

LA PRUEBA CONFESIONAL EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SANTAFESINO

Mauro Raúl Bonato y Agustín Roberto Moscariello¹

Publicado en Zeus Tomo 124, pág. 5

Sumario: 1. Introducción. 2. La prueba confesional. 3. La prueba en el contencioso administrativo santafesino. 3.1. La confesional en el contencioso administrativo. 3.1.1. La confesional de en las reparticiones estatales. 3.1.2. La confesional del administrado. 3.1.2.1 el empleado público sancionado. 3.1.2.2. Los demás supuestos. 4. Colofón.

1.- Introducción

El presente estudio tendrá por objeto ensayar algunas consideraciones sobre la prueba confesional en el proceso contencioso administrativo de la provincia de Santa Fe, tanto de la Administración como de los particulares, y dentro de estos últimos se abordará el caso de los agentes públicos que arriban a la vía judicial cuestionando las sanciones disciplinarias que le han sido impuestas, como supuesto distinto al de los particulares “generales” o “comunes”.

2.- La prueba confesional

La doctrina procesalista ha definido a la prueba confesional como “la declaración que hace una parte de la verdad de los hechos afirmados por la contraria y que perjudica al que confiesa”². El código procesal civil y comercial de nuestra provincia considera que la confesión judicial provocada hace “plena prueba” (art. 166 CPCC), lo que ha llevado a la doctrina a decir que se trata de una “superprueba”³.

En general, se coincide en que la confesional, para tener valor, debe ser prestada voluntariamente y sin coacción. Más aun, debe conocer el declarante las consecuencias de esa declaración, y observar en sus dichos un *animus confidenti*, que consiste esencialmente en que sepa que esa declaración puede ser utilizada en su contra y, más grave todavía, que puede acarrearle perjuicios concretos⁴.

3.- La prueba en el contencioso administrativo santafesino

El legislador provincial, como es sabido, optó por una regulación algo laxa del proceso contencioso administrativo. Sin alcanzar quizás la categoría de código, dictó una ley -11.330- que dispone las pautas básicas acerca del modo en que la Provincia, las Comunas y los Municipios son llevados a juicio, cuando se cuestiona la legitimidad de sus actos administrativos, mas dejando a salvo en su primer artículo que, supletoriamente, y en cuanto fueran aplicables en la materia, el recurso contencioso administrativo se rige por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia.

En líneas generales, la norma se encarga de precisar el término por el cual se abre la causa, el plazo para ofrecerla, la facultad del Tribunal para ordenar medidas para mejor proveer y el alegato sobre su mérito.

Nada dice, sin embargo, sobre los medios de prueba.

Por ello, ante esa ausencia de normativa expresa, renace aquél principio de remisión supletoria dispuesto por el artículo 1, que nos conduce al Código de rito en materia civil y comercial⁵.

¹ Docentes universitarios de la UCA Sede Rosario.

² CHIOVENDA, Giuseppe, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, pág. 166/7, Buenos Aires, Valetta Ediciones, 2005, traducción de E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco.

³ PEYRANO, Jorge W., “Lecciones de Procedimiento Civil” (Coordinadora: Ana C. Gianfrancisco), pág. 141, Rosario, Editorial Zeus, 2002.

⁴ De igual modo, ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal. Tercera Parte”, pág. 61, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, donde el autor nos recuerda que la confesión, históricamente, se ha vinculado con el sacramento religioso y consiste en la declaración de los pecados cometidos que hace el penitente a su confesor, libremente y sin coacción alguna.

⁵ Más allá de la remisión, somos de la opinión que el principio es el de la libertad probatoria con el tope del debido respecto a las garantías constitucionales. Como ha dicho un Tribunal, en criterio que se comparte, “Más allá de las inevitables diferencias y sin perjuicio de los respectivos matices...y situaciones probatorias particulares, creo que hay un punto común sobre la prueba en el proceso penal...el procedimiento administrativo...y, en fin, en el proceso local..., que a su vez en este aspecto es claramente deudor del Código Procesal Civil y Comercial Nacional. Dicho punto es la libertad probatoria, con al menos un límite fundamental: la prohibición de lesionar derechos constitucionales. Es decir, la búsqueda de la verdad real de los hechos acaecidos, al margen de cuestiones formales propias de cada procedimiento y proceso, se encuentra limitada por el respeto de los derechos que la Constitución establece, entre ellos, la intimidad, la

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe regula específicamente, entonces, la prueba de la prueba confesional.

