

SILENCIO ADMINISTRATIVO Y DERECHO DE PETICIÓN

Congreso Internacional de Derecho Administrativo,

24 y 25 de octubre de 2011, Puebla, México

Dra. Miriam Mabel Ivanega¹

I. La inactividad administrativa .

La inactividad implica el incumplimiento de un deber de acción.

La inercia de la Administración en los casos que resulta exigible un pronunciamiento concreto, se puede convertir en relaciones jurídicas inciertas, confusas, con los perjuicios que ello produce en los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares. Incluso la propia Administración puede verse perjudicada, dado que el silencio implica un vicio del procedimiento, y la frustración de la ejecutoriedad unilateral y oficiosa que lo caracteriza como principio general².

Esa inactividad de la Administración ha sido dividida en material y formal. La primera se vincula con la pasividad, el “no hacer” de la Administración en el marco de sus atribuciones generales –que se combate a través de diversas vías administrativas y judiciales vinculadas al derecho sustancial en debate-³. La segunda alude a la pasividad de aquella dentro de un procedimiento administrativo⁴, es decir el ámbito de una relación jurídica procesal trabada entre la Administración y el particular. Es el ordenamiento jurídico el que otorga, a los particulares, distintas soluciones o remedios frente a la omisión de aquella.

En ese plano, el análisis se constriñe a la relación procesal entre el derecho de petición y la obligación de responder a través de un instrumento formalmente idóneo, pero no implica la existencia de un derecho del particular a obtener lo que solicita ni requiere un pronunciamiento favorable de la Administración, ya que sólo exige a ésta que se expida para cumplir con su

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Republica Argentina, Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Abogada de la Universidad de Buenos Aires, profesora universitaria.

² Forini Bartolomé, Procedimiento administrativo y recurso jerárquico, Abeledo Perrot 1970, 2da. Edición, Buenos Aires, 1970, p.53/54

³ Novillo, Rodolfo, "Derecho Procesal Administrativo - Algunas cuestiones", Fondo de Cultura Jurídica, UNT, 2000, p.2.

⁴ Hutchinson Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 2010.

deber legal⁵. La inactividad formal es analizada al estudiarse la figura del “silencio administrativo”⁶.

En cambio, la falta de conservación de los bienes del dominio público; la falta de adopción de medidas de policía; todas aquellas inactividades que podrían dar lugar incluso a la responsabilidad del Estado por omisión, constituyen inactividad material.

Ahora bien, la doctrina argentina reconoce que esta clasificación entre formal y material contiene algún ingrediente de confusión, en la medida en que detrás de la inactividad formal existe también un basamento sustantivo, es decir una “actividad material que se ha llevado a cabo o que se ha omitido realizar”.

Si bien algunos ordenamientos trataron de solucionar el problema de la inactividad material generalizando la figura del silencio positivo, ello no deja de ser un camino plagado de obstáculos, en particular “en lo que concierne a la seguridad jurídica que puede generar la revisión del acto presunto”⁷.

Actualmente, las inactividades de la Administración Pública, deben ser analizadas a partir de las consecuencias producidas por el quiebre del viejo sistema proteccionista del secreto de la información en su poder. Esa ruptura dio paso a una mayor transparencia y publicidad de los asuntos públicos, que incide en la organización y en los procedimientos administrativos.

Por lo tanto, reiteramos que la aplicación directa de los tratados de derechos fundamentales, las reformas estatales así como los efectos de la globalización, influyen en las políticas públicas, exigiéndose la adopción de medidas concretas en todos los ámbitos de expresión de la Administración, para permitir la concreción de los derechos y garantías individuales.

De esta forma, los modelos políticos y administrativos han de construirse en función de sus necesidades colectivas, preservando aquellos derechos, de

⁵ Arias Amicone, Marcos Patricio, Las astreintes en el amparo por mora en la Provincia de Tucumán, La Ley NOA 2004, julio, p. 1203.

⁶ Lisa Federico, La responsabilidad de los funcionarios por el silencio administrativo, en Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, RAP, Buenos Aires, 2007

⁷ Cassagne Juan Carlos, Las vicisitudes del silencio administrativo En Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica.-Buenos Aires.-No. 72, Abeledo Perrot,(Abr.-Jun. 2010) p. 395/404.

forma tal que la legitimación de la organización pública se base en la capacidad de la acción pública para satisfacer las demandas sociales.

Todo esto implica priorizar la producción y entrega de bienes y servicios a los ciudadanos, siempre en el marco del principio de legalidad “y sabiendo que la función de la Administración se justifica en la medida en que sirve con objetividad los intereses generales. Perder de vista esta dimensión de servicio a la ciudadanía, supone una clara quiebra del sentido y significación de la Administración pública”⁸.

En ese contexto, la persona como individuo y como parte de una sociedad, se encuentra protegido frente a los avances injustos de los poderes públicos en su doble faz: por un lado, la Administración debe respetar a la ley; y por el otro el legislador debe respetar a la Constitución, a las Convenciones de Derechos Humanos y demás disposiciones supranacionales⁹.

