

ASSOCIAZIONE ITALO-ARGENTINA
DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Studi in memoria
di
Agustín A. Gordillo

a cura di
Guillermo Scheibler e Mario R. Spasiano

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

LATA - NH GRAN HOTEL PROVINCIAL

y 5 de septiembre de 2014



Studi in memoria
di
Agustín A. Gordillo

a cura di

Guillermo Scheibler e Mario R. Spasiano

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2025 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-235-0212-9

INDICE

| | |
|---|-----|
| <i>Prefacio</i> | 7 |
| <i>Prefazione</i> | 9 |
| CARLOS ALBERTO ANDREUCCI, <i>Agustín Gordillo, El maestro innovador</i> | 11 |
| MERCEDES AVELDAÑO, "Los hechos, siempre los hechos" | 19 |
| OSVALDO HÉCTOR BEZZI, <i>La importancia institucional de una definición de acto administrativo</i> | 29 |
| HOMERO M. BIBILONI, <i>Agustín, una referencia de creatividad y vigencia intergeneracional</i> | 61 |
| CARLOS BOTASSI, <i>La idea de libertad en Agustín Gordillo</i> | 65 |
| ROSAURA CERDEIRAS, <i>Las limitaciones del conocimiento jurídico en el pensamiento de Agustín Gordillo</i> | 89 |
| NIDIA KARINA CICERO, <i>Agustín Gordillo: el maestro total</i> | 99 |
| INÉS ANUNCIADA D'ARGENIO, <i>Diez postulados de la obra de Agustín Gordillo</i> | 111 |
| DOMENICO D'ORSOGNA, <i>Cinco unidades de Luz</i> | 125 |
| GABRIELLA DE GIORGI - BARBARA ACCETTURA, <i>Interessi meritevoli di tutela e presupposti processuali</i> | 135 |
| NICOLÁS DIANA, <i>Monopolio(s) y poder de policía</i> | 163 |
| FABRIZIO FRACCHIA - PASQUALE PANTALONE, <i>La polizia amministrativa</i> | 183 |
| FABIO FRANCIARIO - PIERGIUSEPPE OTRANTO, <i>La noción de jurisdicción administrativa en Agustín Gordillo. Breves reflexiones sobre las trampas de los falsos amigos y las virtudes de los amigos sinceros</i> | 205 |
| LOREDANA GIANI - MARINA D'ORSOGNA, <i>Il provvedimento amministrativo e il regime dell'invalidità</i> | 219 |
| MARIA IMMORDINO - NICOLA GULLO, <i>La discrezionalità amministrativa alla prova dell'attività amministrativa automatizzata</i> | 237 |
| MIRIAM MABEL IVANEGA, <i>Comentarios acerca de los principios generales y plazos en el procedimiento administrativo</i> | 243 |
| HÉCTOR A. MAIRAL, <i>La inexistencia del acto administrativo después de la ley de bases</i> | 259 |
| CARLOS ENRIQUE MAMBERTI, <i>Creación, funcionamiento y porvenir de los entes reguladores</i> | 277 |
| FRANCESCO MANGANARO, <i>Il metodo nella ricerca e nell'insegnamento del diritto secondo Agustín Gordillo</i> | 293 |
| CLAUDIA A. M. MILANTA, <i>Justicia administrativa. Esencia del sistema argentino</i> | 303 |

| | |
|--|-----|
| NATALIA VICTORIA MORTIER, <i>La ley de bases y la estabilidad del acto administrativo</i> | 331 |
| MIGUEL H. E. OROZ, <i>La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires</i> | 349 |
| ARISTIDE POLICE, <i>L'avvocato amministrativista ed el metodo en derecho la lezione di Agustín Gordillo nell'amministrazione della complessità</i> | 375 |
| ELENA QUADRI, <i>Il ruolo del giudice nel pensiero di Agustín Gordillo</i> | 393 |
| MARGHERITA RAMAJOLI, <i>L'intervento pubblico nell'economia secondo Agustín Gordillo</i> | 401 |
| MARIO REJTMAN FARAH, <i>La reciente reforma al sistema recursivo. Un nuevo diálogo con Agustín Gordillo</i> | 413 |
| MARÍA JULIA RICHERO, <i>Algunas consideraciones en torno a la motivación de las decisiones de los órganos colegiados</i> | 429 |
| GUILLERMO F. RIZZI, <i>La administración pública y los sistemas de protección efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y del medio ambiente en el Siglo XXI</i> | 457 |
| ANNA ROMEO, <i>La modernizzazione della pubblica amministrazione</i> | 479 |
| ALDO SANDULLI, <i>Il procedimento amministrativo e l'amministrazione come funzione di governo</i> | 495 |
| MARIA ALESSANDRA SANDULLI - FLAMINIA APERIO BELLA, <i>La tutela cautelare nel processo amministrativo: alla ricerca di un sistema unitario</i> | 503 |
| GUILLERMO SCHEIBLER, <i>Gordillo, la participación ciudadana y la nueva reforma a la Ley de Procedimientos Administrativos</i> | 535 |
| FRANCO GAETANO COCA, <i>Note minime sull'interesse legittimo e il diritto positivo argentino</i> | 553 |
| MARIO R. SPASIANO, <i>Interés legítimo en el pensamiento de Agustín A. Gordillo</i> | 559 |
| JUAN ANTONIO STUPENENGO, <i>El amparo para la ejecución judicial de actos administrativos</i> | 573 |
| GIUSEPPE TROPEA, <i>Il commissario straordinario come amministrazione parallela</i> | 589 |
| FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI - ANNARITA IACOPINO, <i>Il procedimento amministrativo tra «informalismo» e contraddittorio: una prospettiva comparata</i> | 605 |
| CARLOS A. VALLEFÍN, <i>Notas sobre el peligro en la demora en las medidas cautelares frente al Estado. Los criterios de los tribunales internacionales y su utilidad para el derecho argentino</i> | 627 |
| FRANCESCO VETRÒ, <i>El cambio de paradigma: resultado y competencia en el nuevo código de contratos públicos italiano</i> | 639 |
| ALBERTO ZITO, <i>Crisi del principio di legalità e partecipazione ai processi decisionali della pubblica amministrazione in funzione compensativa: premesse per una ricostruzione sistematica del fenomeno</i> | 651 |

PREFACIO

El 4 de abril de 2007, en la ciudad de Mar del Plata (Argentina), un grupo de estudiosos/as del derecho administrativo constituyó la Asociación Italo-Argentina de Profesores de Derecho Administrativo – A.I.A.P.D.A. Entre ellos, el eminente Prof. Agustín Gordillo, jurista, personalidad de relevancia científica internacional en los campos del derecho constitucional, del derecho público y del derecho administrativo.

Desde esa fecha, el Prof. Gordillo participó en las iniciativas promovidas por la Asociación y, en particular, en las reuniones científicas organizadas en los dos países, poniendo a disposición su bagaje de experiencia y entusiasmo, los resultados de sus investigaciones, sus reflexiones estimulantes, e incluso provocaciones científicas y, por último, pero no por ello menos importante, de relaciones humanas y de su amistad, con la que ha honrado a muchos colegas de la Asociación.

Precisamente por ello, por iniciativa de la Asociación, en la persona de su Presidente Prof. Guillermo Scheibler, y de la Universidad de Campania Luigi Vanvitelli, en la persona del Prof. Mario R. Spasiano, Vicepresidente de la Asociación, se decidió publicar una colección de artículos en memoria del Prof. Gordillo, escritos por académicos y juristas argentinos e italianos que, en el curso de su labor profesional y académica, tuvieron la oportunidad de conocerlo y dialogar con él.

El Prof. Gordillo, junto con numerosos miembros de la A.I.A.P.D.A., participó en 2012 en las actividades de uno de los Congresos de la Asociación celebrado en Italia (Nápoles e Ischia), por iniciativa de la Universidad Vanvitelli (en aquel momento, la Segunda Universidad de Nápoles), donde el académico pronunció una interesante conferencia sobre «La regulación de los medios de transporte en la ciudad de Buenos Aires». Es también por este motivo que la Universidad de Campania Luigi Vanvitelli, agradecida con el Prof. Gordillo, ha tomado la iniciativa, en conjunto con la A.I.A.P.D.A., de publicar esta colección de contribuciones científicas en la que han colaborado unos 50 estudiosos/as. Rinde así homenaje a su «socio» Prof. Agustín Gordillo, a su obra, a su ciencia, a su inteligencia y a su humanidad.

En momentos de cambios vertiginosos, resulta necesario y hasta imprescindible, recordar siempre su actitud reflexiva, basada en el análisis riguroso de los hechos a la luz de los grandes principios generales del derecho, como modo de contribuir a un sistema que asegure los beneficios de la libertad y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

El legado científico y moral que nos deja es realmente inmenso, como ates-

tigua el volumen y la calidad de sus escritos. Corresponde a la Asociación y a cada uno de nosotros, que apreciamos el profundo sentimiento de cercanía entre nuestros países y pueblos, que compartimos importantes rasgos de historia común, mantenerlo vivo y renovarlo a lo largo del tiempo, también en la memoria de un maestro extraordinario como fue y es el Prof. Agustín Gordillo.

Nuestro más sincero agradecimiento a María Eugenia Páez, Guillermo Rizzi, Ugo Spasiano y Simona Terracciano, quienes colaboraron eficazmente en las tareas de recopilación, sistematización y edición de la obra.

Buenos Aires – Nápoles, enero de 2025

Prof. Mario R. Spasiano
Vicepresidente de la A.I.A.P.D.A.

Prof. Guillermo Scheibler
Presidente de la A.I.A.P.D.A.

PREFAZIONE

Il giorno 4 aprile 2007, nella città di Mar del Plata (Argentina), un gruppo di studiosi di diritto amministrativo dava vita all'Associazione Italo-Argentina dei Professori di Diritto Amministrativo – A.I.A.P.D.A. Tra essi, l'eminente Prof. Agustin Gordillo, giurista, personalità di rilievo scientifico internazionale nel campo del diritto costituzionale, del diritto pubblico e del diritto amministrativo.

Da quella data il Prof. Gordillo ha preso parte alle iniziative promosse dall'Associazione e, in modo particolare, agli incontri scientifici organizzati nei due Paesi, mettendo a disposizione il suo bagaglio di esperienza e di entusiasmo, fatto di risultati della ricerca, di stimolanti riflessioni, anche di provocazioni scientifiche e, non ultimo, di relazioni umane e della sua amicizia, della quale ha onorato molti colleghi dell'Associazione.

Proprio per questa ragione, su iniziativa dell'Associazione, nella persona del suo Presidente Prof. Guillermo Scheibler, e dell'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, nella persona del Prof. Mario R. Spasiano, Vicepresidente dell'A.I.A.P.D.A., si è deciso di pubblicare una raccolta di scritti in memoria del Prof. Gordillo, redatti da accademici e giuristi argentini e italiani che, nel corso della loro attività, hanno avuto occasione di conoscere e dialogare con l'illustre studioso.

Il Prof. Gordillo, con molti soci A.I.A.P.D.A., nel 2012 prese parte ai lavori di uno dei Congressi dell'Associazione tenutosi in Italia (Napoli e Ischia), su iniziativa della Università *Vanvitelli* (all'epoca, Seconda Università degli Studi di Napoli) dove lo studioso tenne una interessante relazione sul tema "La regolazione dei mezzi di trasporto nella città di Buenos Aires". È anche per questa ragione che l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, grata al Prof. Gordillo, ha deciso di dare seguito, d'intesa con l'Associazione, a questa raccolta di contributi scientifici alla quale hanno collaborato circa 50 studiosi che hanno in tal modo inteso rendere omaggio al "socio" Prof. Agustin Gordillo, alla sua opera, alla sua scienza, alla sua intelligenza, alla sua umanità.

Mai come in questi tempi di vertiginosi cambiamenti, appare peraltro necessario ricordare sempre il suo atteggiamento riflessivo, basato sull'analisi rigorosa dei fatti alla luce dei grandi principi generali del diritto per contribuire a costruire un sistema che assicuri i benefici della libertà e l'effettiva applicazione dei diritti fondamentali.

L'eredità scientifica e morale lasciata dallo studioso è davvero immensa, come testimonia la mole e la qualità dei suoi scritti. All'Associazione ed a ciascuno di noi, che abbiamo a cuore il profondo senso di vicinanza tra i nostri

Paesi e i nostri popoli, accomunati da importanti tratti di storia comune, il compito di mantenerla viva e rinnovarla nel tempo anche nel ricordo di uno straordinario maestro quale è stato il Prof. Agustin Gordillo.

Un sentito ringraziamento per la realizzazione di questo volume va a Maria Eugenia Páez, Guillermo Rizzi, Ugo Spasiano e Simona Terracciano che hanno efficacemente collaborato alla collazione dell'opera.

Buenos Aires – Napoli, gennaio 2025

Prof. Mario R. Spasiano
Vicepresidente dell'A.I.A.P.D.A.

Prof. Guillermo Scheibler
Presidente dell'A.I.A.P.D.A.

EL MAESTRO INNOVADOR AGUSTÍN GORDILLO

POR CARLOS ALBERTO ANDREUCCI¹

AGUSTÍN GORDILLO ha sido, y seguirá siendo, *un maestro innovador*. Será siempre el *magister*, encargado de enseñar a los alumnos y discípulos pues conlleva la jerarquía de su persona cuya obra, actos y vida han trascendido después de su muerte. *Innovador* porque se basó en la creación de una propuesta de valor totalmente diferente de la existente, que implicó una ruptura con el método establecido hasta el momento.

Nació el 22 de octubre de 1938 y falleció el 8 de enero de 2024.

De sus muchas contribuciones académicas y profesionales se destaca el Tratado de Derecho Administrativo² que en once tomos, actualizados permanentemente, impulsó la vanguardia de su formato digital abierto en la propia web gordillo.com. De esta manera enorme cantidad de personas accedieron a su contenido, de manera libre y gratuita, en épocas en que todo se encorsetaba en el libro impreso y sus tomos. Influyó en la formación de miles de estudiantes y profesionales, en Argentina, Brasil, Colombia, Perú, México y Venezuela y toda América latina, habiéndose traducido al inglés, francés e italiano.

Fue magistrado de la Corte Administrativa de la Organización Europea de Derecho Público y Presidente de los Tribunales Administrativos del BID, de la OEA, e integró los Tribunales Administrativos del FMI, ONU y OIT. Fue el primer Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Fue premio Konex en 1996 por la disciplina Derecho Administrativo, Tributario y Penal por sus aportes a la ciencia jurídica. Honró al Colegio de Abogados de La Plata, con su destacada participación, pues allí se matriculó para el ejercicio profesional en la Provincia de Buenos Aires y aceptó integrar el Consejo Académico Consultivo del CALP desde el año 2000.

Esta introducción me permite compartir que durante mis estudios de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (1970-1975), viví una tumultuosa Asamblea Universitaria en el salón de actos del edificio

¹ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Nacional de La Plata), Ex Profesor Titular de Derecho Administrativo I en la Universidad Católica de La Plata, Titular de Derecho Administrativo I de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Es docente también en otras casas de estudio.

² Editado por la Fundación de Derecho Administrativo, impulsada por él mismo y cuyo Estatuto es una pieza política institucional de avanzada para su época, en especial su artículo 2.

histórico de la UNLP, sito en calle 7, entre 47 y 48, primer piso, de la ciudad de La Plata donde se autoconvocaba para impulsar un juicio académico popular de cuestionamiento y destitución por perfil político ideológico que la época de política estudiantil había instalado. AGUSTÍN GORDILLO tuvo su día y hora de enjuiciamiento público en su carácter de Profesor Titular Ordinario por Concurso de Derecho Administrativo I. Hacia 1974 (pleno periodo de convulsión institucional) fue convocado para someterlo a la asamblea publica estudiantil y en ese recinto intenso, con no menos de 300 estudiantes enjuiciándolo a viva voz, AGUSTÍN GORDILLO enfrentó, respondió y desactivó con una energía, valentía y lucidez lo que se perfilaba como un linchamiento académico fuera de toda regularidad y normalidad. Eso me permitió ver en su esplendor, su personalidad, formación académica y profesional y un temple y una valentía que conjugada con su excelencia y juventud. Fue un acto inolvidable de coraje, hidalguía y ejemplaridad que me impresionó positivamente como joven alumno al igual que a muchos de los presentes, hasta el extremo que al finalizar la asamblea se formó un pasillo con todos los alumnos haciendo fila estrecha de cada lado y todos en silencio le permitieron caminar y salir del salón con serenidad y respeto. Marcó el camino de cómo se defienden las ideas y conductas claras y coherentes en un momento histórico de la Argentina violenta. Esto reveló su perfil y que el docente no solo se evalúa por sus dichos y discursos, sino por sus conductas y actitudes. Dentro de la angustia del momento vivido, fue maravilloso, esperanzador.

Véase que GORDILLO ya era Profesor Titular ordinario por concurso en la UNLP desde 1969; es decir con 31 años de edad. Se graduó de abogado a los 21 años (1959) y se doctoró a los 22 años (1960). Una carrera meteórica y brillante.

En este marco de su prolífica vida académica y profesional de más de 65 años, me permito analizar y destacar tres perfiles temporales y de vanguardia:

1. En 1966 con 26 años escribió el libro, “Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo”, que integró luego como tomo 11 su Tratado.
2. En 1997 editó con su coordinación el libro “Derechos humanos: doctrina, casos y materiales. Parte general”.
3. En 2012 reeditó “La administración paralela” y “El método en derecho”. Tres perfiles de notable avanzada en momentos históricos esenciales de su vida y de la república argentina y la región.

En el primer texto, con su sólida juventud se adentró al caso de las empresas públicas en sus aspectos jurídicos, administrativos, políticos y económicos (1966).

Con una claridad de vigencia actual en el debate, centró el caso de las em-

presas públicas articulando los problemas, discusiones, críticas y soluciones que aún hoy, casi 60 años después, siguen repitiendo los análisis y soluciones que Gordillo entonces.

Así dijo “...el tema de las empresas del estado puede decirse que está constantemente ‘de actualidad’ en los últimos años, tanto en nuestro país como en el extranjero”³ () “el problemas pierde o amenaza perder caracteres nítidos, sobre todo porque se entremezclan con demasiada frecuencia criterios económicos y políticos, con criterios jurídicos y administrativos, de modo tal que de una sola vez se trata el régimen jurídico, la conveniencia del régimen administrativo, la oportunidad económica y política del sistema” (ob. cit., pág. 359) “En nuestra opinión – dijo GORDILLO – nos parece además que hay un orden de prelación entre tales estudios que si se abandona, puede hacer estéril la investigación: si no se deslindan primero claramente los problemas jurídicos y administrativos de las empresas difícilmente podrá luego efectuarse un estudio plenamente efectivo de los aspectos económicos y políticos” “porque desde el punto de vista institucional existen diferencias demasiado profundas entre las distintas clases de empresas que pueden encontrarse o concebirse, ...destacando algo que nos parece de importancia decisiva para el tratamiento de la cuestión: la necesidad de dar un régimen que permita el funcionamiento de distintos tipos de empresas del estado, en lugar de pretender encuadrar a todas dentro de un único molde uniforme” (ob. cit., pág. 359).

Al tratar la importancia de las empresas estatales, indica que “... quienes ven en éstas agentes fundamentales del desarrollo, seguramente propiciarán en un importante grado la participación del estado, a través de ellas, en la economía, quienes en cambio se encuentran enrolados en una posición más clásica, pensarán que el Estado debe disminuir al mínimo su grado de participación directa en el sector público de la economía”. Así estudió las necesidades de distinguir claramente los distintos tipos jurídicos y administrativos de empresas estatales comparando la experiencia extranjera, la terminología y la necesidad de reformar el régimen entonces vigente.

En el capítulo de las empresas estatales y la carencia de capitales, analiza citando a HANSON que uno de los obstáculos más importantes al crecimiento económico “es la insuficiencia de capital, una característica casi definitoria de países subdesarrollados” (Hanson A.H., *Public Enterprise and Economic Development*, Londres, 1959, pág. 24) y “‘si económicamente, por lo tanto, la primera tarea es encontrar las fuentes de formación de capital y asegurar que sean apropiadamente aplicadas’ pareciera bastante ilógico que el Estado quiera proveer por sí mismo todo el capital de la empresa pública (aportándolo inicialmente por sí solo,

³ Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 11 (Bs.As., FDA, 2015), página 359, prólogo de noviembre de 1965.

*pidiendo préstamos que luego deberá restituir: de cualquier modo, levantado por su propia cuenta todo el capital necesario) y mucho más razonable en cambio que se limite a una participación parcial, suficiente para lograr su finalidad y dejando por un lado, margen para la inversión privada en la empresa*⁴. Indica que así el Estado podrá reservarse capitales para otras inversiones públicas igualmente necesarias de modo tal que con una masa igual de capital propio, en su solo caso, podrá dirigir unas pocas empresas y en el otro intervenir y ordenar la actividad de una multiplicidad mucho mayor de entidades y actividades.

Se interroga si las empresas públicas son un fin o un medio y sostiene que ello está en relación a una concepción puramente socialista de la economía y que resulta no solo incompatible sino también irrazonable para nuestro país. Este criterio debería reajustarse en la orientación de que el Estado sea un agente fundamental de desarrollo y con ello la empresa pública es un medio y no un fin.

En el capítulo 11, analizando la financiación externa del desarrollo indica que *“es frecuente que los inversores extranjeros se desanimen ante los riesgos políticos que, según temen, puedan aparejar proyectos que, de otro modo, serían quizá interesantes”* (con cita del Informe de las Naciones Unidas, “Planificación del desarrollo económico”, Nueva York, 1963, pág. 118). Dicho informe agrega que *“en realidad, éstos se han basado por lo general, en el supuesto de que a las disponibilidades de divisas obtenidas de la exportación o liberadas sustituyendo la importación, vendría a añadirse una corriente, cada vez mayor, de capital extranjero, tanto privado como, público”* (ob. cit.). Esto le hace concluir que se da la renuncia de los capitales privados a invertir en el país y por ello propone solo que el Estado participe en sociedades anónimas y en especial con acciones en parte y no mayoritariamente; de ese modo se eliminarían muchos temores políticos de los inversores⁵. Propone pues diversas modalidades de descentralizaciones para garantías del inversor.

En 1997, en su libro el libro “Derechos humanos: doctrina, casos y materiales. Parte general” vislumbró el cambio de época y de paradigma del derecho administrativo postulando la democratización de la administración, la constitucionalidad del derecho administrativo y la internacionalización de los derechos humanos.

Profundizó con una visión de vanguardia los usuarios y consumidores, el

⁴ Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 11 (Bs.As., FDA, 2015), página 363, numeral 7.

⁵ Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 11 (Bs.As., FDA, 2015), página 365.

medio ambiente y el progresivo deterioro y el análisis sistemático de la crisis estructural.

Analizó la realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y principios del XXI, y los derechos individuales en el derecho supranacional, explicando con gran claridad las fuentes supranacionales del derecho, los tratados en general, la Convención Americana, otras convenciones de derechos humanos y los tratados de integración económica, aportando jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales.

Ingresó en la temática del derecho interno y la derogación *ipso iure* frente a la incorporación de los tratados supranacionales de la materia y el impedimento de la no denuncia unilateral, con más la articulación de la justicia nacional con la justicia supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las condiciones de vigencia de los tratados.

Desarrolló la teoría de la prevalencia sobre cualquier norma de derecho interno y el derecho a una sentencia en un plazo razonable.

Fundó la supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno, superando las dicotomías sobre los derechos programáticos y operativos, que ya JOAQUÍN VÍCTOR GONZÁLEZ lo había adelantado en su Manual de la Constitución Argentina (en “Obras completas”, vol. 3, Bs. As., 1935, número 82; además, números 89 y 90), citado en caso “Siri” de la CSN, a fines del siglo XIX: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas; cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina” (esta cita se reprodujo en el caso “Halabi” de la CSJN en el año 2009).

Consolidó la teoría y vigencia de la irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos y la aplicación directa en el derecho interno con las obligaciones de los jueces de tutelar en el derecho interno los derechos de la convención.

Analizó las sanciones supranacionales e internas por el incumplimiento del compromiso de incorporación del tratado al derecho interno junto a la interpretación extensiva de los derechos humanos

Desarrolló los principios jurídicos indeterminados tal como la garantía de la razonabilidad y otros principios jurídicos supranacionales tales como la no discriminación, proscripción del odio y la persecución; protección de la vida, la integridad y la salud humana frente a la contaminación del medio ambiente, dignidad de la persona humana, tutela de la privacidad, respeto a las tradicio-

nes y costumbres, derechos de tolerancia y pluralismo, derecho a la participación, más el derecho del debido proceso legal tanto en sentido adjetivo (derecho a ser oído) como sustantivo (garantía de razonabilidad) de previo nivel, constitucional y hoy en día también de rango supranacional.

Analizó detenidamente el derecho a la salud y el medio ambiente en cuanto tutela a la vida, salud e integridad física y tutela del medio ambiente. Metódicamente enfrentó la realidad de los casos de bebidas alcohólicas, las drogas, y contaminación por desechos químicos, como al acto de fumar en público y el transporte privado y el deber frente al dióxido de carbono y tetraetilo de plomo junto al caucho en polvo por el desgaste de neumáticos.

Pregonó la defensa supranacional del derecho a un ambiente sano, el acceso a la protección de los derechos sociales y el control social de la administración pública en Latinoamérica, los métodos directos y semidirectos de participación ciudadana y los sistemas de regionalización, descentralización y delegación para la satisfacción de sus prestaciones.

Desarrolló *in extenso* el derecho de defensa y las audiencias públicas, incluyendo el caso del Ombudsman (Defensor del Pueblo) con sus particularidades comparadas y en el derecho argentino.

Introdujo los derechos de nueva generación y los recursos disponibles para su efectiva vigencia proponiendo la necesidad de tener muy bien estudiados los sesgos y muy en claro la metodología y la filosofía jurídica a emplear.

Debió el deficiente acceso a la justicia y privación de justicia como violación del sistema de derechos humanos, analizando el tema central de la lucha de la justicia contra el poder, más el recargo endémico de trabajo judicial resolviendo en contra por cuestiones formales, o bien ingresando en la cuestión de fondo, vislumbrando las presiones externas y la existencia de un poder judicial independiente, la incidencia de resolución anual de causas en trámite y dando luz a la categórica aparición de posibles justiciables sin justicia: los millones de consumidores reclamando por sus facturas de gas, teléfonos u obras sanitarias, boleto de transporte, servicio mal prestado o dejado de prestar, por la conexión de un servicio, millones de jubilados y pensionados, los usuarios de servicios hospitalarios, los particulares cuya privacidad invaden los medios de difusión masiva sin reconocerles el derecho de réplica y sin que la justicia restablezca el equilibrio, el millón de empleados públicos que quisieran reclamar por su carrera, su salario, su ascenso, sus concursos, su estabilidad.

Explicó el mito del acceso a la justicia y la realidad de su constante privación.

Se introdujo en la justicia pública no estatal de los colegios profesionales (actividad jurisdiccional) y apuntó a desarrollar los tribunales administrativos como complemento o paliativo ante la privación de justicia, la publicidad de los

pronunciamientos y la repercusión periodística, y la introducción de la posibilidad de avenimiento.

De manera decidida abarcó cuestiones esenciales de enorme actualidad hoy, tales como las técnicas de interpretación, los juicios de valor empleados, el lenguaje utilizado, la interpretación de los tratados y de la convención de Viena.

Luego analizó los amparos del artículo 43 y el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Y como anticipo de su completitud docente, aportó guías de lectura para la mejor comprensión y aplicación de los tratados y los derechos humanos.

Como tercer perfil de este breve homenaje a AGUSTÍN GORDILLO, en el tomo 6 condensó “El método en derecho” y “La administración paralela” (2012) ingresando en la profundización de su vocación docente.

Así se ocupó de:

Los objetivos del aprendizaje, hablar y escribir sobre el derecho; el trabajo creativo del abogado, ¿hay algo que se pueda enseñar o aprender?; los problemas del docente, del alumno y de la facultad; los métodos y sus requisitos mínimos de seriedad y de aprendizaje y objetivo particular.

Se detuvo en el análisis de los documentos, expedientes de enseñanza; dossiers, método problemático, análisis de textos normativos; análisis de fallos; análisis de casos; el derecho aplicable al caso, el método en un caso de derecho concreto y las etapas de la decisión creativa del caso. También, de las formas de estimular la creatividad; cómo nacen y se registran ideas creativas, redacción creativa de lo escrito; reelaboración de los escritos; escrito elaborado en el plazo de gracia de las dos primeras horas.

Profundizó sobre la clase magistral y clase activa como enseñanza aplicada al derecho y a grupos; dinámica de grupos, intercambio de experiencias e imaginación, autorregulación grupal, exceso de ansiedad ante la carencia de soluciones oficiales del profesor; cierre del trabajo grupal por el docente, entrevistas, mesas redondas, panel, exposición dialogada o clase activa, pequeño grupo de discusión, phillips 66, cuchicheo, estudio de casos, juego de simulación, torbellino de ideas, pecera o acuario, seminario, entrevista, microenseñanza.

Ingresó en otros métodos de investigación y enseñanza, visitas, gestiones, entrevistas, entrevista profesional y plan de actividad del curso, tales como programación previa del grupo, de evaluaciones, prueba anónima, evaluación cruzada, alegato de oreja, evaluación de proceso, y enfrentó las necesidades de las adaptaciones del estudiante, resistencia al cambio, ansiedad, trabajo grupal en clase, evaluación del trabajo, evaluación grupal, facilismo y la adaptación del docente con resistencia al cambio, viendo al docente joven, al docente formado.

Propuso guías metodológicas para el grado y el posgrado, tales como guía para una nota a fallo, guía para la escritura partiendo de la idea de que para

escribir primero hay que saber leer, y definió el estilo en las citas y el plagio como el peor de los pecados, junto a la ignorancia de citar a un plagiario.

En el estudio del método de la enseñanza del derecho fue profundo, en especial, porque ningún profesor, y menos de derecho administrativo, abordó y aportó tantas soluciones.