3.1.- La confesional en el contencioso administrativo santafesino

Ante todo, y a modo introductorio, puede resultar de interés una somera mirada sobre cómo está regulada la prueba confesional en nuestro país, cuando de proceso contencioso administrativo se trata.

En general, puede afirmarse que en este punto el derecho argentino se encuentra dividido.

Entre las provincias que no aceptan la prueba confesional en el proceso contencioso administrativo, más específicamente la absolución de posiciones de los representantes de entes estatales, se encuentran Catamarca, Mendoza⁶, Misiones⁷, Santa Cruz⁸, Tierra del Fuego,⁹ Tucumán¹⁰, Entre Ríos¹¹, Formosa¹² y Neuquén¹³.

Por su parte, entre quienes la incluyen, están Corrientes¹⁴, Córdoba¹⁵ y La Rioja¹⁶.

Otros ordenamientos, el de Buenos Aires¹⁷, aluden a la posibilidad de contestar preguntas por escrito y mediante oficio, mientras que otros, como Chaco¹⁸ y Santiago del Estero¹⁹, diferencian según se trate de una confesión que solamente obligue al funcionario por sí sólo en cuanto a hechos que comprometan su responsabilidad personal -permitida- de aquella confesión que pretenda obligar al ente -prohibida-.

Finalmente, en el orden nacional a falta de una regulación expresa se remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A éste último criterio adhiere, pues, precisamente, la Provincia de Santa Fe²⁰.

En efecto, la Ley 11.330, que regula el Proceso Contencioso Administrativo santafesino, no contiene una regulación especial referida a esta prueba, por lo cual, como el propio artículo 1° lo indica, en principio, sería una materia que “supletoriamente, se rige por las normas del Código Procesal Civil y Comercial...”. Ordenamiento que, en lo que aquí interesa regula en once artículos lo relativo al medio probatorio que nos ocupa²¹.

Cómo compatibilizar las disposiciones del proceso contencioso administrativo con las específicas normas sobre prueba confesional que contiene la norma de procedimiento es el interrogante que nos hace dudar sobre la vida útil de la prueba confesional en el contencioso local.

3.1.1.- La confesional en las reparticiones estatales

La Administración -según se sabe- es parte en el juicio contencioso administrativo.

En su rol de parte, el Estado -comunal, municipal o provincial para el caso- goza de las garantías que el proceso le brinda por su calidad de tal, llevando a la par las mismas obligaciones y cargas procesales que su contraria.

Si bien se ha aceptado la existencia de privilegios para el Estado por su condición de tal, aún en el juicio contencioso administrativo, el principio general es que -a diferencia del procedimiento administrativo donde el fin es otro- reina la igualdad de las partes en el proceso.

Así, siendo que el actor ciudadano común y plenamente capaz, tiene la obligación de presentarse a absolver posiciones con los apercibimientos que su negativa conlleva, parecería -en una primera y superficial mirada- que el mismo e idéntico parámetro debería regir para la Administración.

Ahora bien, el ciudadano al absolver posiciones se obliga a sí mismo, se confiesa, y si decide no hacerlo conoce los perjuicios que de ello se pueden derivar, todas consecuencias que en definitiva

inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la integridad física, la libertad ambulatoria, etc. De otra forma: la búsqueda de la verdad real no es un valor absoluto del proceso” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Plácido, Rita C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, del 11.06.04.

⁶ Ley N° 3918, art. 54.

⁷ Ley N° 3064, art. 74.

⁸ Ley N° 2600, art. 75.

⁹ Ley N° 133, art. 49.

¹⁰ Ley N° 6205, art. 50.

¹¹ Ley N° 7061, art. 63.

¹² Decreto/Ley N° 584/78, art. 63.

¹³ Ley N° 1305, art. 57.

¹⁴ Ley N° 4106, art. 79.

¹⁵ Ley N° 7182, art. 42.

¹⁶ Ley N° 4243, art. 60.

¹⁷ Ley 12008, art. 45.

¹⁸ Ley N° 848, art. 51.

¹⁹ Ley N° 2297, art. 49.

²⁰ De todos modos, huelga aclarar que en el viejo código de lo Contencioso Administrativo (ley 4.106), que luego fuera derogado por el art. 38 de la ley 11.330, establecía el criterio contrario. Vale decir, prohibía en su artículo 50 a los pedidos de absolución de posiciones de los funcionarios de la Administración pública a los efectos de obligar a ésta mediante dicho acto.

