

ARGENTINA

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y RECLAMOS POR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO

(UNA MIRADA RENOVADA BAJO LOS ALCANCES DE LA TUTELA
ADMINISTRATIVA EFECTIVA)*

EDUARDO MERTEHIKIAN**

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Desde hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia vienen señalando el deber de incorporar al ejercicio de la función administrativa los estándares de protección de los derechos que resultan de los tratados y pactos de rango constitucional¹, porque de lo contrario, siguiendo los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos

* Para la realización de este trabajo he contado con la eficaz colaboración de la Profesora Ana Salvatelli, a quien expreso mi reconocimiento y enorme gratitud por tan inestimable labor.

** Ex Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Católica de La Plata. Profesor Pro Titular de las Materias Instituciones de Derecho y Derecho Administrativo Parte Especial en la Universidad Católica de Buenos Aires.

¹ Gordillo, Agustín, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, en AA VV, *II, III y IV Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo “Dr. Antonio Pedro Chede”*, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 381:265, Año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 265, 2009; Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico y Stewart, Richard B., *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009; Gialdino, Rolando E., “Argentina ante la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 1995-2000, en *Revista Investigaciones*, p. 125 y sigs., Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Vol. 2001 – 1/2; Salomoni, Jorge L., “La internacionalización del contencioso administrativo en la República Argentina”, *Revista Res Pública Argentina*, Vol. 2006-I, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 7 y sigs.; Pérez Hualde, Alejandro, “Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo”, *LL*, vol. 2007-E, p. 851; Botassi, Carlos, “Derecho administrativo supranacional”, *LL Suplemento Extraordinario Administrativo 75° Aniversario*, Buenos Aires, ed. La Ley, 2010, p. 102.

Humanos² y la Corte Suprema de Justicia de la Nación³, el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional.

Pues bien, en lo que respecta al derecho de defensa y al debido proceso adjetivo, el estándar de protección que el Estado se encuentra obligado a cumplir es el de la tutela judicial efectiva resultante de los Artículos 18 y 75, inc. 22, de la CN, y 8° del Pacto de San José de Costa Rica, XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Y lo cierto es que esta garantía no es patrimonio exclusivo del proceso judicial sino que también se impone, en su plena manifestación, al procedimiento administrativo.

Porque recordemos, desde su entrada en vigencia, hace ya más de cuarenta años, la Ley N° 19.549 ha dejado establecido en un texto de derecho positivo: “[...] los principios básicos a los que deben ajustarse los procedimientos administrativos en cuanto tiendan a asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso [...]”⁴.

Es en tal contexto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con expresa remisión a las disposiciones supranacionales más arriba citadas, ha acuñado en forma conjunta las garantías a la tutela *administrativa* y judicial efectiva, que suponen la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –y ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particu-

² Este Tribunal ha sostenido que el Art. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los Estados parte no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, conteniendo, tal disposición, un *deber positivo* para los Estados, porque *garantizar* implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce [CIDH, OC 11/90 del 10 de agosto de 1990 “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, citado por Gutiérrez Colantuono, Pablo A., “El Estado nacional y el Subsistema de Derechos Humanos Americano: el rol preventivo del juez interno”, en AA VV XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, “El proceso contencioso administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 336:95, Año XXVIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006]. Del mismo autor y su decidida posición respecto de la aplicación directa al derecho administrativo argentino de las garantías que surgen del Art. 8° de la CIDH, ver su excelente obra *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Juan Bautista Justo (Colaborador), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009.

³ CS, 13-7-2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”. Señala este precedente: “[...] 21) el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124)”.

⁴ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley N° 19.549 del 30 de julio de 1971 suscripta por los redactores del Proyecto, Doctores Héctor J. Escola, Carlos A. Young y Adalberto E. Cozzi. No sobra decir que en opinión del Profesor español Jesús González Pérez, ha sido la primera ley americana en la que tuvo reflejo el procedimiento administrativo español (ver “Principios del procedimiento administrativo en América Latina”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 283:15, Año XXIV).

lares o litigantes y que requieren, 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 proceso –o *procedimiento*– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia o decisión fundada⁵.

Vale decir, la tutela administrativa efectiva es el estándar de protección y resguardo del debido proceso adjetivo dentro del procedimiento administrativo, que la Administración se encuentra obligada a cumplir.

Un segundo aspecto por señalar es la necesidad de repensar el rol del procedimiento administrativo como garantía del respeto de estos principios constitucionales de fuente supranacional.

Porque aquél no puede ser concebido como una suerte de juego de obstáculos tendiente a impedir la concreción de esos derechos. Antes bien, la Administración pública –en el estricto ámbito de sus competencias funcionales constitucionalmente asignadas– es garante de la satisfacción plena de los mismos y no podrían sostenerse interpretaciones que impliquen la vigencia de disposiciones superadas por la ampliación de garantías para los particulares, resultado directo de la incorporación de estos instrumentos internacionales a la Constitución Nacional.

Como lo señala Jesús González Pérez, refiriéndose al procedimiento administrativo desde la perspectiva procesal: “[...] debemos verificar hasta qué punto su regulación atenta contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que constituye uno de los pilares en que descansa el Estado de Derecho [...]”⁶.

Es así que existen posturas cada vez más extendidas que propugnan suprimir la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, basándose para ello en que su subsistencia conculca el principio de la tutela judicial efectiva⁷.

⁵ CS 14-10-2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER – Decreto N° 310/1998 s/ amparo Ley N° 16.986”, *Fallos*: 327:4185, comentado por Canosa, Armando N., en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 323:75, Año XXVII y su trabajo “Los denominados pactos internacionales y su incidencia sobre la habilitación de la instancia en el derecho nacional”, AA VV *II, III y IV Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo “Dr. Antonio Pedro Chede”*, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 381:239, Año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009; más recientemente CS, 15-6-2010, “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal”; también Cassagne, Juan C., “Principios generales del procedimiento administrativo”, en AA VV *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, ed. Ciencias de la Administración, 1998, pp. 19-30.