En “La administración paralela” nos enfrentó con la realidad de la gestión demostrando el nacimiento de parasistemas, economía oficial y subterránea; procedimiento formal e informal, el lenguaje y metalenguaje, la moral paralela y la doble personalidad. Finalmente, describió la participación como control social del sistema y de los parasistemas.

En definitiva, AGUSTÍN GORDILLO a lo largo de sus casi 65 años de vida profesional académica, enfrentó todos los desafíos y todas las realidades jurídicas, y en especial del Derecho Administrativo, pero nos legó su clara visión del derecho administrativo y la economía, la consolidación de los derechos humanos y la supranacionalidad de los tratados dentro del derecho administrativo y la ejemplaridad del método y la enseñanza del derecho, no sólo durante el periodo estudiantil sino aun después, durante toda la vida profesional y académica de jurista.

Tres pilares esenciales de un Jurista con todas las letras como fue y sigue siendo el maestro innovador, AGUSTÍN GORDILLO.

“LOS HECHOS, SIEMPRE LOS HECHOS”

POR MERCEDES AVELDAÑO¹

SUMARIO: 1. El maestro. – 2. El método en derecho y los hechos del caso. – 3. La aplicación de esta doctrina en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia ambiental. El caso “Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/Jujuy, Provincia de y otros s/amparo ambiental”. – 4. Los hechos del caso, siempre los hechos. – 5. El principal desafío: lograr un desarrollo sustentable de los procesos de exploración y explotación del litio.

1. *El maestro*

El Dr. AGUSTÍN GORDILLO fue un hombre extraordinario y un jurista eximio, vanguardista, dueño de una creatividad, lucidez y agudeza pocas veces vistas en los claustros universitarios. Su amplísima trayectoria como académico en el ámbito nacional e internacional (por señalar algunos antecedentes sobresalientes, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de La Plata, Profesor asociado de las Universidad de París I y París, Profesor Honorario o Doctor *honoris causa* de distintas universidades en Argentina y América Latina y miembro del Directorio del European Public Law Center), abogado, Magistrado de la Corte Administrativa de la Organización Europea de Derecho Público, Presidente de los Tribunales Administrativos del BID y de la OEA, y Magistrado de los Tribunales Administrativos del FMI, ONU y la OIT; reflejan la talla del gran administrativista. Asimismo, fue autor de numerosas obras de Derecho Administrativo que resultan de indispensable consulta para cualquier alumno, abogado, funcionario o magistrado a la hora de resolver casos de derecho administrativo².

Curioso e innovador, me lo imagino hoy, en su oficina, leyendo los artículos de este libro y consultándole al chat GPT, qué dice sobre él. En su nombre, por supuesto, le pregunté y me contestó: “*Agustín Alberto Gordillo es un reconocido*

¹ Abogada, Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (Universidad de Buenos Aires, tesis en elaboración), Profesora Adjunta en la Maestría en Planificación Urbana y Regional de la Facultad de Arquitectura Diseño y Urbanismo (U.B.A.), ex integrante de la Carrera Docente en la Facultad de Derecho (U.B.A.) en la Cátedra de Derecho Administrativo del Dr. Agustín Gordillo.

² Sobre el particular se puede consultar el CV del Dr. Agustín Gordillo en el sitio web: www.gordillo.com

jurista argentino, especializado en Derecho Administrativo. Es considerado una de las figuras más influyentes en el campo del Derecho Administrativo en América Latina, particularmente en Argentina. A lo largo de su carrera, Gordillo ha sido un referente en la materia, tanto en la enseñanza como en la práctica jurídica (...) El enfoque de Gordillo se caracteriza por su rigurosidad técnica y por un profundo análisis de las relaciones entre el derecho y la administración pública, especialmente en el ámbito de las garantías y derechos de los ciudadanos frente al poder estatal. Esto incluye la crítica y reflexión sobre el funcionamiento de las instituciones públicas y la aplicación de los principios constitucionales al ejercicio del poder administrativo...”.

Para mí, él siempre será mi maestro de derecho administrativo, a quien debo junto con la Dra. DANIELE, mi vocación, mi camino profesional y hasta mis amigos más cercanos. Mi eterno agradecimiento al gran AGUSTÍN GORDILLO.

2. El método en derecho y los hechos del caso

El Dr. GORDILLO postuló que el método adecuado para resolver los casos en el derecho estaba compuesto por tres etapas metodológicas sucesivas: 1º) la indagación y análisis de los hechos, 2º) luego el análisis de las valoraciones que nos genera la situación de que se trate (aspectos emotivos, principios axiológicos, morales, religiosos) que nos podría inducir a un cierto enfoque para solucionar el caso, sin que nosotros lo advirtiésemos; por lo cual subrayaba que era aconsejable que los valores que introdujésemos no fuesen producto de una reacción instintiva “*sino trasvasados a través de una reflexión puntual, antes de estudiar las normas en detalle*”³, y 3º) finalmente, la aplicación de las normas. En sus propias palabras “*1º) Se debe primero ver los hechos, 2º) y luego buscar una solución justa o valiosa en el marco de los grandes principios jurídicos, 3º) para recién al final analizar la norma menor y construir la decisión*”⁴.

En ese marco, desarrolló como una de sus más importantes máximas “*el análisis de los hechos del caso*”.

Así reiteradamente ha sostenido en sus obras que “*‘Todo depende de los asuntos’ y son los hechos los ‘que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva’; ‘el alcance de una regla y, por lo tanto su sentido, depende de la*

³ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 6, El método en derecho, capítulo VII “Pereyra. El método en un caso de derecho: hechos, valoraciones, normas”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2012, 10º edición, página VII.4.

⁴ Gordillo, Agustín, obra citada en la nota precedente, página VII.13.

determinación de los hechos’. Estos se determinan necesariamente a través de la prueba, correspondiendo entonces a los intérpretes del derecho, sean estos los abogados, los funcionarios o el conjunto de empleados, funcionarios y magistrados que integran cada órgano jurisdiccional, como primera medida y antes de ver el derecho, detenerse en ‘verificar si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para autorizar la medida’ pues ‘el control de legalidad supone que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente y las sanciones se ajusten a su texto’; ‘la justicia de la solución del caso concreto deriva de la dilucidación verdadera de los hechos y el derecho en él involucrados’”⁵

En el mismo sentido, sintetizó, siguiendo la tradición oral de la Procuración del Tesoro de la Nación, que “*‘Una vez bien estudiados los hechos y expuestos ordenadamente, está resuelto el 98% del problema’*”⁶.

Estas ideas, tan certeras como todas sus reflexiones, eran revolucionarias cuando resonaban en las aulas de la facultad y muy comentadas entre quienes éramos estudiantes; acostumbrados a asistir a clases magistrales en que durante horas se reflexionaba sobre la naturaleza jurídica de los institutos que se explicaban y el análisis de los debates en torno a las distintas escuelas que propiciaban diferentes categorizaciones para un mismo instituto.

Su novedosa posición partió de un sustrato filosófico que el Dr. GORDILLO explicó a todos los que quisieran escucharlo, en cada una de sus clases, “*el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos y que los principios de valoración y de orden que se extraen de la ley son siempre descubiertos y contrastados en una problemática concreta, ‘de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico’*”⁷.

Desde esta concepción del derecho y asumiendo que tampoco puede hallarse la certeza de la verdadera solución indiscutible de un caso de derecho, concluyó con POPPER en que “*los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia*”⁸. Así, “*No hay reglas, hay casos. Dicho de otra manera, la única regla es que no hay ninguna regla (...)* ‘*Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados*’

⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 2, La Defensa del Usuario y del Administrado, capítulo I “La prueba de los derechos”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2009, 9ª edición, páginas I.1-I.2.

⁶ Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, capítulo III “Los hechos del caso. Hecho y prueba”, página III.5, publicado en el sitio web: www.gordillo.com

⁷ Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, capítulo citado en la nota precedente, página III.3.

⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, capítulo I “El método en derecho”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2009, 10ª edición, página I.3.

*esto es grandes principios. Son los hechos, a la luz de los grandes juicios de valor del derecho, los que dan la solución del caso. Ni siquiera un caso 'igual' anterior 'soluciona' el siguiente; no sólo porque 'la corroboración no es un valor veritativo' sino porque habrá al menos un tiempo distinto, una persona diferente"*⁹.

3. *La aplicación de esta doctrina en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia ambiental. El caso "Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/Jujuy, Provincia de y otros s/amparo ambiental"*

Este caso presenta una reiterada línea de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en materia ambiental procura conocer en profundidad la plataforma fáctica del caso de forma previa a una decisión, aun cuando en la hipótesis, se trata de una tutela cautelar.

Diversas comunidades aborígenes, entre las ellas la Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos iniciaron una acción de amparo contra las Provincias de Salta y Jujuy y el Estado Nacional, en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de que se ordene a los demandados: a) suspender todos los actos administrativos que promueven y autorizan la exploración y explotación de litio y borato en la Cuenca Salinas Grandes que abarca ambas jurisdicciones y a realizar una gestión ambiental conjunta de la Cuenca Hídrica de Salinas Grandes, a fin de prevenir el daño grave e irreversible que provocará la minería de litio y borato en el sistema hídrico compartido por ambas provincias; b) que las demandadas lleven adelante una gestión integral de la cuenca Salinas Grandes - Guayatayoc que garantice el cuidado del ambiente; c) que se efectúe una línea de base de la cuenca y luego la Evaluación de Impacto Ambiental adecuadas para el ecosistema y la actividad en cuestión, que deberá ser acumulativa para cada petición de exploración minera en la superficie de la zona; o adoptar las medidas que el tribunal estime necesarias y suficientes para proteger el ambiente.

Solicitaron como medida cautelar que se ordene a ambas provincias abstenerse de otorgar cualquier permiso administrativo de cateo, o exploración y explotación minera en la zona de riesgo en cuestión, especialmente referidas a litio y borato, así como también que se suspenda la ejecución de los permisos ya otorgados hasta tanto se dictase sentencia definitiva en autos.

En síntesis, esgrimieron que las autoridades de los niveles provincial y nacional y empresas involucradas no realizaban una adecuada evaluación de los impactos ambientales; que se carecía de línea de base ambiental de la cuenca y

⁹ Gordillo, Agustín, obra citada en la nota precedente, página I.4.

que no se consideraba la acumulación de proyectos ni la unicidad del recurso. Invocaron, según reza el fallo de la CSJN, que se avanzaba en una actividad sin previsiones ambientales y sin haber efectuado ni implementado una gestión integral de la cuenca, lo cual lesiona, con arbitrariedad manifiesta el derecho al medio ambiente sano, a la vida, al agua y a la autodeterminación.

En ese marco, el máximo Tribunal, a fin de obtener un conocimiento cierto de la causa, como de las dimensiones económicas y ambientales que podría irrogar la decisión a tomarse, dictó una amplia medida probatoria previa a la resolución de la medida cautelar solicitada.

Entonces requirió: a) al Estado Nacional (Secretaría de Minería de la Nación) que informe y acompañe copia de todas las actuaciones vinculadas a la exploración y/o explotación de litio y borato en las provincias de Jujuy y Salta y las empresas y/o consorcios vinculados a las mismas y las proyecciones económicas de tal actividad; b) a la Provincia de Salta, que presente copia de todas las autorizaciones de permisos de exploración y explotaciones mineras otorgadas por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable y/o Juzgado Administrativo de Minas o la autoridad administrativa que haya intervenido; de las actas de audiencias públicas convocadas y celebradas a tal fin; de los recursos, impugnaciones, denuncias recibidas contra dichas autorizaciones y/o frente a las situaciones de permisos mineros; que informe detalladamente y acompañe todas las actuaciones relativas a los aspectos ambientales relevados en cada uno de esos supuestos; c) a la Provincia de Jujuy para que presente copia de todas las autorizaciones de permisos de exploración y explotaciones mineras otorgadas a por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable y/o el Juzgado Administrativo de Minas o la autoridad administrativa que hubiese intervenido; de las actas de audiencias públicas convocadas y celebradas a tal fin, de los recursos, impugnaciones, denuncias recibidas contra dichas autorizaciones y/o frente a las situaciones de permisos mineros; que informe detalladamente y acompañe todas las actuaciones relativas a los aspectos ambientales relevados en cada uno de esos supuestos. Ello debía cumplirse en el plazo de treinta (30) días.

Así, si bien no se expidió en torno a la tutela solicitada, mientras se colectan las pruebas solicitadas, inició un camino en la dirección correcta. Vale subrayar que el máximo tribunal fundó el pronunciamiento en la importancia de la tutela de las cuencas hídricas. Además ponderó el principio *in dubio pro natura*, que implica que, en caso de duda, en todos los procesos ante tribunales u órganos administrativos, debe resolverse de manera tal que se favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales e impidiendo acciones cuyos efectos adversos fuesen desproporcionados o excesivos. Luego, aplicó el *in dubio pro agua*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas

del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos¹⁰.

Finalmente, aportó una visión dirimente en la materia ambiental relativa a lo que aquí tratamos, ya que consideró que, como custodio de las garantías constitucionales y con fundamento en la Ley General del Ambiente, puede disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir, o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

4. *Los hechos del caso, siempre los hechos*

Efectivamente, la exploración y explotación del litio constituye un asunto de suma importancia para el desarrollo de la Argentina tanto en la actualidad como en las próximas décadas.

No es novedoso que en los últimos años comenzó un fuerte incremento del precio mundial del litio como consecuencia de la mayor demanda para abastecer sus diversos usos tanto en las industrias más tradicionales como vidrios, cerámicas, lubricantes o plásticos; como para la fabricación de baterías de dispositivos electrónicos, como smartphones, aparatología médica o de electromovilidad.

Esto representa una oportunidad para Argentina, que tiene un gran potencial para el desarrollo de esta explotación y que ya se posicionó como el cuarto productor mundial de litio, detrás de Australia, Chile y China¹¹.

Ahora bien, la fuente principal de litio se encuentra en los salares de la Puna, a unos 4000 metros sobre el nivel del mar, en áreas con climas áridos y paisajes desérticos.

Para resumir un recorrido complejo en pocas líneas diremos que el proceso por el cual se extrae se basa en someter a sucesivas etapas de evaporación a la salmuera extraída del salar, lo que tiene lugar en piletas en las que se agrega cal para precipitar sales de sodio, potasio y magnesio, entre otras; hasta alcanzar el contenido del litio. Luego, el procesamiento de compuestos de litio continúa en una planta industrial a fin de lograr la pureza que se pretenda¹².

La extracción de salmueras se realiza a partir de bombeos de los primeros 50-200 metros de profundidad. Las salmueras son acumuladas en pozas solares, a efectos de concentrar los contenidos de litio de las soluciones salinas, aprove-

¹⁰ Ello no resulta novedoso en el criterio de la CSJN que ya había reconocido la importancia de las cuencas hídricas en el caso "Majul"; Fallos 342:1203.

¹¹ Secretaría de Minería de la Nación, *Informe Litio*, publicado en www.argentina.gob.ar.

¹² Proceso descrito en el informe citado en la nota precedente.

chando la alta radiación solar de la región. Las salmueras se mantienen en esas pozas durante 18-24 meses hasta que se incremente la concentración de litio varias veces los contenidos originales¹³. La velocidad en que se produce la evaporación depende de la composición química de la salmuera; como también de los factores climáticos.

En Sudamérica hay una región conocida como el Triángulo del litio que concentra aproximadamente el 65% de este elemento en el mundo¹⁴. Comprende el área que está delimitada por el Salar de Uyuni (Bolivia), el Salar de Atacama (Chile) y el Salar del Hombre Muerto (Argentina)¹⁵. En los tres países las reservas del mineral se originan en salmueras.

Sin embargo, cada uno de estos países han adoptado distintas políticas públicas para regular la extracción y explotación de litio. En el caso de Bolivia, efectuó una división de la industria en dos partes; a saber: la primera, abarca desde los estudios del salar hasta la extracción de sales para un primer procesamiento de carbonato de litio y la segunda, que aborda el uso del producto como insumo para la elaboración de baterías. En la primera etapa tiene competencia exclusiva el Estado Boliviano (Yacimientos de Litio Bolivianos); mientras que en la segunda, se permite que YLB tenga un socio. Por su parte, Chile declaró al litio como recurso estratégico, por lo cual el Estado puede exigir a las empresas extractivas que parte del proceso de valor agregado de la materia prima se realice en el territorio nacional¹⁶.

En actualidad en la Argentina se producen dos variantes, el cloruro de litio y el carbonato de litio que se destina al mercado externo; proyectos íntegramente desarrollados por empresas privadas, y solo sujetos a la regulación estatal en lo referido al otorgamiento de las concesiones de los permisos de exploración y explotación mineros.

En cuanto al impacto económico, debe ponderarse que el desarrollo de esta actividad tiene lugar en áreas muy alejadas de las grandes urbes, en donde los salarios son bajos y escasa la demanda laboral¹⁷.

¹³ Información extraída del artículo “Litio: un tesoro escondido en la Puna Argentina”, publicado por “Investiga”, agencia de noticias de ciencia y tecnología de la Universidad Nacional de La Plata, que puede ser consultado en <https://unlp.edu.ar/investiga/especiales/litio-17104-22104/>.

¹⁴ Conf. surge del informe de la Secretaría de Minería de la Nación ya citado.

¹⁵ De la Hoz, Mauro, Martínez, Verónica Rocío y Vedia, José Luis, “El litio: desde los salares de la Puna a nuestros celulares”, publicado en el repositorio institucional digital del CONICET, puede ser consultado en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/2588>.

¹⁶ Conf. se desprende del informe ya citado de la Secretaría de Minería de la Nación y del artículo “Litio: un tesoro escondido en la Puna Argentina”, ya referenciado.

¹⁷ Conf. surge del informe de la Secretaría de Minería de la Nación ya mencionado.

5. *El principal desafío: lograr un desarrollo sustentable de los procesos de exploración y explotación del litio*

Ciertamente la expansión del mercado internacional del litio ha impactado en numerosas e importantes inversiones extranjeras en todos los países que componen el triángulo del litio, lo que puede implicar también el mayor desarrollo de tecnologías limpias.

Sin embargo, el método de extracción empleado ya descrito importa una pérdida de grandes cantidades de agua en zonas extremadamente áridas, lo que puede significar un peligro para ecosistemas frágiles ubicados a casi 4000 metros de altura. Asimismo se ha alertado sobre el riesgo de: salinización del agua dulce, disminución o cese del ciclo de evaporación, salinización de los suelos provocados por filtraciones de aguas con alta concentración de sales¹⁸.

Se ha advertido que *“lo más importante de este ambiente consiste en la delicadeza de su equilibrio natural. El fenómeno más intenso es la evaporación que ocurre de manera constante todo el año () Las precipitaciones escasas y fuertemente localizadas en la zona alta representan el único aporte de agua a la cuenca, de modo que, el sistema se encuentra casi permanentemente bajo un estrés hídrico, que amenaza interrumpir los ciclos de circulación”*¹⁹. De modo que se trata de ecosistemas vulnerables y que, simultáneamente, tienen gran valor para las economías locales ya que las comunidades dependen de ellos para la cría de ganado y agricultura, base de su alimentación.

La Cuenca Salinas Grandes se extiende entre el Sur de la Provincia de Salta y la Provincia de Jujuy y está compuesta por diez (10) subcuencas que aportan a los núcleos de Guayatayoc y Salinas Grandes. *“Estas subcuencas se mantienen en las condiciones climáticas actuales, por las escasas precipitaciones, principalmente estivales y de gran intensidad producidas en forma de nieve o granizo en los cordones montañosos de mayor altitud, mientras que, en los sectores de menor altura suelen, especialmente en el sector oriental, producirse lluvias torrenciales”*²⁰. De su conservación depende el mantenimiento de la biodiversidad del área; su flora y fauna característicos.

El planteo judicializado ante la Corte pone en juego serias cuestiones am-

¹⁸ Viacava, Clara, Rodríguez Altamirano, Lara, “Proceso de extracción del Litio y recuperación del agua”, publicado en el repositorio institucional de la Universidad Católica Argentina. Puede ser consultado en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/16856/1/proceso-extraccion-litio.pdf>.

¹⁹ Viacava, Clara y Rodríguez Altamirano, artículo ya citado.

²⁰ Visich, María C., Camacho, M. “Comportamiento hidrológico de una cuenca endorreica, en la Puna septentrional argentina”; disponible en <https://fcf.unse.edu.ar/archivos/publicaciones/codinoa-2013/trabajos/tierra/19-visich.pdf>.

bientales (cuya tutela emerge en forma directa del artículo 41 de la Constitución Nacional) que se presentan entrelazadas con el derecho de los pueblos originarios, a ser debidamente informados y consultados, de manera previa, a la emisión de permisos para la exploración y explotación de litio en las áreas circundantes a los territorios que habitan; así como comprende su derecho a la impugnación de la decisión que consideren ilegítima.

Justamente, en el reciente Acuerdo de Escazú²¹, se previó el deber de los Estados Partes de garantizar el derecho de acceder a la información ambiental de acuerdo con el principio de máxima publicidad, a cualquier interesado, especialmente a quienes se encuentren en condiciones de situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas y comunidades locales. Los Estados tienen, inclusive, el deber de asistirlos para formular sus peticiones y obtener respuesta²².

Asimismo, dicho Tratado prevé la obligación de las entidades estatales de asegurar la participación del público desde las etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las observaciones sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos. A tal efecto, como mínimo debe proporcionarse información, de manera oportuna y comprensible, de al menos: a) el tipo o naturaleza de la decisión ambiental de que se trate y, cuando corresponda, en lenguaje no técnico; b) la autoridad responsable del proceso de toma de decisiones y otras autoridades e instituciones involucradas; c) el procedimiento previsto para la participación del público, incluida la fecha de comienzo y de finalización de este, los mecanismos previstos para dicha participación, y, cuando corresponda, los lugares y fechas de consulta o audiencia pública; y d) las autoridades públicas involucradas a las que se les pueda requerir mayor información sobre la decisión ambiental de que se trate, y los procedimientos para solicitar la información²³.

Este instrumento internacional es claro en el amplio reconocimiento del

²¹ Conf. Ley 27.566.

²² Así está expresamente previsto en el artículo 5°, inciso 4). Además en el artículo 7°, los incisos 10) y 11) prevén que cada Estado “... establecerá las condiciones propicias para que la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales se adecúe a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público”; y que cuando el público hablara idiomas no oficiales, la autoridad debe facilitar la comprensión y participación. El inciso 14 de la misma norma, reza que: “...Las autoridades públicas realizarán esfuerzos para identificar y apoyar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación...” y puntualiza que “cada Parte garantizará el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales” (conf. art. 7, inciso 15).

²³ Conf. artículo 7°, inciso 6) del referido Acuerdo.

derecho de acceder a la información ambiental de modo previo a la toma de decisiones ambientales; a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a reclamar ante los tribunales judiciales por el goce del derecho al medio ambiente sano. Y, justamente, se ha valorado muy especialmente en distintas cláusulas la situación de los pueblos originarios, que en muchos sitios de América Latina habitan en áreas naturales protegidas o circundantes a aquellas²⁴.

La resolución del caso también deberá abordar aspectos vinculados con el derecho de los pueblos originarios de ser protegidos, a través de las medidas que resulten efectivas, en cuestiones vinculadas con sus tierras comunitarias, los recursos naturales de su entorno y su cultura²⁵.

Este caso que aún no ha sido resuelto por la CSJN pone en tensión el paradigma de desarrollo de la actividad de exploración y explotación del litio y su necesaria compatibilización con el respeto al ambiente sano. A tal fin las múltiples medidas probatorias ordenadas por el máximo tribunal procuran esclarecer cuáles son los impactos ambientales de estas obras en la cuenca en cuestión. Indudablemente, el derecho al ambiente sano se encuentra indivisiblemente unido con el acceso al agua; sin la cual sería imposible la vida ni ninguno de los medios de subsistencia necesarios.

Asimismo, se puso en tela de juicio la validez de cualquier autorización librada por el Poder Ejecutivo de las Provincias para la exploración y explotación del litio cuando no ha tenido lugar un proceso de participación público frente a las comunidades.

Finalmente, cabe subrayar que los procesos de participación, en las instancias previas a la toma de decisiones de emplazar obras que generan impactos en materia ambiental en áreas naturales cercanas a comunidades de pueblos originarios, tienen el rol fundamental de permitir instancias de diálogo para respetar su cosmovisión y cultura. Ciertamente, en una instancia posterior, como el proceso judicial, el juez, posee amplias facultades para instruir el proceso ambiental y escuchar a las partes en audiencia, a fin de arribar a una solución más adecuada para el conflicto, ponderando la posición de las partes y los bienes en juego. En esa línea la CSJN, en juicios en trámite ante sí en instancia originaria ha convocado a múltiples audiencias a las partes en función de la complejidad del caso ambiental que se someta a su análisis, y de la utilidad que pudiese tener.

²⁴ Conf. artículos 5° y 7° ya citados.

²⁵ Conf. artículo 4° de la Convención 169 de la OIT.

LA IMPORTANCIA INSTITUCIONAL DE UNA DEFINICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

POR OSVALDO HÉCTOR BEZZI¹

SUMARIO 1. Introducción. – 2. Acotamiento del concepto de acto administrativo: la postulación doctrinaria de los meros pronunciamientos, las notas y el problema de su calificación como actos administrativos. Gravitación de la construcción de Mairal en la clásica definición de Agustín Gordillo. – 3. Definiciones propuestas en la doctrina. – 4. Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico del acto administrativo. Conclusiones.

1. *Introducción*

Escribimos sobre este tema, pues el maestro argentino AGUSTÍN GORDILLO aportó con su gran rigor metodológico y capacidad heurística, una definición de acto administrativo que hizo escuela. La pérdida física de su vida ha afectado profundamente el mundo jurídico, lo sentimos mucho, pero su vida jurídica continúa en la monumental obra que trasciende el territorio argentino, la cual es y será fuente continua de consulta; un jurista que ha luchado contra la inmunidad del poder por el Estado de Derecho con sus instituciones republicanas; por ello, la doctrina le tributa un justiciero homenaje².

2. *Acotamiento del concepto de acto administrativo: la postulación doctrinaria de los meros pronunciamientos, las notas y el problema de su calificación como actos administrativos. Gravitación de la construcción de Mairal en la clásica definición de Agustín Gordillo*

En cuanto al análisis del universo de actos que puede traer aparejado el ejercicio de la función administrativa, la doctrina ha considerado la escasa utili-

¹ Abogado, Profesor de “Evolución histórica del Derecho Administrativo” y “Teoría del acto administrativo” en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

² Sobre la obra de Agustín GORDILLO, resulta muy ilustrativa la presentación que efectuara Carlos A. BOTASSI, en “*Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Agustín A. GORDILLO*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2.003, ps. 9/14. En otro orden, agradezco la colaboración de Guillermo RIZZI.

dad de construir una noción amplia de acto administrativo, es decir, una teoría y un régimen unitario que comprenda la heterogénea actividad propia de aquella función administrativa, dadas las consecuencias jurídicas que ello pueda implicar³, principalmente fundadas en los caracteres y la fugacidad de los plazos de caducidad que el régimen jurídico asigna al acto administrativo. Como ha ponderado BENOIT, los actos jurídicos realizados en ejercicio de una competencia legal «*tendrán en la generalidad de los casos, consecuencias sobre los particulares*»⁴. En la doctrina italiana, RENATO ALESSI⁵ – y ante la noción amplia que hizo escuela de RANELLETTI y ZANOBINI – sostuvo la posibilidad de realizar una teoría principal del acto administrativo o “central”, y teorías parciales destinadas a comprender distintas especies de actos administrativos.

En el derecho administrativo argentino, HÉCTOR A. MAIRAL postula una interpretación estricta, no expansiva de la noción de acto administrativo, advirtiendo que en razón de la estrecha interrelación que existe entre la definición, los efectos y la caducidad del acto administrativo, un acto gravemente viciado podría quedar firme: “*De allí entonces que una concepción amplia del acto administrativo expanda estas consecuencias a gran parte del obrar de la Administración limitando paralelamente la protección jurídica de los particulares a ese respecto. De allí también, entonces, la conveniencia de precisar cuidadosamente los límites de la noción, excluyendo conductas estatales que no merecen gozar de los atributos del acto administrativo no obstante presentar ciertas similitudes con él.*”⁶. Ello es así, pues como reflexiona el autor, las definiciones demasiado amplias pueden

³ MAIRAL, Héctor A., “*La influencia italiana en la definición argentina del acto administrativo: los problemas que resultan de no haber seguido más fielmente el modelo*”, publicado en Revista del Derecho Administrativo N° 111, mayo-junio, 2.017, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 263 y ss.; FORSTHOFF, Ernst, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Instituto de Estudios Políticos, traducción de los profesores Legaz Lacambra, Garrido Falla y el señor Gómez de Ortega y Junge, Madrid, 1.958, p. 279 y ss.

⁴ BENOIT, Francis Paul, “*El Derecho Administrativo Francés*”, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1.977, traducción Rafael Gil Cremades, ps. 674.

⁵ Ver ALESSI, Renato, “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, Traducción de la Tercera Edición Italiana por Buenaventura Pellisé Prats, T° I, Editorial Bosch, Barcelona, 1.970, p. 251.