²¹ Libro Segundo, Título Primero, Sección V, artículos 157/168.

redundan de modo directo sobre su propio ser, sobre su privativo y exclusivo ámbito de incumbencia. Con el Estado, en cambio, surge el problema de quién puede absolver, cual es la persona que puede confesar y obligar al todo, quién -si es que existe ese alguien- puede obligar a la persona jurídica de derecho público Estado y, en su caso, de qué modo.

Todo este intrínquilis motivó que parte de la doctrina negara de plano la posibilidad de que la Administración confiese.

En ese sentido, ya destacaba Bielsa que “La administración pública sólo se obliga por actos casi siempre complejos, de Derecho Público, verbigracia, en un régimen de autorización según causa determinada, y mediante formas determinadas. Este gran principio, en el que descansa todo el régimen de validez de los actos administrativos, no podría ser destruido por la regla procesal ordinaria de la probatio probatissima, que es dominante en el régimen jurídico y legal de la confesión en el juicio civil”²².

Hutchinson, por su parte, afirma que “Si existiera la facultad de imponer un interrogatorio a los agentes de la Administración para comprometer el interés público y el patrimonio del Estado con su sola declaración, se destruiría la base institucional de la competencia de los órganos administrativos y el valor y la eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos”.

González Pérez va más allá cuando observa que, en realidad, no es un inconveniente vinculado al tipo de proceso, sino al tipo de prueba de que se trata, pues aun en el campo civil, en muchas legislaciones hispanoamericanas rige la idea de que no se pedirán posiciones al representante de las administraciones públicas, previéndose en su lugar que se propongan por escrito las preguntas que se quieran hacer, las que serán contestadas por vía de informe²³. Iguales apreciaciones ha efectuado la doctrina santafesina²⁴. Así, el profesor Hernán Martínez sostiene que nada obsta que se pongan posiciones al representante legal de la Administración (Gobernador, Intendente) en la medida que respeten los principios básicos de dicha prueba, vale decir, que se refiera a hechos concretos y atribuibles al absolvente²⁵.

Por otro lado, parte de la doctrina piensa que no corresponde tampoco citar a los agentes públicos involucrados para absolver posiciones, debiendo ser llamados, en cambio, como testigos al pleito²⁶.

Se entiende, en consecuencia, que al absolver posiciones el representante del ente estaría trastocando todo el sistema de estructura del acto administrativo y del modo por el cual la Administración -al dictar actos administrativos en forma- se obliga a sí misma.

Siendo ello así, para los jefes de la Administración -Presidente de la Nación, Gobernador de Provincia, Intendente Municipal, Comisiones Comunales-, más aun debe predicarse la prohibición si se tratara el presunto confesor de algún órgano inferior, pues en tal caso se violentaría, además, sendos principios de organización administrativa.

Por otra parte, se alude que en razón del postulado de la permisión expresa la Administración sólo puede -y debe- hacer lo que la ley expresamente le autoriza para hacer, que el modo de obligarse es reglado y, como principio general, por escrito, siendo en muchos casos necesario el dictamen previo del organismo de asesoría jurídica como elemento necesario del acto, todo lo cual obstaría a la confesión espontánea del representante de la administración.

Por lo demás, ocurre que en numerosos casos -especialmente cuando se trata de municipios con menor cantidad de habitantes y, por lógica consecuencia, menor cantidad de recursos- quien representa en juicio al Estado es un letrado con poder para obrar en juicio. Vale decir, no se trata de un funcionario público como en algunas provincias podría ser el Fiscal de Estado con su obligación constitucional de defensa en juicio de los intereses del la Provincia, sino que se trata, en cambio, de una persona que puede estar sujeta al Estado por una relación de derecho privado, y cuya obligación principal consiste en la defensa en un juicio determinado de su representada.

En este punto se coincide, como un desprendimiento de lo dicho anteriormente, que si el representado -Administración Pública cuya voluntad se exterioriza por el órgano que se trate- no puede confesar, tampoco podría hacerlo el representante -abogado con poder especial o general para pleitos sin ser agente público- según aquel principio según el cual las potestades del mandatario no pueden exceder las del mandante.

²² BIELSA, Rafael, “Sobre lo contencioso administrativo”, 3era. Edición, pág. 259, Santa Fe, Castelli, 1964.

²³ GONZALEZ PEREZ, Jesús, “Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano”, pág. 269/297, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1985.

²⁴ Confr. THOMAS, Gustavo, “Cómo litigar contra el Estado en Santa Fe (Estado Provincial, Municipal y Comunal)”, pág. 307 y ss., Rosario, Nova Tesis, 2012.

