio tribunal y que han sido establecidos en 20 (veinte) días en el caso del Art. 288 del CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires y en 15 (quince) días en el supuesto del Art. 41 del CCABA de la Provincia de Buenos Aires.

³⁹ Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal... op. cit.*, volumen 2, comentarios al Artículo 326, p. 286.

La circunstancia de que en el ordenamiento nacional se hayan legislado en forma conjunta (Libro II, Título, I, Capítulo II, Arts. 323 a 329 del Código Procesal), línea seguida en el CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires (Título X, Capítulo I, Arts. 311 al 314), no obsta a que su naturaleza sea diferente y que por ello no deban confundirse.

Conforme ha quedado expuesto por la doctrina, en el régimen del código “estas diligencias engloban en dos categorías procesales que tienen en común la circunstancia de ser previas a la demanda, pero difieren en cuanto a su objeto; por un lado, las medidas preparatorias del juicio a promover (Art. 323), y, por el otro, la producción anticipada de prueba (Art. 326)”⁴⁰.

Una aproximación al concepto de la prueba anticipada la podemos obtener acudiendo a la elocuente expresión empleada por Podetti que las caracterizaba como medidas cautelares sobre la prueba⁴¹, con la sustancial diferencia de que si bien la decisión sobre su pertinencia puede ser adoptada inaudita parte, su concreción siempre requiere la intervención de la parte contraria pues si así no fuera se afectaría la esencial bilateralidad del proceso, que es garantía de la defensa en juicio⁴².

Nótese que, como explica Podetti, la producción de una prueba anticipada puede definir el resultado del pleito⁴³ y de allí el carácter excepcional y restrictivo con el que debe admitirse su procedencia, por comportar un quiebre de la regla básica de la igualdad de las partes en el proceso.

Esa interpretación excepcional y taxativa –criterio que no rige según los precedentes judiciales respecto de las medidas preliminares– se justifica –además– en que el objeto del proceso no está claro al tiempo de su requerimiento y eventual producción y en consecuencia no sean procedentes cuando quien las pretende tenga por propósito preparar el futuro proceso o asegurar la eventual ejecución de la sentencia, ni tampoco procede su producción sin previa citación y control de la parte contraria⁴⁴.

Debe añadirse que la producción de prueba anticipada se encuentra absolutamente vedada en el proceso nacional sin previa promoción del juicio cuando se pretenda la prueba de confesión mediante la absolución de posiciones (Art. 326, último párrafo, Código Procesal) y que esta prohibición no está contenida en el CCAyT ya que su Artículo 311 –copia casi textual del mencionado Artículo 326 del Código Procesal– no la contiene; circunstancia que podría obedecer a que la prueba de confesión no es un medio probatorio legislado en el proceso administrativo vigente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Como se mencionó, tanto el Código Procesal nacional (Art. 326 a 329) como el CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires (Art. 311 a 314) prevén expresamente la producción de prueba fuera del proceso tanto sea con anterioridad a la traba de la *litis* como

⁴⁰ Fenochietto, Eduardo, obra citada, pp. 275 y 276.

⁴¹ Podetti, Ramiro, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Ediar, 1956, pp. 314 y 315.

⁴² *Op. cit.*, p. 315.

⁴³ *Op. y loc. cit.*

⁴⁴ Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal...* obra y lugar citados, pp. 287 y 288.

con posterioridad, pero siempre con citación previa de la parte contraria y en los supuestos taxativamente dispuestos por las señaladas disposiciones.

En cuanto a las diligencias preliminares y más allá de lo dicho acerca de que no puede con ellas suplirse –como enseña Fenochietto– la carga que para las partes y sus profesionales representa la correcta preparación del juicio que han decidido promover y que no pueden emplearse como medio de indagación semioficial⁴⁵, el interés de su estudio en este ámbito radica en su utilización práctica cuando –verbigracia– la Administración pública arbitrariamente deniega al administrado un pedido de vista respecto de actuaciones que aquel estime de interés para la adecuada promoción del proceso judicial, o respecto de la exhibición de otros instrumentos que hacen al mismo propósito (Art. 325 Código Procesal) ya que aún cuando los expedientes administrativos podrían ser incorporados al proceso como prueba documental en poder de una de las partes (Artículos 387 y 388 del Código Procesal) y ser requeridos aún antes del traslado de la demanda y en mérito a lo que ellos contengan, ser ésta transformada, modificada, ampliada e incluso desistida sin responsabilidad alguna para la parte demandante antes de trabada la *litis* (Artículos 304, 331 y ccs. del Código Procesal nacional, 253, 254 y ccs. del CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires), es manifiesta la mayor conveniencia de su exhibición antes de la promoción de la demanda.

