

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA SOCIALES Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE PASANTIA

PASANTE : Mirta Gladis Sotelo de Andreau

TEMA:

"EL CONTROL JUDICIAL DE LA DESVIACIÓN DEL PODER"

SUMARIO:

- I- **INTRODUCCIÓN;**
- II- **EL PODER;**
- III- **EL CONCEPTO DE LA DESVIACIÓN DE PODER;**
- IV- **LOS ANTECEDENTES DOCTRINARIOS;**
- V- **LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES;**
- VI- **LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS;**
- VII- **LA DESVIACION DE PODER EN EL DERECHO COMUNITARIO;**
- VIII- **EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. EN GENERAL;**
- IX- **FACULTAD REGLADA, FACULTAD DISCRECIONAL. ¿ANTINOMIAS?;**
- X- **LA DISCRECIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.**
- XI- **INDICE;**

Lugar y fecha : Madrid , Enero de 2.0000

Tiempo de la pasantía : un mes

“ EL CONTROL JUDICIAL DE LA DESVIACION DEL PODER ”

por **Mirta Sotelo de Andreau***

“ El Poder se asemeja a las muñecas rusas. Cuando se abre su figura externa aparece oculta una segunda muñeca, también hueca que oculta, a su vez, una tercera y así hasta el infinito. El Poder se esconde y al final del análisis, según los gustos, se encuentra una persona concreta o una entelequia que no explica nada”. *Alejandro Nieto “La organización del desgobierno”.*

II - INTRODUCCION

El poder público es un imán poderoso y atrayente, todos quieren tomarlo y hacerlo propio haciendo un uso indebido por eso los sistemas instituidos para el control de su ejercicio son ejes centrales sobre los cuales se desarrolla el derecho público, y no son ejes sencillos pues se insertan en un campo complejo de vastas dimensiones para la exploración científica, abarcando distintas áreas temáticas, que van desde la concepción filosófica, pasando por la connotación sociológica, la política, la económica, la jurídica, y la histórica pues nada se explica si no se acota a un tiempo y una realidad determinados.

El análisis que haré en éste trabajo responde a un sistema político concreto, el sistema democrático, vigente en la mayoría de nuestros países americanos, y europeos, centrándonos en la teoría de la división de poderes, para cuya vigencia es necesario mantener **el equilibrio** en pleno funcionamiento, y ello solo ocurre si se efectúa el control interorgánico.

* Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UNNE y de La Universidad de la Cuenca del Plata Investigadora de la Secretaria de Ciencia y Técnica de la UNNE. Miembro de las Asociaciones Argentina de Derecho Administrativo y de Derecho Procesal- Miembro de la Asociación de ex- becarios del Gobierno del Japón. Miembro de la Inter American Bar Asociation. Ex-Directora de la Escuela de Administración Publica. Ex-Subsecretaria de Planeamiento y Ex- Asesora de al Federación Económica de Corrientes. 1er. premio al MEJOR TRABAJO FIA BRASIL 1997 2do Premio AL MEJOR LIBRO FIA PERU 1998. 1er premio al MEJOR TRABAJO FIA MÉXICO 1999.

Lo acotaré a un tiempo determinado y concreto, el actual, sin perjuicio de realizar algunas referencias históricas cuando la explicación del caso lo requiera.

Tomaré dos vertientes conflictivas la de la relación interpoderees, y la de la relación entre el Estado y los particulares. Este último aspecto es el que considero mas importante pues cuando hay abuso del poder de la autoridad lo que se obtiene en la relación con el ciudadano es una inclinación forzada sobre él más débil, tornándose en un peso insoportable que hace prácticamente inalcanzable el logro del deseado equilibrio en la ecuación poder - libertad.

El propósito es evitar que se instale en la sociedad un enemigo de la democracia y del Estado de Derecho: **el poder absoluto**.

¿ Qué debemos hacer para lograrlo?

Aquí nos posicionamos ya en el análisis estrictamente jurídico donde el objetivo que se persigue es justamente conducir el poder dentro de los carriles del derecho, efectuando los controles, correcciones y ajustes necesarios lo que no es tarea fácil, pero tampoco imposible.

Los regímenes jurídicos han regulado controles preventivos y represivos: para evitar que el abuso del poder se produzca, o efectivizar la potestad sancionadora cuando la infracción se ha producido, pero el efecto deseado no aparece, la realidad cotidiana nos revela otra lectura.

De la simple lectura de diarios y revistas, o lo que escuchamos en las radios o vemos en la televisión son innumerables las noticias que reflejan el abuso de poder realizado por distintos funcionarios en diferentes países del mundo y eso nos preocupa.

Dada la extensión de éste campo de investigación me detendré en un área: la del control judicial, y dentro de ella una de las técnicas específicas la denominada *desviación del poder* técnica aplicable para corregir los vicios que se presentan cuando el ejercicio del poder se excede del fin para el que fue originariamente previsto.

Al referirme al sujeto que ejerce el poder público lo acotaré a la Administración, es decir al poder que ejerce el Gobierno a través de la Administración, no ignorando por ello que el problema también se presenta en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial.

Haré un análisis del Instituto en el derecho francés y en el español y también dedicaré un espacio al derecho supranacional, porque pienso que sí el ejercicio indebido del poder nos genera múltiples conflictos dentro de cada nación, el problema se potencia cuando las naciones se unen formando regiones de interés superior como lo son en nuestro ámbito sudamericano el MERCOSUR y en Europa la COMUNIDAD EUROPEA.

El tema es convocante, por lo menos para los que estudiamos el Derecho una de cuyas finalidades es analizar el cumplimiento de la legalidad del obrar de la Administración. Este propósito me ha animado en investigaciones anteriores como por ejemplo el cumplimiento *de la ética en la función pública*¹, que aunque es una cuestión supranormativa ubicada en el marco axiológico, nadie puede negar su incidencia, en el ejercicio debido del poder. O ya dentro del procedimiento administrativo sobre el *silencio de la administración*² que ha originando en la práctica muchas controversias. o en la parte general de éste tema la antinomia facultad reglada *facultades discrecionales*³, donde he apuntando a la reducción de la zona de inmunidad que lo envuelve, entre otros trabajos.

Las líneas de mi razonamiento apuntan como lo he expresado en los trabajos anteriores más que a la crítica y búsqueda de perfección de las normas jurídicas existentes, aunque algún comentario hago sobre ello, a la reflexión de las personas, de los funcionarios públicos, de los jueces, quienes en realidad son los verdaderos efectores del cumplimiento de la legalidad en la actuación estatal.

¹ SOTELO DE ANDREAU, Mirta Gladis “ La ética, la corrupción, la función pública. Tres elementos claves en los procesos de integración” Primer premio al mejor Trabajo otorgado por la Interamerican Barr Association México 1999.

² SOTELO DE ANDREAU, Mirta Gladis “ El silencio de la Administración” en el libro “Procedimiento Administrativo” Editorial Ciencias de la Administración. Bs.As. Año 1998.

El órgano que ejerce el poder nacional o supranacional y el órgano que ejerce su control son órganos ideales que necesitan de un sujeto, una persona física, que lo ponga en movimiento. Muchos de estos funcionarios lamentablemente al ejercer la misión para la que fueron designados pierden de vista el fin querido por la ley. La realidad nos muestra que hay algunos *que se olvidan* que cuando ejercen la función pública únicamente representan a la competencia y finalidad asignada por la norma jurídica al organismo en el que se desempeñan y no su propia voluntad e interés y así persiguen por medio de sus decisiones fines ajenos a los queridos por la constitución, la ley o los reglamentos dictados en su consecuencia.

En el ejercicio efectivo del control interpoderes, en el caso específico el jurisdiccional la propuesta concreta es que exista una mayor apertura de la revisión por la jurisdicción de los actos que por ésta causa se demandan peticionando su declaración de nulidad o existencia, modificándose la conducta de los jueces que exigen pruebas diabólicas de imposible cumplimiento para demostrar la veracidad del objeto demandado, cambiando de la concepción subjetiva a la concepción objetiva.

El Estado de Derecho inserto en un sistema democrático exige que el ejercicio del poder se realice dentro de sus límites legales, pero el incumplimiento del ordenamiento jurídico específico, de los principios que regulan ese régimen, la violación de los marcos para los cuales ha sido instituido en el ordenamiento que cada país ha elegido para organizarse y la arbitrariedad por parte de las autoridades, son el pan nuestro de cada día.

Los actos arbitrarios producen daños que ocasionan deterioros muchas veces irrecuperables tanto para los administrados como para la propia Administración. En las motivaciones de estos actos sólo proliferan razones arbitrarias que justifican muy mal el abuso del poder que realizan y los que nos llamamos a nosotros mismos juristas no podemos consentirlo expresando por lo menos nuestra opinión en contrario.

³ SOTELO DE ANDREAU, Mirta Gladis “El control de la Discrecionalidad Administrativa” publicado en el libro de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”. Corrientes Año 1997.

Si con estas reflexiones apporto alguna mínima ayuda para el cambio en la conducta de quienes ejercen el poder y consecuentemente algún efecto beneficioso para los administrados que sufren sus consecuencias consideraré que el trabajo realizado ha resultado útil.

La Administración ejecuta, produce hechos y actos con consecuencias jurídicas a veces beneficiosas y otras veces dañosas. En el último caso colocan al administrado en una situación perjudicial que les permite ante la propia administración o ante la Jurisdicción.

Pero esto que hoy nos parece un razonamiento común, no ha sido siempre así, el sometimiento del órgano público detentador del poder político a un juicio en el que el particular pueda exigir justificaciones de su comportamiento ante el derecho y reparaciones por el daño causado, es una idea, que surge recién después de la Revolución Francesa por derivación de la aplicación de los principios de libertad y de legalidad.

Ni aún hoy, la formación de la conciencia de sometimiento del poder a la ley, de la cultura de lo jurídico ha logrado la consagración de una tutela jurisdiccional totalmente efectiva sobre el ejercicio de la actividad estatal.

No se trata de una tarea sencilla, reconoce aristas imbricadas, peldaños resbalosos que conforman una escalera que requiere de grandes esfuerzos para alcanzar la concreción de la Justicia. Peldaños sobre los cuales debemos trabajar diariamente para tratar de obtener el equilibrio que plantea la ecuación: **libertad y poder**.

Uno de esos peldaños, es precisamente la existencia y dimensión de ciertas zonas de reserva, en la función de la Administración, que escapan al control Jurisdiccional. Como por ejemplo los llamados actos de gobierno, institucionales o políticos, o los actos discrecionales, tema que hoy nos ocupa.

Cuándo nos preguntamos ¿porqué ocurre esto?, aparece en primer lugar una respuesta histórica y filosófica: Porque conjuntamente con los principios revolucionarios franceses del sistema que consagra la legalidad, la igualdad y la libertad, aparece una nueva forma de organización política cuyo postulado es dividir el poder, y allí dos fuerzas contrapuestas puján : **repartir y reservar**.

La separación de potestades, entre las funciones de Administración, Legislación y Justicia coexisten, está estructurada sobre un sistema de intercontroles, que tratan de distribuirse equitativamente entre cada una de las nuevas ramas en que se divide, en este juego armónica la Jurisdicción , aparece como el órgano máximo de control final motivando nuestras breves reflexiones.