⁶ González Pérez, Jesús, “Un nuevo atentado al principio de la tutela jurisdiccional efectiva; la inadmisibilidad por incompetencia del Tribunal”, *Revista de Derecho Administrativo –REDA–*, N° 86, ed. Civitas, abril-junio 1995, p. 255.

⁷ Cassagne, Juan Carlos, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA”, *LL* 2011-C, 833 y del mismo autor, “Subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa”, *LL* 2011-D, 1137, con cita de Aguilar Valdez, Oscar R., “El agotamiento de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva: una evaluación general del sistema de la Ley N° 19.549 a treinta años de su vigencia”, en AA VV *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, Jornadas de la UCA, Buenos Aires, LexisNexis, AbeledoPerrot, 2009, p. 367. Debemos señalar aquí que el Proyecto de Código Civil y Comercial que está

Finalmente, en lo tocante a la responsabilidad del Estado, son muchas las voces que desde hace años vienen señalando la falacia que encierra el eficaz, pleno y, más aún oportuno, resarcimiento del daño en sede judicial⁸.

Una vez más aquí la cuestión se entrelaza con la operatividad de los tratados internacionales de protección de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional.

En efecto, en fecha reciente la Corte Suprema⁹ encontró responsable al Estado por la indebida dilación de un proceso judicial—penal, en el caso. El Máximo Tribunal advierte que el Estado tiene la obligación de impartir justicia en forma tempestiva, de manera que existirá un obrar antijurídico que comprometa la responsabilidad estatal cuando se verifique que el plazo empleado por el órgano judicial para poner un final al pleito resulte, de acuerdo con las características particulares del proceso, excesivo o irrazonable.

Pone de manifiesto el voto del Juez Lorenzetti que no es dudoso que nuestra Constitución Nacional—como derivación del derecho al debido proceso—garantice también, de modo innominado, el derecho a que las personas vean definidos sus derechos con arreglo a un proceso sin indebidas dilaciones, lo cual es predicable respecto de cualquier tipo de proceso, no sólo el penal. Y ello encuentra por fundamento la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que consagra como garantía judicial contra cualquier acusación penal, o para la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, fiscal, etc., el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente “[...] dentro de un plazo razonable [...]” (Art. 8º, inc. 1).

Otro caso que ejemplifica con crudeza la falta de reparación oportuna de los perjuicios que el Estado puede ocasionar, actualmente en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el de “Sebastián Claus Furlan c/ Argentina”¹⁰, en el que se

siendo debatido por el Congreso de la Nación en estos días prevé en su Art. 2548, con el título “Interrupción del reclamo administrativo”: “El curso de la prescripción se interrumpe por reclamo administrativo si es exigido por la ley como requisito previo para deducir la acción judicial. El efecto interruptivo se tiene por no sucedido si no se interpone demanda judicial dentro de los plazos previstos en las leyes locales, o en su defecto, por seis (6) meses contados desde que se tiene expedida la vía judicial”, en nuestra interpretación, este efecto interruptivo de la prescripción también sería tal en los casos de reclamación administrativa voluntaria, esto es, no exigida por la ley, lo cual se condice con una eventual evolución hacia un sistema de agotamiento de la vía administrativa no obligatorio para el particular. Ver nuestra postura en *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, p. 220 y sigs., disponible gratuitamente en *e-book* como edición del autor (2006) en www.revistarap.com.ar.

⁸ Ver por todos Gordillo, Agustín, “La responsabilidad del Estado en la práctica”, en AA VV *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, p. 729 y sigs.; Bianchi, Alberto, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 17 y sigs.

⁹ CS, *Fallos*: 334:1302, “Mezzadra, Jorge Oscar c/ EN Mº Justicia y DDHH s/ daños y perjuicios”, 11-8-2011, y en la misma fecha “Poggio, Oscar Roberto c/ EN-Mº de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”, y “Rizikow, Mauricio c/ EN-Mº de Justicia y Derechos Humanos s/ daños y perjuicios”. Esta postura se había insinuado en *Fallos*: 332:2159, “Arisnabarreta, Rubén J. c/ EN (Min. de Educación y Justicia de la Nación)”.

¹⁰ Elevado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 15-3-2011, caso N° 12.539, Sebastián Claus Furlán y familia respecto de la República de Argentina.

alegó que el Estado argentino violó los derechos humanos de un menor y su familia al haber demorado más de trece años en pagarle una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a Sebastián como consecuencia del accidente que sufrió cuando éste tenía 14 años al colgarse de un travesaño que se encontraba en una pista de infantería abandonada, perteneciente al Ejército argentino, que le cayó en la cabeza y le ocasionó daños cerebrales irreversibles. Asimismo, porque la indemnización que el tribunal ordenó no fue suficiente para cubrir los gastos relacionados con la recuperación del menor y que le garantizaran una subsistencia digna, considerando sus limitaciones permanentes, consecuencia del accidente, que le impedían contar con un empleo estable. Finalmente, también se alegó que el Estado pagó la indemnización tardíamente y en bonos, lo cual le significó una disminución significativa de la reparación.

Entre las conclusiones del Informe de la Comisión Interamericana al elevar el caso a la Corte IDH, se concluye, con total contundencia, que Argentina no ha logrado demostrar que la conducta desplegada por sus autoridades judiciales fuera diligente; que, además, dicha conducta estaba íntimamente ligada a la afectación de la situación jurídica de la parte interesada porque se encontraba involucrada la vida e integridad personal de un menor, para quien la reparación monetaria resultaba clave a los efectos de proporcionarle un adecuado y oportuno tratamiento de rehabilitación y asistencia psicológica y psiquiátrica.

Por todo ello la Comisión considera que el Estado argentino, al demorar el proceso judicial civil por daños y perjuicios diez años y dos más para la ejecución de la sentencia, violó el derecho de aquél a ser oído dentro de un plazo razonable y el derecho a un recurso sencillo y rápido, como parte integral de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los Artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.