⁶ La noción de “mero pronunciamiento administrativo”, propiciada por Héctor A. MAIRAL tiene como finalidad evitar las graves consecuencias jurídicas que pueden derivar de una actuación estatal calificada como acto administrativo (en particular, la ejecutoriedad, así como el problema de la firmeza, la que origina una “metástasis jurídica” de impugnaciones). En tal sentido, dicho autor discrimina del régimen de los actos administrativos a aquellas decisiones que, si bien fijan la posición del Estado, carecen de entidad para alterar la relación jurídica sustancial; a lo expuesto, agrega: “*De lo contrario resultaría que toda expresión de voluntad emanada de la Administración Pública tendría efectos análogos a los de una sentencia judicial de primera instancia. La interpretación expansiva de la ley de procedimientos administrativos vendría así a habilitar, de manera genérica, tal asimilación. [...] Se hace necesario, pues precisar el tipo de efectos que debe pro-*

producir consecuencias imprevisibles: “...particularmente cuando, como ocurre en nuestra cultura jurídica, se intenta extraer consecuencias jurídicas de las definiciones”⁷. En este orden de consideraciones, con relación al concepto de acto

ducir la actuación administrativa para adquirir el carácter de verdadero acto administrativo. [...] Toda restricción de derechos impuesta por la Administración debe apoyarse por ley específica, no siendo admisible interpretar la Ley de Procedimientos Administrativos como conteniendo una habilitación genérica para imponer obligaciones o restringir derechos de los particulares.”, ver MAIRAL Héctor, A. en “Los Meros Pronunciamientos Administrativos”, en la Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel Santiago Marienhoff, *Derecho Administrativo*, Director Juan Carlos CASSAGNE, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1.998; BEZZI, Osvaldo Héctor, “*La Teoría del Acto Administrativo: consideraciones acerca de la producción científica en torno a dicha institución, en Temas de Derecho Administrativo en honor al Prof. Agustín A. Gordillo*”, Librería Editora Platense, Director Carlos A. BOTASSI, 2.003, La Plata, ps. 81 y 135/138; MAIRAL, Héctor, A. “*Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos)*”, Res Pública, Argentina, 2.011 - 1 y 2. Sin embargo, en criterio de Carlos F. Balbín, el concepto de meros pronunciamientos no tiene sustento claro en el ordenamiento jurídico federal; ver “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Primera Edición, T° 3, Editorial LL, 2.010, Buenos Aires, ps. 36/37. Entendemos que mientras se generalice la aplicación de los plazos de caducidad la teoría de los meros pronunciamientos representa una construcción útil, a fin de evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva se torne ilusorio. En cuanto al derecho público provincial, cabe destacar la Ley de Procedimiento Administrativo de la provincia de Mendoza N° 9.003/17, que en su artículo 28 ha receptado la figura de los meros pronunciamientos, desconociendo los caracteres propios de los actos administrativos, y eliminando la carga impugnatoria; ver SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “*Algunos aspectos de la nueva ley de procedimiento administrativo de la provincia de Mendoza*”, publicado en RDA N° 125, septiembre-octubre 2.019, ps. 837, 840/841; el estudio de Ernesto N. BUSTELO y Guadalupe SIMONE CAJAL, “*Incorporación de la figura de los meros pronunciamientos en la ley de procedimiento administrativo de Mendoza y la necesidad de su reconocimiento por vía interpretativa en los distintos regímenes vigentes en nuestro país*”, en RDA N° 139, 2.022, p. 243. En el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo para la provincia de Buenos Aires, elevado en el mes de noviembre de 2.019 al Poder Ejecutivo provincial por la Comisión para el Estudio de la Reforma del Decreto-Ley 7.647/70 y sus modificatorias, creada por medio del Decreto N° 661/2017, en cuanto a los meros pronunciamientos, en su artículo 143 se determinó: “*Los actos que carecen de habilitación legal específica o que no reúnen las condiciones necesarias para proyectar efectos jurídicos aptos respecto de una relación jurídica material, serán considerados meros pronunciamientos administrativos. La parte interesada no está sujeta a la carga impugnatoria pero podrá optar por la vía que estime necesario utilizar.*”.

⁷ MAIRAL Héctor A., “*La influencia italiana en la definición argentina del acto administrativo: Los problemas que resultan de no haber seguido más fielmente el modelo*”, ob. cit.; ver asimismo las consideraciones expuestas por parte del profesor Guido Santiago TAWIL en la obra colectiva “*Acto Administrativo*”, Cátedra de Derecho Administrativo, Guido Santiago TAWIL Director, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.012, Capítulo IX, “*El Concepto de Acto Administrativo*”, especialmente p. 123 y ss., en donde se exponen los problemas que originan una excesiva ampliación del concepto de acto administrativo, así como la doctrina que expresa una línea de reducción conceptual del mismo.

administrativo es dable expresar que también en el derecho comparado la tendencia actual resulta ser la de acotar el campo de aplicación⁸. Como anticipara ERNST FORSTHOFF en oportunidad de efectuar un análisis de la definición de acto administrativo: “*No constituye ninguna ventaja que este concepto se extienda ilimitadamente.*”⁹.

De acuerdo con estas ideas, la clásica noción de acto administrativo aportada originariamente por AGUSTÍN GORDILLO terminó por reflejar las consideraciones de MAIRAL sobre los meros pronunciamientos administrativos, ajustando la definición en este sentido: “*Una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa apta para producir efectos jurídicos individuales en forma inmediata.*”¹⁰. En tal orden de conceptos, hay que precisar cuándo un acto administrativo reúne las condiciones para producir efectos jurídicos sustanciales y cuándo sólo fija la posición del órgano, es decir una mera decisión que puede producir, a opción del destinatario, efectos jurídicos procesales. En consecuencia, HÉCTOR A. MAIRAL, con la finalidad de acotar el concepto de acto administrativo ante la aplicación generalizada del plazo de caducidad y, en consecuencia, evitar un debilitamiento de la defensa en juicio de las personas afectadas, recurre a la noción de potestad administrativa, la distingue del concepto de función administrativa, que cubriría toda la actividad, sea que los actos estén sujetos al derecho público o al derecho privado; procura así evitar que cualquier agente subalterno, de baja categoría escalafonaria emita actos administrativos. El mencionado jurista propone su definición de acto administrativo que adopta – expresa él – la de AGUSTÍN GORDILLO: “*Declaración unilateral realizada en ejercicio de una potestad administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.*”¹¹

De conformidad con lo expuesto, se propicia el acotamiento de la figura

⁸ BOCANEGRA SIERRA, Raúl, “*Lecciones sobre el Acto Administrativo*”, Segunda Edición, Thomson Civitas, 2.004, Madrid, p. 23 y ss.; así como en “*La Teoría del Acto Administrativo*”, Primera Edición, Editorial IUSTEL, Madrid, 2.005, ver Prólogo y capítulo I, ps. 17 y ss.; GARCÍA LUENGO, Javier, “*La Nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*”, Civitas, Madrid, 2.002, p. 42. Sin embargo, Juan Carlos CASSAGNE observa críticamente la posición de un sector de la doctrina española que sigue la tesis de Mayer, pues en su concepto: “...*deja sin sustento la regulación de los vicios subjetivos de la voluntad.*”, ver “*El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*”, Editorial L.L., Buenos Aires, 2.013, Prólogo y en la 4 Edición Actualizada, Thomson Reuters, L.L., 2.021, Colaborador Juan Carlos SANGUINETTI, p. 23.

⁹ FORSTHOFF, Ernst, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.958, p. 279 y ss.

¹⁰ GORDILLO, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº 3, 9 Edición, 2.007, Capítulo IV-31/32; cabe destacar que el citado jurista destina cuatro capítulos de su obra con el objeto de llegar a su clásica definición de acto administrativo.

¹¹ MAIRAL, Héctor, A., “*Hacia Una Noción Más Acotada del Acto Administrativo (Donde Se*

con la finalidad de evitar las graves consecuencias jurídicas que se producen cuando el mismo adquiere el estado de firmeza por el transcurso de un fugaz plazo de caducidad. Ahora bien, ¿cuál es, en los hechos, el principal problema? Podríamos sintetizarlo con estos conceptos de Ramón Parada: “*El acto administrativo, cuando es firme y consentido por el transcurso de los plazos de impugnación o por cualquier otra circunstancia procesal, aunque sea nulo de pleno derecho, aparece revestido de las características de la santidad de la cosa juzgada, propia de las sentencias ya inapelables.*”¹². La situación descrita se agrava en aquellas oportunidades en las que la Administración procede a instrumentar comunicaciones, que en rigor no deben ser consideradas actos administrativos en sentido estricto; que habitualmente lucen imperfecciones de orden formal y de fondo. De esa forma, sin haberse cumplido, generalmente, con un *iter* procedimental integral, mediante cartas, notas o cédulas se comunican criterios o posiciones de la Administración, cual si fueran verdaderas decisiones (aptas por ello para producir consecuencias jurídicas substanciales), originando que se produzca la metástasis de impugnaciones que metafóricamente ha descrito con elocuencia HÉCTOR A. MAIRAL. En la provincia de Buenos Aires, la S.C.B.A desde hace más de dos décadas se pronunció sobre este orden de cuestiones¹³, entendiendo que una nota, aún con formato de misiva mediante la cual se exterioriza una decisión por parte de la autoridad, constituye una peculiar forma de dictar un acto administrativo, pues reúne, en uno sólo, el acto decisorio y el acto de notificación; no obstante ello, sobre esta práctica el máximo tribunal provincial ha considerado necesario, a los fines que tengan esas notas similares características a las previstas para los actos administrativos, que no se haya perjudicado el derecho de defensa del particular y que además tengan: “...una causa, una motiva-

Explica Cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios)”, ob. cit., p. 48.

¹² PARADA, Ramón, “*Derecho Administrativo*”, Parte General, Cuarta Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1.992, p. 195. En el fallo de la CNCont.-adm.Fed., Sala III, setiembre 1-1.981 – Giménez Voga, Clara c. Comité Federal de Radiodifusión-, en lo pertinente se pronunció en estos términos: «Pese a que la ley 19.549 distingue entre actos administrativos “nulos de nulidad absoluta e insanable” y actos “anulables”, cuando determina los plazos dentro de los cuales pueden impugnarse judicialmente, no efectúa distinción o salvedad alguna» «Si bien la ley 19.549 habla de “actos nulos de nulidad absoluta e insanable”, en ninguna parte dice que sea impre-scriptible, o que judicialmente puedan ser anulados de oficio».

¹³ SCBA, Causa B. 55.365, “Gazagne, René Cristóbal c/Municipalidad de Saavedra s/Demanda Contencioso Administrativa”, de fecha 22 de marzo del año 2.000; Causa B. 48.616, “Tambone y Cía. Ingeniería S.R.L. c/Municipalidad de Pebujó s/Demanda Contencioso Administrativa”, de fecha 4 de octubre del año 1.994 y Causa B. 60.558, “González, Juan Carlos c/Banco de la Prov. de Buenos Aires s/ Demanda Contencioso Administrativa”, de fecha 6 de febrero del año 2.002.

ción y un objeto”, y que el órgano decisorio resulte ser competente¹⁴. Es dable señalar que, tratándose de actos de gravamen, de contenido desfavorable para el destinatario, aparece como irrazonable, arbitrario, asignarle o reconocerle a esas notas las consecuencias jurídicas propias de todo acto administrativo.

Se aprecian también otras prácticas que pueden originar una situación jurídica de indefensión del ciudadano; en tal sentido, por ejemplo, cuando no se indican los recursos administrativos procedentes¹⁵, e incluso la práctica común de entender que los dictámenes que han sido notificados con un escueto “conforme” o “visto bueno” emitido por la autoridad con competencia decisoria, producen los efectos propios de un acto, cuando en todo caso debiera ser entendida como una mera expresión de la posición de la Administración (MAIRAL), sin que por ello pueda ser considerado un verdadero acto administrativo que produzca efectos jurídicos sustanciales¹⁶. Vinculado con este orden de

¹⁴ Sobre la imperfección formal de estas notas, ver el estudio de CHRISTE, Graciela E., “*Notas Decisorias y Notas Notificadoras*”, publicado en la obra colectiva “*Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y Otras Fuentes del Derecho Administrativo*”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2.009, p. 575 y ss.; al respecto, la citada autora, en lo pertinente ha dicho: “...*el informalismo o formalismo moderado opera como principio morigerador a favor de los particulares; de allí que no podría ser alegado por la propia Administración para evitar el cumplimiento de los requisitos esenciales del debido proceso.*”. Dicha especie de documentos ha sido receptada por parte de la Procuración del Tesoro, en tal sentido, ver Julio R. COMADIRA con Laura MONTI (Colaboradora), “*Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada*”, Tº I., L.L., 2.002, Buenos Aires, p. 189, en donde se cita la *Revista Dictámenes* 196:116; a su vez, en el Dictamen N° 109/2011 del 29 de junio del año 2.011, publicado en la *Revista Dictámenes* 277:290, dicho órgano sostuvo: “*Una nota suscripta por autoridad competente, que brinda conformidad o hace referencia a los dictámenes que le anteceden, comporta un acto administrativo que, notificado al interesado, abre la instancia procesal recursiva administrativa (conf. Dict. 196:116). La nota de la Administración que hace saber al destinatario la decisión de la misma, reúne la condición de ‘acto decisorio’ y la de ‘acto de notificación’. Reúne estos dos aspectos, ya que es una declaración de voluntad administrativa y porque además, comunica, hace saber al particular interesado dicha declaración. La impugnación de tal acto sólo es procedente por la vía recursiva prevista en el Título VIII del Reglamento de Procedimientos Administrativos (conf. Dict. 255:578).*”.

¹⁵ En el orden nacional, la Ley de Bases N° 27.742 prescribe con relación a la notificación, que deberá hacerse saber al interesado los recursos administrativos y el plazo dentro del cual deben articularse, en su caso, si el acto agota la instancia administrativa, recaudos cuya omisión determinarán la invalidez e ineficacia de la notificación (artículo 25 que se incorpora como artículo 1 bis inc. G, III, de la Ley 19.549).

¹⁶ Ver, en general, el estudio crítico de MUÑOZ, Ricardo Alberto (h), “*La Notificación del Dictamen: ¿Acto Preparatorio o Acto Administrativo Tácito?*”, Nota a Fallo de la Cámara Contencioso Administrativa de Mar del Plata del 9 de julio del año 2.010 en la causa “G.C., J. H.G. C. Poder Judicial”, publicado en Suplemento de Derecho administrativo de la *Revista Jurídica L.L.* (Director Agustín GORDILLO) del día 9 de febrero de 2.011; asimismo, ver las consideraciones efectuadas en el estudio de GOROSTEGUI, Beltrán, “*El Dictamen Jurídico Administrativo*”, E.D., Colección

cuestiones, cabe ponderar que la recepción de la figura del acto tácito, aplicada en materia de actos de gravamen, constituiría una práctica reñida con el principio de la buena fe, que vulnera los principios que nutren al procedimiento administrativo, e impropia de un Estado de Derecho. La SCBA ha fijado una buena doctrina considerado que «ante la sola manifestación de conformidad del Intendente» con la opinión del dictamen: “*En rigor, para que exista acto administrativo, éste tiene que haber sido dictado por el órgano competente a través del procedimiento establecido al efecto, tener un contenido ajustado al ordenamiento jurídico y una finalidad adecuada al mismo, contener expresión de los motivos que fundaron la decisión habida cuenta que resuelve un recurso y además haber adoptado la forma de decreto en razón de ser el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Villa Gesell el órgano con competencia resolutoria final, de quien debe emanar el acto (conf. arts. 103, 106 y 108 inc. ‘b’ de la Ordenanza General 267).*”¹⁷

3. Definiciones propuestas en la doctrina¹⁸

«**Acte Administratif.** C’est ou un arrêté, ou une décision de l’autorité administrative, ou une action, ou un fait d’un administrateur qui a rapport à ses fonctions»¹⁹.

Académica, Primera Edición, 2.010, Buenos Aires, ps. 76/79 y 102; (Prólogo de Pedro J.J. COVIELLO).

¹⁷ SCBA, Causa 59.559, “Álvarez Sabas, Roberto c/Municipalidad de Villa Gesell s/Demanda Contencioso Administrativa”, de fecha 27 julio del año 2.005; ver especialmente el voto del Sr. Juez, Dr. Juan Carlos Hitters.

¹⁸ De acuerdo al juicio de Ernst FORSTHOFF: “*Pero el acto administrativo es un concepto teleológico, que tiene que servir a ciertos fines. No constituye ninguna ventaja que este concepto se extienda ilimitadamente.*”; expresa el jurista alemán que el concepto tiene su origen primordial en la ciencia, correspondiendo que su elección se funde en la experiencia y no sea: “...un concepto apriorístico que pudiera inferirse de consideraciones abstractas.”, en FORSTHOFF, Ernst, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, ob. cit., parágrafo 11. – El Acto Administrativo, especialmente p. 279/280. A su vez, como ha dicho Agustín A. GORDILLO: “*Pero si bien la discusión acerca de cómo dar una definición de acto administrativo carece de proyecciones dogmáticas, ello no significa que sea totalmente intrascendente dar uno u otro concepto, ya que de la mayor o menor perfección y precisión del mismo dependerá la facilidad y utilidad con que se lo podrá manejar luego.*”, en GORDILLO, Agustín A., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, T° 1, Parte General, 10 Edición, FdDA, Prólogo de Jorge A. SÁENZ, Capítulo X; y del mismo autor y obra, T° 3, ob. cit., Capítulos I/IV. Como se señala en la lógica, una definición no debe ser circular, es decir, no debe contener directa ni indirectamente aquello cuya definición se pretenda, no debe ser formulada de manera negativa, no debe ser expresada en un lenguaje oscuro o figurado y debe manifestar las características principales del objeto a definir; en este sentido, ver la obra de COHEN, Morris y NAGEL Ernest, “*Introducción a la Lógica y al Método Científico*”, T° II, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1.983, ps. 38 y ss.

¹⁹ “*Acto administrativo es toda disposición, una decisión de la autoridad administrativa, o una*

En el mundo del Derecho administrativo, resulta cita obligada la definición de acto administrativo que continuando una estela que abriera ORESTE RANELLETTI, adoptara el jurista GUIDO ZANOBINI, quien conceptualizó a la figura como: “*Cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, cumplida por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa.*”²⁰. En esta definición, los actos administrativos se concretan, no sólo en una declaración de “voluntad” o una decisión (tal el caso de las autorizaciones, órdenes, prohibiciones, etc.), sino que la declaración puede tener un contenido más amplio, y así abarcar certificaciones, apreciaciones, juicios, informes, etc., los que, para un sector mayoritario de la doctrina italiana se los ha calificado como “*meros actos administrativos*”. En la posición del maestro italiano, se destaca la incorporación de la figura de la potestad administrativa, de gran trascendencia en el derecho público italiano, con el aporte que efectuara SANTI ROMANO²¹. Dicho instituto acarrea la habilitación jurídica para crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas. Sin embargo, esta definición que gravitó en el derecho español en maestros como FERNANDO GARRIDO FALLA²² y

acción, o un hecho del administrador con relación a sus funciones.”, MERLIN, M., *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence*, Troisième Edición, Tome Premier, 1.807, p. 65.

²⁰ ZANOBINI, Guido, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Volumen Primero, Parte General, traducción de la quinta Edición Italiana por Héctor MASNATTA y actualizada con la sexta edición por Francisco Humberto PICONE, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1.954, Buenos Aires, ps. 310/313. El eminente autor aceptó sustancialmente, con alguna modificación, la definición aportada por Oreste RANELLETTI en su “*Teoría Degli Atti Amm. Speciali*”, Milán: Giuffrè, 1.947, p. 3, según la cual acto administrativo sería: “...una declaración concreta de voluntad, de opinión, de juicio, de ciencia, del Estado o de otro sujeto del derecho público administrativo.”; a diferencia de Guido ZANOBINI, Oreste RANELLETTI consideró a los reglamentos como actos administrativos generales, ver RANELLETTI, Oreste, “*Istituzioni di Diritto Pubblico*”, Parte I, Dott A Giuffrè Editore, Milano, 1.947, p. 249.

²¹ Por todos, ver de ROMANO, Santi, “*Fragments de un Diccionario Jurídico*”, Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Maríno AYERRA REDÍN, Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Buenos Aires, 1.964, Voz Poderes. Potestades, ps. 297 y ss., en donde el autor desarrolla en paralelo un concepto de los poderes jurídicos, distinguiéndolo de otras figuras subjetivas, especialmente respecto de la del derecho subjetivo. Héctor A. Mairal, en sus estudios ha insistido respecto de la necesidad de la existencia de una habilitación legislativa específica de la potestad para el dictado de un acto administrativo, en MAIRAL Héctor A., “*Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios)*”, publicado en Revista Res Pública Argentina, 2.011-1 y 2, Buenos Aires, 2.011, y del mismo autor “*La Influencia Italiana en la Definición Argentina del Acto Administrativo: Los Problemas que Resultan de no Haber Seguido Más Fielmente el Modelo*”, publicado en RDA N°111, mayo-junio, 2.017, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 263 y ss.

²² GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Volumen I, Parte General, Décima Edición, 1.987, Editorial Tecnos S.A., Madrid, p. 380. La gravitación de la definición de Zanobini en el derecho español es referida en el estudio de Alejandro NIETO “*Las consultas a*

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA²³, ha sido observada por su excesiva amplitud, ya que termina por comprender como actos administrativos aún a aquellas declaraciones no productoras de efectos jurídicos directos como, por ejemplo, un dictamen. De esta manera, en el derecho administrativo español autores como SANTIAGO MUÑOZ MACHADO²⁴ le han endilgado a esta concepción un apartamiento de la tradición europea de la “*décision exécutoire*” postulada por Maurice Hauriou y, en particular, la que en el derecho alemán efectuara OTTO MAYER²⁵, quien le asignara al acto una particularidad característicamente reguladora, excluyendo así, a las declaraciones de conocimiento y de juicio. Se ha advertido que una concepción tan amplia: “...difumina el régimen jurídico de los actos y la propia coherencia de la teoría del acto administrativo.”²⁶. Es dable

la Administración: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente, en REDA N° 8, 1.976, Madrid. En dicho estudio Nieto advierte que la influencia del autor italiano rompió la “...tradición de una de las autoridades más respetadas entre nosotros, Fernández de Velasco, quien en 1.929 – y nada menos que con el aval de Hauriou y el apoyo de la doctrina alemana – excluía a las consultas de los actos administrativos, al no tener cabida en su definición de éste como «declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas» (El acto administrativo, página 15). Por otro lado, el concepto italianizante no parece encajar fácilmente en el sistema de la Ley de Procedimiento Administrativo...”.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial L.L., 2.006, Volumen I con notas de Agustín GORDILLO, Primera Edición Argentina, ps. 550/554.

²⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Volumen IV, Primera Edición, Iustel, 2.011, ps. 28 y ss. La definición que aportara Otto Mayer a fines del siglo XIX se mantiene en lo sustancial en el derecho alemán actual, así en el parágrafo 35 de la ley Federal de Procedimientos Administrativos, norma que agrega la figura del acto administrativo general no normativo. Ver las consideraciones expuestas por Guido Santiago TAWIL, en su estudio “El Concepto de Acto Administrativo”, publicado en la obra colectiva “Acto Administrativo”, Cátedra de Derecho Administrativo, Guido Santiago TAWIL Director, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.012, Capítulo IX, ps. 123 y ss.

²⁵ “Derecho Administrativo Alemán”, T° I, Parte General, 2da. Edición, traducción de la edición francesa por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1.982, p. 126. Juan Martín COLOMBO, ha abordado la delimitación del concepto del acto administrativo y destacado la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia que procura [“...situar al acto administrativo en un lugar similar al que corresponde al provvedimento amministrativo de la doctrina italiana, la *décision exécutoire* del derecho francés, o el acto regulador del derecho alemán...”], en su estudio “El concepto y los caracteres del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (Revista aDA Ciudad, Diciembre /2016); trabajo efectuado en el marco de las jornadas Italo-Argentinas de Derecho Administrativo, Octava Edición, realizadas en la Università Mediterránea, en Reggio Calabria, Italia, los días 28 y 29 de octubre de 2.016.

²⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Volumen IV, Primera Edición, ob. cit., p. 31, quien expone las observaciones críticas

observar que la clasificación de raigambre italiana que contempla los llamados “*meros actos administrativos*”, que comprende las declaraciones de conocimiento y juicio, se superpone en parte – en la medida o en los casos que se trate de actos que no produzcan efectos jurídicos directos – con los llamados en nuestro derecho administrativo, “*actos de administración*”.

Como se adelantara, en el derecho italiano el concepto de acto administrativo ha sido desarrollado en forma amplia o genérica – y en un sentido estricto el *provvedimento*-, comprendiendo un conjunto heterogéneo de actos. Por ello, cuando se adopta una noción amplia, reiteramos lo expresado por RENATO ALESSI²⁷, en el sentido que no resulta útil construir una teoría unitaria del acto administrativo, en cambio, sí desarrollar la que podría ser entendida como una teoría principal o central entre las teorías parciales de las distintas especies de actos administrativos, de forma que las teorías menores, que se referirían a categorías menores, se presentarían como meras teorías complementarias, ocupando la teoría central el denominado acuerdo o “*provvedimento*” administrativo²⁸. Como nos recuerda HÉCTOR A. MAIRAL, la figura del “*provvedimento*” de la doctrina italiana, según el juicio de MASSIMO SEVERO GIANNINI es: “...*el acto administrativo por excelencia.*”; como ha dicho SANDULLI, es la categoría más importante y fundamental en la clasificación de los actos administrativos²⁹.

efectuadas por Raúl BOCANEGRA SIERRA y Javier GARCÍA LUENGO; es fundado, como ha dicho Bocanegra Sierra, que un concepto amplio carece de sentido práctico y puede ser un “adorno académico” perturbador. Agregamos que análoga dirección se manifiesta en autores como MEILÁN GIL, José Luis, “*El Acto Administrativo como Categoría Jurídica*, en *Categorías Jurídicas en el Derecho Administrativo*”, Ed. Iustel, Madrid, 2.011, Cap. V, 1ª edición, p. 112; BOQUERA OLIVER José María, “*Estudios Sobre el Acto Administrativo*”, Sexta Edición, Civitas, 1.990; Alejandro HUERGO LORA, “*Recensión al libro «Lecciones sobre el Acto Administrativo» de Raúl BOCANEGRA SIERRA*, Revista Española de Derecho Administrativo N° 113/2002, Civitas, Madrid, p. 48; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “*Lecciones de Derecho Administrativo 2, Acto y Procedimiento Administrativo*”, Madrid. Barcelona, 2.001 y PARADA, Ramón, “*Derecho Administrativo, Parte General*”, T° I, Cuarta Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.992, ps. 92 y ss.

²⁷ Ver ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 251; ver MAIRAL Héctor, A., “*Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios)*”, ob. cit., en el que el destacado jurista, como resulta habitual en sus estudios, motiva a la reflexión respecto de las disfunciones existentes en el sistema jurídico.

²⁸ Ver COLOMBO, Juan Martín, “*El concepto y los caracteres del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, ob. cit.

²⁹ MAIRAL Héctor, A., “*Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios)*”. Al respecto, SANDULLI, Aldo, M., ha dicho que el *provvedimenti amministrativi* constituye la categoría más importante y fundamental en la clasificación de los actos administrativos, en “*Manuale di Diritto Amministrativo*”, XV Edizione, Jovene Editori, 1.989, al cuidado de la profesora María

Podría apreciarse que en el derecho administrativo argentino esa concepción amplia efectuada por la doctrina italiana (no por cierto la del provvedimento administrativo) influyó en la construcción que realizara BARTOLOMÉ FIORINI, quien calificó como especie de acto administrativo público a la actividad interna del poder administrador, es decir, los llamados actos de administración³⁰. Por su parte, MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF, al analizar los alcances de la actividad administrativa admitió la categoría de los actos de administración, aunque diferenciándola de la noción de acto administrativo. En este orden de conceptos postuló como definición de acto administrativo: “...*toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico.*”³¹, señalando que dicha definición se asemeja a la propuesta por el tratadista italiano MASSIMO SEVERO GIANNINI: “*Pronunciamiento de autoridad administrativa en ejercicio de potestad propia (o administrativa).*”³². De las ideas aportadas precedentemente por el

Alessandra SANDULLI, Napoli, p. 607 y ss., especialmente 610/611; en cuanto a las consecuencias jurídicas del *provvedimento*, Rodolfo Carlos BARRA, ha destacado la doctrina de Massimo S. GIANNINI, señalado como nota característica la imperatividad y la potestad para ejecutarlo, en BARRA, Rodolfo Carlos, “*Derecho Administrativo*”, Tº 2, Editorial Astrea SRL - Ediciones Rap SA, Buenos Aires, 2.018, ps. 33/34.

³⁰ FIORINI, Bartolomé A., “*Teoría Jurídica del Acto Administrativo*”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.969, ps. 19 y ss. En la misma orientación, la doctrina de José Antonio GARCÍA TREVIJANO, en su obra “*Los Actos Administrativos*”, Ed. Civitas S.A., Primera Edición, 1.986, prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, p. 214. Esta línea doctrinaria se advierte también en el pensamiento de Eduardo García de Enterría, quien entendió poco útil la expulsión de estos actos respecto del concepto de acto administrativo. Con relación a los actos internos, y en otro orden, Beltrán GOROSTEGUI entiende que la categoría acto de administración resultaría inadecuada para abarcar al dictamen jurídico, pues considera que los efectos de éste trascienden a los particulares, encuadrándolo dentro del género actos jurídicos: “...*el dictamen no produce efectos jurídicos directos inmediatos sobre derechos sustanciales, sino efectos jurídicos directos e inmediatos sobre el procedimiento.*”, en su obra “*El Dictamen Jurídico Administrativo*”, publicado en E.D., Colección Académica, Primera Edición, 2.010, Buenos Aires, p. 76; oportunamente, ha dicho Pedro J. J. COVIELLO: “...*el dictamen jurídico sigue pareciendo en nuestra realidad como un pariente pobre entre los elementos esenciales del acto administrativo, en la faz del procedimiento. La falencia se la debemos [...] a la propia Corte, que le quitó relevancia a su carencia en el procedimiento, aplicando la doctrina nefasta de la subsanación.*”, en el Prólogo de la obra antes citada; en la jurisprudencia de la SCBA, se ha rechazado la teoría de la subsanación ante la omisión del dictamen en diversas causas (p. ej. “Club Estudiantes de La Plata”; “Pardini”); sobre el dictamen jurídico hemos efectuado algunas consideraciones en el estudio “Los Actos de la Administración: la figura del Dictamen Jurídico”, Revista Derechos en Acción, Año 3, N° 9, Primavera 2.018, ps. 148-166.

³¹ MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº II, 1.975, 2ª Edición, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 260.

³² MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº II, ob. cit., p. 262. Dicha similitud fue oportunamente destacada por Héctor A. MAIRAL, no obstante haber señalado la

maestro argentino podría sostenerse que dicha definición tendría cierto acotamiento, sin embargo, es dable poner de relieve que el campo de aplicación del concepto de acto administrativo en su sistemática es amplio, pues comprende diversas manifestaciones de la actuación administrativa (v. gr.: el acto administrativo bilateral, respecto del cual el contrato administrativo sería una de sus expresiones, quizás la más significativa³³ – en este aspecto también siguió dicha dirección JUAN CARLOS CASSAGNE³⁴ –, el reglamento, la ordenanza, así como el hecho o acción material que traduzca indubitable e inequívocamente la voluntad de la Administración pública al ejercer atribuciones públicas³⁵). Cabe seña-

posibilidad de efectuar otra interpretación, en el sentido de admitir una potestad genérica de emitir actos administrativos, independientemente de la existencia de una ley que le otorgue una potestad específica, teniendo en cuenta que Miguel S. MARIENHOFF consideraba al poder de mando como un poder innato de la Administración; ver MAIRAL, Héctor A., “*Hacia una Noción más Acotada del Acto Administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos)*”, ob. cit., p. 20; también cabe ponderar que aquel maestro entendía a la ejecutoriedad como una nota natural del acto administrativo, por lo cual, si para poner en ejecución un acto no era requisito la existencia de una habilitación legal específica, cabe inferir que menos necesario aún sería dicho requisito para el mero dictado de un acto administrativo, ver MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº II, ob. cit., ps. 374/377.

³³ MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº III-A, Contratos Administrativos. Teoría General, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 39. En sentido discrepante, DIEZ, Manuel María, “*Derecho Administrativo*”, Tº III, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1.967, Capítulo Único, especialmente ps. 18/22.

³⁴ La consideración del contrato administrativo como acto administrativo bilateral se sostiene en la construcción jurídica de Juan Carlos CASSAGNE, principalmente en su obra “*Derecho Administrativo*”, Tº II, Quinta Edición, ob. cit., ps. 48/49, habiendo sido seguida por otros maestros, como Pedro J. J. COVIELLO en su artículo “*El Contrato Administrativo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, en AA. VV, Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1.999 y María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “*Acto Administrativo y Contrato Administrativo*”, ob. cit. En general, cabe sostener que gran parte de la doctrina argentina ha calificado al contrato administrativo, como un acto administrativo de especie bilateral.

³⁵ En la ley de Procedimientos Administrativo de la provincia de La Pampa, Ley N° 951 del año 1980 se recepta la doctrina de Marienhoff sobre el concepto de acto administrativo en los artículos 33, 34, 36 y 40, de conformidad con los cuales: **Artículo 33.** – *Acto administrativo es toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico*; **Artículo 34.** – *Considérase, asimismo, acto administrativo el hecho o acción material que traduzca indubitable e inequívocamente la voluntad de la Administración Pública, en ejercicio de sus atribuciones jurídico – públicas. En tal supuesto, ese hecho o acción material se rige por las mismas reglas que gobiernan a los actos administrativos, en cuanto les sean aplicable*; **Artículo 36.** – *Los contratos que celebre la Provincia, y los permisos que otorgue – cualquiera fuere su especie –, se regirán por sus respectivas leyes o disposiciones especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas de este Título sobre actos administrativos uni-*

lar que en el orden nacional, la construcción de MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF sobre el acto administrativo se incorporó de modo sustancial en el Título III del Decreto Ley N° 19.549/72; siendo dable advertir la gravitación de su doctrina, especialmente en el texto originario de los artículos 7° (especialmente en el inciso b.), 14, y particularmente en el 15, en cuanto dicho artículo fue producto del llamado método estructuralista³⁶, mediante el cual se entiende que si la irregularidad, omisión o vicio que afecte al acto administrativo no llega a impedir la existencia de alguno de los elementos esenciales, el vicio del acto será subsumido dentro de la categoría de la anulabilidad (según el texto incorporado por la ley 27.742, se lo sustituye en lo pertinente por la categoría de la nulidad relativa, sin conceptualizar a dicha irregularidad por un vicio que no llega a impedir la existencia de alguno de los elementos esenciales). Ahora bien, el último párrafo del artículo 7°, tanto en la redacción primigenia como en la posterior, dio lugar a interpretaciones disímiles en cuanto a la consideración del contrato como acto administrativo; actualmente, con la reforma que la “*Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*” (N° 27.742) produjo en la normativa nacional, surge evidente que no se ha receptado la teoría del acto administrativo bilateral³⁷, pues se ha suprimido el último párrafo del inciso f)

laterales y bilaterales, si ello fuere pertinente.”, y “**Artículo 40.** – *En los actos administrativos bilaterales, los administrados deben actuar con la correspondiente capacidad.*”.

³⁶ Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “*La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*”, con Prólogo de Fernando GARRIDO FALLA, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1.972, especialmente p. 208; propiciado, entre otros, por Oreste RANELLETTI, Guido ZANOBINI y Miguel S. MARIENHOFF.

³⁷ Como ha recordado Oscar A. Cuadros, puede tenerse presente lo sostenido por uno de los redactores del proyecto que fuera finalmente el Decreto Ley N° 19.549, el Dr. Héctor J. Escola, quien consideró: “*El contrato administrativo tiene una individualidad propia y queda desligado de la noción de acto administrativo, la cual tiene un contenido concreto y específico.*”, en CUADROS, Oscar A., “*El Acto Administrativo como Acto Jurídico*”, publicado en la obra colectiva “*Cuestiones de Acto Administrativo. Reglamento y otras Fuentes de Derecho Administrativo*”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2.009, ps. 55/56. En cambio, la destacada jurista Laura Monti sostiene que los contratos administrativos constituyen una especie de acto administrativo bilateral, y expresa que la ley Nacional de Procedimientos Administrativos establece la aplicación directa de las normas sobre elementos, caracteres, etcétera, a los contratos, en MONTI, Laura, “*La Teoría Jurídica del Acto Administrativo*”, publicado en Revista Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, N° 267-268, España, 2.003-2.004, ps. 249 y ss. Es indudable que el contrato administrativo en su vida jurídica (tanto en su gestación como en su devenir) vive rodeado de actos administrativos, para lo cual resulta de aplicación la normativa de procedimientos administrativos; pero, no obstante ello, si se hubiera receptado en dicho decreto ley la construcción sobre el acto administrativo bilateral, no hubiera bastado la exclusiva alusión a la competencia efectuada en el inciso a) del artículo 7°, sino que también debería haberse previsto, tal lo acontecido en la ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de la Pampa, Ley N° 951,

del citado artículo. No obstante ello, la reforma introdujo al artículo 23 de la ley 19.549 una importante regulación respecto de los llamados actos administrativos contractuales; en tal sentido, los actos administrativos dictados durante la ejecución del contrato, que hayan sido cuestionados por el contratista en forma expresa dentro de los treinta (30) días de serles notificados, podrán ser impugnados judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta (180) días – sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan – de la extinción del contrato, sin resultar necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial, “o la denegatoria expresa o tácita de ese cuestionamiento, durante dicha ejecución”. De esta manera se procura evitar una litigiosidad prematura³⁸.

AGUSTÍN GORDILLO enunció un concepto más estricto del acto administrativo, en el sentido que el mismo se caracteriza como aquella declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, apta para producir efectos jurídicos individuales en forma inmediata; y en relación al contrato ha entendido que dicha figura es: “...una construcción demasiado específica y con sus complejidades propias, como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos administrativos.”³⁹, puntualizando que son mayores las diferencias que sus similitudes. Asimismo, su definición no comprende a los actos de alcance general (tengan o no carácter normativo)⁴⁰. Consideramos

la intervención del administrado que se reflejaría en la estructura del acto administrativo, así como la regulación de la capacidad de los particulares (ver artículos 37 y 40 de la citada ley); puede verse el estudio de BEZZI, Osvaldo Héctor, “*La Teoría del Contrato Administrativo y el Derecho Administrativo. Su Relación con el Acto Administrativo*”, publicado en Revista de Derecho Público. Contratos Administrativos, Director Tomás HUTCHINSON, Volumen II, Rubinzal Culzoni Editores, 2.007, Santa Fe, ps. 183 y ss.

³⁸ La teoría de los actos administrativos coligados o enlazados ha sido especialmente desarrollada por Rodolfo C. BARRA en su libro “*Los actos administrativos contractuales*”. Ed. Ábaco de Rodolfo De Palma, Buenos Aires, 1.989, estudio que también aborda la relación acto-contrato en la doctrina italiana.

³⁹ GORDILLO, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, T° 3, ob. cit., Capítulos I, II, III y principalmente IV; José Roberto DROMI ha seguido, en lo sustancial esta definición, puede verse su obra “*El Acto Administrativo*”, Estudios de Administración Local, Madrid, 1.985, especialmente ps. 14/15. Son varias las leyes de procedimiento de la República Argentina que se han plegado a dicha definición, por ejemplo, y entre otras, la riojana, mendocina, neuquina y salteña; ver la obra colectiva “*Manual de Derecho Administrativo*”, Ismael FARRANDO (H.) y MARTÍNEZ, Patricia Raquel, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1.996, “*El Acto Administrativo*”, de BUJ MONTERO, Mónica; Carlos A. BOTASSI y Miguel H. E. OROZ, “*Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Decreto - Ley 7647/70 y Ordenanza General 267/80*”, Segunda Edición Corregida, Actualizada y Ampliada, Librería Editora Platense, La Plata, 2.011, Capítulo XIV, ps. 93 y ss.

⁴⁰ Agustín A. Gordillo, al examinar el régimen jurídico nacional sostiene que para el derecho

que en la definición propuesta por el maestro argentino gravitó la doctrina alemana, acentuando no sólo la nota de la unilateralidad, sino también la de la necesidad de que los efectos jurídicos emerjan del propio acto⁴¹. Como dijo Mairal, a esta definición «*le cupo la suerte de todas las clásicas, que es ser repetida por otros autores sin comillas, como si fuera una idea recibida y sempiterna, sin autor conocido*»⁴²; el empleo de la noción de función administrativa ha sido – como se ha ponderado por MAIRAL – por razones metodológicas, pues en su obra dicha noción constituye la síntesis conceptual que comprende a los distintos contenidos del derecho administrativo.

Cabe expresar que, como es sabido, el universo de definiciones aportado por la doctrina es vastísimo⁴³. Ello, fundado en que cada autor ha pretendido

administrativo argentino no es dable realizar una distinción entre el reglamento y el acto administrativo general, en GORDILLO, Agustín A., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº 3, ob. cit., capítulo IV-18/20. En Argentina, Tomás Hutchinson junto con Carlos M. Grecco, oportunamente promovieron la investigación de la distinción entre los actos administrativos generales no normativos y los reglamentos, al respecto puede verse, HUTCHINSON, Tomás, “*Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*”, Tº I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.985, ps. 446 y ss., y Tº II, ps. 559/563 y GRECCO, Carlos M., en “*Impugnación de Disposiciones Reglamentarias*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.988, Capítulo II.; la consideración de la existencia de la categoría “*acto administrativo general no normativo*” se remonta a los estudios de Richard THOMA en su obra “*Der Polizeibefehl im badischen Recht*”, Tº I, Tübingen, 1.906, p. 63 y ss., citado por Ernst FORSTHOFF, en su “*Tratado de Derecho Administrativo*”, ob. cit., p. 285 y nota 14, en los que se refirió a las características de la orden de policía en el derecho de Baden, y fuera especialmente tratado en la tesis doctoral de Dieter Volkmar; a ello cabe agregar que los aportes sobre las categoría objeto de análisis provienen de la doctrina alemana e italiana, con posterior recepción en la española (Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, “*Actos Administrativos Generales y Reglamentos - Sobre la Naturaleza de la Convocatoria de Oposiciones-*”, RAP 40, Madrid, 1.963, ps. 225 y ss.); puede verse la exhaustiva tesina de OVIEDO, Laura, “*Los Reglamentos Singulares en el Derecho Administrativo actual*”, publicado en E.D., Diario Administrativo del 31 de marzo y 27 de abril del año 2.011.

⁴¹ Puede verse nuestro estudio “*La Teoría del Acto Administrativo: Consideraciones Acerca de la Producción Científica en Torno a Dicha Institución*”, ob. cit., ps. 84/85.

⁴² “*Hacia una noción más acotada del acto administrativo...*”, ob.cit., ps. 19/20

⁴³ Parágrafo o Art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo alemana, por el que se reserva el concepto de acto administrativo a aquéllos que producen efectos jurídicos inmediatos; si bien se comprende en la noción como acto administrativo general, la disposición general no reglamentaria; seguidamente transcribimos un conjunto de definiciones, algunas de las cuales pueden ser consideradas como clásicas: RANELLETTI-ZANOBINI: “*Toda declaración concreta de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, cumplida por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa*” (*Teoría degli atti amministrativi speciali*, Giuffrè, Milán, 1.945, y en *Curso de Derecho administrativo*, Volumen I, Parte General, traducción de la 5ta. Edición, por Héctor MASNATA, p. 311). Esta concepción sobre el acto administrativo ha sido seguida por Fernando GARRIDO FALLA (aunque este último comprende a los reglamentos como actos administrativos); también se advierte su influencia en el concepto propuesto por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA; por su lado, GARCÍA PULLÉS, Fernando, “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, Segunda

aportar su noción en la materia. Si bien es cierto que pueden reconocerse líneas

Edición, Abeledo Perrot, 2.020: “...una declaración de voluntad o conocimiento de un órgano en ejercicio de función administrativa, unilateral o integrada en un acto bilateral, que produce efectos jurídicos particulares o generales externos a la Administración Pública, sometido a un régimen jurídico exorbitante de los principios del derecho privado”, ps. 235/236. BALBÍN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº III, Primera Edición, Editorial LL., Buenos Aires, 2010, p. 3: “El acto administrativo es una declaración unilateral de alcance particular dictado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas que produce efectos jurídicos directos e inmediatos sobre terceros.”. BOQUERA OLIVER, José María: “Acto administrativo es, pues, la declaración de voluntad que crea unilateralmente e impone consecuencias jurídicas a un sujeto o sujetos por presumirse, con presunción *iuris tantum*, su legalidad.”, en “Estudios sobre el acto administrativo” ob. cit., p. 18. CASSAGNE, Juan Carlos: “...toda declaración de voluntad proveniente de un órgano estatal producto de potestades pertenecientes a la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen administrativo típico de Derecho público que produce efectos jurídicos individuales y directos con relación a los administrados destinatarios del acto.”, también resulta ser un defensor de la teoría del acto administrativo bilateral, en “El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico”, Primera Edición, Editorial LL., Buenos Aires, 2012, ps. 160/161, y en la 4ª Edición actualizada (Colaborador Juan C. SANGUINETTI), ob. cit., ps. 158/159. COMADIRA, Julio: entiende por acto administrativo toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros, en J.A. D.A., noviembre 6 de 1.996, “Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo” y en “Acto Administrativo Municipal”, Deplama, 1.992, Bs. As., ps. 6/17, Prólogo del Dr. Rodolfo C. BARRA; DIEZ, Manuel María: “Toda declaración unilateral de un órgano del Poder Ejecutivo en ejercicio de una función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros”, en “Derecho administrativo”, Tº II, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1.965, p. 204. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana: “El acto administrativo es la resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en ejercicio de poder público para un caso concreto”, en “Derecho Administrativo”, 6ta. Edición, Madrid, 1994, p. 322. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: “Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizado por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”; se comprende dentro del concepto de acto administrativo a los actos de alcance general no normativos, y a los llamados actos de procedimientos; en cambio, se excluye del concepto a los reglamentos, los supuestos contractuales y a los actos materialmente administrativos de los otros poderes, “Curso de Derecho Administrativo”, Tº I, ob. cit., ps. 536/540; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “Derecho administrativo español”, Tº II, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1.988, “...acto de un poder público sujeto al Derecho administrativo, de carácter unilateral y no normativo”, p. 96; GORDILLO, Agustín, “Una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa apta para producir efectos jurídicos individuales en forma inmediata”; la declaración comprende tanto a la decisión como a la certificación (atestación o conocimiento) y al juicio (u opinión productora de efectos jurídicos directos); la definición no abarca como acto administrativo a los actos de alcance general, ya sean de carácter normativo o no, asimismo, excluye a los contratos (“Tratado de Derecho Administrativo”, Tº III, ob. cit., Capítulo IV-43); LANDI, Guido y POTENZA, Giuseppe, “Manuale di Diritto Amministrativo”, Volumen 4 de Manuali Giuridici, Sesta Edizione, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1.978, Milán, p. 197, se expide en el sentido que “è qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di

comunes o principales seguidas por los tratadistas, lo cierto es que en cada caso

conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio d'una potestà amministrativa". MARIENHOFF, Miguel S.: "Por acto administrativo ha de entenderse toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico" (se comprende en ella a los reglamentos, a los contratos, y de acuerdo con su teoría del acto administrativo bilateral, a los supuestos de actos dictados a pedido del particular), en "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 260; MORELL OCAÑA, Luis hace suya la definición de Guido ZANOBINI: "Es una declaración de voluntad, conocimiento, deseo o juicio, emanada de un sujeto de la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa", "Curso de Derecho Administrativo", Tº II, La Actividad de las Administraciones Públicas. Su Control Administrativo y Jurisdiccional, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1.996, p. 183; MUÑOZ MACHADO, Santiago: "Son actos administrativos las declaraciones de las Administraciones Públicas, sometidas al Derecho administrativo, que tienen efectos sobre los derechos e intereses de los ciudadanos, en cuanto que con carácter ejecutivo, los regulan, concretan, determinan, amplían o restringen de cualquier modo.", en "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", Volumen IV, Primera Edición, Iustel, 2.011, Madrid, p. 33; RIVERÓ, Jean: "...un acto de voluntad destinado a introducir un cambio en las relaciones de derecho que existen al momento en el que intervienen, o mejor, a modificar el ordenamiento jurídico.", en "Droit Administratif", Novena Edición, Dalloz, 1.980, París, p. 91; SAYAGUÉS LASO, Enrique: "Acto administrativo es toda declaración de voluntad de la administración que produce efectos subjetivos", en "Tratado de Derecho Administrativo", 6ª edición, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, F.d.C.U., Montevideo, 1.988 p. 388; SOTO KLOSS, Eduardo: "Una ordenación unilateral dictada por un órgano estatal en ejercicio de función administrativa que, destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos", propuesta en el estudio "La Noción de Acto Administrativo en el Derecho Chileno", publicado en la obra colectiva en homenaje a M. S. MARIENHOFF "Derecho Administrativo"; TAWIL, Guido Santiago: "...entendemos por acto administrativo a toda declaración de un órgano estatal emitida en ejercicio de funciones materialmente administrativas que le han sido atribuidas previamente, caracterizada por un régimen exorbitante al Derecho privado, que genera efectos jurídicos directos, inmediatos e individuales en relaciones jurídicas existentes con los administrados destinatarios del acto.", en su estudio publicado en la obra colectiva Acto Administrativo, Cátedra de Derecho Administrativo, Guido Santiago TAWIL Director, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.012, Capítulo IX, "El Concepto de Acto Administrativo", ob. cit., ps. 136/137. VEDEL, Georges: "...una decisión ejecutoria es un acto jurídico emitido unilateralmente por la Administración con objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere.", en "Derecho Administrativo", edición española, traducción de la sexta edición francesa por Juan RINCÓN JURADO, Editorial Aguilar, España, 1.980 p. 146. VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA: "...ejercicio singular de potestad en aplicación del ordenamiento jurídico, por parte de un órgano de la Administración Pública, dentro de la esfera de sus competencias, por el que se crea, extingue, modifica o tutela una situación jurídica individualizada", en "Principios de Derecho Administrativo", Tº II, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 3ª edición, Madrid, 1.993, p. 51. La heterogeneidad de conceptos con respecto al acto administrativo en el derecho iberoamericano se trata en SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., "La Noción de Acto Administrativo en el Estado Constitucional", Suplemento Especial, Derecho Administrativo, ED, Diario del 31 de octubre de 2.007.

en particular se resaltan las características que cada uno de ellos ha advertido como determinantes en la materia, brindando así definiciones amplias o restringidas, generando gran heterogeneidad en este sentido.

En el campo del ordenamiento jurídico se ha sostenido que las leyes no deben receptor definiciones, aspecto que puede ser objeto de refutación en cuanto a su certeza, máxime en esta materia en que las leyes de procedimiento administrativo deben cumplir una función pedagógica tanto para los cuadros de la Administración, en aras del recto ejercicio de las competencias administrativas, así como para los particulares en garantía de sus derechos y legítimos intereses. En este orden de ideas, constituye una garantía para preservar los derechos de las personas que estas leyes precisen cuándo un acto emitido por la Administración puede producir efectos jurídicos que repercutan positiva o negativamente en la esfera jurídica de otros sujetos. Por ello, no corresponde tratar o equiparar de idéntica manera un acto que, sin otra formalidad o recaudo, constituye una mera comunicación (v. gr.: nota, carta, cédula, etc.), que aquel dictado con apoyo en una habilitación legal específica, cumpliendo un *iter* procedimental integral con la intervención previa de los organismos de asesoramiento y control⁴⁴. Por lo expuesto, entendemos que resulta positiva la incorporación en el ordenamiento procedimental de la previsión normativa de la doctrina de los “*meros pronunciamientos administrativos*”, porque de esta manera se previene de los efectos jurídicos que se podrían asignar indiscriminadamente a todas las declaraciones de la Administración⁴⁵.

⁴⁴ Ver la obra de Carlos A. BOTASSI y Miguel H. E. OROZ, “*Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*”, Segunda Edición corregida, actualizada y ampliada, Librería Editora Platense, 2.011, ps. 273/294.

⁴⁵ Al respecto, ver la Ley N° 9.003, Ley de Procedimiento Administrativo de la provincia Mendoza, en cuyo artículo 28, primer y segundo párrafo establece: “*Entiéndase por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa. No lo son los meros pronunciamientos administrativos, los cuales no gozan de los caracteres de los actos administrativos; no hay en relación a los mismos carga impugnatoria, ni alteran las competencias judiciales correspondientes para accionar.*”, y cuyo artículo 29 determina: “*El acto administrativo deberá satisfacer todos los requisitos relativos al objeto, competencia, voluntad y forma que aquí se establecen, y producirse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo.*”. Asimismo, en el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo elaborado para la provincia de Buenos Aires, Año 2.019, art. 142. Acto Administrativo. “*Entiéndase por acto administrativo toda declaración unilateral y concreta dictada por autoridad competente en el ejercicio de la función administrativa con ajuste al procedimiento legal establecido, productora de efectos jurídicos en forma directa*”; art. 143. Meros Pronunciamientos. “*Los actos que carecen de habilitación legal específica o que no reúnen las condiciones necesarias para proyectar efectos jurídicos aptos respecto de una relación jurídica material, serán considerados meros pronunciamientos administrativos. La parte interesada no está sujeta a la carga impugnatoria pero podrá optar por la vía que estime necesario utilizar*”.

Otra situación que no cabe soslayar se refiere a la aplicación de la figura del acto tácito como acto administrativo. Sobre ello, y atento las posibles consecuencias jurídicas de la teoría, consideramos que la misma no debe ser receptada en materia de actos de gravamen.

En líneas generales, es dable considerar que el acto administrativo por antonomasia es aquel que constituye una decisión.⁴⁶ No obstante ello, no resulta conveniente excluir del concepto de acto administrativo a algunas declaraciones de conocimiento y juicio en cuanto productoras de efectos jurídicos directos (v. gr.: un certificado de dominio, el cual produce como efectos jurídicos el bloqueo registral y la reserva de prioridad, el título o diploma expedido por una Universidad, que habilita el ejercicio profesional, la aprobación o denegatoria emitidas a consecuencia de un informe de impacto ambiental el cual acarrea la habilitación o negativa a la posibilidad de ejercer una industria, la certificación de antecedentes, etc.)⁴⁷.

Como teoría o clase principal conceptualizamos al acto administrativo en un sentido estricto, en estos términos: *toda declaración unilateral y concreta, emitida en ejercicio de una competencia administrativa habilitada específicamente por ley, mediante el procedimiento que en su caso estuviera establecido, que produce efectos jurídicos directos respecto de una persona, cosa o situación*⁴⁸.

⁴⁶ Es un concepto estricto, según Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, quien advierte que el concepto de acto administrativo «se nos ofrece discutido en la teoría y cambiante en la legislación y en la jurisprudencia»; ahora bien, lo define en los siguientes términos «acto de un poder público sujeto al derecho administrativo, de carácter unilateral y no normativo», en “Derecho Administrativo Español”, Tº II, EUNSA, Pamplona, 1.988, ps. 93/97.

⁴⁷ Sobre la temática de los actos de registro y sus implicancias, ver HALPERÍN, David, “En Torno al Acto Administrativo de Registro y su Extinción”, publicado en Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, Edición Bicentenario 2010/1; el destacado autor refiere que la categoría de los “meros actos administrativos” trasunta una minus valoración que desconoce su importancia.

⁴⁸ Raúl Bocanegra Sierra, en oportunidad de considerar el concepto de acto administrativo definido en el párrafo 35 de la ley de procedimientos administrativos alemana, y en particular en el carácter regulador de su contenido, considera que la producción de efectos jurídicos puede serlo respecto de la determinación de la condición jurídica de una cosa, situación o respecto de una persona, en BOCANEGRA SIERRA, Raúl, “Lecciones Sobre el Acto Administrativo”, ob. cit., p. 33. En tal sentido, consideramos que la fijación de la línea de ribera mediante la cual se deslinda lo público de lo privado constituye un típico acto administrativo, así como la calificación de un bien como monumento histórico, como patrimonio cultural – aunque podría revestir su calificación carácter normativo-; respecto del deslinde como acto administrativo, ver MENDOZA OLIVAN, Víctor, “El Deslinde de los Bienes de la Administración”, Prólogo de Aurelio GUAITA MARTORELL, Editorial Tecnos, Madrid, 1.968, especialmente ps. 45 y ss. Con relación al reconocimiento de una situación, cabe señalar que un acto de reconocimiento de servicios no tiene exclusivamente un carácter meramente declarativo, sino que trae aparejadas consecuencias jurídicas. En general,

Esta declaración es de carácter unilateral y concreta, en el sentido de considerar que los actos administrativos constituyen una creación de la autoridad estatal, que resuelven una situación, expidiéndose a su respecto. En el caso de los reglamentos y disposiciones de carácter normativo, así como los convenios y contratos, no obstante contar con notas comunes con el acto administrativo por ser manifestaciones del ejercicio de funciones administrativas, pensamos que corresponde efectuar su tratamiento como categorías jurídicas diferenciadas. En cambio, los llamados actos generales no normativos (v. gr.: anuncio de un concurso, un llamado a licitación, etc.) presentan mayores similitudes con el acto administrativo en sentido estricto, pues se refieren a una situación concreta.

Ciertamente, la figura del acto administrativo se halla presente en toda actuación de naturaleza administrativa estatal en sentido lato (sin importar el órgano o poder del que se trate)⁴⁹. Por otra parte, con respecto a la posibilidad que las personas públicas no estatales o los particulares emitan en ejercicio de

con respecto al carácter regulador de las certificaciones e informes hay discrepancia según el aspecto o prisma según el cual se enfoque el asunto, y ello sin mengua del valor probatorio y de publicidad que se les reconozca a aquellas figuras. En el derecho argentino, sobre el carácter regulador en la noción restringida del acto administrativo, ver el estudio de TAWIL, Guido Santiago, publicado en la obra colectiva *“Acto Administrativo”*, Cátedra de Derecho Administrativo, TAWIL, Guido Santiago, Director, ob. cit., Capítulo IX, *“El Concepto de Acto Administrativo”*, ps. 123 y ss.; en el derecho español, GARCÍA LUENGO, Javier, *“La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”*, ob. cit., ps. 42/43.

⁴⁹ En la doctrina argentina, ha prevalecido el reconocimiento de la existencia de actos administrativos tanto del Poder Legislativo como del Poder Judicial; la extensión del régimen a la actividad administrativa de los otros poderes del Estado, el Ministerio Público de la Nación, los entes públicos no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales, se establece en la reforma efectuada por la “Ley de Bases” al artículo 1° de la ley 19.549, incluso en lo pertinente a los organismos militares y de defensa y seguridad; sobre este orden de cuestiones, ver GORDILLO, Agustín A., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, T° 3, ob. cit., Capítulo I; asimismo, TRIBIÑO, Carlos Roberto y PERRINO, Pablo Esteban, *“La Justicia Contencioso-Administrativa en la Provincia de Buenos Aires”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 93 y ss., obra en la cual se examina la situación existente al momento de encontrarse vigente el Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires de 1.905 (Código Varela); SORIA, Daniel Fernando, *“Control Judicial de los Actos Administrativos del Órgano Legislativo”*, publicado en Revista Jurídica L.L., 1.988-B, ps. 580 y ss.; puede verse el estudio de BEZZI, Osvaldo Héctor, *“Justicia Administrativa: El Fuero Administrativo; su Necesidad a la Luz de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa Bonaerense”*, publicado en Revista de Derecho Administrativo, CASSAGNE, Juan Carlos Director, Año 4, septiembre-diciembre 1.992, Depalma, Buenos Aires, 1.992, ps. 357 y ss., especialmente ps. 391/399. Ciertamente, como ha razonado Agustín A. GORDILLO, la noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión: *“Tampoco es el acto lo que determina la jurisdicción, sino la materia que habrá de regir la pretensión o derecho que se invoca.”*, y agrega: *“...un acto administrativo puede impugnarse ante una jurisdic-*

una competencia delegada actos administrativos, entendemos que en estos casos la aplicación del régimen y principios existentes en torno a esta figura es viable, pero únicamente en el sentido de la necesidad del cumplimiento de garantías protectoras de los particulares, y no en cuanto a reconocer amplias prerrogativas a favor de aquellos sujetos⁵⁰.

Ahora bien, con relación a la propuesta de definición de la figura del acto administrativo, entendemos que respecto del término “*potestad*”, el cual conceptualmente tiene una carga semántica coactiva – aunque expresiva de la modificación de situaciones jurídicas-, estimamos conveniente el empleo del término competencia que, en un sentido estricto, es la capacidad para dictar actos jurídicos por quien tiene la condición de órgano⁵¹.

