

El Derecho Administrativo hoy. 16 años después

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS DE INTERDICCIÓN DE LA MOROSIDAD ADMINISTRATIVA: UNA NUEVA LEGITIMIDAD

ISAAC A. DAMSKY

"An old soldier never dies, he just fades away".

(Douglas MacArthur)

I. REFLEXIONES INICIALES

En mi opinión, los mecanismos para combatir la morosidad estatal previstos en el Régimen de Procedimientos Administrativos –tales como el silencio, la queja y el amparo por mora¹– se encuentran actualmente deslegitimados en tanto instrumentos orientados a obtener una decisión equitativa en tiempo razonable.

Claramente, no son más percibidos por los reales actores del sistema –sean individuos, sectores sociales o grupos económicos– como instrumentos eficaces para siquiera intentar o procurar afianzar un derecho a peticionar que –hoy, en sus actuales y reales condiciones de operatividad del sistema– se encuentra cada vez más desconectado de su correlativa obligación de resolver.

¹ Respecto del tratamiento doctrinario del silencio y el régimen de la acción de amparo por mora, creo necesario remitirme a las siguientes obras: Balbín, Carlos Francisco, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2008, 1ª edición, pp. 155/158 y 821/825; García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, 1ª edición, Tomo I: pp. 378/384 y 429/431, y Tomo II: pp. 785/793; Tawil, Guido Santiago (Director), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, 1ª edición, pp. 88 y sigs., 173/179 y 260 a 262. También, se recomienda: Vocos Conesa, Juan Martín, “La acción judicial de amparo por mora de la Administración pública”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (Coordinadores), *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, marzo de 2005, pp. 353/380.

Precisamente, es un valor compartido –elevado a la jerarquía de regla no escrita– entre el universo de particulares y recurrentes que nada mejor o peor para enfurecer a un funcionario y determinarlo a perjudicarnos o al menos a resolver en nuestro perjuicio que petitionar un pronto despacho y ni qué hablar de ocurrir en amparo por mora. De la queja no trato pues ella es, en el mejor escenario, percibida como inocua. Ni siquiera un placebo pues no genera convicción alguna. Eso sí, algo hay seguro: de optar por ocurrir mediante alguno de estos tres remedios lo único que habremos de conjurar es la poca neutralidad que a fuerza de casualidades quizás nos hubiese beneficiado.

II. ALGUNAS RACIONALIDADES DEL DERECHO DE PETICIÓN

De allí que, de este lado, el real derecho de petición se ejerza mediante prácticas sociales usualmente aceptadas –y cada vez más en boga–, que si bien resultan oficiosas, no por ello son menos efectivas: desde la paciente gestión de intereses hasta la crujiente protesta social, la realidad nos exhibe una paleta inmensamente colorida de alternativas e iniciativas concretas y eficaces en pos de la admisión de nuestras peticiones y pretensiones administrativas –jamás, por favor, procesales, si de lo que se trata es de tener éxito–. Del otro lado, los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales; el día a día en el Tribunal.

Porque si bien el derecho de petición y el deber de resolución son dos caras de una misma moneda, en la que no decidir o decidir fuera del plazo equivale a incumplimiento de una obligación –como enseña Agustín Gordillo², enseñaba Guillermo Muñoz³ y actualmente lo hace Miriam Ivanega⁴, que el derecho de petitionar se de-

² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2012, Tomo IV: p. VIII-34 y sigs., y Tomo VI: pp. I-1,3 y sigs., II-9 y sigs.

³ Ver Muñoz, Guillermo A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos 27, 1982, p. 69 y sigs.; “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, en *LL*, 1990-B, p. 891, y reeditado en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos Manuel, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 675 y sigs. En sentido concordante: Grecco, Carlos Manuel, “Sobre el silencio de la Administración”, en *LL*, 1980-C, y reeditado en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos Manuel, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 259 y sigs.

⁴ Ivanega, Miriam, “Remedios legales contra la mora de la Administración”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 339:197, Jornadas rosarinas de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Antonio Pedro Chede, Rosario, Buenos Aires, Ediciones Rap, junio de 2006, y “Algunas cuestiones sobre el amparo por mora”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 1681. Ver también de la autora: *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Argentina*, Buenos Aires, LexisNexis –UCA, 2007, y en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, julio/diciembre de 2008; y “La ética pública: contenido y límite de la discrecionalidad administrativa. El rol de los controles administrativo y judicial”, inédita, conferencia brindada en México, 25 y 26 de junio de 2009.

biera corresponder con la obligación estatal de pronunciarse, dada la relación jurídica originada a partir de la presentación del interesado –pues, de lo contrario, estaríamos frente a un derecho cuyo ejercicio se extinguiría con la presentación formal–, y si bien todo lo anterior corona en la pacífica descalificación del silencio como un comportamiento antijurídico⁵, tal como uniformemente lo proponen la doctrina y jurisprudencia especializadas, la realidad opera de manera inversa⁶.

Impera en nuestra cultura administrativa un culto al silencio, al secreto, la reserva, al sigilo, y no a la publicidad o al pronunciamiento. Como explica Gordillo en su “Administración paralela” (reeditada en el Tomo VI de su *Tratado*, Buenos Aires, FDA, 2012), el funcionariado percibe que lo correcto, lícito y debido es ser celoso guardián de toda *ratio* administrativa de manera de limitarse a resolver a cuentagotas y sólo cuando sea estrictamente necesario, pues lo contrario puede “comprometerlo”⁷.

Y, entonces, vemos que esta valoración, esta *ratio*, funge en nuestro caso como la verdadera forma social adecuada de un derecho no escrito, me refiero al culto al silencio, pero que si bien no emana del Estado, genera la convicción de que cualquier disposición en contrario es cuanto menos irrealizable y, por ello, ilegítima: “no se

⁵ Ver Muñoz, Guillermo A., “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, *op. cit.*, pp. 680/682: “Cuando el particular dirige una petición a los órganos públicos, genera una especial relación jurídica con la Administración; una relación procesal, formal, que puede corresponderse o no con una relación o función material de la Administración. Aclarado este aspecto, reitero que la profusión de técnicas para corregir la inactividad administrativa planteó el problema de armonizarlas [...] Tanto la orden de pronto despacho como el silencio son técnicas creadas para contrarrestar la inactividad formal. Ambas requieren, para su procedencia, la petición de un particular que no obtiene respuesta en sede administrativa [...] El silencio sólo tiene sentido desde la óptica del proceso, su existencia viene anudada al requisito del acto previo. El amparo por mora se fundamenta en el derecho de los administrados a obtener una resolución expresa, que opera como correlato del deber de resolver”.

⁶ No es osado afirmar que los institutos bajo análisis operan en la realidad como mecanismos promotores de la indefensión del particular. Nada mejor, entonces, que releer esa brillante apertura con la cual Agustín Gordillo comienza la exposición de su célebre “La Administración paralela, el parasistema jurídico administrativo”, pues grafica el marco dentro del cual se inscriben los problemas y reflexiones de mi presentación. Dice el autor: “La indefensión del administrado frente a la Administración asume a veces formas insospechadas en el plano teórico, pero dotadas de suficiente realidad en el plano práctico como para merecer algún comentario. Se trata de indefensión no sólo frente a las normas jurídicas formales, sino frente a las normas y procedimientos que rigen en la práctica pero que no están establecidos en ninguna norma, o que incluso contrarían expresas normas vigentes: El particular que no esté habituado a tratar con la Administración se desorienta en mayor medida aún, y no atina siempre a elegir el método adecuado de comportamiento a seguir frente a tales circunstancias. Existe así un procedimiento administrativo paralelo al formal, como también una organización administrativa informal que no siempre coincide con la que el organigrama indica” (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo VI: “La Administración paralela, el parasistema jurídico administrativo”, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª edición, p. AP-I-1).

⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo VI: “La Administración paralela, el parasistema jurídico administrativo”, *op. cit.*, p. AP-II-9.

sabe cómo ni por qué pero el funcionariado tiene conciencia de que la conducta esperada de él por la sociedad en la que se encuentra no es en absoluto la descrita en la ley, sino aquella que sin ninguna dificultad aprehende de sus superiores y compañeros de trabajo; que –por otra parte– es exactamente la misma con la cual se debe enfrentar en cuanto administrado frente a otras reparticiones”⁸.