Pues bien, el panorama que venimos de describir nos coloca frente al desafío de buscar alternativas de solución que concilien la cabal defensa de los derechos, con las herramientas que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico y las posibilidades reales del Estado de afrontar las consecuencias de los daños que pueda haber ocasionado en su accionar.

Una de dichas alternativas, entendemos, es la sustanciación en sede administrativa del reclamo administrativo previo –por daños y perjuicios también extracontractuales, si esa es la *voluntad* de la víctima¹¹–, con los alcances y límites que seguidamente se exponen.

2. LA CUESTIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.1. Breves referencias al reclamo administrativo previo en la legislación nacional

La más autorizada doctrina ha calificado la reclamación administrativa previa como “[...] un privilegio de la Administración pública, pues ella permite volver a pensar o con-

¹¹ Debemos destacar que no propugnamos el carácter obligatorio de tal reclamación, en coincidencia con la necesidad de garantizar más extensamente el derecho a la tutela judicial –y administrativa– efectiva.

siderar mejor la decisión que se impugna o resiste”¹². En orden a su exigencia se ha sostenido: “[...] encuentra fundamento en el poder de la Administración de juzgar sus propios actos, en la presunción de legalidad de los actos administrativos y en la esencia y fin de las potestades administrativas ejercidas en relación al bien común [...]”; y: “[...] al mismo tiempo que es un requisito de admisibilidad, es un remedio peculiar contra hechos o actos administrativos, instaurado legalmente como presupuesto procesal de la demanda”¹³. Se ha dicho, asimismo, que su razón de ser estriba en la “[...] necesidad de proporcionar a la Administración la oportunidad de examinar la naturaleza y justicia de la pretensión, produciendo una etapa conciliatoria anterior al pleito que dé al Estado la oportunidad de rectificar sus errores evitando la propagación de pleitos inútiles [...]”¹⁴.

En nuestro sistema jurídico y salvo pocas excepciones dispuestas en leyes especiales, el reclamo administrativo previo resulta ser un procedimiento reglado que se exige para la habilitación de la instancia judicial¹⁵.

Conviene recordar que el mismo fue instituido por la Ley N° 3.952 de Demandas contra la Nación, sancionada el 27 de diciembre del año 1900, para suplir el requisito de la “venia” o autorización previa que el órgano legislativo del propio Estado Nacional debía conferir para ser demandado judicialmente¹⁶, pero se mantuvo subsistente para el caso de que el Estado actuara en ejercicio del poder público, y así lo entendió la propia Corte Suprema hasta la sanción de la Ley N° 11.634, que generalizó el requisito de la reclamación administrativa previa para ambas esferas de actuación estatal¹⁷.

Esa venia o autorización debía ser efectuada por el Congreso de la Nación en orden a la facultad de arreglar la deuda pública asignada por el entonces Artículo 67, inc. 6, de la Constitución Nacional. Recuérdese también que el requisito de autorización o consentimiento previo fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para demandar a la Nación Argentina, pero no era exigido en el caso de que se demandase a una provincia¹⁸.

¹² Bielsa, Rafael, *Sobre lo Contencioso Administrativo*, 3ª ed., Santa Fe, Ed. Castellví S.A., 1964, p. 159.

¹³ Grau, Armando E., *Habilitación de la instancia administrativa*, La Plata, Ed. Platense, 1971, pp. 86-87.

¹⁴ Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 154.

¹⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1985, p. 388.

¹⁶ En efecto, el Art. 1° de la citada Ley N° 3.952, dispuso: “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste”.

¹⁷ Cfr. Grau, *op. cit.*, p. 85. Por la reforma introducida por la señalada Ley N° 11.634, sancionada el 28 de septiembre de 1932, al mencionado Art. 1° de la Ley N° 3.952, el mismo quedó así redactado: “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por éste”.

¹⁸ Nos remitimos a lo que hemos dicho en nuestro trabajo *La responsabilidad pública*, *op. cit.*, pp. 76-78, al examinar las causas sentenciadas por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Seste y Seguich” y “Gómez”.

Pues bien, fue así como el consentimiento que el Estado debía previamente conferir para ser demandado devino en un requisito procesal del ejercicio de las acciones deducidas en su contra¹⁹.

Desde una perspectiva actual, puede decirse que esa necesidad de contar con una venia legislativa previa fue una construcción elaborada por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la base de una consideración extremadamente rígida de la división de poderes, que no se compadece con una más moderna interpretación constitucional.

En la legislación nacional, la exigencia del reclamo administrativo previo se encuentra establecida actualmente en el Artículo 30 de la Ley N° 19.549, fijándose las excepciones en el Artículo 32 del mismo ordenamiento legal que, merced a las reformas introducidas por la Ley N° 25.344, se han visto reducidos a solo dos supuestos y de entre ellos interesa señalar el contenido en el inciso b) del Artículo 32²⁰.

2.2. El Decreto N° 28.211/1944²¹ y su vigencia bajo la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación

En el año 1944, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 28.211, cuyo Artículo 1° establece: “[...] el Poder Ejecutivo no admitirá, por vía de gestión administrativa, la responsabilidad del Estado en las reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que éstos realizan las funciones o tareas encomendadas, debiéndose dejar librada a la eventual contienda judicial, tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de los hechos o accidentes como lo que se refiere al monto de la compensación a que hubiera lugar [...]”.

¹⁹ Cfr. Grau, Armando E., *op. cit.*, p. 74.

²⁰ Nos remitimos aquí a Canosa, Armando N., *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, p. 507 y sigs.

