

EL DERECHO A LA DEFENSA DEL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO DE LEY SOBRE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso

Con fecha 6 de marzo de 1992, el Presidente de la República, envió por vía de Mensaje al Congreso Nacional el Proyecto de Ley sobre «Bases de los Procedimientos Administrativos», con el objeto de llenar un vacío importante en nuestra legislación administrativa y cumplir con ello lo establecido en la propia Constitución Política en el Art. 60 N° 18, en el sentido que son materias de ley aquellas que fijen las bases de procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública; además, de lo señalado en el propio Art. 7°, respecto de la actuación válida de los órganos del Estado, en la forma que prescriba la ley, sin desconocer el Art. 19 N° 3 que obliga al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento. Todas disposiciones constitucionales que se refieren a un procedimiento general de actuación administrativa, sin perjuicio de otras normas que regulen procedimientos especiales.

En esta oportunidad y a partir de estas tres fórmulas constitucionales, más el proyecto de ley sobre «Bases de los procedimientos administrativos», que hoy se discuten en la Cámara de Diputados, y teniendo en cuenta el tema de estas jornadas sobre la «Dignidad de la Persona», me referiré a un punto dentro de la diversidad de situaciones que pueden presentarse en el procedimiento administrativo que afecten a la persona interesada y este se refiere al derecho de defensa que tiene el interesado en esta fase administrativa de decisión que le corresponde a la Administración del Estado.

El necesario equilibrio que debe existir en toda la legislación administrativa entre prerrogativa y garantía; eficacia y seguridad; interés público e interés privado, adquieren su máxima importancia en materia de procedimiento administrativo. Sólo con ese justo equilibrio entre los principios de eficacia y eficiencia que reconoce el Art. 5 de la Ley 18.575 Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración Pública, y el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública, como órgano del Estado, a la ley y al derecho que establece el Art. 6° de la Constitución Política, se logrará un procedimiento que permita la satisfacción de las necesidades públicas sin detrimento a los derechos fundamentales de la persona. Reconocemos que la resolución justa y pronta de los asuntos públicos no depende sólo del procedimiento administrativo y su adecuada regulación, como tampoco depende de ella la eficaz garantía de los derechos del administrado-ciudadano, pero no puede des-

conocerse que una ley, una buena ley, siempre constituirá un factor decisivo en la realización de aquellos objetivos.

Por eso, quisiera señalar desde ya que una de las motivaciones principales de la existencia de una ley de procedimiento administrativo es sin duda la necesidad de contar por esta vía con un reconocimiento explícito del derecho a defensa del interesado en la decisión administrativa, el que se constituye, como antes lo señaláramos a través de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente la del Art. 19 N° 3, en una garantía efectiva a la posición del ciudadano interesado frente al actuar de la Administración Pública que le afecta. La exigencia constitucional mínima se establece en relación con el racional y justo procedimiento, el que por la naturaleza propia de esas expresiones debe reconocer un derecho a la debida defensa del interesado, que de no existir deja a nuestro entender de ser racional, acorde con la razón y justo acorde con la justicia. La búsqueda de garantizar efectivamente su derecho a la defensa se constituye así en un derecho inherente a la persona humana. La jurisprudencia inglesa en el famoso caso «Dr. Bentley's Case» decidido en 1723, destacó este derecho como un principio de «natural justice» <S.H. Bailey, C.A. Cross y F.G. Garner «Cases and Materials in Administrative Law», London, 1977, pág. 348-351>.

«No se puede al rector de la Universidad de Cambridge (Dr. Bentley) retirarle los títulos y grados académicos que poseía sin habersele informado previamente de los cargos formulados en su contra y habersele dado la oportunidad de responderlos; en éste un principio de justicia natural.

1. Aspectos del Derecho a Defensa

En materia administrativa, el derecho a defensa se ha considerado no sólo como una exigencia del principio de justicia sino también como expresión del principio de eficacia ya que asegura un mejor conocimiento de los hechos y contribuye a mejorar la decisión administrativa garantizando que ella sea más justa. Efectivamente, la garantía del debido proceso que reconoce el Art. 19 N° 3 inc. 5°, en el ámbito administrativo se manifiesta en una doble perspectiva: a) el derecho a defensa que debe ser reconocido como la oportunidad para el administrado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas y también b) como el derecho de exigir de la Administración Pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos.