III – EL PODER

“Poder no es la potestad de mandar, sino la capacidad de ser obedecidos. Mejor aún: la capacidad de influir sobre los otros incluso sin mandar” Alejandro Nieto *“La organización del desgobierno”*

Mucho se ha escrito sobre el poder, un concepto difícil y complejo, Duverger⁴ señalaba que el poder es una mezcla de violencia y creencias, “ el poder no es un simple hecho material... está vinculado íntimamente a las ideas, creencias y representaciones colectivas. Lo que los hombres piensan del poder es uno de los fundamentos esenciales del mismo”.

El poder logra la obediencia de sus miembros bien por coacción o por convicción, la coacción va acompañada por un régimen punitivo y sancionatorio y la convicción en cambio es cuando el hombre cree que debe obedecer porque cree en lo que el grupo presenta como ideología o en los representantes del grupo que lo ejercen.

Un presupuesto del poder es la legitimidad, Max Weber⁵ clasifica en tres las clases de legitimidad: la *legitimidad histórica o tradicional*, la *carismática* y la *democrática o racional*. En cada una de ellas hay diferentes razones que dan sustento a su existencia, ya sea por herencia, atracción o elección hay un grupo de sujetos que obedecen a determinados sujetos que ejercen el poder.

Esto se relaciona también con los diferentes sistemas políticos donde el poder ha ocupado diferentes lugares, conforme al régimen que se adopte. En éste trabajo me refiero **exclusivamente al sistema democrático liberal**, por lo tanto no tomaré la concepción del poder como absoluto como podría darse en un sistema autoritario, sino por el contrario al poder sujeto a límites, dentro de un esquema representativo como el nuestro.

Dentro de la democracia el derecho de los gobernantes está restringido en aras de garantizar la libertad de los ciudadanos. La libertad es un elemento esencial del hombre, en el marco de la concepción inusnaturalista e individualista, pero su ejercicio genera conflictos y los conflictos

⁴ DUVERGER, Maurice “Institutions politiques et Droit constitutionnel” París 1962 pag. 15

requieren de un marco regulador, un complejo de reglas que garanticen, que permita la efectivización de esa libertad, que tampoco es absoluta, pues debe ceder en relación que se entabla en el ejercicio de la libertad por los demás ciudadanos.

Ese sistema de garantías entronca con la necesidad de mantener en vigencia el Estado de Derecho y es el derecho quien debe encargarse de fortalecer esas relaciones entre el poder y el individuo como bien lo ha dicho Tomás Ramón Fernández⁶ “En el principio o en el final del camino, que eso depende sólo del punto de mira que se adopte uno se encuentra siempre cara a cara con una suerte de metafísica que comporta toda una concepción global del Derecho Público en su totalidad como expresión del intento dos veces secular de reducir el poder al Derecho”.

El poder en su concepción política, es uno de los tres elementos clásicos que integran la noción de Estado (territorio, pueblo y poder), elementos que interactúan funcionalmente desde el momento de la constitución del Estado y aún antes de que éste se haya constituido formalmente. Señala Murillo Ferrol⁷ que el poder político tiene dos facetas, una activa o positiva y una del poder como privilegio. Como activa o positiva sería “ la posibilidad de condicionar de alguna manera el comportamiento de otros, obteniendo obediencia produciendo imperativos eficientes”, y como privilegio “ consiste en la posibilidad de eludir sanciones por comportamientos prohibidos o imperados al común”. Las características de éste poder son *La naturaleza*: poder económico, religioso, cultural, político etc. *La extensión*: número de personas condicionadas al mando, capítulo de las relaciones con otras sociedades completas o perfectas o imperfectas. *La comprensión*: número de acciones condicionadas por el mismo. *La intensidad*: apunta al condicionamiento a la implicancia de la persona respecto al mismo.

Nuestro tema se inserta dentro de la tercera y cuarta característica pues es en ellas donde se estudian las competencias, su distribución, la estructura de los gobernantes, y también **el ejercicio y garantía de la libertad y por lo tanto el del reparto de poderes y su limitación.**

⁵ WEBER, Max “Economía y Sociedad” Fondo de la Cultura Económica de México. Vol I pags. 170 y ss

⁶ FERNANDEZ. Tomás Ramón “Arbitrariedad y discrecionalidad” Ed. Cívitas Madrid. 1991 pag. 24

IV EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

A través de los tiempos, en las distintas etapas y formas de ejercer u organizar los gobiernos en general no se admitía que el órgano que detentara el poder fuera controlado. Y se puede entender éste pensamiento si uno se traslada a otra realidad social, a otra época histórica, cuando el sistema filosófico y político concebía al soberano como recepcionando el poder directamente de un Ser Supremo, la autoridad era absoluta y no reconocía ningún límite.

Pero, poco a poco se va introduciendo la idea del sometimiento del poder a la ley, hay un primer reconocimiento de los derechos subjetivos de los administrados, y consecuentemente los primeros atisbos del reconocimiento de la responsabilidad estatal, en el inicio de un complejo y largo camino cuya meta final aún no hemos alcanzado.

En el Estado de Derecho no puede concebirse, el ejercicio del poder absoluto. Debe estar sujeto cuando menos al sistema normativo fundado sobre la organización de los principios que determina cada Constitución o piedra basal . La cuestión, pese a su incontrovertible certeza no es fácil de ejecutar, la Administración se resiste a ser controlada. Nos dice García de Enterría ⁸ *"la historia de la reducción de estas inmunidades de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo"*

El propio origen del sistema contencioso administrativo, o sea del régimen del control del accionar de la Administración se estructura históricamente, en su país de nacimiento (Francia), sobre la base contraria al control judicial de la actividad de la Administración. Lo que se consagra, hasta fines del siglo XIX es un régimen por el cual la propia administración se enjuicia a sí misma "juger l'Administration c'est encore administrer" (Juzgar a la Administración sigue siendo administrar)⁹ Esta

⁷ MURILLO FERROL, F "Estudio de sociología política" Madrid 1963 pag. 63 y ss

⁸ García de Enterría, Eduardo. "La lucha contra las inmunidades del Poder". Ed. Civitas Madrid.1989.

⁹ Garcia de Enterría, Eduardo "Hacia una nueva Justicia Administrativa". Segunda Edición ampliada. Ed. Cívitas. 1992.Madrid Introducción pág. 28"*Su basamento está en efecto en la famosa ley de separación que fue la institucionalización en el modelo francés del principio de división de los poderes, esa ley de*

concepción ha evolucionado en Francia sobre todo a partir de la Reforma de 1987, ampliándose el sometimiento a la intervención judicial.

Existen otros sistemas como el norteamericano, donde se instauran distintos tipos de controles algunos a través de entes administrativos como la International Trade Commission o judiciales como los tribunales de apelación en materia de impuestos, que a su vez se organizan en un sistema federal que culmina en la Corte Suprema de Justicia.

En nuestro país, influye en el régimen de control judicial el sistema contencioso francés, en una extraña combinación con el derecho norteamericano.

La Constitución Argentina consagra el sistema representativo republicano y Federal. Al ser un sistema republicano tenemos una organización nacional de división de poderes que establece en la armonía de Poderes la carga del control en el Judicial. Esto nace del artículo 116 de la Constitución Nacional donde se organiza el Poder Judicial, estableciéndose a través del régimen legal dictado en su consecuencia la regulación de la organización para los asuntos contenciosos administrativos con una doble instancia, compuesta de Juzgados de Primera Instancia y Cámaras, aunque también se admite la apelación de recursos por actos de la Administración en forma directa.

En el ámbito provincial, por el contrario en general la competencia para el tratamiento de los temas contenciosos administrativos le es otorgada en forma originaria al más alto Tribunal de la Provincia, salvo casos como los de las Provincias de Córdoba, donde hay Cámaras y Juzgados de Primera Instancia, o la del Chaco donde se encuentra en implementación el sistema ya aprobado por ley, y otras en las que se encuentran en estudio la modificación del Sistema.

Un párrafo especial, en materia del control de la Administración, merece el código contencioso administrativo de la provincia de Corrientes (Ley Nº 4106), obra del Dr. Gustavo Adolfo Revidatti. Este código es uno de los más adelantados y completos en la materia, regula el acceso a al jurisdicción consagrando una legitimación amplia : derecho subjetivo, interés simple e interés difuso(de incidencia colectiva), regulado en nuestra Provincia mucho antes que en la Constitución Nacional. El cuerpo normativo es completo y de gran avanzada en materia procesal, recepcionando todas las tendencias más modernas, en defensa de los administrados.

En las acciones también consagra un amplio espectro de vías, la acción de plena jurisdicción es completa, abarca no solo los aspectos objetivos- reparación del acto- sino también los subjetivos - daños y perjuicios. Regula la acción de interpretación, tomando como antecedentes el sistema

separación que aún sigue siendo el quicio del contencioso francés , y que es consecuentemente invocada hasta hoy por su jurisprudencia.

anglosajón analizando el verdadero sentido de la norma administrativa, previa intervención y expresión fundada del órgano administrativo competente en la materia.

Para la reparación más rápida del daño establece una vía sumarísima (el recurso facultativo) donde se puede obtener la resolución de la jurisdicción, en forma inmediata con plazos breves y factibilidad de renunciar al ofrecimiento de prueba.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico argentino, el contencioso administrativo no es la única vía procesal idónea por la cual es revisable el accionar administrativo. También se pueden revisar los actos administrativos por la vía de los juicios civiles ordinarios (para el caso de la expropiación, por ej.), o los juicios de apremio (para el cobro de impuestos) o el amparo (ante actos de arbitrariedad manifiesta que no requieren pruebas). etc.

Vemos que el espectro de posibilidades procesales es amplio. La segunda pregunta es entonces, ¿Qué se controla a través del mismo?

En principio la legalidad, pero pensamos que éste criterio clásico debe ser ampliado al del control de la juridicidad del acto administrativo, concepto que consideramos mas idóneo compartiendo los fundamentos expuestos Sesin,¹⁰ Este es el alcance que consideramos debe darse al control judicial moderno, en materia del acto administrativo, el desequilibrio que por sí ya implica el ejercicio del poder debe tratar de contrabalancearse con la jurisdicción , pero evitando a su vez los excesos de jurisdicción que por contrario imperio consagren el llamado gobierno de los jueces. Un control de legalidad, de purismo exegético, no alcanza, como tampoco sirven la invasión de las esferas de competencias. Debemos controlar la juridicidad con equilibrio.

V- CONCEPTO DE LA DESVIACION DE PODER

La desviación de poder es una falta grave, que comete quien lo detenta, cuando infringe el ordenamiento jurídico afectando un interés público concreto, un fin que justifica el ejercicio mismo de las potestades públicas.

Una primer pregunta que nos debemos hacer es si la competencia es un presupuesto necesario para que se configure la desviación, si quién lo detenta debe o no ser competente para

¹⁰ Sesín Domingo Juan, Administración Pública .Actividad reglada discrecional y técnica Ed. Depalma Bs. As., 1994 pág. 348 *conceptualmente sería mas preciso hablar de requisitos o elementos relativos a la juridicidad del acto administrativo , abandonando la tradicional terminología de "legitimidad" o "legalidad", en razón de que el término actualmente en uso podría ser entendido prima facie demasiado apegado sólo a la ley, olvidando de tal forma que la administración moderna debe someterse a un contexto jurídico mucho mas amplio."*

ejercerlo. Algunos autores entienden que se configura cuando el funcionario es competente para realizar un determinado acto pero no cumple con los fines para los cuales estaba dirigido.