De ahí que con razón se haya sostenido la importancia de pensar en una organización pública diferente, permeable al nuevo orden jurídico, que se ajuste al sistema jurídico de derechos humanos, que provocó un impacto de imprevisibles consecuencias¹⁰.

Como dato relevante, cabe citar la Carta Europea de los derechos fundamentales del año 2000 consagra el “derecho a la buena administración”. Su origen se encuentra en el sometimiento de la Administración Pública al Derecho, lo que requiere que el aparato administrativo se adecue a los principios generales, entre los que se encuentran, en sentido negativo, el de interdicción de la arbitrariedad y en sentido positivo, los de racionalidad, congruencia y objetividad. Ello abre un compromiso con la mejora de las condiciones de vida de las personas, orientada a facilitar la libertad solidaria de los ciudadanos¹¹.

⁸ Rodríguez Arana Muñoz Jaime, La participación en la nueva ley de medidas para la modernización del gobierno local, Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Año 5, N°5, 2005, San José de Costa Rica, p. 100

⁹ Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, FDA, Buenos Aires, T. I, III-28 y ss.

¹⁰ Gutierrez Colantuono Pablo, La Administración Pública, juridicidad y derechos humanos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 270 y ss.

¹¹ Rodríguez Arana Muñoz Jaime, El Buen Gobierno y buena administración de las instituciones públicas, Aranzadi, Madrid, 2006, p. 24/25.

Su artículo 41 prevé que: “toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”, incluyendo la obligación de motivar las decisiones.

En definitiva, estamos frente a la llamada *buena administración*, cuyo contexto está formado por una cantidad de variables sobre lo que se espera de la organización en el marco de las normas constitucionales. Por ende, es una noción que debe componerse en cada caso, sin que ello impida encontrar parámetros comunes que se conviertan en exigencias concretas para la Administración.

II. La tutela administrativa efectiva

La protección contra la inactividad administrativa implica respetar el principio del debido proceso adjetivo, expresión de la garantía de derecho de defensa del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, y de la tutela judicial efectiva prevista en los artículos 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, en los artículos 2º, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Este derecho -expresamente mencionado en la causa “Astorga Bracht”¹²- supone para la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina - “la posibilidad de ocurrir ante [...] las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas [...] decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes”, requiriendo, “por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un [...] procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una [...] decisión fundada”.

Ahora bien, la distinción entre el debido proceso adjetivo y el sustantivo, radica en que el primero está conformado por los procedimientos judiciales o administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa -referidas a la libertad individual- sea formalmente válida.

¹² CSJN Fallos 327:4185

Mientras que el debido proceso sustantivo, atiende a una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos¹³. Por ejemplo, se destaca la razonabilidad, como principio de validez universal, aplicable tanto al legislador, como al administrador, al juez, e incluso a particulares, que se incorpora a nuestro derecho como garantía, por vía del derecho norteamericano, como parte del debido proceso en sentido sustantivo¹⁴.

El concepto “adjetivo”, en comparación con las enmiendas V y XIV de la Constitución americana, alude a determinadas notas: 1) juicio oral, 2) prohibición de hacer declarar a una persona contra sí misma en causas criminales, 3) obligación del instructor de carear al acusado con los testigos, 4) prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto, 6) prohibición de afectar derechos individuales por leyes retroactivas, 7) obligación de establecer formalidades de notificación y audiencia al procesado en todo juicio o procedimiento contencioso penal, civil o administrativo¹⁵.

Es una garantía irrenunciable, que no queda satisfecha por el cumplimiento de meros formalismo exigidos por el derecho de defensa, sino que su utilidad, reviste la misma importancia que aquél. Ello implica que las decisiones de la autoridad pública deben estar fundadas y ajustadas a parámetros mínimos de razonabilidad¹⁶.

En ese marco, el objetivo del debido proceso legal es que el individuo pueda proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos. “Es decir, el proceso tiene que ser idóneo para el ejercicio y goce de los derechos. La consecución de este propósito debe guiar la interpretación de cada una de las garantías procesal que lo integran”¹⁷.

En cuanto a las garantías procesales del debido proceso adjetivo que se aplican al procedimiento administrativo, la exigencia de un control judicial sustantivo posterior de las decisiones administrativas, no releva a los órganos

¹³ Linares Juan F., Razonabilidad de las leyes, Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 11 y 12

¹⁴ Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo...op.cit., VI-28

¹⁵ Linares Juan F., Razonabilidad...op.cit., p. 26.

¹⁶ Thea Federico G., Las garantías del debido proceso en la toma de las decisiones públicas, en Suplemento La Ley- Derecho Administrativo del 22/06/09, p. 11 y ss

¹⁷ Thea Federico G., Las garantías del debido proceso..op.cit., p.14.

de la Administración a cumplir de las reglas, coincidiéndose en que la violación de ello no resulta susceptible de ser saneado posteriormente¹⁸.