IV. Apostillas sobre algunos de los medios de prueba admisibles.

En el ordenamiento nacional el principio general vigente es el de la admisión amplia de medios de prueba, lo cual es lógico si atendemos a la circunstancia de que la legalidad del comportamiento administrativo es siempre lo que se pone en crisis, criterio que no rige –y de allí las críticas que he dejado formuladas más arriba– en el denominado proceso sumario de ilegitimidad vigente en la provincia de Buenos Aires.

Algo similar se ha dicho respecto del Artículo 302 del CCAyT vigente en la Ciudad de Buenos Aires⁴⁶, aun cuando corresponde reiterar que la regulación del proceso en la jurisdicción no ha previsto la prueba de confesión, probablemente por considerar inútil o superflua la que pueda rendir la autoridad administrativa, pero omitiendo que ella podría ser requerida también respecto del propio administrado.

En rigor de verdad, la doctrina argentina se ha ocupado profusamente de los medios de prueba admisibles en el proceso administrativo, de la utilidad práctica de algunos de ellos (verbigracia; la prueba de confesión) o de la naturaleza jurídica de otros (verbigracia; las actuaciones administrativas) y en razón de la existencia de esos mayúsculos y completos esfuerzos es poco lo que puedo aportar en este punto y por lo tanto corresponde a ellos remitir al lector⁴⁷.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 277.

⁴⁶ Balbín, Carlos F. (Director), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires – Comentario y Concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo – Perrot, 2003, p. 646.

⁴⁷ Pueden verse entre las más modernas las obras de García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 2, Buenos Aires, Hamurabi, 2004, p. 655 y siguientes. Luqui, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, p. 305 y siguientes, 2005.

A. Actuaciones administrativas.

Con todo y más allá de los estudios pormenorizados acerca del valor jurídico que corresponde asignarles a los expedientes administrativos⁴⁸, no debe olvidarse que como regla general las actuaciones administrativas en sí mismas consideradas constituyen prueba instrumental incorporada por una de las partes al proceso, sin perjuicio de que alguna de sus piezas pudieran autónomamente revestir naturaleza de instrumentos públicos⁴⁹.

De nuevo recordemos que el procedimiento administrativo que se formaliza a través de actuaciones administrativas no debe ser concebido como una primera instancia respecto del proceso judicial⁵⁰, de modo que las constancias en ellas colectadas en tanto emanen de una sola de las partes debe ser expresa o tácitamente reconocida por su contraria y puede ser desvirtuada por otros medios de prueba.

Desde nuestro punto de vista podrían adquirir un valor preponderante en el caso de que el juez advirtiese de su examen que se suscitan en ellas hechos que los litigantes no hubiesen alegado como constitutivos o impeditivos, respectivamente, de sus pretensiones y que –según el criterio del tribunal– pudiesen ser conducentes para la búsqueda de la verdad material que –en la tesis que sustentamos– debe guiar su actuación.

El supuesto estaba expresamente previsto en el ordenamiento jurídico español desde el año 1956 (cfr. Art. 79.2 LJCA) y conforme las facultades de instrucción que la legislación le reconoció al juez; éste respetando siempre el principio de bilateralidad y contradicción, debe asignarle a las partes una nueva posibilidad de alegar y probar sobre aquellas cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos de demanda y contestación⁵¹.

B. Confesional.

Cuadra ahora detenerse en la prueba de absolucón de posiciones de los funcionarios públicos para obtener de éstos su confesión⁵², cuya pertinencia y utilidad práctica ha sido puesta en duda con serios argumentos⁵³, máxime que, aún cuando quien absuelve posiciones presta juramento de decir verdad, si faltara a ella o de algún modo la omitiera ello no le debería traer aparejada ninguna responsabilidad de tipo jurídico pues es su derecho –garantizado constitucionalmente– no declarar contra sí mismo.

⁴⁸ Ver, por todos, Bielsa, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, Tercera edición, Santa Fe, Editorial Castellví S.A., 1964, p. 251 y siguientes, y del mismo autor “Instrumentos públicos emanados de Funcionarios u órganos del Estado”, incluido en *Estudios de Derecho Público*, T. IV, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 163 a 217 y el análisis acerca del valor probatorio que le asigna la jurisprudencia en Luqui, Roberto Enrique, *op. cit.*, número 338, pp. 316 a 318 y especialmente sus notas.