Ese fin, como lo explican García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹¹, puede ser expreso o tácito, un interés privado o un fin público pero distinto al previsto en el ordenamiento jurídico. Ojo

La desviación del poder es a su vez una técnica de control judicial de la actividad administrativa especialmente la derivada del ejercicio de potestades discrecionales.

Siguiendo la opinión de Carmen Chinchilla Marín¹² entendemos que ese fin es **un elemento reglado** de la actividad administrativa, porque ya desde la Constitución se determina que la Administración actúa sometida a una determinada finalidad legal y las normas concretas serán tan solo un derivado de ese fin principal, por lo tanto están sometidos al control jurisdiccional en un todo.

En España no existen discusiones respecto al concepto porque es la propia ley la que se encarga de conceptualizar que es lo que debe entenderse por desviación de poder.

Se le han dado clásicamente dos ubicaciones dentro del sistema de las nulidades del Derecho Administrativo, por un lado se la ha considerado como vicio de la competencia y por el otro como invasión de un poder en la esfera de otro poder, pero en realidad se trata del incumplimiento del fin, por ello para determinar la existencia de la desviación de poder es necesario verificar, en el caso concreto, cual es el fin específico de la norma objetiva que otorgó esta facultad o potestad, norma que integra el ordenamiento jurídico estructurada en un sistema que es independiente de la voluntad del funcionario y cual es el fin que el órgano administrativo aplicó al ejercer la facultad que le fue otorgada por la ley. Sí del control se determina que estos fines no son idénticos y la finalidad perseguida por la ley no se cumple el acto debe ser declarado anulable, nulo, o inexistente según el régimen jurídico de que se trate, y la gravedad del caso que corresponda tratar. En la Argentina por ejemplo, existen ordenamientos jurídicos provinciales que admiten el sistema tripartito de sanciones de los vicios por ejemplo la Provincia de Corrientes. (Ley de Procedimiento Administrativos N ° 3.460).

¹¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón “Curso de Derecho Administrativo” Ed Cívitas Tomo I 9na ed. Madrid pag. 456 y ss
pag 456 y ss

¹² CHINCHILLA MARÍN, C. “La desviación de poder “ Ed. Cívitas. Madrid 1989 y 2a. Edición actualizada y ampliada Ed, Civitas Madrid 1999.pag. 17

VI - LOS ANTECEDENTES DOCTRINARIOS

Los antecedentes doctrinarios en la materia son bastante abundantes tanto en el derecho argentino como en el derecho comparado, los autores lo tratan en forma general al elaborar sus manuales y tratados o en forma específica en monografías o artículos especiales.

También su ubicación en el análisis conceptual varía, algunos lo ubican al estudiar los vicios del acto administrativo, es decir al analizar los elementos del acto específicamente el de la finalidad o al estudiar la teoría de las nulidades y otros dentro del derecho procesal administrativo al referirse al procedimiento judicial del control.

El uso del término desviación de poder (*détournement de pouvoir*) fue introducido por León Aucoc, refiriéndose a la desviación del poder de policía conferido a la Administración en la que el agente administrativo incurría usando su poder discrecional para un caso y por motivos distintos de aquellos para los cuales tal poder les había sido conferido.

Laferriere¹³ fue el que realizó la primera y fundamental teorización de éste tema, en su libro lo trata junto con la incompetencia, el vicio de forma y la violación a la ley en uno de los motivos de impugnación clásicos del recurso por exceso de poder, definiéndolo éste autor en 1896 como el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fue instituido y hacerlo servir a fines para los cuales no estaba destinado. Duguit¹⁴ también ha desarrollado el concepto marcando su importancia (buscar libro de Duguit).

En Italia se la estudió también como “*sviamento de poder*”¹⁵. Martín Retortillo Baquer¹⁶ siguiendo la posición de Orlando, Pressuti y Ferrero señala que el legislador italiano la recepcionó en el artículo 24 de la Ley del 2 de junio de 1889 con el único contenido de incompetencia absoluta, éste criterio es discutido en la doctrina italiana por otros autores como Codacci- Pisanelli¹⁷ por el contrario entiende que tanto el legislador como la jurisprudencia tomó el concepto francés de exceso de poder.

¹³ LAFERRIERE, E. “Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux” 2ª ed. Paris 1986 vol II pag. 548

¹⁴ DUGUIT, Leon “Les transformation du Droit Public” A Colin París 1913 pag 285.

¹⁵ SATTÀ “Principi

¹⁶ MARTIN RETORTILLO BAQUER, Sebastián “La desviación de poder en el derecho español”. RAP 22, 1957 Ed. Civitas Madrid España.

¹⁷ CODACCI PISANELLI A. “L ‘ eccesso di potere nel contenzioso amministrativo” Scritti di diritto pubblico citta del Castello 1900 pag. 253 citado por Chinchilla Marín Ob. Cit.

El vicio que se llama *ecceso di potere* sostiene Retortillo ha sido más obra de la jurisprudencia, donde se ha hecho la verdadera valoración de la finalidad y de la télesis de la actividad administrativa.

Carnelutti define el exceso del poder como aquel ejercitado más allá de la medida “por lo tanto exceso de poder será para él originariamente el uso de los poderes conferidos para una función determinada fuera de los límites de dicha función”¹⁸

En España González Navarro¹⁹ sostiene que la “desviación de poder” no es sino la versión administrativa de una unidad jurídica de aplicación del derecho en general “**el fraude a la ley**” remitiéndose como corroboración de su criterio a conceptos de Jaime Guasp en el libro titulado *Derecho*²⁰, donde bajo el título de “fines jurídicos anormales” estudia éste autor lo que él denomina verdaderas enfermedades del derecho, el abuso y el fraude que ataca a todos los ámbitos jurídicos, citando para ello ejemplos de las distintas materias.

Tomás Ramón Fernández²¹ al tratar el control judicial de las facultades discrecionales de la administración, entiende que el recurso por exceso de poder “responde todavía a la excepcionalidad de sus orígenes como un proceso objetivo que no se traba entre verdaderas partes procesales cuyo único

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco “Ecceso di potere “ en Revista de Direitto procesaules civile N° 1 Italia 1924 pag. 33

¹⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “Derecho Administrativo Español” El acto y el procedimiento administrativo. Ed. EUNSA Pamplona Navarra 1997.pag. 438

²⁰ GUASP, Jaime “Derecho” Instituto de estudios políticos Madrid 1971 pags. 370-382 citado por González Navarro... “los ejemplos citados por el autor prueban que el fraude a la ley se da en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico: a) *Derecho Internacional Público* guerra que no se hace para dirimir un conflicto internacional auténtico sino, para dar salida a una dificultad interior, para lo que instituto de la guerra no está pensado jurídicamente,; es evidente que en tal caso “ no se está ya ante una guerra justa o injusta sino ante una utilización del aparato bélico para la consecución de un objetivo que no es el suyo propio sino que es , con relación a su tendencia específica una verdadera anormalidad”...; “b) *Derecho Internacional privado* : el caso “de aquel particular que se domicilia fingidamente en un país que no es el suyo par obtener ciertas ventajas anormales o hacer que otro experimente perjuicios que en realidad no deberían pesar sobre él.”... “c) *Derecho Tributario*: el contribuyente que deforma sus relaciones jurídicas para obtener ciertas ventajas fiscales comete lo que ha pasado a ser el fraude público por antonomasia”... “d) *Derecho civil*: La libertad contractual en particular en que tan ampliamente rige el dogma de la autonomía de la voluntad es un emplazamiento óptimo para las maniobras de ésta clase : por el camino de la reserva en virtud de razones de confianza, a través de los llamados negocios fiduciarios es posible desembocar en un resultado aparentemente intachable , pero que encubre soluciones definitivamente ilegales ; las manifestaciones de fraude civil son prácticamente infinitas y la lucha contra él extremadamente difícil ya que el fraude va continuamente situándose en trincheras cada vez mas remotas a medida que va teniendo que abandonar aquellas en que ya ha sido descubierto”... “ El fraude consiste en contrariar con un cierto resultado jurídico admisible de suyo la significación reconocida de otra figura jurídica ...en el fraude a diferencia del abuso el mecanismo defraudador es de suyo irreprochable porque en nada revela en su fin que puede originar un resultado que debe considerarse como anormal . Sólo abandonando su fin propio y examinando otras situaciones a las que la anterior afecta se ve hasta que punto era artificial e inexistente aquella aparente normalidad, Por eso, mientras que el que abusa del derecho , simplemente lo violenta, el que defrauda el derecho lo que hace en realidad es estafarlo”

objeto posible es la mera anulación de los actos administrativos irregulares y que concluye, en consecuencia con el reenvío a la Administración para que, tras la anulación del acto recurrido esta haga lo que sea de derecho”. En cambio Garrido Falla²² le da un sentido subjetivo a éste recurso, al tratar el recurso de anulación.

Desdentado Daroca²³ entiende por su parte que en la doctrina científica y en la jurisprudencial de España en general se ha mantenido la concepción subjetiva de la desviación de poder siguiendo la doctrina francesa, de ésta manera es importante determinar que consciente y deliberadamente se persigue un fin distinto del que sabe que le corresponde satisfacer en ejercicio de la potestad en cuestión.

Chinchilla Marín nos dice que si falta ese elemento de intencionalidad la Administración no habrá incurrido en un vicio de desviación de poder sino en un error de hecho o de derecho controlable a través de la verificación de los hechos determinantes.

En Brasil se la ha estudiado también como desvío de poder²⁴

En la Argentina la doctrina ubica a la desviación de poder como vicio en dos elementos del acto, una parte dentro del elemento de la voluntad²⁵ y otra entiende que constituye un vicio en el elemento finalidad.

VII- LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

No se puede dejar de reconocer la importancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés en la materia. Del control de los actos del juez pasó a los actos administrativos y de un control restringido a los vicios de forma y de competencia fue ampliando su esfera hacia los motivos internos de decisión de la actuación de los funcionarios.

Se hace referencia a varios fallos importantes del Consejo de Estado que conforman el tratamiento jurisprudencial del recurso por exceso de poder, en los arrêts “Favatier” de fecha 17 de enero de 1902 y “Lalaque” de fecha 14 de febrero de del mismo año se incorporó la noción de la denominada “desviación del procedimiento”, figura esta que implica tanto una infracción de la legalidad interna como de la legalidad interna al encontrarse viciada la finalidad del procedimiento,

²¹ FERNANDEZ, Tomás Ramón “De la Arbitrariedad de la Administración” Ed. Civitas Madrid 1994, pag. 29

²² GARRIDO FALLA, Fernando “ “El recurso subjetivo de anulación” RAP N° 8 pags. 177 y ss

²³ DESDENTADO DAROCA, Eva “Discrecionalidad Administrativa y planeamiento Urbanístico” Construcción Teórica y Jurisprudencial” Ed. Aranzandí Navarra 1997. Pag. 214.

