
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 44	p. 1-244	abr./jun. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEU FELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Virgínia Loureiro
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
CDD: 342	CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral	Secretário Editorial Executivo
Romeu Felipe Bacellar Filho	Daniel Wunder Hachem
Diretor Editorial	Conselho Diretivo
Paulo Roberto Ferreira Motta	Adriana da Costa Ricardo Schier
Editora Acadêmica Responsável	Edgar Chiuratto Guimarães
Ana Cláudia Finger	Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)	Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)	Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)	Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC/SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Odilon Borges Junior (UFES)
Eros Roberto Grau (USP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)	Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Rolando Pantoja Buzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Juarez Freitas (UFRGS)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC/SP)
	Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)	Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)	Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)	Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)	Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)	Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)	Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)	Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)	Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

El silencio de la administración en el procedimiento administrativo

Federico José Lisa

Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Santa Fe. Abogado Especializado en Derecho Administrativo, Notario y Abogado por la Universidad Nacional del Litoral. Juez de la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la Provincia de Santa Fe, República Argentina. Titular de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho (Subsede Paraná) de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Docente de los posgrados de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, de la Universidad Nacional de La Matanza y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste. Docente de la carrera de posgrado en Derecho de Daños de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Fue Docente invitado en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue; en la carrera de posgrado sobre Derecho de Daños de la Facultad de Derecho del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina; en la carrera de posgrado en Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Salta; y de la Carrera de Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Resumen: Este artículo tiene como objeto de análisis el silencio en el procedimiento administrativo. Tiene como premisa la idea de que el procedimiento administrativo y su régimen jurídico han un carácter instrumental en la relación con la gestión del bien común, y de que este instituto cumple un doble papel tuitivo — asegurar, por un lado, la eficacia de la gestión de la Administración, pero, por el otro, el respeto de los derechos e intereses particulares. Si la función última del procedimiento administrativo es actuar al Derecho Administrativo, y, a la par, si éste encarna no sólo prerrogativas públicas sino también garantías de los particulares, muchas de las cuales se erigen en verdaderos Derechos Fundamentales, el trabajo llega a la conclusión de que con el silencio administrativo tales garantías no alcanzan a realizarse, de manera que el silencio de la Administración en el procedimiento administrativo se opone claramente a la vigencia plena de algunos Derechos Fundamentales.

Palabras claves: Silencio administrativo. Procedimiento administrativo. Inactividad administrativa. Derechos fundamentales. Deber de resolver. Administración Pública.

Sumario: Introducción: las funciones del procedimiento administrativo y el silencio de la Administración – 1 El silencio en general: las contradicciones del silencio – 2 Silencio y Derecho – 3 El silencio administrativo – 3.a Inactividad administrativa material y formal – 3.b El deber de resolver – 3.c El derecho del particular a obtener una “resolución expresa” – 3.d Los principios y normas jurídicas sobre el derecho a obtener una “resolución expresa” y sobre el deber de resolver – 3.d.1 El derecho fundamental a peticionar ante las autoridades – 3.d.2 El derecho fundamental a la tutela “administrativa” efectiva – 3.d.3 Los principios y normas del procedimiento administrativo y el régimen jurídico de los actos administrativos expresos – 4 Precisiones en torno al deber de resolver y al derecho del particular a obtener una “resolución expresa” – 4.a La legitimación – 4.b Los deberes del particular en el procedimiento administrativo – 5 Algunas reflexiones

Introducción: las funciones del procedimiento administrativo y el silencio de la Administración

Una vez resuelto el interrogante acerca de “qué” es el procedimiento administrativo (es decir, la cuestión estructural), la doctrina — destacadamente la italiana —¹ comenzó a preguntarse en torno a las funciones, esto es, “para qué” sirve el procedimiento administrativo.

A ello se dieron diversas respuestas; entre otras: a. reflejar a la organización administrativa;² b. posibilitar la conciliación;³ c. limitar a la actividad administrativa;⁴ d. reflejar la verdadera realidad del acto final;⁵ e. servir a la eficacia de la Administración;⁶ f. actuar el principio de participación

¹ Sobre el punto puede verse Guido CORSO (El procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano, en *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Javier BARNES VÁZQUEZ (Coordinador), Civitas, p. 477 y ss, Madrid, 1993).

² CASSESE señala que el procedimiento es algo más que una actividad preparatoria: es el reflejo, en la actividad, de la organización (el procedimiento es el aspecto dinámico de la organización) (CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 251, Madrid, 1994).

³ El procedimiento posibilita la conciliación; esto es, la composición de un interés privado y uno público, lo que, a su vez, se traduce en lo que algunos llaman el “efecto filtro” del procedimiento administrativo respecto de una eventual contienda judicial. Sin embargo, no menos importante es el procedimiento administrativo como espacio de composición de “intereses públicos”. En ese orden, es sabido que el “interés público” no es algo homogéneo, ni existe “un” interés público. Por el contrario, se sostiene la heterogeneidad de los intereses públicos: es que, principalmente después de la consolidación del Estado de pluralidad de clases, cada interés colectivo es susceptible de reconocimiento y de tutela pública (GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, Ministerio para las Administraciones Públicas, p. 129, Madrid, 1991). Las leyes, al canonizar dichos intereses, no pueden establecer siempre una escala entre todos ellos, indicando cuál debe prevalecer, por lo que aparecen aquí las Administraciones — no el juez judicial — como árbitro en la tutela de intereses públicos concurrentes. Pues bien, estas Administraciones Públicas serían un campo de batalla — dice CASSESE — si no existiese una ordenación procedimental de su actividad. Así, el procedimiento realiza una función de solución de conflictos entre intereses colectivos que, convertidos en públicos, se reproducen en el seno de las Administraciones. El procedimiento, por lo tanto, fija las reglas a través de las cuales se da prevalencia a unos intereses públicos respecto de otros (CASSESE, Sabino, op. cit., p. 252).