4. *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico del acto administrativo. Conclusiones*

La regulación jurídica del acto administrativo requiere de un perfeccionamiento y depuración técnica, pensando principalmente, como advirtiera BARTOLOMÉ A. FIORINI, que un derecho administrativo que no se preocupe por las personas no merece llamarse Derecho⁵². En tal orden de ideas, cabe decir que los ciudadanos deben confiar en esas “*unidades elementales de la vida jurídica*”

ción distinta si lo principal en discusión no es el derecho administrativo.”, en GORDILLO, Agustín A., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº 3, ob. cit., Capítulo I-3 y ss.

⁵⁰ Esa línea de doctrina es sostenida por Agustín GORDILLO, en su “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº 3, ob. cit., Capítulo I-15. Guido Santiago TAWIL ha considerado que las personas públicas no estatales pueden en ocasiones emitir actos regulados por el derecho público, aunque no configuren típicos actos administrativos – y agrega – que los actos emitidos por terceros como consecuencia de una encomienda legal, podrán ser regidos por aquél derecho y sometidos a un régimen estatal, pero no serán estatales ni administrativos, ver la obra colectiva “*Acto Administrativo*”, Cátedra de Derecho Administrativo, Guido Santiago TAWIL, Director, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.012, Capítulo IX, “*El Concepto de Acto Administrativo*”, ps. 141/142.

⁵¹ Ver BENOIT, Francis Paul, “*El Derecho Administrativo Francés*”, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1.977, Traducción Rafael GIL CREMADES, p. 573. Por su lado, Carlos S. Nino ha sostenido que la competencia consiste en la facultad para regular jurídicamente la conducta de los demás, es decir, dictar normas heterónomas, en tanto que la capacidad refiere a la facultad de regir la propia conducta, de auto obligarse, dictar normas autónomas, en NINO, Carlos S., “*Introducción al Análisis del Derecho*”, Segunda Edición, Octava Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.996, ps. 222/224.

⁵² FIORINI, Bartolomé A., “*El Control Sobre los Actos Administrativos. La Administración en los Estados Totalitarios y la Acción Popular*”, Revista Jurídica L.L., Tº 80, Sec. Doctrina, ps. 886/889.

llamadas instituciones⁵³. Ciertamente, y a fin de dotar de seguridad jurídica al sistema y sanearlo de todo atisbo de autoritarismo, la doctrina, la jurisprudencia y en particular la normativa, deben dar una solución razonable al problema del acto nulo y su firmeza; por cierto, los plazos son muy importantes en el sistema jurídico; pero los mismos deben ajustarse en función de la custodia de los bienes en cuestión al principio de razonabilidad; no es jurídicamente razonable que se revise en cualquier momento un acto administrativo que ha declarado o reconocido un derecho y adquirido firmeza – previo cumplimiento de un procedimiento administrativo con intervención de los organismos de asesoramiento y control y, una conducta del beneficiario no reñida con la buena fe⁵⁴, y que un acto administrativo de contenido negativo y de gravamen resulte inmutable habiendo transcurrido un fugaz plazo de caducidad; en tal sentido, sin que se quiebre la seguridad jurídica, resulta necesario que el sistema contemple casos que se aparten de la regla, así como aceptar la noción de los “*meros pronunciamientos administrativos*”⁵⁵, evitando la aplicación indiscriminada de la teoría del acto firme y de los caracteres gravosos del acto administrativo cuando el mismo ha sido realizado por una actuación estatal sin habilitación legal específica o sin cumplir el procedimiento previo adecuado. Aunque se amplíen generosamente los plazos de caducidad con relación a la vía judicial, y se exijan requisitos que condicionan la validez de la notificación de los actos (en tal sentido, la reforma promovida por la “*Ley de Bases*” a la ley 19.549 ha previsto importantes modificaciones reforzando las garantías de las personas), la distinción

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*” Tº I, Quinta Edición, ob. cit., Capítulo II, p. 74.

⁵⁴ En una futura reforma en la provincia, estimo importante regular un procedimiento administrativo de lesividad para la revisión de los actos administrativos; en el orden nacional, la *Ley de Bases* (Nº 27.742) incorporó una reforma importante a la revocación del acto administrativo afectado de nulidad absoluta cuando una vez notificado, se hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo “...o se hubiere cumplido totalmente su objeto...”, debiendo el Estado obtener su declaración de nulidad en sede judicial; incluso, se estableció un límite a la suspensión en sede administrativa de los efectos del acto cuando no se admita su revocación en dicha sede (debe entenderse que si se acreditara dolo del administrado habilita a la potestad revocatoria); ver la reforma al artículo 17 de la ley 19.549. A su vez en el art. 22 se regula el plazo de prescripción para solicitar la declaración judicial de nulidad de un acto – diez (10) años en caso de nulidad absoluta, y de dos (2) años en caso de nulidad relativa desde notificado el acto-. Esta prescripción representa un límite a la revocación por razones de legitimidad; pero, además, se puntualiza por Héctor A. MAIRAL y VERAMENDI, Enrique V., que permite en ciertos casos la iniciación de la acción de daños con posterioridad a la declaración judicial de nulidad vigente el plazo de prescripción pertinente; en “*La reforma administrativa de la Ley de Procedimientos Administrativos*”, publicado en L.L., 12/7/24.

⁵⁵ MAIRAL Héctor, “*Los Meros Pronunciamientos Administrativos*”, ob. cit.

entre acto administrativo en sentido estricto y los “meros pronunciamientos administrativos” sigue siendo útil, pues refieren a situaciones o realidades jurídicas distintas y, consecuentemente, con efectos jurídicos materiales y procesales diversos. Como se ha ponderado SIMÓN ISACCH, ante un sistema procesal con pluralidad de pretensiones «*resulta pertinente ser más precisos al momento de atribuir la condición de acto administrativo a las diversas decisiones que puede adoptar la administración*»⁵⁶. Por ello, un reclamo que procura el reconocimiento de un derecho que la ley regula exhaustivamente sus condiciones de su adquisición o titularidad no puede quedar condicionado por una mera negativa, acto este que no resulta apto para producir efectos respecto de la relación jurídica material; igualmente, un reclamo relacionado con un acto cuyo objeto se regula preponderantemente por el derecho privado, o, v.gr. por un derecho que surge de un contrato; como ha dicho MAIRAL, ese derecho no depende de una declaración administrativa.⁵⁷ Asimismo, deben prevalecer los plazos de prescripción sobre los de caducidad cuando se trate de casos o situaciones que el ordenamiento jurídico contemple específicamente⁵⁸; en tanto que, cuando se

⁵⁶ Y destaca los conceptos de Eduardo MERTEHIKIAN: “*Existe un grave riesgo de expandir injustificadamente el concepto de acto administrativo [...], ya que si bien la teoría del acto administrativo otorga juridicidad a la actuación administrativa [...], debemos establecer cuáles decisiones son verdaderos actos administrativos sometidos al régimen de impugnación y cuáles están al margen de ese concepto*”; ver su estudio “*Pretensión de reconocimiento versus pretensión impugnatoria en el proceso contencioso-administrativo bonaerense*”, en RDA N° 129, mayo-junio 2.020. Ver el estudio de Álvaro Bautista FLORES, “*La pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos en el proceso contencioso-administrativo bonaerense*”, publicado en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Año 15/N° 48-2.008, en donde se destaca la relevancia institucional de la pretensión de reconocimiento de derechos orientada hacia la satisfacción o cumplimiento de los derechos fundamentales; y la relación que se ha efectuado en el derecho comparado por González - Varas Ibáñez, S. con la acción prestacional general del derecho administrativo alemán; al respecto, el estudio de Karl-Peter SOMMERMANN, “*La justicia administrativa alemana*”, en la obra colectiva *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Coordinador Javier Barnes Vázquez, Editorial Civitas SA, 1.993, Madrid, ps. 85/87. En la Causa A-73.981, se desprende de acuerdo con el diseño legal instituido por la reforma de la ley 13.101, la exigencia del cumplimiento de la carga del agotamiento de la vía administrativa; sólo destaco que una jurisprudencia razonable la había exigido cuando se configura solapadamente un matiz impugnatorio.

⁵⁷ “*Los meros pronunciamientos administrativos*”, ob. cit.

⁵⁸ Ver CASSAGNE, Juan Carlos, “*Acerca de la Caducidad y Prescripción de los Plazos para Demandar al Estado Nacional*”, publicado en Revista Jurídica E.D., T° 45, ps. 829 y ss; URRUTIGOITY, Javier, “*Acto Administrativo y Carga Impugnatoria*”, publicado en Lexis N° 0003/015220; asimismo, TAWIL, Guido Santiago, “*El Artículo 25 de la ley 19.549 en la Reciente Jurisprudencia de Nuestra Corte Suprema*”, publicado en Revista Jurídica L.L., 1.995, T° E, ps. 473 y ss. En la ponencia presentada en el Segundo Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas en el Colegio de Abogados de La Plata, los días 17 y 18 de septiembre de 2009, Comisión N° 10, Subcomisión A Derecho administrativo, se aprobó que: “*Los plazos de caducidad no resultan de aplicación cuando*

trate de derechos de carácter irrenunciable, el plazo de caducidad no puede incidir respecto del derecho en sí mismo. En adición, cabe propiciar la habilitación del trámite judicial para aquellos casos en que se produzca una desestimatoria de la denuncia de ilegitimidad por parte de la autoridad administrativa mediante la consagración de una acción procesal autónoma de nulidad⁵⁹ para poder dar así solución a irregularidades muy graves⁶⁰, siempre que la pretensión se halle debidamente fundada, y acotando los motivos cuya desestimatoria faculte a instar al afectado a dicha acción; ello es así a fin de evitar el uso licencioso o indiscriminado de tal facultad; v. gr., ante casos de falta de habilitación legal específica, es decir carencia de competencia reconocida para actuar, o ante la omisión o apartamiento grave respecto del procedimiento administrativo legalmente previsto, es decir causales que objetivamente pueden ser verificadas; ello tendría el respaldo de la tutela judicial efectiva y habilitaría que el juez, en su calidad de tercero imparcial, conozca acerca de la desestimatoria de la Administración, ya que no es mucho pedir que un ciudadano tenga dos oportunidades para defender sus derechos habilitando al Poder Judicial a revisar la decisión administrativa firme, siendo en cambio mucho mayor el aporte en beneficio de la legalidad y juridicidad administrativa⁶¹. En el orden nacional, la reforma

los derechos implicados en el procedimiento tienen un plazo de prescripción independiente.”, criterio fijado con sustento en un viejo trabajo de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “*El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo ¿Prescripción o Caducidad?*”, en RAP, Madrid, N° 58, enero-abril, 1.969; ver el excelente estudio de LAMOGLIA, Carlos M., “*La Tutela Judicial Efectiva, los Plazos de Caducidad en el Proceso Contencioso Administrativo y la Materia Previsional*”, publicado en Revista de Derecho Administrativo, dirigida por Juan Carlos CASSAGNE, N° 96, noviembre-diciembre 2.014, ps. 1545, 1.549/1.950 y ss.

⁵⁹ Con base en el citado trabajo de Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR.

⁶⁰ José María BOQUERA OLIVER se ha manifestado en contra; pues considera muy grave que los actos nunca alcancen firmeza, que se admitan recursos transcurridos los plazos para su impugnación, pues producirían una grave inseguridad, se afectarían derechos e intereses de terceros, que dependen de actos administrativos que otros particulares pueden recurrir o no, y expresa: “*Los plazos para recurrir favorecen el buen funcionamiento de la Administración y el orden y la estabilidad de las relaciones entre particulares...*”; no obstante dichos fundamentos, considera la posibilidad para impugnar fuera de plazo si existen «*indicios racionales*» de que lo impugnado es una apariencia de acto; en su libro “*Estudios sobre el acto administrativo*”, Sexta Edición, Civitas SA, 1.990, Madrid, ps. 121/123.

⁶¹ Con respecto a la desestimatoria de la denuncia de ilegitimidad, en general la doctrina y la jurisprudencia sostienen con relación al acto que resuelve el fondo de la cuestión planteada la pérdida del derecho con sustento en el carácter perentorio de los plazos establecidos para interponer los recursos; sobre este orden de cuestiones ver la importante obra de Julio Rodolfo COMADIRA, “*Procedimientos Administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*”, con Laura MONTI colaboradora, T° I, L.L., 2.002, ps. 68 y ss; en esta obra se aborda la revisión relativa a los supuestos de desestimatoria formal de la denuncia, fundando los supue-

promovida por la *Ley de Bases* ha establecido un plazo de ciento ochenta (180) días como un límite de pautas temporales razonables; MAIRAL y VERAMENDI estiman que ello no abre la puerta a la imprescriptibilidad y entienden que aporta un argumento para sostener la revisibilidad del rechazo de la denuncia de ilegitimidad presentada dentro de los ciento ochenta (180) días de notificado el acto “a menos que existan circunstancias especiales que justifiquen lo contrario”⁶². Asimismo, corresponde discriminar cuándo un acto administrativo produce todos sus efectos jurídicos por haberse cumplido un procedimiento administrativo previo y contar con habilitación legal específica, de aquellos en los que sólo representa una mera decisión sin proyección en la relación jurídica sustancial (meros pronunciamientos)⁶³. En esta línea tuitiva, se reitera que no corresponde que en materia de actos de gravamen se aplique la figura del acto tácito⁶⁴, evitando así las consecuencias perjudiciales que derivan de la eventual firmeza de los actos. En lo que concierne a la ejecutoriedad, no procede efectuar una hermenéutica del régimen legal como si se tratara de un “atributo natural”⁶⁵ del

stos en los que procede la revisión judicial de la misma. Ahora bien, no obstante considerar con respecto a la resolución del fondo del asunto planteada en la denuncia, que con la firmeza del acto surge la imposibilidad de agotar la vía administrativa y en consecuencia, la extinción del derecho de acudir a la justicia, se advierte ante la evidencia de una nulidad absoluta, la obligación que tiene la Administración, con base en el texto del artículo 17 de la L.N.P.A, [...procurar la extinción del acto gravemente ilegítimo, ya sea por sí, o acudiendo a la justicia;] ... [en estos casos, la seguridad jurídica no opera como supuesto de inadmisión de la denuncia], ob. cit. p. 78. Desde otro punto de vista, propiciando una mayor apertura para la revisión judicial de la desestimatoria de la denuncia de ilegitimidad, sea por razones de forma o por el fondo, se sostiene por Ignacio J. MINORINI LIMA, en la obra “Procedimiento administrativo”, Director Guido Santiago TAWIL, Cap. XXXIII, ps. 425 y ss.

⁶² “La Reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, LL, 12/07/2024

⁶³ Se remite a MAIRAL Héctor. A., en “Los Meros Pronunciamientos Administrativos”, ob. cit., y “Hacia una Noción más Acoitada del Acto Administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos)”, publicado en Revista Res Pública Argentina 2.011-1 y 2. Se aborda la incidencia de dicha calificación en materia de las pretensiones procesales en el estudio de Simón ISACCH, “Pretensión de reconocimiento versus pretensión impugnatoria en el proceso contenciosos administrativo bonaerense. Su necesario deslinde y los meros pronunciamientos”, en RDA N° 129, mayo-junio, 2.020.

⁶⁴ MURATORIO, Jorge I., en su estudio “Los actos administrativos tácitos e implícitos (Obra en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Derecho Administrativo”, ob.cit.), cita en el sentido expuesto en el texto, el criterio de los maestros españoles GARCIA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ; no obstante ello, sostiene un parecer distinto en base a otros argumentos; ver p. 692.

⁶⁵ GORDILLO, Agustín en “Tratado de Derecho Administrativo”, T° 3, ob. cit., capítulo V y HUTCHINSON, Tomás en “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.995, p. 416 y ss.; en cambio, Miguel Santiago MARIENHOFF, ha considerado: “Dado el fundamento jurídico de la ejecutoriedad, resulta obvio que ésta no requiere norma positiva expresa que la consagre [...] La ejecutoriedad del acto administrativo hállase ínsita en la

acto administrativo pues la misma no resulta propia en un Estado de Derecho; en este orden de ideas, el artículo 12 del Decreto ley 19.549/72 y el artículo 110 del Decreto Ley 7.647/70 se deben interpretar respetando los derechos y garantías constitucionales; una autotutela generalizada responde, como ha dicho MAIRAL, a concepciones autoritarias ya superadas. Por ello, una de las formas más gravosas como es la compulsión sobre la persona, sólo será procedente en los casos en que la ley sectorial expresamente lo autorice, con ajuste al principio jurídico de la razonabilidad, el respeto debido a la dignidad humana y a los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico considerado en su integridad. Es dable poner de relieve, como dijera FRANCIS-PAUL BENOIT, que la ejecución forzosa de los actos administrativos ha dado “...lugar a muchas afirmaciones erróneas y confusiones, a las cuales juristas como Hauriou no son desgraciadamente ajenos”⁶⁶.

Ciertamente, y casi como una verdad de Perogrullo, constituye un objetivo de la doctrina y de progreso, arrumbar teorías arcaicas que alimentan la inmunidad del poder. Ahora bien, si efectuáramos un inventario de la herencia recibida, cabe estimar que la construcción doctrinal y jurisprudencial formada en torno a la figura del acto administrativo ha significado uno de los aportes más valiosos que la ciencia jurídica administrativa ha brindado a la comunidad en la lucha por la legalización del Poder público. En este orden de ideas, se debe destacar la contribución dada por el propio Consejo de Estado francés, en oportunidad de conocer sobre las causales de apertura del recurso por exceso de poder, investigando en la segunda mitad del siglo XIX, los móviles o la ilegalidad interna del acto, y el aporte de la jurisprudencia (Consejo de Estado de Italia) y de la doctrina italiana en torno a la teoría del *ecceso di potere*. En tal sentido, la afirmación o reconocimiento del fin como elemento esencial del acto administrativo y su consecuente control, deben ser considerados, como expresó ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, una de las conquistas más trascendentales del Derecho público moderno, contribuyendo de modo eficaz a eliminar el concepto de gobierno autoritario. A dicho acervo se suma la necesidad de dar cumplimiento al

naturaleza de la función ejercida.”, en “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº II, Abeledo Perrot, 1.975, Buenos Aires, p. 377. Ver Sabino CASSESE, quien advierte que en el derecho administrativo italiano contemporáneo, la ejecutoriedad, cabe considerar que constituye una potestad excepcional, en los casos en que la ley expresamente lo prevea (en su obra “*Las Bases del Derecho Administrativo*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.994, traducción Luis ORTEGA, ps. 268/269; y el estudio de Héctor A. MAIRAL “*La influencia italiana en la definición argentina de acto administrativo...*”, ob. cit. RDA N° 111, mayo-junio 2.017, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., ps. 263 y ss.

⁶⁶ BENOIT, Francis-Paul, “*El derecho administrativo francés*”, ob. cit., p. 673.

principio republicano⁶⁷ de motivar o fundamentar fáctica y jurídicamente las razones que llevaron a dictar el acto administrativo, exigencia que, como bien se ha dicho, responde a un imperativo ético y jurídico⁶⁸, un principio fundamental del Derecho público democrático de gran relevancia institucional.

⁶⁷ Como expresara Manuel Atienza: "...la consecuencia de la idea regulativa del Estado Democrático de Derecho es que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado, pues ello iría, al menos en ocasiones, en contra de las exigencias de la racionalidad práctica.", y añade: "...motivar una decisión no significa explicarla, sino justificarla (aunque explicar pueda contribuir muchas veces a justificar), un acto arbitrario no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptable, es decir, que carece de justificación.", en ATIENZA, Manuel, "Sobre el Control de la Discrecionalidad Administrativa. Comentarios a una Polémica", publicado en Revista Española de Derecho administrativo, N° 85, enero/marzo 1.995, Editorial Civitas SA, Madrid, especialmente ps. 18/20.

⁶⁸ SÁNCHEZ, ISAC, Jaime, "La Desviación de Poder en los Derechos Francés, Italiano y Español", con Prólogo de Rafael ENTRENA CUESTA, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1.973; PEREZ HUALDE, Alejandro, "Desviación de Poder: Límite de la Actividad Estatal", publicado en E.D. 156-749 y ss.; PÉREZ CORTÉS, María Jeanneret de, "La Finalidad como Elemento Esencial del Acto Administrativo y la Desviación de Poder", publicado en la obra colectiva Acto Administrativo y Reglamento, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Jornadas sobre acto administrativo y reglamento de fecha 30, 31 mayo y 1° de junio del año 2.001, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, 2.002, p. 93 y ss.; TAWIL, Guido Santiago: "La desviación de poder: ¿noción en crisis?", publicado en la Revista Jurídica L.L., 1.989-E, ps. 831/846. CLAVERO ARÉVALO, Manuel F., "La Desviación de Poder en la Reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo", publicado en Revista de la Administración Pública española, N° 30, septiembre/diciembre 1.959, Comentarios Monográficos de Jurisprudencia, Madrid, 1.959; IVANECA, Miriam Mabel, "El Acto Administrativo en el Régimen Nacional Argentino: Las Bases Constitucionales de sus Requisitos Esenciales", publicado en Revista ED. Administrativo, EDA, Buenos Aires, 2013, ps. 544 y ss.; CARRETERO PÉREZ, A. "Causa, motivo y fin del acto administrativo". Revista de la Administración Pública española N° 58, enero-abril 1969, Publicación del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, ps. 127 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Volumen 1, Sexta Edición, puesta al día por Daniel H. MARTINS, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1.988, p. 448/449; Como ha dicho Fernando GARRIDO FALLA, junto a la fiscalización externa del acto administrativo con la teoría de la desviación de poder se controló lo más íntimo del acto: "...los móviles que presidieron la actuación de los administradores. Se llegó a decir, aunque con evidente exageración, que, una vez admitido este motivo de impugnación, la potestad discrecional de la administración se convierte en un recuerdo histórico, pues en el ámbito del poder discrecional es donde puede aparecer este vicio.", citando en nota al pie a ALIBERT, quien consideró que la desviación de poder es un abuso de derecho, y que el recurso previsto a tales fines, es la defensa de la moralidad administrativa, en GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 434; Gustavo E. SILVA TAMAYO, "La Desviación de Poder: su Fuerza Expansiva", publicado en Derecho administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, 2008, año 20, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 693/706. Sobre la motivación ver GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", T° 3, ob. cit., Capítulo X-13 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial

En Argentina, en el orden nacional, la síntesis de lo expuesto se ha receptado mediante el Decreto Ley N° 19.549/72, el cual ha codificado la institución del acto administrativo consagrando, con un criterio pedagógico, los elementos o requisitos del mismo⁶⁹, y fijando las categorías de invalidez que lo puedan llegar a afectar. Tal aporte debe ser altamente valorado, pues en rigor, pese a la heterogeneidad cuantitativa de los elementos, cuyo orden y sistematización han sido observados por un sector autorizado de la doctrina⁷⁰, la normativa ha permitido no obstante, asignarle autonomía a los presupuestos de hecho y de derecho (causa en el derecho administrativo argentino), a la finalidad y a la motivación, obje-

LL., 2006, Volumen I con notas de Agustín GORDILLO, Primera Edición Argentina, ob. cit., ps. 569/572; ESPINOZA MOLLA, Martín Renato, “Aspectos Relevantes de la Debida Motivación del Acto Administrativo”, publicado en Revista ED. Administrativo, 2.012, Universidad Católica, Buenos Aires, ps. 515 y ss.; el brillante estudio de SACRISTÁN, Estela B., “La Motivación como Requisito Esencial del Acto Administrativo”, publicado en la obra colectiva Acto Administrativo y Reglamento, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Jornadas sobre acto administrativo y reglamento de fecha 30, 31 mayo y 1° de junio del año 2001, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, 2002, ps. 65 y ss., ver también RINESI, Mariana, en *La Motivación de los Actos Administrativos*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 455 y N° 456, Buenos Aires, 2016, especialmente la parte cuarta, “Guía Práctica para el Redactor de Actos Administrativos”, p. 127 y ss., quien efectúa un estudio integral sobre la motivación con el tratamiento asignado por los tribunales y la doctrina, así como el derecho procedimental provincial; y el estudio de DEL CARMEN ORTIZ, María Inés, “La Motivación del Acto Administrativo”, publicado en la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, año XXXI, N° 361, octubre 2008, Director Eduardo MERTEHIKIAN, ps. 51 y ss.; COVIELLO, Pedro J.J. en “La motivación de las decisiones de los órganos colegiados” en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, año XXV, número 417, junio 2.013 (Jornadas Nacionales de Derecho administrativo, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y Gobierno de la provincia de Córdoba, ciudad de Córdoba 2.012), Director: Eduardo MERTEHIKIAN; y del mismo jurista, “La Fuerza de las Autolimitaciones Administrativas y de la Motivación del Acto Administrativo en un Pronunciamiento de la Corte Suprema (Comentario al Fallo de la CSJN “Silva Tamayo”)”, en EDA, del 30 de marzo de 2.012.

⁶⁹ Como se ha dicho, por Daniel NALLAR, con los elementos se obtienen limitaciones y condiciones de validez, y con esa orientación el Decreto Ley N° 19.549/72 ha previsto los mecanismos para la corrección del acto viciado, en NALLAR, Daniel, “Acto y Procedimiento Administrativo en la Provincia de Salta. Primera Parte: El Acto Administrativo en la Provincia de Salta”. Capítulo I: *Bases Jurídicas del Acto Administrativo en la Provincia de Salta*”, publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 378, Buenos Aires, 2.010, p. 24. Lo acertado del modelo también se desprende de la exposición que ha efectuado Rodolfo C. BARRA, y en particular cuando analiza la crítica que Raúl BOCANEGRA SIERRA realizara respecto de la llamada concepción “estructuralista” (que descompone la estructura del acto en elementos), ver BARRA, Rodolfo C., “Derecho Administrativo”, T° 2, ob. cit., ps. 61/62.

⁷⁰ Ver las consideraciones expuestas en GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, T° 3, ob. cit., Capítulo VIII-1/3; MAIRAL, Héctor A., a cuyos trabajos citados a lo largo de este estudio se remite.

tivizando en cierto sentido los mismos, y evitando subsumirlos en, por ejemplo, la “voluntad” o la forma. Con razón ha dicho Rodolfo Barra que el legislador argentino inspirado en MARIENHOFF “*tuvo el gran acierto de expresar la estructura esencial del acto administrativo, al enumerar sus elementos y explicar la característica y sentido principal de cada uno de ellos*”.⁷¹ La reforma promovida por la “*Ley de Bases*” ha procurado reordenar ese diseño, se le ha asignado autonomía a los vicios de la voluntad, que en líneas generales, se han localizado en los distintos requisitos que concurren en la formación del acto⁷²; y en cambio, no se le ha asignado autonomía como vicio a la motivación o fundamentación del acto administrativo, cuya falta o manifiesta insuficiencia constituye una irregularidad grave; y en el mismo sentido, la omisión del dictamen jurídico el cual constituye un trámite esencial, no sólo cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados como se establece en el artículo 7 inciso d (II), sino también cuando se compromete el erario público. Como observan MAIRAL y VERAMENDI, se han reducido algunas causales de nulidad absoluta y agregado otras⁷³. En este último aspecto, resulta importante la omisión de la audiencia previa necesaria del interesado, en defensa de la garantía constitucional y del derecho a la tutela administrativa efectiva “*Derecho a ser oído*”; y también, se regula como causal de nulidad absoluta la figura de la desviación y abuso de poder; fundamental estas categorías que trasuntan una grave extralimitación en el ejercicio de las potestades administrativas, frecuentes en organismos que con impunidad incurrir en un ejercicio abusivo y desviado de las competencias que el ordenamiento le asigna; como ha dicho GORDILLO, la misma maraña de normas que dictan son la fuente más frecuente de arbitrariedades y extralimitaciones en el ejercicio de la función administrativa; incluso obstaculizando el ejercicio de derechos constitucionales y de la legislación de fondo; vicios que merecen un reproche disciplinario y político. Es posible que estas figuras propicien un penetrante control de las extralimitaciones o excesos en el ejercicio de las potestades administrativas. A su vez, la reforma, de acuerdo con el nuevo texto del artículo 17, aduna un nuevo límite al ejercicio de la potestad revocatoria por razones de legitimidad en sede administrativa “*se hubiere cumplido totalmente su objeto*”; ello significa, excepto si se acreditara dolo, la regla de la acción judicial

⁷¹ BARRA, Rodolfo C., “*Derecho Administrativo*”, ob. cit., p. 60.

⁷² Ver el estudio de Celia E. GALLO DE POMPONE, la voluntad en el acto administrativo, en la obra colectiva “*Acto y procedimiento administrativo*”, Editorial Plus Ultra, Bs. As., 1.975, ps. 58 y ss.; confrontar con la posición de Juan Carlos CASSAGNE, en su obra “*El acto administrativo*”, Colaborador: Juan Carlos SANGUINETTI, ob.cit., ps. 211/213.

⁷³ “La Reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, ob. cit.

de nulidad. En este orden de conceptos, podría haberse regulado un procedimiento administrativo para declarar lesivo el acto en cuestión.

Ahora bien, cabe reflexionar que la evolución y construcción de la teoría de los elementos y sus vicios, ha sido en el tiempo la primera construcción de matriz administrativa desarrollada sobre las bases de las causales de apertura del recurso por exceso de poder («*excès de pouvoir*»), y el aporte del derecho administrativo italiano, doctrina y jurisprudencia cuyo desarrollo científico debe ser altamente valorado y preservado, pues lo contrario implicaría una involución en desmedro de la previsibilidad, seguridad jurídica y las conquistas ya alcanzadas por la ciencia jurídica. Consecuentemente, el referido criterio de descomponer al acto administrativo en nuevas unidades conceptuales⁷⁴ debe ser considerado como una línea doctrinaria superadora, de neto corte científico, y colaboradora en el camino de la juridización del obrar administrativo⁷⁵, dotando de orden y mayor certeza a las soluciones de los casos concretos, evitando generalizar soluciones casuísticas, que ante la falta de un marco que dote de estabilidad al sistema, podría generar arbitrariedades interpretativas, pues todo quedaría sujeto a la solución que cada intérprete le dé a cada caso en concreto. Ello sin perjuicio, de que es innegable que el empleo del método conceptualista, como ha dicho FERNANDO GARRIDO FALLA, debe ser objeto de correcciones de acuerdo con las circunstancias del caso y la ponderación de intereses⁷⁶.