²⁴ CRETILLA JUNIOR, “Do desvío de poder “ Editora Revista Dos Tribunais San Pablo 1964 pag. 17

²⁵ GORDILLO, Agustín “ Tratado de Derecho Administrativo” Ed. Macchi Bs.As. Tomo 3 Cap. Pag.

aunque otros autores como Aucoc²⁶ expresan que ya en el año 1858 en el arrêt Vernes del 19 de mayo ya se hacía referencia a la desviación de poder, si bien no se utilizaba la expresión se definía su concepto, el caso trataba del ejercicio abusivo del poder de policía del Alcalde de Trouville que restringía la libertad de los bañistas circunscribiéndolos a vestirse y desvestirse exclusivamente en determinadas zonas, pero las razones de tales prohibiciones no estaban fundadas realmente en razones de moralidad o seguridad pública sino en razón de intereses económicos.

Sánchez Isac²⁷ destaca que es opinión coincidente de la doctrina francesa que el origen de la desviación de poder puede fijarse en el arrêt “Vernes”. Pero es recién a partir de 1860 desde donde el Consejo de Estado afronta el control y valoración de los motivos de los actos administrativos.

A su turno Tomás Ramón Fernández²⁸ sostiene siguiendo a Sandevorir²⁹ que en los arrêts Enjalbert el 25 de julio de 1820 y Ladrín del 4 de mayo de 1826 ya aparece el concepto de exceso de poder. Se trataban estos casos respectivamente de un Alcalde, incompetente en la materia, que había autorizado la construcción de un muro de terraza al borde de una calle que formaba parte de una carretera departamental en contra de los que disponían las leyes y reglamentos perjudicando el interés general. Y de un prefecto que fijaba la alineación de un edificio en una calle municipal a instancia de los vecinos vaciando la competencia municipal. En ninguno de ellos el Consejo de Estado entró al fondo de la cuestión ni se expidió sobre el derecho de los afectados pero restableció el orden alterado de la competencia y reenvió la cuestión a la Administración.

Al exceso de poder (excés de pouvoir) se incorpora luego el desvío de poder (détournement de pouvoir), con el arrêt Lebats del 25 de febrero de 1864.

Como técnica de control jurisdiccional se consolidó como uno de los motivos de impugnación del recurso por exceso de poder.

La Jurisprudencia española como bien lo señala el profesor Retortillo ha usado diversa expresiones para referirse al tema abuso, exceso o desviación de poder y en general se refiere a la incompetencia pero en algunas sentencias se le ha dado su verdadero alcance como violación de los fines establecidos por la ley, por ejemplo en la sentencia del 3 de abril de 1959 el Tribunal Supremo español ha dicho que “... en la desviación de poder, el vicio de nulidad no se encuentra en la

²⁶ AUCOC, León “Conferences sur l’Administration et le Droit Administratif ” Paris Dunod 1878 pag. 467, citado por Tawil en “Administración y Justicia “Ed. Depalma” Bs. As. 1.993. pag 271

²⁷ SANCHEZ ISAC J, “La Desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español” IEAL Madrid 1973

²⁸ FERNANDEZ, Tomás Ramón “De la Arbitrariedad de la Administración” Ed. Civitas Madrid 1994, pag. 28

²⁹ SANDEVORIR “Etudes sur le recours du pleine juridiction” LDGJ París 1964 , citado por Tomás Ramón Fernández.

incompetencia, en defectos de procedimiento o en la violación de una situación jurídica preexistente, puesto que el acto ha sido dictado por órgano competente, reviste la forma procesal requerida y ha respetado externamente la regla de derecho. Por lo que, a través del recurso jurisdiccional, aquella viene a restablecer su imperio en la órbita de la Administración. Pues la teoría de la desviación del poder se basa en que la ley de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir y que el acto que ha dictado solo será válido si realiza éste fin, el cual es el elemento que determina la legalidad de la actuación del órgano jurídico y si el acto en que éste se concreta no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la ley, estando desvinculada de su espíritu, faltando al obligado ligamen entre la idea de poder y la idea de fin de servicio, por lo que, el acto ejercitado, no obstante su apariencia legal deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva... una decisión basada en motivos o encaminada a fines distintos de los que consagra el ordenamiento jurídico al aplicar, incide en la desviación de poder supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad extrínseca, pero con vicios de invalidez, por no responder en su motivación interna al sentido teológico de la actividad administrativa orientada en la promoción del interés público y sometida a ineludibles imperativos de moralidad” .

González Navarro, actual magistrado del Tribunal Supremo español en la obra citada³⁰ nos dice que “La aplicación de esta técnica ha tropezado con un escollo importante: la dificultad de la prueba. Y aunque el Tribunal Supremo se ha mostrado no pocas veces demasiado severo en éste punto, con lo que la técnica de que se trata podría llegar a convertirse en una pieza de museo, otras veces se ha mostrado más sensible a las exigencias que impone el derecho a un a tutela judicial efectiva declarando que: – para que pueda declararse que hay desviación de poder “es suficiente la convicción moral que se forme el tribunal “ (STS del 1 de diciembre de 1959) – aunque eso sí,” no basta las meras presunciones ni suspicaz o especiosas interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que los determina” (STS del 7 de octubre de 1963).

Según Desdentado Daroca³¹, es la concepción subjetiva lo que ha determinado la escasa aplicación de esta técnica por los Tribunales contenciosos administrativos.

En la Argentina la Corte Suprema ha tratado el tema dentro de los vicios de los actos administrativos como vicio de la competencia, Fallos 250: 491 o como vicio en los fines (que sería la posición más correcta) Fallos 118:278 “Zacarías Canale” donde fundado en los arts. 14, 17, 19, 20 y

³⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “Derecho Administrativo Español” El acto y el procedimiento administrativo. Ed. EUNSA Pamplona Navarra 1997, pag. 439

28 de la Constitución Nacional, los jueces del máximo tribunal dijeron que la Jurisdicción es competente para revisar la oportunidad y conveniencia de las medidas legislativas y administrativas cuando las mismas no tienen relación con sus fines aparentes y que han desconocido con ellas innecesaria e injustificadamente derechos primordiales, reconociendo el apartamiento de la finalidad perseguida por la norma en el caso concreto.

En general podemos decir que la regla del control mínimo es la que se aplica en la jurisprudencia de países como Francia España o Argentina, y ello es así fundada un poco en la tesis del apoderamiento personal por la cual como dice Nieto³² “la actividad revisora de los Tribunales debe limitarse a la comprobación de la regularidad formal del proceso de formación del juicio que el órgano administrativo tiene encomendada por la Ley” y otro poco en el principio de separación de poderes que postula la independencia de cada uno y la no - ingerencia de uno en la competencia del otro se observa que la Jurisdicción no entra a suplantar o sustituir la misión de la Administración activa.

VII- LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Históricamente la idea de exceso de poder en lo que se refiere al régimen legal aparece plasmada en la Constitución de 1791 en Francia aunque constreñida al poder ejercido por la autoridad judicial “los actos de los jueces mediante los cuales se haya excedido los límites de su poder”³³ más adelante el Consejo de Estado por Decreto del 2 de noviembre de 1864 extendió el campo de control incorporando a los actos administrativos, pero pese a la categoría doctrinaria de importancia que le ha dado la jurisprudencia francesa al tema no alcanzó recepción legislativa específica.

La desviación de poder está bastante bien regulada en el régimen legal español así la Constitución en el art. 106 regula que... “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta los fines que la justifican...”, ésta última frase es la que nos deja en claro el sometimiento de la Administración a los fines legales. Esta norma coordina supranormativamente con la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva refiriéndose al art. 24.1. de la C.E.

³¹ DESDENTADO DAROCA Obra citada. P. 215

³² NIETO, Alejandro “Reducción jurisdiccional a la discrecionalidad en materia disciplinaria “ RAP N ° 44 pag. 147

³³ CONSTITUCION FRANCESA de 1791 art. 27 “El Ministro de Justicia denunciará a Tribunal a través del Comisario Real, y sin perjuicio del derecho de las partes interesadas, los actos de los jueces mediante los cuales se hayan excedido de los límites de su poder.

Es innegable la importancia de la consagración constitucional y como lo escribiera oportunamente Garrido Falla³⁴ la positivización de una serie de principios “ que atañen a las relaciones de la Administración con los administrados, es de suyo suficiente para dar lugar a una jurisprudencia más cercana al ideal de la justicia administrativa”.

Ahora bien también el ordenamiento jurídico en muchos aspectos fue complementado con la Constitución y aunque muchos de estos principios ya estaban en el ordenamiento jurídico, como es el caso del desvío de poder.

La recepción de la desviación de poder como técnica de control de la legitimidad del acto ya fue regulada legislativamente en la LJCA del año 1956 pero pese a éste reconocimiento fue interpretada y aplicada restrictivamente por la jurisdicción.

La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa N ° 29 / 1998, del 13 de julio en su art. 70 inc.2 mantiene la institución definiendo incluso que debe entenderse por desviación de poder. “ *Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativa para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico* Aunque como bien lo afirma González Pérez, esta definición excede del ámbito de una ley procesal³⁵.

Concordantemente la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) Ley N ° 30/ 1992, del 26 de noviembre en el art. 63. 1. dice que son “anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”, repitiendo el texto de la anterior ley de 1958, Chinchilla Marín³⁶ expresa que no se han conocido cuales han sido las razones que llevaron a los legisladores a seguir destacando la desviación de poder entre las causas de anulabilidad y resalta que si la intención era destacar la importancia del tema, evidentemente que esto se contrapone a la circunstancia de que no la incorporaron como causa de nulidad, y muchas veces se presentan casos graves que podrían dar lugar a la aplicación de ésta sanción.

Resumiendo, la Constitución de 1978 la ha regulado expresamente al igual que la LRJPAC del año 1992 (repitiendo el texto de la Ley de 1958) y la LJCA de 1998 (que repite el texto de la de 1956) pero no se la ha consignado aún como vicio causante de nulidad.

En Brasil ya fue recepcionada en la ley 221 del 20 de noviembre de 1984.

³⁴ GARRIDO FALLA, Fernando “Comentario al artículo 106.1. de la Constitución” en “Comentarios a la Constitución española” 2ª. ed. Ed. Civitas Madrid 1985 p 1463

³⁵ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco “Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común” Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre. Tomos I y II Segunda Edición. Ed. Cívitas Madrid 1999.

³⁶ CHINCHILLA MARIN, Carme ob. Citada pag. 40

En la Argentina en el orden federal la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N ° 19.549 regula el tema, aunque no expresamente.

En las provincias argentinas las leyes de procedimientos administrativos y los Códigos en el Contencioso han regulado la desviación de poder como vicio y desde el punto de vista del control jurisdiccional dentro del ejercicio de la acción de plena jurisdicción.

En las Provincias fue regulado antes que en el orden federal así en La Rioja en 1946 (artículos 18 inc. c y 73), en Santa Fé Ley 4106 (artículos 9° y 14 inc. c), también en la Ley de procedimientos de la Provincia de Corrientes N ° 3.460 y en el Código Contencioso Ley N ° 4106.