A ello se agrega otro dato que contribuye a explicar el imperio del silencio por sobre la obligación de resolver y la deslegitimidad actual que le apuntamos a los mecanismos de conjuro de la morosidad administrativa, los que –además– permanecen extrañamente aún desconectados de la hermenéutica de los derechos humanos, tal como ilustra el desarrollo jurisprudencial de la última década. En especial, la trascendente declaración de inconstitucionalidad del Artículo 31 de la Ley N° 19.549 en cuanto exige el cumplimiento del requisito previsto por el Artículo 25 una vez vencido el plazo posterior al pedido de pronto despacho formulado en el reclamo administrativo previo, en el caso “Biosystems” sentenciado por la Sala III de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo⁹.

Pero volvamos a este dato, que es el siguiente: resulta ser –según explica Gordillo en su reedición de la “Administración paralela”– que “la Ley de Procedimiento Administrativo, aún hecha con el mejor criterio jurídico, no se cumple eficazmente sino en aquello que tiene de limitativo para el particular y de atribución de potestades para la Administración pública”¹⁰. Aquí llegamos a la válvula de escape de la ley: el punto de fuga de la legitimidad del sistema. Porque “en cuanto la ley introduce criterios de [...] defensa del administrado o control de la actividad administrativa, la realidad en general muy poco recoge de los nuevos preceptos. Resulta de ello que subsiste un procedimiento administrativo real, con reglas y principios que conocen y manejan los que se especializan, por ejemplo, en gestiones o trámites ante la Administración pública, y un procedimiento administrativo legislado que en parte coincide con aquél y en parte no. Es como si fueran dos círculos parcialmente superpuestos; en cuanto ambos círculos se cortan, tenemos normas que son al propio tiempo legal, círculos que no tienen de contacto, cada uno tiene normas que son ajenas al otro. Hay así normas legales que no se cumplen y normas reales que no están en la ley”¹¹.

⁸ Ídem, p. AP-II-10.

⁹ Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala III, “Biosystems S.A. c/ EN – M° Salud – Hospital Posadas s/ contrato administrativo”, sentencia del 18-4-2011. Ver también: CSJN, “Ávila, Félix Esteban c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ Artículo 3° Ley N° 24.043”, del 26-3-2009; CSJN, “Exolgan S.A. c/ Administración General de Puertos s/ proceso de conocimiento”, del 11-6-2003.

¹⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo VI: “La Administración paralela, el parasistema jurídico administrativo”, *op. cit.*, p. AP-II-7.

¹¹ Ídem, pp. AP-II-7 y 8.

Y esto se ve claramente en las actuales condiciones de operatividad del derecho de petición o, mejor dicho, como lo llama la Profesora Miriam Ivanega, aquí nos encontramos con la enfermedad que se procura tratar con los tres remedios brillantemente explicitados en su obra. Dice la autora: “Se optó por identificar a este trabajo con el término ‘remedios’. Y esto es así porque entendemos que las figuras analizadas tienen por objeto ‘producir un cambio favorable en las enfermedades’ de la organización administrativa. Las enfermedades de la Administración la trascienden y proyectan sus efectos fuera de ella, perjudicando a los particulares en el ejercicio de derechos y garantías. Por eso, los ‘remedios’ aquí abordados sólo constituyen paliativos para disminuir los efectos nefastos que producen las anormalidades de la organización pública. Esto es así porque en realidad son instrumentos que atacan el síntoma (la mora) sin curar la enfermedad, es decir, producen una cura parcial o relativa en relación al afectado directo: el ciudadano. En definitiva, sin dejar de valorar los mecanismos legales abordados, lo cierto es que el problema de la mora obedece a causas tan arraigadas y antiguas como la Administración misma. Y si bien ello ya conforma nuestra idiosincrasia, no podemos soslayar la progresiva degradación de las estructuras y de los mecanismos de gestión y control, que ponen en riesgo el cumplimiento de los fines estatales y que, en lo particular, van tendiendo a que la mora administrativa de ser un síntoma pase a convertirse en una enfermedad crónica”¹².

De allí que la fenomenología expuesta evidencia un procedimiento administrativo de la *realidad* (el construido a partir del sigilo del funcionario *vis a vis* la cautela del peticionante, cara y ceca de una misma moneda percibida como única opción eficaz para la realización de los derechos e intereses) y un procedimiento administrativo *legislado* cuyo único punto de coincidencia con aquél, en el tema bajo tratamiento, reside en la previsión normativa de la denegatoria ficta del silencio.

Es que, insisto entonces, la pervivencia de este instituto de la denegatoria ficta en el sistema legal y judicial nacional –sólo posible por su aún inexplicable desconexión con la hermenéutica supranacional de los derechos humanos–, al validar la percepción en nuestro universo de operadores jurídicos de que el acierto reside en el silencio y que éste sólo se conjura mediante mecanismos persuasivos que van desde sutiles gestiones de intereses hasta brutales protestas sociales, mina la credibilidad de los tres “remedios” tradicionales y lamentablemente los degrada –las más de las veces– al triste rol de los placebos¹³.

¹² Ivanega, Miriam, “Remedios legales contra la mora de la Administración”, *op. cit.*, acápite VI: “Conclusión”. Ver también de la autora: *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Argentina*, *op. cit.*; y “La ética pública: contenido y límite de la discrecionalidad administrativa. El rol de los controles administrativo y judicial”, *op. cit.*

¹³ Es que uno de los núcleos del problema que planteo finca en el incentivo negativo que comporta la pervivencia de la denegatoria ficta dentro del instituto del silencio por operar como válvula de escape de la obligación jurídica de resolver. Es decir, por ser una norma “irrazonablemente disvaliosa”. De nada

Aclaro que adscribo a la categoría de “remedios” en la cual Ivanega calificó a los mecanismos de combate de la morosidad administrativa, por compartir con ella que las figuras del amparo por mora, silencio y queja debieran servir a la *ratio* de “producir un cambio favorable en las enfermedades” de la organización administrativa.

III. LA CUESTIONABLE TÉCNICA DE LA DENEGATORIA FICTA Y SUS INCENTIVOS NEGATIVOS

Dicho todo lo anterior, tengo para mí que el régimen jurídico del silencio administrativo y, especialmente, el sistema de la denegatoria ficta no se adecuan a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por erigirse en un incentivo normativo negativo que erosiona a la obligación jurídica de resolver contenida en el Artículo 1º, inciso e), apartado f) del Régimen de Procedimientos Administrativos. Siendo así se constituye en campo fértil para que se produzcan prácticas administrativas funestas, plagadas de ignominias y retardos —e inclusive muchas veces rayanas con la corrupción—, tales como la que en la jerga se denomina “cajoneo”.

Todo esto nos advierte de la consecuente inadecuación del régimen del silencio a los postulados de la tutela administrativa efectiva contenida en los Artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Artículo 24 de la Declaración

vale reconocer el derecho fundamental a la buena administración ni especificar normativamente que el debido procedimiento adjetivo comprende la obligación de resolver si luego el mismo ordenamiento tolera —mediante la denegatoria ficta— que no se resuelva. Siguiendo la lógica de Gordillo, claramente tenemos a la denegatoria ficta operando un umbral de indefensión que reduce a un marco de apartamiento constitucional, irrealidad y exceso al derecho a la resolución fundada. Explica el autor: “Los apartamientos constitucionales pueden revestir múltiples formas [...] pueden ser vacíos legislativos que implican inexistencia de medios adecuados de defensa del particular ante la Administración. Sin embargo, pensamos que existe una preponderancia, dentro de los supuestos de normas existentes y formalmente vigentes que son inconstitucionales por irrazonablemente disvaliosas, en que tal inconstitucionalidad se presenta bajo la forma de exceso e irrealidad de la norma. En efecto, se abusa al crearla de lo que razonablemente puede ser el rol orientador y paradigmático o arquitectónico del derecho. Se plantea como norma de conducta no ya lo deseable y posible, sino meramente lo humanamente imposible e irrealizable, por tanto lo que sólo puede quiméricamente ser ‘deseable’, pero no del plano de las reales conductas humanas. Relataba Bielsa que un constitucionalista brasileño, al ser consultado sobre qué reformas propondría a la Constitución, propuso lo siguiente: ‘Artigo único: Tudo brasileiro fica obrigado a ter verghona’. Se resume allí, por una parte, la irrealidad de querer todo llevarlo a una norma escrita, y por la otra, que la clave del buen funcionamiento de un sistema está no tanto en su texto como en los valores con los cuales los ciudadanos efectivamente se comporten, y que de nada vale, sin tales valores, cualquier esquema constitucional y cualquier aspiración que en el plasmemos” (Gordillo, Agustín, *Tra-tado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo VI: “La Administración paralela, el parasistema jurídico administrativo”, *op. cit.*, p. AP-II-3).