²¹ Dictado el 24 de octubre de 1944, modificado por los Decretos Nros. 32.201 (13-11-1948), que autorizó a la Secretaría de Transportes de la Nación a resolver directamente los reclamos a favor o contra terceros originados por las actividades de los servicios cuya dirección, administración y explotación se encontraran a su cargo; y 9.078 (13-4-1949), que exceptuó de las disposiciones de aquél a los organismos descentralizados del Estado que desarrollen actividades comerciales o industriales. Cabe destacar otra curiosa excepción que afectaría la aplicación de este decreto, décadas más tarde, a través del Decreto N° 1.052/1982 (28-5-1982), del gobierno de facto en pleno conflicto de Malvinas. Por conducto de este último decreto se autorizó al “[...] gobernador militar del territorio de las Islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur para que reconozca en sede administrativa las indemnizaciones a que dieren lugar los hechos o actos de personal militar o civil de su dependencia, que afecten a los habitantes de su jurisdicción, cuando las particularidades del caso lo justifiquen” (Art. 1°); se lee en su fundamentación, tras invocarse el Decreto N° 28.211/1944: “[...] se considera conveniente exceptuar de dicho régimen, a los casos en los cuales los daños afecten a los habitantes [...] teniendo en cuenta las serias dificultades de orden práctico que para los mismos significaría la aplicación del decreto aludido, especialmente en las circunstancias actuales, al obligar a los damnificados a ocurrir ante los tribunales de justicia a fin de lograr la reparación de los perjuicios ocasionados”.

Los motivos que primordialmente llevaron al dictado de dicho decreto, según se expresa en los propios considerandos, pueden resumirse de la siguiente manera:

a. El problema práctico de la certeza: porque si bien en principio se admite que nada obstaría a que el Poder Ejecutivo –en presencia de elementos de juicio que acrediten en forma indubitable la responsabilidad del Estado por hechos de sus agentes– así lo declare por decreto, en la práctica, esta certeza no se da en la mayoría de las cuestiones que se plantean.

b. La falta de recursos y de un procedimiento eficaz: porque debería contarse con la documentación completa o con recursos legales eficaces para obtenerla, existiendo el grave inconveniente, en lo administrativo, de carecer de normas básicas obligatorias que aseguren un procedimiento eficaz (término, emplazamientos, recusaciones, designación de peritos, responsabilidad de testigos y peritos, etc.).

c. Las personas interesadas e influyentes: porque los casos dudosos se prestarían a una intervención interesada y a veces perniciosa de personas influyentes.

d. El problema del *quantum*: porque aun suponiendo que fuera viable el reconocimiento de la responsabilidad, los damnificados tendrían igualmente que recurrir a una acción ordinaria para determinar el *quantum* de la indemnización, de donde resulta preferible, al no poder evitarse el proceso judicial, dejar librado a la estimación de los tribunales tanto lo relativo a la responsabilidad como lo que se refiere al importe de la reparación.

La norma fue objeto de críticas²² que apuntaron a los fundamentos que venimos de exponer, señalando, entre otras cuestiones, que no es exacto que la responsabilidad no pueda apreciarse tras la detenida consideración de los casos que se presenten; que el Poder Ejecutivo cuenta con los resortes necesarios para procurarse los elementos de juicio que le permitan resolver (tiene en su poder los sumarios policial y disciplinario en su caso, etc.); que en muchos casos, la estimación que fije la Administración podría ser aceptada por el damnificado de modo de evitarse la contienda judicial; que se evitaría la eventual condena de intereses y costas y el ejercicio de defensas estériles, obligando al particular a seguir un juicio en el que le asiste la razón, en suma, que se trata de una contienda judicial artificial por oponerse a una reclamación sin considerarla y obligar al particular a deducir la acción judicial.

A pesar de ello, del tiempo transcurrido desde el dictado de la norma y las modificaciones habidas en la propia Ley N° 19.549 por efecto de la Ley N° 25.344, ya reseñadas en el punto anterior, la doctrina forjada por la Procuración del Tesoro de la Nación en torno al Decreto N° 28.211/1944 ha sido ciertamente cambiante, a veces apegada a la letra del decreto, otras veces flexibilizando su interpretación, pero siempre, y hasta prácticamente nuestros días, invocando su vigencia.

²² Carrillo, Pedro, “Demandas contra la Nación (Decreto N° 28.211 de 1944)”, *LL* 91-929. Señala el autor: “Indudablemente el mencionado Decreto N° 28.211 constituye, desde todo punto de vista, un error evidente”.

En efecto, mientras se encontraba vigente el Artículo 32, inc. d)²³ de la LPA, que exceptuaba de la necesidad de la reclamación administrativa previa contra el Estado Nacional a las acciones que tuviesen por objeto demandar contra el mismo daños y perjuicios, o se intentare contra él una acción de desalojo o cualquier otra que no tramitara por la vía ordinaria, sostuvo la Procuración que la norma había dejado tácitamente sin efecto el Artículo 1° del decreto, librando a la elección del administrado ocurrir directamente a la vía judicial o interponer su petición en sede administrativa²⁴.

Sin embargo, por otro lado, estimó que cabía la aplicación del decreto²⁵ en los casos en que resulte dudosa la pretendida responsabilidad del Estado, o cuando el modo por el cual el supuesto damnificado interpone el recurso no esté exento de defectos, o cuando sea problemático establecer el monto de la indemnización²⁶.

Esta última postura fue sucesivamente reforzada, fundamentalmente con base en tres argumentos: a) la subsistencia de las causas que condujeron al dictado del Decreto N° 28.211/1944; b) considerar que la sanción de la Ley N° 19.549, si bien ha podido servir de fundamento para hacer menos rígida la aplicación de este último, no ha determinado, sin más, la pérdida de virtualidad jurídica del decreto; y c) juzgar que los jueces tienen algunas potestades de las que carece la Administración, por ser constitucionalmente los órganos “imparciales, independientes” encargados por antonomasia de dirimir controversias de derechos entre partes.

Esta doctrina fue posteriormente atemperada al sostenerse que la solución del problema no puede basarse simplemente en la rígida aplicación del Artículo 1° del citado decreto, pues debe admitirse la posibilidad de acceder en sede administrativa a reclamos por daños y perjuicios, para evitar, entre otras razones, una condena judicial, sin descartar cierta limitación relacionada especialmente con la eventual inexistencia de mecanismos adecuados para la determinación del daño de que se trate en la Administración o los supuestos en que resulte dudosa la responsabilidad del Estado, y al margen de la necesidad de la Administración de esclarecer los hechos a fin de poder establecer un curso de acción a seguir, frente a eventuales responsabilidades de sus agentes o ex agentes²⁷.