Así pues, es consustancial a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, lo que supone la posibilidad de hacer valer dentro del procedimiento los distintos intereses en juego, así como que esos distintos intereses puedan adecuadamente ser confrontados por sus respectivos titulares antes de adoptarse una decisión definitiva por parte de la Administración.

2. Manifestaciones específicas del derecho de defensa en el procedimiento administrativo

Establecido ya que desde la perspectiva del concepto del «debido proceso» en materia administrativa, se reconoce siempre el derecho a defensa, podemos señalar que

éste a su vez se manifiesta en una serie de derechos procedimentales específicos y de gran relevancia en la protección a la persona interesada y que juegan un papel trascendental en la materia. Me refiero a los siguientes derechos:

2.1. Derecho a ser notificado.

Este derecho constituye una garantía de acceso al procedimiento a los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos y directos. Así, cada vez que existen estos titulares y que pudieren verse afectados por la resolución del procedimiento, debe notificárseles personalmente el inicio de tal procedimiento administrativo a fin de que puedan apersonarse y ejercer su elemental derecho de defensa.

El Art. 2º inc. 2º del Proyecto de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos reconoce que cuando el acto o resolución que hubiere de dictarse afectare a situaciones jurídicas de terceros, la Administración deberá ajustar su actuación a los principios y reglas del debido procedimiento cuidando siempre de respetar el derecho de aquellos a ser oídos, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada de la Administración. Este artículo reconoce así implícitamente la necesidad de notificar a los terceros afectados. La primera manifestación de este derecho a ser notificado se establece en el proyecto de ley como primer paso, al iniciarse el mismo, especialmente cuando el procedimiento se inicia de oficio, en cuyo caso la autoridad administrativa competente debe notificar a los administrados cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos directos y personales pudieren resultar afectados. Es necesario tener presente que el derecho a ser notificado también tiene aplicación en los procedimientos que se inician a instancia de parte en el cual pueda resultar afectado otro administrado.

En este último caso es indudable que respecto a titulares de intereses ajenos a las partes, la única vía de facilitar su acceso al procedimiento será la de dar la máxima publicidad a su existencia, lo que no quiere decir que respecto de todo procedimiento, cualquiera fuere su objeto, deberá darse publicidad en el Diario Oficial o periódico de mayor circulación, pero sí por el objeto del procedimiento se presume la afectación de intereses generales o colectivos consideramos necesario tales publicaciones.

En estos casos tiene sentido el trámite de información pública recogido por nuestro proyecto de ley en el Art. 38, que dispone que los órganos de la Administración estarán facultados para disponer que abra un período de información pública cuando aparezca conveniente de acuerdo a la naturaleza del acto, o a las normas aplicables al caso lo establezcan. Este trámite tiene por objeto que cuantos tengan interés examinen el expediente, aduciendo lo pertinente en el plazo de 30 días. La apertura de la información pública se hará por una vez a lo menos en el Diario Oficial o en un diario de circulación nacional o regional.

La observación que nos merece este artículo es que él es de carácter facultativo para la Administración, debiendo a nuestro entender, cuando el acto afecte intereses colectivos, ser el trámite obligatorio.

Reconocemos sí que existe una especial preocupación por los terceros no comparecientes al exigir el proyecto de ley en su Art. 13, la notificación de dicho procedimiento a tales afectados. Situación que en todo caso es particular respecto de cada uno de ellos y con la posibilidad que no se notifique a todos los interesados afectados.

Por otra parte, el proyecto de ley establece una fórmula amplia respecto de las

personas que se vean afectadas con el acto o resolución que hubiere de dictarse, usando la expresión «que si el acto afectare situaciones jurídicas de terceros», lo que debe materializarse en la afectación que se produce directamente a un titular de un derecho subjetivo, o a terceros que acrediten en el procedimiento tener un interés legítimo, personal y directo en la futura decisión administrativa. Así por lo demás lo reconoce el Art. 12 del proyecto, al establecer la actuación válida en el procedimiento de quienes lo promuevan como titulares de derechos, o de intereses que el ordenamiento jurídico proteja y a quienes sin haber iniciado el procedimiento tengan interés actual en sus resultados.