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el derecho al recurso efectivo contenido en el Artículo 2º, inciso a), apartado 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente.

Señalo que ello es así dado que estas normas supranacionales recaban de los Estados el establecimiento de mecanismos e incentivos eficaces de resolución administrativa en tiempo real, como brevemente presentaremos.

Y si de eficacia se trata tenemos, además, una inadecuación marcada por la complejidad de la telaraña jurídica del silencio porque el régimen de combate contra la morosidad administrativa prevista en el Régimen de Procedimientos Administrativos descarga sobre el particular toda la carga de demostrar el incumplimiento estatal –tal como minuciosamente expone Ivanega en su obra¹⁴–, ya que para conjurar al silencio no sólo debe aguardar plazo, pedir pronto despacho y aguardar un plazo suplementario, sino que –asimismo– debe accionar judicialmente en amparo por mora –más el deber de demostrar todos los recaudos que ameritan su procedencia– para obtener una orden judicial de pronto despacho, la cual, a su vez, redimirá la mora al concederle un plazo suplementario a la Administración para a lo sumo obtener un consabido acto administrativo de rechazo.

Entonces, por sus condiciones operativas, cuadra recrear los señalamientos del destacado Profesor Guillermo Muñoz cuando enseñaba que el régimen jurídico de conjura al silencio tiene mucho de espejismo: sería sólo una apariencia de garantía pues el juez, quien de por sí se encuentra sobrecargado de trabajo y que por ello enfrenta severos condicionamientos para sentenciar en tiempo razonable, le va a exigir a la Administración que cumpla algo que él tampoco puede cumplir. Es que, precisamente, ya hace más de veinte años atrás este destacado autor nos advertía de una realidad que hoy, lejos de haberse conjurado, luce como desbordante, al señalar: “[...]el número de causas contencioso administrativas viene creciendo a un ritmo vertiginoso, a un ritmo que supera las posibilidades materiales de los jueces de primera instancia cuyo atraso ya es serio. Dentro de este contexto las órdenes de pronto despacho resultan un contrasentido: el juez le ordena que la Administración haga lo que él no puede hacer. Este contrasentido crea una evanescente ilusión: quien acude a la justicia requiriendo esos mandamientos se asombra por la rapidez con que son despachados, pero cuando después vuelve a discutir el problema de fondo por las vías ordinarias se encuentra frente a otra realidad, frente a otra justicia.

¹⁴ Ampliar en: Ivanega, Miriam, “Remedios legales contra la mora de la Administración”, *op. cit.*, y “Algunas cuestiones sobre el amparo por mora”, *op. cit.*, p. 1681. Ver también de la autora: *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Argentina*, *op. cit.*; y “La ética pública: contenido y límite de la discrecionalidad administrativa. El rol de los controles administrativo y judicial”, *op. cit.*

Entonces, comienza a comprender que resultó víctima de un espejismo, cuando no de una diabólica trampa; que el amparo por mora es apenas un atajo que conduce a un callejón sin salida”¹⁵.

Esta realidad constituye un incentivo negativo, puesto que, por sus resultados, el propio sistema jurídico incentiva a no ocurrir al amparo por mora. Máxime que en el único caso para el que sería útil, esto es, para que la Administración pague lo que debe, la interpretación de la ley lo prohíbe.

El espejismo se acentúa y el incentivo negativo a usarlo llega a su punto máximo en actos a dictarse en ejercicio de potestad discrecional. Precisamente, cuando necesitamos obtener un favor de la Administración, tal como la obtención de un permiso o licencia, u otra forma de delegación de cometidos económicos, o la prórroga de una concesión vencida o la resolución de un procedimiento selectivo, jamás se nos ocurriría ir en busca de alguno de los tres remedios.

Sabido es por todos nosotros que, frente a tales supuestos, los usos aconsejan “no molestar al magistrado para pedirle aquel consuelo que por nuestra impaciencia la Administración no concedió”.

Entonces, insisto, todos sabemos que a nadie se le ocurriría jamás utilizar la vía del amparo por mora para aquellos casos en los que se encuentran en juego cuestiones vinculadas con el emprendimiento, el desarrollo o el mantenimiento de un destino o iniciativa empresaria del que dependa la suerte y fortuna de múltiples familias.

Con lo dicho, tengo que en la real operatividad del régimen legal de petición y silencio administrativo están ausentes o erosionados los estándares de la Corte Interamericana: a) de resolución expresa en tiempo razonable; b) de tramitación con diligencia y eficacia; y c) de sencillez de trámite. Claramente el sistema legal vigente, seguramente muy útil y de avanzada 40 años atrás, hoy es inadecuado¹⁶.

¹⁵ Muñoz, Guillermo A., “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, *op. cit.*, pp. 685/686, quien premonitoriamente remataba su aserto preanunciando una realidad que comenzamos a vivir pocos años después de la reforma constitucional de 1994: “Y si esto ocurre con la inactividad formal, no sé qué podría pasar si se abren las compuertas del control a la inactividad material”.

¹⁶ Me resulta imposible evitar recrear la seductora evocación que el Profesor Guillermo Muñoz hiciera respecto de la semblanza abandonica de la ley proferida por Foucault: “Tan pronto como se la mira, dijo, el rostro de la ley se da media vuelta y entra en la sombra; en cuanto uno quiere oír sus palabras, sólo consigue oír un canto que no es otra cosa que la promesa de un canto futuro. Al igual que el de las sirenas, su fascinación no nace de su canto actual, sino de lo que promete que será ese canto. Y lo que de ella escucho simplemente dice que el derecho es algo más que un mero adorno de la pasión, del interés o del prejuicio” (Muñoz, Guillermo, “Régimen Jurídico del Amparo”, conferencia dictada en la Universidad Austral, en julio de 1996, publicada en Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos Manuel, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 718).

III.1. Inconveniencias de trasladar a la sede judicial la exigibilidad de la obligación de resolver en sede administrativa

Claramente en el régimen vigente la obligación de resolver para la Administración, en concreto, recién será exigible con el dictado de la orden judicial de pronto despacho en el marco de la acción judicial de amparo por mora. Ello fue un avance trascendental 40 años atrás. Hoy ya no lo es, dada la exponencial ampliación de la tutela judicial operada a partir de la reconfiguración del plexo constitucional de 1994. Se agrega, entonces, este componente, que, insisto, hoy –a diferencia de ayer– nos enfrenta a la inadecuación del sistema: la sobreacumulación de causas en el Poder Judicial, que exige de parte de sus integrantes un esfuerzo enorme para atenderlas, ya no en plazo real porque eso es casi imposible. Los justiciables nos contentamos con que tan sólo se nos resuelva¹⁷.

Ya no pedimos del juez un plazo oportuno, eficaz porque sabemos que humanamente ellos están desbordados; hecho notorio también justificante del progresivo desarrollo de mecanismos alternativos de solución de controversias. Este dato de la realidad, reitero, viene –como explicaba Muñoz bastante tiempo atrás– a reducir a la telaraña jurídica del silencio en sólo un espejismo: se le pedirá al juez que le ordene a la Administración algo que ni ella ni él pueden cumplir. Todo parece indicar que la solución de fondo al problema de la inactividad de la Administración no puede ser alcanzada a través del control judicial porque: el funcionamiento de la justicia no es mucho mejor que el de la Administración; los derechos consagrados en las nuevas Constituciones concurren a profundizar el abismo existente entre las prestaciones prometidas y las efectivamente acordadas¹⁸.

