

LA INVERSIÓN DE LA CARGA ARGUMENTATIVA

PABLO Á. GUTIÉRREZ COLANTUONO

I. INTRODUCCIÓN

El tema del control, y especialmente del control judicial de la actividad administrativa, se presenta siempre como un tema de interés mayor. La Administración pública, en base a normas infraconstitucionales que en principio le dan sostén legal, despliega sus potestades sabiendo que cuenta con determinadas ficciones legales que le permiten –en determinadas ocasiones– atemperar el control o bien dilatarlo en el tiempo. Las presunciones de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad son parte de ese llamado legal¹ que resiente el efectivo control –en punto a su integralidad y oportunidad en que se permite– de los actos administrativos.

El control, a veces, también puede verse debilitado bajo la excusa de que tal acto administrativo ha sido emitido en base al núcleo duro de la actividad administrativa: la discrecionalidad. No por nada la discrecionalidad administrativa ha deparado desde siempre tantas miradas tanto en nuestro derecho como en el foráneo, con el fin de limitarla a su justa expresión y significación; con ello se tienden a minimizar los efectos que sobre el control puede llegar a generar.

Discrecionalidad administrativa², presunciones de los actos administrativos, entre otros institutos del derecho administrativo, pueden determinar en un proceso un tratamiento diferencial de una de las partes sobre la contraria, contrariando, así, el principio de igualdad de partes que informa a todo sistema procesal y debilitando, ulteriormente, el debido control judicial de los actos administrativos. Veremos a continuación los alcances de esta afirmación.

¹ Ver por todas la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Artículo 12, y el comentario que efectúan Julio Rodolfo Comadira y Laura Monti –colaboradora– en *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2002. Cabe recordar lo sostenido por la CIDH en el caso “Baena, Ricardo y otros” –28 de noviembre de 2003–: “La discrecionalidad del poder público, en cualquier materia, tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos y la garantía del debido proceso”.

II. ¿LA REGLA?

No es ésta la oportunidad de ingresar en los alcances de aquello que se denomina discrecionalidad; tampoco de indagar sobre los significados de las presunciones de los actos administrativos—por cierto, tales temas han sido tratados suficientemente por la más diversa y calificada doctrina—. En cambio, ajustándonos a la temática general de las Jornadas, intentaremos dejar al menos planteado el supuesto en que tales ficciones legales retroceden o se minimizan en sus efectos. Y, así, intentaremos ver un proceso judicial en el cual las partes se encuentren *a priori* sin desventaja alguna o, al menos, lo más cercanas posible a tal idea. Veamos.

Como es sabido, por ley los actos administrativos se reputan dictados en base a nuestro ordenamiento jurídico; *se los presume legales*, pero no se afirma de ellos que *son legales*. Ésta no es una diferencia menor, ni de mera expresión semántica.

El legislador ha estimado que toda la actuación administrativa³ se desarrolla normalmente—salvo excepciones que legalmente también tasa⁴—bajo tal presunción. De forma tal que *todos los actos administrativos* gozan de la mentada presunción, provocando en la práctica que el ciudadano deba tramitar las impugnaciones administrativas y judiciales intentando una y otra vez destruir los efectos de presumir esa legalidad del obrar administrativo.

Se presume legal, mas no se afirma por el ordenamiento jurídico que tal acto es legal; pese a ello, desde la perspectiva del ciudadano se imponen los efectos de aquel acto como si fuese legal.

Es que el ciudadano, al tiempo de activar el control judicial, lo hace a sabiendas de que debe alegar y probar contra los efectos de aquella ficción que le permite a la Administración arribar a los estrados judiciales bajo la “ventaja” de que su acto es—se presupone—legítimo y, por ello, ha sido ejecutado—consumado—. Aquí la distinción entre *presuponerse*—legal—y *ser*—legal—no parece existir; el acto ha sido ejecutado con independencia de su discusión sobre la legalidad, justamente por la ficción que la presunción legal incorpora dentro de nuestro sistema.

