

V. Estructura de los escritos .....	20
19. Exhaustividad .....	20
20. Concisión o resumen .....	21
21. Graduación de los argumentos .....	21
21.1. Exposición de los vicios en el objeto .....	21
21.2. Los vicios en la competencia .....	22
21.3. Los vicios objetivos de la voluntad .....	22
21.4. Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma .....	22
21.5. Conclusión .....	22

## Capítulo X

### EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA<sup>1</sup>

#### 1. Introducción

##### 1. La realidad en el derecho administrativo

En el primer tomo indicamos que el conocimiento del derecho administrativo hacía indispensable, como en cualquier otra disciplina jurídica, el conocimiento de la realidad;<sup>2</sup> en el primer cap. de este t. 2 hemos comenzado por señalar cómo se prueba en derecho esa realidad. Pero hay al menos dos planos en la realidad: uno es de los medios de pruebas que irán al expediente como medios de convicción, el otro es cómo manejarse con las administraciones públicas y sus concesionarios o licenciatarios en la práctica diaria. En este cap. cubriremos el segundo aspecto. Ello es de importancia para la defensa del particular, en el plano administrativo y de los usuarios frente a los prestadores privados de servicios públicos monopólicos.

La retracción del aparato administrativo a fines de siglo XX y comienzos del XXI, que antes explicamos, va acompañada de un mayor crecimiento de las actividades privadas monopólicas concedidas o licenciadas por el Estado, que requieren de la tutela y el control administrativo y jurisdiccional. Hay que do-

<sup>1</sup> Complementar este enfoque en nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, tercera reimpresión 2001; NIETO, ALEJANDRO, *La organización del desgobierno*, Madrid, Ariel, 1984; CARULLO, ANTONIO, *La prassi amministrativa*, Padua, Cedam, 1979; KLIKSBERG, BERNARDO, "La racionalidad irracional de la burocracia," en su libro *Cuestionando en administración*, Buenos Aires, Paidós, 1973, p. 158 y ss.; MOCKLE, DANIEL, *Recherches sur les pratiques administratives pararélementaires*, París, L.G.D.J., 1984; WOLL, PETER, *Administrative Law. The Informal Process*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1963.

<sup>2</sup> *Supra*, t. 1 cap. I, y sus referencias, en especial *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, cuarta reimpresión 2001. Ver también "Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Dr. Roberto O. Berizonce," en BOTASSI, CARLOS A., *Temas de derecho administrativo*, Buenos Aires, LEP Librería Editora

sarrollar paciencia y sobre todo perseverancia para evitar que los abusos eventuales se repitan y perpetúen. Tanto en la administración como en los prestadores de servicios públicos la posibilidad de abuso de poder existe siempre y es necesario salvaguardar los principios del debido proceso a fin de que el particular encuentre protección frente al funcionario de la administración,<sup>3</sup> o de sus licenciarios o concesionarios monopólicos.

Pero en esto como en muchas otras cosas no basta el funcionamiento formal de las instituciones jurídicas: es necesario que el propio pueblo colabore, individual o colectivamente, en mantener a diario el control del poder.<sup>4</sup> Tenemos en esto un deber de solidaridad con nosotros mismos. Todo demuestra que el pueblo y los individuos no lo cumplen y que las más de las veces se dejan ignorar, dominar, amenazar o en tratar paternalmente por el Estado y su representante inmediato y directo, la autoridad o el prestador del servicio, el funcionario o empleado que en nombre de uno u otro actúa: *vigilantibus, non durmientibus, jura subveniunt*.

Han aparecido hace tiempo breviaríos que indican al pueblo, al hombre común de la calle, cómo defenderse de la autoridad, cuáles son sus derechos, etc. Y no es casual que el título de alguno de ellos sea, apropiadamente, "No tenga miedo a la autoridad,"<sup>5</sup> pues lo cierto es, sin duda, que se tiene verdadero miedo a la autoridad y muchas veces justificado; más una desconfianza extrema de su compromiso con el interés público en el control de los servicios monopolizados dados en concesión o licencia por el Estado.<sup>6</sup> Ahora bien, el funcionario público o empleado altivo de una empresa concesionaria o licenciataria que nos inspira ocasional temor o distancia, es también un ser humano y como tal influyen

<sup>13</sup> *Supra*, cap. II, "Derechos de incidencia colectiva," § 3, "Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva" y 4, "Algunos ejemplos" y cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6, "Casos." DEBBASCH, CHARLES, "Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française," *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXIX, 1973, § 2, p. 101 y ss., p. 105: "La administración está [...] en una situación incómoda. Ella es, en efecto, el lugar geométrico donde se encuentran reivindicaciones contradictorias. Los administrados desatan, ellos mismos, las intervenciones administrativas pero rechazan las limitaciones que resultan. La acción administrativa se encuentra, a la vez, buscada y rechazada. Esta reacción de desconfianza se funda en motivaciones diversas. Los administrados tienen el sentimiento de que las acciones de la administración se desenvuelven en condiciones arbitrarias, que las cargas que ellos acarrear son inigualmente repartidas. La función moderna de transformación de la sociedad que pertenece a la administración explica igualmente estos fenómenos de rechazo. Toda proyección hacia el futuro hace soportar cargas a los que viven en el presente. La administración se encuentra, entonces, en una situación en la cual ella no dispone de ningún sostén: los futuros administrados que se beneficiarán de su acción no están todavía allí en tanto que ella debe soportar las oposiciones de los administrados perjudicados por la transformación, los cuales están bien presentes y vigilantes."

<sup>14</sup> Y por supuesto debemos conocer, llevar e invocar las normas que hacen a nuestros derechos.

<sup>15</sup> ZIMMERMANN, THEO, *Keine Angst von Behörden*, Gütersloh, Bettersmann, 1964.

<sup>16</sup> Más los problemas del consumidor. Ver DE LUCCA, NEWTON, *Direito do consumidor. Aspectos prácticos. Perguntas e respostas*, San Pablo, EDIPRO, 2000, 2ª ed.

sobre él las normas del medio social, las reglas de la psicología y la sociología, etc. Así como en la interpretación y consecuente aplicación de una norma jurídica cualquiera, influyen elementos semánticos, sintácticos, lógicos y sobre todo pragmáticos,<sup>7</sup> tornándose importante en grado sumo la técnica de la argumentación,<sup>8</sup> así también cuando se trata de formular una denuncia ante la autoridad de contralor o ente regulador, o de la preparación de una decisión administrativa o de su impugnación, se torna fundamental saber cuál es el método o la técnica de argumentación apropiada al caso, además de saber cuáles son las notas socio-psicológicas que rodean dicha decisión.

El conocimiento de algunos rudimentos acerca del liderazgo y la motivación en la administración pública y privada con poder monopólico,<sup>9</sup> de la estructura psicológica de las organizaciones<sup>10</sup> y en general de la ciencia de la administración,<sup>11</sup> son elementos para comprender el fenómeno administrativo en su contexto jurídico y poder hacer una eficaz defensa frente a él y quienes utilizan su autoridad.

## II. Las actuaciones administrativas

### 2. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación

Hay algunas diferencias fundamentales respecto de la forma de llevar las actuaciones por la administración y por la justicia. Si acaso, la primera impresión es visual. El expediente administrativo no conoce, como el judicial, el empleo uniforme de hojas de igual tamaño y calidad, ni tampoco el prolijo trabajo del empleado que cose los expedientes; en el procedimiento administrativo los expedientes están perforados y unidos por un simple broche y las sucesivas hojas del trámite, de desigual tamaño y formato, calidad y color, van siendo agregadas en cada oficina en que el acto de procedimiento respectivo se produce, por el simple método de abrir el broche y enganchar allí, perforándolas, las nuevas actuaciones.

Como se comprenderá fácilmente, la desprolijidad, desorden, mala conservación de las piezas del expediente (que aparecen semirrotas en una buena canti-

<sup>17</sup> Ver por ejemplo el análisis de ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 105-146.

<sup>18</sup> ROSS, *op. cit.*, pp. 146-9.

<sup>19</sup> Véase p. ej. MCGREGOR, DOUGLAS, *Leadership and Motivation*, Massachusetts, M.I.T., 1966; *The Human Side of Enterprise*, Nueva York, McGraw Hill, 1960.

<sup>10</sup> Ver LIKERT, RENSIS, *New Patterns of Management*, Nueva York, Mc Graw-Hill, 1961; SCHEIN, EDGARD H., *Organizational Psychology*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1965 y sus referencias bibliográficas.