¹⁷ Lo que no dije es que los justiciables somos igualmente responsables por este desasosiego. También aquí el luminoso pensamiento omnipresente de Muñoz quien, siguiendo a Satta, decía: “la crisis del proceso es la crisis de los jueces y de los abogados. Unos y otros han contribuido, por razones muy distintas, a crear este complejo tejido de trámites contradictorios que distancian al proceso de los fines que está llamado a cumplir, que lo muestran como una trágica caricatura de lo que debería ser”. Lapidario. Lo peor es que la admonición de este gran juez y maestro luce real. Y, para colmo, actual (Muñoz, Guillermo, “Hacia una deconstrucción de la teoría del proceso administrativo”, *op. cit.*, p. 560).

¹⁸ Muñoz, Guillermo A., “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, *op. cit.*, p. 686. Y agregaba Muñoz: “Es que el derecho tiene sus límites. Si bien puede ser un instrumento apto para corregir las ocasionales omisiones de una Administración eficiente, fracasa cuando se le pide que, en un acto de singular taumaturgia, transforme una Administración estructuralmente inepta en otra diligente y eficaz. Después de todo, las exigencias sociales no se satisfacen con fórmulas jurídicas, pues se trata de una realidad ‘rabiosamente política y social’ (Nieto)”.

III.2. Aproximaciones a la crisis de la actual formulación del silencio administrativo

Por eso, en mi opinión, hay una crisis endógena y exógena del silencio.

La primera, interna, porque las condiciones de operatividad ya no son las mismas que cuarenta años atrás por la ampliación exponencial de las situaciones jurídico-administrativas que merecen, por un lado, cobertura y pronunciamiento expreso administrativo y, por el otro, que recaban de una tutela judicial que ya dejó de ser limitada al dogma revisor y fue llamada a atender situaciones vinculadas con el restablecimiento y reconocimiento de derechos tanto individuales como colectivos¹⁹. Todo esto, al determinar deficitarias condiciones de operatividad del sistema, lo torna ineficaz.

La segunda, externa, por el incentivo negativo que comporta la pervivencia de esta telaraña jurídica, que dista de ser un sistema sencillo, para atender situaciones antes no justiciables por el orden administrativo.

Adviértase que hoy, por conducto de la especificación de derechos fundamentales y consecuente reordenamiento de potestades estatales operados por la reforma constitucional de 1994, la Administración se encuentra jurídicamente obligada a atender —con o sin acto administrativo— cuestiones de alta sensibilidad económica y social que ya han prefigurado los contornos de un verdadero derecho público social, situación ésta que antes no era tan clara²⁰.

¹⁹ Mucho se ha escrito al respecto desde variadas perspectivas, inferencias y sobre las diferentes proyecciones que provoca la necesidad de constante reconfiguración y cambio de las instituciones jurídico-administrativas para afrontar la nueva realidad. Así, desde el célebre *La crisis del Estado* del ilustre profesor italiano Sabino Cassese traducido al español, pasando por sus trabajos: *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006 y por *The rise of the Administrative State in Europe*, Milano, Giuffrè, 2010, especialmente su puntos 7° “The main features of the classical configurations” y 8° “Continuity and change”, hasta su reciente y magistral obra *El derecho global, justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2010 y en nuestro país la obra de Agustín Gordillo, especialmente los Capítulos II a II del Tomo I de su *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, hasta la reciente obra de Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre Administración pública*, México, UNAM, 2012 y el *Curso de Derecho Administrativo* del Profesor Carlos Balbín, Tomos I y II, Buenos Aires, LL, 2007.

²⁰ A modo de homenaje perpetuo me remito al pensamiento que mi entrañable maestro y amigo Germán Bidart Campos proyectó en su obra y, por eso, con él, digo: “En la actualidad, la doctrina constitucional acude mucho a la denominación de Constitución económica para referirse a las normas que la Constitución contiene en la materia [...] Guste o no aquella denominación, lo cierto es que el orden social y económico del Estado ya no es, hoy, algo ‘extraconstitucional’, sino una realidad a la que alcanzan las valoraciones constitucionales. Y cuando se habla de un Estado democrático, o de un Estado Social y Democrático de Derecho, es imposible ignorar o menospreciar todo el repertorio de pautas que se enderezan a prever el modo como la presencia de ese mismo Estado se enclava y se compatibiliza en la libertad (de trabajar, de industria, de comercio, de empresa, de contratar, etcétera), en el mercado, en la competencia, y en los derechos sociales. Áreas tan sensibles no pueden manejarse con un criterio exclu-

En este contexto, el viejo sistema no ofrece soluciones frente a la novedad plasmada en el nuevo plexo constitucional. Por el contrario, sólo es apto para desdibujar la obligación estatal de atender situaciones de alta vulnerabilidad social, ya que opera desde las rémoras de otro derecho administrativo, pasado, restringido a derechos subjetivos e intereses sólo económicos²¹.

Hoy, además, la masividad, el desarrollo de las tecnologías de la información (IT, por su sigla en inglés) aplicable a la gestión administrativa²², unido a la progresiva reconversión de la programaticidad constitucional en operatividad humanitaria con

sivamente económico [...] Las consecuencias que dimanen de admitir que la Constitución económica – o socioeconómica – se inserta en ‘el derecho de la Constitución’ y se juridiza formalmente, son múltiples. Así, es menester que todo lo que antes pudo considerarse íntegramente emplazado en relaciones jurídicas privadas se tenga ahora como propio parcialmente del derecho público; por otro lado, conviene convencerse de que la etapa del clásico liberalismo y de su constitucionalismo ya agotó su ciclo, pertenece al pasado, y demanda el complemento del constitucionalismo social; asimismo, los cambios que sobrevienen a escala mundial [...] exigen encuadrarse en el marco del Estado Social [...] Nuestro empeño en esbozar este lineamiento de la Constitución socioeconómica al hilo de la reforma de 1994 ha procurado mostrar con la mayor nitidez posible cuál es la orientación imperativa que descubrimos en el derecho de la Constitución [...] Los poderes públicos y los particulares no pueden ser reacios, porque la Constitución los obliga. Nos obliga a todos [...] La Constitución es como un laboratorio del que deben salir todos los productos que el poder tiene que suministrar a la sociedad, así como los que la propia sociedad elabora, también los que pertenecen al orbe de la economía y las finanzas. Con la reforma de 1994 ese laboratorio ha recibido pautas específicas al perfilar un Estado Social y Democrático de Derecho [...] el poder económico no puede independizarse de su subordinación a la Constitución [...] La Constitución que nos rige [...] diagrama una Constitución económica democrática en un Estado Social y Democrático de Derecho” (Bidart Campos, Germán, “El constitucionalismo social (Esbozo del modelo socioeconómico de la Constitución reformada en 1994)”, en Bidart Campos, Germán, (Coordinador), *Economía, Constitución, y Derechos Sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 192, 193, 195 a 197) .

²¹ El pensar acerca de la capacidad administrativa real del Estado de afrontar la progresiva expansión de tales núcleos prestacionales desde una estructura que, en su cultura de sigilo, sociológica y operacionalmente permanece con sus valoraciones inalteradas, me reconduce nuevamente al pensamiento crítico de Muñoz, quien más de veinte años atrás profería ésta admonición: “A veces temo que, de cara a esa inexorable realidad cotidiana, mi entusiasmo por esas vías procesales corra el riesgo de trocarse en quimera, pues a pesar de que existen y son utilizadas; a pesar de que vistas en su conjunto las soluciones creadas por nuestro ordenamiento se asemejan al sistema instaurado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa alemana de 1960, seguimos padeciendo cotidianamente, las consecuencias de una Administración dolorosamente ineficaz” (Muñoz, Guillermo A., “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, *op. cit.*, p. 686).

