

# Sobre el futuro del Procedimiento Administrativo\*

Guido Santiago Tawil\*\*

*El presente trabajo nos brinda un alcance sobre el proceso de transformación del Procedimiento Administrativo, en el cual se debe obtener una mayor participación tanto de la Administración como de los administrados, ampliar las pretensiones y reducir la procesalización exagerada que se verifica tanto en la regulación como en la aplicación del sistema, entre otros. Adicionalmente, el autor recomienda cuatro soluciones instrumentales, tales como: la redacción de una guía de buenas prácticas administrativas, el dictado de una serie de instrucciones a los funcionarios administrativos y cuerpos de asesoramiento jurídico consistentes con el nuevo ordenamiento, la implementación de programas de entrenamiento y actualización permanente para funcionarios de la Administración destinados a instruirlos adecuadamente y, por último, la creación de un ente u órgano en el ámbito de la Administración que mediante herramientas físicas e informáticas reciba y procese los reclamos y sugerencias que genera el funcionamiento defectuoso del Procedimiento Administrativo.*

Elegir un tema para abordar acorde con este homenaje –al que tan gentilmente nos invitara a participar el profesor Agustín GORDILLO–, no ha resultado tarea sencilla. Influida, sin duda, por las vivencias personales he decidido sintetizar aquí<sup>1</sup> algunas ideas que he venido elaborando en torno al tema del procedimiento administrativo, esbozadas ya en mi primer trabajo –publicado en esta revista allá por 1985<sup>2</sup>– y desarrolladas en otras publicaciones<sup>3</sup> y conferencias recientes<sup>4</sup>.

Asumida la relevancia del Procedimiento Administrativo como instrumento formal destinado a encauzar jurídica y racionalmente el ejercicio de la función administrativa<sup>5</sup>, la tutela del interés público exige que, en su regulación, el Estado adopte mecanismos que no sólo resulten aptos para el ejercicio de las prerrogativas de poder público sino también

para limitar su ejercicio abusivo en función de las garantías que cada ordenamiento jurídico reconoce a aquellos sujetos a la autoridad estatal.

Si bien el modo en que unas u otras se encuentran reguladas no deja de constituir una solución formal –en la medida en que aún los sistemas más garantistas en su construcción teórica pierden relevancia cuando las soluciones que propugnan no son puestas debidamente en ejecución, ello importa una definición política de peso que debería orientar no solo la actividad de los entes y órganos administrativos, sino también de aquellos llamados a ejercer el control jurisdiccional. Adoptar, por ejemplo, el principio del formalismo moderado (o informalismo) en favor del administrado (como acontece en la Argentina<sup>6</sup>) y no de la Administración (como ocurre en Francia donde el principio es la libertad de formas

\* Extracto del trabajo publicado en el suplemento extraordinario en homenaje a la Revista Jurídica “La Ley” en ocasión de su 75º Aniversario, Buenos Aires, agosto de 2010.

\*\* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

1 Haciendo honor al consejo que daba Bielsa a sus alumnos en el sentido que “el valor de los homenajes no debe consistir en simples manifestaciones de psicología colectiva ni de mera emoción, por mucho que ella valga, ni en tiros por elevación a los que se quiere combatir; el homenaje a un gran hombre debe tener sentido educador”. Cfr. OUVIÑA, Guillermo J., “La dimensión de una ausencia: Bielsa (1899-1966)”, Ed. Dunken, Buenos Aires, 2006, p. 9.

2 TAWIL, Guido Santiago, “El principio de colaboración y su importancia en el Procedimiento Administrativo”, La Ley, 1985-E-952.

3 Ver, así, los trabajos de mi autoría en TAWIL, Guido Santiago (Director), “Procedimiento Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

4 En particular, aquellas brindadas durante los años 2009 y 2010 en el marco de las jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires y durante el 2010 en las conferencias sobre Procedimiento Administrativo celebradas en las ciudades de Salta y Bahía Blanca.

5 Tanto en su faz interna como en las relaciones entre la Administración y los administrados. Se ha caracterizado así al Procedimiento Administrativo como el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa. Ver COMADIRA, Julio R. y MONTI, Laura M. (colaboradora), “Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, Anotada y Comentada”, I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 3.

6 Respecto a este tema, ver Juan LLMA, Fernando, E., “El informalismo a favor del administrado”, en TAWIL (Dir.), “El Procedimiento Administrativo”, ob. cit., p. 133 y ss.

en su favor<sup>7</sup>), optar por otorgarle al silencio administrativo un carácter negativo, positivo o requerir en algunos supuestos la certificación previa de los actos presuntos<sup>8</sup> y negar el inicio de los plazos de caducidad en caso de silencio de la Administración exteriorizan una visión del Procedimiento Administrativo que no debe pasar desapercibida al tiempo de evaluar su funcionamiento.

Así, más allá de la mera pauta instrumental que importa al ordenar la sucesión de pasos, formas y plazos necesarios para adoptar una decisión administrativa<sup>9</sup>, la tendencia creciente en la doctrina comparada es a examinar al Procedimiento Administrativo primordialmente no ya en relación a su estructura, sino en función de los objetivos que persigue<sup>10</sup>. Y, desde esta óptica, el Procedimiento Administrativo Presenta Características distintivas –estrechamente vinculadas con su propio origen<sup>11</sup>–, entre las cuales dos se destacan nítidamente tanto en el derecho nacional<sup>12</sup> como comparado.

En primer lugar, su calidad de instrumento de control del proceso de formación de la voluntad administrativa en la medida en que –sea de modo

previo a la emisión de los actos administrativos o con posterioridad a ello– permite fiscalizar tanto la legitimidad como la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones adoptadas o a adoptar por la Administración<sup>13</sup>. Así, a diferencia de lo que acontece en el Proceso Judicial –limitado a un control de legitimidad (es decir, de aplicación de la ley o conformidad de la conducta estatal con el modelo normativo que disciplina el ejercicio del poder estatal y razonabilidad), el Procedimiento Administrativo permite controlar valoraciones extrajurídicas, de naturaleza eminentemente políticas (sociológica, económica, etc.) y, como tales, propias de la actividad administrativa y exentas del control judicial<sup>14</sup>.

En segundo lugar, el Procedimiento Administrativo se presenta a la vez no sólo como un mecanismo destinado a garantizar un mejor funcionamiento de la Administración, sino también para otorgar a los administrados la posibilidad de hacer valer sus derechos o intereses frente al abuso o funcionamiento deficiente de la organización estatal<sup>15</sup>. Este doble propósito resultaba visible tanto en quienes inspiraron la Ley española de 1958 –como GA-