La doctrina expuesta por el Alto Organismo Asesor pareció consolidarse en posteriores pronunciamientos, al aclarar que resulta procedente admitir en sede administrativa la responsabilidad del Estado en reclamaciones por daños y perjuicios, “si con esto se evita al Estado una condena judicial innecesaria en los supuestos en que dicha responsabilidad resulte indudable sobre la base de pautas objetivas que garanticen una correcta determinación, a través de un procedimiento ajustado a derecho y eficaz”²⁸, sin descartar la limitación de ese principio cuando la Administración carezca de mecanismos adecuados

²³ Esta disposición fue dejada sin efecto por el Art. 12 de la Ley N° 25.344.

²⁴ PTN *Dictámenes*: 122:358; 123:80 y 87; 128:516 y 573; 130:20.6

²⁵ PTN *Dictámenes*: 123:19 y 254; 127:99; 133:493; 139:34, entre otros.

²⁶ PTN *Dictámenes*: 123:19; 139:34; 172:73; entre otros.

²⁷ PTN, Dictamen de fecha 14 de abril de 1987, publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 119:99 (Año X, agosto de 1988).

²⁸ PTN *Dictámenes*: 190:142 y los allí citados, Dictamen N° 129/1992.

para la determinación del daño de que se trate o en los supuestos en que resulte dudosa la pretendida responsabilidad del Estado²⁹.

Sin embargo, hacia el año 2001, se produjo un retorno hacia la primigenia línea interpretativa, al sostener en un caso en el que se había planteado una propuesta de conciliación vinculada a la renegociación de un contrato de obra pública y con relación a un reclamo de daños y perjuicios contra el Estado Nacional, la plena vigencia del aludido reglamento y con sustento en él, la imposibilidad jurídica de que “[...] el Poder Ejecutivo admita, por vía de gestión administrativa, la responsabilidad del Estado en reclamaciones por daños y perjuicios que se promuevan con motivo de hechos o accidentes en que sean parte sus empleados o agentes, acaecidos en circunstancias en que estos realicen las funciones o tareas encomendadas. El referido texto reglamentario deja librado a la eventual contienda judicial, tanto lo relativo a la responsabilidad por las consecuencias de esos hechos, como lo concerniente al monto de la compensación (cfr. *Dictámenes*: 232:303; 235:622; 236:557)”³⁰.

El mismo año la Procuración del Tesoro se pronunciaría³¹ acerca de si el Gobierno debía desistir o continuar con un procedimiento de solución amistosa planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por quien había sido desde 1977 propietario de la mayoría del capital accionario del Banco Regional del Norte Argentino S.A. (BARNA S.A.), al que el BCRA había revocado la autorización para funcionar. Como corolario del análisis de la cuestión, en orden a negar la posibilidad de una solución amistosa, el Procurador invoca la vigencia del Decreto N° 28.211/1944, con cita de los precedentes referidos en el párrafo anterior.

La circunstancia que verdaderamente llama la atención es que al tiempo de que estos dictámenes se pronuncian se encontraban ya vigentes las reformas introducidas a los Artículos 30 y 32 de la Ley N° 19.549 por parte del Artículo 12 de la Ley N° 25.344, que –como quedara anticipado– en orden a las excepciones legisladas por el Artículo 32 de la citada ley, el reclamo administrativo previo quedó impuesto como regla solamente cuando se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por su responsabilidad contractual, pues –como es conocido– el actual inciso b) del artículo exceptúa a los reclamos que tuviesen origen en la responsabilidad del Estado de naturaleza extracontractual.

Un año después sostendría idéntica postura³², en un nuevo intento de solución amistosa en un caso en que el hijo de la reclamante había muerto como consecuencia de un enfrentamiento entre asaltantes y personal policial en el local en que se encontraba en la Provincia de Buenos Aires. La Procuración del Tesoro negará toda responsabilidad del Estado en el caso e invocará el decreto que nos ocupa como parte de los argumentos del rechazo del mecanismo de solución amistosa instado ante la CIDH.

²⁹ PTN *Dictámenes*: 188:33 y los allí citados; Dictamen N° 129/1992.

³⁰ Confrontar Dictamen de fecha 9 de agosto de 2001, recaído en Expediente N° 6.528/1999 del ex Ministerio de Cultura y Educación (*Dictámenes*: 238:241).

³¹ PTN *Dictámenes*: 238:249, del 9-8-2011, Expte. N° 28846/01.

³² PTN *Dictámenes*: 241:375 (Dict. del 31-5-2002, Expte. N° 36339/01).

También invocaría el Decreto N° 28.211 ese mismo año 2002³³, con relación al reclamo administrativo previo formulado en los términos del Artículo 30 de la Ley N° 19.549 ante el Ministerio de Infraestructura y Vivienda por una empresa concesionaria de rutas por peaje, que pretendía que el Estado Nacional cumpla las obligaciones asumidas y las garantías reconocidas y otorgadas en el Contrato de Concesión de Obra Pública celebrado. Señala el dictamen, en lo tocante al reclamo indemnizatorio formalizado por la reclamante en subsidio, que según doctrina del Organismo, no corresponde acceder en sede administrativa a reclamos de esa naturaleza, citando el precedente de *Dictámenes*: 239:499.

Hacia fines del año 2003 la interpretación tomaría un nuevo rumbo, más flexible³⁴ en el reclamo administrativo interpuesto con motivo del accidente que sufriera el interesado, mientras revistaba como Sargento Primero Oficinista del Ejército Argentino en el Batallón de la Fuerza de Protección de Naciones Unidas, en Croacia. Reclamaba que el Estado argentino le entregue la suma que percibió de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a los efectos de compensar la incapacidad por él padecida, más una suma en concepto de daño moral.