En base a ello, la Administración *arriba a juicio* con una situación *diferencial* frente al ciudadano: ella viene *portando la legalidad y ejecución del acto por mera presunción y habilitación legal*. Y opone tal fuerza en el proceso, fuerza que proviene de esa creación legal y que es hecha valer ante un proceso en el cual deben regir, entre otros principios, el de igualdad de partes o trato equitativo. Los efectos de tal presunción al proyectarse en el proceso *rompen* con esa igualdad procesal que integra la noción de debido proceso.

³ Habría que preguntarse si ello se aplica a la misma función pero desplegada por privados.

⁴ Ver por todos el caso de Neuquén, Ley N° 1.281, Artículo 71. Aquí el legislador expresamente ha excluido de tal presunción a los actos que califica de inexistentes, enunciando cuáles serían éstos.

La ventaja legal con la que cuenta la Administración parece aún más nítida en procesos denominados cautelares. Allí el ciudadano, a la vez que debe alegar su derecho sobre la procedencia de su pretensión cautelar, tiene que realizar un esfuerzo mayor que en otros procesos cautelares: debe destruir la presunción de legalidad del acto administrativo, y desde allí iniciar luego la argumentación referente a la verosimilitud de su propio derecho sostén de su pretensión.

Estas realidades procesales se generan, en parte, porque la presunción de legalidad proyecta sus efectos fuera de la esfera administrativa y dentro del proceso judicial, obligando al ciudadano a argumentar fuertemente contra una ficción legal. La causa en origen de que dicha presunción permitiría evitar la paralización de la actividad estatal en caso de no partirse de tal ficción ha desbordado los cauces administrativos, proyectándose en el proceso judicial, donde la Administración aun antes de tener participación activa en el proceso le carga al ciudadano la responsabilidad de desvirtuar los efectos de tal presunción.

III. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS

Creemos que en el sistema constitucional argentino, el principio de igualdad de partes –trato equitativo– ha sido fuertemente respaldado y amplificado en la reforma constitucional de 1994. La incidencia de los tratados de derechos humanos es indudable en este punto, incorporando a nivel constitucional no sólo las previsiones normativas sobre el punto, sino los principios propios de tales sistemas y las pautas hermenéuticas que se establecen en los órganos que los aplican⁵.

Ello nos permite formular un interrogante: ¿es viable seguir sosteniendo los efectos de la presunción de legalidad más allá de la esfera de actuación de la Administración? O en otros términos: ¿los efectos de la presunción dentro del proceso judicial violentan el principio de igualdad de armas –también denominado de partes, o principio a un proceso equitativo⁶–?

Recordemos que el principio de igualdad de partes se integra en la noción de debido proceso adjetivo: éste, compuesto tradicionalmente por los derechos a ser oído, ofrecer y producir prueba y obtener una decisión fundada, se ve enriquecido por la incorporación de diferentes reglas de indudable valor práctico que, en su conjunto, integran el concepto de proceso equitativo perfilado principalmente en Europa y tomado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la concreción de ciertos aspectos del Artículo 8° de su Convención.

⁵ Ver el desarrollo argumental del tema propuesto en nuestro trabajo Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. (Juan Bautista Justo, colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

⁶ También podría preguntarse incluso si tal presunción regulada legalmente posee o no anclaje suficiente en el escenario constitucional argentino.

El principio de igualdad de armas requiere –igualdad de partes, trato equitativo– que se brinde a cada parte una oportunidad razonable de exponer su posición en condiciones que no la ubiquen en una *sustancial desventaja frente a su oponente*⁷, demandando la existencia de un *adecuado equilibrio* entre las partes⁸. Ello implica el deber de conceder a cada contendiente la oportunidad no sólo de tomar conocimiento, sino también de pronunciarse o formular alegaciones respecto de las postulaciones efectuadas o de la prueba invocada por la contraria⁹.

Estos nuevos horizontes nos plantean la posibilidad de abrir interrogantes como el aquí formulado¹⁰, el cual, junto a los fundamentos para su formulación y respuesta posibles, pueden válidamente constituir líneas de investigación nuevas en el campo del derecho administrativo¹¹.

IV. ¿NUEVOS PRINCIPIOS?

En la línea del interrogante formulado, bien podríamos, por ejemplo, cuestionarnos acerca de cuál es la incidencia en el proceso de una de las principales reglas hermenéuticas de todo el sistema de derechos: el principio *pro homine* y su vinculación con las presunciones de los actos administrativos que restringen derechos.