⁴⁹ De allí que con sincero y profundo respeto, disintimos del papel descollante que en el proceso contencioso le asigna a las actuaciones administrativas el Profesor Fernando García Pullés, *op.cit.*, T. 2, p. 658.

⁵⁰ Rejtman Farah, Mario, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 2, con cita de Diez, Manuel, *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1983.

⁵¹ Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *op.cit.*, p. 31.

⁵² Como lo recuerda Roberto E. Luqui, la absolucón de posiciones es el medio de prueba legalmente previsto para obtener un resultado que es la confesión y no ésta el medio probatorio en sí mismo (Cfr. obra citada, p. 318 y siguientes).

⁵³ García Pullés, Fernando R., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 659/660.

Por lo demás y como de ordinario sucede, la prueba será rendida por escrito y no frente al juez, de manera que salvo circunstancias excepcionales es cierto que su utilidad práctica es prácticamente nula.

Claro que la eventual inutilidad práctica de la absolución de posiciones del funcionario público como medio de prueba o –en ciertos casos– su impertinencia, en tanto su declaración se considerara relevante podría materializarse mediante su citación como testigo, informante y hasta como perito, pues si ello es admitido en el curso del procedimiento administrativo cuando está vedada la confesión (Art. 59 Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo) no se ven obstáculos a su admisión como medio de prueba en el proceso judicial, siempre que el interrogatorio versare sobre hechos o cuestiones respecto de los que tenga un conocimiento directo y personal y si el agente o funcionario faltare a la verdad incurriría en el delito de falso testimonio (Art. 275 y ccs. del Código Penal). Por aplicación extensiva, la eventual confesión voluntaria del funcionario valdría como prueba ya que tal posibilidad es también expresamente admitida en el procedimiento administrativo (cfr. disposición citada).

Con lo expuesto queremos destacar que el criterio de la inutilidad práctica e incluso de la impertinencia de la declaración del funcionario público no es absoluta y a fines prácticos existen otras vías de hacerlo comparecer, máxime cuando el medio de prueba no está regulado (verbigracia; el CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires).

C. Peritos.

Probablemente es, de entre todos, el medio de prueba que más utilidad reporte a la verdad material en el ámbito de estos procesos y resultará inexcusable cuando se debata el contenido técnico de actos o decisiones estatales, incluso por la propia Administración pública en defensa de la legalidad de sus actos, ya que no rige respecto de ella en el ámbito del proceso la prohibición que como regla le viene impuesta por el Artículo 54 del Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo.

El mayor atributo de este medio probatorio deviene de la calidad de auxiliar o colaborador judicial que se le reconoce al experto respecto de un ámbito de conocimiento que el juez no posee o que por lo menos no está obligado a conocer⁵⁴ y a él estrictamente está dirigido el dictamen pericial que, como elaboración técnica o científica, el perito debe emitir fundadamente sobre los hechos controvertidos que justifiquen la utilización de este medio probatorio.

La jurisprudencia es conteste en asignarle el carácter de auxiliar judicial⁵⁵ y que como tal intermedia entre el juez y los hechos⁵⁶ siendo su colaborador y dependiente y de allí que se diga que su juicio técnico no obliga al magistrado, cuya función es propia e indelegable⁵⁷.

⁵⁴ Fenochietto, Eduardo, *op.cit.*, T. 2, p. 644.

⁵⁵ CS, “Pose, José D. c/ Provincia de Chubut y otra” del 01-12-1992, *La Ley* 1994-B-434.

⁵⁶ Alsina, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal*, T. II, p. 347.

⁵⁷ Fenochietto, Eduardo, *op.cit.*, recogiendo las opiniones de Carnelutti.

De otra parte, el ordenamiento procesal nacional autoriza al juez en supuestos de alta complejidad, a acudir a la opinión de instituciones públicas o privadas (Arts. 476 y 516 del Código Procesal) y un procedimiento útil es que el propio tribunal requiera a las partes que acuerden ellas mismas la nominación de la institución que –conforme la complejidad del asunto y la necesaria concurrencia de determinadas cualidades o incumbencias profesionales– podría actuar como perito o que bien confeccionen una lista que estimen reúne esas cualidades para que el juez la designe.

La utilidad del procedimiento es manifiesta hasta el punto de que con acuerdo de las partes y en tanto las cuestiones involucradas pudieran ser materia de transacción, la institución que actuara como perito podría revestir el papel de amigable componedor o –en ciertos casos– incluso de perito árbitro.