Por último, hay que señalar con respecto al gran aporte del empleo de las TIC, que el derecho debe regular los criterios y parámetros de los sistemas informáticos; resulta necesario que las leyes de procedimientos regulen las bases, como condición mínima de validez, para la aplicación informática de los pro-

⁷⁴ El jurista español, FERNANDO PABLO, Marcos M., ha observado de modo crítico la construcción del acto que sigue la estructura del negocio jurídico (ver su obra “*La motivación del acto administrativo*”, Ed. Tecnos S.A., 1.993, p. 33; ahora bien, es dable sostener que el acto administrativo forma parte de la categoría del acto jurídico, y no se trata de una trasposición sino en palabras del jurista italiano Lucifredi, una construcción en paralelo con ajuste a los principios institucionales del derecho público.

⁷⁵ Sobre la ley nacional de procedimientos administrativos, ha dicho Juan Carlos CASSAGNE: “*No se puede desconocer que la L.N.P.A. abrió una nueva etapa en la evolución del derecho administrativo argentino el cual, a partir de ella, ha tenido un desarrollo doctrinario jurisprudencial que lo coloca en línea con los sistemas más avanzados del derecho comparado*” en su estudio “*Trascendencia y contenido de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos*”, publicado en el Diario Jurídico L.L. del día jueves 10 de agosto del año 2.000. Ello, claro está, no significa desconocer la significativa labor de la Procuración del Tesoro y los aportes de la doctrina científica preexistente a la ley nacional de procedimientos administrativos; una de las principales contribuciones ha sido la obra de Agustín GORDILLO.

⁷⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Volumen I, Parte General, ob. cit., p. 414.

gramas, su publicidad y qué clase de actos pueden ser producidos electrónicamente.⁷⁷

⁷⁷ Ver CANEVARO, Carlos R. y LAU ALBERDI, Jerónimo, “*La actuación administrativa automatizada en el Estado constitucional de derecho*”, en RDA N° 133; el estudio de Federico J. LACAVA, “*Acto Administrativo Automático en el marco del Estado Constitucional de Derecho*”, en Revista Argentina de Derecho Administrativo N° 2, junio 2.019; NIELSEN ENEMARK, Carlos A., “*El uso de la inteligencia artificial en el acto administrativo*”, en RDA N° 135, mayo-junio 2.021; Ricardo A. MUÑOZ (h), “*La inteligencia artificial en la Administración Pública y los derechos fundamentales*”, ED, Revista de Derecho Administrativo, mayo 2.020, N° 5, quien expresa que la incorporación de las TIC “...debe implicar en todos los casos herramientas para la plena efectivización de los derechos fundamentales, y nunca una excusa para su violación o cercenamiento”; en general, me remito a la bibliografía citada en nuestro estudio “*Acto y procedimiento administrativo. Las vías administrativas previas. El proceso administrativo bonaerense. Agotamiento de la vía y la regla de la demandabilidad directa*”, publicado en E.D. Revista de Derecho Administrativo, febrero 2023, N° 1 / 2, especialmente nota 12, y en el estudio “*La motivación o fundamentación del acto administrativo*”, E.D. Revista de Derecho Administrativo, agosto 2.021, N° 8, notas 6, 7, 8, 9, 10 y 11.

AGUSTÍN, UNA REFERENCIA DE CREATIVIDAD Y VIGENCIA INTERGENERACIONAL

POR HOMERO M. BIBILONI¹

En este aporte en el homenaje al querido AGUSTÍN GORDILLO, trato de pintar algunos retratos que subjetivamente me resultan significativos, para sumar a las calificadas miradas que se suman a esta obra.

Personas tan talentosas y “distintas” – como se suele decir elogiosamente – avanzan a velocidades mayores al resto, y en este caso GORDILLO fue muy tempranamente profesor de derecho administrativo y jurista destacado en la especialidad.

Este punto refiere a que conocí de la existencia de AGUSTÍN por mi padre, que lo había convocado como disertante en un ciclo de charlas en la Caja de Ingenieros de la Plata referidas a las contrataciones administrativas de obra pública. Con lo cual tenemos una primera generación mayor (a quien escribe) que lo tuvo como referencia.

Posteriormente me tocó como alumno en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP analizar en las materias de Derecho en Administrativo I y II sus libros (el famoso tratado celeste en tapas rústicas) donde dichos libros esperaban una nueva generación que los rescatara de la biblioteca en donde descansaban temporariamente, para cautivar a nuevos lectores (mi caso).

Y aquí referencio un primer dato innovador para el momento, que era la estructura de este libro, absolutamente diferente a los clásicos, con reflexiones valorativas de contexto en forma permanente, en fin, algo muy disruptivo al esquema habitual (y digámoslo sin vergüenza) de ciertas rutinas y costumbrismos que la abogacía formal y tradicional mantiene. No era claramente su caso y a las pruebas remitimos.

Un tercer momento generacional y etario de receptores fueron, quienes ya saliendo del soporte papel fraternizaron con la computación y la informática, y allí estaba nuevamente nuestro homenajeado acompañando las modernidades con sus ediciones electrónicas para otros destinatarios que abrevaban en este

¹ Homero M. Bibiloni: Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y Ambiental. Docente de Grado y Posgrado en ambas especialidades. Director de la Especialización en Derecho Ambiental FCJyS UNLP. Coordinador de Gestión Ambiental UNAJ. Integrante de la Mesa de Universidades Públicas con Licenciaturas en Gestión Ambiental. Ha sido titular interino de Derecho Administrativo II FCJyS UNLP y actualmente Adjunto Ordinario por concurso adscripto a la Vice Presidencia de la UNLP. Integrante de ALADA e IBAP.

nuevo estilo, y en absoluta gratuidad desde su Fundación, y con la misma generosidad de siempre, enviando parte de su tratado editado a quien lo requiriera sin costo editorial sino tan sólo el envío postal.

Y un cuarto hito temporal que no sólo se relacionaba con charlas y clases, fue cuando puso el acento en un nuevo sistema de comunicación humana, empática, a través del diálogo directo, no protocolar y tampoco con agenda predefinida, destinada a los y las jóvenes de este primer cuarto del siglo.

Recuerdo que siendo Presidente de la AADA², y dado que la misma nuclea al FORJAD³ al cual particularmente le ponía mucha atención por ser la cantera de los recambios, imaginé que ese talento para la creatividad constante e innovación en las reflexiones de AGUSTÍN, merecía otra instancia para que, siempre cargadas de profundidad y precisión del investigador, y de un atento e inquieto observador de las realidades que incluían al derecho administrativo (v. gr. esa perla que es “La Administración Paralela”⁴), tuvieran otro tipo de encuentro, buscando al personaje no académico, o al docente, o al erudito, sino al hombre experimentado, sabio, agudo para un encuentro mano a mano con lxs jóvenes de nuestra asociación y del universo de “lo administrativo”.

Por la conformación del evento, el título más próximo parecía “Mateando con Agustín”, pero convengamos que en CABA lugar del encuentro, el mate con bombilla no era tan usual como ahora, y el café resultaba políticamente correcto, pero también le ponía una restricción, por cuanto el mate vale socialmente si se lo incluye en una ronda, pero el café no, entonces la idea de circularidad para el diálogo no cerraba. Es más confieso que nunca supe si efectivamente él tomaba mate con bombilla o no⁵, entonces fuimos con la idea de *diálogo y encuentro* o *charla* con el nombre de pila para achicar distancias y sin el apellido: “Charlando con Agustín”. En el grupo de administrativistas decir su nombre no daba lugar a equívoco alguno⁶.

Y así lanzamos el encuentro en la sede de la AADA en calle Sarmiento. Presentábamos a la persona que traía sobre sí todo el bagaje de su propia historia, para que dialogara de lo que quisiera o de lo que le preguntaran. Él empezó, en dicho encuentro (junio 2014) rompiendo el hielo con un ejemplo que les planteó a los presentes, de cómo resolverían un tema que era: salieron docentes

² Asociación Argentina de Derecho Administrativo - 2014.

³ Foro de Jóvenes Administrativistas.

⁴ Disponible en <https://www.gordillo.com/tomo6.php>.

⁵ Supongo que tal como él indica en sus *diálogos digitales* cuando hablaba de *té virtuales* esa sería su infusión preferida.

⁶ Ciclo de Diálogos Abiertos del Forjad. ¿Qué le preguntarías al Prof. Agustín Gordillo? Parte I y Parte II - 06 de junio de 2014.

y alumnos de la facultad a tomar un café, no se pagó la cuenta y medió una denuncia.

Las posiciones y opiniones fueron variando, él escuchaba con mucha atención, y hacía definiciones o devoluciones absolutamente precisas propias de quien consideraba que el razonamiento lógico era como toda herramienta jurídica elemento de trabajo. Y desgranó la importancia de los hechos, el contexto del lugar, los vínculos de las partes en ese escenario, la situación con el bar que los alojaba, en suma, dio una vuelta completa e integral al caso desde todos los ángulos posibles, generando una clase magistral de diagnóstico y solución jurídica a un problema (que en rigor no tenía los ribetes que los presentes le asignaban), pero que todos comprendieron y quedaron maravillados de tamaña experiencia en tiempo real de ver al “profesor” trabajando en vivo y en directo.

Luego vinieron anécdotas, respuestas, comentarios, intercambios, y llevábamos dos horas largas y uno en forma respetuosa intentó cerrar, con “*bueno le agradecemos a Agustín por su valioso tiempo*” dándole la posibilidad de que por sus compromisos partiera, pero dijo “...no, no... sigamos dialogando hasta cuando sea...” Y así fue por una hora y algo adicional, en una suerte de gran festín de los presentes por ese “bonus” impensado en el que estábamos inmersos.

Por intercambios posteriores, estas charlas o perfil de los encuentros quedó claro que AGUSTÍN los siguió realizando por todo el país⁷.

Finalmente lo que creo importante, para cerrar circularmente esa idea de la innovación y actualización permanente en el tiempo, es que AGUSTÍN construye los *diálogos digitales*⁸ de manera sistemática, bien a su estilo.

Me permito transcribir algunas partes seleccionadas arbitrariamente de sus textos como mejor final, agradeciendo a MÓNICA la facilitación de este material.

En ellos decía:

Precisando una nueva forma de comunicación: “... esta nueva pestaña para la comunicación digital directa, no ya cara a cara sino oralmente o por escrito, por algún medio social o combinando métodos.”

Recordaba su propia predicción: “...A su vez, todo lenguaje es siempre impreciso, cualquiera sea el medio – oral o escrito – empleado. (Tomo 1, capítulo I; Introducción al derecho, cap. VI, ‘El lenguaje como método’) Será necesaria una readaptación y aprendizaje permanente.”

Propuso entonces una multiplicidad de niveles adaptándose notablemente a sus interlocutores: “En estos nuevos diálogos digitales seguiré contestando, como en los cara a cara, en primer lugar, las preguntas que tengan a bien hacerme los interesados, en este caso con su solicitud de inscripción y al igual posteriormen-

⁷ Ver www.gordillo.com.

⁸ Disponibles en <https://www.gordillo.com/dialogos.php>

te, en un diálogo que aspiramos a que sea sostenido. El mejor aprendizaje se canaliza por el diálogo individual, con la motivación esencial de la pregunta que cada uno formula en base a sus propios intereses y experiencias. Es mejor el diálogo personal, qué duda cabe, pero cuando la proximidad no se da, se puede mientras tanto dialogar digitalmente”

Está definida por él mismo la prioridad de esta propuesta: *“El grupo preferencial, pero no exclusivo, de destinatarios de esta invitación a ‘Diálogos digitales’ es abogados o estudiantes de abogacía en el último año de la carrera.”*

Y además evalúa como fructífera la experiencia en su propia y exigente autoevaluación: *“Los ‘Diálogos personales’ han funcionado satisfactoriamente, a criterio de los participantes y seguiré persistiendo en ellos. Mis comunicaciones generales por mail de hace algunos años no han generado feed back, de modo que no tengo cómo evaluar su funcionamiento. Hay referencias a esa experiencia en el diálogo escrito del tomo 10. (¿Está asegurado que va a funcionar? Por supuesto que no. ¿Tiene costos directos? No. ¿Indirectos? Sí, el tiempo y esfuerzo que demanden. Así como Confucio dijo ‘Elige una profesión que ames y no trabajarás un día en tu vida’, así se puede postular que despertar la motivación es la clave del éxito. O como dicen en Finlandia, que la tarea resulte divertida. O al menos interesante, curiosa)”*

Mencionando que estas convocatorias apuntan al encuentro humano y multidialógico sobre lo administrativo y me permitiría decir a sus adyacencias sin fronteras que AGUSTÍN siempre proponía: *“En particular, están especialmente invitados los anteriores participantes de los ‘Diálogos’ ya realizados de Buenos Aires, Tucumán, Córdoba, Ushuaia, Córdoba otra vez, y los miembros de AADA, FORJAD y demás abogados o profesiones afines. Es una invitación abierta.”*

Invitación abierta y generosa de un grande.

¡Hasta cada momento AGUSTÍN! En el reencuentro con tus múltiples y siempre vigentes aportes.

Con todo mi afecto y respetuoso recuerdo, he disfrutado al redactar estas breves líneas ciertamente sinceras.

LA IDEA DE LIBERTAD EN AGUSTÍN GORDILLO

POR CARLOS BOTASSI¹

“El mundo no es justo, el hombre de derecho debe estar en eterna lucha por la libertad y la justicia, con renovada y vigilante defensa². No solo de pan vive el hombre, también necesita un mínimo de libertad, y la libertad no es dada, hay que ganarla día a día, igual que el pan con el duro sudor de la frente”³

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El estado de derecho y sus enemigos. – 3. El debido proceso como garantía de defensa de la libertad. – 4. Palabras finales.

1. Introducción⁴

MANUEL OSSORIO, adhiere a la definición de libertad acuñada por JUAN CARLOS SMITH: “Estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior”⁵. Explica que “la libertad representa un concepto contrario al determinismo y ofrece extraordinaria importancia en relación con el Derecho Político, ya que la libertad es el fundamento no ya de un determinado

¹ Doctor en Derecho (Universidad Nacional de La Plata), Ex Profesor Titular de Cátedra de Derecho Administrativo (UNLP), Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Director y docente de la “Carrera de Especialización en Derecho Administrativo” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P., Ex Presidente de la Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo.

² Gordillo, Agustín, Rejtman Farah, Mario (Sec. III, Isaac Damsky, coord.), *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, t. 10, p. 53.

³ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas* (Dirección: Marcelo A. Bruno dos Santos), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, t. 7, p. 25.

⁴ Quiero expresar mi agradecimiento a los Profesores Jorge Vargas Morgado e Isaac Damsky por la invitación a participar en el homenaje a ese gran maestro del Derecho que en vida fuera Agustín Gordillo.

⁵ Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 24° ed. actualizada, corregida y aumentada por Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Buenos Aires, Editorial Helias, 1997, p. 575.

*sistema de vida, sino de la organización del Estado. La libertad constituye la idea rectora de los Estados de Derecho y de los gobiernos democráticos-liberales. De ahí que la libertad resulte siempre desconocida y atropellada por los regímenes totalitarios, tiránicos, dictatoriales y autocráticos*⁶.

Para ALBERDI la libertad individual se ejerce bajo diversas formas: *“libertad de querer, optar y elegir; de pensar, de hablar, escribir, opinar y publicar; de obrar y proceder; de trabajar, de adquirir y disponer de lo suyo; de estar o de irse, de salir y entrar en su país, de locomoción y de circulación; de conciencia y de culto; de emigrar y de no moverse de su país”*⁷.

Sumado a esa línea argumental, AGUSTÍN GORDILLO fue la prueba viviente de que al abordar el análisis del Derecho Público era inevitable mediar en el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. En su caso se apartó de las ideas estatistas imperantes en las primeras décadas del siglo XX y demostró en su inmensa obra que las teorías que apuntalaban las prerrogativas públicas colocando en segundo plano los derechos individuales, lo hacían *“destruyendo desde adentro una de las más bellas y esenciales tareas del derecho administrativo: la protección de la libertad humana”*⁸. Este ha sido el basamento de toda su obra y de quienes abrazaron la misma filosofía⁹ por considerar que el Derecho Administrativo constituye una noción instrumental que regula el ejercicio de la función administrativa no para justificar los privilegios de las autoridades sino para que el aseguramiento oficial del “interés general” llegue a su verdadero destinatario: la sociedad civil¹⁰.

El Preámbulo de la Constitución Argentina de 1853 señala que su sanción se lleva a cabo *“con el objeto de ... asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”*.

La llamada “cláusula de la libertad” del artículo 19 de la Constitución Na-

⁶ Ossorio, Manuel, ob. cit., p. 575.

⁷ Alberdi, Juan Bautista, *La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*, Obras completas, Buenos Aires, Imprenta La Pampa, 1880, t. VII, p. 181.

⁸ *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 3ra. edición, 1995, t. 3, cap. III, ptos. 1 y 2.

⁹ Decenas de colegas a quienes, con humildad, enviaba los borradores de las diversas ediciones del *Tratado*, recabando sus opiniones que valoraba y agradecía en las primeras páginas de los diversos tomos.

¹⁰ D'Argenio, Inés A., *La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario* (Prólogo de Mabel Daniele), La Plata, Librería Editora Platense, 2012, especialmente pp. 26, 42 y 53, en las cuales se demuestra la falacia de la *“ideología del interés general”* invocada por los gobernantes para justificar la discrecionalidad en el destino de los fondos públicos y la evaluación de *“razones de mérito”* para disimular la arbitrariedad de sus políticas muchas veces violatorias de los derechos individuales.

cional¹¹, indica que nadie puede ser obligado a actuar sino de la manera que indica el ordenamiento jurídico. No se trata de una mera afirmación retórica, sino que constituye la base de todo el sistema constitucional y se traduce en un concreto mandato para los jueces. Se trata de una idea-fuerza esencial de la Ciencia Política, considerada fundante de las modernas concepciones del Derecho Público, que – como veremos seguidamente – no resultan novedosas y poseen una añeja prosapia.

Se reconoce a JOHN LOCKE (1632 - 1704) haber influenciado sobre los independentistas de América del Norte y los revolucionarios franceses, madurando la idea de que la vida, la propiedad y la libertad no podían restringirse a mera voluntad del rey sino únicamente por imperio de la ley emanada de los representantes del pueblo. En sus razonamientos aparece claro que lo más importante en la política no es el orden y la seguridad del Estado sino la protección de los derechos individuales. Al negar la presencia de un poder absoluto en el monarca se cancela la posibilidad de que los gobiernos no se sometan a las leyes.

LOCKE sostuvo que, por naturaleza, ningún hombre está jurídicamente por encima de otro y, anticipándose a ROUSSEAU, explicó que la sociedad política es consecuencia de un pacto de la comunidad y este acuerdo colectivo es la única legitimación de las autoridades. Sembrando la semilla de la moderna democracia, LOCKE entendió al poder como una encomienda del pueblo sobre la base de la confianza (*fiduciary power*), para que algunas personas (fideicomisarios) lo ejerzan para bien de los individuos. En esta concepción “*el poder político es un derecho a dictar leyes, así como a emplear la fuerza en la ejecución de tales leyes y en la defensa de la República de cualquier ofensa que pueda provenir del exterior; y todo ello teniendo como único fin la consecución del bien público*”¹². Si el poder es ejercido en contra de los fines del Estado (asegurar el imperio del Derecho y posibilitar la conservación y mejoramiento de la libertad y de la calidad de vida de los individuos) el gobernante se convierte en tirano y no debe ser obedecido. Exaltando aquellas nociones que irían luego delineando lo que el moderno constitucionalismo consideró como el “principio de la libertad”, LOCKE dirá que “*la libertad de los hombres bajo el gobierno consiste en la posesión de una regla de conducta vigente, común para todos los miembros de esa sociedad y cuya*

¹¹ CN, art. 19: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

¹² Locke, John *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1689), Madrid, Espasa Calpe, 1991, pág. 204.

*elaboración ha corrido a cargo del poder legislativo que rige en ella. Una libertad que me permite seguir mi propia voluntad en todo aquello que la norma no prescriba, así como no estar sometido a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre*¹³.

En la eterna e inevitable tensión entre poder y libertad resulta imprescindible advertir que la libertad constituye un valor superior, ínsito a la naturaleza y dignidad humana, que se constituye en el fundamento mismo del orden político, que en Argentina aparece reconocido desde 1853 en el recién recordado artículo 19 de la Constitución Nacional y ratificado en los tratados internacionales incorporados a aquel cuerpo por la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

Desde luego que se impone una modulación criteriosa de la libertad para hacer posible la vida en sociedad de manera que el ejercicio de la libertad ajena constituya el límite de la propia. Para asegurar verdaderamente el goce de los beneficios de la libertad, resulta imprescindible no solo contener los desbordes del Poder sino también regular su ejercicio para que resulte compatible con los derechos del prójimo. En esa faena adquiere especial relevancia la plena vigencia del sistema democrático de gobierno, tanto en el momento inicial del ejercicio del poder por parte de las autoridades electas como durante el ejercicio de sus mandatos. *“Aunque libertad y democracia no son términos equivalentes, son complementarios: sin libertad la democracia es despotismo, sin democracia la libertad es una quimera*¹⁴. Al historiar la evolución de las ideas políticas, ALBERDI destacó que en las jóvenes democracias latinoamericanas el poder omnipotente y sin límites, ejercido por los monarcas absolutistas respecto de los individuos, se trasladó a los gobernantes. *“La soberanía del pueblo tomó el lugar de la soberanía de los monarcas, aunque teóricamente Sus individuos, más bien que libres, son los siervos de la patria. La patria es libre en cuanto no depende del extranjero; pero el individuo carece de libertad en cuanto depende del Estado de un modo omnímodo y absoluto*¹⁵.

AGUSTÍN GORDILLO fue protagonista esencial de la lucha contra el modelo de Estado autoritario y contra cualquier forma de abuso de poder. En su merecido homenaje el propósito de este trabajo es difundir sus ideas respecto del derecho humano a vivir en libertad.

¹³ Locke, John, ob. cit. pág. 85.

¹⁴ Paz, Octavio, fragmento de su discurso al recibir el Premio Cervantes en 1982, publicado en *Sueño en libertad. Escritos políticos*, México DF, Six Barral, 2001, p. 83.

¹⁵ Alberdi, Juan Bautista, *La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*, Obras completas, Buenos Aires, Imprenta La Pampa, 1880, t. VII, p. 158.

2. El estado de derecho y sus enemigos¹⁶

KARL R. POPPER, de visible influencia en las ideas de GORDILLO, consideró útil el método filosófico de oponer a un valor el disvalor que lo contradice como manera de descubrir y encarar la dirección correcta. Si el valor es la libertad, su opuesto es la dictadura, el abuso de poder, el gobierno totalitario. He aquí los enemigos del Estado de Derecho.

Una de las obras emblemáticas de POPPER, “*La sociedad abierta y sus enemigos*”¹⁷, inspiró el título que nos pareció apropiado para este capítulo, ya que es innegable que la plena eficacia del Estado de Derecho en Argentina se ve amenazada por enemigos que conviene identificar y combatir (“presidencialismo fuerte”, poder de policía, emergencia, irresponsabilidad de los funcionarios públicos, corrupción).

POPPER destacó que la negación del Estado de Derecho conduce a la dictadura. Y que “*toda dictadura es inmoral. Toda dictadura es moralmente mala. Este es el principio moral básico para la existencia de la democracia, entendida como la forma de Estado en la cual el gobierno puede ser removido sin derramamiento de sangre*”¹⁸. Los argentinos, que lamentablemente conocemos de dictaduras y de derramamientos de sangre, bien sabemos que el sistema democrático es el único moralmente admisible y el único que asegura “los beneficios de la libertad”, objetivo declarado en el Preámbulo de nuestra Constitución como antes vimos. Pero no solo los gobiernos *de facto* originados en asonadas militares atentan contra la libertad, son numerosas las autoridades con legitimidad de origen que ceden a la tentación del abuso de poder y tratan de emplear herramientas de neto corte totalitario. Inevitablemente en un juego de suma cero, el ensanche de atribuciones y prerrogativas provoca el retroceso de los derechos individuales.

La expresión “*Estado de Derecho*”, aparece en la ciencia política alemana (“*Rechtsstaat*”)¹⁹ a mediados del Siglo XIX, aunque las ideas que representa, impulsando las limitaciones del poder para asegurar el respeto de los derechos

¹⁶ Parte del presente capítulo, con modificaciones, fue publicado en *Libro homenaje a Victoria Adato Green*, Facultad de Derecho de la UNAM, 2013, bajo el título *Crisis del Estado de Derecho en Argentina*.

¹⁷ Popper, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 1957, sexta reimpresión, 1994.

¹⁸ Popper, Karl, *La lección de este siglo*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 1998, pág. 126.

¹⁹ “*La expresión elegida indica lo que se exige del Estado; es necesario que en todo lugar y momento donde su actividad puede producir efectos en otras personas, sus súbditos, exista un orden regulado por el derecho*” (Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. I, Parte General, p. 78).

individuales junto al sometimiento de las autoridades al orden jurídico, ya existían en las especulaciones filosóficas de la antigua Grecia y habían renacido con potencia en la Inglaterra medieval. Aunque aparenta ser auto-explicativa y de contenido unívoco la expresión “*Estado de Derecho*” ha provocado más de una conceptualización.

A partir de su idea matriz de que el Estado no es otra cosa que la personificación del orden jurídico, Kelsen afirmó que “*el Estado, en tanto ordenación de la conducta humana, sólo puede ser un orden coactivo y por consiguiente un orden jurídico, por lo tanto, todo Estado es, en sentido amplio, un Estado de Derecho*”²⁰.

Verdú, en cambio, consideró necesario que ese orden coactivo, además de dictar normas jurídicas se someta a ellas en forma irrestricta, “*que el poder estatal, la actividad desarrollada por el Estado, se ajusten a las prescripciones legales*”, reconociendo que – tal vez – ello implique una “*desmedida pretensión*”²¹. Finalmente ha prevalecido este último enfoque, estimándose que, si la conducta pública de los gobernantes no queda sometida a la ley, si las medidas que se adoptan y que inciden sobre la vida de los ciudadanos responden al arbitrio de las autoridades (aún las elegidas democráticamente) se vulnera la esfera de libertad de las personas y el ámbito de sus intereses relevantes. En esa circunstancia la sociedad política organizada podrá ser calificada de Estado-policía, Estado-poder, Estado-autoridad, pero no Estado de Derecho.

Con ese punto de partida la cuestión científicamente trascendente estriba en reconocer que no basta que la Constitución y las leyes lo manden, que las propias autoridades afirmen que se someten al Derecho mientras lo desmienten con su conducta concreta, y en no pocas ocasiones con sus actos formales: leyes inconstitucionales, irrazonables o inmorales; reglamentos *contra legem*; actos individuales arbitrarios y toda suerte de artimañas tendientes a disfrazar la realidad y abusar del poder mientras se simula contenerlo en la red provista por los principios y las reglas positivas.

En la Argentina con alarmante frecuencia los gobernantes han cultivado con esmero la apariencia de legalidad y corrompido de tal forma las instituciones que son pocos los que se alarman e insisten en predicar en el desierto tratando de generar una nueva cultura que, abandonando nuestra predilección ancestral por la anomía y el autoritarismo, propicie el estricto acatamiento de las leyes sancionadas por un Poder Legislativo autónomo y custodiadas por un sistema judicial honesto, independiente e idóneo.

La plena vigencia del Estado de Derecho no está ligada al permanente ag-

²⁰ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, México, B.E.F.D.P., 1995, pág. 36.

²¹ Verdú, Pablo Lucas, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pág. 13.

giornamento de la Constitución ni a la proliferación de leyes, decretos y normas de todo tipo. Aquello que verdaderamente importa es la eficacia del ordenamiento, es decir la obtención de un alto grado de acatamiento de lo dispuesto por el constituyente y el legislador. En este sentido cabe lamentar el tradicional desprecio argentino por el orden jurídico.

El Congreso Constituyente que sancionó la Constitución Nacional Argentina en 1853, realizó “*una solemne recomendación a sus compatriotas, una sola recompensa que pedirles en premio de sus desvelos por el bien común. En nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas, les pide y aconseja obediencia absoluta a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos*”. A la luz de la historia posterior, cabe reconocer que aquel pedido no fue satisfecho.

El pensamiento libertario del Siglo XVIII que tuvo tanta influencia en la emancipación de nuestra región, entendió con claridad que “*cuanto más absoluto se hace el poder de un hombre, más piensa el mismo hombre en simplificar las leyes. Se atiende más a los inconvenientes con que tropieza el Estado que a la libertad de los individuos, de la que realmente no se hace ningún caso. Los hombres son todos iguales en el régimen republicano y son iguales en el gobierno despótico: en el primero porque ellos lo son todo; en el segundo porque no son nada*”²². Y en tiempos más modernos se insistió en señalar que “*lo que se puede y se debe hacer en todas las circunstancias, lo que todo gobierno tiene la obligación de hacer, es tratar de establecer un imperio de la ley*”²³.

En Argentina ni los ciudadanos ni – mucho menos – las autoridades tienen apego al cumplimiento de la ley. Se trata de una ancestral característica de nuestro pueblo del cual se nutren, lógicamente los despachos oficiales. El desconocimiento del orden jurídico va desde la ignorancia de las normas de tránsito hasta la usurpación violenta del poder. “*En todos los países del mundo existe algún grado de distancia entre lo que el sistema jurídico dispone y las reglas de comportamiento que la sociedad efectivamente sigue, sin que exista una respuesta eficaz del sistema jurídico formal. Pero a veces se llega a una coexistencia del sistema formal y un verdadero sistema paralelo de normas de conducta reales*”²⁴.

Una nefasta consecuencia del desprecio por el acatamiento de la ley es la suma del poder público en pocas personas y el relajamiento absoluto de la regla

²² Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (1748), Buenos Aires, Heliasta, 6° edic., 1984, pág. 116.

²³ Popper, Karl, *La lección de este siglo*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 1998, pág. 57.