- 7 Al igual que en Alemania, donde –aún en un esquema de mayor regulación del procedimiento desde la entrada en vigencia en el año 1977 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG)– su artículo 10º establece que el procedimiento no es formal, autorizando así a la Administración a servirse –con la excepción de algunos supuestos específicos– del procedimiento en la forma que estime más adecuada y eficaz. Ver MEYER, Hans, “El procedimiento administrativo en la República Federal de Alemania”, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 301. En relación con la limitada evolución que ha tenido la regulación del procedimiento administrativo no contencioso en Francia ver FERRIER, Jean Pierre, “El procedimiento administrativo en Francia” en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, ob. cit., p. 355 y ss.
- 8 Como lo estableció el artículo 43 de la Ley Nº 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, modificada sustancialmente por la Ley Nº 4/99.
- 9 La referencia a los “pasos”, las “formas” y los “plazos” refleja, de algún modo, la discusión todavía presente en un sector de la doctrina especializada respecto a si el procedimiento administrativo se encuentra constituido por una serie de actos o por una serie de tiempos, es decir –en palabras de Laureano LÓPEZ RODÓ (“El procedimiento administrativo, garantía de los administrados”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Año 6, Nº 15/16, Buenos Aires, Enero-Agosto 1994, p. 23)– “si lo que se regula es la actividad que despliega la Administración y los administrados que intervienen en la tramitación de los expedientes, o bien la secuencia temporal de las actuaciones de unos y otros”. Por la primera visión –la de considerar al Procedimiento Administrativo como un complejo o sucesión de actos, a través de los cuales se expresa la voluntad de la Administración– se pronuncia un destacado sector de nuestra doctrina. Ver, así, CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho administrativo”, II, 7ª edición actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 514 y COMADIRA, Julio R., “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, en *Colección de Análisis Jurisprudencial – Elementos de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 947.
- 10 CORSO, Güido, “El procedimiento administrativo en Italia”, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, ob. cit., p. 477 y ss, para quien la cuestión no radica ya en “¿qué es el procedimiento? sino ¿por qué el procedimiento? ¿para qué sirve?”.
- 11 Si bien el Procedimiento Administrativo reconoce en su origen múltiples causas, confluyeron en él tanto causas internas como externas a la Administración. Entre las primeras se destaca la necesidad de mantener un funcionamiento ordenado y racional de las organizaciones estatales ante su crecimiento geométrico y las presiones generadas desde la propia estructura burocrática del Estado. Entre las segundas, la de establecer ciertos límites al ejercicio abusivo de las potestades estatales. Ver al respecto SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Principios de derecho administrativo general”, II, Iustel, Madrid, 2004, p. 23 y ss.
- 12 Esta es la visión que predomina claramente en la actualidad en la doctrina argentina. Ver, entre otros, Herrera de Villavicencio, Blanca, “El procedimiento administrativo como garantía de los administrados”, *Revista Régimen de la Administración Pública*, Nº 348, Septiembre de 2007, p. 89 y ss.; SAMMARTINO, Patricio E., “Procedimiento administrativo, juridicidad e interés público”, en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 54 y ss.
- 13 CASSAGNE, “Derecho administrativo”, II, ob. cit., p. 509.
- 14 Como es sabido, diferenciar claramente los conceptos de legitimidad, oportunidad, actividad reglada y discrecional, hechos y derecho no ha sido siempre tarea sencilla y hacerlo con precisión resulta esencial a fin de desarrollar adecuadamente los distintos sistemas de control. Ver, al respecto, TAWIL, Guido Santiago, “Algunas reflexiones respecto al alcance del control judicial de la actividad administrativa (legitimidad, oportunidad, hechos y derecho)”, *El Derecho*, pp. 122-811 y “Administración y Justicia”, II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 315 y ss.
- 15 LÓPEZ RODÓ. “El procedimiento administrativo, garantía de los administrados”, ob. cit., p. 23, quien –anticipando la que se ha transformado en posición dominante en los últimos años– privilegia el segundo objetivo sobre el primero al afirmar que “su principal objetivo es –o ha de ser– proteger a los ciudadanos ante cualquier género de actuaciones y resoluciones arbitrarias o anómalas de los órganos de la Administración antes que aquéllos se vean obligados a recurrir a la vía jurisdiccional en defensa de sus derechos”.

RRIDO FALLA— o redactaron nuestra Ley 19.549<sup>16</sup> y se observa en sistemas jurídicos como el alemán o el italiano que han revalorizado notablemente la importancia del Procedimiento Administrativo en las últimas décadas<sup>17</sup>.

Su debida regulación interesa así —como explicaba LINARES<sup>18</sup>— al mismo tiempo tanto a una buena organización como al interés directo del administrado ya que la intervención otorgada a los particulares en defensa de sus derechos impacta en la relevancia que el Procedimiento Administrativo asume como instrumento de eficiencia administrativa.

Ese objetivo protector —sustentado constitucionalmente en los derechos de defensa en juicio (debido

proceso)<sup>19</sup> y de peticionar a las autoridades<sup>20</sup>— se ha transformado con el correr del tiempo en el principal motor en la regulación del Procedimiento Administrativo<sup>21</sup> y se ve plasmado con claridad —al menos en sus formas— en aquellos sistemas jurídicos que —como el español o el argentino— cuentan con principios y regulaciones específicas en la materia<sup>22</sup>.

A fin de cumplir adecuadamente con esos objetivos se han consagrado en nuestro país principios propios del procedimiento administrativo, como los de legitimidad, verdad material, oficialidad, informalismo a favor del administrado, debido proceso adjetivo, colaboración, gratuidad y celeridad, economía y sencillez que distinguen nítidamente —en el plano teórico— al procedimiento administrativo del