A su vez, desde el punto de vista *adjetivo*, su contenido atiende al derecho a ser oído; necesario conocer las actuaciones—derecho a la vista y fotocopia de un expediente—; hacerse asistir o representar por letrado, ofrecer y producir prueba de descargo; controlar la producción de la prueba de cargo y de descargo, alegar sobre ella, presentar escritos, etc. , todo ello en forma previa al dictado de la resolución sobre los derechos o intereses que afectan o puedan afectar a la persona de que se trata. Comprende también el derecho a que la decisión que se dicte sea suficientemente motivada, resuelva todas las cuestiones propuestas y no resuelva las cuestiones no propuestas, se haga cargo de los principales argumentos del interesado, entre otros. Estos recaudos de validez del acto administrativo pueden igualmente ser encuadrados dentro de la garantía del debido proceso en sentido sustancial, o garantía de razonabilidad¹⁹.

Su vinculación con la tutela judicial efectiva -que se proyecta en el procedimiento administrativo- se resume en la idea de que se “haga justicia”, desplegándose en tres momentos: el acceso a la jurisdicción; el debido proceso; la eficiencia de la sentencia²⁰.

Asimismo, la garantía del artículo 18 de la Ley Fundamental, de la inviolabilidad “de la defensa en juicio de las personal y de los derechos”, fue completada al ampliarse el círculo de los derechos protegidos originariamente, por ejemplo con el “trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano y, más modernamente con el llamado ‘derecho a la jurisdicción’”²¹.

En esa línea argumental, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, como la doctrina, incluyeron las garantías

¹⁸ Ver en ese sentido, Thea Federico C., Las garantías del debido proceso...op.cit., p. 15/17

¹⁹ Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo,...VI-30/31

²⁰ Canosa Armando, El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo, en Procedimiento y Proceso administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 50

²¹ Cassagne Juan Carlos La tutela judicial efectiva, en Tratado de Derecho Procesal Administrativo, T.I, P.96.

comentadas en el citado artículo 18, las que fueron potenciadas por la recepción de la tutela judicial efectiva.

Este enfoque obedece a que no obstante la similitud con las garantías clásicas, dicha tutela se caracteriza por su mayor amplitud, “no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena administración proyectándose también al procedimiento administrativo”. Los matices que permiten diferenciarlas comprende tres aspectos, ya que la tutela judicial efectiva apunta a: 1) eliminar las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, 2) impedir que a consecuencia de formalismos procesales, ámbitos de la actividad administrativa queden inmunes del control judicial y 3) asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción²².

Dentro de su núcleo esencial se incluyen 5 elementos: a) el derecho de acceso a la justicia; b) el derecho a formular alegatos de sus pretensiones; c) el derecho a presentar pruebas; d) el derecho a solicitar protección cautelar, mientras se espera al dictado de la sentencia; e) el derecho a la ejecución del fallo²³.

En definitiva y siguiendo al profesor español González Pérez, esta tutela como un derecho inherente a la persona humana, que le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer, cuya existencia es independiente de que figure en declaraciones de derechos humanos, pactos internacionales, constitucionales y leyes²⁴.

Por otra parte, cabe recordar que en los sistemas de protección de los derechos humanos, el acceso a la justicia se funda en diversas disposiciones convencionales; por ejemplo los artículos 6.I del CEDH; 8.I de la CADH vinculados al derecho a ser oído, el reconocimiento de debidas garantías en juicio, el derecho a disponer de un recurso efectivo y específico para tutela de los derechos humanos contemplados en los artículo 13 del CEDH y 25 de la CADH.

²² Cassagne Juan Carlos La tutela judicial efectiva..op.cit.,p. 97

²³ Hernández-Mendible Víctor R., Los derechos fundamentales procesales en Derechos Humanos en Ibero-América (coord..José R. Olivós Campos), Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, México, 2010, p. 547 y ss.

²⁴ Gonzalez Pérez Jesús, El derecho a la tutela jurisdiccional, Civitas, 3º edición, Madrid, 2004, p.26.

Con esos fundamentos, se reconoce que el acceso a la justicia es el derecho de todo individuo a accionar los recursos necesarios en tutela de sus derechos, persiguiendo una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida en plazo razonable, ante un órgano imparcial, independiente, mediante un proceso ajustado a garantías de defensa e igualdad de condiciones de las partes²⁵.

En consecuencia el recurso que se precie de efectivo, no se limita al recurso judicial²⁶, aun cuando siempre deba cumplir con las garantías del debido proceso; tampoco su efectividad depende de un resultado favorable para el interesado²⁷, pero la decisión debe ser ejecutable²⁸.

