

El asesoramiento jurídico en la Administración Pública

por Orlando Javier Moreno

Resumen

Los estudios que sobre la administración pública se realizan en nuestro país suelen ser estudios parciales, enfocados casi con exclusividad en las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa. Un estudio de ese tipo no puede lograr sino resultados incompletos, y ello porque la administración pública es mucho más que normas: hay en ella comportamientos, dinámicas e inercias que muchas veces no se conocen. Este fenómeno administrativo también se presenta en la función de asesoramiento jurídico de la administración pública, donde no solo están presentes las normas jurídicas.

Palabras clave: Administración pública – asesorías legales – dictamen jurídico previo – realidad administrativa.

En la administración pública, por principio, ningún órgano administrativo (ni siquiera el Presidente de la Nación) puede tomar una decisión formalizada mediante el dictado de un acto administrativo sin que previamente se haya cumplido con un procedimiento determinado, por mínimo que este sea.

En ese procedimiento de toma de la decisión estatal intervienen diversas áreas administrativas que con su actividad van formando, por lo menos en un plano teórico, la voluntad del órgano con competencia para decidir.

Un área cuya actuación es particularmente relevante en ese procedimiento de toma de la decisión estatal es el área jurídica, pues a ella le corresponde decir –por supuesto, desde el punto de vista legal–, si la decisión que se quiere tomar puede ser adoptada o no.

Por lo general, la actividad del área jurídica suele ser estudiada desde un plano marcadamente teórico y centrado en lo normativo (como también suele hacerse con el propio procedimiento administrativo y con muchos otros institutos del derecho administrativo), cuando no circunscripta a determinar en qué casos corresponde que tome

intervención, y a discurrir acerca de las consecuencias que la falta de intervención del área tiene en la validez de la decisión adoptada.

Se dejan de lado, por desconocimiento u olvido, cuestiones que, si bien no son propias del plano normativo, influyen decididamente en él y, por ende, en el buen o mal consejo legal.

Pero comencemos por el principio.

En nuestro país, en el orden nacional, la función de asesorar jurídicamente a los órganos de la administración pública le corresponde al Procurador del Tesoro y a las asesorías y direcciones de asuntos legales constituidas en cada uno de los ministerios, secretarías de Estado y organismos de la administración nacional que en conjunto componen el Cuerpo de Abogados del Estado, a quienes corresponde emitir el dictamen jurídico previo a toda decisión estatal.

En el referido orden nacional el dictamen previo es exigido con carácter obligatorio por numerosas normas jurídicas. Con carácter general, la “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” (Decreto Ley N° 19.549/72) establece que antes de la emisión de un acto administrativo se deben cumplir los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico, y que “[s]in perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos” (Decreto Ley N° 19.549, art. 7°, inc. d)).

La necesidad del dictamen jurídico previo al acto administrativo que decide también se encuentra establecida con carácter particular en otras normas, por ejemplo: en materia de Investigaciones Administrativas (v. arts. 44 y 122 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 467/99) y en materia de contrataciones estatales (v. art. 11 del Decreto delegado N° 1023/01).

Es ese dictamen jurídico previo el que exterioriza la opinión legal de los Servicios Jurídicos del Estado en casos concretos en los que pueden afectarse derechos subjetivos o

intereses legítimos de particulares, o la hacienda pública¹, y tiene la virtualidad de operar fundamentalmente como un modo de control de legalidad de la decisión estatal, aunque en ocasiones también cumple una función docente, pues permite corregir comportamientos desviados que en la administración pública suelen seguirse por esa suerte de inercia que caracteriza muchos de esos comportamientos.

Sea como fuere, la importancia del dictamen jurídico se deriva de su finalidad², y esa importancia es tal que hasta existen pautas para su confección³.

Cabe tener presente, no obstante, que no cualquier opinión de un Servicio Jurídico permanente puede ser considerada como el dictamen previo exigido obligatoriamente por las normas. En efecto, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho reiteradamente que por dictaminar debe entenderse “...analizar en forma exhaustiva y profunda el tema jurídico que se discute”⁴; y también que el dictamen jurídico “...debe consistir en un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, para poder recomendar conductas acordes con la justicia e interés legítimo de quien formula la consulta (Dictámenes 203:148 y 211:246, entre otros)”⁵.

Consecuente con ello, el referido organismo ha descalificado opiniones de algunos Servicios Jurídicos señalando que el dictamen jurídico “...no puede constituir una mera relación de antecedentes, ni una colección de afirmaciones dogmáticas...”, ni puede considerarse como tal a un asesoramiento que “...se limita a afirmar que la medida cuestionada es legítima pero sin suministrar las razones jurídicas en que tal conclusión se funda”⁶.