²² Adscribo a la posición del gran maestro argentino Agustín Gordillo, para quien la modernización de la Administración pública pasa hoy por la imperiosa necesidad de incorporar en ella las tecnologías de la información, las cuales primero tienen que ser internalizadas en nosotros, sus operadores cotidianos, lo cual en sí es todo un desafío. Explica que el tema es lo que él llama “tarea imposible, no porque sea imposible modernizar la Administración pública a través de las tecnologías de la información, sino porque es imposible encarar el tema sin el aporte simultáneo de abogados e ingenieros en sistemas, trabajando en equipo mucho tiempo [...] el primer problema que se presenta es poder llevar a cabo este diálogo interdisciplinario que resulta indispensable para la mutua comprensión y el logro eventual del objetivo común. No podemos pedirle al ingeniero en sistemas que aprenda nuestro vocabulario, pero sí

la subsecuente reconfiguración de cláusulas programáticas en obligaciones jurídicas y judicialmente exigibles, determinan que el sistema deba simplificarse y, consecuentemente, reflejarse en la modernización de las normas de procedimientos administrativos, las cuales incluso debieran orientarse a su democratización en términos de lenguaje para satisfacer estándares humanitarios; deba ganar sencillez y eliminar de una vez por todas cualquier resquicio que le evite a la Administración pronunciarse; máxime porque –insisto– los enormes progresos tecnológicos ya aplicados a la Administración –la actual gestión informática de la administración tributaria argentina es un excelente ejemplo de ello– lo hacen certeramente posible. Sin embargo, resulta claro que nos encontramos bastante lejos de ello²³.

podemos aproximarnos a entender alguna parte del suyo, para poder formular las preguntas y los cuestionamientos o requerimientos en forma mutuamente comprensible [...] La Administración pública, con excepción de la tributaria y alguna otra que puedo ignorar por su mayor especialidad (imagino trámites aduaneros de importación y exportación, operación de servicios públicos controlados por la Administración, etcétera), todavía está en sus comienzos [...] Propongo que la Administración pública establezca organismos imparciales e independientes para resolver colegiadamente el aspecto técnico, tanto en *software* como en *hardware* y desde luego jurídicamente, de todo el inevitable proceso de digitalización de la actividad del Estado y las tecnologías de la información en general [...] La Administración y los abogados deberemos dejar de confiar en los expedientes físicos de papel como principal soporte probatorio y documental, y pasar al soporte, foliatura y cuerpos digitales. Los expedientes físicos son convenientes por un tiempo, pero luego están destinados a desaparecer físicamente. La Administración ya no los tiene siquiera cuando pasan diez o quince años, y no está en condiciones de defender un juicio internacional o arbitral con documentación antigua que no conoce ni puede encontrarla. De ahora en más deberá tener su propia *cloud computing* para los expedientes, si no confía en la *cloud computing* privada del mundo contemporáneo”. Ampliar en: Gordillo, Agustín, “IT y la modernización de la Administración pública”, en Fernández Ruiz, Jorge (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre Administración pública*, *op. cit.*, pp. 1/11.

²³ No es nuevo el divorcio entre los adelantos tecnológicos y el procedimiento administrativo. Ya lo marcaba Muñoz 20 años atrás. Sólo que ahora es más marcado porque la brecha entre progresiva ineficacia en la gestión de los tramites proveniente de la sobreacumulación de trabajo y vertiginosos adelantos de *IT* (tecnologías de información) se encuentra muy acentuada en la actualidad. Me retrotraigo, pues, a sus admonitorios señalamientos: “Parece evidente que vivimos, unos como protagonistas, otros como observadores, algunos como pasajeros, en un mundo tan complejo como contradictorio. Sometidos a la presión feroz de un progreso tecnológico que nos desborda, la euforia por esas conquistas apenas disimula el lacerante desconcierto que nos corroe [...] Es una época extraordinaria la nuestra. Todo parece hoy cuestionado: las relaciones con el poder, con la autoridad, las economías, los sistemas políticos. Y en medio de esas paradójales situaciones conviven simultáneamente los cometidos prestacionales del Estado y la inercia de la Administración; la motorización normativa y la dimisión del legislador” (Muñoz, Guillermo A., “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, *op. cit.*, p. 685). Al respecto, ver también Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo I, *op. cit.*, especialmente Capítulo II: “Pasado, presente y futuro en el derecho administrativo”; Capítulo III: “Bases políticas, supra constitucionales y sociales del derecho administrativo”; y Capítulo IV: “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio”.

Entonces, la crisis exógena o externa se determina por la inadecuación del viejo régimen de la petición y silencio a la nueva realidad y plexo constitucional llamado a servir hoy en el marco de los nuevos paradigmas del derecho público²⁴, tan fuertemente atravesados por la interpretación “evolutiva y humanitaria” de los derechos humanos²⁵.

IV. DERECHOS HUMANOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Sentado lo anterior, encuentro necesario remarcar la aplicabilidad directa de las normas e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos al ámbito del procedimiento administrativo²⁶: la regla del debido proceso en los términos de la Convención se extiende a cualquier cauce formal y procedimental de actuación

²⁴ Nos recordaba Muñoz que “el proceso contencioso administrativo no es una institución ácrona, integrada por técnicas inmutables. En su conformación gravitan condicionamientos históricos e ideológicos. Nacido para garantizar los derechos de los individuos frente a la actividad ilegítima de la Administración, los cauces procesales a través de los cuales se concreta fueron diseñados de cara a esa finalidad. Pero ocurre que las bases políticas y sociales sobre las cuales el proceso así configurado se apoyaba, sufrieron formidables cambios. Es que cada invento, cada ciencia, tiene un cierto aire de época. Y como los rasgos fundamentales del derecho administrativo se configuraron en el siglo pasado, hoy sigue arrastrando el peso de su concepción originaria: la defensa de los derechos individuales frente a las actuaciones administrativas” (Muñoz, Guillermo A. y Grecco, Carlos Manuel, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 676/677).

²⁵ Sirva esta afirmación de merecido homenaje a nuestro querido Profesor Jorge Luis Salomoni –siempre recordado con afecto– quien, siguiendo el pensamiento de Pedro Nikken, resaltaba la importancia del Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos por contener las normas de interpretación a que se debe sujetar el Pacto y reconocer las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías inherentes a la dignidad de la persona humana o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, todo lo cual posibilita incorporar dentro de los tipos jurídicos del Pacto a los nuevos derechos y garantías que se vayan incorporando en la cultura jurídica situada. De allí que, siguiendo a Nikken, afirmaba que “la aplicación de estos principios abre el campo para una interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las Convenciones”. Luego, la interpretación humanitaria, siguiendo a Nikken, la encuentra en el Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que sienta la regla general de interpretación de tales instrumentos internacionales al establecer que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Es decir, tal como enseñaba Salomoni, “en el caso de los tratados sobre derechos humanos, deberá estarse siempre por la plena vigencia y protección de tales derechos y, por supuesto, por la ampliación progresiva de los mismos” (Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 453 a 455).

²⁶ Problemática que motivó a la Fundación Konrad Adenauer a realizar un Workshop en Derechos Humanos, del que tuve el honor de participar junto con otros colegas, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 8 de mayo de 2012, denominado: “Estrategias para la implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por los operadores jurídicos”. En dicha oportunidad se discutieron los borradores del proyecto de comentario a los Artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo documento de trabajo y sentencias allí tratadas constituyen base del análisis que seguidamente se realiza.

estatal operando como punto de partida del “control de convencionalidad” de la Administración, interrelacionado al “derecho a las garantías”, al orientarse a reconfigurar los institutos basales del procedimiento administrativo de cara a su necesaria armonización con el orden público superior de los derechos humanos, todo lo cual no debiera ser otra cosa que la búsqueda de la aplicación armónica del derecho vigente²⁷. Búsqueda que, por lo demás, lleva en nuestro derecho más de dos décadas²⁸ y recién dentro del último lustro pareciera haber comenzado a cristalizar alguna de sus *ratios merced* a los esfuerzos de la judicatura y la doctrina especializada²⁹.

IV.1. Internalización de los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa. Superación de las dificultades

Es un dato de la realidad que aún no se han logrado condiciones adecuadas y plenas de operatividad, *ad-intra* Administración, de los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos –especialmente los relativos al debido proceso y el “derecho a las garantías” específicamente consagrado en las cláusulas 8° y 25³⁰.

²⁷ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en AA VV, *Diritti Interni, Diritto Comunitario e Principi Sovranazionali, Profili Amministrativistici*, a cura de Vera Parisio, Milano, Giuffré, 2009, pp. 151/177.