⁴ Esta función se cumple, básica pero no exclusivamente, a través de tres vías: el superior jerárquico (el procedimiento administrativo permite el control del superior sobre la actividad del inferior, no sólo sobre la legalidad, sino también sobre la oportunidad, mérito o conveniencia); el particular (permitiendo su defensa); y el juez (gracias al procedimiento administrativo, el juez, como límite externo, está en grado de recorrer, desde el acto impugnado y volviendo hacia atrás, todos los demás actos que han contribuido, más o menos directamente, a formarlos).

⁵ Si — como en general se admite — el procedimiento administrativo es una secuencia de actos con homogeneidad en el fin (el dictado del acto final), resulta evidente que ese acto administrativo final no es más que una parte de una realidad mayor, que es externa al acto, pero no por ello extraña a él. Por ende, puede afirmarse que los límites del acto en verdad no están en el propio acto, sino que su realidad es la del procedimiento administrativo en el cual dicho acto se inserta. Como es obvio, se trata de una visión que resulta de decisiva incidencia en el ámbito del control de legitimidad, pues considerar aisladamente a un acto administrativo, es decir, al margen de su procedimiento, puede mutilar la realidad y ello conducir a resultados injustos. Las bondades de esta concepción superadora son especialmente verificables cuando se trata de la exigencia de la motivación, la que, como dice GIANNINI, “puede resultar de otros actos o de otras fases del procedimiento de formación del acto” (GIANNINI, Massimo Severo. *Motivazione dell’atto amministrativo*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXVII, Giuffrè Editore, p. 257 y ss. [en especial p. 260], Milán, 1977).

⁶ Se trata de una consecuencia de todo lo anterior: sin procedimientos administrativos las Administraciones Públicas, o los distintos órganos de una misma Administración Pública, se contradirían en las decisiones, tornándose además imposible el control por el superior, por el particular, y por el juez.

democrática;⁷ g. expresar el ejercicio de la función administrativa; y, en definitiva, realizar el Derecho Administrativo.⁸

Pues bien, todas esas funciones, todos esos nobles y trascendentes objetivos, se frustran dramáticamente frente al silencio de la Administración.

En efecto, dicho silencio cancela por completo todo intento de conciliación; claramente disminuye las posibilidades de control; priva de concreción a la participación democrática que eventualmente pueda aportar el procedimiento; y, en fin, nos pone de cara ante una Administración ineficaz.

Pero de todos esos frustrados fines, los que ahora más nos interesan por su vinculación con los Derechos Fundamentales, son los que presentan al procedimiento administrativo como un modo de actuación del ejercicio de la función administrativa y, en definitiva, de realización del Derecho Administrativo mismo.

Efectivamente, si el fin esencial de la función administrativa es la gestión directa e inmediata del bien común, es posible afirmar que el procedimiento administrativo, y su régimen jurídico, tienen carácter instrumental en la relación con la gestión del bien común.

De ese modo, las formas — y el procedimiento es “forma” — pasan a cumplir un doble papel tuitivo: asegurar, por un lado, la eficacia de la gestión de la Administración, pero, por el otro, el respeto de los derechos e intereses particulares.⁹

A su vez, si — como anunciamos — la función última del procedimiento administrativo es actuar al Derecho Administrativo, y, a la par, si éste — como régimen exorbitante — encarna no sólo prerrogativas públicas sino también garantías de los particulares, muchas de las cuales se erigen en verdaderos Derechos Fundamentales,¹⁰ concluimos que con el silencio administrativo tales garantías no alcanzan a realizarse.

⁷ En Italia, señala CORSO — con razón — que el procedimiento administrativo es el instrumento de la participación democrática, pues mediante él se logra implicar a los ciudadanos en el ejercicio de la actividad administrativa. En similar sentido, en Francia, Jean-Pierre FERRIER describe el doble objetivo del procedimiento administrativo no contencioso: otorgar una información más completa y un verdadero derecho de expresión del ciudadano, de modo tal de lograr “la adhesión del mayor número posible de personas a una fase de reflexión y expresión”, lo que se considera “una exigencia de la democracia”. En Alemania, SCHMIDT-ASSMANN señala que “numerosas son las relaciones que guarda el procedimiento administrativo con el principio democrático”: “la democracia representativa es una democracia impregnada de procedimiento” (en *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, op. cit., p. 479, 371 y 334, respectivamente).

⁸ WAHL, Rainer. Citado por SCHMIDT-ASSMANN, en *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, op. cit., p. 335.

⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos Administrativos – Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, anotada y comentada, Tomo I, La Ley, p. 5, Buenos Aires, 2002.

¹⁰ Es innegable la estrecha relación existente entre Derecho Administrativo y Derechos Fundamentales. De tal modo que desde Meilán Gil se habla de un Derecho Administrativo Constitucional, “en el que juegan un papel

En suma, el silencio de la Administración en el procedimiento administrativo se opone claramente a la vigencia plena de algunos Derechos Fundamentales.

1 El silencio en general: las contradicciones del silencio

Antes de ahora, hemos tenido oportunidad de referir a las profundas contradicciones que encarna el silencio,¹¹ señalando que basta, para así confirmarlo, con recurrir a la música: ámbito en el que paradójicamente “escuchamos” que sin silencio no hay música;¹² y más aún, que hay música con sólo silencio, según lo demuestra la obra 4'33" (1952) de John CAGE, cuya partitura específica que el intérprete no ejecutará sonido alguno en su instrumento durante los 4 minutos y 33 segundos que dura la composición.