Las resoluciones para dar curso progresivo al procedimiento en general no requieren ser notificadas, salvo las siguientes excepciones según lo dispuesto en el Art. 24 del proyecto:

- a) Los que disponen la apertura de un término de prueba o lo negaren.
- b) Las que confieren vista o traslado.
- c) Los que ordenan comparencias personales del interesado.
- d) Los que sin resolver el asunto sirvan de base a una decisión definitiva, o establezcan derechos permanentes en favor del interesado.
- e) Los que la autoridad establezca.

En cuanto al acto administrativo que resulte del procedimiento, por supuesto, debe ser también notificado a los interesados como condición de eficacia de tales actos. Esta constituye una garantía para el administrado-ciudadano que le permite una reacción frente a los actos que les afecten a sus derechos e intereses legítimos. Así el proyecto de ley establece a partir del Art. 25 los siguientes principios :

a) La notificación de actos administrativos que producen efectos particulares deben contener su texto íntegro indicando los recursos que proceden y el plazo para interponerlos. No se pronuncia sobre el órgano ante el cual debieran presentarse, situación esta última que a nuestro entender hay que complementar en dicho artículo del proyecto para mejorar la información y garantía de reacción del afectado. (Art. 25 del Proyecto).

La aplicación de este principio, produce a nuestro entender los siguientes efectos:

1) Si el interesado sobre la base de una información errónea contenida en la notificación intenta algún procedimiento que no proceda, el tiempo transcurrido no debe ser tomado en cuenta para determinar el plazo que le corresponde para interponer el recurso apropiado o correcto.

2) Si no se cumple con el contenido legal de la notificación se debe considerar como defectuosa y por lo tanto viciada e ineficaz, frente a lo cual no comienzan a correr los plazos para intentar los recursos correspondientes en contra del acto.

3) Hay notificación si el interesado se da voluntariamente por notificado; o en una notificación ineficaz realiza cualquier gestión procedimental que supone su conocimiento sin haber reclamado en contra del acto. En este último caso se presume como notificado legalmente (Art. 29 del proyecto). Esta situación nos parece delicada, puesto que si la notificación está viciada y es ineficaz, ya sea porque no se dio a conocer su texto íntegro a los interesados; o no se indican los recursos que se pueden interponer, o los plazos pertinentes para hacerlo, bastando para su notifica-

ción el realizar cualquier gestión en el procedimiento que suponga el conocimiento del contenido del acto, nos parece que en ese caso se pone en grave peligro el derecho de defensa del ciudadano-administrado para interponer un recurso en contra del acto, por una simple suposición de que el interesado, generalmente un lego, que conoce el contenido del acto y realiza un acto procedimental, aunque no conozca los recursos que contra dicho acto procedían, se entiende notificado desde ese momento, corriendo en su contra los plazos para la interposición del recurso. A nuestro entender esta situación debe corregirse en el proyecto, estableciendo que se entenderá notificado el interesado si hay manifestación expresa de haberlo sido en términos defectuosos o que haya interpuesto válidamente los recursos procedentes contra el acto.

En general los defectos en las notificaciones son susceptibles de ser subsanados por la Administración, como todo acto de procedimiento, pero para efectuar dicha corrección y evitarse una impugnación, es necesario que ello no suponga una disminución de las garantías del interesado al que no se le notificó, o se le notificó mal un acto que le afectaba.