La prueba pericial elaborada en forma privada y que cada parte puede aportar con los escritos de demanda y contestación, es una práctica que entre nosotros ha sido recomendada por Gordillo⁵⁸, ofrece gran ventaja para la exposición misma de los hechos aun cuando no supla la labor pericial oficial cuya realización ordene el tribunal, y puede resultar de gran utilidad para el ejercicio del derecho de controlar el desarrollo del dictamen pericial que a las partes les asiste a través de la designación de consultores técnicos (Art. 458, último párrafo, Código Procesal).

A estos últimos se les ha asignado un carácter análogo al abogado de parte⁵⁹ y en tanto la eficacia del dictamen pericial como medio probatorio depende de la valoración que de él realice el tribunal –en tanto el perito es su colaborador o auxiliar–, al tiempo de dicha valoración el juez debe tomar en cuenta las opiniones expresadas por los consultores técnicos por cuanto si a éstos se les asigna el mismo estatus jurídico que a la parte, desoír sus exposiciones de contenido técnico equivaldría a desoír a las partes mismas en la exposición de los hechos.

V. Recapitulación sobre el papel del juez en el proceso administrativo y de la caracterización en este ámbito de las medidas para mejor proveer.

En cuanto órgano del Estado, el juez del proceso administrativo es custodio último de la legalidad y garante de la tutela judicial efectiva, y por ende está investido de unos atributos constitucionales y legales que lo distancian del juez del proceso civil eminentemente dispositivo que se verifica entre sujetos particulares⁶⁰.

La legalidad o más estrictamente la juridicidad del comportamiento estatal, es la materia del proceso administrativo y las pretensiones aquí ventiladas siempre la tendrán como protagonista principal.

⁵⁸ Ver lo que se señala en la nota 11 de este trabajo.

⁵⁹ CNFedCivCom., Sala I, 28-08-1997, *La Ley* 1998-A-231.

⁶⁰ En contra de tal criterio se ha expresado Luqui, Roberto E., *Revisión Judicial... op.cit.* número 333, p. 305. A favor del mismo y si bien en otro contexto puede verse la opinión de Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el Contencioso....?*, obra y lugar citados.

El límite que el juez posee en este estricto ámbito –quizás el único– es el respeto a las reglas de la bilateralidad y de la plena contradicción como derivados de la defensa en juicio y de la igualdad de los litigantes frente al juez, pero el derecho a la tutela judicial, cuya efectiva vigencia se verifica en esta etapa del proceso judicial, no puede sino implicar que las facultades de instrucción de las que está investido configuren poderes discrecionales entendidos en el sentido de una atribución para escoger –a partir de la exposición de los hechos y de su experiencia– los medios más aptos para obtener la búsqueda de la verdad material en el sentido expuesto, es decir de convicción o certeza acerca de la legitimidad del comportamiento estatal (verbigracia; indagando si el acto administrativo emitido encubre otra finalidad distinta de la expresada o si se alegan razones de oportunidad para encubrir una verdadera ilegalidad).

Ningún sentido tendría afirmar la vigencia de principios y valores jurídicos connotados al Estado de Derecho si consentimos que el juez está limitado en la revisión del comportamiento estatal o que queda indisolublemente ligado a las proposiciones de hechos y prueba que las partes le formulen cuando de esa revisión deba ocuparse.

No se trata sólo de la potestad para reconducir una pretensión procesal con sustento en el *iura novit curia* aunque desde ya cabe reconocer el gran avance que para la vigencia de la tutela judicial efectiva esto de por sí significa⁶¹, sino que, al contrario de lo que sucede en el proceso civil, es ir todavía más allá y reconocerle al juez del proceso administrativo la capacidad para poner de relieve ciertos hechos que aún cuando no hubiesen sido alegados por las partes, pueden convertirse en reveladores de la verdad material.

Al contrario de lo que sucede en el proceso civil regido por el principio dispositivo y en el cual el objeto del juicio es privado⁶² y por lo tanto regido por una regla de igualdad aritmética, aquí por encontrarse primariamente en juego la legalidad del comportamiento estatal el objeto de la pretensión estará siempre influido por la regla de la igualdad proporcional como característica propia del bien común que ordena toda su conducta⁶³.

Si la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha reconocido que en el contexto del proceso civil, “[...] la facultad de los jueces de disponer –en cualquier estado del proceso– las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, no puede ser renunciada en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable [...]” y “[...] en caso contrario, la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino la frustración ritual de la aplicación del derecho [...]”⁶⁴ con

⁶¹ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, T. 2. “La defensa del usuario y del administrado”, Cap. XIII “La tutela judicial”, 8ª. Edición, Buenos Aires, FDA, 2006. Bastons, Jorge- Elfades, Analía, “La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero contencioso administrativo bonaerense”, *La Ley SJDA* del 11-07-2006, p. 35 y siguientes.