El actuar de las Administraciones públicas exige del cumplimiento de formalidades legales.

SUBSANACION

Subsanación de vicios que afectan el elemento causal. ¿ Es posible la subsanación del vicio de desviación de poder?

“ Parece difícil que la subsanación en cuanto técnica de convalidación pueda operar en estos supuestos. Como se ha dicho tantas veces, para que esta institución pueda ser aplicada es preciso eliminar el vicio, y en estos casos es evidente que no se puede suprimir el vicio sin eliminar el acto mismo”. **BELADIEZ ROJO, Margarita “Validez y eficacia de los actos administrativos. Ed. Marcial Pons Madrid 1994. Estudio preliminar de Alejandro Nieto. Pag. 209.**

g

V. DE LA OPORTUNIDAD PARA OFRECER LA PRUEBA

Hemos visto entre las particularidades las mayores potestades de los jueces, otra diferencia interesante se presenta en la oportunidad de ofrecer las pruebas , actividad a cargo de los otros sujetos del proceso , las partes. La mayoría de los Códigos Procesales administrativos argentinos establecen que las pruebas deben ofrecerse en el escrito de la demanda o su contestación, pero no solo ofrecerse sino acompañar toda la prueba instrumental que posean, o en su caso individualizando e indicando el lugar donde se encuentra si no la puede acompañar en ese momento.

El fundamento radica por un lado en que las partes ya han realizado un procedimiento administrativo previo en el cual han cuestionado y probado sobre los puntos en litigio,

hecho que hace más sencillo la estructuración en el proceso y por el otro los principios de economía y celeridad, pues al ofrecerse en la primera etapa del proceso permite ahorrar trámites inútiles en la substanciación de la prueba. habilitando al Tribunal para que en forma inmediata pueda determinar cual es la parte conducente y cual es lo inconducente de la prueba ofrecida.

Además de la carga de acompañar la prueba documental el Código Procesal de la Provincia de Corrientes, por ejemplo, exige expresamente que se acompañen también los pliegos de posiciones, los interrogatorios de los testigos, y se consignen los puntos y proposiciones necesarias para los informes y las pericias.

Algunos Códigos Provinciales no regulan un nuevo traslado a la actora de la demanda lo que ha originado críticas pues no se permitiría a la actora contrarrestar la pruebas que pudiera haber presentado la demandada, Este no es el caso del Código de Corrientes donde ese traslado se prevé expresamente (art. 69)

Pasadas las oportunidades expuestas no se admite, ninguna otra prueba, salvo que se trate de documentos de fecha posterior, sólo podrá ofrecerse prueba de fecha anterior cuando se acredite que no se la conocía al momento de realizar las presentaciones procesales.

Se admite también dentro del plazo probatorio la alegación de hechos nuevos, ofreciéndose pruebas al respecto, en el caso de Corrientes se tramita vía incidental siendo facultad del Tribunal decidir si debe recepcionarse o no.

VI- DE LA PRESUNCION DE LEGITIMIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO -como objeto del proceso - Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Otra cuestión propia a la materia procesal administrativa, es como juega **la presunción de legitimidad** del acto administrativo, generalmente el objeto del proceso, frente a la carga de probar. Este carácter del acto administrativo ¿Modifica la carga de la prueba ?.¿ Queda la Administración liberada de probar ? ¿ Es sólo obligación del administrado ?.

Veamos primero porqué es importante este tema. Las pretensiones procesales administrativas, tanto en nuestro país, como en otros países americanos y continentales europeos receptados por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia., puede clasificarse siguiendo distintos criterios de cognición que a su vez se subdivide en tres tipos fundamentales, declarativa, constitutivas y de condena, en razón de la declaración de voluntad que se solicita del órgano jurisdiccional y las de ejecución o ejecutivas. Las declarativas son la de anulación y la de plena jurisdicción, la de interpretación ,como en el caso de la Provincia de Corrientes, o las de definición de competencias administrativas que regula el Código colombiano

En estas pretensiones el objeto del reclamo surge por la lesión producida por una decisión administrativa la que afecta a un derecho subjetivo, a un interés legítimo, o a un interés difuso de incidencia colectiva (también llamados derechos debilitados en la doctrina italiana), de carácter administrativo .

En el proceso administrativo entonces vemos que se podrá pretender la anulación del acto administrativo , o además de la anulación el reconocimiento pleno de una situación jurídica o la realización de una prestación por parte del demandado, o la reparación del daño efectuado, o en su caso la interpretación judicial de una norma de carácter administrativo en la que el particular no coincide por razones fundadas con lo que la Administración ha interpretado y requiere la participación jurisdiccional, o la determinación de la competencia entre dos órganos administrativos, pero en todos los casos va a estar presente el acto administrativo o su omisión.

Para determinar sobre quien recae la carga de la prueba entonces es importante definir como juega la presunción de legitimidad.

La regla general es que incumbe la carga de la prueba a quien afirma algo, no a quien niega "*incumbit probatio ei qui dicit non qui negat*". El lesionado es quien prueba sus afirmaciones en principio , pero éste no es un principio rígido, aunque los Códigos no regulan

detalladamente la materia probatoria, y ésta es una cuestión no resuelta a nivel normativo, no podemos afirmar que la presunción de legitimidad libere a la Administración de probar.

González Pérez (13) cita dos ejemplos clarificantes de la carga frente a supuestos típicos del accionar administrativo :

- Si lo que el administrado pretende es el reconocimiento por parte de la Administración pública de un derecho, es evidente que debería acreditar en aquel procedimiento que se dan los supuesto de hecho constitutivos del derecho.
- Si es la Administración Pública la que impone la obligación o la sanción es entonces ella la que ha de acreditar en el procedimiento administrativo que se dan los hechos constitutivos de la obligación o constitutivos de la falta que se sanciona.

Llegado al proceso, en el primer caso recaerá la carga sobre el Administrado, y en el segundo sobre la Administración, sin perjuicio de señalar que no pueden omitirse las circunstancias particulares del caso, al momento de determinar la responsabilidad de la carga.

Pueden ocurrir circunstancias en que la producción de la prueba de un dato de hecho conducente resulte mas fácil para la Administración que para el Administrado, en cuyo caso el juez no puede dejar de analizar quien estaba en mejores condiciones de probar. Si era la Administración, pues era quién poseía los archivos, tenía los registros de los datos, reservaba la documentación de los legajos, guardaba los pliegos de las licitaciones, conocía los antecedentes del agente, liquidaba los haberes, es ella quien debe probar y así deberá resolver el Juez

Por ello a los interrogantes de sí ¿ La presunción de legitimidad releva de la carga de la prueba al Estado?, o sí ¿Puede el juez fundar su convicción fundado exclusivamente en éste carácter ?. Entendemos que no , si actúa de esa manera sería arbitrario y nada mas alejado del eficiente manejo de la espada de la justicia que afirma empuñar.

(13) GONZALEZ PEREZ, Jesús “Manual de Derecho Procesal Administrativo” Segunda Edición. Madrid Cívitas 1992. p. 309

En esta materia debemos verificar en cada caso con estricta objetividad la respuesta a interrogantes como : ¿ A quién correspondía probar ? y ¿Quién estaba en mejores condiciones de probar? ¿Era necesaria la prueba ? y conforme a ello tratar de arribar a la certeza necesaria para resolver el conflicto.

Si no se prueba ¿ A quién perjudica la falta de prueba ? Consideramos que debe ser a quién hubiese favorecido la misma, sea el administrado o sea la Administración, sentido en el que se expresan Escusol Barra y Rodríguez Zapata Pérez. (14)

Otra cuestión novedosa que plantea Gordillo (15) es si la Administración debe probar obligatoriamente antes de actuar o si puede probar después. Si nos atenemos al principio de legalidad que rige el procedimiento administrativo y al cumplimiento de la motivación que como elemento garantista de la defensa en juicio integra el acto administrativo la respuesta sería en principio antes, aunque no son desatendibles las razones argumentadas por el autor en cuanto a la recepción y respeto de la verdad objetiva, lo que podría dar lugar a considerar la posibilidad de presentar las pruebas hasta la etapa de sentencia.

Concluyendo con el tema y volviendo a la cuestión planteada al inicio como bien dice Gordillo citando a Treves y a Micheli , la presunción de legitimidad del acto administrativo importa una *relevatio ad oneri agendi* pero nunca una *relevatio ad onere probandi*.

También la doctrina española, en especial González Pérez (16) entienden que el principio de la inversión de la carga de prueba pugna abiertamente con el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo español (Sentencia del 30 de mayo de 1990 -Ar 4292)- ha establecido que “ *la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza*

sobre el administrado la carga de accionar para evitar que se produzca la figura del acto consentido , pero no afecta la carga de la prueba que ha de regirse por las reglas generales”.

(14) ESCUSOL BARRA- RODRÍGUEZ ZAPATA PEREZ. "Derecho Procesal Administrativo" Tecnos Madrid 1995 p

408"La falta de prueba sólo puede perjudicar a aquella parte a la que, de haberse practicado prueba , le hubiera podido favorecer ; esta es la razón por la que los litigantes no deben contentarse con alegar hechos, sino que deben procurar que los mismos queden probados, para evitar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba.

(15)GORDILLO ob. cit. TREVE , Giuseppino "La presunzione di legittimitá degli atti amministrativi Padua 1936 p 84 y ss y 161 y ss MICHELI,Gian Antonio, " La Carga de la prueba Bs. As. 1961 p 278 " de por sí la presunción de legitimada no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios"

(16) GONZÁLEZ PÉREZ "Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano" Ed. Temis Colombia .1985 pag.286.

VII DE LA NECESIDAD DE PRUEBA DE. LOS DATOS NORMATIVOS Y EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCION

REVISORA EN LOS DATOS DE HECHO

Otros aspectos interesantes dentro del objeto son respecto a la necesidad de la prueba de los datos normativos, recordamos que el objeto de la prueba es el hecho que debe verificarse o acreditarse.La regla general es que los datos normativos no deben probarse pues por el principio del iura novit curia, se supone que el juez conoce el derecho, entonces basta que las partes las invoquen genéricamente para que el juez investigue sobre las normas aplicables.

Sin embargo en la practica y en materia administrativa existen ciertas normas que necesitan ser objeto de la prueba, como por ejemplo los reglamentos, las ordenanzas, las resoluciones ministeriales nacionales, provinciales y municipales, las disposiciones, las circulares, en general aquellas normas sobre las que no se dan la garatía de la publicidad en los boletines oficiales, a veces hasta los propios decretos de los Poderes ejecutivos provinciales que no están publicados, lo que hace que se plantee el problema respecto a su contenido y a su vigencia.

Esta cuestión no es totalmente ajena a la materia civil donde también se admite como objeto de prueba las normas del derecho histórico y del derecho extranjero.

¿ Sobre quien recaerá la carga de la prueba ? En los casos citados entendemos que es sobre la Administración, si el actor niega la vigencia o el texto que aplica el acto objeto de impugnación corresponde a la administración demandada acreditar estos extremos ante el órgano jurisdiccional.Todo ello sin perjuicio de las facultades de investigación de oficio.del juez.