²⁴ Gordillo, Agustín, *La Administración. Función Pública. Una reflexión actual*, en *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana* (García de Enterría, Eduardo y Clavero Arévalo, Directores), Madrid, Fundación BBV-Civitas, 1997, p. 264.

moral que impone ejercer los cargos estatales en provecho de la comunidad, administrando con honestidad los dineros del común. Si bien puede aceptarse que los beneficios de los gobernantes (como por ejemplo sus altos salarios) son consecuencia de las trascendentes responsabilidades del órgano que ocupan y, al igual que los derechos individuales responden a una realidad empírica, no debe olvidarse la vigencia de principios éticos esenciales, universales y permanentes que otorgan legitimidad al poder y a la coacción al solo efecto de diferenciar la civilización de la barbarie y no en provecho de una elite privilegiada.

a. Presidencialismo fuerte

La necesidad de dividir las funciones del poder para lograr un equilibrio que sea consecuencia de un sistema de frenos y contrapesos recíprocos, que diera notoriedad a CARLOS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BRÉDE Y SEÑOR DE MONTESQUIEU (1689-1755), fue derecho positivo con la Constitución del Estado de Virginia de 1776 y se consolidó con la Carta de los EE.UU. de Norteamérica de 1787. La Constitución Nacional Argentina, sancionada el 1° de mayo de 1853 y reformada en los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, consagra la forma de gobierno representativa, republicana y federal.

Respecto de los habitantes, nacionales y extranjeros, la Constitución luce una extensa enumeración de declaraciones, derechos y garantías que recogen la multiforme idea de libertad enunciada por ALBERDI: trabajar y ejercer industria lícita, comerciar, enseñar y aprender, entrar, transitar y salir del territorio nacional, peticionar a las autoridades, publicar las ideas sin previa censura, libertad de cultos, inviolabilidad de la propiedad, condiciones dignas de labor para los trabajadores, retribución justa, estabilidad en el empleo, defensa en juicio o debido proceso legal, derecho a vivir en un medio ambiente sano, etc. El éxito o el fracaso en el arduo combate de los enemigos del Estado de Derecho, blandiendo como arma la Constitución, condiciona la calidad del Derecho Administrativo²⁵, su eficacia o su carácter meramente simbólico.

La estructura teórica, el método normativo y los altos objetivos de la Constitución, no merecen reparos, sin embargo cabe resaltar que el Poder Ejecutivo continúa ensanchando sus atribuciones sometiendo a los Poderes Legislativo y Judicial, circunstancia que los propios gobernantes atribuyen interesadamente a una supuesta intencionalidad de la Constitución en el sentido de consagrar un

²⁵ En definitiva, *“el derecho administrativo es la Constitución aplicada o inaplicada en la realidad”* (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, t. 1 p. 38).

régimen presidencialista “fuerte”, cuando la realidad es que el texto constitucional organiza un afiado equilibrio entre las tres funciones del gobierno. El ejercicio omnímodo y arbitrario de la facultad de administrar, las más de las veces acompañado por mayorías dóciles en las cámaras legislativas y por numerosos jueces adictos, es una maldición de nunca acabar para los ciudadanos que ven como sus derechos son desconocidos con inusitada frecuencia.

Bien se sabe que el “presidencialismo” extremo amortigua la independencia de los restantes Poderes. Existe una natural resistencia al cambio prohijada por el estamento gubernativo que se beneficia con las limitaciones opuestas al control judicial de sus decisiones. Ello permite llevar a cabo abusos de variada índole, denunciados incansablemente por la doctrina²⁶ pero con escasos – casi nulos – efectos prácticos. Ensayamos en otra oportunidad una síntesis que podía considerarse pesimista pero que el paso del tiempo confirma constantemente: “*Si el Estado es la más compleja de las creaciones del género humano, el pleno sometimiento de quienes detentan el Poder al orden jurídico es la más ambiciosa de sus fantasías*”²⁷.

La Constitución Nacional enumera prolijamente las atribuciones de los tres Poderes, sin embargo, es dable advertir un avance permanente del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo. La cuestión reviste enorme gravedad porque a fuerza de padecerla bajo todos los gobiernos termina considerándose normal la injerencia del Ejecutivo sobre el Congreso.

Un primer ejemplo es la infalibilidad de la aprobación – en algunos casos sin debate alguno – de los proyectos remitidos por el Presidente. Cuando un proyecto de ley llega al Congreso enviado por el Ejecutivo se pone en funcionamiento un mecanismo de disciplinada obediencia debida que hace que los legisladores del partido gobernante (por definición casi siempre mayoritario en am-

²⁶ Entre muchos otros pueden citarse las siguientes obras: Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994; García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995; García Hamilton, José Ignacio, *El autoritarismo hispanoamericano y la improductividad*, Buenos Aires, Edit. Sudamericana, 1998; D’Argenio, Inés, *La Justicia Administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional* (con prólogo de Agustín Gordillo), Buenos Aires, FDA, 2003; García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Ley e inmunidades del poder*, Lima, Palestra, 2004; Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley* (Cap. II *La anomia en la vida institucional de la Argentina*), Buenos Aires, Ariel, 2005 (reedición); Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo (La defensa del usuario y del administrado)*, Buenos Aires, FDA, t. 2, 2006; D’Argenio, Inés, *La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario*, La Plata, Editora Platense, 2012; Mairal, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, La Ley, 2021.

²⁷ Botassi, Carlos Alfredo, *Estado formal y real en Argentina*, en Martins Riccio de Oliveira, Farlei (Coordinador), *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2007, p. 366.

bas Cámaras Legislativas) lo aprueben urgentemente. La sanción de la ley no será producto de sus calidades normativas sino la contundente respuesta a una fe inquebrantable en la sabiduría del Presidente. También puede tratarse de la cumplida consecuencia de un intercambio de favores o del pago de una suma de dinero²⁸.

En cualquier caso, el Congreso ha renunciado a ejercer en forma independiente su esencial rol de legislador para actuar como ratificador automático de las decisiones adoptadas en la Casa Rosada.

Tampoco resulta admisible en un Estado de Derecho que se legalice, ante su generalización y rutina, la situación de excepción que hace que el Poder Ejecutivo dicte reglas generales sobre materia que la Constitución ha colocado a cargo del Congreso, recibiendo de buena gana las delegaciones de potestades o acudiendo al cada vez más frecuente recurso del dictado de decretos de necesidad y urgencia.

Lo cierto es que los decretos o reglamentos de necesidad y urgencia, también llamados “de emergencia”, aun antes de su consagración en la Reforma constitucional de 1994, fueron considerados legítimos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁹.

b. Poder de policía

El debate dogmático sobre la noción, alcance y caracteres del poder de policía posee larga tradición en Argentina y por cierto que atañe no solo al Derecho Administrativo sino también a la Ciencia Política y al Derecho Constitucional. Se trata de un concepto de antigua data, conocido y desarrollado en Grecia, en Roma, en la Edad Media y en la Edad Moderna³⁰.

Resulta conocido el anclaje del Poder de Policía en los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, fundamento de la relatividad de los derechos o, si se prefiere, de la inexistencia de derechos absolutos. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha definido el concepto de poder de policía en forma sintética, pero abarcativa: se trata de la facultad estatal de regular y, por

²⁸ Lamentablemente no son pocas las denuncias contra legisladores acusados de recibir dinero por direccionar su voto. El propio ex Presidente Fernando de la Rúa se vio vinculado a una causa penal en la cual se investiga un episodio de soborno en el Senado de la Nación.

²⁹ Causa *Peralta c/ Estado Nacional s/ amparo*, 27.12.1990, La Ley 1991-C-158.

³⁰ Fiorini, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, 2ª edición, t. II p. 17, quien señala que se trata de la actividad del Estado destinada a mantener la convivencia pacífica y ordenada de los individuos dentro de la sociedad.

añadidura, limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio de la comunidad³¹.

El intenso desarrollo de principios que en definitiva apuntan a la limitación de derechos resulta coherente con nuestro Derecho Público autoritario, siempre más interesado en justificar las prerrogativas del Estado que en potenciar las garantías individuales³².

La idea de la existencia de normas generales (poder de policía) y procederes específicos de las autoridades estatales (función de policía), acotando la libertad de las personas como el precio inevitablemente a pagar para hacer posible la vida en sociedad y obtener el bien común, posee tal grado de laxitud que ha colocado en crisis la utilidad del concepto ya que, en definitiva, toda ley regula y restringe derechos y toda la actividad legislativa apunta a relativizar o limitar los derechos individuales para permitir la convivencia. Lo cierto es que, partiendo de la aceptación de la limitación de la libertad debido a la defensa de cuestiones esenciales para la vida comunitaria, como la seguridad y la salubridad, se llegó al extremo de no dejar ámbito de la conducta humana que no pueda ser limitado por los motivos más diversos (y en muchas ocasiones de discutible validez y más que opaca veracidad) con la sola invocación del poder de policía. Autores liberales como BIELSA llegaron a considerar que el poder de policía está en la esencia del Estado, como una especie de noción extrajurídica perteneciente a la política³³, cuando en realidad no solo su intensidad sino también su propia existencia dependerá del ordenamiento jurídico de cada país. Desde luego que la vida en sociedad se vuelve imposible si reinan los derechos absolutos, pero no es menos cierto que en un Estado de Derecho que, como el nuestro, ha constitucionalizado los tratados de derechos humanos, se debe teorizar la cuestión a partir de los derechos para tolerar sus limitaciones en los casos justificados y no a la inversa.

Desde sus primeras obras GORDILLO fue muy crítico de la noción de “policía” o “poder de policía”, propiciando su eliminación como uno de los conceptos fundantes del Derecho Administrativo³⁴, denunciando que “*fue una de las*

³¹ SCBA, causa I-1229, *Martins Oliveira y otros*, 10.4.1984; I-1583, *Municipalidad de Bahía Blanca*, 8.7.1997 y muchas otras.

³² Ampliar en D’Argenio, Inés: *La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario*, La Plata, Platense, 2012.

³³ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1965, t. IV, p. 3: “*La idea de Estado es inseparable de la de policía. Y precisamente por esto importa el concepto de poder de policía en la Constitución, la ley y la jurisprudencia, tanto en lo que concierne a su naturaleza y extensión como a la extensión jurisdiccional de su ejercicio*”.

³⁴ Gordillo, Agustín, *La crisis de la noción de poder de policía*, en *Revista Argentina de Ciencia Política*, Buenos Aires, 1960, t. 2 p. 227.

más empleadas y la que más se prestaba a abusos por los equívocos a que dio lugar, confundiendo una frase ambigua con el sustento normativo para limitar derechos individuales”. Explicó que “luego de haber el país ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, ella lo compromete interna e internacionalmente a respetar una serie de garantías individuales. Al haber incluido las convenciones de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, no pueden sus juristas partir del poder del Estado como noción fundante de un sistema. Deben partir de las libertades públicas y derechos individuales, es el derecho positivo vigente. Podrá haber limitaciones a tales derechos y las habrá, sin duda, pero el que explica y analiza el sistema jurídico administrativo no puede partir de la limitación, para entrar después inevitablemente a las limitaciones de las limitaciones. Esto constituye un error de interpretación del sistema, nacido al amparo de prejuicios que otorgaban al Estado determinadas prerrogativas, propias del soberano o monarca absoluto, no sometido a ley alguna; su soberanía absoluta e ilimitada, como es obvio, es totalmente contrapuesta con cualquier noción de régimen de estado de derecho democrático contemporáneo, en el cual los únicos poderes que el Estado tiene son los que el orden jurídico le otorga en forma expresa o razonablemente implícita”³⁵.

Algunos autores mencionan la posibilidad de eliminarlo, pero dudan si ha llegado el momento oportuno. Importante doctrina nacional se sumó a la crítica, denunciando que las características y los fines que se asignan al poder de policía no se diferencian del resto de la actividad legislativa. Es así como CASSAGNE³⁶ y BALBÍN³⁷ ubican nuestro tema en la “actividad interventora” del Estado y en su “poder de regulación”.

A nadie escapa que sin autoridad no hay Estado y sin Estado no hay posibilidad de vivir en sociedad. Pero al mismo tiempo, sin libertad no hay vida que merezca ser vivida, de allí que corresponda lograr un equilibrio entre prerrogativas públicas y derechos individuales, haciendo que el legislador al limitar la libertad de las personas actúe con acentuada razonabilidad, cuidando que las medidas restrictivas se justifiquen en indiscutibles motivos de bien público y que la restricción de un derecho no degeneren en su liso y llano desconocimiento. “Hay que evitar intoxicarse con las teorías del poder y lo que desde allí se puede hacer en detrimento de las libertades; se debe ser fiel a la premisa inicial de qué es y para qué

³⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas* (Dirección Marcelo Bruno dos Santos), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, pp. 204, 205 y 207.

³⁶ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª edición, 1998, t. II p. 447.

³⁷ Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. II p. 353.

*debe servir el derecho administrativo y no consagrar en cambio un derecho administrativo al servicio de la autoridad y del poder, como el poder de policía*³⁸.

c. Emergencia eterna

El derecho de la emergencia es una forma exacerbada y claramente inconstitucional del poder de policía. Sus dos vertientes tradicionales en Argentina son la emergencia económica (por ej. pesificación de depósitos bancarios en moneda extranjera en 2001) y la emergencia sanitaria (v. gr. prohibición de actividades fuera del hogar debido a la pandemia de Covid 19 en 2020).

Los antecedentes de una institución ya clásica se remontan al año 1922 cuando se sancionó la Ley 11.157 de emergencia locativa (prórroga de los contratos de alquiler de inmuebles y congelamiento del precio de los arrendamientos). Desde entonces las declaraciones de emergencia se sucedieron permanentemente haciendo de la suspensión de la vigencia de los derechos y garantías constitucionales una constante en la historia reciente. La invocación de circunstancias anómalas dio lugar al nacimiento del neologismo “*estado de sitio económico*” y al estudio doctrinario y jurisprudencial del denominado “*derecho de la emergencia*”. Las sucesivas leyes y decretos, que en algunos casos suspendieron y en otros arrasaron los derechos individuales, enarbolaron como fundamento el carácter excepcional de la crisis, lo novedoso de su desencadenamiento y el carácter irresistible del problema.

Se trata de un problema político y jurídico esencial. “*Los temas de la emergencia pública han sido un motivo de gran zozobra en la Sociedad Argentina y en el Estado de Derecho. Hace ya tiempo que se viene percibiendo un progresivo, pero notable deterioro de las instituciones jurídicas en nuestro país, así como una pasiva aceptación de ese fenómeno La emergencia ha permitido la violación de numerosos derechos individuales, se han dejado de lado reglas fundamentales para el funcionamiento de la sociedad La emergencia excepcional se ha transformado en regla permanente, lo cual ha derrumbado las instituciones*”³⁹. “*La emergencia no es solo un problema académico acerca del deslinde de dos o más partes del mundo jurídico, sino un asunto que pone a prueba las bases mismas del Estado de Derecho*”⁴⁰.

³⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Dirección Marcelo Bruno Dos Santos, Buenos Aires, FDA, 1ª edición, 2014, t. 2 p. 207.

³⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. VII.

⁴⁰ Sagües, Néstor P., *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, La Ley 1990-D-1036.

En Italia, donde, al igual que en Argentina, el Estado en general y la Administración Pública en particular gozan de poco crédito⁴¹, la Constitución se ha ocupado de restringir la posibilidad de declaración de emergencia a la excepcional situación de conflicto bélico. En otros países de variada contextura constitucional, como España, Alemania, Grecia y Portugal, la limitación intensa de los derechos individuales solo puede decretarse en circunstancias francamente anómalas: agresión de fuerzas armadas extranjeras, perturbación del orden constitucional o calamidad pública⁴². Entre nosotros en cambio, la emergencia – que por definición debe ser temporaria – es eterna y su rendimiento es ilimitado como ilimitado ha sido el uso (y abuso) de un remedio excepcional como los decretos de necesidad y urgencia, lamentablemente constitucionalizados en 1994. Nuestra emergencia nació con la patria, ya celebró su bicentenario, goza de buena salud y no solo es eterna, sino también instantánea, fácil y (pretendidamente) mágica⁴³.

Un estudio emblemático de AGUSTÍN GORDILLO sobre esta cuestión se publicó en el Diario La Ley del 12 de octubre de 2001 (tomo 2001, F, p. 1050), bajo el título “*El Estado de Derecho en estado de emergencia*”⁴⁴. Allí, con sentido claramente premonitorio dijo: “*Esta emergencia es perpetua porque desde ahora vemos y seguiremos viendo la realidad. Entró en emergencia final la fantasía de los argentinos. La realidad está tan mala como siempre. Solo que ahora se ve que no tiene salida inmediata, tanto que las leyes hoy constatan como inmodificables algunos de sus clásicos parámetros. La emergencia es que la deuda interna diariamente exigible excede los recursos presupuestarios corrientes y por ende no se puede pagar con el dinero que no se tiene*”.

⁴¹ Cassese destaca que, a diferencia de Francia donde el ciudadano tiene un elevado concepto del Fisco, en Italia la percepción pública del rol del Estado y de los funcionarios públicos deja mucho que desear, describiendo los motivos del fenómeno que coinciden con los visibles en Argentina: incerteza en el rol de la alta dirigencia, confusión normativa y competencial, designaciones por amiguismo o pago de favores políticos y tendencia de cada gobierno a introducir reformas estructurales que nunca terminan de acomodarse (Cassese, Sabino, *Lo Stato italiano: tendenze e prospettive*, en Università di Cagliari, *Studi economico-giuridici, in memoria di Franco Leda*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, Vol. I, pp. 157 y sigs.). En ambos casos cabría agregar: altísimo grado de corrupción de funcionarios de todos los niveles.

⁴² Murgia, Costantino, *La limitazione globale dei diritti fondamentali*, en Università di Cagliari, *Studi economico-giuridici, in memoria di Franco Leda*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, Vol. II, p. 797.

⁴³ Botassi, Carlos, *Emergencia económica, jurídica y moral en la Provincia de Buenos Aires*, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 65.

⁴⁴ También publicado en la obra colectiva *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 61.

Han pasado más de dos décadas desde aquel análisis justificadamente pesimista. La emergencia continúa con vocación de perpetuidad, y se renueva permanentemente mediante leyes, decretos de necesidad y urgencia o, lisa y llanamente, apelando a las tradicionales vías de hecho oficiales, consistentes en hacer lo que no se debe y dejar de hacer lo debido.

d. Irresponsabilidad de los funcionarios públicos

Invocando la autoridad de HAURIUO, para quien la responsabilidad pecuniaria del Estado y de sus funcionarios era una garantía constitucional de la libertad, GORDILLO consideró *“decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso. No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos”*. Sin embargo, denunció decepcionado que – en los hechos – en Argentina no existía responsabilidad del agente estatal ya que las víctimas de la mala praxis oficial arremetían contra el Fisco ignorando el rol decisivo de los verdaderos responsables de sus males⁴⁵.

e. Corrupción política

*“La corrupción ha sido y será eterna y por ello así debe ser nuestra lucha contra ella, como la lucha por la libertad y sus enemigos. Al igual ocurre con la libertad de prensa: Las amenazas que sufre no son novedosas, cesarán y renacerán, pero así es como también deben repetirse nuestros esfuerzos cada vez que se produzca su reaparición”*⁴⁶.

La deshonestidad de los gobernantes ha sido una de las causas del subdesarrollo de una nación que posee un envidiable potencial no solo por la extensión y riqueza de su territorio sino también por la creatividad y contracción al trabajo de su población. La corrupción es un mal endémico que atenta contra el Estado de Derecho en la medida que ejemplifica el más alto nivel de conducta

⁴⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas* (Dirección Marcelo Bruno dos Santos), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, pp. 675 y 677.

⁴⁶ Gordillo, Agustín - Rejtam Farah, Mario (Sección III, Isaac Damsky, coord.), *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2014, t. 10 p. 53.

ilícita por parte de las autoridades⁴⁷. En materia de administración de fondos estatales se alude a la imperiosa necesidad de la vigencia de las tres “e”: ética, economía y eficacia. Las dos últimas son imposibles sin un estricto apego a la primera.

Los niveles de corrupción en el sector público se proyectan al denominado “*riesgo país*” y, cuando son elevados, perjudican la concreción de inversiones extranjeras y el otorgamiento de créditos por parte de las entidades financieras internacionales.

El informe correspondiente al año 2023 de la ONG “Transparencia Internacional”, muestra que Argentina, sobre una calificación óptima de 100 (muy baja corrupción) y una escala de cero (país muy corrupto) recibe 37 puntos, es decir que se ubica por debajo de la media de 50 puntos. El estudio destaca que los países que registran menores niveles de corrupción (Dinamarca, Finlandia, Nueva Zelanda) ocupan también los primeros puestos en los índices de Estado de Derecho y buen funcionamiento del sistema judicial.

Además de la comprobada complicidad de los gobernantes cabe resaltar que ni el sector empresario ni el sindical aparecen comprometidos en la lucha contra la corrupción y, por aquello del “ejecutivo fuerte”, el Poder Judicial continúa teniendo lazos de relativa subordinación con el Poder Ejecutivo. Existe, naturalmente, una abundante bibliografía, en la cual el lector hallará un inventario de casos de sorprendente extensión⁴⁸. Puede afirmarse, sin temor a

⁴⁷ Botassi, Carlos, *El derecho frente a la corrupción política*, Jurisprudencia Argentina 2002-I-1029.

⁴⁸ Sin pretender agotar la lista, que colmaría una biblioteca completa, podemos señalar algunas obras relevantes: Barcia, Hugo e Ivancich, Norberto, *Las carpa de Alí Babá*; Buenos Aires, Legasa, 1991; Verbitsky, Horacio, *Robo para la corona. Los frutos prohibidos del árbol de la corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1991; Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993; Ruiz Nuñez, Héctor, *Corruptos y Corruptores*, Buenos Aires, Ediciones de la urraca, 1993; Grondona, Mariano, *La corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993; Blanco, Eduardo, *Aerolíneas. Argentina arrodillada*, Buenos Aires, Edit. El Otro Mundo, 1993; Natale, Alberto, *Privatizaciones en privado*, Buenos Aires, Planeta, 1993; Carnota, Fernando y Talpone, Esteban, *El palacio de la corrupción*, Buenos Aires, Sudamericana, 1995; Vidal, Armando, *El Congreso en la trampa. Entretelones y escándalos de la vida parlamentaria*, Buenos Aires, Planeta, 1996; Casella, Beto y Villarruel, Darío, *La mano en la lata. Diccionario de la corrupción argentina*, Buenos Aires, Grijalbo, 2000; Rígoli, Orlando J., *Las mejores anécdotas del Congreso. Grandezas y miserias de nuestros legisladores*, Buenos Aires, Planeta, 2000; Rígoli, Orlando J., *Senado S.A. Una maquinaria en funcionamiento*, Buenos Aires, Planeta, 2000; Majul, Luis, “*El Dueño*”, Buenos Aires, Planeta, 2009; Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla* (Prólogo de Agustín Gordillo), Buenos Aires, RPA, 2007; Mayol, Federico, *Amado. La verdadera historia de Boudou*, Buenos Aires, Planeta, 2012; Alconada Mon, Hugo, *Boudou-Ciccone y la máquina de hacer billetes*, Buenos Aires, Planeta, 2013.

equivocarse, que, a pesar de la proscripción formal de los actos de corrupción, la realidad indica que los casos ventilados por la prensa son cada vez más numerosos al tiempo que los procesos penales conocidos no son tantos y en contadas ocasiones culminan en condenas.

Mientras esto sucede en los hechos, el derecho positivo ofrece un catálogo insuperable de reglas (inaplicadas) para combatir el desfalco público. El art. 36 de la Carta Nacional llega a establecer que *“atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando imposibilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”*.

Por lo demás la Argentina es signataria de la “Convención Interamericana contra la Corrupción” (Caracas, 29.3.96), cuyos considerandos señalan que la democracia, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, se ve amenazada por la corrupción. Asimismo, Argentina ha suscripto la “Convención contra el Cohecho de Funcionarios en las Transacciones Internacionales”. Y el Código Penal describe una numerosa gama de conductas oficiales que son tipificadas como “delitos contra la Administración Pública”: “abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público” (arts. 248 a 253); “cohecho y tráfico de influencias” (arts. 256 a 259); “malversación de caudales públicos” (arts. 260 a 264); “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” (art. 265); “exacciones ilegales” (arts. 266 a 268); “enriquecimiento ilícito” (art. 268) y “prevaricato” (arts. 269 a 272). Existe también una “Ley de Ética Pública” y numerosas disposiciones vinculadas al tema en las normas que regulan el vínculo de empleo público.

A su turno resultan muy numerosas las reparticiones oficiales que poseen algún tipo de competencia vinculada con la lucha contra la corrupción y no son pocos los organismos nacionales especializados en el tema. Así por ejemplo la “Oficina Nacional de Ética Pública”, el “Consejo Asesor de Ética Pública” y la “Oficina Anticorrupción”.

GORDILLO denunció permanentemente el flagelo de la corrupción⁴⁹ y llamó la atención sobre un documento internacional cuya trascendencia no había sido destacada por la doctrina. Celebró y difundió la rúbrica de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759, Boletín Oficial 17.1.1997), explicando que sus disposiciones *“modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado, reforman sustancialmente los regímenes de*

⁴⁹ Por ejemplo, en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 1997, t. 1 Cap. XVI; *La Administración. Función Pública. Una reflexión actual*, en AA. VV., *El Derecho Público de Finales de Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BVV y Civitas, Madrid, 1997, Cap. III *La corrupción como parasistema*.

*contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos y entes reguladores en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores; alcanzan a los organismos de control como la SIGEN y la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo de la nación, modifican el régimen jurídico básico de la función pública, la responsabilidad penal constitucional del art. 36, la ley del Cuerpo de Abogados del Estado y el decreto-ley de procedimientos administrativos; modifican el régimen de las facultades regladas y discrecionales de la administración. Inciden en la relación con los usuarios de los concesionarios y licenciatarios en situación de monopolio o exclusividad en la prestación de los servicios públicos, tienen efectos sobre la ganancia de éstos que exceda límites objetivos justos y naturales, etc.*⁵⁰.

Como síntesis de su estudio – cuya mínima reseña excedería el espacio del cual disponemos – destacó que *“finalmente se comienza a comprender que la constelación de delitos y fallas e intersticios del sistema terminan por socavar los propios cimientos del Estado, con lo cual la cooperación internacional en la pretensión punitiva deviene indispensable”*.

3. El debido proceso como garantía de defensa de la libertad

Uno de los primeros aportes de GORDILLO al desarrollo del Derecho Administrativo fue explicar que su objeto no era solo el estudio de la función administrativa sino también la protección judicial existente contra esta. En su Prólogo a la obra de INÉS D'ARGENIO, *La Justicia Administrativa en Argentina. Nueva jurisprudencia*, advirtiendo que de una u otra manera el objeto del juicio será cuestionador del ejercicio del poder estatal, destacó que en el proceso administrativo *“es donde más se advierte la necesidad del coraje cívico que debe tener el juez”*⁵¹.

El *“coraje cívico”* deviene esencial toda vez que las leyes, generalmente proyectadas por el Poder Ejecutivo, junto a los reglamentos de su directa producción, constituyen con frecuencia el soporte de la arbitrariedad administrativa, de allí que actualmente viene imponiéndose con énfasis creciente un retorno a la valoración de los *“principios”* del orden jurídico como son la razón, la equidad y – fundamentalmente – el debido proceso, al que cabe considerar un

⁵⁰ Gordillo, Agustín, *Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana contra la Corrupción*, Diario La Ley del 1.9.1997, p. 1.

⁵¹ D'Argenio, Inés, *La Justicia Administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*, 2º ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. 18.

“*principio jurídico supranacional*” garantizado por los artículos 8 y 25 de la citada Convención⁵².

Tanto en el sistema anglosajón como en el derecho de raíz continental-europea el debido proceso está considerado el punto de encuentro entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal. Un derecho humano fundamental y, a la vez, una garantía esencial que tanto se opone al abuso de poder de las autoridades, como permite la contradicción igualitaria en todo tipo de proceso y habilita el control de constitucionalidad no solo de las sentencias de los tribunales inferiores, sino también respecto de las leyes y de las decisiones del Poder Ejecutivo⁵³.

Ya consolidado el concepto tanto en su condición de valladar frente a la autoridad pública como en su calidad de herramienta procesal para la tutela de los derechos de cualquier índole, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión Consultiva n° 16 de 1999, explicó que “*para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables*”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado en varias oportunidades que una serie de normas constitucionales y convencionales⁵⁴ “*resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva*”, considerado

⁵² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10° edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, pp. VI-30 y sigs.

⁵³ Cassagne, Juan Carlos, *Principios generales del procedimiento administrativo*, en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, pp. 19 y sigs., quien recuerda que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) garantiza a toda persona disponer de un recurso “efectivo” para defender sus derechos y libertades. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la protección del art. 8 de la Convención no se limita al ámbito estrictamente judicial, sino que se extiende a todo proceso que se sustancie frente a una autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial (CIDH, caso *Tribunal Constitucional c/ Perú*, Serie C n° 71, sent. del 31.1.2001. Ampliar en de Martini, Siro, *Los estándares internacionales del debido proceso legal*, en Palazzi, Eugenio Luis (Director), *Estudios de Derecho constitucional con motivo del bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 571 y sigs.

⁵⁴ Arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8 y especialmente 25 inc. 2°, ap. “c” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2 inc. 3°, apartados “a”, “b” y especialmente “c” y art. 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las reglas convencionales no constituyen solamente derecho supranacional, sino que han sido incorporadas al ordenamiento argentino interno, aplicable a toda situación que quede comprendida en ellas. Esa condición de derecho interno, luego de la reforma constitucional de 1994 y el texto del art. 75 inc. 22 es ahora de nivel constitucional. Ampliar en Gordillo, Agustín - Flax, Gregorio, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 6ª edición, 2007, p. II-13.

una “garantía” que “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia o decisión útil”⁵⁵, sin que sea necesario que se dicte una reglamentación interna del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁶, ya que numerosos acuerdos suscritos por nuestro país han sido dotados de rango constitucional o calificados como de jerarquía superior a las leyes por el art. 75 inc. 22⁵⁷ de la Constitución reformada en 1994.