- 16 Ver, así, YOUNG, Carlos Alberto, “Antecedentes y bases históricas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *Revista Régimen de la Administración Pública*, N° 46, julio de 1982, p.12. También ha sido recogido por nuestra jurisprudencia, como lo testimonia el voto del juez HITTERS en la causa “Llorente Hnos. c/ Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa del 28 de abril de 2004 al señalar —con cita de ROYO VILLANOVA, GORDILLO, ESCOLA y GONZÁLEZ PÉREZ— que “en suma, el procedimiento de marras participa —a manera de cabeza de Jano— del doble carácter de garantía jurídica y de garantía administrativa ya que por un lado, procura la tutela de los derechos e intereses de los particulares mientras que por el otro persigue la buena marcha de la Administración...Se desprende de lo dicho que, a diferencia de un excesivo ritualismo, el principio del formalismo moderado (informalismo) garantiza un Procedimiento Administrativo dinámico, generador de una actividad realmente útil para el interés general, a condición de que sea aplicada de consuno con el principio de la buena fe, permitiendo al administrado confiar en que la Administración no va a exigirle más que lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en las formas más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas”.
- 17 Ver, al respecto, SCHMIDT-ABMANN, E., “El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático”, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, ob. cit., p. 317 y ss. y CORSO, Guido, “El procedimiento administrativo en Italia”, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, ob. cit., p. 477 y ss., quien recuerda que —en palabras del profesor Mario NIGRO (presidente de la comisión redactora de la Ley N° 241 de Procedimiento Administrativo y derecho de acceso a archivos y registros del 7 de agosto de 1990)— su objetivo fue “promover la democratización (contra la inescrutabilidad y el autoritarismo) y la simplificación (contra la lentitud)” (p. 494).
- 18 LINARES, Juan Francisco, “Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo”, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 16.
- 19 Respecto a la incidencia del principio de defensa en juicio en la génesis de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo ver YOUNG, “Antecedentes y bases históricas...”, ob. cit., p. 7 y ss., quien recuerda los insistentes reclamos de BIELSA, DIEZ, MARIENHOFF, FIORINI, GORDILLO y ESCOLA en favor de la sanción de una norma general de Procedimientos Administrativos que superara regulaciones parciales e incompletas como las existentes desde la década del '30 en materia de recurso jerárquico. Este principio, base sobre la cual —junto con la regla contra la parcialidad (rule against bias)— se ha desarrollado el derecho administrativo en Gran Bretaña, ha extendido su influencia a otros sistemas que difícilmente uno consideraría en principio emparentados. Sobre la influencia del principio del debido proceso y de la Administrative Procedure Act norteamericana en el desarrollo del procedimiento administrativo en Japón ver TAKADA, Bin, “El procedimiento administrativo en Japón”, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, ob. cit., p. 384 y ss.
- 20 En igual sentido, ver COMADIRA, “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 949, quien suma a las garantías individuales referidas —plasmadas en los artículos 14 y 18 de la C.N.— la de razonabilidad prevista en su artículo 28, a la que califica como standard garantizador de que el comportamiento administrativo se cumplirá ordenada y sistemáticamente, es decir, “como un componente inexcusable de la propia eficacia y eficiencia administrativa.
- 21 Particularmente en aquellos casos en que, como el argentino, su regulación comenzó con la de algunos procedimientos recursivos como el recurso jerárquico establecido en los decretos 20.003 de 1933 y 7520 de 1944. Al respecto, ver BIELSA, Rafael, “El recurso jerárquico”, 3ª. Ed., Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1953 y FIORINI, Bartolomé A., “Procedimiento administrativo y recurso jerárquico”, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.
- 22 En supuestos como el de las provincias argentinas del Chaco, Formosa, La Rioja, Río Negro o San Juan, tales regulaciones se encuentran incluso referidas en los textos constitucionales al otorgar a los poderes legislativos locales la atribución expresa de dictar normas de procedimiento administrativo. Ver COMADIRA, “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 948. A este respecto, cabe recordar que no todos los sistemas jurídicos de raigambre continental europea regulan el procedimiento administrativo de modo similar. Basta advertir, por ejemplo, lo que acontece en Francia —donde el arbitrio de la Administración activa es singular y las mayores garantías se presentan recién en la instancia contencioso administrativa (jurisdiccional)— o lo que ocurría en nuestro país un siglo atrás cuando —tal como sucede en la actualidad en el país galo y en Alemania— se consideraba a la actividad administrativa no sujeta a formas particulares. Ver, así, lo expuesto en 1908 por nuestra Corte Suprema en el conocido caso “Margarita REY de ACKERLEY c/ Gobierno Nacional por reivindicación e indemnización”, Fallos: 109:403, considerando 8º (“Que el reconocimiento hecho por el Poder Ejecutivo en el Decreto de 15 de julio de 1898, que no versó sobre la acción personal sino sobre el derecho real pretendido por la señora de ACKERLEY, quedó sin efecto por otro Decreto de 21 de julio de 1903, que declaró que aquel reconocimiento lo hizo por error, lo cual estaba en su facultad; porque los procedimientos administrativos no tienen forma ni carácter de juicio, como tampoco interrumpen la prescripción; porque a este efecto debe entablarse la demanda ante los jueces, y porque si en la causa seguida por del Viso se admitió el reconocimiento del gobierno, fue porque lo hizo su representante en el juicio mismo, al contestar la demanda”).

proceso judicial y de cuya debida tutela y efectiva aplicación depende la propia razón de ser de la vía administrativa.

Ello es así, pues si –como hemos señalado en su momento– las vías recursiva y reclamativa que caracterizan a los Procedimientos Administrativos impugnatorios no son más que exteriorizaciones de una etapa *precontenciosa* o *de conciliación*<sup>23</sup> que se desarrolla frente a quien –como sucede en la mayor parte de los supuestos– carece por su propia naturaleza de los caracteres de independencia e imparcialidad que ostentan los jueces, ello no tiene sentido alguno si –sea por defecto de diseño o de ejecución– las herramientas previstas al efecto no son susceptibles de ser aplicadas en plenitud.

En ese contexto, hemos intentado destacar en las últimas décadas la importancia que reviste entender al Procedimiento Administrativo en su verdadera dimensión.

En efecto, aún cuando tradicionalmente se ha reconocido como una de las características básicas del Procedimiento Administrativo a su carácter contradictorio<sup>24</sup>, señalábamos que ello no debería significar otra cosa que reconocer que pertenece a la propia esencia del Procedimiento Administrativo la posibilidad de que se hagan valer en él distintos intereses parciales e individuales y que ellos sean adecuadamente confrontados en presencia de sus respectivos titulares –sean estos la Administración y el o los particulares con intereses contrapuestos– antes de adoptarse una decisión definitiva.

Lamentablemente, el reconocimiento de ese principio ha llevado en general a olvidar peligrosamente

que el Procedimiento Administrativo<sup>25</sup> sólo puede desarrollarse en un marco de colaboración mutua, principio que –a nuestro juicio– no sólo constituye una condición básica en la relación entre el Estado y los particulares, sino también un verdadero presupuesto del procedimiento administrativo, ya que sin él carecería de todo sentido<sup>26</sup>.

Solo en ese contexto es que principios tales como los de legitimidad, verdad material, informalismo a favor del administrado, oficialidad y gratuidad o la obligación de revocar los actos irregulares que impone a la Administración el artículo 17º de la Ley del Procedimiento Administrativo encuentran debida justificación.

La dinámica administrativa demuestra, sin embargo, que, en la mayor parte de los supuestos, tal colaboración brilla por su ausencia. Basta advertir, por ejemplo, las dificultades que enfrentan de ordinario los particulares al tiempo de realizar gestiones ante entes u órganos administrativos. La multiplicidad de trámites y demoras –sin duda atribuible en mayor medida a la ineficacia e inercia administrativa que a una premeditada voluntad obstaculizante– son sólo un ejemplo de ello.

Las violaciones al espíritu de colaboración y a los restantes principios que deberían regir el procedimiento y obrar aparecen desde el momento en que se impone a los administrados la obligación de abonar una tasa a efectos de formular una petición, acceder u obtener el desarchivo de actuaciones administrativas<sup>27</sup>. La exigencia de semejante pago –caracterizado en algunos ordenamientos municipales como “derecho de oficina”– se presenta en contradicción no sólo ya con los principios

23 TAWIL, “Administración y Justicia”, I, ob. cit., p. 173, donde –al referirnos en forma crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, al requisito de la decisión previa y al alcance que debe atribuirse a la intervención administrativa– señalábamos que “lo expuesto no significa pronunciarse en contra de la existencia de una intervención administrativa previa al conocimiento judicial. Tiende, por el contrario, a limitar los efectos de ella a sus justos límites. Desde esa óptica, la intervención administrativa debe ser visualizada, exclusivamente, como una etapa precontenciosa o de conciliación –tal es el único significado que cabe otorgarle en la actualidad– que encuentra sustento en la obligación del administrado de colaborar en la preservación del principio de legalidad, evitando la propagación de litigios inútiles con quien ha asumido el papel de guardián del interés público. Tal conclusión –plenamente válida como pauta interpretativa de la Ley en tanto emana claramente de su espíritu– no debe llevar, por el contrario, a propugnar la existencia de requisitos formales exagerados que –traducidos en aquellas peligrosas vallas temidas con justicia por el profesor ENTERRÍA– atentan contra el normal ejercicio de los derechos de los administrados y limitan indebidamente el papel otorgado constitucionalmente a nuestros tribunales de justicia”. Desde una perspectiva similar, señalaba la Corte Suprema en las causas La Estrella (Fallos: 311:689, considerando 5º), Gasparri y Cía (Fallos: 314:725, considerando 7º) y “The First National Bank of Boston” (Fallos: 324:3335, considerando 11º) que “la finalidad del reclamo administrativo previo es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la Administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad y conveniencia de lo actuado por los órganos inferiores”. Ver, en igual sentido, Corte de Justicia de la Provincia de Salta, “Alonso, Diego c/ Cooperativa Asistencial de la Capital”, del 11 de junio de 1997, LLNOA. 1998 p. 632.