Para cumplir con la CADH²⁹ dicho recurso debe ser rápido, sencillo y eficaz, y así lo entendió la Corte Interamericana al interpretar que no basta con la existencia formal de recursos, pues deben ser efectivos e idóneos, no revistiendo tal condición los que resultan ilusorios por las condiciones del país o la circunstancia de ciertos casos³⁰. Complementando estos criterios, dicho Tribunal se pronunció en el sentido de que los recursos deben tramitar conforme todos los requisitos que permiten proteger, asegurar o hacer la titularidad del ejercicio de un derecho, en síntesis debe estar presente el debido proceso³¹.

La importancia de los fundamentos que venimos exponiendo, confirman su aplicación plena en todo procedimiento que aplique un órgano administrativo e incluso los que se desarrollen en los órganos legislativo y judicial³².

²⁵ Acosta Alvarado Paola Andrea, Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Externado de Colombia –Temas de Derecho Público Nº 78- Bogotá, 2008, p.13/14.

²⁶ En la jurisprudencia del TEDH: Casos Leander vs.Suecia del 26 de marzo de 1987; Droogenbroek vs.Bélgica del 24 de junio de 1982; Unión de Soldados Democráticos de Austria y Gubi vs.Austria, del 19 de setiembre de 1994; Soering vs. Reino Unido del 7 de julio de 1989.

²⁷ TEDH: Casos Costello-Roberts vs. Reino Unido, del 25 de marzo de 1993.

²⁸ Acosta Alvarado Paola Andrea, Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos...op.cit.,p. 15/16.

²⁹ Seguimos el análisis que formula Acosta Alvarado Paola Andrea, Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos..op.cit., p.16/17.

³⁰ CIDH: casos Acevedo Jaramillo y otros vs.Perú, del 7 de febrero de 2006; Acosta Calderón vs.Ecuador, del 24 de junio de 2005.

³¹ CIDH: casos Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, del 17 de junio de 2005; Herrera Ulloa vs.Costa Rica del 2 de julio de 2004.

³² Canosa Armando, El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo..., p. 53

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha confirmado este criterio en varias oportunidades³³, puntualizando que todos los órganos estatales deben cumplir con el debido proceso legal tanto en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, como administrativas y legislativas³⁴.

Una breve referencia al régimen nacional argentino, nos remite al Decreto-Ley 19.549 (denominado Ley Nacional de Procedimientos Administrativos –LPA) que reconoce el debido proceso adjetivo, incluyendo el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y a obtener una decisión fundada.

El derecho a ser oído se concreta con la posibilidad de exponer las razones de las pretensiones y defensas de los particulares antes de la emisión de los actos que se refieran a sus derechos, mediante la interposición de recursos, reclamos o cualquier otra petición.

Se trata de la materialización del derecho de peticionar ante las autoridades.

Las proyecciones de este principio, lleva a que la participación que implica la defensa, deba ser oportuna, y por lo tanto, previa al dictado del acto y también posterior a la etapa recursiva. Esta exigencia se extiende a todo aquel que no siendo parte originaria del procedimiento, sea citado o se presente en forma espontánea, cuando estime que el acto a dictarse puede afectar sus derechos³⁵.

Asimismo, este subprincipio se relaciona con la publicidad y el instituto de la vista, es decir el acceso irrestricto al expediente administrativo por parte del interesado. Ella tiende a asegurar al particular tanto el derecho al debido proceso legal adjetivo, desde el punto de vista garantístico, como el control preventivo de legalidad que asegura el fin de interés público que persigue como

³³ Opinión Consultiva OC-11/90 (supra nota 2, p.28) Casos: Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C-Nº71, p.70; Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 2 de febrero de 2001, Serie CNª 75, p. 125; Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C Nª 74, p. 103.

³⁴ Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia del 19 de setiembre de 2006, Serie C, Nª 151. P.120 y 122

³⁵ Canosa Armando, El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo..., p. 58

objetivo inmediato y directo la actividad administrativa, desde el punto de vista del régimen exorbitante o de la justicia legal³⁶.

Por otra parte, el particular tiene derecho a probar los hechos en que sustenten tácticamente su pretensión, lo que se complementa con el deber de la Administración de producir la prueba que resulte necesaria para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, todo ello conforme con el artículo 1° inc. f) de la Ley 19.549 y el artículo 48 de su reglamento.

Este aspecto comprende: a) el ofrecimiento y producción de prueba con anterioridad al dictado del acto; b) el control en la producción de la prueba; c) la presentación de alegatos.

Por ello, el debido proceso adjetivo no se agota con la posibilidad de ser oído y producir prueba, sino que exige que la Administración decida en forma fundada la cuestión propuesta, debiendo considerar los principales argumentos expuestos por el particular, en tanto fueren conducentes para la resolución del caso. Adelantamos, que se corresponde directamente con la obligación de resolver que pesa sobre la Administración.

Si el administrado tiene el derecho a que el poder público se pronuncie con relación a sus peticiones, la Administración tiene el deber de hacerlo. Si ello se omite, se viola aquel derecho³⁷.