<sup>11</sup> Ver p. ej. THIEME, WERNER, *Verwaltungslehre*, Ingolstadt, Carl Heymanns, 1967; GOURNAY, BERNARD, *Introduction à la science administrative*, París, Armand Colin, 1966; AUBY y otros, *Traité de science administrative*, París, Mouton, 1966; CIMMINO, SALVATORE, *La organización administrativa en su contexto social*, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.

dad de casos) y por supuesto suciedad (ya que el expediente es llevado de oficina en oficina, pasando por innumerables manos) son la regla, sobre todo cuando el expediente lleva algún tiempo largo de tramitación —lo que no es excepcional. La pérdida o extravío de expedientes es usual, por lo que resulta absolutamente indispensable pedir<sup>1</sup> y guardar siempre fotocopia de todo, estando listo para reemplazar el expediente cuando no lo encuentren y guardar todavía siempre más copias hasta el final. Olvidarse de este recaudo es exponerse a empezar todo de nuevo. Lo ideal, por supuesto, es que las fotocopias se encuentren certificadas por escribano público, o al menos selladas por la administración,<sup>2</sup> aunque esto resulta algo a lo que la administración no opone sino su desagrado. Pero a veces es mejor incurrir en ese desagrado, pues no faltarán autoridades posteriores que se animen a negar autenticidad a las fotocopias simples, ni abogados que por imperativo procesal las nieguen en juicio y pongan así en peligro el sustento documental de los derechos del particular.

### 3. El trámite de agregación de escritos al expediente

Pero a esta dificultad estética e higiénica cabe agregar otras más serias para la defensa del administrado: cada escrito que presenta el interesado con referencia a un expediente en trámite no siempre es automáticamente agregado al expediente principal.

Tradicionalmente, en efecto, la práctica argentina ha sido que los escritos que los interesados quieren presentar con respecto a un expediente determinado sean entregados, no en la oficina en la cual el expediente se encuentra y a la cual se lo dirige, sino a la mesa de entradas de la repartición para que ésta lo remita a la oficina en la que las actuaciones están radicadas. Este sistema quedó parcialmente derogado a partir del decreto 759/66, sobre reglamento de mesa de entradas, salidas y archivo, cuyo art. V, 15 establecía que "Preferentemente, la tarea de «agregación» será efectuada por el Servicio de Mesa de Entradas; si fuera dispuesta por dependencias internas, éstas darán cuenta de la misma, en el día, al Servicio mencionado, para su registro pertinente."

Posteriormente el art. 25 del decreto 1.759/72 deroga esta regla, estableciendo que sólo el escrito inicial se presenta por Mesa de Entradas; "Los escritos posteriores podrán presentarse o remitirse igualmente a la oficina donde se encuentre el expediente." Igual principio consagró el art. 34 del decreto-ley 7647/70 de la Provincia de Buenos Aires. Se admite entonces claramente el

<sup>1</sup> Derecho que reconoce el inc. d) del art. 3° del decreto 229/00: "a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas" (el destacado es nuestro); España, art. 35 inc. a); nuestro Proyecto de 1964, arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. d) y j); Brasil, art. 3° inc. II) y art. 46; Perú, art. 160.

<sup>2</sup> El art. 3°, inc. f), del decreto 229/00 reafirma el derecho "a obtener copia sellada de los

derecho del interesado a presentar los escritos ante la propia oficina en que el expediente se está tramitando, evitando así el engorroso pase por la mesa de entradas. Sin embargo, a veces los empleados de las reparticiones u oficinas en que el expediente se encuentra desconocen esta norma y, siguiendo la práctica tradicional, exigen que los escritos sean presentados por mesa de entradas. A veces es peor, los agentes públicos consideran que no pueden recibir un escrito en la dependencia en la cual trabajan si ésta no cuenta a su vez con su propia "Mesa de Entradas." Con ello se llega al paroxismo del procedimiento: se puede presentar el escrito no necesariamente ante la Mesa de Entradas general, sino ante la Mesa de Entradas singular... si ella existe! En cualquier caso, la Mesa de Entradas general prefiere que le entreguen los escritos a ella, porque es la única que cuenta con una computadora central en la cual ingresa, a todas las computadoras del sistema, la nota del interesado.<sup>1</sup>

Claro está que si el interesado conoce esta norma puede exigir que se lo admitan, pues no siendo así se inicia un procedimiento ritualista: al escrito que se presente en mesa tal vez le sea agregada una carátula<sup>2</sup> y se le otorgue el trámite necesario para que llegue a reunirse con el principal; es decir, será preciso hacer un pequeño expediente de agregación del escrito. Este pequeño expediente<sup>3</sup> llevará él también su número propio; y cuando finalmente se une al principal, dos cosas pueden suceder: a) una, que se lo agregue a continuación del principal, abrochándolo juntamente con las actuaciones previas —con carátula<sup>4</sup> y todo—; b) otra, que se lo acompañe por cuerda floja o simplemente —y es lo más común— suelto: se los denomina "anexos," "carpetas," etc.<sup>5</sup>

### 4. Defectos de foliación

En el primer caso, o sea, cuando el expediente de agregación del escrito es añadido al principal, se presenta la incongruencia de que ese pequeño expediente, que puede ahora tener varias páginas, puede ser refoliado de dos maneras:

<sup>1</sup> Y si no lo ingresa centralmente, después le arguirán que ellos no tienen fecha cierta en la computadora, olvidando que la recepción del escrito por el funcionario competente, en cualquier oficina, tiene los caracteres de instrumento público que explicamos en el t. 3, cap. VII, "Los actos administrativos como instrumentos públicos."

<sup>2</sup> El reglamento nacional de mesa de entradas dispone lo contrario, con buen criterio, pero lamentablemente no se lo cumple cabalmente en la práctica. El art. V. 20 dispone que "Cuando se reciba un escrito de cualquier índole que se refiera a un expediente en trámite en dependencias internas, debe registrarse como «Corresponde» del mismo y sin carpeta ni providencia se remitirá para agregarse a sus antecedentes."

<sup>3</sup> Que se denomina "Corresponde" y se abrevia usualmente "cde.," ha sido "suprimido" por el decreto 1883/91, pero no ha desaparecido empíricamente del todo.

<sup>4</sup> El reglamento nacional de mesa de entradas dice en su art. V. 15, segunda parte: "Toda carpeta o portada de un expediente agregada a un principal deberá ser conservada en el cuerpo de las actuaciones."

<sup>5</sup> Por el reglamento nacional se "debe" usar la palabra "anexo" y "agregado sin acumular," "dependencias" al estilo de los expedientes "Acumular sin Anexos," "Anexos por Cuerda

foja por foja hasta el final, o todo junto como unidad. En el segundo caso es agregado todo, computándolo como si fuera una sola foja.<sup>1</sup> Por ello, si en adelante se desea referirse a la segunda foja del expediente de agregación, deberá decirse: fs. 2 del expte. n.º... (el pequeño), agregado como fs... del expte. n.º... (el principal). P. ej., si el expediente principal está en la fs. 126 y se agrega un expediente de 15 hojas, el expediente agregado lleva número de fs. 127 y si se agregaran luego nuevas hojas al expediente principal, ellas se numerarían fs. 128, 129, etc., incluyendo así al expediente principal, sin cambiar la foliación,<sup>2</sup> las quince hojas del expediente agregado.

Supóngase que el administrado se vea precisado a presentar varios escritos en el transcurso de un mismo procedimiento (p. ej. sucesivas denuncias en un expediente en que se pide la caducidad de una concesión o licencia por violación sistemática del pliego y de las condiciones de calidad del servicio) y se podrá formar una idea de cómo puede quedar de desordenado y complicado el expediente. En el segundo caso (cuando el expediente de agregación se frustra y queda como un agregado suelto), la situación es relativamente más fácil, pues uno citará directamente el número de expediente de agregación. Pero no se puede tener ninguna seguridad de que ello será siempre así: si alguna oficina dispone una refoliación o reordenación de las actuaciones —lo que se suele hacer con alguna frecuencia y en ocasiones más de una vez en un mismo expediente—,<sup>3</sup> entonces el expediente de agregación perderá su número y será necesario ubicar el escrito dentro de la nueva refoliación, para poder citarlo por ésta en adelante. Y no digamos nada de las refoliaciones en que —lo hemos visto— el empleado afirma “no haber seguido el orden cronológico para ordenar mejor las actuaciones.” La desprolijidad en ocasiones se traslada a la justicia en materia procesal administrativa y hemos visto autos en que el magistrado suscribe a fs. 40 que el auto debe notificarse en el domicilio constituido a fs. 46; pues obviamente ha resuelto foliar primero su decisión y luego la petición de la parte en cuyo domicilio notifica. Como diría el cómico DAVE BARRY, “No estoy inventando esto.” Si eso ocurre en la justicia, fácil es imaginar que tampoco a un juez le impactará demasiado la desprolijidad administrativa. Pero hay algo que la administración hace mejor que la justicia y es agregar los anexos después del escrito, no antes de él como se hace en tribunales.