Por lo tanto, sabíamos que sin silencio no hay música, pero desde CAGE tenemos que asumir que hay música con sólo silencio.

Pues bien, traslademos esta contradicción al mundo de los valores.

Desde un plano axiológico, vemos que el silencio tiene tanto la potencialidad de enaltecer a la persona como de degradarla.

A veces el silencio es un lugar de encuentro, mientras que, por momentos, observamos que el silencio entre las personas puede ser índice de discordia y desencuentro; a menudo el silencio es verdad, mientras que en otras ocasiones “es la peor mentira” (Miguel de Unamuno); asimismo, el silencio puede hacernos héroes, pero otras veces, desgraciadamente las más, puede hacernos cobardes; en determinadas circunstancias el silencio traduce honestidad, mientras que otras veces revela una despreciable complicidad; frente a ciertas situaciones adquiere la forma del más solemne de los respetos, pero, en otras, puede ser verdaderamente ofensivo; algunas veces el que “calla otorga”, mientras que en las más, conforme al

estelar los derechos fundamentales de la persona, principios y límites a los que debe someterse el poder público en un Estado de Derecho” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Interés General como Categoría Central de la Actuación de las Administraciones Públicas, en *Direito Administrativo e Integração Regional*, Romeu Felipe BACELLAR Filho y Guilherme Amintas PAZINATO da SILVA (Coordinadores), Editora Fórum, p. 105/130, Belo Horizonte, 2010).

¹¹ LISA, Federico José. La responsabilidad de los funcionarios por el silencio administrativo, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, A.A.V.V., Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP S.A., p. 903/933, Buenos Aires, 2008. Ver también LISA, Federico José. Agotamiento de la instancia administrativa y silencio administrativo frente al derecho del administrado a obtener una “resolución expresa”, en *XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVIII – 336, p. 165/206, Buenos Aires, 2006. En su mayoría, las ideas que ahora comparto sobre el silencio y el silencio administrativo han sido, con algunas modulaciones, también consideradas en esos trabajos.

¹² MACONIE, Robin. *The Concept of Music*, Clarendon Press, p. 66, Oxford, 1990.

principio *qui tacet non consentire videtur* — recibido por el Derecho argentino —, el que calla deniega.¹³

En definitiva, confirmando lo señalado por HEIDEGGER acerca de que la “silenciosidad es un modo de hablar”¹⁴ y lo relatado — en Argentina — por el poeta y jurista Alberto M. SÁNCHEZ respecto a que “el silencio es el otro yo de la palabra”,¹⁵ vemos que pocos comportamientos humanos como el silencio reciben tan contradictorias y antitéticas valoraciones según el contexto en el que se desarrolla.

2 Silencio y Derecho

Obviamente, tal variedad de valoraciones tiene su reflejo en el ámbito mismo del Derecho.

Así, vemos que algunas veces el silencio es indiferente para el Derecho; pero que otras veces se erige bajo la forma de un “derecho” ya individual (v.gr., el derecho del imputado a guardar silencio), ya de incidencia colectiva (v.gr., el “derecho al silencio” en materia ambiental); mientras que otras constituye un verdadero “deber” jurídico (tal el supuesto genérico de los llamados “secretos profesionales”, o el del deber de “sigilo” y el “secreto” de los funcionarios públicos).

En consecuencia, y dejando de lado los supuestos de indiferencia para el Derecho, el silencio puede constituir el cumplimiento de una norma jurídica; mientras que en otras ocasiones supone una infracción al ordenamiento jurídico.

3 El silencio administrativo

3.a Inactividad administrativa material y formal

Sabemos que el Estado no es estático sino dinámico, y que, a su vez, la “función” administrativa supone — incluso etimológicamente — “actividad”. Ambos datos desde ya explican que el Derecho Administrativo le dedique la mayor parte de sus capítulos a la actividad administrativa: el acto administrativo, el contrato administrativo, el servicio público, la actividad de gravamen o de policía, el fomento, las sanciones administrativas, etc.

¹³ En el Derecho argentino el silencio es una conducta inapta como manifestación positiva de voluntad, debiéndose ser interpretado, salvo disposición expresa en contrario, en sentido negativo (arts. 913, 918, 919, 1145 y 1146 del Código Civil argentino).

¹⁴ HEIDEGGER, Martín. *El ser y el tiempo*, p. 185, 1971.

¹⁵ SÁNCHEZ, Alberto M. *La palabra y la promesa*, Presentación, Ateneo Cruz del Sur, Biblioteca de Autores Sanjuaninos, p. 7, San Juan, Argentina.

Pues bien, en ese contexto de frenética dinámica, es natural que a la inactividad administrativa generalmente se la estudie, sobre todo en un aparente Estado Social de Derecho, como una patología de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

La falta de conservación de los bienes del dominio público; la falta de adopción de medidas de policía; en fin, todas aquellas inactividades que podrían dar lugar incluso a la responsabilidad del Estado por omisión, constituyen lo que se conoce como inactividad material.

En cambio, cuando se examina el “silencio administrativo” referimos a la inactividad formal, distinción ésta que — como resulta por todos conocido — fue formulada por Alejandro NIETO, para quien mientras el concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma (es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias), la inactividad formal alude, por su parte, a la pasividad de la Administración (y sus funcionarios) dentro de un procedimiento administrativo, siendo la simple no contestación a una petición de los particulares.

Estas consideraciones preliminares ya nos permiten precisar la noción de silencio administrativo.

En primer lugar, observamos que no toda inactividad de los órganos del Estado es silencio; y que no todo silencio de la Administración es “silencio administrativo”.