III. Reflexiones acerca de la petición, la defensa y los plazos.

Los problemas de la lentitud de los trámites y la lesión que ello produce, está presente, como lo indica Gordillo, desde tiempo inmemorial en el derecho, pero ha comenzado a preocupar especialmente porque “los Gobiernos toman conciencia de que la atracción de inversiones pasa de forma prioritaria por dotarse de una Administración eficaz.”

A su vez, la calidad y eficiencia de la revisión judicial depende de la calidad y eficiencia de la actividad administrativa; por eso si la justicia solo sana los vicios administrativos —creyendo con ello ser más eficaz y expeditiva,

³⁶ La vista está prevista en el artículo 38 del Reglamento de la LPA (aprobado por Decreto 1759/72- t.o.1991-) instituye esta figura Ivanega Miriam Mabel, Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa, RAP, Buenos Aires, 2010, Capítulo III.

³⁷ Bandeira de Mello, Celso Antonio, Curso de derecho administrativo, México, Porrúa-UNAM, 2006, 1° edición en español, p. 355.

menos formalista—perpetua las causas de su propia ineficiencia y se condena a sí misma a la revisión perpetua de actividad administrativa no fundada seriamente, no dictaminada seriamente. Ese estilo colaborativo y comprensivo frente a una organización vertical que como tal siempre tiene tendencia y mentalidad autoritaria lo único que logra es que la Administración no la respete y luego ni siquiera cumpla sus sentencias, multiplicando la ineficiencia del sistema³⁸.

La prolongación en la tramitación de los asuntos obliga, entonces, a una visión reflexiva y serena sobre la importancia de los plazos o términos, tanto en la Administración como en la justicia³⁹.

Es cierto que el problema del tiempo es común a procesos judiciales, procedimientos administrativos, aun en el marco de la actuaciones de los Tribunales o Cortes internacionales. Pero, la justicia tardía no es justicia, dado que el plazo razonable es parte del debido proceso⁴⁰, lo que resulta aplicable al procedimiento administrativo en toda su extensión.

IV. Inactividad y acto administrativo.

En la línea argumental que se sigue, corresponde considerar el lógico efecto que espera quien formula una petición: la respuesta, es decir una declaración expresa de voluntad del órgano competente. Bajo esos términos - adoptando la definición de Julio Rodolfo Comadira⁴¹- el acto administrativo es el fin perseguido por el peticionante; acto cuya ausencia pone en movimiento los mecanismos constitucionales y legales protectorios.

Se ha advertido acerca de que el problema de la inactividad de la Administración frente a las peticiones de los particulares, giraba en torno a la noción que caracterizaba al proceso administrativo, básicamente, como un proceso revisor. Ello porque si para tener acceso a la jurisdicción es

³⁸ Gordillo Agustin, Tratado...op.cit., T.4, VIII-1/2.

³⁹ Gordillo Agustin, Tratado...op.cit., T.4, VIII-1/2.

⁴⁰ TEDH: Casos Moreira Azevedo c.Portugal, del 23 de octubre de 1990, Vargas Areco vs.Paraguay, del 26 de setiembre de 2006.

⁴¹ "Declaración unilateral de la voluntad de un órgano administrativo o ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen exorbitante de derecho privado, que produce efectos individuales, directos e inmediatos en relación a terceros". Comadira Julio R, Ley de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2002.

normalmente necesaria la existencia de un acto administrativo previo, a la Administración le resulta fácil impedirlo a través de una actitud omisiva, es decir la falta de pronunciamiento expreso y formal.

Por eso, las legislaciones han previsto diversas técnicas y medios coercitivos a fin de que el particular pueda defender sus derechos, y no quedar desprotegido frente a la inactividad⁴².

Sin perjuicio de que la inactividad administrativa es analizada a la luz de los principios del procedimiento, el deber de la Administración de resolver se vincula con los elementos esenciales del acto administrativo, por ejemplo la competencia y la motivación. En este último caso, aun existiendo un acto expreso, puede configurarse una reprochable omisión administrativa, si no se encuentra debidamente fundado, pues resulta insuficiente una mera y formal contestación, que no refleje en forma clara y precisa la voluntad de la Administración, basada en los antecedentes de hecho y derecho y la finalidad perseguida.

En este caso, un aspecto de la inactividad administrativa (resolución no fundada) produce un vicio en el elemento motivación, que acarrea para la legislación nacional argentina, la nulidad absoluta del acto administrativo, en los términos del artículo 14 inciso b) de la LPA.

La regla tradicional ha sido que la autoridad decide sola y sin compartir el poder, pero consciente de que se dirige a personas, es decir seres dotados de razón y libertad, por lo que busca la obediencia de ellas y para lograrlo -en la vía de la democracia- no desprecia la oportunidad de explicar los procedimientos que siguió, los elementos del problema, los motivos que llevara a adoptar una solución y descartar otras. En esta práctica, y gracias a la vida democrática, Jean Rivero señala que el administrado deja de ser una cosa para transformarse en una persona. Esta explicación puede revestir múltiples formas, la más clásica y jurídica es la motivación de la decisión⁴³.