²⁵ MARTINEZ, Hernán, “El recurso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330”, 2da. Edición actualizada, pág. 444, Rosario, Zeus, 2012.

²⁶ DROMI, Rodolfo, “Derecho administrativo”, 5ta edición, pág. 852, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996; de igual modo, BALBIN, Carlos F., “Curso de derecho administrativo. Tomo II”, 1era edición, pág. 808, Buenos Aires, La Ley, 2008 donde el autor cita, además, el decreto 1102/1986 que delegó en el Procurador del Tesoro, Subprocurador y Directores de los servicios jurídicos la facultad de absolver posiciones en representación del Estado nacional. Al respecto, vale recordar que la redacción actual del 407 del CPCN (conforme la ley 23.216) data de 4/9/85.

Por lo tanto, se entiende que aun cuando en los poderes generales o especiales se le autorice al letrado particular a absolver posiciones en nombre del Estado poderdante, igualmente le son aplicables las consideraciones formuladas como si se tratara de un funcionario público y, de allí, se colige la prohibición de obligar al Estado mediante confesión.

Por ello es que -como vimos- gran parte de la legislación argentina ha prescindido expresamente de la confesional en sus procesos contenciosos administrativos y algunos han destacado su improcedencia y además, por si ello no bastara, su inutilidad práctica²⁷.

Ello no significa, sin embargo, que los funcionarios públicos no puedan declarar, sino que en todo caso su declaración será conseguida por la vía del testimonio, o bien de los informes²⁸.

Así vemos que la solución adoptada por el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe en su art. 159 (aplicable por analogía al contencioso administrativo) es que cuando se trata de personas de derecho público, la absolución de posiciones será efectuada por el funcionario facultado por ley para reperesentarlo (en el caso de los municipios el Intendente municipal conforme al art. 41 inc. 1 de la LOM, por ejemplo), al que se le requerirá por oficio fijándole un término prudencial (que deberá ser solicitado por el actor), con los mismos apercibimientos establecidos para los obligados a comparecer. De tal modo, encontramos que el medio probatorio (confesional de la Administración) es aceptado, pero su forma de producción será por oficio. La doctrina procesalista ha criticado esta solución, sosteniendo que esta prerrogativa viola el principio de igualdad²⁹. Y que en realidad no se trataría de una confesional, sino de una informativa³⁰.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación -con una regulación similar en el CPCN- ha establecido que la confesional por oficio corresponde cuando el funcionario público es llamado a juicio como órgano representante del Estado, mas no cuando el mismo es parte en un pleito en defensa de sus propios derechos³¹.

Por otro lado, la jurisprudencia santafesina -si bien con el Código Procesal Civil anterior³²- ha equiparado este precepto al caso de un Obispo que actúa en representación de la Iglesia Católica³³, de modo que la confesional también se produce mediante un oficio. De todos modos, debido a que la redacción actual de la ley de rito santafesina habla de “personas de derecho público” y la Iglesia Católica lo es conforme la disposición del art. 33 inc. 3 del Código Civil³⁴, consideramos que la solución sigue siendo la misma. Igual solución corresponde respecto de otras “personas públicas no estatales” (tales como los colegios profesionales o los partidos políticos según Comadira³⁵, por ejemplo), y a diferencia del CPCN que en su art. 407 menciona expresamente los distintos estamentos

²⁷ En este último sentido, destaca Mertehikian que “Por lo demás, y como de ordinario sucede, la prueba será rendida por escrito y no frente al juez, de manera que salvo circunstancias excepcionales es cierto que su utilidad práctica es prácticamente nula” (MERTEHIKIAN, Eduardo, “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”, en “Tratado de Derecho Procesal Administrativo”, CASSAGNE, Juan Carlos director, Tomo II, 1era. Edición, pág. 53, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007).

²⁸ Aunque la prueba de informes debe interpretarse restrictivamente a los sujetos taxativamente enumerados en el artículos 215 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, esto es: el Presidente de la Nación, los gobernadores de Provincia, sus ministros, los miembros de las cámaras legislativas nacionales o provinciales y de los tribunales de justicia, los jueces letrados, los prelados eclesiásticos, los militares de la Nación desde el grado de coronel inclusive en adelante, y los intendentes municipales. Así lo interpretó la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 2 rechazando el pedido cuando la Provincia solicitó que a la entonces Fiscal de Estado se la eximiera de prestar declaración testimonial y, en su lugar, se permita prestar declaración por informes (C.C.A. N° 2, “Abbate”, A. T. 7, F° 499).