En el caso, el Asesor Jurídico del Ejército invocó el Decreto N° 28.211/1944 para fundar el rechazo del reclamo del causante. Por su parte, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa consideró que el reclamo en cuanto al daño material resultaría admisible por cuanto era la propia ONU quien lo había asumido en aplicación de la Resolución N° 49/233 de fecha 23 de diciembre de 1994 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; distinto temperamento postuló respecto del daño moral reclamado, en virtud de las disposiciones del mencionado decreto.

Esta última posición es la que comparte el Procurador del Tesoro, quien retomando la senda de mayor flexibilidad, arriba reseñada, sostuvo que no resultaría aplicable el Decreto N° 28.211/1944, “cuando no existe duda relativa a la responsabilidad del Estado, el reclamo aparece perfectamente adecuado a aquélla y delimitado en cuanto a su objeto, y la suma exigida se ofrece como cantidad líquida sin que resulte necesario efectuar estimación o valuación de perjuicio alguno [...]”, “porque así lo exigen la equidad y la dignidad inherente a los actos del Estado, elementos éstos que el Decreto N° 28.211 no ha podido ni querido minimizar o desconocer”.

Más aún sostiene que la aplicación del decreto en cuestión importaría en el caso un rigorismo ritual cuyo exceso afectaría la verdad jurídica objetiva en detrimento del adecuado servicio de la justicia y que el Estado debía ahorrarse las consecuencias patrimoniales adversas que indudablemente acarrearía el seguro acogimiento de la acción judicial.

Como anticipamos, no hace lugar al reclamo en lo atinente al daño moral pretendido, y aquí sí invoca el decreto que nos ocupa, señalando que cobra absoluta virtualidad la ratio de la disposición contenida en su Artículo 1°, porque resultaba manifiesta la dificultad para mensurar adecuadamente la existencia de este daño así como para fijar su eventual reparación pecuniaria.

³³ PTN *Dictámenes*: 240:158 (Dict. del 14-2-2004, Expte. N° 399-000872/01).

³⁴ PTN *Dictámenes*: 247:311 (Dict. N° 549/03, 11-11-2003. Expte. N° 10773/02. Ministerio de Defensa).

Tres años más tarde, el Alto organismo Asesor se pronunciaría³⁵ con relación al reclamo administrativo previo incoado por una ex agente, pretendiendo se le abonen los haberes caídos desde su baja en agosto de 1995, hasta el 1º de agosto de 2003, fecha de su reincorporación.

Si bien el argumento sustancial del rechazo de la pretensión, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fue que no correspondía reconocer el pago de haberes por períodos en que el agente no ha prestado efectivamente servicios, en lo que aquí importa, en lo atinente al reconocimiento de daños y perjuicios, sostuvo que resultaba de aplicación lo previsto por el Decreto N° 28.211/1944. Y agrega: “*Con relación a la posibilidad de flexibilizar o relativizar el alcance del Decreto N° 28.211/1944 [...] no resulta admisible dejar de cumplir lo que la ley inequívocamente ordena, de manera que, si la regla jurídica no suscita la posibilidad de interpretaciones disímiles, la única conducta aceptable es su acatamiento. No resulta procedente la modificación o supresión de una norma legal por la vía interpretativa, cuando su lectura no revela oscuridad ni genera incertidumbre, ni es viable subsanar por medio de la hermenéutica jurídica el resultado de una disposición cuando su literalidad es categórica y precisa y revela en forma directa un significado unívoco (cfr. Dict. 235:622 y 236:557)*”³⁶.

Sumado a la doctrina que venimos de reseñar, debemos advertir que el Decreto N° 28.211/1944 siguió siendo invocado en variadas circunstancias, prácticamente hasta nuestros días.

Por ejemplo, en el Decreto N° 798/2006³⁷, en el que se desestimó el reclamo en grado de insistencia formulado por un Comandante Mayor (RE) de la Gendarmería Nacional, a través del cual este pretendía el resarcimiento de los daños que él mismo había estimado como consecuencia de un fallo firme de la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, que dispuso su reincorporación a dicha Fuerza de Seguridad luego de ocho años de juicio.

Encontramos asimismo la Resolución N° 278/11 (4-5-2011), del Rector de la Universidad Nacional de Salta, por la que se rechaza un reclamo en concepto de daño psicológico y físico producido por supuesto hostigamiento y acoso laboral. Al referirse el dictamen de la Asesoría jurídica se menciona el Decreto N° 28.211/1944 que “impide admitir en sede administrativa la responsabilidad del Estado en reclamaciones de daños y perjuicios”, indicando que tal principio cedería si se evitara con tal reconocimiento una condena innecesaria al Estado, supuestos en que tal responsabilidad resulte indubitable y existan pruebas objetivas que garanticen una correcta determinación del daño, lo que no se verificaba en el caso.

³⁵ PTN *Dictámenes*: 258:252 (Dict. del 24-8-2006 Expte. N° 8453-1/95).

³⁶ La bastardilla no está en el original.

³⁷ 27-6-2006.

2.3. Repensando los alcances del reclamo administrativo que persigue el resarcimiento de daños y perjuicios

En nuestra opinión³⁸, las razones que dieron origen al dictado del Decreto N° 28.211/1944 ya se encontraban superadas a la época de la sanción de la Ley N° 19.549 y del Decreto N° 1.759/1972 (t.o. 1991), cuerpo normativo que, como dijimos al inicio, debe ser interpretado con el más amplio respeto al derecho del debido proceso, como derivación del derecho de defensa en juicio y de contar con una tutela judicial –y administrativa– efectiva, garantizado a los interesados por el Artículo 18 de la Constitución Nacional y por los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (Art. 75, inc. 22 de la CN).