Por ello excluimos liminarmente al silencio del particular, aun cuando se produce en el ámbito del procedimiento administrativo; y, ya dentro de las funciones estatales, dejamos de lado también al silencio del juez, cuya demora (retardo) — que no tiene, necesariamente, el signo de lo ilegítimo — se somete a un régimen jurídico por completo distinto al del silencio administrativo, como así también el del legislador, que puede dar lugar a los supuestos de inconstitucionalidad por omisión.

Y más específicamente en el ámbito de las funciones administrativas, excluimos también al silencio de la Administración (y sus funcionarios) en el ejercicio de sus potestades reglamentarias, y las denominadas inactividad contractual y procesal.

En suma, nos vamos a quedar con el silencio administrativo como “inactividad formal singular” derivada del incumplimiento del deber de resolver; deber este que, como veremos, surge principalmente del derecho del particular a obtener una “resolución expresa”.

3.b El deber de resolver

Partimos entonces de la base de que el silencio es esencialmente inactividad, lo que, en principio, puede resultar jurídicamente relevante sólo si existe el deber de realizar la respectiva actividad.

Esto, aunque es de una gran obviedad, nos permite por lo pronto verificar lo ya anunciado acerca de que no todo silencio de la Administración es “silencio administrativo”.

En efecto, sin perjuicio de los criterios doctrinarios más amplios en orden a la inactividad formal de la Administración, sólo hablamos de “silencio administrativo” cuando existe el deber de resolver de la Administración (y, por ende, de sus funcionarios):¹⁶ sin deber de resolver no hay “silencio administrativo”, al menos en el sentido restringido al que estamos refiriendo.

Nos permite, también, confirmar que el “silencio administrativo” constituye, antes que nada, una violación a ese deber de resolver, es decir, un comportamiento que en sí mismo es antijurídico: una verdadera “infracción por omisión”.¹⁷

Como con toda claridad lo dicen VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, el silencio de la Administración ante una pretensión a ella dirigida es la “comisión, por omisión, de una infracción del ordenamiento jurídico”.¹⁸

3.c El derecho del particular a obtener una “resolución expresa”

Conforme hemos adelantado, puede como principio establecerse un paralelismo entre el deber de resolver de la Administración y el derecho del particular a obtener una “resolución expresa”: en efecto, no es dudoso que allí donde hay derecho a una “resolución expresa”, hay deber de resolver, cuyo incumplimiento puede suscitar “silencio administrativo”.

¹⁶ GRECCO advierte acerca de que la distinción no carece de importancia, “alcanzando en tal sentido con indicar [...] que la aplicación global del artículo 10 de la L.N.P.A. a todas las áreas de gestión posible de la Administración — como alguna descaminada jurisprudencia ha pretendido — conduce a verdaderos despropósitos” (Disciplina del silencio administrativo en el marco regulatorio del transporte y distribución del gas natural, en Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo, Carlos Manuel GRECCO y Guillermo Andrés MUÑOZ, AD-Hoc, p. 218, Buenos Aires, 1999).

¹⁷ MUÑOZ, Guillermo A. Silencio de la Administración y plazos de caducidad, Astrea, Ensayos Jurídicos n° 27, P. 61, 64, 70 y ss., Buenos Aires, 1982. En contra, Tomás HUTCHINSON (Digesto práctico La Ley – Procedimiento Administrativo, Director Tomás HUTCHINSON, Primera Edición, La Ley, p. 294, parágrafo 1670, Buenos Aires, 2004).

¹⁸ VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis. Principios de Derecho Administrativo, 2da. Edición, Tomo II, Actos, Recursos, Jurisdicción Contencioso-administrativa, Sección de Publicaciones Universidad Complutense, Facultad de Derecho, p. 91, Madrid, 1987.

En cambio, no siempre donde hay deber de resolver existe el correlativo derecho para el particular a obtener una “resolución expresa”, pues tal deber podría surgir de una fuente jurídica distinta a ese derecho.¹⁹

Con todo, a los fines de esta intervención — vinculada a los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo —, nos limitaremos al deber de resolver que surge del derecho del particular a obtener una “resolución expresa”.

3.d Los principios y normas jurídicas sobre el derecho a obtener una “resolución expresa” y sobre el deber de resolver

El derecho a obtener una “resolución expresa” y el correlativo deber del funcionario de resolver pueden extraerse de diversos principios y normas jurídicas.

3.d.1 El derecho fundamental a peticionar ante las autoridades

No es dudoso que el multiforme derecho a peticionar ante las autoridades es, aunque no absoluto, sí el más absoluto de los derechos constitucionales: todos los habitantes pueden pedir ante las autoridades.

En Argentina, pueden mencionarse los artículos 14 (derecho a peticionar a las autoridades) y 18 (derecho de defensa) de la Constitución nacional, y, en particular el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual “toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

Por su parte, las modernas constituciones argentinas de provincia se han ocupado de la cuestión.

Así, la Constitución de Chaco (1994) y la de Córdoba (2001) regulan expresamente y en similares términos el derecho a peticionar y a “obtener respuesta”;²⁰ mientras que la de Jujuy (1986) dispone que las autoridades

¹⁹ A nuestro modo de ver, es el supuesto — entre otros — del silencio positivo contra legem, en el que el deber de resolver puede reconocer su fundamento en el principio de legalidad o juridicidad, y no ya en el derecho del particular a obtener una “resolución expresa”. Es más, seguramente el particular beneficiado con un acto presunto contra legem, no sólo que no va a ejercer su derecho a obtener una “resolución expresa”, sino que va a buscar que la Administración “calle para siempre”, a fin de gozar — por el mayor tiempo posible — de las ventajas que la ilegalidad puede significarle.