¹ Siguiendo a Julio R. Comadira, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que “...el requisito del dictamen previo es insoslayable cuando el acto afecte la hacienda pública...” (Dictámenes 236:091).

² “...[E]l dictamen jurídico previo tiene una doble finalidad, por una parte constituye una garantía para los administrados pues impide a la Administración el dictado de actos administrativos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente, y por la otra, evita probables responsabilidades del Estado, tanto en sede administrativa como judicial, al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener (Dictámenes 197:61)” (Dictámenes 236:091).

³ V. Resolución del Procurador del Tesoro N° 12 del 1° de julio de 1987.

⁴ V. Dictamen N° 15/94 (Dictámenes: 208:83) en Rev. PTN N° 21, pág. 393.

⁵ V. Dictámenes 231:156.

⁶ V. Dictamen 264 del 7 de agosto de 1990.

No obstante, lamentablemente, muchas veces los Servicios Jurídicos permanentes no emiten verdaderos dictámenes, sino que se limitan a dar “opiniones” absolutamente superficiales que suelen concluir con expresiones del tipo “*este Servicio Jurídico no advierte óbice para la continuidad del trámite*”; “*se estima que las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas por la superioridad*”, o alguna otra fórmula más o menos parecida⁷.

Más aún, muchas veces los servicios jurídicos suelen “dictaminar” reconociendo “por las dudas” menos de lo que correspondería reconocer por el temor a equivocarse “en más” y tener algún tipo de responsabilidad por ello (por ejemplo, en materia salarial); creyendo que la función del abogado del Estado es “acompañar la gestión” de los funcionarios de turno y justificar todos y cada uno de sus actos; omitiendo deliberadamente el tratamiento de alguna cuestión por entender que tratarla no sería conveniente “políticamente”⁸; limitándose a señalar lo que prescribe una norma, con total indiferencia del resultado a que ello conduce⁹; no abriendo a prueba un expediente que correspondería ser abierto a prueba

⁷ Se trata de obviedades. En el primer caso, porque por supuesto que, luego de la intervención del Servicio Jurídico, el trámite va a continuar; y va a continuar hasta ser resuelto por la autoridad competente, eso se sabe; lo que no se sabe (y no se puede saber si el Servicio Jurídico no lo indica), es cómo, de qué manera corresponde que continúe el trámite y se resuelva el expediente:

¿Corresponderá otorgar el derecho peticionado? ¿Corresponderá denegarlo? Y si se tratara de un recurso, ¿habrá que estimarlo o desestimarlos? El segundo ejemplo es otra obviedad, porque –salvo rarísimas excepciones– lo normal es que luego del dictamen del Servicio Jurídico el expediente sea resuelto por el órgano con competencia para ello. Nuevamente, como en el caso anterior, el quid de la cuestión pasa por determinar cómo, o de qué manera debe ser resuelto el expediente.

⁸ Se trata de otra idea equivocada: la opinión legal debe basarse en el derecho, no en otras cuestiones que, aunque importantes, le corresponde evaluar al órgano decisor.

⁹ Un caso que se repite es el siguiente: El decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos establece que “*Toda persona que comparezca ante autoridad administrativa, por derecho propio o en representación de terceros, deberá constituir un domicilio especial dentro del radio urbano de asiento del organismo en el cual tramite el expediente*” (art. 19 del Decreto 1759/72 T.O. 2017); y que “*Si no se constituyere domicilio [o] no se lo hiciera de acuerdo a lo dispuesto por el artículo anterior, ...se intimará a la parte interesada en su domicilio real para que se constituya domicilio en debida forma...*” (art. 20 del decreto citado). Estas previsiones normativas tenían sentido cuando la administración notificaba sus actos mediante cédula, porque por supuesto que un oficial notificador no iba a desplazarse de un extremo a otro del país; pero desde que la administración notifica sus actos mediante el “oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción” previsto en el artículo 41, inciso e) del reglamento de procedimientos administrativos (se trata de una carta que se lleva abierta al correo para que el agente postal pueda certificar el contenido de ella), y ello ocurre desde hace muchísimo tiempo, carece de todo sentido exigirle al particular la constitución de un domicilio especial porque la carta puede ser despachada a cualquier punto del país con el mismo costo en términos de dinero. No obstante ello, los Servicios Jurídicos invariablemente siguen exigiendo a los particulares la constitución del domicilio especial, “porque así lo establece la norma”.

simplemente por comodidad¹⁰; asumiendo de antemano que no es posible reconocer que los funcionarios de la administración se equivocan (esto ocurre casi religiosamente en materia de recursos administrativos)¹¹, o incluso –también en materia recursiva– sin siquiera “tomarse el trabajo” de leer el expediente¹².