Por efecto de esto último, y de las circunstancias que venimos apuntando, se ha producido en el caso una “derogación institucional u orgánica”, sistemáticamente estudiada y predicada entre nosotros por el Profesor Miguel S. Marienhoff como una variante de la derogación tácita de las normas y según la cual, cuando el legislador regula en forma orgánica e integral un instituto determinado del derecho, aunque sin hacer mención a las normas que de un modo singular o parcial regulaban ciertos aspectos del mismo instituto, se produce dicha derogación tácita de manera institucional. No es que las normas anteriores resulten absolutamente incompatibles con las nuevas disposiciones, sino que el legislador le ha conferido a dicho instituto una regulación integral u orgánica que traduce la pérdida de vigencia del régimen anterior. “[...] El fundamento de la derogación ‘orgánica’ parte del supuesto de que si el legislador creyó del caso reglar en forma armónica todo un cuerpo de disposiciones, no sería lógico suponer que haya estado en su mente hacer subsistir disposiciones que figuraban en un cuerpo legal anterior y análogo [...]”³⁹.

Por lo mismo entendemos que el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación, en tanto se incline por la vigencia de la norma citada, es incompatible con los principios de fuente supranacional que venimos de enunciar.

De otra parte, tampoco es concebible que atribuyéndose al Estado ser el causante de los actos o conductas que originan los daños cuyo resarcimiento se pretenda, sea el propio Estado quien se escude en la vigencia de anacrónicas disposiciones para –en definitiva– dilatar el examen de las consecuencias de sus propias conductas.

En fecha reciente⁴⁰, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, invocando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que las garantías que consagra el Artículo 8° de la Convención Americana no se ven limitadas a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las

³⁸ Ver nuestra postura en “La pretendida imposibilidad de admitir la responsabilidad del Estado en sede administrativa. Análisis crítico sobre la interpretación que sostiene la vigencia de una norma retrógrada: el Decreto N° 28.211/1944”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, obra en homenaje al Profesor español Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

³⁹ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1977, p. 229 y sigs., con sustento en la opinión de los autores chilenos Aylwin y Silva Cimma.

⁴⁰ CS, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/86 – Sum. Fin. 708)”, sentencia del 26-6-2012.

instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

Es decir, en palabras del mencionado Tribunal, que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio, jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”, pues “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁴¹.

Por esto mismo entendemos que frente a un reclamo administrativo que persiga el reconocimiento de la responsabilidad estatal, la Administración pública—lejos de asumir interpretaciones jurídicas como la que merece nuestro reproche—debe actuar con la mayor rigurosidad que las circunstancias exijan, produciendo medidas de prueba—de oficio o a petición de la parte—, emitiendo los dictámenes técnicos y jurídicos que resulten necesarios en procura de obtener la verdad material u objetiva.

Es que la necesidad de repensar las alternativas de la sede administrativa, en lo que a daños y perjuicios se refiere, viene unida a otros principios que también gobiernan el procedimiento administrativo, como la búsqueda de la verdad material u objetiva a partir de la actividad probatoria generosamente consagrada en el Decreto N° 1.759/1972 (t.o. 1991) y en el deber de colaboración⁴².

Hemos expresado en más de una oportunidad⁴³ que por el *principio de oficialidad* característico del procedimiento administrativo, la Administración debe como principio observar la búsqueda de la verdad material u objetiva, como parte integrante de esa garantía al debido proceso adjetivo.

En efecto, como materialización de la operatividad de esta garantía en el procedimiento administrativo nacional, el Artículo 1° , inc. f, de la Ley N° 19.549 establece el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad de: “[...] 2) Derecho a ofrecer y producir pruebas. De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la Administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, *debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva*; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio”.

⁴¹ Con cita del caso CIDH “Baena, Ricardo y otros c/ Panamá” (2001), párrafos 124-127.

⁴² Tawil, Guido S., “El principio de colaboración en el procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo*, Tawil, Guido S. (Director), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 159 y sigs.

⁴³ Ver nuestros trabajos “Breves reflexiones acerca de la prueba del daño en el procedimiento administrativo” y “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”, publicados en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 555 y sigs. y en *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 287 y sigs., respectivamente.

“La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido, en fecha reciente, que conforme al principio de verdad material que nutre al procedimiento administrativo, la Administración debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando, por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, fundar una efectiva decisión, superando incluso con su actuación oficiosa las restricciones cognitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes”⁴⁴.

A su turno y en línea con lo expuesto, el Decreto N° 1.759/1972 (t.o. 1991) dispone en su Artículo 46: “*De la prueba*. La Administración, *de oficio* o a pedido de parte, podrá disponer la producción de la prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión, fijando el plazo para su producción y su ampliación, si correspondiere. *Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios*”.

Sobre la base de tales principios y disposiciones, sostuvo el Alto Organismo Asesor: “[...] que es por ello que cuando hay cuestiones planteadas por las partes que se encuentran controvertidas y respecto de las cuales ellas no han ofrecido prueba, *la Administración debe producirla de oficio*, en virtud de la oficialidad y del principio de la verdad jurídica objetiva”⁴⁵, así como también que “[...] no es conveniente que la Administración se aparte del principio de verdad material, con exclusión de cualquier otra consideración. En el procedimiento administrativo deben imperar, como principios fundamentales, el de la legalidad y el de la verdad material sobre la verdad formal”⁴⁶.

Pues bien, el órgano administrativo tiene el deber de respetar este *estándar jurídico* en el campo probatorio, privilegiando la búsqueda de la verdad material u objetiva por sobre la verdad formal, lo que implica la eficaz utilización de las herramientas que la ley pone a su alcance para ejercer su competencia y garantizar —en su ámbito de actuación— la efectiva vigencia del principio adoptado por nuestro sistema jurídico superior —y por lo tanto jurídicamente exigible— de la tutela judicial y administrativa efectivas.

Por lo mismo opinamos que la Administración no debe escudarse en disposiciones anacrónicas y carentes de sentido y vigencia como sucede con el Decreto N° 28.211/1944, para no cumplir con el deber constitucional de resolver los planteos que los particulares, en el ejercicio de su derecho constitucional de peticionar ante las autoridades, realizan ante la Administración pública.