Se impone pues armonizar la garantía y la celeridad, así como impedir que un administrado de mala fe pueda mantener abierta poco menos que indefinidamente la posibilidad del recurso. Frente a ello pensamos que al proyecto de ley debiera agregarse un plazo prudencial (6 meses) para entender como notificado al administrado, que si bien lo fue personalmente o por carta certificada, pero por notificación que era defectuosa, no efectúa el reclamo formal por dicho defecto en la notificación en tal plazo de 6 meses, siempre en el supuesto que no hubiese realizado manifestación expresa de haber sido notificado defectuosamente o interpuesto válidamente los recursos que correspondan contra de dicho acto.

b) Las notificaciones deben realizarse a más tardar en los 5 días siguientes a aquél en que ha quedado totalmente tramitado el acto administrativo. Igual cosa sucede con las resoluciones que dan curso progresivo al procedimiento y que deben notificarse.

c) Las notificaciones se harán al interesado o a su representante, situación esta última que no considera el proyecto de ley, y deben realizarse por carta certificada al domicilio del interesado. Si no consta dicho domicilio se harán a la Oficina de Correos de la localidad en que se hizo la presentación.

Se entiende notificado el interesado a contar del día siguiente a su recepción por la autoridad de Correos (Sello de Correos). Sin perjuicio de lo anterior, las notificaciones podrán hacerse personalmente por medio de un empleado del organismo correspondiente dejando copia íntegra del acto o resolución que se notifica en el domicilio del interesado. Por último podrán hacerse en la oficina de la Administración si el interesado se apersonare a recibir la notificación (Art. 27 del proyecto). Consideramos aquí que la primera notificación debiera hacerse siempre personalmente por cédula, cuando no lo sea por el Diario Oficial u otra publicación.

d) Las notificaciones a través del Diario Oficial, vía publicación de los actos administrativos formales o de trámite deben efectuarse en los siguientes casos:

1. Los que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general.
2. Los que interesan a un número indeterminado de personas.

3. Las personas de paradero ignorado que deben realizarse los días 1° o quince de cada mes. Esta situación se contradice a mi entender con lo señalado en el artículo 27 inciso 1° del proyecto que señala que al no existir domicilio en el expediente, la notificación se hará por carta certificada a la oficina de correos del lugar en que se hizo la presentación.

4. Los que ordene publicar el Presidente de la República.

5. Cuando una ley así lo ordene.

La notificación en estos casos se entiende hecha desde la fecha de publicación en el Diario Oficial, a menos que el propio acto disponga otra cosa acerca de su vigencia (Art. 31 del proyecto).

2.2 *El derecho a hacerse parte*

El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona si cuenta con el interés personal legítimo, actual y directo o su derecho subjetivo pueda resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento.

Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento en cualquier estado en que se encuentre la tramitación y siempre que no hubiese resolución definitiva.

El proyecto de ley reconoce este derecho a hacerse parte en los artículos 3° y 47, reconociendo la posible participación de los interesados en el procedimiento, como la realización de distintos actos de instrucción solicitados para una cabal y mejor decisión administrativa. El interesado podrá así aducir alegaciones, las que deberán considerarse en la resolución final que se adopte.

2.3 *El derecho de acceso al expediente administrativo*

La tercera de las manifestaciones del derecho a defensa es el derecho de los interesados de tener acceso al expediente administrativo. Este derecho tiene un reconocimiento en el proyecto de ley en los Arts. 22 y 23 del mismo. Se reconocen los siguientes principios:

a) Los interesados por sí o por representante debidamente acreditado tienen derecho a *informarse del expediente*, a *conocerlo* en cualquier momento y cualquiera sea el estado de tramitación recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes. Se entiende que ellos lo pueden también examinar, exceptuándose respecto de un expediente secreto o a parte de sus documentos cuando la Administración por resolución fundada así lo disponga y siempre que lo faculte la ley, o cuando por su naturaleza debiera mantenerse en secreto.

b) El derecho a tener acceso de expediente en consulta gratuita y con posibilidad de obtener copias auténticas previo pago del costo de ellas. Aquí debe reflejarse como garantía el derecho a la unidad del expediente administrativo, en el sentido que éste físicamente debe ser uno solo, aunque deban intervenir varias oficinas y/o reparticiones públicas. Esta situación no se encuentra recogida en el proyecto de ley y creemos debe agregarse para los efectos de una mayor garantía y posibilidad en el acceso fácil, rápido y expedito del expediente por parte de los interesados.