⁶² Fenochietto, Carlos Eduardo, *op.cit.*, T.1, p. 161.

⁶³ Barra, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1980, especialmente Capítulo IV, p. 107 y siguientes.

⁶⁴ *Fallos*: 304:1915, “José Ortega c/ Roque Ugarte –Suc.” del 23 de diciembre de 1982.

mayor razón esa regla debería ser aplicable al proceso que tiene a la juridicidad de la actuación estatal como cuestión central de la indagación judicial⁶⁵.

No se trata aquí solamente del reconocimiento de la facultad de los jueces de calificar –autónomamente– la realidad de los hechos que le ha sido propuesta por las partes y de subsumirla en las disposiciones jurídicas aplicables con prescindencia de los fundamentos esgrimidos por las partes –atribución que basada en el *iura novit curia* los jueces siempre tienen⁶⁶– sino de poder indagar más allá de la propia realidad que le ha sido propuesta.

Cuando el objeto de la pretensión procesal es la anulación de un acto administrativo, la denominada *causa petendi* no es otra que la lesión a una situación jurídica protegida al administrado por el ordenamiento jurídico y el hecho que lo constituye es el acto administrativo que se reputa irregular, de modo que el proceso estará dirigido a establecer la verdad material acerca de la ilegitimidad del acto y sus implicancias.

La formulación expuesta había quedado resuelta en el ordenamiento jurídico español en el Artículo 43 de la LJCA de 1956 disponiendo que el juez debe juzgar como regla dentro de los límites de las pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas por ellas (43.1), pero admitiendo que si el tribunal “[...] al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquellas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo” (43.2). Actualmente, la Ley N° 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece análogamente esas atribuciones en su Artículo 33⁶⁷.

De allí que se haya sostenido en criterio aplicable a la actual legislación española: “[...] los motivos de ilegalidad contenidos en la demanda no fundan la pretensión, no

⁶⁵ Fenochietto enseña que las medidas para mejor proveer “responden al principio de autoridad, en el sentido de que una vez instaurado el proceso, los jueces no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos” (cfr. *op.cit.*, T. 1, p. 161).

⁶⁶ Cfr. entre muchos otros CS, *Fallos*: 296:633, 298:78, 307:919, 313:915, 317:1666.

⁶⁷ “1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición. 2. Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquellas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno. 3. Esto mismo se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos”.

quedan incluidos en la *causa petendi* y, por ello, el tribunal puede someter a las partes nuevas calificaciones jurídicas de los hechos alegados, a través del planteamiento de la tesis del Artículo 43.2”⁶⁸.

No se sigue de lo expuesto que las partes queden relevadas de la carga jurídica de formular adecuadamente su demanda y contestación como arriba ya hemos dicho, o que no pese sobre ellas la alegación y prueba de los hechos que configuran sus respectivas pretensiones (doctrina del Art. 377 CPC ya examinado), pero si la indagación está orientada a establecer la ilegalidad de la conducta estatal y con ello y en definitiva la vigencia efectiva de los valores sobre los que se asienta el Estado de Derecho, no se llega a apreciar cuál sería la razón jurídica que impediría al juez del proceso administrativo desplegar los medios tendientes a establecer la verdad material acerca de esa ilegalidad.

Aún cuando la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional⁶⁹ y del derecho internacional de su mismo rango sería suficiente⁷⁰, la legislación, que en el orden nacional es de esperar que alguna vez se sancione, debería concretar en su texto formal un procedimiento eficaz que posibilite al juez desplegar su actividad como director del proceso y custodio de la legalidad en ese sentido, sin menoscabo del derecho de defensa, la igualdad de las partes y el principio de contradicción.

⁶⁸ González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *op.cit.*, p. 28.

⁶⁹ Ver, por todos, la prédica plenamente aplicable a nuestro medio de García de Enterría, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al Comienzo del Siglo*, Capítulo III, “El valor normativo directo de la Constitución española de 1978”, Madrid, Civitas, 2001, en especial p. 105.

⁷⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado...* obra y lugar citado en nota 62, es claro cuando señala textualmente: “Si la justicia no revierte sus criterios anticuados y aumenta y fortalece sus recientes pronunciamientos renovadores, será entonces el propio Poder Judicial el que tendrá la culpa de la menguada importancia en la ecuación del poder, con el consiguiente perjuicio al sistema democrático de gobierno y a la vigencia de las libertades públicas” (ver. p. XIII-44).