²⁰ Chaco: Art. 15: “La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos: (...) 5. A peticionar a las autoridades y a obtener respuesta de ellas; a acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos”. Córdoba: Art. 19: “todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (...) 9. A peticionar ante las autoridades y obtener respuesta y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos” (artículo 19, inciso 9);

“estarán obligadas a pronunciarse dentro del plazo que establezca la ley o en su defecto en el que fuere razonable” (artículo 33); y la de Chubut (1994) exige que la respuesta sea “adecuada y por escrito en la forma que determine la ley” (artículo 18, inciso 8).

Similar disposición tiene la Constitución de San Luis (1987), en cuanto ordena que “la autoridad a la que se haya dirigido la petición, está obligada a hacer conocer por escrito al peticionario la resolución pertinente, que debe producir de acuerdo a la ley y bajo las penalidades que se determinen legislativamente” (artículo 17); siendo sustancialmente análoga a ella la de Neuquén (1994; artículo 15), y la de La Rioja (2002), cuyo artículo 41 establece que “la autoridad a que se haya dirigido la petición está obligada a comunicar por escrito al solicitante la resolución pertinente”.

Por último, las de Tierra del Fuego (1991; 14, inciso 9) y Santiago del Estero (2002; artículo 16, inciso 6), establecen coincidentemente el derecho a obtener de las autoridades “respuesta fehaciente”.

En síntesis, y sin perjuicio de las precisiones que más adelante haremos, parecería claro que el derecho a peticionar ante las autoridades incluye el derecho constitucional a obtener “resolución expresa”.²¹

3.d.2 El derecho fundamental a la tutela “administrativa” efectiva

En orden al derecho a obtener “resolución expresa” y al correlativo deber de resolver, puede también mencionarse el llamado “derecho a la tutela administrativa efectiva”, previsto en el artículo 2.3., especialmente incisos a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según los cuales los Estados Partes se comprometen a garantizar que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales”; agregándose en el inciso b) que “la autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”.

²¹ Como señala GRECCO, “parece ciertamente indiscutible que las derivaciones que del derecho de petición se desprenden deben encontrar cauce adecuado, esencialmente, en la obligación de responder a tales peticiones [...]” (GRECCO, Carlos. Sobre el silencio de la Administración, L.L. 1980-C-777, y en Derecho Administrativo – Doctrinas Esenciales, Agustín Gordillo (Director), Tomo III, La Ley, p. 1007 y ss., Buenos Aires, 2010).

Este derecho ha sido expresamente mencionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa “Astorga Bracht”,²² y supone — para el Alto Tribunal — “la posibilidad de ocurrir ante [...] las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas [...] decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes”, requiriendo, “por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un [...] procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una [...] decisión fundada”; es decir, no con el silencio.

3.d.3 Los principios y normas del procedimiento administrativo y el régimen jurídico de los actos administrativos expresos

En Brasil, el deber de resolver de la Administración y, por lo tanto, el derecho del particular a obtener una “resolución expresa” surge claramente del artículo 48 de la ley federal 9784, según el cual “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

En ausencia de normas como la anteriormente transcripta, el deber de resolver y el derecho del particular a una decisión o “resolución expresa” pueden también extraerse de los principios mismos del procedimiento administrativo.

Así, se mencionan los principios de impulsión e instrucción de oficio; celeridad, economía, sencillez y eficacia; y, obviamente, el principio del debido proceso (procedimiento) adjetivo.

Criterios tales recuerdan que en España algunos extraen la obligación administrativa de dictar “resolución expresa” directamente del principio constitucional de eficacia (art. 103.1. CE), señalándose que “la regulación del procedimiento administrativo común carecería de toda virtualidad práctica si no se hubiera regulado con toda contundencia la obligación de la Administración de resolver expresamente pues, de lo contrario, se estaría vaciando de contenido al artículo 103.1 de nuestra más Alta Norma, consagrador del principio de eficacia que exige que la Administración resuelva expresamente las solicitudes y recursos que se le

²² Fallos 327:4185, del 14.10.2004.

formulen [...]”²³ En similar sentido, CASSAGNE indica que la obligación de resolver “constituye la esencia de una buena y eficaz Administración”.²⁴

A su vez, es claro que el derecho a obtener una “resolución expresa” puede extraerse del principio del debido proceso (procedimiento) adjetivo, el cual incluye — como es sabido — el derecho a obtener una decisión que, como tiene que ser “fundada”, debe ser “expresa”.

Asimismo, el deber de la Administración de resolver puede derivarse de las regulaciones legales acerca de los elementos (o, según el régimen, “requisitos de validez”) de los actos administrativos expresos: particularmente de la exigencia vinculada a la motivación, y de los caracteres de la competencia, particularmente el carácter obligatorio e irrenunciable de su ejercicio.

En Argentina, la ley nacional 19.549 (de procedimiento administrativo) establece que el ejercicio de la competencia “constituye una obligación de la autoridad” (artículo 3); fórmula esta que — palabras más, palabras menos — se reproduce en algunos regímenes provinciales.²⁵

Otros regímenes estadales argentinos, aunque no refieren expresamente a la “obligación” ni al “deber” de ejercer la competencia, utilizan sin embargo giros que sugieren la imperatividad de su ejercicio.²⁶

A su vez, y tal como lo hace la legislación federal brasileña (ley 9784, arts. 2-II, y 11),²⁷ la mayoría de los regímenes provinciales mencionados refiere — en sentido concordante — al carácter “irrenunciable” de la competencia.

Por último, son de inexorable consideración las disposiciones normativas que rigen los plazos en el procedimiento administrativo, los cuales, de conformidad a la generalidad de los ordenamientos, son obligatorios para los interesados y para la Administración.

²³ GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa, Colex, p. 100, Madrid, 1996.