2.4 El Derecho de Audiencia del interesado

Uno de los aspectos más relevantes del derecho de defensa es aquel que se refiere al derecho a ser oído en el procedimiento administrativo.

La Administración antes de decidir un asunto que pueda afectar derechos o intereses de un administrado debe darle audiencia, oír previamente a los interesados. Este principio esencial de procedimiento responde al principio general de derecho según el cual nadie puede ser condenado sin antes ser oído, principio reconocido constitucionalmente en el Art. 19 N° 3 inciso 2, al establecer que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley lo señale. Expresión de esta capacidad de defensa jurídica ante un eventual acto administrativo es justamente su participación en el procedimiento en el trámite de audiencia. También el Art. 19 N° 3, inciso 5 de la Constitución implícitamente reconoce este derecho esencial en cuanto que es el requerimiento mínimo de un racional y justo procedimiento.

Se debe señalar que este trámite de audiencia pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y con ello permitirle una defensa eficaz de sus intereses. De ahí que este trámite se ubique en la parte final del procedimiento con el objeto de dar a conocer al interesado todo lo obrado por la Administración en la etapa procedimental. Es pues al final del procedimiento donde ocurre este trámite, y no antes permitiéndole al interesado un reconocimiento del derecho de defensa completo respecto del expediente administrativo.

Este trámite de audiencia tiene también su fundamento en el mejor acierto de la resolución administrativa, como en la garantía que supone para los derechos e intereses de los administrados - ciudadanos.

Naturalmente que el prescindir de este trámite esencial puede determinar la nulidad del acto administrativo decisorio.

El proyecto de ley recoge el trámite de audiencia en el Art. 47, inc. 2, señalando el carácter terminal del trámite, pues éste se realiza una vez cumplidas todas las actuaciones de instrucción e incluso practicadas las pruebas que fuesen necesarias y antes de adoptar la correspondiente decisión, en ese momento se ordena citar a los interesados que se hubieren apersonado en el procedimiento, dándoles vista al expediente previa notificación de este acto trámite y dándole toda la información correspondiente.

Esta vista al expediente deberá hacerse en el lapso de 15 días con el objeto que los interesados aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes y efectúen además las defensas escritas que estimen oportunas.

Esta formulación de la defensa escrita tiene por finalidad que ella se incorpore al expediente y se tenga en cuenta al momento de la decisión. El acto de la audiencia al interesado, por supuesto debe realizarse en presencia de la autoridad que debe decidir el asunto y el interesado puede estar asistido de abogado como manifestación del derecho de todo interesado de escoger los medios de defensa, especialmente si se están debatiendo cuestiones jurídicas.

Como señalábamos la omisión de este trámite puede producir la nulidad del acto administrativo terminal, siendo garantía esencial y fundamental para los interesados. Pero, debe tenerse presente que la regla general por el cual se vician los procedimientos es la indefensión, que puede resultar para el interesado. De ahí que si no se produce tal indefensión en términos reales y efectivos, sino simplemente formales y pudiendo demostrarse que la decisión final hubiera sido la misma, es posible

defender la tesis de prescindir de este vicio formal y resolver sobre el fondo, teniendo en cuenta además que en razón del principio del informalismo del procedimiento el interesado en cualquier estado del procedimiento anterior pudo haber formulado las alegaciones y defensas correspondientes. Si ellos no fueran completos es posible entonces pedir la nulidad del acto.

El proyecto de ley en el Art. 47 inciso final establece que el trámite de audiencia o de la vista, como le denomina, pueda prescindirse cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución, otros hechos, ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Esta situación también me parece peligrosa pues queda a la apreciación de la Administración efectuar el trámite amparándose en esta norma del Art. 47 inciso final. Pensemos que el trámite de audiencia o vista del expediente a la parte interesada en la forma ya descrita debiera ser siempre obligatorio. Una cosa distinta es que el interesado no comparezca o que no se genere en definitiva la nulidad por indefensión, pero el trámite debiera ser obligatorio en cuanto a que se disponga de él.