Respecto a los datos de hecho, además de la presunción de legitimidad del acto administrativo que analizamos en el punto anterior tenemos la influencia del carácter revisor de la jurisdicción administrativa, lo que de aceptarse limitaría la cuestión ,pues sólo podría probarse ante la jurisdicción los hechos que no pudieron probarse en la sede administrativa. No compartimos este carácter , pues como ya lo consignáramos precedentemente entendemos que no existe razón fundada para ésta limitación, que de ejercerse cercenaría el derecho pleno de la defensa.

VIII DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

VIII 1. El expediente administrativo, como medio y como fuente.

En el proceso administrativo el expediente administrativo puede ser considerado como fuente, es el documento donde se registran la serie concatenada de actos que conforman el procedimiento. administrativo . Conviene precisar que procedimiento y expediente, como bién lo señala González Navarro(17)deben ser diferenciadas técnicamente. si el procedimiento es la serie de actos, el expediente es la materialización del procedimiento. .Esta pieza probatoria es fundamental en el proceso contencioso administrativo al que se acudirá sí la parte no obtiene de la Administración la respuesta deseada.

El medio de prueba en éste caso sería el procedimiento inicial del proceso el “ prepara vía “ realizado in audita parte por medio del cual se trae el expediente al proceso.

Como lo hemos expresado la tutela de los derechos protegidos por el derecho administrativo se ejerce a través del procedimiento y el proceso. Algunas teorías sobre la extensión del derecho procesal administrativo han considerado inclusive a estas dos etapas como las dos partes de un único proceso , están así quienes entienden que el proceso se inicia en la sede administrativa y culmina con la sentencia en sede judicial, los que sostienen que son dos etapas autónomas y hay una tercer posición ecléctica.

Pero sea cual fuere la postura que asumamos, todo lo que se realiza en la sede administrativa es importante, su integración consta de documentos providencias e informes que se

glosan cronológicamente conformando el expediente a través del cual se acreditan los pasos seguidos para la toma de la decisión administrativa.

La reglamentación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N ° 19.549, así como las leyes provinciales de procedimiento regulan como deben conformarse estos expedientes, como se los registra, como se los identifica, la cantidad de fojas que debe conformar cada cuerpo, etc. Aunque las leyes de fondo también traen muchas veces normas sobre la materia.

(17) GONZALEZ NAVARRO, Francisco “ Derecho Administrativo Español - El acto y el procedimiento administrativo”Ed. Eunsa Pamolona España 1997 pag. 492

Esta prueba que en algunos casos es la pieza mas valiosa que existe para resolver como en el denominado “Recurso facultativo” regulado en el Código de la Provincia de Corrientes, donde sólo se admite prueba documental.

¿ Qué se registra en el expediente administrativo ? Los pasos internos que se realizan para la obtención del acto administrativo. No hay un modelo único porque hay multiplicidad de causas y temas que van desde las mas complejas como puede ser una licitación publica internacional, o un procedimiento de tipo disciplinario denominado “sumario administrativo”, la inhabilitación de un comercio, la tramitación de un recurso que resulta denegado, la construcción de una obra publica, el trámite de excepción de pago de un impuesto, la denegación del acceso al empleo publico por razones de ciudadanía, el uso del dominio publico en detrimento de derechos particulares, la revocación de la concesión de un nicho o sepultura, la clausura de una farmacia, el reclamo de responsabilidad del Estado por el daño ocasionado por sí o por sus agentes, los procedimientos de privatizaciones, la revocación de concesión del transporte público, el reclamo de pago en un contratos de suministros etc.

Como lo indica Gordillo (18) es muy importante tanto para la Administración como para el administrado controlar como se forma el expediente administrativo .Los administrados deben participar activamente en el desarrollo del procedimiento administrativo ejerciendo el control de

legalidad sobre cada acto, no deben consentir ningún informe que no sea correcto, deben oponerse a las registraciones que no se ajusten a lo requerido, deben impugnar las providencias que resuelvan mal las cuestiones, deben cuestionar las actas de los funcionarios públicos que no se ajustan a la verdad de los hechos, deben atacar las actitudes omisivas del Estado o las respuestas evasivas, de otra manera estos actos pueden tener valor relevante en el proceso.

(18)GORDILLO ob. cit.” Por ello deben tener cuidado, tanto la administración como la particular, de qué van agregando al expediente. La administración no siempre es cuidadosa en distribuir el valor probatorio de lo que incorpora en el expediente, y a veces da indistintamente crédito o falta de él a distintos médicos probatorios. Por ejemplo, en esa etapa administrativa pareciera vale más un informe que un testimonio y es más “valido” lo que es de conocimiento directo que quién forma. Si en un informe se dice que alguien contó o relató algo, es posible que lo usen, pero ellos es tan insuficiente como prueba como lo sería un testimonio en igual circunstancias. O sea, lo oído decir, el *hearsay* del derecho norteamericano, es inadmisibile como prueba testimonial y también es inadmisibile como informe. Eso no es un informe, es mero oído decir. Lo mismo, en lo referente a los registros o a las meras afirmaciones dogmáticas. Para que un uniforme merezca credibilidad respecto de los hechos a los cuales se refiere, tiene que ser una manifestación de lo que el propio funcionario ha visto con sus propios ojos o sentidos”.

VIII . 1.1 Valoración de los documentos agregados al Expediente

Dentro del expediente administrativo se agregan una serie de instrumentos documentales, como ser informes, pericias, testimonios etc.

La cuestión es determinar el carácter de los actos que integran el expediente administrativo, si son o no son **instrumento publico**. Conforme a los regulado por el Código Civil Argentino los actos jurídicos realizados por funcionarios públicos son instrumentos públicos y para ser declarado disvaliosos deben ser redarguidos de falsedad.

Diez y Hutchinson (19) expresan que los actos emanados de los funcionarios se presumen legítimos y así han sido declarados por la Corte Suprema (20) de Justicia de la Nación. La actividad es formal, escrita y actuada, gozando de presunción de validez. Algunos Códigos Provinciales, como el de la Provincia de Catamarca (art. 34)establecen expresamente la fuerza probatoria de los documentos emanados de la Administración Pública los que harán fe de lo que

atestan mientras no se pruebe lo contrario, también las Provincias de Córdoba (art. 18), Chaco (art. 49), La Pampa (art. 46), Jujuy (art. 51), Mendoza (art. 53), Santa Fé (art. 47) entre otros.

Consideramos que ésta afirmación, no puede extenderse tan generosamente a todos los documentos agregados al expediente, conocemos por la experiencia que muchas veces estos documentos no reflejan la realidad de los que se está tramitando, por ejemplo los actos internos como la prueba de informes cuando no es de conocimiento directo del funcionario. Gordillo (21), quien comparte, este criterio entiende debe demostrarse **la autenticidad del documento** lo que a sí daría la certeza para determinar la validez de esa prueba documental.

(19) DIEZ Y HUTCHINSON ob, cit.

(20) FALLOS C.S . T 224 pág. 288.

(21) GORDILLO ob. cit “Otra cuestión a considerar es si el expediente administrativo, no los actos jurídicos que los interrogan, pueden o no ser considerado como un instrumento público dentro de la enumeración que de ellos hacen el código civil ; aunque la respuesta sea afirmativa cabe tener cuidado con ella : si es instrumento público, ello significará que cabe dar fe de que las fechas que enuncian son ciertas, que los lugares que menta como lugares de producción de los actos son ciertos, que las firmas que consigna son auténticas ; pero esto no puede jamás significar que el contenido de lo que afirma sobre los derechos, la realidad también tenga valor de verdad como instrumento público. Eso solamente en las formas extrínsecas que el expediente administrativo hace fe si se lo reconoce como instrumento público. 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*”, pero no desde luego la veracidad de su contenido. Como también COUTURE, “el instrumento público hace plena fe, aún frente a los terceros, en lo cuantos 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”. De todas maneras es preferible la solución que niega al expediente definitivo el carácter de instrumento público porque es bien sabido cuantas pequeñas maniobras se hacen con las fechas, antedatando 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 “

VIII 2. De la confesión de la Administración Pública

También debemos distinguir entre fuente y medio en el caso de la prueba confesional, la fuente sería la persona y la declaración el medio.

En el proceso administrativo aparece un aspecto, que si bien no es exclusivo de él porque también se da en el proceso civil, vale la pena comentarlos como lo hace la doctrina en general⁽²²⁾ porque a diferencia de aquel es una prueba que está presente casi siempre tratándose estos procesos de controversias entre la Administración y los administrados.

Esta prueba que en general no es admitida como obligatoria en el procedimiento administrativo (caso de Ley Nacional N° 19.549) lo hacen solo algunos ordenamientos provinciales, sin embargo ha sido receptada en la mayoría de los Códigos procesales administrativos. La diferencia con la confesión de la persona física común es que las respuestas a las posiciones de los representantes de las Administraciones Públicas no se realizan en forma personal y directa sino por medio de un escrito en el que se formulan las consignas que se quieren hacer valer las que serán contestadas por vía de informe. Así el Código de la Provincia de Buenos Aires en el art. 45.

La forma o medio de introducir ésta prueba para el Estado también es aceptada en los Códigos procesales civiles, así en el orden nacional de nuestro país está previsto en el art. 407 del CPC reformada por la ley 23.216, aunque en éste ámbito como lo manifiesta Arazi ,(23) y cuando se trata de cuestiones personales no debe hacerse valer esta excepción pues es violaría el principio de igualdad ante la ley.

Sobre el particular sostiene Bielsa(24) que la confesión no es admisible respecto a la Administración pública es decir que los funcionarios públicos no pueden obligar a la Administración con sus declaraciones, dado que la actividad administrativa es formal y solo la obligan sus propios actos documentados.

(22) GONZÁLEZ PEREZ “ Derecho Procesal Hispanoamericano “ ob cit pag. 296, DIEZ Y HUTCHINSON Derecho procesal ..Ob cit, pag. 180, DROMI, José Roberto “Proceso Administrativo provincial ” pag. 180, BIELSA “Sobre lo contencioso administrativo” ob cit. pag. 258, ARGANARAS ”Tratado de lo contencioso ob. cit. pag. 319.

(23) ARAZI ob. cit. pag 285 ” Por último hay que hacer notar que si bien se encuentra eximidos de comparecer los funcionarios públicos - en tanto representantes de una entidad estatal -no se hallan exceptuados de la obligación de comparecer personalmente cuando sean parte directa, pues ello vulneraría el principio de igualdad.”

(24) BIELSA ob cit. pags 198 a 201

IX- DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL Y LA PRUEBA

Dentro de las peculiaridades del Derecho Procesal Administrativo, se encuentra las posibilidades de control de las facultades discrecionales dentro de los actos de la administración.

La idea de un ordenamiento jurídico completo presupone que la conducta debida se encuentra reglada, pero en todo acto reglado, siempre hay un aspecto discrecional, por una serie de razones de cantidad, tiempo y espacio que superan cualquier capacidad humana de prevención normativa y porque la Administración debe contar con ciertas potestades para ejercer la representación del interés público para la que fue regulada.