No es concebible que el Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos estructure en su Título VI (Arts. 46 a 62) los medios de prueba de los que pueden valerse tanto los interesados como la propia Administración pública nacional, para luego sostener

⁴⁴ PTN, *Dictámenes*: 280:107 (Dictamen N° 32/12, 2-2-2012, Expte. N° S04:0044394/11 - Ministerio de Salud), con cita de *Dictámenes*: 204:61 y Comadira, Julio R., *Procedimiento Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 54.

⁴⁵ Art. 1°, incs. d y f, ap. 2, LPA y Arts. 46 y 48 del RPA (PTN, *Dictámenes*: 163:137) (el destacado está en el original).

⁴⁶ PTN *Dictámenes*: 114:180; 190:207; 228:6.

la vigencia de una disposición que veda la posibilidad de aplicación concreta de los medios de prueba que profusamente regula aquél.

En definitiva, no podemos dejar de advertir, a la luz de los principios enunciados y las normas reseñadas hasta aquí, la enorme oportunidad que representa la vía administrativa, de ser voluntariamente incoada por el particular, para allanar el camino de cara al resguardo del derecho que fue conculcado por la actuación dañosa de la Administración. Se trata de no vulnerar ese derecho dos veces: primero por haber sufrido el daño, y después por tener que esperar para su efectiva y completa reparación una acción judicial inevitablemente extensa, seguida de un procedimiento de ejecución de la condena igualmente perverso.

Y ello no va en desmedro de la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación formuló en el caso “Ángel Estrada S.A.”⁴⁷, respecto del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de los entes reguladores de servicios públicos, al negárseles competencia para resolver una indemnización de daños y perjuicios en aplicación de disposiciones de derecho común.

Sostuvo en el caso el Máximo Tribunal que ello era así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear este tipo de entes y que una eventual decisión condenatoria dictada por aquellos carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso, concluyendo que una intervención de tal alcance, no obstante su indudable valor probatorio, resultaría estéril.

Como hemos expuesto hasta aquí, nuestra intención es repensar el valor que tendría para los derechos en juego una adecuada sustanciación del reclamo por daños y perjuicios en sede administrativa, aún dentro de los límites fijados por la Corte Suprema en el mencionado fallo, y aún debiendo disponerse las adecuaciones de tipo organizacional que resulten necesarias a esos fines⁴⁸.

⁴⁷ CS 5-4-2005. Ver nuestro trabajo: “Breves anotaciones sobre los límites de la ‘competencia’ de los entes reguladores en la solución de conflictos, en la jurisprudencia del caso ‘Ángel Estrada’”, *Suplemento de Derecho Administrativo, Jurisprudencia Argentina*, 2005-III, p. 60, Lexis Nexis (agosto 2005), incluido asimismo en *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 61 y sigs.

⁴⁸ Cabe hacerse eco y ponerle solución a la crítica formulada por Gordillo, quien sostiene que la Administración carece de organización adecuada para justipreciar la prueba y evaluar daños y perjuicios producidos en la órbita extracontractual, para lo cual existiría una imposibilidad empírica, no jurídica (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, pp. XII-13). Creemos, sin embargo, bajo el influjo de los alcances dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a las garantías de fuente supranacional, entre las cuales se encuentra la tutela administrativa efectiva, que es obligación del Estado superar este escollo organizacional y adecuar su estructura con tal objeto (Caputi, Claudia – Salvatelli, Ana, “Manifestaciones de la globalización en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el derecho administrativo”, *LL Suplemento Extraordinario* citado, p. 146 y sigs., las citas de CS, *Fallos*: 330:3248 (2007), causa “Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad –Riveros–”, con cita de fallos de la CIDH; y *Fallos*: 328:2056 (2005), causa “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (causa N° 17.768)”.

3. REFLEXIÓN FINAL

Sin duda alguna, la mejor herramienta que tiene a su alcance el Estado, a fin de evitar el alto índice de litigiosidad en el que se encuentra, es evitar las causas que provocan el fenómeno.

La solución que propugnamos ofrece importantes ventajas tanto para el particular damnificado como para el Estado desde que pretende evitar la litigiosidad innecesaria, y con ello la eventualidad de tener que sufragar costos que en definitiva soporta toda la sociedad en su conjunto.

Coincidimos por las razones apuntadas desde el inicio de este trabajo, en que la categoría de la tutela administrativa efectiva se inserta como un paso más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos, y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que la caracterizan y distinguen de su par judicial: a) el papel preventivo que se le asigna, a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez mediante una acción tutelar oficiosa de la Administración; y b) el lugar privilegiado de la función administrativa para la obtención de ese propósito, en tanto actividad estatal que, por excelencia, presenta los rasgos –que, justamente, le dan sus contornos diferenciales– de inmediatez y concreción, es decir, de cercanía con la persona. Se pretende, en otros términos, recrear la noción tradicional de *defensa en juicio* desde una nueva óptica que haga eficazmente operativo el papel tutelar que, entendemos, posee la Administración en el marco de las obligaciones de los Artículos 1.1 y 2º de la Convención IDH, es decir, postular como principio estructural y garantía –exigible jurídicamente, es natural– la posibilidad de las personas de ocurrir ante la autoridad administrativa y obtener de ella resolución relativa a sus derechos, evitando –precisamente– diferir o postergar su protección a la instancia judicial⁴⁹.

Ese es el desafío a cuarenta años de vigencia de la Ley N° 19.549, volver a delimitar los roles de la Administración y de la justicia, de cara al cabal resguardo de los derechos de la persona humana⁵⁰, como centro y sujeto de protección de todo el ordenamiento jurídico.

⁴⁹ Gutiérrez Colantuono, Pablo A., “El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva”, en AA VV XXXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, “Procedimiento y proceso: instrumentos para la Administración y el Ciudadano”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 383:352 Año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

⁵⁰ Así está previsto en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente en debate: “El Libro Primero, en el Título I, regula la ‘Persona humana’, figura central del derecho, incorporando dicha denominación y eliminando la definición actual contemplada en el Art. 30 del Código Civil vigente [...]” [Del texto del Mensaje del Poder Ejecutivo (Decreto N° 884/1912), disponible en www.infojus.gov.ar].