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. Las vicisitudes del silencio administrativo, en Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Abeledo-Perrot, Año 22, p. 404, Buenos Aires, 2010.

²⁵ Entre otros: San Juan (ley 3784, artículo 3; año 1973); Tucumán (ley 4537, artículo 5; año 1976); La Pampa (ley 951; artículo 15; año 1979); Santa Cruz (ley 1260, artículo 3; año 1979); y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (decreto 1510/97, artículo 2).

²⁶ “Se ejercerá” (Provincia de Buenos Aires, decreto-ley 7647/70; Río Negro, ley 2938, artículo 4); “será ejercida” (Córdoba, ley 5350, artículo 3; Chubut, ley 920, artículo 4); “debe ser ejercida” (Neuquén, ley 1284, artículo 4); o “debiendo ser ejercida” (Catamarca, ley 3559, artículo 2; Formosa, ley 971, artículo 5; La Rioja, ley 4044, artículo 2; Mendoza, ley 3909, artículo 2; Misiones, ley 2970, artículo 4; y Salta, ley 5348, artículo 2).

²⁷ Ley 9784: Art. 2-II “[...] Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”; Art. 11: “Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

4 Precisiones en torno al deber de resolver y al derecho del particular a obtener una “resolución expresa”

Ahora bien: aunque, como vimos, resulta claro que el derecho a petitionar ante las autoridades incluye el de obtener una “resolución expresa”, no es en cambio tan evidente que ello sea así siempre y en todos los casos.

Al respecto, y aun a la luz de las normas y principios mencionados, entendemos que la Administración no está siempre obligada a resolver expresamente cualquier petición que cualquiera le haga.

Comenzamos recordando a LINARES QUINTANA, quien hace ya más de cincuenta años expresaba que “resultaría absurdo pretender que los gobernantes dedicaran todo su tiempo — si es que éste llegara a alcanzarles — a decidir con respecto a todos los pedidos que les fueran interpuestos”.²⁸

Se trata de un dato de la realidad, el cual, si ha cambiado con el tiempo, es a favor de una mayor congestión administrativa.

Al respecto, no puede soslayarse que la felizmente mayor democratización de la sociedad conduce necesariamente hacia una mayor procedimentalización de la actividad estatal;²⁹ ni marginarse los pavorosos índices de conflictividad propios de las situaciones de crisis económicas, sociales, culturales, etc., las que, por lo demás, no se arreglan con el derecho a obtener una “resolución expresa”.

Se suman también las nuevas técnicas de participación ciudadana (principalmente mediante el derecho a la información y el acceso a la documentación), donde, al parecer, cualquiera puede pedir cualquier cosa, e informarse de cualquier asunto.

Y bien, aunque deben aplaudirse estos crecimientos en términos republicanos y democráticos, no es claro que esos avances estén siempre acompañados de un correlativo crecimiento de las infraestructuras administrativas materiales, de personal, tecnológicas, ni culturales, pudiéndose afirmar que la recepción indiscriminada del derecho a obtener una “resolución expresa” — que obviamente no es absoluto — y la automática imposición del deber de resolver, conduciría a resultados nefastos, pudiendo interferir en el colapsado ejercicio de la función administrativa.

²⁸ LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado, Tomo III, Editorial Alfa, p. 790, Buenos aires, 1956.

²⁹ LAVAGNA, Carlo. Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, p. 392 y ss.

Por lo tanto, deben inexorablemente existir algunas precisiones respecto del alcance del mencionado derecho y del aludido deber de la Administración.

4.a La legitimación

Una primera precisión podría ser la siguiente: sin procedimiento administrativo no hay derecho a una “resolución expresa” ni, por ende, deber de resolver.

Y bien, para “ingresar” a un procedimiento administrativo y gozar de sus garantías se necesita “legitimación”, sin la cual no hay procedimiento administrativo, ni, en consecuencia, deber de resolver ni derecho a una “resolución expresa”.

Así verificamos el lúcido aserto de MUÑOZ acerca de que “la inactividad formal de la Administración [...] no se produce espontáneamente. Siempre es la falta de respuesta a una pretensión formulada por un particular. Opera, pues, en el plano de las relaciones jurídicas en las cuales se articula el derecho a decisión expresa que tienen los recurrentes, y el deber de dictarla que pesa sobre la Administración”³⁰

A nuestro modo de ver, y sin desconocer la existencia de destacadas opiniones en contrario,³¹ este deber existe exclusivamente a favor de quienes titularizan derechos subjetivos e intereses legítimos (o en general “intereses jurídicamente protegidos”, fórmula esta que incluye a los intereses colectivos y difusos),³² y no, en cambio, respecto de quienes son titulares de meros intereses simples, quienes, al no poder ser “parte” en los procedimientos administrativos, tampoco gozan de sus garantías, contando a lo sumo con la posibilidad de efectuar meras denuncias administrativas.³³

³⁰ MUÑOZ, Guillermo A. Silencio..., op. cit., p. 70.

³¹ MONTI, Laura. Algunas consideraciones sobre las reclamaciones administrativas regladas, *Jurisprudencia Argentina, Derecho Administrativo*, Bs.As. 1.6.2005, 2005-II, Suplemento, Lexis Nexis. HALPERÍN, David Andrés. La acción de amparo por mora de la Administración, en *Derecho procesal administrativo*, Tomo II, Hammurabi, p. 1656, Buenos Aires, 2004. CIENFUEGOS SALGADO, David. El Derecho de Petición en México, en www.bibliojuridica.org.

³² Como lo hace el artículo 9 de la ley federal 9784 de Brasil, según el cual “São legitimados como interessados no processo administrativo: I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos”.