Este elemento del acto administrativo es una manifestación concreta de la transparencia.

⁴² Grecco, Carlos M., M., Sobre el silencio de la Administración", La Ley, 1980-C, 778

⁴³ Rivero Jean, A propósito de la metamorfosis...p.92.

Como señala Gordillo, en el pasado sólo se trató de una exigencia jurídica de que el acto contuviera una “motivación” o explicitación de sus fundamentos; hoy es “también una exigencia política, un deber jurídico y político, social y cultural, de explicar al particular por qué se le impone una norma y hay que convencerlo”. Si no se le explica satisfactoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder y de la eficacia en el cumplimiento de la decisión que lo afecta.

Por sobre todo, no se tratan de meras declaraciones de tipo general, o alocuciones dogmáticas, sino de brindar verdaderas explicaciones⁴⁴.

V. La figura del silencio administrativo

En el derecho, el silencio traduce la ausencia de la voluntad administrativa expresa, la ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que a ciertos efectos, aquella se ha producido con un contenido negativo-desestimatorio o positivo-afirmativo⁴⁵.

El silencio en sí mismo es irrelevante para poseer significación jurídica. Para que pueda ser interpretado en algún sentido (positivo, negativo o en su caso como presupuesto procesal de la demanda) debe existir una norma expresa y concreta que le impute cierto efecto jurídico⁴⁶.

Esta figura se instituye a favor del particular, cuando el órgano competente para decidir no lo hace en tiempo y forma, como una especie de sanción o castigo a quien omitió actuar conforme a derecho.

Es frecuente que la Administración no resuelva los planteos de los particulares, ni a favor ni en contra. El ciudadano se encuentra, en la mayoría de las veces, ante un silencio, incluso transcurridos los plazos legales obligatorios que tiene la Administración para resolver una petición o para la realización de los trámites tendientes a la formación de la decisión administrativa (dictámenes, traslados, informes, intimaciones, etc.).

⁴⁴ Gordillo Austin, Tratado...op.cit.,T.I; II-23

⁴⁵ García de Enterría Eduardo-Fernández Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo I, Thomson-Civitas, 13º edición, Madrid, 2006, p.600

⁴⁶ Comadira Julio R, Ley de Procedimientos Administrativos, op.cit., p.219.

A ello se agrega que, en la práctica, los funcionarios públicos no son cuestionados por su inercia, pues por lo contrario muchos consideran comprometida su responsabilidad en el caso de resolver tales pretensiones. Además, en varias oportunidades, los que deben decidir prefieren que el “problema” lo resuelva la próxima administración o, el funcionario que le suceda. Todo contribuye, a que los ciudadanos se acostumbren al silencio de la Administración⁴⁷.

Por eso en esa línea de pensamiento, esta figura es el reconocimiento del fracaso del ordenamiento jurídico para hacer cumplir a la Administración, una obligación que ese ordenamiento le impone: resolver y notificar en tiempo y forma. Se trata de un fracaso porque a pesar de que no cesa la obligación de resolver se termina por claudicar ante su incumplimiento.

Y ello a pesar del incremento de los niveles de exigencia hacia la Administración⁴⁸.

El silencio tiene carácter facultativo para el administrado, tratándose de una garantía establecida en su beneficio⁴⁹. Ello es lógico en la medida que su configuración no traduce un acto administrativo presunto, como veremos.

En la Unión Europea además de la Carta de Derecho Fundamentales, existen disposiciones que regulan situaciones de silencio en determinadas materias comunitarias: vgr. la Directiva 80/68/CEE que prevé el silencio negativo en cuanto a la protección de aguas subterráneas contra la contaminación causada por sustancias peligrosas. También se ha recomendado la “sustitución de la necesidad de una resolución formal por procedimientos de aprobación basados en el silencio administrativo, con arreglo al cual se considera que la falta de respuesta de la Administración transcurrido un determinado plazo, implica la aprobación de la solicitud” (Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas 90/246/CEE). Si bien esa recomendación se orienta a reducir los márgenes de intervención administrativa en ciertos sectores, sustituyendo la autorización administrativa obligatoria por una comunicación

⁴⁷ Cassagne Ezequiel, El control de la inactividad formal de la administración, LA LEY 19/05/2010, 1.

⁴⁸ Macías Castaño José María, El silencio administrativo. Su actual regulación y conflictos procesales, en Estudios QDL, Madrid, octubre 2002, p. 60.

⁴⁹ Tawil, Guido S., Administración y Justicia, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 296.

previa, se critica que en vez de reforzar la obligación que tiene aquella de expedirse en forma expresa, se termina como sustituir o eliminar a la resolución administrativa⁵⁰.

En la legislación de la República Argentina -el artículo 10º de la LPA- se prevé: *El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.*

De la disposición transcripta surge que la denominación “silencio administrativo” no es aplicable a los supuestos de inactividad del particular en el procedimiento, situación que sí puede dar lugar a la caducidad de éste⁵¹.