24 Ver, así, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes, 57, p-red. 264. En doctrina, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de derecho administrativo”, t. II, Civitas, Madrid, 1984, p. 398. En contra se ha pronunciado BEZZI (“El contrato de obra pública”, 2º ed., Buenos Aires, 1982, p. 63), quien citando a Langrond, concuerda sustancialmente con nuestra posición, al afirmar que en el Procedimiento Administrativo “hay confrontación, pero no contradicción entre el interés público representado por la Administración y el interés privado representado por el administrado, a quien califica de colaborador en la elaboración de la decisión administrativa y no de litigante”.

25 Aún y particularmente aquél de naturaleza impugnatoria.

26 TAWIL, “El principio de colaboración y su importancia en el Procedimiento Administrativo”, ob. cit., loc. cit.

27 Respecto al tema del acceso a las actuaciones administrativas, ver GORDILLO, Agustín A., “Tratado de derecho administrativo”, 4, 10ª Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, IV; CANOSA, Armando, “La vista en el procedimiento administrativo”, ED pp. 134-899 y “Procedimiento administrativo: recursos y reclamos”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 287 y ss; MONTI, Laura, “El acceso a las actuaciones administrativas” en TAWIL (Dir.), “El procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 267 y ss.

de gratuidad del procedimiento y debido proceso adjetivo —en tanto importa una restricción indebida a la posibilidad de que el particular sea oído<sup>28</sup>—, sino, más aún, con los principios centrales de legitimidad y verdad material. Si lo que se persigue es el fiel cumplimiento del ordenamiento jurídico, si la carga de obtener ese resultado recae principalmente sobre la organización estatal y si a ese fin ella no debe limitar su conocimiento a los elementos formales aportados en el expediente, mal puede aceptarse que exigencias económicas como las expuestas<sup>29</sup> restrinjan el acceso de la Administración a la principal fuente de información a la que debe recurrir para decidir la conducta a seguir o revisar la ya adoptada: aquella susceptible de ser provista por su “colaborador”, su “coadyuvante”, su “socio” en la búsqueda del éxito en el procedimiento administrativo, es decir, el particular interesado<sup>30</sup>. Lamentablemente, ello no es siempre bien comprendido, olvidándose frecuentemente que en no pocas ocasiones quien se encuentra en mejor posición para recordar a la Administración sus deberes y obligaciones, para advertirle de los errores cometidos y para agravarse cuando se lesiona el bien común y el bien individual compatible con este es el propio administrado.

¿Qué decir entonces de las restricciones que se observan en ocasiones para producir prueba, la no consideración de aquella producida y las dificultades que enfrentan los administrados para acceder a las actuaciones y antecedentes administrativos? En más de una oportunidad ellas obligan a poner en duda si principios básicos en este campo como los de verdad material, oficialidad o debido proceso constituyen meras construcciones teóricas o cuentan con algún asidero tangible en la realidad y dinámicas administrativas<sup>31</sup>.

¿Y de la celeridad, economía, sencillez y eficacia de los procedimientos? Como bien se ha dicho, el “tiempo” es un elemento decisivo en la tutela de los derechos y el orden jurídico. De poco sirve una solución correcta si ella no es aportada en tiempo oportuno. Frecuente, resulta observar procedimientos administrativos cuya duración acumula años.

«La tutela del interés público exige que, en su regulación, el Estado adopte mecanismos que no sólo resulten aptos para el ejercicio de las prerrogativas de poder público, sino también para limitar su ejercicio abusivo en función de las garantías que cada ordenamiento jurídico reconoce a aquellos sujetos a la autoridad estatal».

Más allá del carácter obligatorio de los plazos tanto para el administrado como para la Administración<sup>32</sup> y del ejercicio obligatorio de la competencia<sup>33</sup>, escasas son las ocasiones en que la Administración cumple con los plazos conferidos en la legislación para el dictado de un acto, su notificación o la resolución de un recurso. Frente a semejante mora, la legislación ha ideado diversos remedios que, si bien otorgan algún tipo de solución, no evitan la mora administrativa ni reparan debidamente los perjuicios que ella causa. ¿Son el silencio administrativo negativo o el amparo por mora soluciones efectivas para erradicar esas prácticas? La respuesta parece ser necesariamente negativa. Todo paliativo debe, como tal, ser bienvenido, pero lejos se encuentran semejantes herramientas de constituir soluciones eficientes para revertir la mora administrativa o poner fin a su inactividad material.

Las trabas o requerimientos burocráticos que caracterizan al obrar de nuestras Administraciones —plasmado en un sinnúmero de exigencias formales superfluas e innecesarias<sup>34</sup>, atención defectuosa y generalmente escasa, largas esperas, omisión de

28 Que impone, necesariamente, el acceso del particular y una efectiva participación útil en las actuaciones que lo afecten. Ver, al respecto, GORDILLO, “Tratado de derecho administrativo”, 4, ob. cit., IV-6.

29 Consecuencia de la invariable necesidad de generar recursos que caracteriza desde antaño a nuestra Administración.

30 Como lo ha destacado nuestra Corte Suprema en un caso que involucraba a un organismo previsional, pero cuyas proyecciones pueden válidamente ser generalizadas a cualquier órgano administrativo, “los organismos previsionales no son partes contrarias con intereses contrapuestos a los de los administrados, sino órganos de control y aplicación práctica de la legislación de la seguridad social para el cumplimiento de cuyos fines están obligados a coadyuvar al esclarecimiento de la verdad material...”. Ver Fallos: 313:1417, “Echavarría Coll”.

31 En sentido concordante, RODRÍGUEZ PRADO, Julieta, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean”, en TAWIL (Dir.), “El procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 333 y ss.

32 Artículo 1º, inc. e), apartado 1, Ley del Procedimiento Administrativo.

33 Artículo 3º, Ley del Procedimiento Administrativo. Respecto a este tema, ver HALPERIN, David, A. “Los plazos en el procedimiento administrativo” en TAWIL (Dir.), “El procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 253 y ss.

34 La sujeción a formas rituales es, sin duda, uno de los rasgos más característicos de los sistemas inspirados en el modelo francés y, como tal, mal podría estar ausente en nuestro país. Como en otros campos de la actuación administrativa, el tema de las formas asume en el Procedimiento Administrativo un rol central. Es cierto que en numerosas ocasiones las formas producen un importante efecto disuasivo y, por ello, hemos destacado la importancia que reviste la motivación como medio de control de la

notificaciones, necesidad de concurrir reiterada e infructuosamente a las dependencias públicas<sup>35</sup> y demás vicios–, más allá de evidenciar un preocupante desconocimiento del ordenamiento que rige a la Administración –llámese Ley del Procedimiento Administrativo u otras normas legales o reglamentarias análogas– y de los principios generales en que ellos se sustentan, encuentran su origen en la confusión existente acerca de cuáles son los fines que debe perseguir el Estado en su accionar.