³³ Entre muchos otros autores: COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., p. 69 y ss. GRECCO, Carlos M. Ensayo preliminar sobre los denominados intereses “difusos” o “colectivos” y su protección judicial, en *Fragmentos...*, op. cit. p. 687 (en especial p. 691). HALPERÍN, David Andrés. La acción de amparo por mora de la Administración, en *Derecho procesal administrativo*, Tomo 2, Hammurabi, p. 1656, Buenos Aires, 2004. Aclaro, a todo evento, que la denuncia de ilegitimidad no es, propiamente, una “denuncia”, sino — como dice COMADIRA — un recurso administrativo impropio (ver COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos...*, op. y loc. cit.).

A esto lo demuestran las legislaciones argentinas de provincia, las que en su mayoría reconocen legitimación en el procedimiento administrativo sólo a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos (Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Formosa, Jujuy, La Rioja; Mendoza; Salta; San Juan; Santa Cruz; Santiago del Estero; Tucumán; Ciudad de Buenos Aires; etc.).³⁴

Y aun cuando algunos regímenes aluden al “interesado” (caso de las legislaciones de las Provincias de Entre Ríos y San Luis, por ejemplo) se ha entendido que tal carácter “es equivalente en el derecho procedimental administrativo al concepto de ‘parte’ empleado por el derecho procesal judicial”.³⁵

Por lo demás, destacamos que el artículo 10 de la ley nacional argentina 19.549 (de procedimientos administrativos),³⁶ el cual regula nada menos que el signo del silencio, lo hace, en cuanto al negativo, oponiéndolo (“frente”) a “pretensiones que requieran de ella [la Administración] un pronunciamiento concreto”; ni que el artículo 28 de esa ley 19.549 legitima para el amparo por mora a quien “fuere parte en un expediente administrativo”,³⁷ es decir, a quien invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 3, decreto 1759/72).³⁸

En suma, y como lo decía MUÑOZ — hace años — al analizar la inactividad de la Administración, “la existencia de intereses jurídicamente

³⁴ Particularidades presentan las legislaciones de La Pampa (en cuanto establece que también podrán formular peticiones los portadores de un interés simple); Tierra del Fuego (que refiere a toda persona que invoque una afectación en sus intereses) y Neuquén (que alude a la figura de derecho subjetivo público, a la que define como la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situaciones de exclusividad, concurrencia o generalidad).

³⁵ HUTCHINSON, Tomás. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Reglamento de la ley 19.549. Comentado, anotado y concordado, Tomo II, Astrea, p. 53, Buenos Aires, 1988.

³⁶ Según el cual “El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración”.

³⁷ Artículo 28, ley 19.549: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

³⁸ IVANEGA, Miriam Mabel. Algunas cuestiones sobre el amparo por mora, en Derecho procesal administrativo, Tomo II, Hammurabi, p. 1681, Buenos Aires, 2004.

protegidos sigue siendo la pieza clave para exigir conductas activas de la Administración”,³⁹ entre ellas, un pronunciamiento expreso.

4.b Los deberes del particular en el procedimiento administrativo

Pero en relación al deber de resolver de la Administración y al derecho del particular a obtener una “resolución expresa” podemos hacer algunas precisiones más: aun cuando intervenga en el procedimiento administrativo quien está debidamente legitimado por ser titular de un derecho subjetivo, o de un interés legítimo, colectivo o difuso, estimamos que igualmente puede no existir el deber de resolver cuando el particular viola los “deberes” (algunos de ellos Fundamentales) a que está sometido en el procedimiento administrativo.

Como alguna vez lo hemos señalado,⁴⁰ de todas las situaciones jurídicas subjetivas la del deber es la menos explorada y la más problemática.

A pesar de que “no hay derecho sin deber” (KELSEN), a la figura del “deber” no le fue tan bien como a la del “derecho”; el deber no es querido por nadie: como dice el moralista australiano MACKIE — quien cuestiona la correlatividad entre los derechos y los deberes —, mientras “los derechos son algo que uno puede muy bien desear tener; los deberes son fastidiosos”.⁴¹

En similar sentido, GARCÍA MAYNEZ reconoce que “a pesar de que las nociones de deber y derecho poseen la misma importancia, los juristas, con muy raras excepciones, han descuidado por completo el análisis del primero de dichos conceptos, para dedicarse, casi exclusivamente, a investigar la esencia del segundo”.⁴²

Pero a pesar de esa escasa dedicación y poco atractivo, debemos asumir que los seres humanos no sólo somos titulares de derechos, prerrogativas, facultades, poderes, etc., sino también titulares de un conjunto de deberes jurídicos: hacia nosotros mismos; hacia otros particulares; hacia la comunidad y hacia el Estado. Y que ellos están tan “inseparablemente unidos en la persona que los posee” como los derechos naturales.⁴³

³⁹ MUÑOZ, Guillermo Andrés. Inmunidad del poder: la inactividad administrativa, en Fragmentos..., cit., p. 679.

⁴⁰ LISA, Federico José. La Responsabilidad hacia la Administración Pública: Responsabilidad y Deberes Públicos, en Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VII (2008) – N° 13, p. 43/52, Montevideo, Uruguay, 2008.

⁴¹ Citado por Carlos I. MASSINI CORREAS, en Filosofía del Derecho. El Derecho y los Derechos Humanos, Abeledo-Perrot, p. 77, Buenos Aires, 1994 (el subrayado no es el del texto).

⁴² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 21ª edición revisada, Editorial Porrúa S.A., p. 259, México, 1973.

⁴³ Como lo ha expresado el Papa Juan XXIII: “los derechos naturales [...] están inseparablemente unidos en la persona que los posee con otros tantos deberes” (Encíclica *Pacem in terris*, n° 29).