²⁸ Corono mi recuerdo al Profesor Salomoni recreando su trabajo inédito de 1988 –que tantas veces mencionaba– en coautoría con las Profesoras Ana María Bezzi y Ernestina Frasccheri, titulado: “La Convención Americana de los Derechos Humanos y la legitimación procesal en el contencioso administrativo”, por el citado en la nota 59 de la página 454 de su *Teoría general de los servicios públicos*, *op. cit.* Cuadra también remitir a: Gordillo, Agustín (Coordinador), *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1990, 1ª edición.

²⁹ Ver: Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, especialmente Capítulo V: “Aplicación en los ámbitos internos”, y Albanese, Susana (Coordinadora), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, en especial los capítulos siguientes: Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” (pp. 13 a 47) y Flax, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo” (pp. 47 a 63). Específicamente, reconocía el autor en 2008: “No obstante encontrarse en un todo de acuerdo la doctrina, la jurisprudencia y las diversas legislaciones americanas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debió [en 2007] fijar posiciones sobre la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, estableciendo la obligación de éstos de contar con reglas claras en cuanto al accionar de los agentes administrativos y políticos a fin de evitar márgenes de discrecionalidad que puedan fomentar prácticas arbitrarias y discriminatorias. Asimismo, fijó estándares a ser aplicados en el procedimiento administrativo, tales como el derecho a una revisión judicial amplia y suficiente, la aplicación del plazo razonable en las decisiones administrativas, la publicidad del actuar de la Administración y a contar con asistencia legal”; y remata su trabajo el Profesor Gregorio Flax señalando que “todo funcionario público, sea éste de carrera o político, debe adecuar su accionar tanto a lo establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como a las sentencias de la Corte IDH y a las recomendaciones de la CIDH so pena de hacer caer al Estado en responsabilidad internacional por violación de las mismas” (Flax, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pp. 48 y 62).

³⁰ Situación que fue discutida en el Workshop “Estrategias para la implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por los operadores jurídicos”, organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 8 de mayo de 2012 junto con la Fundación Konrad Adenauer.

Los derechos humanos aún no se han integrado plenamente a la “cultura de la Administración”. La *praxis* administrativa dista de encontrarse familiarizada con la nueva racionalidad, puesto que aún no ha sido internalizada como “buena” por sus operadores, para quienes la operatividad y sistematicidad de los derechos humanos fungiría en un estrato tan superior que por tal motivo resultaría –aún hoy– absolutamente ajena a la cotidianeidad de los “trámites” administrativos, en cuyo ámbito el reglamento frecuentemente escindido de sus bases legales y constitucionales –sus “instructivos”, sus “aplicativos” y hasta los modelos estandarizados de informes, dictámenes, actos y contestaciones de demandas judiciales en lo contencioso administrativo– resulta soberano y deviene como único instrumento dotado de auténtica operatividad en el seno de la oficina pública.

En este escenario, los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa son aún incomprendidos pues su utilidad y herramientas de aplicabilidad concreta en la Administración todavía no son objeto de adecuada concientización y capacitación “*in situ*”. El cuadro se agrava por la ancestral pervivencia de un más que significativo cúmulo normativo y reglamentario ciertamente vetusto. Todo ello configura una situación de “ajenidad”: al operador le resultan absolutamente ajenos tanto los específicos usos del lenguaje en materia de derechos humanos, cuanto las categorías, estándares, reglas y procedimientos mediante los cuales debiera operar el sistema. A casi veinte años de la reforma constitucional, la internalización de los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa sigue siendo una tarea pendiente.

IV.1.1. Quid de la aplicación al procedimiento administrativo de los estándares establecidos por la Corte Interamericana respecto a los derechos, las garantías judiciales y a la protección judicial

Así diré que, en primer lugar, es central tomar en especial consideración que tanto la Comisión cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizaron que las llamadas “debidas garantías” (que conforman el “derecho a las garantías” generales contempladas en el Artículo 8º de la Convención) se aplican a “toda materia que concierna a la determinación de los derechos y obligaciones”, inclusive en el campo de las Administraciones públicas, y por ende, en este tipo de materias el individuo tiene derecho al debido proceso que se aplica en materia penal³¹.

³¹ Corte IDH Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Artículos 46.1, 46.2.a) y 46.2.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva N° OC-11/1990, del 10 de agosto de 1990, Serie A-N° 11, párrafo 28. Caso de la “‘Panel Blanca’ (Paniagua Morales y otros) c/ Guatemala”, Fondo, sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C-N° 37.

De manera que, “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, incluida la autoridad administrativa, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”³².

Y de acuerdo con la Corte IDH, el derecho a ser oído comprende dos ámbitos: el formal y el material. El ámbito formal o procesal del derecho implica “asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales”. Por su parte, el ámbito material del derecho a ser oído supone “que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”, enfatizando así la obligación expresa de expedirse, ya que para la Corte “esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se deba garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”³³. Pues bien, recreados estos estándares, corresponde adentrarse en sus especificaciones en el marco de los criterios sentados por la Corte Interamericana.

IV.2. El derecho al plazo razonable. La obligación estatal de obrar de forma diligente

Presentado lo anterior, reconocida la inexcusable obligación de expedirse como correlato del derecho a ser oído, en múltiples oportunidades la Corte IDH reconoció que ese derecho a la decisión sólo se cumple si el pronunciamiento se dicta “en plazo razonable”³⁴, rematando con que “una demora prolongada puede llegar a constituir

³² Corte IDH (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), caso “Chocrón Chocrón c/ Venezuela”, sentencia del 1º de julio de 2011, párrafo 115. Corte IDH, “Barbani Duarte y otros c/ Uruguay”, sentencia del 13 de octubre de 2011, párrafos 118 y 119.

³³ Corte IDH, “Barbani Duarte”, citado, párrafos 121 y 122. El análisis de este caso es de importancia en nuestra especialidad por su especial proyección en el ámbito del procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo, especialmente los alcances de la garantía del debido proceso. La Corte declaró a Uruguay responsable internacionalmente por haber violado: a) el ámbito material del derecho a ser oído de 539 personas que interpusieron peticiones ante el Banco Central para la determinación de los derechos otorgados a través del Artículo 31 de la Ley N° 17.613, debido a que dicho órgano realizó un examen incompleto del fondo de las peticiones de manera que el procedimiento administrativo especial a cargo de dicho banco resultó inefectivo; b) el derecho a un tratamiento sin discriminación, en relación con el derecho a la garantía procesal de una debida motivación, en perjuicio de Alicia Barbani Duarte y Jorge Marenales, respecto de sus peticiones ante el Banco Central; y c) el derecho a la protección judicial en perjuicio de doce personas en relación con las acciones de nulidad que interpusieron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debido a que ese Tribunal incurrió en un examen incompleto de tales acciones.

³⁴ Corte IDH, “Suárez Rosero c/ Ecuador”, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 73; “Heliodoro Portugal c/ Panamá”, sentencia del 12 de agosto de 2008, párrafo 148; “Salvador Chiriboga c/ Ecuador – Excepción preliminar”, sentencia del 6 de mayo de 2008, párrafo 59.

por sí misma una violación de las garantías” y especificándose en la sentencia del caso “Torres Millacura” que, además del plazo razonable, se exige al órgano estatal obrar de “forma diligente”³⁵.

Esto es de capital importancia pues, para la Corte IDH, no sólo el órgano estatal tiene, primero, inexcusable obligación de expedirse siempre y, además, segundo, tiene la obligación de pronunciarse dentro de plazo razonable, sino que a partir de esta sentencia –paradójicamente dictada contra nuestro país– se termina de asentar un tercer requisito: la obligación procesal del Estado, insisto, de obrar de “forma diligente”.

Sin dudas, estos tres estándares concurren a reconfigurar al instituto del silencio y su denegatoria ficta, cuyas bases de legitimidad a las claras ya se encuentran erosionadas. El estándar procedimiento o forma diligente debiera afianzar la regla de certeza respecto de su duración al evitar que la técnica de la denegatoria ficta siga operando como un modo de permitir continuar el procedimiento indefinidamente –obrar en absoluto diligente– más que de concluir los trámites³⁶.