<sup>1</sup> Así lo ordena el reglamento mencionado, cuyo art. V. 12, parr. tercero, dice: “Los expedientes y demás documentos de una o más fojas que se agreguen a otro conservarán su foliación original, pero serán considerados como una sola foja a efectos de integrar el expediente principal.” El art. 11 del decreto 1759/72 sólo dice que “continuarán la foliatura de estos.”

<sup>2</sup> El art. IV.11.3 del reglamento nacional de mesa de entradas establece en este sentido que “Por ningún motivo podrá ser alterada la foliatura de las actuaciones, las que se conservarán hasta la finalización del trámite y período de archivo. Los errores deberán ser salvados en la foja erróneamente numerada.”

<sup>3</sup> Esta práctica era bastante común hasta hace unos años. El decreto 759/66, ya mencionado, intenta suprimirla al prohibir la refoliatura. El decreto 1759/72 no dispone nada al respecto.

### 5. La precaución de guardar copia de los escritos y documentos

Hay así una precaución fundamental al presentar escritos a la administración o sus concesionarios o licenciatarios: guardar copias —siempre, siempre guardar copias, con el sello de “recibido,” firma y fecha— y cuando deba referirse a sus escritos anteriores, acompañar copia de la copia sellada; es mucho más fácil que seguir los pasos siempre cambiantes de un escrito en el procedimiento administrativo; si va a una entrevista, llevar otra vez fotocopias de todos los originales sellados o sus fotocopias, certificadas por escribano público. Por iguales razones es también aconsejable guardar más de un juego de fotocopias de la documentación acompañada: normalmente dicha documentación no se extravía del todo (“nada se pierde, todo se traspapela”), pero cuando ello ocurre, si el particular no tiene ningún otro medio probatorio, la pérdida es irreparable.

Por ello y porque no siempre es legible la fecha del sello fechador de la mesa de entradas, es conveniente poner fecha a los escritos, e incluso numerarlos, para control propio y en ciertos casos para orientación de algún atribulado asesor que deba dictaminar en el expediente.

### 6. La impulsión personal de las actuaciones

La teoría es que la administración impulsa de oficio el expediente y que el particular no puede impulsarlo; la práctica es que la administración se demora en cada etapa procedimental mucho más tiempo del necesario y que el particular solamente puede contribuir a acortar en alguna medida ese tiempo, con su insistencia constante. Lo mismo ocurre en la justicia. Son dos burocracias har-to equivalentes. Esto requiere una gran dosis de paciencia, perseverancia, tacto y prudencia: no aconsejamos necesariamente el sistema, pero es el que suele funcionar con un grado apreciable de eficacia. Va de suyo que no nos referimos a los casos en que el interesado puede obtener influencias de tipo personal, político, etc., para “hablar” a los funcionarios encargados de la tramitación o decisión del asunto (aunque jueces hay que necesitan que se les “hable,” respetan al que va a “hablar” y desprecian al que no “habla” y sólo espera una decisión justa). El sistema que hemos visto funcionar requiere una personalidad especial; usualmente, la de un abogado, procurador, persona experta en relaciones públicas o que sin serlo tenga suficientes dotes de cultura, presencia y trato. La técnica es la siguiente: averiguar primero en la mesa de entradas de la repartición dónde se encuentra el expediente; conocido este hecho, averiguar (preferiblemente a través de un ordenanza a quien a su vez no se habrá de dar lugar a inquirir sobre el interés de la pregunta, so pena de ser alejado), dónde se encuentra tal oficina; acudir directamente a la oficina en cuestión y apersonarse al funcionario que la tenga a su cargo. En lo posible, siempre acudir al jefe de la habitación u oficina, no a sus empleados, a fin de preguntarle

muy respetuosa y agradablemente, pero sin ningún tipo de humildad, si es que efectivamente el expediente tal se encuentra en su oficina. Obtenida la respuesta afirmativa<sup>61</sup> y luego de hacer toda clase de manifestaciones comprensivas del enorme recargo de tareas que seguramente el funcionario tendrá, inquirirle con igual o mayor dosis de cordialidad y amabilidad cuándo estima él, aproximadamente, que podrá haber un pronunciamiento, dictamen, informe, etc., con el cual el expediente sea despachado de dicha oficina. La respuesta, luego de instantes de duda, será posiblemente "quince días," si la oficina no está con recargo de tareas; "un mes," si lo está un poco; "tres meses," si lo está mucho. Si le dicen "seis meses," el interesado pondrá cara de preocupación y se lamentará —nuevamente sin humildad pero sin agresividad— de los perjuicios que eso podría causarle y solicitará si existe posibilidad de que haya una decisión más pronto. Cualquiera que sea el tiempo que le hayan indicado, el interesado lo anotará cuidadosamente y, uno o dos días después de transcurrido exactamente el término anunciado por el funcionario, se apersonará nuevamente a él a inquirirle si el asunto ya fue despachado. Desde luego, todo esto puede suponer varios entreactos; ir y no encontrarlo, dejar dicho que lo llamen y no ser llamado, volver a ir y pedir nuevamente encontrarlo, finalmente encontrarlo; todo ello ha de ser realizado indispensablemente, para el éxito de este tipo de sistema de "impulsión," con las cualidades señaladas al comienzo: paciencia, perseverancia, cortesía. Otro entreacto que va supuesto en esta pieza teatral digna de ARISTÓFANES, es preguntar regularmente en la Mesa de Entradas durante el período de espera si el expediente fue despachado de la oficina pertinente. No juzgamos el sistema: solamente decimos que existe y que quienes reúnen las condiciones para utilizarlo y lo hacen, suelen tener éxito con él. Una forma mucho más agresiva, sin ser irrespetuosa, de seguir este procedimiento, es de llamativo interés. Se trata de acudir con un escribano público,<sup>62</sup> el cual labrará un acta, dejando constancia de la pregunta del particular y de la respuesta del funcionario acerca del tiempo aproximado en que el expediente será despachado. El funcionario quizá la firme en la primera oportunidad: cuando al vencer el primer término indicado vuelven otra vez peticionante y escribano, es una situación difícil para el funcionario. Él no puede desconocer su promesa anterior, ni tampoco informar que ha dictado decisión o producido el informe si esto no es cierto. Por tanto no tiene más remedio que decir que no ha hecho lo que prometió hacer. Firme ahora o no firme el acta, lo cierto es que la negligencia del funcionario y de la administración quedan bastante claramente configu-

<sup>61</sup> Pues para eso preguntó antes en Mesa de Entradas y si en la oficina que ahora está le dicen que vaya a Mesa de Entradas a averiguarlo, hace que va y vuelve cinco minutos después a decirle: "Me dijeron que todavía está aquí."

<sup>62</sup> Que si bien teóricamente sólo podría dar fe de *actos jurídicos* pasados en su presencia, lo cierto es que en la práctica a veces también se presta a participar, dando supuesta "fe pública" a *hechos* pasados en su presencia.

radas y en principio probadas.<sup>63</sup> Ello permite también iniciar las vías de denuncias y reclamos, de considerarse que éstas deben ser utilizadas en el caso. También puede hacerse, desde el inicio, un amparo por mora, aunque la administración, así compelida, resolverá negativamente lo peticionado. Otras veces el problema se presenta mucho antes, porque en la mesa de entradas se niegan a darle información,<sup>64</sup> por no ser el interesado directo, o no traer el documento, la partida de nacimiento o lo que la ignorancia del empleado pueda concebir como necesario para atenderlo o darle información. En estos casos hay que recordar los principios de cualquier manual de ventas: "La venta empieza cuando el cliente dice que no" y "No tome «no» como respuesta;" adoptar el criterio de que la gestión administrativa comienza cuando el empleado dice que No al pedido de información que se le formula. La suave, cordial, respetuosa, pero insistente y pesada reiteración del pedido, de los argumentos para que se lo provean; la contestación de todas las argumentaciones que le puedan dar para negárselo; la permanencia física frente al empleado todo el tiempo que se necesita, terminan casi siempre por vencer su resistencia. Él opta por la línea del menor esfuerzo. Generalmente es menor esfuerzo decir que no; se trata entonces de demostrar que le demandará mucho más esfuerzo decirle que no, pues es seguir aguantando su pedido y su argumentación —siempre respetuosa y cordial, pero siempre firme e insistente— y seguir en suma soportando su presencia, que darle la información requerida. Lo mismo es aplicable a los jefes del empleado de que se trate. El problema es quién aguanta más: el empleado diciendo que no, o el particular repitiendo distintas razones para que le informen. Como el empleado tiene otros problemas y el particular en el momento ese solo, su paciencia generalmente le dará resultado. Y si el empleado se enoja, entonces puede a su vez iniciarse el procedimiento de reclamos, recursos y denuncias que mencionamos en otro lugar.<sup>65</sup> Este despliegue de paciencia tiene sentido con la adminis-

<sup>63</sup> Si bien el notario no da fe pública del hecho pasado en su presencia, al menos es un testigo altamente calificado, lo cual es generalmente admitido como prueba suficiente. Conviene tener presente que el método es duro, ya que pone en jaque al funcionario.