El problema no es, por cierto, propio o exclusivo de la Administración argentina. Ha sido y –muy a nuestro pesar– seguirá siendo un defecto crónico de las organizaciones estatales<sup>36</sup>.

Nos hemos referido elogiosamente con anterioridad a algunos de los esfuerzos realizados en otras latitudes para reducir la carga burocrática, particularmente en materia regulatoria<sup>37</sup>. Iniciativas relevantes como las adoptadas en los Estados Unidos a fin de revisar la regulación existente, reducir la carga innecesaria de información o imponer obligaciones específicas de contabilidad presupuestaria y examen de los costos y beneficios de toda nueva regulación relevante deberían ser objeto de mayor atención.

La idea del enfrentamiento entre la Administración y los administrados debe ser erradicada de manera definitiva. Forma parte de la esencia misma del Procedimiento Administrativo que la decisión emanada del órgano estatal no sea consecuencia de una disputa entre ellos sino, por el contrario, el fruto necesario de una conjunción de esfuerzos, una interacción imprescindible entre el particular y

la Administración destinada a obtener un resultado justo y provechoso para el individuo y la comunidad en su conjunto<sup>38</sup>.

Si la Administración y los administrados no se encuentran por lo general en una relación de igualdad, mayor aún es aquella desigualdad en el Procedimiento Administrativo. A diferencia de lo que acontece cuando el Estado ejerce la función materialmente jurisdiccional –que requiere, por su propia naturaleza, la existencia de una controversia entre partes y un órgano independiente de ellas que la dirima<sup>39</sup>– en el caso del ejercicio de la función materialmente administrativa, el Estado se identifica con una de las partes en aparente pugna y, por ende, carece de independencia y neutralidad.

La desigualdad entre las partes es, consecuentemente, propia del Procedimiento Administrativo. Pero ella pierde relevancia cuando se toma conciencia de que él no se basa en una confrontación de fuerzas entre la Administración y el administrado que exige para su adecuado funcionamiento una igualdad absoluta entre ellas, sino, por el contrario, que se trata de un procedimiento particular y específico en el que esa aparente disimilitud no debería constituir óbice alguno para alcanzar el fin perseguido.

De allí que, ante la falta de independencia del poder de decisión con el interés comprometido resulte esencial, para su funcionamiento eficaz, comprender debidamente la naturaleza del vínculo.

Como consecuencia de ello, exigencias tales como el reclamo administrativo o los recursos administrati-

actividad administrativa o nos hemos pronunciado en contra de la teoría de la subsanación dada la naturaleza educativa que a nuestro juicio reviste para los órganos administrativos lo que hemos dado en llamar “el efecto multiplicador de las nulidades”. Sin embargo, el funcionamiento deficiente de los mecanismos de control se ve acentuado, en importante medida, por la sacralización exagerada de las formas: en otras palabras, el suponer que las formas son aptas para constituir en sí mismas mecanismos adecuados de control. La experiencia indica que nada es más sencillo para quien no sabe controlar que verificar únicamente el cumplimiento de las formas. Lava su culpa y aparenta cumplir adecuadamente con su función cuando –obviamente– lejos está de hacerlo. Ello explica en numerosos supuestos, las toneladas de papeles que inundan a la Administración y la escasa confianza que tiene la ciudadanía en las estructuras estatales. Algo parecido sucede, por cierto, con la función de regulación. Cuando algo no funciona es más sencillo propugnar la sanción de una nueva norma –de naturaleza legal o reglamentaria– que examinar con seriedad las razones por las cuales ellas no son cumplidas y trabajar en la modificación de las conductas humanas para conseguir su acatamiento. Se trata, como hemos dicho en oportunidades anteriores, simplemente de cosmética.

35 Defectos estos muy comunes en nuestra práctica administrativa y que configuran una clara restricción a la posibilidad con que cuentan los particulares de obtener una efectiva participación útil en la toma de las decisiones que los pudieran afectar. Ver al respecto lo señalado hace ya más de tres décadas por Horacio CREO BAY (“Rechazo de escritos en sede administrativa”, J.A., 1977-III, p. 646 y ss.) en materia de presentación y rechazo de escritos en sede administrativa. Así lo hizo notar también Héctor A. MAIRAL (“Control judicial de la administración pública”, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 8) al señalar que: “el rechazo de escritos en la mesa de entradas, denegación de vistas y de pruebas, negativas a elevar el expediente y represalias por interposición de recursos o demandas contra el ente son todas situaciones de frecuente ocurrencia, muchas de las cuales no quedan volcadas en el procedimiento y son por ello difíciles de probar”.

36 Ver, a este respecto, las ácidas críticas vertidas en España por el profesor Alejandro NIETO en “La “nueva” organización del desgobierno”, Ariel, Barcelona, 3ª reimpresión, 2003.

37 Ver TAWIL, Guido Santiago, “Avances regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, año 2000, p. 380 y ss.

38 Así parece haberlo entendido en ocasiones nuestra Corte Suprema, al señalar que, “conforme a los principios generales que rigen la materia, el recurrente concurre como colaborador en la elaboración de la decisión administrativa, aun cuando defiende sus derechos subjetivos; por lo que, predominan las reglas de informalismo e impulsión de oficio. Además, la buena fe, la lealtad y la probidad que deben caracterizar todo proceso y la actividad de las partes en él determinan que las normas adjetivas regulatorias de su conducta no contengan exigencias contrarias a tales principios”. Ver Fallos: 300:1292, “Galián, Edgar c. Provincia de Corrientes” y 308:633, “Durusse de Fernández, Graciela c. Provincia de Santa Fe”.

39 FLORINI, Bartolomé, “Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional”, La Ley, 101 p. 1027 y ss.

vos sólo hallarían justificación<sup>40</sup> en caso de ser ellos interpretados como propios de la instancia precontenciosa o de conciliación antes referida, signada por el espíritu de colaboración y la posibilidad cierta de que los particulares obtengan una verdadera y efectiva participación útil<sup>41</sup> en la elaboración y toma de las decisiones que los afecten<sup>42</sup>.

Más allá de los justificados elogios que la formulación teórica y regulación del Procedimiento Administrativo han merecido en su tiempo y lugar, ellos requieren en la actualidad ciertos cambios relevantes –tanto de naturaleza conceptual como instrumental– que permitan superar la insatisfacción que en general se percibe en quienes deciden hacer uso de él.

En el plano conceptual, no puede desconocerse que, tanto en nuestro país como en otros sistemas jurídicos, el Procedimiento Administrativo impugnatorio ha sido visto y regulado durante décadas

como paso previo a un Proceso Contencioso-Administrativo de naturaleza revisora, es decir, como una sucesión de pasos formales impuestos por la norma como necesarios para agotar la instancia administrativa y generar un acto expreso o presunto que permita acceder a la instancia judicial.

Esa íntima relación que uniera desde sus orígenes a la regulación del Procedimiento y el Proceso Contencioso-Administrativo obliga a comprender que las modificaciones producidas en la construcción e interpretación de uno de ellos impacta en ocasiones en el otro e impone la necesidad de su reformulación.