La asimilación del silencio y la ambigüedad ha sido criticada por responder a supuestos diversos. En el primero caso se ha omitido el pronunciamiento expreso, mientras que en el segundo caso se supone la existencia de una resolución aunque equívoca⁵².

En la LPA el silencio no opera de pleno derecho, es necesaria la actividad del particular a través de la interposición del pronto despacho. Esta intervención activa es una condición ineludible en los términos de la ley para que el silencio se opere⁵³, lo que también refleja que es una facultad del particular hacer uso de este instrumento legal.

Destacamos que el silencio negativo, es una ficción legal de consecuencias procesales, para contrarrestar los perjuicios que origina la demora “sine die”, del órgano administrativo, en decidir las cuestiones planteadas por el particular.

⁵⁰ Macías Castaño José María, El silencio administrativo...p.60

⁵¹ Comadira Julio R, Ley de Procedimientos Administrativos...op.cit., p.218/219

⁵² Barra, El amparo por mora de la Administración en Estudios de derecho administrativo, Edit. Cooperadora de Derecho y Cs. Sociales, T. I, Buenos Aires, 1975, p. 11.

⁵³ CSJN Fallos 304:651.

El carácter negativo, se funda en elementales razones de conveniencia práctica y de sana administración, ya que basta pensar en las consecuencias que podrá tener un patrón general inverso a ese efecto: se considerarían acogidos favorablemente un sinnúmero de pedidos no analizados por la Administración⁵⁴.

La atribución de ese valor negativo impidió que la Administración eludiera el control jurisdiccional con solo permanecer inactiva, y que el particular al carecer de un acto expreso el cual impugnar de resultarle adverso, viera imposibilitado su acceso a la justicia. Esta fisura del sistema de garantías es la causa y el origen de la técnica del silencio, instaurada en Francia por primera vez mediante Ley de 17 de julio de 1900⁵⁵.

Incluso se entiende que “el silencio negativo es el que verdaderamente debe estudiarse como garantía a favor del particular”, cuya finalidad no es otra que facilitar a éste que inició un procedimiento el acceso a una posterior ulterior. Nunca podrá tomarse como una manifestación tácita de voluntad administrativa, pues no hay manifestación alguna⁵⁶.

Existe una ausencia total de actividad volitiva de la Administración, por lo tanto la voluntad de ésta se encuentra excluida, no hay acto de sentido desestimatorio⁵⁷.

La excepción es el silencio positivo –en la LPA así lo indica el citado artículo 10º- donde sí ese configura una manifestación de voluntad por presunción legal, a contrario del supuesto de efecto negativo. Acá tampoco hay declaración tácita, donde hay que interpretar hechos para determinar el alcance de la voluntad administrativa, en el silencio positivo no hay nada que interpretar, hay solo manifestación porque la norma lo establece⁵⁸.

Ejemplo de las consecuencias no siempre deseadas de la figura del acto presunto, fue el sistema español instituido por la Ley 30/1992 que introdujo cambios importantes en la materia. En primer lugar se alteró la regla general,

⁵⁴ Budassi Iván, Amparo por mora en Tratado de Derecho Procesal Administrativo, T. II La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 418.

⁵⁵ García de Enterría Eduardo-Fernández Tomás Ramón, Curso....op.cit., p.601

⁵⁶ Canosa Armando, Procedimientos...p. 369 con cita de Jesús González Pérez en nota 196.

⁵⁷ García de Enterría Eduardo-Fernández Tomás Ramón, Curso....op.cit.p. 499

⁵⁸ Canosa Armando, Procedimientos...p.371.

reconoció el silencio positivo como principio general y al silencio negativo como excepcional. Pero la innovación trascendente consistió en que el silencio –con sus efectos positivos o negativos- pasaba a configurar un acto administrativo presunto, exigiendo la ley la certificación del silencio, cuya virtualidad se limitaba a la eficacia del acto producido por el mero transcurso del tiempo, entrando ello en contradicción con la posibilidad que se ofrecía a la Administración de resolver hasta el momento de la emisión de la certificación o del transcurso del plazo para hacerlo. Esta regulación que en la práctica se hizo merecedora de una intensa discusión doctrinal y jurisprudencial fue objeto de la reforma de la Ley 4/1999 vuelve a los orígenes instituyendo el silencio negativo como ficción de acto que habilita al interesado para acudir a la vía del recurso, sin excluir el deber de la Administración de resolver en forma expresa. El silencio positivo, da origen a un acto presunto vinculante para aquella que sólo podrá resolver expresamente reiterando el contenido del acto⁵⁹.

Retomando los criterios de la regulación nacional argentina, cabe señalar que la aceptación del silencio negativo en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se basa en que la denegación por silencio es una herramienta que el ordenamiento utiliza, para que el particular pueda accionar judicialmente ante el incumplimiento de la Administración. Pero de ningún modo transforma el silencio en una manifestación de voluntad; sencillamente no actúa, es decir, deja transcurrir el plazo sin resolver.