<sup>64</sup> Con todo, debe distinguirse la información a proporcionar por la Mesa de Entradas misma, de la información que proporcionarán las oficinas respectivas en que el expediente se tramita. El funcionario de mesa de entradas solamente puede informar acerca del trámite tenido por el expediente: en qué oficinas ha estado y está, con qué fecha entró; más, no puede informar, por la sencilla razón de que no dispone de esa información, al no estar el expediente en su oficina ni tener registrado su contenido. El decreto 229/2000, a nivel normativo, es correcto en su art. 3° inc. a), "Derecho a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional," inc. b), "Derecho a ser asesorado sobre los trámites y requisitos que debe cumplir en sus actuaciones ante la Administración," inc. d), "Derecho a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas." En igual tendencia: España, art. 35 incs. a) y g); nuestro Proyecto de 1964, art. 236 inc. 1°) y arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. d) y j); Brasil, art. 3° incs. I) y II), art. 46; Perú, art. 55 incs. 3°), 4°), 5°) y 8°), art. 118 incs. 2°) y 5°), arts. 155 y 160.

<sup>65</sup> *Infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit.

tración pública. Si se trata de un concesionario o licenciataria, hay que hacer al revés y presentar notas de queja o reclamo ante la autoridad regulatoria independiente, o ente regulador de que se trate y seguir su trámite ahora sí administrativo *stricto sensu*, pidiendo sanciones para el concesionario o licenciataria y asegurándose de que se produzca una decisión respecto a lo peticionado. Cuando corresponda, puede ser de interés reclamar también por el cumplimiento del art. 8° del decreto 229/00.<sup>6</sup>

### III. Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias

#### 7. Diferencias entre los recursos y los reclamos y denuncias: la necesidad de personalizar

En los recursos contra un acto administrativo o en un "reclamo impropio" contra un reglamento administrativo, hay reglas de estilo que luego veremos. En cambio, cuando no tenemos todavía una decisión sino que estamos tratando de lograrla, la cuestión varía. En las peticiones, los reclamos y las denuncias la situación es distinta pues se trata de hechos u omisiones en que ningún órgano administrativo asume bajo su firma y sello la responsabilidad de expresar formalmente la voluntad o el deseo de la administración. En tales situaciones a veces no existe una voluntad del agente manifestada en cuanto órgano del Estado, sino en cuanto mera expresión de veleidad, capricho o arbitrariedad personal; o real y simplemente no existe decisión ni voluntad alguna. Quien quiera que sea el autor de la lesión u omisión, se escuda bajo la impunidad aparente que otorga la impersonalidad del aparato burocrático; es allí necesario quitarle el caparazón protector, suprimirle la despersonalización de que goza o cree gozar, sacarlo a la luz y aislarlo como individuo o persona, para reclamar luego ante un superior jerárquico mediato de su hecho u omisión.<sup>1</sup>

#### 8. Alcances de la personalización

Personalizar no significa hacer manifestaciones hirientes, agraviantes, etc., respecto del funcionario. Eso es siempre inútil o contraproducente. La dignidad y mesura no debe perderse casi nunca, aunque más no sea en aras de la efectividad de las propias acciones. La personalización debe hacerse pues con toda frialdad y tenacidad: con la frialdad y tenacidad del que se ha fijado a sí mismo un objeto limitado y concreto en su dimensión momentánea, pero trascendente en su significado final. No se persigue al funcionario por él mismo; no es por

<sup>6</sup> "Los Entes Reguladores de servicios públicos concesionados o prestados por terceros, podrán acordar con las prestadoras la adhesión de las mismas al Programa."

<sup>1</sup> WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 20: "el agente público, desde el comienzo hasta el final de su carrera, respira una atmósfera de trastienda y, como la modesta violeta, escapa a la luz del día."

venganza del hecho que se ha sufrido, para hacérselo pagar en su persona; es, por lo contrario, para buscar a través del ataque a su persona, la corrección de su hecho u omisión. Logrado el objetivo, puede cesar el ataque a la persona. Por ello mismo, el ataque o impugnación concreta a la persona del funcionario sólo es un medio directo de lograr que ella o su superior corrijan el hecho u omisión dañosa; si no está en manos de uno ni el otro corregir el hecho dañoso, entonces es pérdida de tiempo y desgaste de energía, además de injusticia notoria, hacer ataques personales. Debe también tenerse presente que el ataque o la personalización es un modo de acción al cual debe recurrirse recién cuando los medios "normales" de actuación han demostrado inutilidad; de lo contrario, se puede obtener un resultado contrario al buscado, por haber sido demasiado agresivo en las peticiones. Sólo cuando la paciencia y la sonrisa no han conseguido el resultado esperado o debido; cuando están agotadas las vías de la prudencia y de la respetuosa insistencia, sólo entonces se justifica acudir a medios un poco más imperiosos de comportamiento. Reiteramos, pues, a modo de advertencia formal a los no iniciados en el trámite ante la administración, que no se debe adoptar una posición sistemáticamente agresiva ya que ella es tan inútil y contraproducente como su extremo opuesto, no pedir o reclamar nada.

#### 9. La individualización

Antes de poder personalizar un ataque es necesario individualizar a la persona que nos ha lesionado. Por nombre y apellido, número de legajo o de chapa y cargo que ocupa en la repartición.<sup>1</sup> El individuo lesionado por la conducta de cualquier empleado de la administración, sus concesionarios o licenciataria, tiene el derecho de preguntarle su nombre, apellido y cargo: es lo más que dan los soldados prisioneros en tiempo de guerra,<sup>2</sup> es lo menos que puede dar el agente público —y más un empleado de un prestador monopólico— en un estado democrático. Preguntarle a éste su nombre, apellido y cargo y anotarlos en su presencia, es la primera faz del procedimiento defensivo de naturaleza informal que ahora pasamos a explicar. Si se trata de un agente de tránsito o de policía, no ha de contentarse el habitante con pedirle el número de chapa y anotarlos. Debe pedirle también su nombre y apellido y oficina concreta en la cual se desempeña a fin de una más completa individualización. Si se niega a dar su nombre, apellido y cargo, entonces debe el particular anotar sus señas físicas y el lugar preciso, día y hora concreta en que tiene lugar la negativa del agente a

<sup>1</sup> Este principio lo reconoce claramente el inc. e) del art. 3° del decreto 229/00, que reafirma el "Derecho a identificar a las autoridades y personal que tramitan los procedimientos y a responsabilizarlas cuando legalmente corresponda," el destacado es nuestro; España, art. 35 incs. b) y j), art. 41; Perú, art. 55 incs. 9°) y 12).

<sup>2</sup> Así decía un reglamento militar estadounidense instruyendo a sus soldados que cayeren prisioneros del enemigo: "Name, rank, and serial number" (nombre, rango y número de serie).

individualizarse, a fin de —en el escrito pertinente— efectuar el reclamo<sup>3</sup> y añadir a sus agravios uno más, la negativa del agraviante a individualizarse. Y no ha de permitirse en esto que el empleado se salga con la suya cuando no ha querido identificarse: el escrito debe en tal caso dirigirse a la máxima autoridad de la repartición, señalando el hecho, día, lugar y hora y descripción física de la persona y pidiéndose le exprese su nombre y apellido a fin de iniciar, en su caso, las acciones pertinentes contra dicha persona. No será fácil a los funcionarios de la repartición no hacer lugar al reclamo, si uno persiste en él.