Superada en importante medida la visión revisora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –en función de la cual se requería como condición ineludible para la procedencia de la revisión judicial la existencia de un acto previo de la Administración en los aún supuestos de inactividad<sup>43</sup>–, el gran de-

40 Con el alcance al que nos referiremos a continuación.

41 Expresión esta utilizada desde antaño por nuestra Corte Suprema (Fallos: 215: 357) y a la que nos adherimos.

42 El cambio cultural que ello exige es, por cierto, relevante y las experiencias existentes hasta el momento no han sido particularmente alentadoras. Basta observar, por ejemplo, que iniciativas de interés como el Decreto N° 1172/03 –que aprobó los reglamentos generales de audiencias públicas, publicidad de la gestión de intereses, elaboración participativa de normas, acceso a la información pública y reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos– lejos han estado de producir los efectos deseados.

43 En una interpretación desmesurada de esta exigencia se interpretaba que –en tanto la reclamación administrativa determinaría los puntos en disputa sobre los cuales habrán de pronunciarse los jueces– no resultaba posible plantear en sede judicial cuestiones no introducidas con anterioridad ante la Administración; que las pretensiones en sede judicial no podían exceder las formuladas en sede administrativa, o que aun en el supuesto de anularse el acto impugnado, los tribunales no podían realizar declaraciones sobre las pretensiones sustanciales de los recurrentes cuando ellas habían quedado sin resolver por parte de la Administración. En concordancia con ello, se deducía de este carácter revisor que los tribunales deberían ceñir su conocimiento a las cuestiones resueltas en el acto impugnado, toda vez que, "de modificar la fundamentación fáctica o la extensión de sus pretensiones al demandar judicialmente, el particular estaría privando a la Administración la posibilidad de decisión, sustrayéndole su competencia y asignándosela por propia y personal decisión al tribunal judicial que de órgano revisor de actos se transformaría en decisor de cuestiones que debían ser planteadas en sede administrativa...". El abandono de esta visión se ha notado claramente en la jurisprudencia, doctrina y legislación tanto española como argentina. La Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 profundizó ese proceso en España. Así, siguiendo una sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de septiembre de 1995, la Ley de 1998 ratificó su intención de "superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración" (Exposición de Motivos, capítulo V, párrafo 1). De ese modo y a diferencia de la L.J.C.A. de 1956 –que relacionaba las pretensiones procesales con los "actos" de la Administración y solo admitía la impugnación de disposiciones generales y actos administrativos (expresos o presuntos)–, el nuevo ordenamiento español vinculó a las pretensiones esgrimibles con la actuación administrativa en sentido amplio (interpretada ella en los términos del artículo 106.1 de la Constitución Española de 1978, es decir, comprendiendo no sólo los actos propiamente dichos sino también la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales y, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas– y consagró un vasto sistema de pretensiones), contemplando entre la actuación administrativa susceptible de impugnación judicial a la que se refieren sus artículos 25° y ss. a las disposiciones de carácter general, los actos administrativos expresos o presuntos, la inactividad material de la Administración y las vías de hecho. A las clásicas pretensiones de condena ya existentes en la Ley de 1956 –declaración de no conformidad a Derecho y consecuente anulación y reconocimiento de una situación jurídica individualizada y adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, incluida la indemnización de daños y perjuicios– el nuevo ordenamiento sumó la posibilidad de condenar a la Administración al cumplimiento de actividad omitida en el supuesto de inactividad material y el cese de la actividad material cuestionada en el caso de las vías de hecho. En el caso argentino, abandonando la visión esbozada en el Código Varela, el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense (Ley 12.008 de 1997, modificada por las leyes 12.074, 12.310, 13.101 y 13.118 ó Código Contencioso Administrativo) fijó –con buen criterio– como objeto del proceso a la pretensión procesal y no al acto administrativo denegatorio de derechos (Ver, así, el mensaje del Poder Ejecutivo del 2 de junio de 1997 de elevación a la legislatura provincial del proyecto de código). Asimismo y tal como lo hiciera poco tiempo después la Ley española de 1998, admitió expresamente entre las pretensiones posibles –sujetas a plazos y condiciones diferentes (artículos 18° a 21° del Código Contencioso Administrativo)– la posibilidad de requerir la anulación total o parcial de actos administrativos, reglamentos u ordenanzas municipales; el restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado; el resarcimiento de daños y perjuicios; la declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el derecho administrativo; el cese de una vía de hecho o el libramiento de una orden de pronto despacho (Artículo 12° del Código Contencioso Administrativo). Esa enumeración ha sido considerada como meramente enunciativa, por lo que nada obstaría al ejercicio de otras pretensiones. Cfr. SORIA, Daniel F., El proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas, Revista Régimen de la Administración Pública, N° 227, Buenos Aires, 1997. Respecto al tema en general, ver TAWIL, Guido Santiago, "Características básicas de la jurisdicción contencioso-administrativa argentina" en TAWIL, Guido Santiago (Director), "Derecho procesal administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, en prensa.

safío que enfrenta el Procedimiento Administrativo en estos tiempos es el de obtener el favor de los administrados, es decir, lograr que ellos recurran al Procedimiento Administrativo no por imposición legal sino por asumirse que él permitirá solucionar los conflictos sin necesidad de recurrir a una instancia judicial. Entendido que el procedimiento administrativo no debe condicionar ya más el acceso a una tutela judicial efectiva, el único modo que él concite el interés tanto de la Administración como de los administrados es que los mecanismos de resolución de disputas allí existentes funcionen debidamente, permitiendo conciliar adecuada y efectivamente los diversos intereses en juego sin necesidad de recurrir al auxilio de los órganos judiciales<sup>44</sup>.

De ese modo, si el Proceso Contencioso-Administrativo ya no es más considerado un proceso al acto administrativo, sino uno en el que se pueden plantear múltiples pretensiones (incluidas en algunos supuestos aquellas de naturaleza prestacional), el Procedimiento Administrativo debería ser adecuado a esa nueva realidad.

Un Procedimiento Administrativo moderno debería acentuar los estímulos a fin de obtener una mayor participación útil tanto de la Administración como de los administrados –unificando los procedimientos y evitando categorías cerradas de legitimación<sup>45</sup>–, ampliar las pretensiones susceptibles de ser planteadas a fin de contemplar mecanismos aptos para poner fin a la inactividad material, desterrar ciertas construcciones incompatibles con su propia esencia<sup>46</sup> y reducir la procesalización exagerada que se verifica tanto en la regulación como en la aplicación del sistema.<sup>47</sup> En esa senda, el principio de colaboración al que hacíamos referencia asume aún mayor relevancia. De optarse por mantener los recursos administrativos (en lugar de sustituirlos por otros mecanismos de expresión o participación de los administrados), debería quedar claro que ellos resultan en su mayor parte optativos<sup>48</sup> y que su falta de agotamiento<sup>49</sup> o ejercicio no generará la pérdida del derecho a promover la acción procesal administrativa<sup>50 51</sup>.

44 La solución no pasa, en definitiva, por la simple ampliación o modificación de plazos o restricciones. Mucho menos aún por eliminar u obviar el Procedimiento Administrativo. Pasa por reformularlo y jerarquizarlo, haciéndolo imprescindible no por imposición legal sino por el propio peso de su utilidad y eficacia.

45 Una técnica interesante ha sido la utilizada por el Nuevo Código Contencioso-Administrativo bonaerense al señalar –en su artículo 13º– que “Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”.