Es necesario tener presente que hasta no hace mucho tiempo donde se constataba la existencia de una facultad discrecional, el Juez se abstenía de ejercer el control Jurisdiccional. Se entendía que solo frente a la facultad reglada se podía actuar. Tomás Ramón Fernández y Eduardo García de Enterría (25)- al tratar el tema del principio de legalidad analizan estos dos conceptos, estableciendo como criterio básico para distinguir entre ambas **las formas de atribución legal de las potestades administrativas** y el elemento subjetivo que caracteriza a la segunda.

La discrecionalidad no implica de ninguna manera la libertad absoluta frente a la norma, en realidad es un margen para la valoración de las circunstancias particulares en cada caso concreto, otorgándose un margen de apreciación para la aplicación en el marco de las políticas públicas. El meollo radica en evitar los abusos y arbitrariedades que en su nombre realizan quienes ejercen el poder político, por ello la doctrina y la jurisprudencia han ido avanzando poco a poco para establecer el control de ésta zona de la actividad estatal.

Y sí aceptamos la posibilidad de su control nos enfrentamos también a la dificultad de su prueba.

(25)- García de Enterría, Eduardo, y Fernández Tomás Ramón "Curso de Derecho Administrativo" Ed. Civitas-Madrid 1980.6a. ed "El ejercicio de la primera, facultad reglada, reduce la potestad de la Administración a la aplicación de lo que la propia ley ha determinado, dicen los autores *"hay aquí un proceso aplicativo de la ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal.* En el segundo, en cambio, *"el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento substancialmente diferente la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se concreta el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular"*

La doctrina argentina ha receptado ha posición evolutiva y los autores han definido el concepto de discrecionalidad administrativa destacando diversos aspectos, así lo encontramos a **Marienhoff** (26), **Gordillo** (27), **Cassagne** (28) , **Linares** (29) ,y **Diez** (30). Sintetizando sus posiciones entendemos que se trata del ejercicio de una potestad que supera la simple constatación del supuesto fáctico normativo, como ocurre en el poder reglado, éste es una aplicación del principio de legalidad, la ley determina la actividad administrativa de un modo concreto , tanto en su oportunidad como en su contenido , el papel del órgano está singularmente predeterminado y se debe limitar a la aplicación de la norma, no hay apreciaciones subjetivas como en el primer caso.

El temor que el abuso del poder produce, no debe impedir reconocer la necesidad de la existencia de un cierto margen razonable de flexibilidad que debe tener quien ejerce el Poder. La posibilidad de maniobrabilidad para una buena gestión administrativa, es necesaria en toda solución hay creatividad. No podemos automatizar todas las decisiones.

Vinculando la discrecionalidad administrativa con un ordenamiento jurídico determinado, se observa una evolución en tres etapas que Sesín, (31) nos explica acertadamente, etapas que caracterizaron la vinculación gradual de la administración a la juricidad: "a) Vinculación negativa de la administración a la ley, b) Vinculación positiva de la administración a la ley y c) Vinculación positiva de la administración al orden jurídico". Al ubicarnos en éste último plano es imposible continuar pensando en excepciones al control de la jurisdicción en éste ámbito, en el marco de los principios del ordenamiento quedan obligatoriamente incluidos.

(26)- MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo". Ed. Abeledo Perrot. Bs.As. 1985 tomo 1 pág. 411 y ss "dice que la actividad discrecional *"trátase de una predeterminación genérica de la conducta administrativa. La administración aquí no está constreñida por la norma a adoptar determinada decisión en presencia de determinados hechos y situaciones, queda facultada para apreciarlos o valorarlos y resolver luego sí, de acuerdo a tales hechos o situaciones "*

(27) - GORDILLO Agustín "Tratado de Derecho Administrativo" Ed. Macchi Bs.As. VIII -15 señala a su vez que las facultades del órgano *"Serán discrecionales, cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una cosa u otra o hacerla de una u otra manera"*

(28)-CASSAGNE, Juan Carlos "Derecho Administrativo" Ed. Ab. Perrot Bs.As. 1983, Tomo II pag.182 entiende que " *la discrecionalidad supone siempre una habilitación normativa que se configura por la atribución de una potestad sin determinar el criterio que servirá de base a la decisión del administrador*

(29) LINARES, Juan Francisco "Derecho Administrativo" Ed. Astrea Bs.As. 1986. por el contrario sostiene la necesidad del arbitrio creador del órgano no sólo en la aplicación de la actividad discrecional sino también en la reglada

(30) DIEZ, Manuel María "Derecho Administrativo" Ed. Plus Ultra Bs.As. 1974. " entiende que la actividad discrecional no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que regulan su actividad sino de exigencias mutables en el tiempo"

(31) SESÍN Domingo Juan, "Administración Pública .Actividad reglada discrecional y técnica" Depalma Bs. As., 1994 pág. 348

Hoy ya no se puede hablar de una discrecionalidad fuera de la ley, como dice

Tawil (32) citando a López Rodó.

Sabemos que en la discrecionalidad se compone de los elementos que hacen a tres interrogantes básicos, el cuándo, el como y el que lo que se encuentra en directa relación con la toma de decisiones de la administración entre las alternativas legales, fundadas en razones técnicas, políticas o de apreciación subjetiva del funcionario responsable de la toma de decisión. Discrecionalidad que se presenta por ejemplo en el ejercicio de la potestad disciplinaria, o en la selección de una terna de candidatos para ser designados o en los casos de las contrataciones de emergencia entre otros.

En un Estado del Derecho no puede concebirse que los órganos que realizan una función administrativa ejecuten una determinada labor sin tener como fundamento una norma autorizante, sea de carácter administrativo, legislativo o constitucional. Toda la Administración está vinculada a una norma jurídica. La potestad discrecional empleada por el Estado para la toma de decisiones en caso alguno puede ser arbitraria.

Ahora bien la norma no puede comprender todos los supuestos, y ha quedado claro que hay valoración subjetiva frente a una pluralidad de alternativas similares.

¿ Cómo hacemos entonces para fijar los límites a que debe sujetarse esta actividad discrecional ? La respuesta está en **interpretar el ordenamiento jurídico como un todo sistémico**

integral , no solo debemos ajustarnos a los supuestos normativos, strictu sensu sino a la totalidad del sistema integrado y los principios y valores que lo componen. lo que permitirá verificar la juridicidad del accionar administrativo.

Más que pruebas en ésta esfera de control el juez deberá analizar la razonabilidad, la igualdad, la equidad, la buena fe en la labor discrecional, y mas aún el proceso lógico que se ha llevado a cabo para la toma de la decisión por la administración , por cierto que con el respeto y la prudencia que la coexistencia pacífica que los diversos poderes requieren.

(32)-TAWIL, Guido Santiago "Administración y Justicia". Ed. Depalma. Bs.As. 1993 Tomo I pág. 376., citando a Lopez Rodó " *la discrecionalidad no se encuentra al margen de la ley, sino dentro de ella, es decir es atribuida a los administradores por el legislador en una forma reflexiva*"

Para finalizar me permito realizar algunas pequeña reflexiones respecto a la labor activa y valorativa del juez en ésta etapa del proceso, labor a la cual no es ajeno el juez del proceso administrativo, aquí es común la función del sujeto que debe dirimir los conflictos, una labor ardua y difícil, que por supuesto no puede hacerlo solo si la partes no coadyuvan en la búsqueda de la verdad.

La realidad humana es muy difícil de captar, como dice Aroso Linhares, citado por Muñoz Sabaté (33) hay muchas tensiones en la valoración del metodo probatorio para obtener la subsunción del caso a la norma y muchas veces la dimensiones normativas no permiten recepcionar la realidad que nos rodea.

El juez para resolver sigue diferentes caminos , no hay una receta, una formula, no hay un método ni reglas científicas o empíricas únicas para resolver los casos jurídicos, no hay tampoco un caso igual a otro, la certeza y la verdad son conceptos difíciles de alcanzar.

Se han procurado definir algunos métodos o caminos como el del juez que procura partir de una situación neutra, sin criterios apriorísticos, y al analizar las pruebas va agregando procesos lógicos que oscilan de un punto a otro, es el proceso inferencial que Muñoz Sabaté asimila al proceso algebraico. O el del otro juez que emplea en cambio el método intuitivo, es el que desde el momento que analiza la demanda tiene una visión fenoménica que le permite intuir la

solución del problema. Y así podríamos seguir describiendo los caminos que cada juez construye, pero no es esa nuestra intención solo pretendíamos recordar lo difícil de la tarea del que juzga quien nunca termina de conformar a las partes.

Es un hombre que debe aprender a convivir con la incertidumbre de la eterna búsqueda de la solución justa y en la soledad de sus pensamientos mantener clara la conciencia de su falibilidad.

(33)MUÑOZ SABATÉ, Luis” Técnica probatoria “ 4ª edición corregida y aumentada, Barcelona Praxis. 1993.

X- CONCLUSIONES

Conforme a lo precedentemente expuesto respecto a las peculiaridades que hacen a la prueba en el proceso contencioso administrativo concluimos que :

- 1. La prueba en materia de derecho administrativo tanto en el procedimiento administrativo previo como en el proceso contencioso administrativo, es un elemento trascendente a los fines de lograr la convicción del órgano administrativo o del juez respectivamente.**
- 2. En aras de un mayor entendimiento común debe propiciarse la unificación del lenguaje ,por ejemplo la denominación de proceso contencioso administrativo, debe substituirse por la de proceso administrativo.**
- 3. El criterio de *jurisdicción revisora rígido* ,en el cual se entendía que solo podía probarse lo tratado en la sede administrativa y una de las principales diferencias con el proceso civil era la prueba, debe ser superado, creemos que en un Estado de Derecho no puede pretenderse que los jueces se limiten a esto, pues justamente son las disidencias con lo allí resuelto lo que motiva el proceso posterior. y ese derecho no puede ser negado sin atentar contra el derecho de defensa.**
- 4. No hay una teoría general de la prueba distinta en el Derecho Administrativo a la de las demás ramas del derecho. Existen algunos aspectos diferenciales en el procesos**

administrativo que responden a la naturaleza del derecho de fondo cuya tutela pretenden, o muchas veces aparecen como resultado de la voluntad del legislador.

5. Probar es un derecho subjetivo de raigambre constitucional que integra el derecho de defensa. En caso de duda debe estarse a favor del ejercicio del derecho a probar.
6. El Tribunal en lo contencioso administrativo posee potestades mas amplias que el Tribunal civil que aparece fundada por el orden publico en juego y el interés público protegido.
7. Los Códigos procesales administrativos provinciales consagran expresamente las facultades de dictar medidas para mejor proveer o realizar las diligencias necesarias para verificar la verdad objetiva, coincidente con el fin del proceso administrativo
8. El ofrecimiento de la prueba se hace en el escrito de la demanda o de la contestación según corresponda, normas que se justifican en la economía de trámites y mayor celeridad del proceso
9. La presunción de legitimidad del acto administrativo importa una *relevatio ad oneri agendi* pero nunca una *relevatio ad onere probandi*.
- 10.El principio de la inversión de la carga de prueba por la presunción de legitimidad del acto administrativo pugna abiertamente con el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva.
- 11.Por ello a los interrogantes de sí ¿ La presunción de legitimidad releva de la carga de la prueba al Estado?, o sí ¿Puede el juez fundar su convicción fundado exclusivamente en éste carácter ?. Entendemos que no , si actúa de esa manera sería arbitrario y nada mas alejado del eficiente manejo de la espada de la justicia que afirma empuñar.
- 12.El expediente administrativo es una fuente de prueba esencial en el proceso administrativo Tanto la Administración como el administrado deben controlar su conformación durante el procedimiento administrativo.