### 10. La desmitificación

En la relación personal del individuo con el funcionario público se da con frecuencia una especie de juego en el cual casi siempre pierde, innecesariamente, el particular. Funcionario e individuo tienen a veces supuestas cartas ocultas que el otro desconoce, pero teme; el clásico “¿Usted sabe quién soy yo?” ya gastado y viejo, es un buen ejemplo de ello; una variante menor, también algo gastada y debilitada pero no del todo inútil, es la de adelantarse en relaciones críticas a identificarse como abogado. Más de un individuo, ante la amenaza directa o indirecta de ser llevado “a la comisaría” por un agente policial, disuelve en el aire esa carta contraponiéndole la de que es abogado, contrastando así supuestas o reales “acciones” o “querellas” con cuyo anuncio logra fácilmente evitar el ser “llevado a la comisaría;”<sup>1</sup> la privación ilegítima de la libertad, p.ej, no es excarcelable: un policía lo sabe y tratará de no encuadrar en este tipo procesal penal. Pero este juego lo emprenden pocos particulares: algunos —ni siquiera todos— abogados, altos y medianos funcionarios, falsos o reales influentes. El resto de los habitantes suele creer que las cartas que el funcionario tiene en su manga son demasiadas como para intentar oponerse “persona a persona.” Sin embargo, el funcionario que tanto poder tiene realmente, lo puede hacer aparecer como mágico solamente en la medida en que se mimetiza con la administración y se identifica con el mito de la administración todopoderosa. Pero ocurre que también él, en su simulación en la lucha por la vida,<sup>2</sup> necesita

<sup>93</sup> Para ello conviene tanto hacer un escrito por expediente, como asimismo pedir el libro de quejas que debiera existir según el inc. e) del art. 5° del decreto 229/00. Si el libro no existe, hay que hacer un amparo por mora para que lo creen.

<sup>101</sup> La cual siempre es una amenaza falsa, con tal que el individuo mantenga la calma y la compostura y le recuerde respetuosamente al agente que de “llevarlo” contra su voluntad cometería delito de privación ilegítima de la libertad. Ver también lo que decimos *infra*, § 11, “El ataque: la mejor defensa.”

<sup>102</sup> Es ésta una clasificación que le faltó a Ingenieros, cuando hablando de los “simuladores por adaptación al medio,” “aquellos cuya aptitud para simular en la lucha por la vida es determinada o acentuada por las influencias del medio sobre el individuo,” habla del “simulador astuto” y del “simulador servil” (INGENIEROS, JOSÉ, *La simulación en la lucha por la vida*, Buenos Aires, 1954, pp. 113-24); agregaríamos aquí al “simulador autoritario:” éste es el empleado y funcionario público por antonomasia, en cuanto el medio en que se desempeña...

“no tener problemas”<sup>3</sup> para medrar en su puesto y ascender. Ésa es su fuerza y su debilidad; es su fuerza, pues por definición vital juega inconscientemente el simular frente al particular tan fuertes cartas “ocultas” que éste no atinará a reclamar de su conducta, su omisión o su negligencia; es su debilidad, ya que el primer hombre que esté dispuesto a jugarle toda la partida inevitablemente se la gana. Es que el administrador medio, sea agente de policía, jefe de mesa de entradas de la repartición, director general, abogado que debe dictaminar o funcionario que debe decidir, es un ser humano como todos los demás, aunque su contraparte lo olvide. Tiene por igual su problema de que el sueldo no le alcanza, aspiraciones materiales que no puede concretar, problemas familiares y de la vida de relación. Seguramente padece de un jefe que no lo valora lo suficiente y un puesto jerárquico que no alcanzó a pesar de creer merecerlo. Y fundamentalmente, es de todos modos una persona acostumbrada a la molición de las altas calificaciones administrativas, en que una suspensión por dos días, o un apercibimiento son sanciones que sólo reciben por lo general los ordenanzas y demás personal de maestranza; en que un 9.70 es una denigrante nota,<sup>4</sup> pero en que una cesantía o “prescindibilidad” alcanza a cualquiera sin completas garantías de sumario y a veces sin él.<sup>5</sup> Es, por ende, la persona que dentro de la administración pública no se siente comprendida ni valorada, se sabe no protegida<sup>6</sup> y a merced de la veleidad y el capricho de sus superiores. Es la persona que frente al particular se identifica desesperadamente con la maquinaria burocrática. Invoca órdenes superiores, reglamentaciones generales, instrucciones precisas o falta de ellas según convenga.<sup>7</sup>

Todo eso es falso; ese individuo está tan sólo protegiendo su puesto y su carrera de la manera que entiende adecuada: no tener problemas. Por lo tanto, nada más grave para ese funcionario que aquello que quiebre su caparazón de anonimato, que lo exponga como “problema” ante sus superiores. Claro está, una sola queja o denuncia personal contra él no lo destruirá ni mucho menos:

<sup>103</sup> “Su obligación es mantenerse a sí mismo y a su personal fuera de la luz.” “El ministro estará constantemente bajo fuego, respondiendo por todas las actividades de su departamento y la primera obligación de sus funcionarios es no crearle más problemas” (WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 20).

<sup>104</sup> No es exageración: en muchas reparticiones se califica con diez en todos los rubros, haciendo las gradaciones alrededor del 9.80, 9.85, 9.90, 9.95, etc.

<sup>106</sup> Los regímenes de “racionalización,” “prescindibilidad,” etc., han servido en la práctica para cometer toda clase de abusos y arbitrariedades, aumentando así la inseguridad del funcionario frente a la administración. La lista de leyes de este tenor y la explicación del tema pertinente, pueden verse en el t. 1, cap. XIII, “Agentes públicos,” § 10, “Estabilidad del empleado público.”

<sup>104</sup> De esto no hay duda alguna; ya BIELSA señalaba que así como el funcionario abusa de los particulares, así también abusa de él la administración. Ni una cosa ni la otra, por cierto, es admisible. Ver también la nota precedente.

<sup>107</sup> Es decir simulando una autoridad plena como mera expresión concreta e individual del

pero él bien sabe que la acumulación de varias lo perjudica irremediabilmente en su carrera. Es el hombre, por ende, sin personalidad propia fuera del contexto de la impersonalidad administrativa en la cual se siente fuerte, frente al particular aislado. Sacarlo de esa despersonalización, exponerlo como individuo frente al ente amorfo del que es parte, es hacerle la más aguda y profunda agresión jurídica.

### 11. *El ataque: la mejor defensa*

Por lo expuesto es que amenazar a un funcionario público con una acción de amparo seguramente provocará su hilaridad o un comentario mordaz: en el mejor de los casos, la acción de amparo va contra toda la administración, no lo toca pues a él. Amenazar con un recurso jerárquico o de apelación, o con la reclamación a sus superiores, provoca la indiferencia y el encogimiento de hombros: "Haga lo que quiera," realmente le es indiferente lo que decida la administración, dentro de la cual sigue en el anonimato. Amenazar con un escrito pidiendo para él sanción disciplinaria de apercibimiento o suspensión<sup>1</sup> es en cambio cosa que comienza seguramente a preocuparlo, sobre todo si más que una amenaza colérica de una persona irascible y descompuesta, es un sonriente, frío y despiadado anuncio de una persona que está dispuesta a tratar de causarle la molestia, aunque más no sea por la molestia misma. Lo cual no es en absoluto torpeza, sino sabio consejo de SÉNECA,<sup>2</sup> que parafraseado aquí ha de leerse; "para que corrijas tu hecho, haré que te castiguen, aunque con ello no solucione yo este problema que ahora me causas." Si logra transmitir al funcionario la certidumbre de que guiará su conducta por esa máxima, posiblemente conseguirá también la corrección del hecho.<sup>3</sup>

Escritos pidiendo sanciones para un funcionario deben guardar al máximo las reglas de prudencia, mesura, etc., que más adelante exponemos; no por temor a represalias sino porque eso es lo que más eficacia les confiere. Deben además presentarse varios grados jerárquicos más arriba del funcionario causante del agravio, a fin de evitar caer dentro de la misma oficina en que la omisión o acción negligente o dañosa ha sido cometida, donde podrá ser encubierta por un jefe inmediato ligado al inferior por lazos de amistad, compañerismo, solidaridad, compasión o comprensión.

<sup>11.1</sup> No conviene exagerar pidiendo cesantía o exoneración, por más grave que sea la falta: es preferible pecar de prudente, para no despertar excesivo recelo de la administración.