²⁹ AVERO, Sergio, “Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe”, 3era edición reelaborada, pág. 469, en AAVV PEYRANO, Jorge W. (director), VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (coordinador), Rosario, Juris, 2010.

³⁰ CHIAPPINI, Julio, “La declaración por oficio. Artículo 407 del CPC de Río Negro”, La Ley Patagonia 2008 (octubre), pág. 433. Discrepamos de dicha interpretación por cuanto, si bien la confesional es evacuada por oficio, sigue siendo una confesional con los apercibimientos previstos para la misma.

³¹ CSJN “Menem, Carlos c/ Sokolowicz, Fernando” del 12 de mayo de 1998, La Ley 1998-C, pág. 778. De todos modos en dicho caso, la Corte admitió que la confesional sea tomada en el despacho del Presidente para que dicho acto no lo distraiga de sus funciones.

³² Antiguo Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, ley 2.924, que en su art. 135 disponía: “No podrán ser llamados a absolver posiciones en audiencia: 1° El Gobernador o Vicegobernador de la Provincia y sus ministros. 2° El Ministerio Público. 3° El Intendente Municipal. 4° Los presidentes de los directorios o gerentes de Bancos Oficiales. 5° Los directores o jefes de reparticiones públicas, que tengan facultades de estar en juicio por ellas. En tales casos se les requerirán los informes por oficio con inclusión del pliego respectivo, fijándoles un término prudencial para evacuarlos, bajo los mismos apercibimientos establecidos para los particulares”. Cfr. CABAL, Justo I. y ATIENZA, Antonio, “Anotaciones interpretativas al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe Ley 2924. Concordadas con la ley 5531”, pág. 158/9, Rosario, Zeus Editora, 1975, Vemos que si bien la redacción no es la misma, la solución era análoga a la actual.

³³ Confr. Juris tomo 2, pág. 286. En autos “Obispado de Rosario c. Yello, Garim y otra”, Juzgado Civil y Comercial de la 1° Nominación de Rosario, 13/04/1950.

³⁴ La doctrina ha calificado a la Iglesia Católica como una persona pública no estatal. GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo I. Parte General”, 1° edición, pág. XIV-22, Buenos Aires, F.D.A., 2013.

³⁵ Confr. COMADIRA, Julio Rodolfo y MURATORIO, Jorge I., “La constitucionalización de los partidos políticos (Estudio preliminar sobre su personalidad y actos jurídicos)”, La Ley 1995-D, pág. 1388 y ss; de igual modo, IVANEGA, Miriam M., “Principios de la Administración pública”, pág. 113, Buenos Aires, Abaco, 2005.

estatales.

3.1.2.- La confesional del administrado

Por el particular modo que es diseñado el contencioso administrativo santafesino el administrado se constituye en actor³⁶ del juicio para, desde allí, peticionar en sede jurisdiccional la nulidad de un acto administrativo que entiende ilegítimo, pedido antes denegado expresa o presuntamente en la sede administrativa previa a la instancia judicial.

Por lo tanto, siendo el Estado la parte demandada, puede elegir entre el abanico de posibilidades que el derecho procesal le ofrece, la prueba confesional del por entonces actor, de manera tal de citarlo para absolver posiciones del mismo modo que sucede en el proceso civil y comercial.

Sin embargo, esta diáfana conclusión parece diluirse en la medida que se indaga sobre la materia en debate en el proceso y, en particular, sobre el carácter del administrado en el mismo.

En tren de lograr una mayor claridad, postulamos aquí diferenciar el caso del empleado público que por el ejercicio de la potestad disciplinaria de la administración sufre una sanción, del resto de administrados que -por la razón que fuera- acuden al Tribunal en procura de la anulación de un acto que entienden ilegítimo.

3.1.2.1.- El empleado público sancionado

Dijimos antes que la prueba confesional puede ser ofrecida en el proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta las particularidades de este proceso y con las salvedades que hicimos respecto de la confesional de la Administración.

Cuando estamos en presencia de un proceso contencioso administrativo revisor de una sanción impuesta a un funcionario público, en ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración y el principio de jerarquía, en lo que se ha dado en llamar "derecho disciplinario interno", surgen otros interrogantes respecto de la producción legítima de esta prueba.

Repasemos antes algunos conceptos.