“En este marco, constituiría una exigencia desmedida y violatoria del derecho de defensa, pretender que el particular esté obligado a considerar denegada su petición por el solo vencimiento del plazo, toda vez que el silencio es un derecho que le asiste para paliar la omisión administrativa y cuya inobservancia revierte en su perjuicio, agravando el daño ocasionado por el incumplimiento de la Administración”⁶⁰.

Y así, insistió en que “ el silencio de la Administración no vale como consentimiento tácito de los órganos estatales ya que se trata de una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad, pues

⁵⁹ Macías Castaño José María, El silencio administrativo...p.61

⁶⁰ CSJN Fallos 324:1087 (remisión de la Corte al dictamen de la Procuración Fiscal)

salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo (...). Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmación necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario (Fallos: 308:618, considerando 8° y su cita)”⁶¹.

De acuerdo al artículo 23 de la LPA, podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: *inc. c) cuando se diere el caso del silencio o ambigüedad previstos en el artículo 10.*

Estamos frente a las simples peticiones, no a los supuestos de pretensiones recursivas en las que se aplica la solución legal indicada precedentemente. En los casos del mencionado artículo 23, para que se configure el silencio que habilita el acceso a la justicia debe estarse a los plazos establecidos en el artículo 10 y a la exigencia de la solicitud de un pronto despacho en sede administrativa.

Este supuesto se aplica también al denominado “reclamo impropio”, impugnación prevista en el artículo 24 de la LPA, para los actos administrativos de alcance general⁶².

En el caso que resulte necesario el agotamiento de la vía administrativa, transcurrido el plazo para resolver, el silencio de la Administración se configura automáticamente, sin necesidad de pedido de pronto despacho.

En todos estos supuestos, no existe plazo de caducidad para accionar judicialmente.

Este plazo⁶³ -que representa una verdadera carga para quien recurre- en principio, se encuentra previsto cuando existe resolución expresa de las

⁶¹ CSJN Fallos: 321:1784, criterio que reitera en Fallos: 329:972

⁶² **Artículo 24.** *El acto de alcance general será impugnable por vía judicial: a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10. b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.*

⁶³ **Artículo 25.** *La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria; c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación,*

peticiones de los particulares, por lo tanto es incompatible dicha exigencia con la naturaleza del silencio que fue instituido a favor del particular.

El artículo 26 establece que *la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiriera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.*

Dejamos para otra oportunidad, el complejo marco de la reclamación administrativa previa luego de las modificaciones introducidas por la Ley 25.344 (artículos 30 y 31 LPA)⁶⁴, en el cual operado el silencio respecto de la decisión sobre dicha reclamación, el particular tiene el deber de iniciar acción judicial dentro del plazo del artículo 25 de la LPA.

VI. Reflexiones finales: el derecho de petición y el deber de resolver

El artículo 14º de la Constitución Nacional argentina consagra el derecho de presentar solicitudes de todo tipo ante los poderes estatales, los denominados órganos extrapoderes, organismos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública y los prestatarios de servicios públicos. Encuentra su límite en el artículo 22 de la Constitución Nacional que

desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa; d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado. Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas.

⁶⁴ **Artículo 30.** *El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas.* **Artículo 31.** *El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.*

impide autotitularse representante del pueblo para requerir acciones de poderes públicos, lo que no obsta a la admisibilidad de las peticiones colectivas⁶⁵.

Este derecho tiene un amplio contenido, que debe incluir no solo la simple petición, sino también la posibilidad que tienen los individuos de contar con un recurso efectivo para proteger los derechos humanos; parte esencial del derecho de acceso a la justicia.

Esa disposición se complementa con el artículo 18º (derecho de defensa) de la Ley Fundamental y, en particular con el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que prevé: “toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

Por lo tanto, del derecho a peticionar a las autoridades públicas se deriva, lógicamente, el derecho del administrado a obtener una decisión expresa, de lo contrario aquel se volvería ilusorio.

En síntesis, es innato a los principios que venimos comentando y a la legalidad administrativa, que los órganos estatales resuelvan las peticiones que formula el particular –cualquiera sea la naturaleza o denominación que éstas contengan-, en tiempo y forma. Se trata en definitiva, de cumplir con la competencia asignada, fundada en el interés público que el ejercicio de toda función pública supone.

Porque como se ha sostenido, el problema del silencio genera el debate de “una cuestión que conexiona, en última instancia, con el derecho de petición, [porque si] frente al derecho de petición se encuentra la obligación de resolver...la doctrina del silencio de la administración imbrica decididamente dentro de los límites del ejercicio del poder político y del cuadro de adecuada tutela del ciudadano frente a la acción del poder público”⁶⁶.

⁶⁵ Gelli Maria Angelica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. Edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, T.I,p.119.

⁶⁶ Grecco, Carlos M., Sobre el silencio...op.cit.