<sup>11.2</sup> Dice SÉNECA: "el sabio no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero;" "No castigamos porque se haya pecado, sino para que no se peque. La pena se impone siempre mirando a lo venidero, nunca a lo pasado; no es obra de la ira, sino de la previsión." En igual sentido expresa posteriormente NIETZSCHE: "*Der Weise straft nicht, weil schlecht gehandelt worden ist, sondern damit nicht schlecht gehandelt werde.*"

<sup>11.3</sup> Es el civismo jurídico a que hace referencia, para el amparo judicial, GAMBIER, BELTRAN, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274, nota al caso *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, p. 1 y ss.

La fría denuncia debe dirigirse a un frío funcionario superior,<sup>4</sup> que dará curso al escrito pidiendo información al jefe inmediato de quien motiva la denuncia; esto es el nacimiento de un expediente y un "expediente" es toda una institución administrativa que aunque ande lento, lo guarden en un cajón, o lo desvirtúen, nunca lo destruyen por ser precisamente un mito y un tótem; ese mito existente realmente, es en sí amenaza suficiente para un empleado medio o mediocre y para un jefe similar. Como dijimos antes, una sola denuncia o un solo expediente contra un funcionario no lo afectan excesivamente; pero más de uno ciertamente lo despersonalizan de la impersonalidad administrativa y lo tornan blanco de observación, perjudicándolo en su carrera aunque no desemboquen necesariamente en sanción jurídica concreta y actual: lo importante es que estas consecuencias ya son sanciones morales y sociales, sobre todo sanciones que al funcionario le importan subjetivamente. Por tanto son sanciones efectivas, desde un punto de vista material.

Más conocida, pero no bien usada, es la técnica de las solicitadas periodísticas, o del envío a la prensa de copias de telegramas o escritos de denuncia, con lo cual se logra el mismo objetivo de su publicación, en caso de que la denuncia sea de interés. La publicidad por la prensa, trátase de copia de denuncias o de solicitadas, tiene mayor efecto cuando se trata de señalar un hecho desnudo que por sí solo sea autoexplicativo y contenga el poder de despertar un juicio adverso del lector y de la opinión pública; en cambio, cuando es necesario hacer largas explicaciones o argumentaciones de por qué está mal el hecho denunciado, la solicitada no suele ser tan eficaz. En todos los casos, desde luego, el efecto está en sindicar a una persona determinada y preferiblemente no al ministro y menos al presidente.<sup>5</sup> Si bien la publicidad por la prensa no tiene necesariamente un resultado directo, puede despertar una serie de críticas similares y eventualmente desatar una corriente de opinión que el gobierno no pueda ignorar:<sup>6</sup> es esta posibilidad y este peligro lo que usualmente hace a los funcionarios precaverse contra un crecimiento de quejas o denuncias que sigan este trámite y tratar de apaciguar los ánimos del denunciante, si esto es posible. Por la misma razón, a veces resulta eficaz, si es bien manejada, la simple amenaza concreta de llevar un asunto a los diarios, mediante remisión de copias de telegramas o de solicitadas.

<sup>11.4</sup> Secretario de Estado, Ministro o Jefe de Gabinete; en un ente descentralizado, al presidente o gerente general; al Intendente. En los servicios privatizados, al ente regulador. Después hay que seguir el trámite, escribir a las asociaciones para interesarlas en la cuestión, etc.

<sup>11.5</sup> Pues en ambos casos la denuncia puede parecer política y entonces no despertar el interés de la opinión pública, a veces insensibilizada a este tipo de planteos.

<sup>11.6</sup> En sentido similar WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 86: "Ustedes pueden preguntarse para qué sirve un perro guardián que sea puro ladrido pero no muerda y que no puede hacer nada sino aconsejar y protestar. La respuesta es, creo, que un fuerte ladrido en esta materia puede desatar jaurías enteras de perros guardianes ladrando y que el ruido pueda rápidamente disuadirlos en uno que el gobierno pueda encontrar difícil ignorar."

Finalmente, el arma más temible que desde este punto de vista tiene el particular, pero solamente el que actúa patrocinado por abogado, es la de la querrela criminal por violación de los deberes del funcionario público, falsedad de instrumento público, etc., según corresponda.<sup>7</sup> Es un arma temible no porque vaya a conseguirse la condena del funcionario, sino por las implicancias sociales, administrativas y psicológicas que la querrela tiene para el funcionario: psicológicamente, le destruye su sentimiento de impunidad y le infunde una saludable dosis de temor; sociales, por las implicancias obvias que tiene el tener que acudir a citaciones policiales o de la justicia de instrucción en las cuales se investiga su conducta eventualmente criminosa; administrativas, porque ello le obligará a pedir permiso en su empleo, ya sea explicando u ocultando el motivo real del permiso, lo cual en ambos casos le es causa de una situación personal incómoda.

### 12. Por qué la administración es autoritaria

De lo expuesto se sigue que la administración comete arbitrariedades y hechos dañosos, sólo porque los millones de ciudadanos que se enfrentan con ella no atinan a escindirla en sus partes componentes, que son hombres comunes; y atacarla también por allí; porque sin darse cuenta luchan siempre con el cuerpo entero, cuya propia inercia es siempre aplastante, en lugar de luchar también<sup>1</sup> contra cada uno de sus pequeños órganos. Si uno imaginara a cada habitante lesionado por la inconducta de un funcionario, haciendo respetuosos escritos a sus superiores jerárquicos mediatos, solicitando "se considere la posibilidad de aplicarle al Sr. X, jefe de tal cosa en la Oficina tal, una sanción de apercibimiento o suspensión, según se estime corresponder, por no haber tratado con la debida consideración" al particular; si uno se imaginara a los muchos miles de abogados que tienen clientes vinculados a la administración, querrellando por incumplimiento de los deberes del funcionario público al mismo Sr. X, notificando el hecho de la querrela a la repartición en la cual trabaja, en un igualmente respetuoso y medido escrito y notificando más tarde a la misma repartición el eventual auto de procesamiento "a los fines que estime corresponder," todo el panorama podría cambiar.

Si cada uno de los millones de habitantes se impusiera como obligación defenderse no solamente con recursos y acciones, sino también con la mejor defensa: el ataque; si cada uno de esos millones de personas se ocupara de perse-

<sup>11.7</sup> El delito de abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos tiene una tipificación tan amplia en el Código Penal que cubre la mayor parte de las acciones u omisiones dañosas de los funcionarios: "el [...] que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere" (art. 248).

<sup>11.1</sup> Es decir, sin dejar de utilizar de todos modos las acciones y recursos judiciales procedentes en forma impersonal contra la administración.

guir diligentemente a los funcionarios que cometen arbitrariedades contra ellos, de presentar escritos de denuncias administrativas y judiciales precisos y concretos; de enojarse con rabia ajena, como decía GRACIÁN, persiguiendo despiadadamente al agente público culpable y responsable del hecho dañoso, la imagen podría revertir totalmente.

Por una sola circunstancia de número, el funcionario quedaría simplemente avasallado por la presión administrativa, jurídica y política de varias decenas o centenas de administrados que fríamente lo denuncian, una y otra vez, implacablemente; que lo querellan criminalmente; que lo demandan civilmente por daños y perjuicios.<sup>2</sup> En tal caso, más que una tiranía burocrática habría una tiranía del público: la tiranía de un público que exige que se cumplan los preceptos constitucionales y legales y utiliza los medios legales y administrativos a su alcance para cumplir ese objetivo. Si kafkiana es la visión de una administración que sin explicaciones ni razones, en una conspiración de silencio, se impone por su mera inercia en miles de arbitrariedades al habitante, a través de funcionarios anónimos, igualmente kafkiana es la visión que se puede así conjurar de un público, que sin iras ni protestas vehementes, sin explicaciones ni sobornos, en otra conspiración silenciosa, oprime a cada opresor en su propia persona: en su sueldo, en su puesto, en su repartición y en las superiores, en su carrera administrativa, en su nombre y apellido, en su número de chapa o de legajo. Conjure el público esa visión y obtendrá más rápida y efectiva respuesta a cada uno de sus reclamos. Quien ante la arbitrariedad lo individualiza, lo personaliza, lo desmitifica y lo ataca personalmente por todos los medios administrativos, penales y civiles, tiene —aun de no lograr solución al problema— la seguridad de haber dejado terreno fértil para que en él sí germine la próxima personalización y ataque concreto que otro venga a hacerle, que puede ser nuevamente él mismo. Una vez más en palabras de SENECA "no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero."