Otro asunto relevante dice relación con el hecho que la Administración en la fase terminal del procedimiento debe decidir todos los asuntos que surjan en el expediente (Art. 50 del Proyecto), por lo que si algunos de esos asuntos no alegados por las partes fueron considerados de oficio por la Administración, también ellos deben ser decididos previa audiencia de los interesados, asegurándoles el derecho a defensa. Hay en esta situación una consideración relevante para establecer como obligatorio el trámite de audiencia al interesado.

El trámite de la audiencia a la parte interesada tiene mayor importancia y siempre debe ser obligatorio en los procedimientos sancionatorios, o de imposición de cargas a los administrados, pues en estos casos la Administración impone formalmente al administrado una eventual sanción o perjuicio determinado y como culminación del procedimiento y en razón de una actuación ilícita de éste debidamente comprobada o en razón a la facultad legal que le permite imponer dicho carga.

Ahora bien, los procedimientos en que el impulso procesal lo tiene el administrado, como en las solicitudes autorizatorias o declaratorias o de concesión, la Administración va a resolver una petición y una exigencia del particular, por lo cual, el trámite de audiencia tiene menor importancia, pues lo normal es que el pronunciamiento tendrá un contenido beneficioso para el administrado. Sin embargo, si la decisión es contraria a su petición, o hay oposición de terceros, o afectación de derechos de terceros, cobrará nuevamente importancia el trámite de audiencia o vista del expediente, para los efectos de la debida defensa.

Por último, debemos señalar que el proyecto de ley recoge en el Art. 48, la institución del trámite de la audiencia pública facultativa, cuando aparezca conveniente según la naturaleza del acto, anunciándose una vez a lo menos en el Diario Oficial o en el periódico de circulación nacional o regional correspondiente. Ello tiene por objeto llamar a todos los terceros interesados a hacer valer sus derechos e intereses y efectuar las alegaciones antes que la decisión se adopte por parte de la Administración.

2.5 El derecho de formular alegaciones y de pruebas

La consecuencia fundamental del derecho a ser oído, es el derecho de los interesados a formular alegatos y defensas y a presentar pruebas, lo que por supuesto, no sólo puede ocurrir en el acto de la audiencia al interesado, sino en cualquier momento en el curso del procedimiento.

El proyecto de ley es absolutamente preciso en formular este derecho a presentar alegaciones al establecer en el Art. 47, inc. 1, que el interesado podrá, en cualquier momento que sea en el procedimiento aducir alegaciones, las que deberán fallarse por el órgano competente al decidir.

En consecuencia, el o los interesados pueden presentar todos los escritos y alegatos para que sean agregados al expediente y ejercer su defensa en cualquier estado del procedimiento, luego esta posibilidad queda abierta a lo largo de toda su tramitación.

Además, el interesado tiene el derecho de presentar pruebas, lo que es una cuestión central en todo procedimiento.

Los principios que informan esta instancia probatoria dentro del procedimiento se pueden sintetizar en los siguientes:

a) Le corresponde a la Administración orientar su actividad procedimental en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general. Así pues, es la Administración la obligada a desarrollar todos los actos de instrucción del procedimiento y por consiguiente las actividades probatorias para una mejor comprensión del asunto, aportando todos los antecedentes y datos que ayuden a una decisión. La simple contradicción sobre los hechos obliga a practicar la pruebas necesarias para determinar la que han de tomarse como base de una resolución. Naturalmente que esta situación no priva a los interesados que hacen valer un derecho y probar los hechos constitutivos de los mismos, por el contrario, los obliga a aportar cuantas pruebas consideren necesarias y por cualquier medio, a menos que la ley exija uno determinado y solicitando se realicen los que consideren pertinentes, como la testimonial o la inspección personal de la autoridad, que serán fijadas por la Administración en días y horas determinadas, pudiendo en ellas oír a varios interesados conjuntamente levantando acta de la audiencia (Art. 40 y 42).

Además, los interesados podrán designar precisamente los elementos de prueba que estén en poder de la Administración para que ésta los acompañe al expediente.