³⁵ Corte IDH, “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros c/ Trinidad y Tobago”, sentencia del 21 de junio de 2002, párrafo 145; “López Álvarez c/ Honduras”, sentencia del 1º de febrero de 2006, párrafo 128; “Torres Millacura c/ Argentina”, sentencia del 26 de noviembre de 2011, párrafo 116. Me siento en la obligación moral de recrear brevemente sus hechos determinantes por exteriorizar prácticas de violencia de fuerzas de seguridad provinciales y encubrimiento en la investigación en el período reciente: El 18 de abril de 2010 la Comisión Interamericana demandó a nuestro país por la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de Iván Eladio Torres Millacura y la posterior falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como la denegación de justicia en perjuicio de sus familiares. El Tribunal consideró que el Estado admitió que el 26 de septiembre de 2003 el Señor Torres Millacura fue detenido por policías de Comodoro Rivadavia y trasladado a la Comisaría Seccional Primera de esa ciudad. Esta detención no fue registrada en el parte diario policial correspondiente. Posteriormente, en el mismo mes de septiembre de 2003 el Señor Torres Millacura fue detenido por policías de Comodoro Rivadavia y llevado al lugar conocido como “Km 8”, en el cual fue despojado de su ropa y zapatos y golpeado, luego de lo cual los mencionados policías le advirtieron que debía correr para salvar su vida, y procedieron a dispararle mientras éste se tiraba a los matorrales para refugiarse de los balazos. Finalmente, el 2 de octubre de 2003 fue detenido en una plaza pública y luego fue visto en la Comisaría Seccional Primera de Comodoro Rivadavia, lugar en donde, según dos testigos, fue agredido por varios policías. Desde esta fecha el paradero del Señor Torres Millacura es desconocido (cfr. párrafos 65/67 y 87). En concreto, nuestro país reconoció que “las investigaciones impulsadas por la rama judicial del Estado mostraron indicios de manipulación en la recaudación de la prueba, obstrucción de justicia y retardo procesal” (párrafo 110), por lo cual el Tribunal concluyó que la investigación no fue llevada a cabo de forma diligente y dentro de un plazo razonable, motivo por el cual se resolvió que el Estado violó los derechos establecidos en los Artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (cfr. párrafo 139).

³⁶ Ver Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo IV, *op. cit.*, p. VIII-39, punto 14.2: “El premio de los que vigilan”.

IV.2.1. Estándares de valoración de la obligación estatal de expedirse dentro de plazo razonable

La Corte IDH, además de los reconocimientos anteriores, estableció los siguientes estándares generales y especiales de valoración de la obligación de expedirse dentro de “plazo razonable” para cada caso concreto, en estos términos:

En primer lugar, en cuanto al estándar general, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Guichon c/ France”, la Corte estableció que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta resolución definitiva y firme en el asunto, con la cual se agota la vía³⁷.

En segundo término, respecto de los estándares especiales, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Motta y Ruiz Mateos c/ Spain”, la Corte IDH dijo que “en la determinación de la razonabilidad del plazo en la que se desarrolla un proceso, se deben considerar cuatro elementos: 1) la complejidad del asunto; 2) la actividad procesal o procedimental del interesado –su impulso–; 3) la conducta de las autoridades; 4) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo”³⁸. Veamos cada uno de los cuatro estándares especiales.

Primero, en cuanto a la complejidad del asunto, la Corte IDH se refirió a “la extensión de las investigaciones y la amplitud de las pruebas”, “el número importante de incidentes e instancias”³⁹, “si el asunto comprende debates técnicos complejos”⁴⁰.

Segundo, respecto a la actividad procesal del interesado, la CIDH dijo que “se deben evaluar los comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación”, enfatizando que “si la conducta procesal del propio interesado ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre el plazo razonable”⁴¹. La Corte IDH procura sentar pautas para determinar si el interesado entorpeció la tramitación o si hubo desinterés.

³⁷ Corte IDH, “Suárez Rosero” cit., párrafo 71; “Bayarri c/ República Argentina”, sentencia del 30 de octubre de 2008, párrafo 105; “Valle Jaramillo”, párrafo 154; “Heliodoro Portugal”, cit., párrafo 148.

³⁸ Corte IDH, “Suárez Rosero”, párrafo 72; “Genie Lacayo c/ Nicaragua”, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 77. El último elemento fue incluido en 2008 en el caso “Valle Jaramillo c/ Colombia”.

³⁹ Corte IDH, “Genie Lacayo c/ Nicaragua”, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 78.

⁴⁰ “López Mendoza c/ Venezuela”, sentencia del 1º de septiembre de 2011, párrafos 163 y 176.

⁴¹ Corte IDH, “Cantos c/ Argentina”, sentencia del 28 de noviembre de 2002, párrafo 57, citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “Guichon c/ France”, “Stoidis c/ Greece” y “Glaser c/ The United Kingdom”. Así, la Corte evaluó si el interesado entorpeció o no la tramitación o si hubo desinterés de su parte, si se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación del país, entre otros.

Tercero, respecto a la conducta de las autoridades, “se evalúan los comportamientos que por acción u omisión inciden en la prolongación de la actuación⁴² [...] así como todos aquellos procesos o procedimientos no judiciales que de alguna manera inciden en la causa y que pueden dejar entrever el comportamiento de las autoridades públicas”⁴³.

Cuarto, en lo concerniente a la afectación generada por la duración del proceso en la situación de la persona involucrada, la Corte IDH señaló que se requiere determinar en el caso concreto “si el paso del tiempo incidió de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”, para lo cual es central “tomar en consideración la materia objeto de la controversia”⁴⁴.

No obstante, la Corte IDH se encargó de enfatizar que todo lo anterior se modula por intermedio de la valoración de “las circunstancias particulares”⁴⁵. Ello implica que, siempre, por sobre los cuatro estándares especiales, “el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable”⁴⁶, todo lo cual debe encontrarse debidamente ponderado y motivado.

Lo interesante es la inversión de la carga probatoria del estándar anterior porque la Corte IDH ha establecido que “siempre corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable”, de suerte que si no lo demuestra la Corte IDH “tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación”⁴⁷.

Este señalamiento reviste importancia porque traduce una verdadera finalidad tuitiva que, seguramente, operará subsecuentes reconfiguraciones en los órdenes internos, ya que tal criterio no se verifica en los ordenamientos de procedimientos administrativos. Ello es así porque el criterio sentado por la Corte invierte la orientación general de las leyes de procedimientos administrativos y su subsecuente interpretación jurisprudencial, que inscribiéndose mayoritariamente dentro de *ratios* restrictivas, hacen cargar –las más de las veces– al particular con la carga de demostrar, por caso, el exacto incumplimiento de la Administración, la existencia de la norma exacta que se reputa inobservada, la verificación de demora administrativa, el perjuicio que concretamente ello irroque al particular, etcétera.

⁴² Corte IDH, “Cantos c/ Argentina”, párrafo 57.

⁴³ Corte IDH, “Juan Humberto Sánchez c/ Honduras”, sentencia del 7 de junio de 2003, párrafo 131.

⁴⁴ Corte IDH, “Valle Jaramillo”, citado, párrafo 155.

⁴⁵ Corte IDH, caso “de la Masacre de Pueblo Bello c/ Colombia”, sentencia del 31 de enero de 2006, párrafo 171; “García Asto y Ramírez Rojas”, sentencia del 25 de noviembre de 2005, párrafo 167; “Anzualdo Castro c/ Perú”, sentencia del 22 de septiembre de 2009, párrafo 156.

⁴⁶ Corte IDH, “Suárez Rosero”, cit., párrafo 74; y “Juan Humberto Sánchez”, cit., párrafo 130.

⁴⁷ Corte IDH, en los casos citados: “Hilaire”, párrafo 145; “Anzualdo”, párrafo 156; “Radilla Pacheco”, párrafo 244; “López Mendoza”, párrafo 162. Y asimismo en: “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil”, sentencia del 24 de noviembre de 2012, párrafo 219.