## IV. Estilo administrativo

### 13. Estilo administrativo y estilo forense

Toca ahora referirnos al estilo que debe seguirse en la redacción de los recursos administrativos y en general en todos los escritos ante la administración. Con los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos monopólicos el estilo ha de ser tanto más duro como lo es la piel de sus agentes. Hablar de un "estilo administrativo" como diferenciado del "estilo forense" es una exageración: si utilizamos el término es más que nada para destacar que las reglas usuales del estilo no son de aplicación únicamente en la justicia, sino que deben también ser guardadas en el plano administrativo. Por ello, el exponer aquí cuáles son los principios del "estilo administrativo" tiene la única

<sup>12.2</sup> Comp., en sentido similar, WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 86.

finalidad de remarcar que ciertos principios del estilo profesional forense no varían en su aplicación al procedimiento administrativo, a pesar de que algunos recurrentes — muchos en verdad — así parezcan entenderlo implícitamente.

#### 14. "Falta de estilo"

Las consecuencias de la "falta de estilo," con todo, son disímiles en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo: en el primero pueden determinar la improcedencia del escrito; en el segundo no, por el citado precepto del informalismo y sólo en casos graves de falta de seriedad o irrespetuosidad grosera y manifiesta, podría llegar a testarse parte de un recurso por tal causa. Desde luego, el testado no es un mero hecho que pueda realizarse directamente, sino que en el acto por el cual se resuelve el recurso o reclamo deberá ordenarse el testado de las partes pertinentes.<sup>1</sup> Por lo demás, en el procedimiento administrativo no pueden devolverse o rechazarse por Mesa de Entradas los escritos, por falta de estilo o de otros requisitos, sino que la obligación de los funcionarios es recibir los escritos y darles trámite y sólo el funcionario competente para decidir sobre el fondo puede pronunciarse sobre la impropiedad formal del recurso, mandando testar partes de éste, como dijimos, o en caso extremo devolverlo al interesado. Las reglas que exponemos son el resultado de la observación de las prácticas administrativas argentinas, buenas y malas; inevitablemente reflejan también en gran parte el sentir y la actitud de quien las escribe.

#### 15. Objetividad

La primera regla del estilo administrativo es la de la objetividad. Ello, porque la objetividad es la mejor manera de llevar al convencimiento de una persona, que ella debe decidir una cuestión de determinada manera, en virtud de razones lógicas y permanentes, más que emotivas y sentimentales. Los escritos que no siguen este criterio y son por el contrario apasionados, inflamados, declamatorios, pueden a veces ser inefectivos, tanto en el procedimiento administrativo como judicial; o incluso, contraproducentes. En el caso de los concesionarios o licenciarios monopólicos, ni siquiera ello alcanza. Es muy probable que a quien deba decidir lo impresione mucho más una argumentación medida, segura, objetiva, carente de declamaciones y de advocaciones; es posible incluso que un escrito muy declamatorio llegue a fastidiar ligeramente a quien lo considere y lo predisponga, consciente o inconscientemente, en contra del recurrente; la impresión que puede inadvertidamente causar un recurso inflamado y declamado es la de que el administrado emplea tales giros por carecer de argumentos más sólidos que exponer. Por ello entendemos que el empleo de tal estilo no sólo no beneficia al escrito, sino que puede en algunos casos perjudicarlo. De allí que creamos preferible evitarlo y atenerse a la objetividad, como regla general, con la salvedad antes expuesta.

#### 16. Impersonalidad

En estrecha relación con lo anterior es de mencionar la regla de la impersonalidad: no es prudente ni correcto en un recurso hacer alusiones personales hacia el funcionario cuyo acto se impugna. Debe tenerse en cuenta que los funcionarios públicos, como en su caso

<sup>1</sup> PTN, *Dictámenes*, 96: 299, p. 310 vta. El art. 6°, inc. a), del decreto 1759/72 faculta al órgano competente para "testar toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos."

los jueces o cualquier persona, tienen un cierto "espíritu de grupo" o "espíritu profesional" que, por lo general, tiene alguna lógica sensibilidad a los ataques de que es objeto. Por eso, solazarse con los defectos personales que pueda implicar la decisión del funcionario cuyo acto es impugnado, además de ser poco elevado, puede eventualmente despertar disgusto hacia el recurrente, por parte del funcionario que debe decidir el recurso: las causticidades, mordacidades y en general afirmaciones o implicaciones hirientes o agraviantes, tienen siempre el riesgo de hacer sentirse molesto, en el mejor de los casos, al individuo que debe decidir; deben pues ser evitadas. Por lo mismo, no es conveniente centrar el ataque del recurso contra el funcionario que lo dictó, ni en la repartición o entidad de la que el acto proviene (salvo que ello sea estrictamente necesario, p.ej, cuando se impugna un acto por desviación de poder, o cuando se reclama que se sancione a un funcionario; a ello nos referimos anteriormente), sino que es preferible limitarse a atacar el acto de que se trata, señalando aisladamente sus defectos y vicios y prescindiendo de su autor o del ente en el cual fue producido. Tal tipo de argumentación es también, creemos, más efectivo que el anterior.

#### 17. Valentía

También el escrito debe ser valiente: debe denunciar los hechos ilegítimos que afectan al recurrente, debe señalar al funcionario que le solicitó prebendas; debe pedir sanciones para el agente público concreto e individualizado que ha actuado incorrectamente; debe en suma contribuir a la legalidad de la administración, ejerciendo en cuanto miembro del pueblo soberano, su parte de control social, participativo y democrático a las instituciones y los hombres públicos. Mas tales ataques deben ser empleados sólo en la medida de lo necesario; y cuando se lo haga, debe recurrirse a ello como a un remedio fuerte, que debe administrarse con cuidado, para no causar más daño que cura. Debe hacerse una descripción objetiva de los hechos ilegítimos, evitando calificarlos si no es por su misma ilegitimidad y evitando erigirse en censor de la vida pública del Estado; tiene mucha más fuerza y utilidad la medida y serena denuncia o imputación de un administrado ecuánime, que la descomedida denuncia de algún irresponsable crítico que pretenda erigirse en fuente exclusiva de moralidad; que en lugar de sufrir interiormente por los males del país, poco menos que se regocija por ellos, en cuanto le dan oportunidad de obtener un falso brillo al señalarlos, con iracundia, desde su pretendido pedestal. En definitiva, no debe callar el recurrente de las irregularidades que han cometido en su perjuicio los funcionarios públicos, presentes o pasados, inferiores o superiores jerárquicos; debe levantar su voz para señalarlos, asumiendo la plena responsabilidad de sus actos y arrojando las consecuencias que ello le pueda acarrear; y debe estar presto además a reconocer públicamente su error cuando él le sea demostrado. Debe elevar su voz de protesta, su formal reclamo, contra los abusos de los funcionarios públicos; sean aquéllos de hecho o de palabra, expresos o implícitos, debe él señalarle a la administración pública todo lo que ella se haya desviado o abusado; pero debe enseñarle a respetarlo, no por la estridencia de su voz, sino por la firmeza de su carácter y por la serena constancia de sus actos.

#### 18. Prudencia

Por último y sin desmedro de la valentía del escrito, debe él ser prudente: no cabe confundir valentía con arrojío violento; la valentía de un escrito debe residir en un sereno

y quieto decir las cosas que deben ser dichas y no en un arrebatado vilipendiar la acción administrativa que se reputa ilegítima. Desde luego, también corresponde ajustar nuestro dialéctica cuando lo que se ataca son las sistemáticas sobrefacturaciones de alguna licenciataria: pues es imposible ser muy discreto y correcto frente a quien abusando de su posición monopólica y la incapacidad administrativa de controlarlo, sistemática y dolosamente cobra lo que no debe. Es un ilícito penal, público y notorio, que ningún fiscal investiga ni acusa. Para peor, lo sufre y calla, faltando a sus deberes de *vindicta pública*. Esto se relaciona con la primera regla enunciada: la de que el escrito debe ser objetivo y no debe entregarse a excesos de ninguna índole; se diferencia este principio del de la objetividad, en que tiende a indicar que debe prescindirse, no sólo de los grandes estilos declamatorios, sino también de los adjetivos fuertes e innecesarios. Decir del acto de un funcionario que es "un atropello" a los legítimos derechos del recurrente; que constituye "un burdo acto de avasallamiento" de sus derechos; que es "una abierta violación de la ley," etc., son fórmulas y vicios de lenguaje que en nada ayudan al escrito y que por el contrario pueden deslucirlo, haciendo perder fuerza a sus argumentos principales. Es siempre más efectivo demostrar con argumentaciones lógicas y jurídicas que un acto es nulo desde todo punto de vista que se lo analice y que su vicio es insanable, para poder lograr su revocación, que decir que es "un atropello," etc.