Entre estos deberes, están lo que se conocen como “deberes públicos”, es decir, los que se corresponden con el sistema de potestades administrativas, y cuyo incumplimiento puede suscitar responsabilidad hacia la Administración Pública.⁴⁴

Pues bien, existen deberes públicos que encuentran en el procedimiento administrativo su terreno más fértil.

Así lo ha entendido, evidentemente, el legislador brasileño.

En efecto, de conformidad al artículo 4 de la ley federal 9784 son deberes del administrado ante la Administración, sin perjuicio de otros establecidos en acto normativo: I – explicar los hechos conforme a la verdad; II – proceder con lealtad, urbanidad y buena fe; III – no actuar de modo temerario; IV – proporcionar las informaciones que le sean solicitadas y colaborar para el esclarecimiento de los hechos.

Se trata de “deberes públicos” de indudable contenido moral y que derivan de Deberes Humanos más generales, como son — entre algunos otros — el “deber de convivencia”⁴⁵ y el “deber de obedecer la ley”,⁴⁶ y que presentan al “administrado” (ciudadano) en el procedimiento administrativo como lo que en verdad es: un “colaborador” de la Administración según lo proclaman invariablemente la doctrina y la jurisprudencia.

Pues bien, el incumplimiento de estos deberes hasta podría cancelar — a nuestro modo de ver — el derecho a obtener una decisión expresa, justificando por ende el silencio administrativo.

Desde luego, deben también computarse las normas constitucionales, legales y reglamentarias que, con carácter general, regulan las presentaciones administrativas, y, en su caso, la observancia por el interesado de los trámites legalmente previstos.

En ese orden, señalamos que, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la tutela administrativa efectiva, la atenuación del rigor formal, la oficialidad y la búsqueda de la verdad real, la Administración “no se encuentra obligada a dictar resolución expresa sino cuando se han

⁴⁴ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I, Parte General, 14ª, edición, p. 532, Madrid, 2005.

⁴⁵ La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH) establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1). Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) dispone que “toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad” (art. 29).

⁴⁶ El artículo 33 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) establece que “toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre”. Se trata del principio de legalidad o juridicidad, tan estudiado respecto del Estado en general y la Administración en especial, pero tan olvidado respecto de nosotros particulares.

verificado los procedimientos esenciales y sustanciales establecidos o los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico⁴⁷; y, como vimos, sin deber de resolver no hay silencio administrativo.

Por último, recordamos que el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al consagrar el derecho de petición, lo hace respecto de “peticiones respetuosas”: por ende, las faltas al respeto — al igual que el absurdo — pueden también justificar el silencio administrativo.

5 Algunas reflexiones

La técnica del silencio administrativo, y el otorgamiento — por el ordenamiento jurídico — de “signos” al silencio (ya negativo, ya positivo) ha venido a solucionar algunos problemas, pero no el problema mismo de la “inactividad administrativa”, para lo cual hay que comenzar por “mejorar los medios humanos y materiales con que cuenta la Administración”.⁴⁸

Pero, por otro lado, también podemos empezar por mejorar nuestra calidad de “administrados” (ciudadanos); después de todo, es de entre nosotros de donde surgen los “administradores”.

En esa dirección, es tan claro que no se puede construir una democracia desde el silencio como lo es que tampoco se la puede construir desde el incumplimiento de los Deberes Fundamentales del ciudadano. Así, porque no hay democracia sin libertad, y porque la libertad, como lo ha dicho Albert CAMUS, “no está hecha de privilegios, sino que está hecha sobre todo de deberes”.

Es por eso que desde las Cátedras que integran esta feliz iniciativa que es la “red docente” de Derecho Administrativo, debemos insistir, por ejemplo, en el principio de “Buena Administración”, entronizado como Derecho Fundamental en el espacio europeo, pero también podemos comenzar a pensar en el principio del “Buen Administrado” (ciudadano) y erigirlo también como un Deber Fundamental.

Sin dudas que las Cátedras de Derecho Administrativo, tanto las de grado como las de postgrado, nos dan esta formidable e imperdible oportunidad de formar buenos ciudadanos y buenos administradores y servidores públicos, no sólo desde el conocimiento de los derechos sino

⁴⁷ GRECCO, Carlos M. *Disciplina...*, cit., p. 283 y 284. Aunque el autor así lo afirma para el silencio estimatorio, consideramos que igualmente son trasladables al silencio negativo; de hecho, las normas en las que se funda son las generales sobre el procedimiento administrativo.

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Las vicisitudes...*, op. y loc cit.

también desde el conocimiento y práctica de los deberes en general y de los “deberes públicos” en particular.

Tal podría ser, conforme al lema de este Congreso, una “nueva perspectiva para el desarrollo económico y socioambiental”.

The Silence of the Administration in Administrative Procedure

Abstract: This article focuses on the silence in the administrative procedure. It is premised on the idea that the administrative procedure and its juridical regimen have an instrumental character in relation to the management of the common good, and that the institute has a dual role — ensuring, first, the effectiveness of management Administration, but, on the other hand, the respect for particular rights and interests. If the ultimate function of the administrative procedure is to act to Administrative Law, and at the same time, if it embodies not only public prerogatives but also guarantees to individuals, many of which are erected in real Fundamental Rights, the work concludes that with the administrative silence such assurances fail to perform, so that the silence of Administration in the administrative procedure is clearly opposed to the full enjoyment of certain Fundamental Rights.

Key words: Administrative silence. Administrative procedure. Administrative inaction. Fundamental rights. Duty to settle. Public Administration.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LISA, Federico José. El silencio de la administración en el procedimiento administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 41-58, abr./jun. 2011.

Recebido em: 03.02.11

Aprovado em: 15.06.11