Por supuesto que estos comportamientos no se dan en todas los Servicios Jurídicos de la administración. Pero cuadra preguntarse: ¿Por qué ocurre cuando ocurre? ¿Por qué se emiten “dictámenes” de semejante calibre? ¿Por qué se elige el cómodo expediente de “dictaminar” sin decir prácticamente nada? ¿Por qué se recurre a obviedades que desmerecen la función de asesoramiento y la del propio asesor que “dictamina” de tal manera?

La principal razón, claramente, tiene que ver con el propio abogado dictaminante: con su falta de compromiso con la tarea que debe realizar; con no asumir debidamente las responsabilidades que le corresponden; con no darse cuenta de la relevancia que el dictamen jurídico previo tiene como garantía de los derechos de los particulares y del correcto actuar de la administración. En pocas palabras, con el comportamiento poco ético de no hacer lo que tiene que hacer, cuando debe hacerlo.

Ahora bien, existen varios factores que aunque no justifican explican –al menos en parte– algunos de los comportamientos señalados; entre esos factores están aquellos que desalientan al abogado del Estado en su labor diaria: la falta de reconocimiento de su tarea; la ausencia de una verdadera carrera administrativa; la falta de concursos para la cobertura de cargos y el amiguismo o confianza para las designaciones en los puestos superiores de los Servicios Jurídicos; la evaluación arbitraria que es resuelta con fundamento en

¹⁰ Uno de los aspectos del debido proceso adjetivo en sede administrativa es el derecho de los particulares de ofrecer prueba y de que ella se produzca, en la medida en que sea pertinente para la resolución del caso. Sin embargo, es bastante raro que un expediente se abra a prueba, por lo menos en vía de recurso; en vía de petición sí, pero no en vía de recurso.

¹¹ Hay abogados que dan por sentado, por haberlo leído por ahí, o vaya uno a saber por qué, que a los funcionarios no les gusta reconocer que se equivocan; incluso hay quienes consideran que es de la esencia humana no reconocer los propios errores. Pero esto no es así, en todo caso, y como todo, dependerá de cada funcionario: de cada persona.

¹² La fórmula que se suele emplear en estos casos, como también en los casos en los que no se tienen argumentos, es –palabras más, palabras menos– la siguiente: “Visto la impugnación obrante a fojas tal y tal, esta Asesoría Jurídica considera que los argumentos expuestos por el recurrente no alcanzan a conmovier los sólidos fundamentos que exhibe el acto en crisis”.

cuestiones distintas del mérito; el trato desigual por parte del superior jerárquico; las diferentes remuneraciones por la misma tarea incluso en un mismo Servicio Jurídico, etcétera.

A ello se agrega que, en general, las Asesorías jurídicas tienen estructuras poco jerarquizadas y mal pagas; que algunas de ellas cuentan con dotaciones mínimas que exigen el doble de esfuerzo (por ejemplo, en los organismos descentralizados); que el personal de dichas Asesorías rara vez tiene la misma situación de revista y a veces –incluso– tiene regímenes diferenciados y por ende diferentes remuneraciones que dificultan el día a día por las rispideces que tales situaciones ocasionan; etcétera.

Y a todo ello todavía hay que sumar cuestiones que tienen que ver con las improntas de los funcionarios superiores de la administración a los que los Servicios Jurídicos reportan; por ejemplo: existen funcionarios que no tienen cabal conciencia de la tarea del abogado del Estado ni respeto por su labor¹³; también funcionarios que “obligan” a su Servicio Jurídico a resolver un caso o varios con criterios que no son precisamente jurídicos (por ejemplo, cuando instruyen rechazar recursos o reclamos por razones de orden presupuestario (de “caja”), porque reconocer determinado derecho en un expediente podría tener efectos expansivos en otros; y también funcionarios que tratan a la administración con criterio de estancia.

Confío en que sacar a la luz a todas estas cuestiones que son parte de una realidad que no muchos conocen posibilitará una mejor comprensión del fenómeno administrativo, y a pensar soluciones desde planos distintos de los habituales. No hay mucho margen ya para seguir discutiendo planos normativos que muchas veces son desplazados por las dinámicas que operan en las oficinas estatales. La mirada tiene que ser mucho más amplia.

¹³ Es el caso de aquellos funcionario que piden un dictamen y cuando no están de acuerdo con el criterio del Servicio Jurídico, en lugar de apartarse del consejo legal -asumiendo las eventuales responsabilidades del caso como cabría esperar de todo buen funcionario- recurren al cómodo expediente de pedir, cuando no de ordenar, que se cambie el dictamen.