13. En algunos casos, por ejemplo en los procesos administrativos sumarios el expediente administrativo es la única prueba que existe para resolver, situación que a veces se presenta en los juicios de plena jurisdicción cuando las pruebas ofrecidas no han sido producidas, o producidas no son conducentes para resolver, esto nos indica su relevancia.
14. Los datos normativos pese al principio general del iura novit curia a veces requiere ser probado, en el caso del dato de hecho no debe primar el principio de jurisdicción revisora
15. Otra cuestión destacable es como probar el ejercicio de la facultad discrecional de la Administración, entendemos que aunque la ley no lo diga expresamente, que no es el caso de Corrientes, debe estar sometida al control jurisdiccional, lógicamente que con el respeto y la prudencia que la coexistencia pacífica que el ejercicio pleno de los diversos poderes requieren
16. La tarea de juzgar y valorar es difícil y el hombre que es juez debe aprender a convivir con la incertidumbre y la conciencia de su propia falencia humana, mas aún en un área en la cual los conflictos de intereses son de delicada dilucidación.

INDICE TEMATICO

ACTO ADMINISTRATIVO

Concepto 16
 Control jurisdiccional 20
 Ejecutoriedad 7
 Facultad discrecional 19.20
 Facultad reglada 19
 Presunción de legitimidad 7

APERTURA A PRUEBA

Petición de la parte 11.
 Revocación 11

APRECIACION DE LA PRUEBA

Falta de prueba 10
 Informes en el procedimiento previo 13
 Del expediente administrativo 15

CARGA DE LA PRUEBA

Inversión de la carga 8

Obligación 9
 Principio o máxima 8
 Reconocimiento de un derecho 9
 Sanción administrativa 9

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Teorías 13
 Extensión 13

JUEZ

Su labor valorativa 22

MEDIOS DE PRUEBA

El Expediente Administrativo 15
 Concepto 15
 Formación 4
 Importancia 14
 Instrumento público 16
 Valor probatorio 16

OBJETO DE LA PRUEBA

Datos normativos 14
 Datos de hecho 14
 El principio revisor 14.

OPORTUNIDAD

Ofrecimiento 10
 Con la demanda 10
 Con la Contestación 10
 Antes del dictado del acto administrativo. 11
 Después del dictado del acto administrativo 11.
 Hechos nuevos 10

PRETENSION PROCESAL ADMINISTRATIVA

Anulación 11
 Interpretación 11
 Plena Jurisdicción 11
 Cuestiones de competencia 11
 Tipos 11

PRINCIPIOS

Debido proceso 10
 Legalidad 10, 15
 Verdad objetiva 10

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Concepto 4
 Carácter de su regulación 4

Importancia 4
 Normas legales 15

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Carácter revisor.4.
 Denominación. 5.
 Importancia de la prueba 5

PRUEBA

Como derecho 8
 Concepto 7
 Etimología 7
 Importancia para el procedimiento administrativo 4.
 Naturaleza 8
 Síntesis de las acepciones 7

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Facultades. 8, 9
 Actividad colaborativa del juez 8.
 Interés público 9
 Medidas para mejor proveer 8,9.
 Regulación normativa 8.
 Orden público 9

UNIDAD O PLURALIDAD DEL SISTEMA PROBATORIO

Teoría general única 5
 Regulación normativa 6
 Remisión al proceso civil 6
 Particularidades del proceso administrativo 6

VIAS CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS

Recurso facultativo 12

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA, José V. “ Negligencia Probatoria” Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé 1998 .
- ALSINA , Hugo “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial ” T.III, EDIAR Bs. As 1961
- ALVARADO VELLOSO “El Juez - Sus deberes y facultades - Depalma. Bs.As. 1982.
- ARAZI, Roland “El proceso civil de fin de siglo”, en la obra colectiva Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI,. Ediar, Bs. As. 1997.

- ARAZI, Roland "La prueba en el proceso civil", La Rocca Bs. As. 1986.
- ARGAÑARAZ, MANUEL J. "Tratado de lo contencioso Administrativo ". Bs. As. Tipográfica Editora Argentina 1955. pag. 309.
- BARBOSA MOREIRA, "Temas de Direito Processal", Saraiva, S. Pablo Brasil 1984
- BREWER Farias "Fundamentos de la Administración Pública" Venezuela Caracas 1980
- BIELSA, RAFAEL "Sobre lo contencioso administrativo" Ed. Castellví Santa Fé 1964.
- CASSAGNE, Juan Carlos "Derecho Administrativo" Ed. Ab. Perrot Bs.As. 1983, Tomo II pag.182.
- CARNELUTTI, Francesco " Metodología del Derecho" Ed. Colofón. México. 1996
- COMADIRA, Julio "Derecho Administrativo"
- COUTURE Teoría de las diligencias para mejor proveer, Montevideo, 1932
- DEVIS ECHANDIA, Hernando "Teoría general de la prueba judicial",., Zavalía Buenos Aires, 1970, T.1, cc 6º edición1988
- DIAZ, CLEMENTE A., " Instituciones de Derecho Procesal", t. 1., Abeledo Perrot, Bs. As 1968,
- DIEZ Y HUTCHINSON " Derecho Procesal Administrativo", Plus Ultra Bs. As 1996
- DROMI, José Roberto "Proceso Administrativo Provincial " Mendoza 1978 pag. 180,
- FIORINI, Bartolomé ¿ Qué es el contencioso ? Ed. Alfa Bs.As. 1965
- GARCÍA DE ENTERRÍA ,Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón "Curso de Derecho Administrativo" Ed. Civitas-Madrid 1980.6a. edición.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo "La lucha contra las inmunidades del Poder" Ed. Cívitas Madrid 1989.
- GORDILLO, Agustín " La prueba en el Derecho procesal administrativo" LL 1996 pag 1398 y en el Libro de LA PRUEBA de Augusto Mario Morello.
- GORDILLO, Agustín "Tratado De Derecho Administrativo" Ed. Macchi Bs.As. VIII -15
- GONZALEZ NAVARRO, Francisco " Derecho Administrativo Español - El acto y el procedimiento administrativo"Ed. Eunsa Pamolona España 1997 pag. 492
- GONZALEZ PEREZ, Jesús "Manual de Derecho Procesal Administrativo" Segunda Edición. Cívitas. Madrid 1992.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús, GARRIDO FALLA, Fernando, MARIENHOFF, Miguel S. y FERNANDEZ, Tomás Ramón. " El contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado" Ed. Abeledo Perrot Bs.As. Año 1988.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano" Ed. Temis Colombia 1985.

- MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo". Ed. Abeledo Perrot. Bs.As. 1985 tomos I.II y III
- MICHELI , Gian Antonio, " La Carga de la prueba" Bs. As. 1961 p 278, citado por Gordillo.
- MORELLO - SOSA - BERIZONCE "Códigos procesales en lo Civil y Comercial. Prov. de Bs.As. y de la Nación" La Plata, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1991, t V-A,
- MORELLO, A.M. "Nuestro modelo probatorio (en lo civil y comercial)", en la obra colectiva, La prueba - libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo-, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1996
- MORELLO, Augusto.Mario "Notable avance de los poderes - deberes de los jueces en el ámbito de la prueba", en E.D. 94-891.
- MORELLO, Augusto .Mario "Medidas para mejor proveer y hechos sobrevinientes en el trámite del recurso extraordinario," E.D. 115-527.
- MORELLO, Augusto.Mario." La Corte Suprema en acción" Platense - Abeledo - Perrot, 1989.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis" Técnica probatoria " 4ª edición corregida y aumentada, Barcelona Praxis. 1993.
- PALACIO, LINO, Manual de Derecho Procesal, ABELEDO- PERROT, BS. AS.,
- SENTIS MELENDO, Santiago "La prueba - Los grandes temas del derecho probatorio", Bs.As. E.J.E.A. 1978.
- SESÍN Domingo Juan, "Administración Pública .Actividad reglada discrecional y técnica" Depalma Bs. As., 1994 pág. 348
- TAWIL, Guido Santiago "Administración y Justicia". Ed. Depalma. Bs.As. 1993 Tomo I pág. 376.,
- TREVE , Giuseppino "La presunzione di legittimitá degli atti amministrativi Padua 1936 citado por Gordillo
- VALLEJOS, Juan Carlos, "La prueba civil", Moglia S.R.L., Corrientes 1999.
- VÉSCOVI E.- M. DE HEGEDUS SANZ - S. KLETT FERNANDEZ - F. CARDINAL - L.M. SIMON - S. PEREIRA CAMPOS, " Código General del Proceso", Abaco. Bs. As. t.4,1998

¿Qué ocurre en caso de duda sobre la prueba ofrecida? ¿Debe aceptarse como válida la presunción a favor del acto administrativo? Si se respeta el criterio de que el Estado defiende el orden público y sus finalidades responden a los objetivos para los que fue creado, yo creo que sí, pero un sí condicionado, debe acreditarse como mínimo que en el procedimiento seguido por la Administración ha cumplido los recaudos que la legalidad exige, y que la ha sido imposible probar, sino rige el principio *in dubio pro libertati*.

El tema es difícil, la realidad hace que la mayoría de nosotros dudemos de los procedimientos de la Administración y nos embanderemos en permanentes luchas contra las inmunidades del Poder, los privilegios y las prerrogativas que el mismo utiliza una y otra vez para dañar los derechos de los particulares, pero ello no nos debe hacer perder de vista la necesidad de mantener un equilibrio, por lo menos mientras nuestro régimen político, jurídico e institucional permanezca vigente.

Debemos tener presente que ni en el proceso administrativo, ni el procedimiento administrativo son acciones bélicas Estado vs. particular o particular vs. Estado, en ambos procedimientos lo que se busca es el cumplimiento de las finalidades que los regímenes jurídicos han conformado a partir de la Constitución y especialmente en los valores sobre los que se ha construido el mismo, tratando de erradicar otros intereses que solo obstruyen el resultado justo del conflicto.

Consideramos que el Estado no debe ampararse en las inmunidades heredadas en muchos casos de otros sistemas políticos para actuar con arbitrariedad ni el particular encerrarse en la trinchera del incumplimiento solo porque el acto proviene del Estado donde “hay otros que tampoco cumplen”.

.....

La Administración Pública posee facultades regladas y facultades discrecionales. Las primeras, como su mismo nombre lo indica, están sometidas in totum a regulación legal, la norma prevé detalladamente los supuestos de la conducta a la que debe ajustarse la Administración. por ende está sometida a un control administrativo y judicial estricto pues los órganos administrativos no tiene la posibilidad de apartarse del supuesto normativo. En las segundas en cambio se cuentan con un margen de libertad para el ejercicio del poder público, un margen de decisión no reglada que escapa a ese control.. En el ejercicio de las facultades discrecionales es cuando puede aparecer la figura del abuso del poder, concretamente cuando los detentadores del poder publico violan en su accionar la finalidad que la norma persigue..