IV.2.2. La obligación de pronunciarse y su vinculación con el derecho a la decisión motivada

A mayor abundamiento, cabe agregar que la extensión brindada por la Corte IDH al derecho a la decisión motivada también impacta sobre el silencio y especialmente sobre su denegatoria tácita, pues su finalidad democratizadora concurre a erosionar la escasa legitimidad del silencio y su denegatoria tácita. Así, la Corte exige que toda decisión –además de dictada dentro de plazo razonable y como resultado de un obrar diligente– sea debidamente motivada pues “la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión de manera que otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”⁴⁸. Claramente: autoridad en sociedad democrática produce decisiones motivadas; estructuras dictatoriales se expresan mediante arbitrariedad, sigilo, silencio, denegatoria tácita, igual a decir que el Estado no necesita pronunciarse simplemente porque no necesita ni exteriorizar su decisión para imponer su voluntad.

Adviértase que en la misma línea de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “*Hadjianastassiou c/ Greece*”, la Corte IDH señaló que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”⁴⁹, ya que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas, que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Además, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”⁵⁰. Sin embargo, la Corte ha sido clara al establecer un parámetro valorativo de los alcances de tal exigencia al señalar: “el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha”⁵¹.

En consecuencia, “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión”, de manera clara y expresa, “a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”⁵². Por su parte, en el ámbito disciplinario se vuelve “imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad”⁵³.

⁴⁸ Corte IDH, caso citado: “*López Mendoza*”, párrafo 141; y “*Apitz Barbera c/ Venezuela*”, sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 77.

⁴⁹ Corte IDH, “*Yatama c/ Nicaragua*”, sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 152 y 153; “*Tristán Donoso c/ Panamá*”, sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 153.

⁵⁰ Corte IDH, casos citados: “*Apitz*”, párrafo 78; “*Chocrón*”, párrafo 118; “*López Mendoza*”, párrafos 141 y 148.

⁵¹ Corte IDH, casos citados: “*Apitz*”, párrafo 90; y “*López Mendoza*”, párrafo 146.

⁵² Corte IDH, “*Claude Reyes y otros c/ Chile*”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafo 122; “*Apitz*”, párrafo 78; “*Chocrón*”, párrafo 38; “*López Mendoza*”, párrafo 141.

⁵³ Corte IDH, “*Chocrón*”, párrafo 120.

IV.2.3. La efectividad

Cuadra introducir una breve reflexión relativa al estándar “efectividad” como pauta valorativa del derecho de defensa.

Así, sentencia la Corte que si mediante el derecho de defensa se “obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”⁵⁴, de ello se sigue que éste implique para la Corte “que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma *efectiva*”⁵⁵.

Claramente, la efectividad, al consistir en la capacidad o aptitud de lograr el efecto esperado (por caso, el pronunciamiento expreso dentro del plazo razonable enmarcado en un procedimiento diligente), así presentada, erosiona aún más las bases de legitimidad de esa nefasta válvula de escape que es para la Administración la denegatoria ficta.

V. EPÍLOGO

La Administración tiene siempre el deber de resolver y, en la hermenéutica de la Corte Interamericana recreada hasta aquí, no existe ninguna razón ni justificación ni base de legitimidad alguna que permita explicar por qué, primero, deba el ordenamiento procedimental administrativo interno dispensar la inexcusable obligación administrativa de resolver –al tolerar la actual estructuración del silencio– y, segundo, deba reconocerle efectos negativos. En la *ratio* de la Corte Interamericana no hay razón alguna de pervivencia del instituto de la denegatoria ficta en sus actuales condiciones de operatividad.

Propongo al lector –avezado operador administrativo– por un instante figurarse el escenario normativo inverso al actual. Piénsese con criterio eminentemente práctico: ¿Qué sucedería si el silencio opuesto a peticiones que requirieren pronunciamiento concreto se interpretara por la positiva? Sé que Usted sonreirá socarronamente y me dirá: la Administración resolvería siempre. Eso sí, superaríamos esta discusión pero profundizaríamos la otra, más profunda, de fondo, alambicada y acaso irresoluble, la de la búsqueda de los incentivos orientados a la decisión razonada, proporcional y razonable. Pero, sin dudas, implicaría un paso adelante en la discusión por el afianzamiento de nuevos contornos del “derecho a la buena administración”.

⁵⁴ Corte IDH, “Barreto Leiva c/ Venezuela”, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párrafo 29; y “Cabrera García y Montiel Flores c/ México”, sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrafo 154.

⁵⁵ Corte IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Opinión Consultiva N° OC-16/1999, del 1° de octubre de 1999, párrafos 117 y 119; “Hilaire Constantine”, párrafo 146.

Entonces, me pregunto:

Primero, ¿hasta qué punto no les asiste alguna razón a aquellos autores que denuncian las funestas consecuencias acarreadas por la cada vez más acentuada existencia de dos derechos administrativos? ¿Cómo deconstruir este fenómeno distorsivo que encuentra al derecho de petición tomado como rehén del silencio? ¿Cuáles son los términos y componentes de este divorcio entre realidad y norma en materia de petición y silencio? ¿Dónde radica el déficit?

Segundo, ¿por qué no preguntarnos (y desde dónde hacerlo) por la racionalidad de los incentivos negativos normativos perviventes en el régimen del silencio para así determinar hasta qué grado subsisten las razones que le dieron origen? ¿Cómo se produce esta dicotomía praxis-mitos? ¿Por qué se produce el déficit?

Y todo lo anterior para determinar, tercero, ¿cuáles términos del intercambio petición-decisión debieran reconfigurarse para intentar una vía de superación de la acentuada disociación entre realidad administrativa y mito normativo que embarga al régimen del derecho de petición? ¿Cuáles fungirían como los nuevos factores correctivos (siempre provisionales)? ¿Cuál sería la hermenéutica más adecuada para superar el marcado divorcio entre realidad y norma en materia de petición y silencio y si debo buscarla o puedo encontrarla dentro o fuera del sistema? ¿Cómo se supera el déficit?

En gran medida, tengo para mí que, bajo las actuales condiciones de operatividad del silencio y su denegatoria ficta, “el procedimiento administrativo, al igual que un viejo soldado, no muere [...] sino que sólo se pierde o desdibuja en el tiempo”, motivo por el cual “el orden jurídico debe, al fin de cuentas, inclinarse por el debate y la resolución expresa de los cuestionamientos a la validez de actos administrativos y no por el silencio de los administrados”⁵⁶.

Finalmente, como mi trabajo ha procurado inscribirse en ese convencimiento planteado por Zagrebelsky de que el terreno de la democracia es el de las *res dubiae*, es decir, de las cuestiones que pueden ser legítimamente decididas de más de un modo⁵⁷, y por ello, como por intermedio de mis palabras sólo pretendo tímidamente

⁵⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. VIII-40 y 41.

⁵⁷ “La duda no es en absoluto contraria a la verdad. En cierto sentido implica su afirmación, un homenaje a la verdad. Es incontestable que sólo quien cree en la verdad puede dudar; incluso, dudar sobre la propia verdad [...] De hecho, la duda –al contrario que el escepticismo radical– presupone que las cosas humanas son aferrables; al mismo tiempo, la duda presupone también la inseguridad de haberlas aferrado verdaderamente, es decir, la conciencia del carácter no necesariamente falible o jamás completamente perfecto del conocimiento humano. En resumen, la conciencia de que la profundidad de las cosas no es insondable pero sí inagotable. Por lo tanto, de nuestro conocimiento debe decirse no que es falaz o imposible, sino siempre y necesariamente superficial” (Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 9, 137 y 139).

moverlos a indagar algunas pocas racionalidades encriptadas en la dialéctica relación entre el *mitos* “petición y silencio” y la *praxis* “persuasión y sigilo”, concluiré entonces este breve desahogo profiriéndoles una provocación y junto con Bertolt Brecht les diré: “¡Looda sea la duda! Les aconsejo que saluden serenamente y con respeto a aquel que toma la palabra de Ustedes como una moneda falsa. [...] La más hermosa de todas las dudas es cuando los débiles y desalentados levantan su cabeza y dejan de creer en la fuerza de sus opresores. [...] Tú, que eres un dirigente, no olvides que lo eres porque has dudado de tus dirigentes. Permite, por lo tanto, a tus dirigidos, dudar”.