⁷ SSTEDH, “*Dombo Beheer B.V. v. Países Bajos*”, 27 de octubre de 1993, párrafo 33; “*Beer v. Austria*”, 6 de febrero de 2001, párrafo 17; “*Moser v. Austria*”, 21 de septiembre de 2006, párrafo 86; “*Grozdanovski v. Ex República Yugoslava de Macedonia*”, 31 de mayo de 2007, párrafo 36; “*Nikoghosyan y Melkonyan v. Armenia*”, 6 de diciembre de 2007, párrafo 37; “*Nideröst-Huber v. Suiza*”, 18 de febrero de 1997, párrafo 23.

⁸ En el precedente “*Ankerl*” se puntualizó que ese equilibrio es exigible en todo tipo de procesos, aplicándose también en aquellos supuestos de contraposición entre intereses privados, y requiriendo que se brinde a la parte la posibilidad de plantear tanto su postura como su prueba en condiciones que no impliquen una sustancial desventaja con la contraria (STEDH, “*Ankerl v. Suiza*”, 23 de octubre de 1996, párrafo 38).

⁹ “*Ruiz Mateos v. España*”, 24 de junio de 1993, párrafo 63; “*Barberà, Messegué y Jabardo v. España*”, 6 de diciembre de 1988, párrafo 68. Este abordaje es de gran importancia, pues impide a la autoridad encargada de la sustanciación del trámite, acotar el marco de discusión o prueba del mismo sobre la base de elementos de índole formal que denoten la adopción de una postura previa a la resolución final.

¹⁰ Detectar interrogantes no siempre es tarea sencilla: en tal línea se encuentra el artículo –cuya lectura sugerimos– publicado por María Laura Clérico: “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?”, *LL*, Suplemento Constitucional, 1-7-2009.

¹¹ Parte de nuestra doctrina viene trabajando hace tiempo ya en la formulación de nuevos conceptos. Ver por todos, entre otros: Balbin, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I y II, Buenos Aires, La Ley, 2007; Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999; “Impacto de los tratados internacionales en el derecho administrativo” *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 309:113; Salomoni, Jorge L., “La ejecutoriedad del acto administrativo”, en AA VV, *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002; Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, T. I y II, Buenos Aires, Depalma, 1993.

Según lo ha explicado nuestra Corte Federal, aquél consiste en un principio hermenéutico que impone al operador jurídico nada menos que “privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”¹².

A ello uniremos la regla sentada por la Corte en un resonante caso vinculado a la libertad de prensa: “El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique”¹³.

Ambas interpretaciones efectuadas por la Corte Federal nos conducen a preguntarnos cuál ha de ser la significación correcta de la presunción de legalidad de los actos administrativos que respondan a tal caracterización. ¿Puede sostenerse que son portadores de presunción alguna? ¿Puede válidamente argumentarse que el acto por el cual se afectan gravemente derechos especialmente protegidos debe ejecutarse aunque se presupone legal?

Quizás allí encontremos el fundamento no sólo para inaplicar las presunciones típicas de los actos administrativos, sino también para ir más allá aún, y sostener –siguiendo a la Corte Federal– que en determinados supuestos opera el desplazamiento hacia el Estado de la carga argumentativa y probatoria sobre la validez de una determinada restricción a un derecho dispuesta por un acto administrativo¹⁴.

V. LA INAPLICABILIDAD DE LA FICCIÓN A DETERMINADOS SUPUESTOS

Aparecen, así, en el escenario del derecho administrativo, actos administrativos que por imperio de su propio contenido marcan al menos la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad.

Una de las consecuencias principales de tal razonamiento será sostener que la Administración es quien debe alegar, argumentar y probar sobre la legalidad de

CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción Artículo 14, 1° párrafo Ley N° 23.737” –Causa 28/05C–, A. 2186. XLI; REX; 23 de abril de 2008, Considerando 6°.

CSJN, “Editorial Río Negro”, 2007, *Fallos*: 330:3908, Considerando 11.