En primer lugar, vemos que en los últimos años la doctrina argentina ha caracterizado a la relación de empleo público como una "relación de sujeción especial", si bien han existido autores contrarios a ella. Esta teoría tiene su origen en el derecho alemán³⁷ hace más de cien años y ha llegado a nosotros a través del derecho español (en cambio no ha sido empleada en el derecho italiano ni francés)³⁸.

Por su parte, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado -si bien respecto de otros sujetos- la existencia de las relaciones de sujeción especial³⁹ así como las relaciones de sujeción general en autos "Motor Once"⁴⁰.

Se trata, en pocas palabras, de una relación jurídica más intensa y próxima entre la Administración y el administrado, lo que genera a una serie de poderes y deberes más enérgicos que de costumbre⁴¹. Frente a este tipo de relación se habla de un "administrado calificado", en contraposición a la "relación de sujeción general"⁴² donde encontramos a un "administrado simple"⁴³. O como lo ha calificado la profesora Ivanega, en la supremacía general se encuentran sujetos los ciudadanos por ser tales (en cuanto administrados); al tiempo que en la supremacía especial, la potestad es ejercida respecto de quienes están en una situación de subordinación que deriva de un título concreto, de modo en que éste último supuesto, el individuo está en una situación más acentuada que la normal sujeción frente a la Administración considerada simplemente como titular del poder de imperio⁴⁴. Otros

³⁶ "...la competencia de las Cámaras de lo Contencioso Administrativo, con fundamento legal y respaldo constitucional, está limitada a los supuestos contemplados en el inciso 2do. del artículo 93 de la Constitución provincial y, por ende, sólo comprende los supuestos -al margen del previsto en el artículo 35, primer párrafo, que no se configura en el sub-lite- en que los titulares de situaciones jurídicas subjetivas tuteladas impugnan actos susceptibles de ser encuadrados en el artículo 3 de dicha ley, lo que la convierte en una especial jurisdicción de legitimidad e impide que frente a tales estrados -salvada la excepción ya comentada, que no es la que se presenta en la especie- los entes públicos aparezcan en calidad de actores" (C.S.J.S.F., A. y S. T. 191, pág. 167).

³⁷ Cfr. MAYER, Otto; "Derecho Administrativo alemán", Tomo IV, Parte Especial, pág. 15 y ss., traducción directa del francés, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954.

³⁸ MALJAR, Daniel E., "El derecho administrativo sancionador", pág. 291, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.

³⁹ CSJN in re "Columbia" del 19/05/1992, en COMADIRA, Julio Rodolfo, "Elementos de derecho administrativo", Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 1149.), asunto que versaba sobre el poder de policía financiero sobre entidades financieras, y donde la Corte hechó mano a la relación de sujeción especial para manifestar que había un deber de soportar el daño, a los fines de rechazar la acción de daños.

⁴⁰ La Ley 1989-D, pág. 25.

⁴¹ Conf. PASTOR SANTAMARIA, Juan Alfonso, "Principios de derecho administrativo general I", 1º Edición, pág. 416, Madrid, Iustel, 2004.

⁴² La CSJN mencionó la teoría de la "sujeción general" en la causa "Motor Once" (La Ley 1989-D, pág. 25), donde se da la paradoja que la Corte emplea esta teoría para hacer responsable al Estado (considerando IV del dictamen de Reiriz que el Alto Tribunal hace propio), sin reconocer el lucro cesante -sin embargo- en un caso de revocación de autorización.

⁴³ Conf. PASTOR SANTAMARIA, Juan Alfonso, "Principios de derecho administrativo general I", op cit, pág. 416.

⁴⁴ IVANEGA, Miriam M., "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa", 2da edición actualizada, pág. 91 y 96, Buenos Aires, RAP, 2013.

administrados que se suelen calificar como “especiales” son los presos, soldados, alumnos de establecimientos públicos.

Esta tesis ha recibido críticas de la doctrina moderna⁴⁵, siendo la más frontal la esgrimida por Héctor Mairal⁴⁶.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe aceptó la existencia de esta tesis en autos “Zabala”⁴⁷, donde exige como requisitos para la existencia de este tipo de relaciones, dos condiciones: a) un contacto personal del individuo con la esfera de la Administración, en atención a una relación jurídica que hace necesaria o más conveniente una disciplina especial; y b) la inidoneidad o insuficiencia del poder general de policía para regular el comportamiento personal del individuo⁴⁸.

En segundo lugar, vemos que la legislación santafesina sobre empleo público (tanto provincial como municipal y comunal) tiene remisiones al Código Procesal Penal de la provincia⁴⁹. De igual modo, la doctrina ha postulado la aplicación de los principios del derecho penal a este derecho sancionador o disciplinario interno, con ciertas adecuaciones.