46 Entre ellas se destaca, particularmente, aquella que postula la llamada “teoría de la subsanación”. Ver, al respecto, la valiosa contribución de Fabián O. CANDA, “El debido proceso adjetivo. La llamada “teoría de la subsanación”, en TAWIL (Dir.), “El procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 145 y ss.

47 Consecuencia directa de la confusión existente respecto al sentido y naturaleza del Procedimiento Administrativo y su frecuente asimilación al Proceso Judicial.

48 Similar solución se debate en el sistema español donde se postula la conveniencia de contemplar un solo recurso, de carácter optativo, con excepción de los casos de tutela y autoadministración.

49 Sobre el significado y alcance del agotamiento o apuro de la instancia administrativa ver el excelente trabajo de Oscar AGUILAR VALDÉZ (“El agotamiento de la vía administrativa”, en Tawil (Dir.), “Procedimiento Administrativo”, ob. cit., p. 73 y ss), quien señala –en posición que compartimos plenamente– que: “nada hay en la Constitución Nacional ni en nuestro régimen contencioso administrativo que, por esencia, exija la existencia de este presupuesto procesal. Lo único que exige la Norma Fundamental para habilitar la procedencia de un pleito contra el Estado es la existencia de un caso o controversia...tal fundamento no puede resultar admisible a mas que se advierta que este recaudo recién fue introducido en nuestra legislación federal en 1972, es decir, mas de una centuria de sancionada la Constitución Nacional. Por otra parte, podemos afirmar –como lo ha dicho lúcidamente Bianchi– que del principio de división de poderes no se pueden derivar restricciones al ejercicio de derechos constitucionales, porque, justamente, su función es la de garantizar el ejercicio de las libertades individuales y no limitarlas”.

50 En igual sentido, consecuencias propias del carácter revisor como la exigencia de identificar los hechos y derechos invocados en la demanda judicial con lo resuelto (o planteado) en sede administrativa (ver, así, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 30º de la Ley N° 19.549) deben ser superados. A ellos nos hemos referido en forma crítica con anterioridad por considerar a esta disposición una interpretación errónea y desmesurada del principio de congruencia procesal al olvidar que –a diferencia de los que ocurre con la apelación entre dos instancias judiciales– el sistema argentino no es de doble jurisdicción (administrativa y judicial) sino de jurisdicción única y ella es de naturaleza judicial. Ver, en sentido concordante, MAIRAL, “Control judicial...”, I, ob. cit., p. 349 y CANOSA, “Procedimiento administrativo...”, ob. cit., p. 528.

51 En una línea similar parece pronunciarse Agustín GORDILLO (“Tratado de derecho administrativo”, 4, 10ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, III-3), al señalar que “cuando la tutela judicial es efectiva, el recurso administrativo es un trámite molesto que desearía poder evitar. Cuando el control judicial no funciona, el recurso administrativo se transforma en el único remedio disponible. En cualquier caso, es el precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial, unas horcas caudinas incompatibles con la garantía de pronto acceso a la instancia judicial. Por ello, la respuesta provisoria que la doctrina contemporánea postula es que resulta una irrazonable restricción del acceso a la justicia. Ello, por ser innecesarios para la Administración, que de rutina no los resuelve; por transformar ` los fugacísimos plazos de interposición de los recursos en plazos de prescripción de los derechos sustantivos `; por ser una carga injustificable, demorar el acceso a la justicia y de hecho desanimar dicho acceso, etc. Se trata de un tema en el que conviene evitar todo dogmatismo jurídico o formalismo rígido, pues a veces la justicia es el único camino y otras lo es la Administración. La mejor solución es dejar al propio interesado el derecho de acudir a la vía judicial en forma directa, o agotar si lo prefiere todo o parte de la instancia administrativa... hemos seguido y profundizado lo que en España se denominó la desvirtuación de la vertiente garantística de los recursos; la desfiguración de los recursos como medio de garantía”. También, lo hacen Canosa (“Procedimiento administrativo...”, ob. cit., p. 355 y ss.) y AGUILAR VALDÉZ (“El agotamiento de la vía administrativa”, ob. cit., p. 91) quien a la posibilidad de otorgarle carácter optativo al régimen recursivo le agrega la posibilidad de reemplazar la obligatoriedad de interponer el recurso jerárquico por una simple reclamación administrativa, sin plazo de interposición y con términos de resolución razonables, vencidos los cuales –con o sin resolución expresa– el particular podría acudir a la vía judicial.



En esa misma senda, el abandono del carácter revisor de la jurisdicción Contencioso-Administrativa aconseja reexaminar la pertinencia de mantener limitaciones temporales al ejercicio de la acción contencioso administrativa como las existentes en la actualidad<sup>52</sup> o el sistema de retardación<sup>53</sup> y reformular figuras tales como la denuncia de ilegitimidad o el silencio negativo, creadas con un claro propósito tuitivo, pero cuya utilidad misma quedaría en duda en ese nuevo contexto<sup>54</sup>.

En el plano instrumental, numerosas son las soluciones susceptibles de ser incorporadas. Desde propuestas conceptuales destinadas a reducir en general la carga de papel y documentación a presentar y procesar, hasta la eliminación de controles formales que en escasas oportunidades permiten alcanzar los objetivos perseguidos –sustituyendo en cuanto sea posible controles de medios por otros de resultados– por lo que el abanico es particularmente amplio.

Un proceso de modernización del Procedimiento Administrativo exigiría, por cierto, incorporar las múltiples ventajas que la innovación tecnológica nos acerca (expedientes virtuales, firma digital<sup>55</sup>, notificación electrónica)<sup>56</sup>, adaptar la regulación a las nuevas previsiones existentes en la legislación y tratados internacionales –particularmente en lo atinente a la transparencia, ética y mecanismos destinados a combatir la corrupción– y fomentar una mayor publicidad de los actos y procedimientos estatales<sup>57</sup>, cuidando particularmente que su

«El Procedimiento Administrativo se presenta a la vez no sólo como un mecanismo destinado a garantizar un mejor funcionamiento de la Administración, sino también para otorgar a los administrados la posibilidad de hacer valer sus derechos o intereses frente al abuso o funcionamiento deficiente de la organización estatal».

instrumentación ayude efectivamente al proceso de toma de decisiones y no, por el contrario, lo obstaculice.

Asimismo, principios tales como los de colaboración y gratuidad deberían ser consagrados normativamente, eliminando –en aquellos casos en que fuera necesario– las normas que atentan contra ellos<sup>58</sup>.

52 Plasmadas en la mayor parte de los casos en plazos de caducidad y presentes –en el supuesto de los ordenamientos provinciales– en los códigos contencioso-administrativos y no –como acontece en el orden nacional– en las leyes de Procedimiento Administrativo.

53 Previsto, por ejemplo, en los artículos 77° a 79° de la Ley de Procedimiento Administrativo de la provincia de Buenos Aires (Decreto Ley N° 7647/70).