Esta idea se resume en las palabras de Mill tomadas por la Corte: “La carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción a priori es en favor de la libertad y de la imparcialidad” CSJN, “Hooft”, 2004, *Fallos*: 327:5118, Considerando 3°, con cita de Mill, John Stuart, *The Subjection of Women*, Wordsworth Classics of World Literature, 1996, p. 118). El Principio 2° de Siracusa –Parte I, establece: “La carga de justificar una limitación a un derecho garantizado por el pacto incumbe al Estado” (ONU, Consejo Económico Social, Comisión de Derechos Humanos, Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

la restricción al derecho instrumentada por conducto de un acto administrativo¹⁵. De esta forma, se desplaza hacia la Administración pública la carga argumentativa en la materia.

El supuesto de los actos administrativos sospechados de inconstitucionalidad por razones de discriminación se suma al listado de posibles categorías de actos que se *escapan* a la típica presunción de legitimidad de los actos administrativos. Ello resulta de trasladar la categoría de *leyes portadoras de inconstitucionalidad* establecida por nuestra Corte Suprema a los actos administrativos y que genera la obligación en cabeza de quien lo generó de *levantar tal presunción*¹⁶.

No son los únicos supuestos; seguramente habrá muchos más y éstos quizás puedan o no ser unificados a través de una nueva categoría que nos permita revisar, confirmar, rectificar o eliminar determinadas ficciones que en principio parten de una base normativa legal, pero cuyo enclave constitucional quizás se presenta por estos tiempos como dudoso.

VI. RECAPITULANDO

El acto administrativo¹⁷, en tanto expresión de una decisión tendiente a la ejecución de los cometidos prácticos, continuos y permanentes del Estado, ostenta una serie de rasgos que conforman un régimen jurídico particular. Tal régimen en apariencia se caracteriza por la posición de sujeción en que se ubica al ciudadano respecto de dicha declaración estatal, y aquél debe cumplirla obligatoriamente o, en su caso, verse sometido a la ejecución dispuesta y efectivizada por la propia Administración, condiciones que se mantienen hasta tanto la propia autoridad administrativa o —en su caso— la judicial prive de efectos al acto.

De esa manera, el acto administrativo parece caracterizarse por producir una innovación en la esfera subjetiva del ciudadano que puede discurrir en la imposición de una variada gama de restricciones a sus derechos fundamentales, mediante la creación de obligaciones de dar, hacer o no hacer que vienen desde su propia esencia a limitar la premisa de autonomía de la persona.

¹⁵ El elemento motivación del acto administrativo adquiere aún mayor trascendencia. Ella se transforma en una condición elemental para la real vigencia del principio de juridicidad de la actuación de los órganos administrativos. La mención expresa de las razones y antecedentes —fácticos y jurídicos— determinantes de la emisión del acto se encamina a asegurar que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las razones y fundamentos que indujeron a la Administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa.

¹⁶ Conforme criterio CSJN, "Guttschau", 8-8-2006, entre otros.

¹⁷ Cfr. Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. (Juan Baulista Justo, colaborador), *op. cit.*

Pues bien, la construcción de la noción del acto administrativo como acto de autoridad estatal en virtud del cual la Administración impone cargas o restringe derechos de los particulares determina que rijan plenamente para la formación de tales acciones la sumatoria de garantías que por conducto del Artículo 75, inc. 22, se ha concedido a cualquier actuación estatal que conlleve a la determinación de los derechos y obligaciones de las personas por imperio del Artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

Es la magnitud del poder contenido en la noción de acto administrativo lo que necesariamente atrae la protección de un elenco normativo novedoso y, con ello, una revisión de las categorías propias de la teoría general del acto administrativo. El acto administrativo ha sido concebido como un acto de autoridad y por ello se trata de encuadrar la actuación de esa autoridad a las limitaciones específicas contenidas en el ordenamiento constitucional de 1994.

Todo ello es consecuencia de aceptar e internalizar la juridicidad como principio rector de la actividad administrativa, llevándonos a revisar la permeabilidad de la administración pública —como sujeto obligado en el marco de los Artículos 1° y 2° del Pacto de San José— a un nuevo sistema de derechos bajo un diseño institucional acorde al mismo.