Tenemos entonces, por un lado, que la doctrina y jurisprudencia han calificado a la relación de empleo público como una relación de sujeción o supremacía especial; y por el otro, vemos que las normas santafesinas de procedimiento sancionador hacen una remisión a normas de rito procesales penales.

Y en tal sentido, se puede argumentar que regiría entonces la prohibición constitucional de autoincriminarse por parte del agente, en el sentido de que "nadie está obligado a declarar contra sí mismo", presente en el art. 18 de la CN, garantía que la CSJN ha limitado al ámbito penal, en lo que se ha llamado el principio de incoercibilidad de la confesión⁵⁰. Dicha garantía aparece también en el art. 8.2.g. del “Pacto de San José de Costa Rica”⁵¹

Ahora bien, ¿corresponde o no corresponde la prueba confesional del administrado-agente público sancionado?

La Cámara Contencioso Administrativa n° 2 de la ciudad de Rosario ha considerado que no corresponde en estos casos tomar la confesional del agente⁵². Entendiendo que si bien la actividad disciplinaria -que encuentra su fundamento en la supremacía especial a la que se encuentra sometida el agente- no es identificable con el poder punitivo del Estado -fundado en la supremacía general-, y que por tanto los principios penales que se podrían aplicar al procedimiento sancionatorio lo son sin la rigurosidad del derecho penal⁵³, la Cámara sopesó la garantía de la defensa en juicio y determinó que la prueba era inadmisibles.

Surgen, sin embargo, algunos interrogantes procesales. ¿Cuándo debe oponerse el actor? ¿Al momento que es ofrecida por la prueba por la Administración? Ciertamente que podría serlo. Sin embargo, Peyrano sostiene que por una interpretación del art. 148 del CPCC, la prueba ofrecida no

⁴⁵ IVANEGA, Miriam M, “Cuestiones de potestad..”, op cit, pág. 96.

⁴⁶ MAIRAL, Héctor A., “Cien años antes”, pág. 602, en AAVV El derecho administrativo hoy. 16 años después. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2013. El autor expresa que en Alemania -lugar donde se acuñó esta teoría- la misma ha sido puesta en tela de juicio con la caída del régimen nazi y el advenimiento de la Constitución de Bonn, expresando además que a raíz de un fallo del Tribunal Constitucional alemán (relativo a la retención de la carta de un preso que criticaba fuertemente a las autoridades de la cárcel), hay quienes sostienen hoy que dicha teoría ha perdido validez en ese país europeo. En cambio, Maljar sostiene que si bien estas relaciones de sujeción especial han tenido un origen en la monarquía constitucional alemana de mediados del siglo XIX, dicha tesis ha sobrevivido hasta la actualidad, acomodándose a distintas épocas históricas tales como la época de Weimar, el nacionalsocialismo y perdurando después de la Constitución de Bonn, y sostiene además que la sentencia del Tribunal Federal Alemán de fecha 14/3/1972 ha tenido como efecto ajustar esta teoría a la nueva realidad constitucional, al tiempo que se intentó eliminar los abusos del pasado. MALJAR, Daniel E., “El derecho..”, op cit, pág. 267, 274.

⁴⁷ CSJFe, de fecha 11.6.97, AyS 137-317.

⁴⁸ De igual modo, LISA, Federico J., “Los elementos de la relación de empleo público en la jurisprudencia”, pág. 187, Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos II, Rubinzal-Culzoni, 2007-2.

⁴⁹ Ley 8525 -empleo público provincial- art. 60 hace una remisión supletoria al dicho cuerpo normativo en el capítulo del régimen disciplinario; y la ley 9286 -empleo municipal y comunal- hace lo propio en el art. 111.

⁵⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Elementos de derecho constitucional, tomo 2", 3era edición actualizada, pág 774, Buenos Aires, Astrea, 1999. Vale la pena recordar que la Constitución de los Estados Unidos de América tiene una disposición similar en su quinta enmienda, que dispone que ninguna persona “...se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal”, garantía que la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana luego extendió a los interrogatorios policiales previos al juicio mediante el leading case “Miranda v. Arizona”, y que luego fue extendida a los estados miembros en “Mapp v. Ohio”. Confr. LIU, Goodwin; KARLAN S., Pamela; & SCHROEDER, Chistopher, “Keeping faith with the Constitution”, pág. 130, New York, Oxford University Press, 2010. En el caso que nos ocupa, en cambio, se trataría de extender las garantías del procedimiento disciplinario a la revisión judicial posterior.