54 En efecto, la primera cuestión a debatir sería la necesidad o conveniencia de mantener tales institutos en forma generalizada en un esquema en el cual el requisito de decisión previa –en razón del cual nacieron y que les da justificación– se atenúa considerablemente. Aún en el caso de optarse por su mantenimiento (solución prudente en la medida en que el sistema no sea reestructurado en su totalidad), debería examinarse la conveniencia de revisar en cuanto al primer instituto la visión innecesariamente restrictiva que denotan –en cuanto a la posibilidad de revisar judicialmente la decisión que desestima una denuncia de ilegitimidad– diversos precedentes jurisprudenciales a partir del conocido caso “Gorordo” (Fallos 322:73, del 4 de febrero de 1999). Ver, en igual sentido, “Tajes” (Fallos: 322:551 del 31 de marzo de 1999) y la disidencia del juez Maqueda en “Daus” (Fallos: 329:2886 del 18 de julio de 2006), entre muchos otros. Respecto al tema de la denuncia de ilegitimidad ver el valioso aporte crítico de Ignacio J. MINORINI LIMA, “La denuncia de ilegitimidad”, en TAWIL (Dir.), “El procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 425 y ss.

55 Ver, al respecto, la Ley 25.506 y su Decreto Reglamentario N° 2628/02. Examinando el funcionamiento del sistema de firma digital y algunas falencias que impedirían su plena aplicación en el ámbito administrativo, ver ROCA, Santiago, “El acto administrativo digital en el marco de nuestro Procedimiento Administrativo”, RAP 2003, pp.124-135; BORDELOIS DE ROSSI, Gabriela, “El expediente administrativo” y APRILE, Natalia S., “Los escritos. Formalidad. Recaudos. Su funcionamiento en el Procedimiento Administrativo”, ambos trabajos publicados en Tawil (Dir.), “El Procedimiento Administrativo”, ob. cit., p. 188 y ss. y p. 247 y ss.

56 En igual sentido, LUPETTI, Gustavo P., “Los principios de eficacia, celeridad, economía y sencillez”, en TAWIL (Dir.), “El procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 173 y ss. Respecto al tema del “gobierno digital” ver, en nuestro país, MARTINO, Antonio, “El gobierno digital para la emergencia”, en AHE, Dafne A. (Coord.), “El derecho administrativo de la emergencia”, II, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002, p. 49.

57 Incentivando, en aquellos casos en que resulte posible, mecanismos tales como los de documentos en consulta. Respecto a estos últimos y otros mecanismos de participación pública, ver el Decreto 1172/2003 y RERIZ, María Graciela, “La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2004, p. 387 y ss.; ALIANAK, Raquel C., “Sobre la participación pública en la elaboración de reglamentos y proyectos de Ley. A propósito del Decreto 1172/2003 y su comparación con el régimen vigente en el sistema legal de Estados Unidos de Norteamérica”, EDA 2004-504; SACRISTÁN, Estela, “Participación previa y revisión judicial en los actos de alcance general”, JA 2005-I; BLOCH, Denise, “Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos”, RAP N° 258; Boullaude, Gustavo, “El Decreto 1172/2003 y los servicios públicos”, RDA 51-134 y MORTIER, Natalia, “Los procedimientos de elaboración participativa de normas”, en TAWIL (Dir.), “El procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 497 y ss, entre otros.

58 Como, por ejemplo, aquellas disposiciones que exigen el pago de derechos de oficina ó tasas de desarchivo, dificultan el acceso

En este proceso de transformación del procedimiento administrativo cuatro soluciones instrumentales podrían resultar también de interés.

- i) En primer lugar, la redacción de una guía de buenas prácticas administrativas, dirigida tanto a la Administración como a los administrados en la que se expresen con claridad los objetivos perseguidos y los deberes y obligaciones de todos quienes participan en los Procedimientos Administrativos. Ella podría incluir, a mero título enunciativo, una lista de las conductas que se esperan y aquellas que se consideran inadecuadas en el Procedimiento Administrativo<sup>59</sup>.
- ii) Segundo, el dictado de una serie de instrucciones a los funcionarios administrativos y cuerpos de asesoramiento jurídico<sup>60</sup> consistentes con el nuevo ordenamiento, reflejando claramente las conductas que se esperan de ellos y los mecanismos que se instrumentarán a fin de implementar y realizar un seguimiento de las conductas allí fijadas.
- iii) En tercer lugar, la implementación de programas de entrenamiento y actualización permanente para funcionarios de la Administración destinados a instruirlos adecuadamente, intercambiar experiencias y recoger sugerencias para alcanzar un mejor funcionamiento del Procedimiento Administrativo.

- iv) Por último, la creación de un ente u órgano en el ámbito de la Administración que mediante herramientas físicas e informáticas reciba y procese los reclamos y sugerencias que genera el funcionamiento defectuoso del procedimiento administrativo<sup>61</sup> con dos objetivos centrales. En primer lugar, compilar periódicamente las observaciones recibidas y remitírselas a los organismos administrativos o legislativos competentes para realizar las modificaciones necesarias en su regulación normativa (con o sin propuestas normativas), guía de buenas prácticas, circulares y programas de entrenamiento y actualización. Segundo, en los casos en que ella no se perciba como superflua o dilatoria, hacer llegar a las oficinas o dependencias administrativas competentes la queja puntual recibida a fin de requerir su pronta solución<sup>62</sup>.

Tal como aconteciera en otras materias, iniciativas recientes demuestran la voluntad de las autoridades políticas en distintas jurisdicciones de iniciar estudios que podrían culminar en la modificación de algunas de nuestras actuales leyes de procedimiento administrativo.<sup>63</sup> Más allá de la decisión final que cada jurisdicción adopte, tales esfuerzos evidencian una seria y legítima preocupación que no debe pasar desapercibida. Probablemente no todos los cambios deseados o requeridos puedan ser instrumentados en el corto o aún en el mediano plazo pero el sólo hecho de iniciar este proceso resulta auspicioso y merece, por cierto, todo nuestro apoyo. CA

a las actuaciones administrativas u obstaculizan innecesariamente la participación de los administrados con interés suficiente. Respecto a este tema, ver BARBARÁN, Josefina, "El agotamiento del administrado", La Ley 2005-E-1120 y CAPALBO, Sofía, "El principio de gratuidad en el procedimiento administrativo", en TAWIL (Dir.), "Procedimiento administrativo", ob. cit., pp. 167/168.

59 De ese modo, conductas frecuentes pero reprobables como la elevación de los recursos administrativos con proyecto de resolución denegatoria y aquellas dilatorias dirigidas a diferir eternamente los procedimientos sancionatorios deberían, por ejemplo, verse debidamente reflejadas.

60 Emanadas en este último caso del Procurador del Tesoro en el ámbito nacional y de los responsables de los cuerpos de abogados respectivos en el ámbito provincial.

61 En el entendimiento que la función de orientación cotidiana a los administrados será obligación de todos los funcionarios, como parte integrante de sus tareas ordinarias e incorporadas a las instrucciones señaladas anteriormente.

62 En labores tales como el entrenamiento y actualización de los funcionarios de la Administración ó la elaboración de la guía de buenas prácticas, su reflejo y posteriores propuestas de modificación normativas el aporte de distintas instituciones—incluidas las cátedras de derecho administrativo de nuestras principales universidades— podría resultar de gran utilidad.

63 En esa senda cabe destacar, entre otras, las recientes iniciativas de las provincias de Buenos Aires y Salta. En el caso de la primera, ella ya ha dado lugar a la creación —por Decreto N° 1044 del 6 de julio de 2010— de una "Comisión para el Estudio y Análisis del Decreto-Ley N° 7647/70 y modificatorias".