## V. Estructura de los escritos

### 19. Exhaustividad

Una primera e importante regla a seguirse en la redacción de escritos administrativos es la de la exhaustividad. Esto no quiere decir extensión de páginas, sino consideración razonada de todos los aspectos del problema que se debate. Aquí es donde más habitualmente fallan los escritos presentados ante la administración: el recurrente se limita a hacer su petición dando algún argumento en favor de ella, pero no hace una exposición orgánica y sistemática de los argumentos que existen en pro y en contra y sus respectivas refutaciones en el último caso. Aparentemente, se parte del escrito simplista de que considerar los argumentos contrarios es reforzar la posición de la administración y debilitar la propia: pero se olvida con ello que la administración tiene más asesores que aquéllos a los que puede comúnmente recurrir un administrado.<sup>1</sup> Es muy ingenuo suponer que si un escrito va a ser dictaminado en más de una asesoría letrada de la administración y eventualmente llegará a las oficinas de asesoramiento más especializadas (en el recurso jerárquico), no habrá ningún asesor a quien se le ocurra cuáles son los argumentos que pueden señalarse en contra de la petición. Si sucede lo que advertimos, es decir, si el recurrente se abstiene de considerar los argumentos contrarios a su petición, resultará entonces que los asesores jurídicos señalarán dichos argumentos sin que exista contradicción por parte del particular hasta más avanzado el procedimiento; con lo cual resultará que su respuesta tendrá el mero carácter de descargo y por ello menos vigor que si él hubiera planteado inicialmente la cuestión y hubiera sentado su criterio en forma expresa y terminante. Por ello es importante que el escrito sea exhaustivo: que considere todos los posibles aspectos de la cuestión, fundamentándolos y rebatiéndolos cuando sea necesario, o incluso admitiendo los argumentos contrarios

<sup>1</sup> Se olvida también lo que decía GRACIÁN: "El que se adelanta a confesar el defecto propio, cierra la boca a los demás" (*El discreto*, "Memorial a la discreción").

cuando son inevitable.<sup>2</sup> Un escrito que presente un estudio objetivo de la cuestión, admitiendo lo evidente y en cambio refutando expresa y fundadamente lo que puede ser discutible, puede tener más chance de éxito que un escrito evidente y excesivamente parala, que niega todo por posición tomada. En esto hay también una cierta diferencia con la práctica forense, de acuerdo con la cual el accionante o demandado "niega todo lo que no reconozca expresamente" y a veces se "reserva" los argumentos de más peso, o la fundamentación de estos, para el memorial o la expresión de agravios, en lugar de exponerlos en la misma demanda o contestación. En el procedimiento administrativo, repetimos, no es conveniente "reservarse" argumentos, ni exponerlos deficientemente en las primeras etapas del trámite. Muchas veces un buen escrito, completo y razonado, detiene en su origen un procedimiento sancionador; mientras que los malos escritos iniciales, por el contrario, renuevan la fuerza del procedimiento y apuran inconscientemente su desenlace negativo. Una vez que un expediente se ha orientado en un sentido determinado es mucho más difícil torcer su curso y convencer a la administración del error de su actuación; es en cambio más fácil orientar correctamente el expediente si desde las primeras instancias se tiene cuidado de hacer claros y completos planteos de la cuestión debatida.

### 20. Concisión o resumen

Dijimos, con todo, que exhaustividad no quiere decir extensión en páginas; por ello agregamos ahora que el escrito debe ser en lo posible conciso. Si es necesario referirse a muchos problemas, debe hacérselo: pero sin frases inútiles, ni comentarios innecesarios; el planteo debe ser conciso y concreto, debe ir directamente al nudo de la cuestión y resolverlo. Y es conveniente que tenga caps. y párrafos titulados y numerados, más un índice de páginas que facilite la lectura de sus partes principales. En todo caso, el objeto y petitorio necesitan de la máxima atención.

### 21. Graduación de los argumentos

Cuando existen varias razones por las cuales un acto puede llegar a ser considerado ilegítimo, es necesario analizar la importancia y preponderancia que ellas tengan entre sí, para exponer primero y con mayor detalle las más importantes y en segundo lugar y más someramente, las que sean secundarias. En lo que hace a los vicios del acto administrativo, que se agrupan alrededor de sus cuatro elementos —competencia, voluntad, objeto y forma—, hay una clara graduación entre ellos.

#### 21.1. Exposición de los vicios en el objeto

En primer lugar deben considerarse los vicios del objeto: a) apartamiento de las facultades regladas de la administración, cuando el objeto es diverso del requerido por la ley,

<sup>2</sup> Nos referimos a los aspectos fácticos de la decisión. En cuanto a los argumentos jurídicos, hay diferencia con lo que resulta aconsejable en el proceso judicial. En este último, recomienda MORELLO no "agotar" los argumentos, a fin de no poner al tribunal en la siempre incomoda posición de aceptar expresamente alguno de los argumentos de la parte. Siempre es mejor ser exhaustivo en los hechos y escueto en el derecho, dejando al tribunal, si uno ha logrado convencerlo de la razonabilidad, justicia y eficacia de la solución propuesta, cuál de los infinitos argumentos de su *propia* jurisprudencia; por nadie conocida mejor que por él mismo, elegir para presentar al mundo exterior su resolución. Ver nuestras glosas a NIETO, ALEJANDRO, *Los límites del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

o se dicta ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley; b) irrazonabilidad (contradicción, desproporcionalidad, absurdidad); c) imposibilidad de hecho; d) inmoralidad, corrupción, etc.

#### 21.2. Los vicios en la competencia

En segundo lugar deben exponerse los vicios de la competencia: a) en razón del grado; b) en razón de la materia (incompetencia legislativa, judicial, administrativa); c) en razón del territorio; d) en razón del tiempo.

#### 21.3. Los vicios objetivos de la voluntad

En tercer lugar cabe señalar parte de los vicios de la voluntad administrativa, los vicios de tipo objetivo: a) vicios en el origen de la voluntad (usurpador, funcionario de hecho); b) vicios previos a la emisión del acto (omisión de licitación pública, de concurso, de dictamen o trámite sustancial; violación de la garantía de la defensa); c) vicios en la emisión del acto (órganos colegiados que actuaron sin quórum o sesión, actos complejos con una de las voluntades viciadas o ausentes; actos sin autorización, etc.).

#### 21.4. Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma

Por último, en un mismo plano, son de mencionar los vicios de tipo subjetivo de la voluntad administrativa y los vicios de forma. Entre los primeros están: a) desviación de poder; b) arbitrariedad; c) error; d) dolo; e) violencia; f) simulación. Entre los segundos se cuentan: a) falta de documentación, o constatación inadecuada de la voluntad; b) falta de publicidad del acto (publicación o notificación según el caso), o publicidad insuficiente.

#### 21.5. Conclusión

Cuando se trata pues de impugnar un acto administrativo por más de un argumento, es necesario exponer los distintos fundamentos e impugnaciones en el orden de su importancia y darles una exposición acorde con ella. Así p. ej. si un funcionario enemigo nuestro dicta, por venganza hacia nosotros, un acto respecto del cual carece de competencia y que además no corresponde a la situación de hecho para la cual la ley lo reglamentó, será muy mala técnica procesal dedicarnos en primer lugar y con la máxima atención a demostrar la desviación de poder y dejar para el final la observación de que el acto está viciado de violación de la ley en el objeto y de incompetencia. En tal caso el correcto recurso debe: a) en primer lugar demostrar acabadamente que el acto es en su objeto antijurídico; b) en segundo lugar que el funcionario actuó sin competencia; c) en tercer lugar, por último, que el funcionario actuó con desviación de poder.

## CAPÍTULO XI

### EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA

#### SUMARIO

1. El principio constitucional .....	1
1.1. Inserción constitucional de la audiencia pública .....	1
1.2. La doble naturaleza "pública" de la audiencia pública .....	7
1.3. Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública. <i>Town Meetings</i> ..	8
1.4. Carácter prescriptivo .....	9
2. Principios generales .....	10
2.1. Enunciación .....	10
2.2. Oralidad, informalismo, contradicción y participación .....	10
2.3. Instrucción .....	11
2.4. Carácter contingente de la gratuidad .....	11
2.5. La cuestión de la publicidad .....	12
3. Desarrollo del procedimiento .....	13
3.1. La preaudiencia .....	13
3.2. Reglas sobre la prueba. Registro .....	13
3.3. Publicidad de la sesión del ente .....	14
4. Partes .....	15
5. Mediación o intermediación .....	15
6. Instrucción .....	17
7. Forma y sustancia .....	18