⁵¹ Aprobado por ley 23.054, con jerarquía constitucional art. 75 inc. 22 CN.

⁵² CCA n° 2, "Lépori", auto de fecha 13/06/2013. Criterio que ha sido ratificado en "Caserio", resolución del 3.10.2013 (resolución al tomo 39 folio 123 número 541).

⁵³ Sobre la aplicación de los principios del derecho penal al procedimiento sancionatorio, ver IVANEGA, Miriam M., “Procedimiento disciplinario: de defensa y medios probatorios”, conferencia brindada en el III Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, octubre de 2011, Venezuela, recuperado en fecha 19.11.13 del sitio web: <http://www.gestion-publica.org.ar/content/procedimiento-disciplinario-derecho-de-defensa-y-medios-probatorios-por-miriam-m-ivanega>.

puede realizarse (producirse) sin que esté consentido el decreto que la ordena. Por tanto, cabría quizás en tal caso interponer un recurso de revocatoria contra el decreto que ordena la prueba⁵⁴ a los fines de no dejar firme el decreto que ordena la prueba.

Finalmente, de admitirse esta tesis, ¿estaríamos en presencia de una prueba inadmisibile o improcedente?

Según la doctrina procesalista la prueba admisible o inadmisibile refiere a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho, no se trata, por tanto, del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla⁵⁵. De tal modo, la admisibilidat de un medio de prueba no puede ser objeto de debate de modo autónomo y debe ser resuelto en la sentencia de fondo⁵⁶. Mientras que las pruebas “improcedentes” engloban en la economía de nuestro derecho procesal a pruebas cuya producción no quiere la ley de manera terminante⁵⁷, o de igual modo, prueba prohibida por ley⁵⁸. Así pues, esta prueba sería en realidad -desde el punto de vista procesalista- prueba improcedente.

3.1.2.2.- El resto de los administrados

En los procesos contencioso administrativo donde el actor sea un administrado "general", en el marco de las relaciones de supremacía general, y no estemos por tanto ante el caso de agente público sancionado, en principio podrá ofrecerse y producirse la prueba confesional del actor-recurrente.

Dejamos planteado el interrogante de qué sucedería con otros administrados especiales o generales que sean objeto de una sanción por contravenciones administrativas en ejercicio del llamado "derecho penal administrativo", ¿cabría allí también hacer extensivas estas consideraciones respecto de la improcedencia de la prueba confesional del actor?⁵⁹

4.- Colofón

Hemos visto entonces las distintas vicisitudes que plantea la remisión que realiza la ley 11.330 (de Recurso Contencioso Administrativo) al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, en particular a la prueba confesional, sea de la Administración o del administrado. Los distintos matices que ofrecen las diferentes categorías de administrados, permite concluir que cuando los mismos son agentes de la Administración que afrontan un proceso revisorio de un procedimiento sancionatorio, tendrán la posibilidad de oponerse a la prueba confesional basados en los precedentes arriba mencionados, y ello en resguardo de la garantía de defensa en juicio.

⁵⁴ PEYRANO, Jorge W., “Compendio de reglas procesales en lo Civil y Comercial”, 2da edición actualizada, pág. 136/7, Zeus, Rosario, 1997.

⁵⁵ PEYRANO, Jorge W., “Prueba inadmisibile, prueba impertinente, prueba improcedente y prueba maliciosa”, Zeus tomo 20, pág. D-95.

⁵⁶ De igual modo, CARILLO, Hernán; EGUREN, María Carolina; GARCÍA SOLÁ, Marcela y PEYRANO, Marcos, “Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe. Comentado con doctrina procesal especializada”, 3era edición, pág. 267, Rosario, Juris, 2013 donde los autores agregan que las partes pueden argumentar sobre la inadmisibilidat de la prueba en el alegato.

⁵⁷ PEYRANO, Jorge W., “Prueba inadmisibile...”, op. Cit., pág. D-96.

⁵⁸ PEYRANO, Jorge W., “Lecciones de procedimiento civil”, (coordinadora Ana C. Gianfrancisco), pág. 117, Rosario, Zues, 2002.

⁵⁹ Dejamos planteada la paradoja que para el caso que la respuesta sea negativa, se encontrará en peor situación aquellas personas que estén en una situación de sujeción general, respecto de administrados sujetos en una relación de sujeción especial.