Tratándose de procedimientos sancionatorios corresponde a la Administración probar la existencia del hecho ilícito, la imputabilidad de los autores y su culpabilidad (Art. 40).

b) Expresión de este principio que la oficialidad de la prueba, recae esencialmente en la Administración, es el hecho que ella está obligada a la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a 30 días si no tiene por cierto los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exigiere (Art. 39). Así, la simple alegación por el interesado de un hecho determinado, coloca a la Administración en la alternativa de aceptarlo por cierto o de abrir un período de prueba para resolver la discrepancia.

La negativa de la Administración a abrir un período de prueba o a practicar las proposiciones del interesado puede determinar la nulidad del acto terminal en la medida que esa negativa haya producido indefensión. Pero ello no obsta a que la Administración determine la pertinencia de la prueba que en cada caso se proponen, situación que también incidirá en la validez o no del acto terminal de procedimiento o sea en la decisión resolutive. Igual cosa ocurre si la Administración deniega su práctica si las pruebas son a su criterio innecesarias o inútiles, situaciones que podrán ser calificadas posteriormente para los efectos de la validez o no del acto y su eventualidad.

c) En relación al plazo del período de prueba éste no puede ser superior a 30 días para practicar las pruebas que se juzgan necesarias y se declaren pertinentes (Art. 39). El proyecto de ley excluye la posibilidad de abrir un período de prueba indefinido o dejarlo al arbitrio de las partes interesadas, situación esta última, a que atentaría contra el impulso de oficio del procedimiento que corresponde a la Administración.

d) Respecto a la valoración de la prueba, el órgano competente decide según su propia convicción cuáles hechos han de refutarse probados, valorando rigurosamente cada prueba por separado y todas las pruebas en conjunto señalando las razones de la valoración y su conclusión (Art. 44).

Estamos aquí frente a una tasación de la prueba en términos libres pero razonada conforme a las normas de la sana crítica, esto es, en actitud lógica, prudente y objetiva y con la rigurosidad pertinente.

La apreciación libre de la prueba no es inmunidad administrativa, ya que su valoración no vincula al tribunal contencioso administrativo que revisará el procedimiento y los resultados de la prueba en la decisión administrativa final que se adopte, pudiendo este último llegar a conclusiones distintas al darle valoraciones diferentes a la prueba rendida en el expediente administrativo.

2.6 El Derecho a recurrir

El último aspecto del derecho a la defensa, es el derecho a impugnar los actos administrativos emanados como resultado del procedimiento administrativo.

Así, el administrado podrá interponer los recursos administrativos sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya a lugar (Art. 9, Ley 18.575. LOC. BAE).

Esta alternativa que deja a la voluntad del administrado y prisma sobre lo dispuesto en el proyecto de ley Art. 74, que se exige el agotamiento previo de la vía administrativa para poder recurrir ante los Tribunales de Justicia, deberá modificarse en el estudio del proyecto de ley, por ser materia que regula la ley Orgánica Constitucional sobre Bases de Administración Pública.

Para poder ejercer este derecho a la defensa mediante el ejercicio de los recursos administrativos o contenciosos administrativos que correspondan, es necesario que la decisión administrativa sea debidamente fundada en el sentido que debe hacer expresa consideración de los argumentos y cuestiones propuestas en el procedimiento administrativo y además que ella sea motivada porque el conocimiento de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta adecuación al derecho objetivo, a los hechos y al debido equilibrio de los intereses públicos y privados involucrados en la decisión.

También el derecho a recurrir implica el derecho a ser informado de los recursos que proceden en contra del acto administrativo y sus plazos de interposición, y el órgano ante el cual se deducen, como ya lo analizamos en la notificación del acto.

Por último, el derecho a recurrir, como defensa contra el acto administrativo exige la existencia de recursos administrativos, es decir, recursos que puedan formularse ante la propia Administración en una instancia revisora administrativa y con el objeto de ratificar, corregir, reformar, modificar, revocar o invalidar un acto administrativo.

El tema de la revocación, de la invalidación, de la revisión de oficio y el de los propios recursos administrativos de reposición, jerárquica y de revisión contemplados en el proyecto de ley, escapan a nuestro planteamiento inicial de establecer y presentar las bases o principios de defensa del administrado en el procedimiento administrativo. Los dejamos enunciados como continuidad futura del presente trabajo.