El art. 18 de la Constitución Nacional reza: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice*”.

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ había señalado en 1897 “que el artículo 18 de la Cons-

⁵⁵ CSJN, *Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER-Decreto 310/98 s/Amparo ley 16.986*, 14.10.2004, Fallos t. 327 p. 4185; La Ley t. 2005-B p. 673, con cita de Fallos t. 310 p. 276; t. 310 p. 937 y t. 311 p. 208. Ver, asimismo, Urrutigoity, Javier, *El principio de tutela administrativa efectiva*, J.A. 2005-IV p. 1383, donde se analiza el caso *Astorga Bracht* y sus aplicaciones prácticas.

⁵⁶ CSJN, *Vukic, Juana c/ Banco de la Nación Argentina*, 25.4.2000.

⁵⁷ Constitución Nacional, art. 75 “*Corresponde al Congreso...*”, inc. 22: “*Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*”.

titución, en cuanto contiene todas las garantías a favor de la persona, es el baluarte de la libertad individual”⁵⁸. Pocos años más tarde DE VEDIA explicó que esa norma se había inspirado en los principios de “la libertad personal en Inglaterra” y que incluía las “garantías del juicio”, esto es la “prohibición de toda orden general de arresto” y la necesidad de que el mandato de detención indique la autoridad de quien lo expide y la identidad del agente que debe ejecutarla, junto a los datos precisos de la parte contra quien va dirigida⁵⁹. En definitiva, se consideró que esta garantía constituye una derivación del principio de legalidad descrito genéricamente en el artículo 19 de la Constitución cuando establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”⁶⁰.

En el proceso administrativo el acceso al juicio, hacer que el particular tenga su “día en el juzgado” suele ser una empresa difícil que requiere de una lucha intensa. La tutela judicial efectiva en el tramo inicial del juicio se ve amenazada por valladares de variada índole (acto de gobierno e institucionales no revisables judicialmente, zona de reserva del Poder Administrador, ámbito de discrecionalidad, reclamo administrativo previo, agotamiento recursivo de la vía administrativa, plazos breves de caducidad, pago previo en materia tributaria). Son numerosas las demandas que se rechazan *in limine litis* por cuestiones ajenas a la justa solución del diferendo. “Si en tal caso el juez dice que el individuo tiene seguramente razón, pero que equivocó la vía, no hizo el reclamo previo, no agotó la instancia, etc., lo que hace es claro: no otorga la tutela impetrada, cualquiera sea el motivo invocado Parte de un buen gobierno es tener una justicia que lo controle y le anule sus actos cuando los perciba ilegítimos”⁶¹.

“Si tuviera que optarse entre vivir bajo el debido proceso legal con leyes autoritarias, o bajo leyes liberales sin el debido proceso legal, la primera alternativa es claramente preferible...La mejor ley, aplicada mal es disvaliosa en su resultado final”⁶²

El mantenimiento de tales obstáculos para el momento inicial y crítico del

⁵⁸ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Editorial Estrada, 1983, p. 183.

⁵⁹ de Vedia, Agustín, *Constitución Argentina*, Buenos Aires, Coni Hnos., 1907, p. 95.

⁶⁰ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 4ª edición, 2008, t. I p. 278.

⁶¹ Gordillo, Agustín; Gordo, Guillermo; Loiano, Adelina y Rossi, Alejandro, *Derechos Humanos*, 2º Edic., Reimpresión 1997, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, capítulo VII a cargo de Agustín Gordillo, *El deficiente acceso a la justicia y privación de justicia como violación del sistema de derechos humanos*, p. VII-2.

⁶² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 10º edición, 2009, t. 1 p. VI-27.

debido proceso hizo que GORDILLO denunciara “*la no justiciabilidad del Estado*”⁶³, explicando que “*el acto de gobierno y el poder de policía, las armas mortíferas del derecho administrativo autoritario de otrora, han quedado tan desautorizados moral y políticamente que ya no parece necesario acudir a ellos, cuando se han descubierto palabras nuevas con las cuales conseguir el mismo resultado: Hoy son la emergencia, la delegación legislativa sine die, por culpa de un Congreso que desafió durante una década la condena histórica del art. 29 de la Constitución nacional, sumado al manejo hiperdiscrecional de los fondos públicos, los superpoderes, tanto más. No hace falta más*”⁶⁴.

Siguiendo la línea de pensamiento de IHERING, para quien la esencia del Derecho era la realidad, en su autobiografía GORDILLO relata que la experiencia lo llevó a comprender “*que ejecutar al Estado la sentencia firme que lo condena, es difícil y a veces ni siquiera posible*”, y dirá: “*Aprendí con mis clientes a transar, con la sentencia favorable consentida, para lograr que algo de ella se transforme en hechos, renunciando mi cliente, otra vez, a una parte sustancial de sus derechos reconocidos por sentencia, para al fin cobrar algo. Advertí que los letrados del Estado en juicio tienen un mandato tácito, demorar y disminuir*”⁶⁵.

4. Palabras finales

AGUSTÍN GORDILLO supo adaptarse como nadie a los bruscos cambios políticos y económicos de finales del siglo XX que modificaron de raíz el rol del sector público, limitando su poder y ensanchando el ámbito de libertad de las personas al cobijo del desarrollo de los derechos humanos. Él mismo se encargó de explicar su actitud crítica y renovadora: “*Si los académicos y doctrinarios no asumen sobre sí la carga de la renovación y crítica constante de las ideas ¿quién lo habrá de hacer por ellos? O, dicho de otra manera, ¿quién tiene en la sociedad más deber moral de producir ideas nuevas que mejoren el sistema jurídico? Si no son los escritores y profesores, si estos se limitan a explicar el orden constituido, repetir lo que las leyes y sentencias ya han resuelto antes que ellos, y omiten criticar los*

⁶³ Es el título del Capítulo VIII de su *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado* (Dirección Marcelo Bruno dos Santos), 1° edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.

⁶⁴ Ídem, pp. 343/344. “*El trasfondo político es siempre el mismo: Cómo retacear el control judicial, cómo permitir que la administración actúe fuera de la ley, en contra de la Constitución, de la racionalidad, impunemente*” (p. 345).

⁶⁵ Gordillo, Agustín, *A mi padre: este soy yo (Carl Rogers). Aprender y enseñar. Caos, creación y memoria*, Separata del T. 10 del *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1° edición, 2014, p. 105.

*vacíos y los errores de ambos, entonces se produce un reciclaje constante de las mismas viejas ideas: se enseña al alumno de hoy, magistrado o legislador de mañana, las ideas y principios aprendidos del pasado ya insuficientes en la sociedad de hoy*⁶⁶.

Por supuesto que la honestidad intelectual provoca reacciones adversas. Con palabras de GORDILLO: *“Siempre he pagado precios de todo tipo por defender y ejercer mi libertad, y los sigo pagando. El ejercicio de la libertad siempre tiene precio, pero también tiene precio, muy distinto, su no ejercicio”*⁶⁷.

La influencia, que siempre gustó de resaltar, de RAFAEL BIELSA, JORGE TRISTÁN BOSCH, MANUEL MARÍA DIEZ y JUAN FRANCISCO LINARES, se hizo evidente en la postura ética de GORDILLO que lo llevó a describir con gran agudeza *La Administración Paralela*⁶⁸ y a ocuparse y preocuparse por el flagelo de la corrupción administrativa como una de las causas de la ineficiencia del Estado que es lo mismo que aludir al origen de la infelicidad de gran parte de la población. Por ello era inevitable que desembocara en el análisis de las convenciones internacionales contra la delincuencia oficializada y en el estudio de la justicia administrativa internacional, para concluir impulsando, a través de sus escritos y como uno de los primeros titulares de esa materia en la U.B.A., el estudio de los Derechos Humanos.

En su emblemático prólogo al *Tratado*⁶⁹, JORGE A. SÁENZ destacó *“la permanente actitud de Gordillo contra el autoritarismo y el poder”*, elaborando *“una teoría jurídica donde rescata la función del intelectual como defensor de las libertades públicas y de los derechos sociales marcando a fuego a las teorías jurídicas – y dentro del derecho administrativo a varias – que están al servicio del poder o son elaboradas exclusivamente para justificarlo y consolidarlo, de cualquier signo que sea, más allá de la buena fe de sus autores”*. Cuarenta años antes, en el prólogo a *El acto administrativo* de 1963 (reproducido en la 4ª edición del tomo 3º del *Tratado*, aparecido en 1977), JUAN FRANCISCO LINARES escribió respecto de su joven discípulo: *“No quiero terminar sin decir algo sobre el profundo sentido político arquitectónico encerrado en el trabajo del Dr. Gordillo. Es el sentido de justo equilibrio en todo aquello no previsto por ley expresa en donde pueden entrar en conflicto la libertad y la autoridad. Independiente, dotado de una vigorosa capacidad de análisis y de síntesis y de un fino sentido jurídico, se advierte en él*

⁶⁶ *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1984, pág. XIV.

⁶⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas* (Dirección: Marcelo A. Bruno dos Santos), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, t. 7 p. 26.

⁶⁸ Madrid, Civitas, 1982 reimpresso en 1995, traducido y publicado en Italia en 1987.

⁶⁹ Aparecido por primera vez en el tomo 1 de la edición mexicana de 2004 (UNAM, PORRÚA y FDA).

una serena equidistancia de lo que pudiera ser pasión sectaria, prejuicios políticos, ideología totalitaria o individualista. No puede menos que celebrarse que el Derecho Público lo haya atraído con sus vastas extensiones de tierra ignota”.

No cabe duda que GORDILLO enseñó (y todavía enseña a través de su obra imperecedera) impulsado por un ideal que hizo escuela en los miles de alumnos que recibieron sus clases magistrales, leyeron sus obras monumentales y difundieron sus ideas desde la cátedra, escribiendo trabajos de doctrina o escritos forenses. Porque, en definitiva, *“la creatividad es una característica universal de los seres humanos, y toda persona posee tanto la potencialidad para desarrollarla como el peligro de reducirla, no tratándose por lo demás de una cuestión de inteligencia, sino de una multiplicidad de factores”*⁷⁰. Entre esos “factores” ocupa un lugar preponderante el reclamo ético y libertario de GORDILLO, por un mejor Estado, una mejor Administración, mejores servicios, menos burocracia, más legalidad, menos corrupción, menos autoritarismo, menos discrecionalidad, menos presunción de legitimidad, menos ejecutoriedad, menos indefensión del ciudadano, mejor calidad de vida para la gente y más libertad.

⁷⁰ Gordillo, Agustín, *El método en Derecho*, Madrid, Civitas, 1988, reimpresión 1995, pág. 117.

LAS LIMITACIONES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL PENSAMIENTO DE AGUSTÍN GORDILLO

POR ROSAURA CERDEIRAS¹

Como entre lenguaje y mundo, tampoco entre la norma y su aplicación hay ningún nexo interno que permita derivar inmediatamente una de la otra

(Agamben, Giorgio, Estado de excepción, Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo editora, 2004, pág. 83.)

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Pensar el derecho. – 3. Hechos, valoraciones y normas. – 4. Las limitaciones del conocimiento jurídico.

1. *Introducción*

Estas reflexiones forman parte de una obra colectiva en homenaje al Profesor AGUSTÍN GORDILLO, y es un inmenso honor para mí participar de la misma.

AGUSTÍN nos dejó a poco de comenzado este año 2024, y su partida, más allá de la tristeza que me provocara, se hizo presente bajo la forma de un profundo vacío.

El vacío que supone la pérdida de una voz imprescindible del derecho administrativo argentino que ya no estará entre nosotros.

AGUSTÍN GORDILLO me abrió un camino en la forma de entender y de enseñar el derecho.

La confianza que desde siempre me prodigara, me inspira y me obliga al desafío que supone no abandonar ese camino, aun a sabiendas que no me encuentro a la altura de su legado.

GORDILLO fue siempre generoso y abierto. Un infatigable provocador en el mejor de los sentidos, un incansable contrastador de ideas, un popperiano hecho y derecho, un infatigable creador.

Y tuvo la grandeza de regalarnos su pensamiento, siempre disponible gratuitamente en internet desde que fue posible, qué difícil no tener hoy su palabra

¹ Abogada (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires), Magisterestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, título en trámite), Profesora Regular Adjunta de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.B.A.), Ex Profesora adjunta interina Ex integrante de la Cátedra de Derecho Administrativo del Profesor Agustín Gordillo.

entre nosotros, e imposible no preguntarnos a cada momento ¿en qué estaría pensando ahora?

2. Pensar el derecho

GORDILLO con su visión siempre adelantada advirtió antes que nadie sobre la internacionalización del derecho y del derecho administrativo, y creo yo que en parte eso fue producto de su experiencia como miembro de Tribunales Internacionales (como los del BID, la OEA, el FMI, la ONU, la OIT, etc.), experiencia que también tuvo la grandeza de difundir poniendo al descubierto lo que siempre nos está vedado: conocer la realidad de cómo se construye una decisión. Inevitable no recordar en este punto su célebre “Cómo leer una sentencia”² y luego su charla más reciente: “Cómo se hace una sentencia en el derecho administrativo global y local”.³

Asistimos en este momento en la Argentina a un proceso que podríamos denominar de huida del derecho público hacia el derecho privado, en parte seguramente por la “desconfianza legítima” que hemos sabido construir a tenor de los vaivenes políticos por los que ha atravesado nuestro país.

Este proceso se inscribe en una situación actual de la humanidad muy particular donde “pensar” es sumamente difícil, en el marco de una “modernidad líquida” de colapso del pensamiento y de la acción a largo plazo, en la cual *la desaparición o el debilitamiento de aquellas estructuras que permiten inscribir el pensamiento, la planificación y la acción en una perspectiva a largo plazo, reducen la historia política y las vidas individuales a una serie de proyectos de corto alcance (...)*.⁴

El primer capítulo del Tomo I del indispensable *Tratado de Derecho Administrativo* de GORDILLO se denomina *El Método en Derecho*, y comienza con la siguiente afirmación: *No es conducente adentrarse a estudiar la teoría y el régimen de la actividad administrativa sin tener una teoría general del derecho y del derecho administrativo, o previa explicación de al menos algunos de los elementos de metodología del conocimiento y de teoría general del derecho de los cuales el autor parte (...)*.⁵

Y es que: *La falta de metodología y filosofía lleva a graves contradicciones – y esto es lo menos grave – (...) pero también lleva a inventar falsos problemas de*

² Gordillo, Agustín, *Cómo leer una sentencia*, disponible en https://www.gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf.

³ Disponible en <https://gordillo.com/video-2020-alda.php>.

⁴ Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Buenos Aires, Ed. Tusquets, 2017, págs. 9 y 10.

⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, disponible en <https://www.gordillo.com>, Tomo I, pág. I-1.

*lenguaje como supuesta solución a problemas jurídicos, como creer que se puede mutar una institución por el sólo artilugio de cambiarle de designación (en vez de actos de gobierno o actos no justiciables, “actos institucionales” o “actos constitucionales”), etc. Es aquella orfandad ideológica la que lleva a estos desaguisados menores pasando por los dogmas mayores que se han inventado para el poder. Es ser consejero y asesor del soberano: El mal consejero que le dirá que es derecho todo lo que al príncipe le plazca.*⁶

En sentido similar, GUIBOURG afirma en la Introducción de su libro *Provocaciones. En torno al derecho*, que la reflexión filosófica es necesaria para los juristas.⁷

Yendo un poco más allá, y a partir de la adhesión al postulado que emparenta “ser” y “pensar”, estimo que tal reflexión se torna imprescindible no solo para los juristas sino para toda la humanidad, resultando que *pensar* es una práctica en extinción en estos días⁸ y que se impone propender a su restablecimiento si creemos que un mundo distinto es posible, todavía.

En este contexto es que nos interrogamos acerca del estado actual del derecho administrativo y del derecho en general, sus potencialidades y sus limitaciones.

D'ARGENIO⁹, siguiendo las enseñanzas de FIORINI, postula – en opinión que compartimos – que el contenido de la relación jurídica administrativa y de la situación jurídica consecuente, no proviene de un “poder” de la Administración sino de normas de superior jerarquía. Cita en este punto a GORDILLO quien desde siempre nos advirtió sobre esa práctica negativa de nuestra disciplina: la de comenzar la aplicación del derecho por un decreto del Poder Ejecutivo en lugar de hacerlo por el orden internacional de los derechos humanos, práctica derivada de la convicción de que la Administración es un “poder”.

Nos ubicamos entonces en esta perspectiva del derecho administrativo, y desde la concepción de NIETO¹⁰ conforme la cual la tarea de la administración no es ejecutar la ley sino satisfacer las aspiraciones de la colectividad, sin ceder por ello un paso en la defensa de los intereses individuales.

⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, disponible en <https://www.gordillo.com>, Tomo I, pág. I-2.

⁷ Guibourg, Ricardo A., *Provocaciones. En torno al derecho*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2010.

⁸ En la versión textual de los dos cursos que dictó Martín Heidegger durante el semestre de invierno 1951-52 y el semestre de verano 1952 en la Universidad de Friburgo Breisgau, dicho autor afirmaba que *Hombre, empero, se denomina aquel que es capaz de pensar (...)*, y que: *Lo gravísimo de nuestra época grave es que todavía no pensamos*. Heidegger, Martín, *Qué significa pensar*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Agebe, 2012, págs. 9 y 11.

⁹ D'Argenio, Inés A., *La incidencia negativa del derecho administrativo en la satisfacción efectiva de los derechos humanos*, disponible en https://issuu.com/adadelaciudad/docs/ada_revista_5/1.

¹⁰ Nieto, Alejandro, *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Colec-

3. Hechos, valoraciones y normas

Los sistemas jurídicos han evolucionado hacia la incorporación en su derecho positivo de ciertos principios o derechos que se consideran inherentes a la condición humana. De este modo, como señalaba GORDILLO “(...) *ya no basta con que la administración esté sometida a la ley y ésta a la Constitución, sino que todo el derecho interno está sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas*”.¹¹

En este sentido, el nuevo texto de la Ley de Procedimientos Administrativos de la República Argentina recientemente modificada por la Ley N° 27.742 denominada “Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” (publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el pasado 08/07/24), en su artículo 1° *bis* al enumerar los principios fundamentales del procedimiento administrativo sustituye la referencia al “principio de legalidad” por el de “juridicidad”.

Más allá del debate respecto de las implicancias de tal sustitución – no es el objetivo de este trabajo escudriñar en tal asunto-, no cabe duda que la misma – como mínimo – viene a reafirmar, como ya señalaba GORDILLO, que *la acción administrativa ha de ser conforme a derecho y a los principios generales del derecho administrativo*¹².

En todo caso el problema seguirá siendo el mismo, la aplicación en la práctica de estos principios.

La Argentina a partir de 1994 incorporó a su texto constitucional los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía normativa superior a las leyes en los términos de su artículo 75 inc. 22.

Solo para citar uno de ellos, en el Preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica se reconoce que los “derechos esenciales del hombre” no “nacen” de un “ser nacional” determinado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, y se afirma que ello justifica su reconocimiento internacional de naturaleza convencional.

También se afirma en el mismo que *sólo puede realizarse el ideal del ser hu-*

ción estudios de historia de la administración, editado por el Instituto Nacional de Administración Pública de España, 1974, en una obra publicada por el INAP de España; citado por Bluske, Guillermo, “En torno al Método: Reflexiones, lecturas y trabajos”, en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, disponible en https://gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap20.pdf, Tomo VI, Cap. XX.

¹¹ Gordillo, Agustín - Flax, Gregorio, *Derechos Humanos*, disponible en <https://gordillo.com>, Cap. II, pág. II-4.

¹² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, disponible en www.gordillo.com, Tomo IV, Cap. 9 El procedimiento administrativo, pág. IX-41.

mano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Y entre los deberes de los Estados Parte estipula que los mismos se comprometen a adoptar *con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

La incorporación de estos “derechos” al denominado “derecho positivo” con jerarquía superior a las leyes, debiera haber clausurado la vieja polémica acerca de su operatividad derivada o directa. Y, por cierto, debiera haber tenido muchas otras consecuencias en el goce efectivo de los derechos económicos sociales y culturales que el Estado tiene el deber y la responsabilidad de asegurar.

Sin embargo, como señala GORDILLO en su “Nota 6” de ese gran glosario que realizó al texto de ALEJANDRO NIETO sobre *Las Limitaciones al Conocimiento Jurídico*¹³, a pesar de que la Argentina suscribió muchos pactos internacionales de derechos humanos, la Justicia nunca los aplicó en forma directa. Aún después de su incorporación a la Constitución Nacional en 1994 tuvo que pasar un largo tiempo para encontrarlos referenciados en las sentencias judiciales.

De pronto se pusieron “de moda” y todas las sentencias comenzaron a incluir citas de los pactos internacionales de derechos humanos. Pero no ocurrió lo mismo, por ejemplo, con los pactos internacionales contra la corrupción.

En el mismo sentido se expresa MAIRAL¹⁴ quien, en su reciente comentario a las modificaciones a la Ley N° 19.549, reitera su escepticismo acerca de la eficacia de los principios generales para mejorar la protección de los particulares.

A mi modo de ver ese escepticismo se cuele por los intersticios que supone la dificultad que presenta la aplicación de los principios generales del derecho en la resolución de casos y, en definitiva, en la realización del ideal de justicia.

Destaca MAIRAL¹⁵ que cuando las normas enuncian *principios en lugar de reglas, el legislador delega en el juez la construcción de la norma, dado que, frecuentemente, un principio puede oponerse a otro (por ejemplo, la tutela administrativa efectiva frente a la seguridad jurídica), exigiendo así al tribunal arbitrar entre los principios en pugna.*

El asunto nos remonta a la distinción que hace ALEXY entre reglas y principios. Según este autor, *los principios son normas que ordenan que algo sea reali-*

¹³ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones al conocimiento jurídico*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pág. 76.

¹⁴ Mairal, Héctor A. y Veramendi, Enrique V., *La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos*, en Revista Jurídica La Ley, 12/07/2024, TR La Ley AR/DOC/1777/2024.

¹⁵ Mairal y Veramendi, ob. cit.

zado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por ello los considera como *mandatos de optimización*, los cuales, pueden ser cumplidos en diferente grado, dependiendo no sólo de las *posibilidades reales* sino de las *posibilidades jurídicas*, determinadas estas últimas por reglas y principios opuestos.¹⁶

Así, señala este autor, que los “conflictos entre reglas” se resuelven introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que la elimina, o declarándola inválida en el caso concreto.

En cambio, una “colisión entre principios” se dirime estableciéndose una relación de precedencia condicionada que consistiría en definir, en el caso concreto, cuáles son las condiciones bajo las que un principio precede al otro (de modo tal que, en otro caso, bajo otras condiciones, la cuestión de precedencia podría ser resuelta inversamente)¹⁷.

Se desprende de lo expuesto la necesidad de dejar explicitadas claramente, cuáles son las “condiciones” – los presupuestos fácticos – en razón de las cuales se resuelve – en el caso concreto – “crear una regla de excepción” o establecer la “precedencia” de un principio por sobre el otro, de modo tal de poder luego, al contrastar esa decisión con otras, juzgar acerca de su coherencia y consistencia argumental, lo que resultaría deseable en orden al principio de la “seguridad jurídica” al que debería propender el sistema.

En palabras de GORDILLO: los hechos, siempre los hechos.

Pero, en cualquier caso, aun cuando explicitemos los hechos relevantes del caso debido a los cuales daremos preeminencia a la aplicación – o inaplicación – de una norma o principio por sobre otro, aún restará un ámbito de discrecionalidad en lo referido a la selección de cuáles son los hechos relevantes a considerar en la decisión del caso, lo que también encierra un análisis valorativo.

Como advierte CUETO RUA, *en el plano de la realidad individual y concreta no se encuentran jamás dos casos que sean iguales; existe una mayor o menor similitud, pero nada más. Dos casos pueden ofrecer similitud en ciertos aspectos, más diferirán en otros.*¹⁸

Tampoco habrá que olvidar como señala GORDILLO que: *En situaciones normales lo que se escribe en la sentencia no refleja todo lo ponderado por el tribunal*¹⁹,

¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 83 - 86.

¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 90.

¹⁸ Cueto Rúa, Julio C., *El common law*, disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/10/rucv_1957_10_9-39.pdf, pág. 15.

¹⁹ Gordillo, Agustín A., *Cómo leer una sentencia*, disponible en https://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf, pág. V.12.

razón por la cual muchas veces el proceso valorativo se encuentra incluso oculto o velado. Ejemplo de ello son las motivaciones de la decisión vinculadas al impacto que la misma puede proyectar directamente o en la resolución de casos futuros.

En otro orden de ideas apunta CÁRCOVA que cuando los jueces “juzgan” éstos *interpretan, valoran, deslindan, estipulan*, y no lo hacen de una manera *monádica, aislados, solitarios*, sino como *seres sociales, portadores de una cultura técnica pero irreductiblemente permeables al conjunto de representaciones, estados de conciencia y visiones del mundo que comparten con sus congéneres y que coadyuvan, con su trabajo, a veces a conservar y otras veces a transformar*²⁰.

Lo que se quiere señalar es que, por más esfuerzos que hagamos, siempre encontraremos presente un plano axiológico en el proceso de toma de decisión de cada caso judicial, resultando que no es posible asegurar que el sistema jurídico provea de una única solución posible para cada caso concreto.

En sentido concordante se ha expuesto que *la decisión judicial no hace referencia a un concepto unívoco, sino que, conforme a la postura jurídica, filosófica y sociológica que se adopte, esta se inclina a favor de un lado u otro*.²¹

Y es que aun cuando, como señala GORDILLO, solo aceptemos la hipótesis de que quien ejerce la función jurisdiccional es un “juez” – esto es un funcionario imparcial e independiente desinteresado de la contienda que debe resolver-, *los argumentos normativos y jurisprudenciales estarán inevitablemente teñidos por las valoraciones expresas o implícitas de justicia, seguridad, orden, etc., según la percepción de cada magistrado o funcionario*.²² Ello dado que, la imparcialidad e independencia no suponen la neutralidad.

Son los problemas y los límites del derecho.

4. Las limitaciones del conocimiento jurídico

El derecho es una disciplina de casos y problemas singulares, cuya resolución encierra necesariamente un proceso valorativo, proceso en el cual – indetectiblemente – tendrá su peso la postura jurídica, filosófica y sociológica que el

²⁰ Cárcova, Carlos María, *¿Qué Hacen los Jueces Cuando Juzgan?*, disponible en <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1806/1502>.

²¹ González Romero, Raúl - Samper Fajardo, Andrés - Zapata Montoya, Jairo, *Algunas cuestiones sobre la decisión judicial en la Teoría del Derecho*, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4707736>, pág. 37.

²² Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones al conocimiento jurídico*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pág. 79.

operador jurídico al que le toque intervenir en el caso concreto adopte a tales fines.

No hay duda de que nadie es neutral en la toma de decisiones, tampoco lo es el juez, y de ahí el énfasis de AGUSTÍN en hacer depender el ejercicio de la función jurisdiccional – principalmente – de la imparcialidad e independencia de aquellos que la ejercen.²³

Pero la cuestión no es solo la complejidad que encierra el ejercicio de ese necesario proceso valorativo sino las dificultades que supone tener acceso al mismo. Pues, como también enseña GORDILLO, en las decisiones judiciales *las normas en juego y los precedentes judiciales* allí citados son *tan solo armas y argumentos de la discusión, no son el debate mismo, sino los instrumentos del debate*²⁴, pues *la parte más jugosa de una decisión judicial bien debatida casi nunca es la que aparece en la versión final*²⁵.

Y es que como él señala, el magistrado al evaluar su decisión seguramente tendrá en cuenta si la misma resultará satisfactoria para la comunidad, la posibilidad real de cumplimiento de su sentencia, si *hará justicia*, aunque perezca el mundo, o si en el orden de prelación de los valores el valor seguridad jurídica prevalecerá sobre el valor justicia²⁶, etc.

Valga aquí traer a colación la crítica de DUNCAN KENNEDY²⁷ a la retórica jurídica, la que se presenta con pretensiones de neutralidad e imparcialidad cuando, en realidad, señala el autor, lo que subyace a las reglas y a las decisiones judiciales son debates de tipo ético que encarnan dilemas “entre visiones irreconciliables de la humanidad y de la sociedad.”

Por ello entiendo que, cuando GORDILLO realiza todas estas observaciones que se vienen señalando, lo que en definitiva está marcando son las limitaciones del conocimiento jurídico.

Y vinculo sus observaciones con la función del derecho como conservadora del orden jurídico vigente, y con la perspectiva sistémica de LUHMANN quien cuando analiza la vinculación entre derecho y política afirma que: *Para asegurar la eficacia de la norma jurídica, el Derecho debe acoplarse estructuralmente con el subsistema político. Por consiguiente, el acoplamiento estructural entre los subsis-*

²³ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, ob. cit., pág. 80.

²⁴ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, ob. cit., pág. 79.

²⁵ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, ob. cit., pág. 76.

²⁶ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, ob. cit., págs. 78 y 79.

²⁷ Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, (89 Harv. L. Rev. 1685 1976), pág. 1685; citado por Miljiker, María Eva, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico”, en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras seleccionadas*, Tomo 7, Capítulo III, pág. 31, cita 7. Disponible en https://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo03.pdf.

*temas Jurídico y Político es una vinculación por medio de la cual estos se influyen recíprocamente, lo que resulta compatible con la autonomía de cada sistema, en la esfera de sus propias operaciones.*²⁸

Ahora bien, las limitaciones del conocimiento jurídico que señala GORDILLO no suponen, a mi modo de ver, renunciar a la defensa de un derecho justo o igualitario²⁹, sino tan solo aceptar como también apunta NIETO citando a KANT, que el jurista puede declarar lo que el Derecho prescribe en un determinado tiempo y lugar, pero para conocer lo que es justo o injusto, es menester recurrir a la filosofía.³⁰

Como también advierte NIETO, finalmente, frente a un derecho injusto, los destinatarios particulares de las leyes – el pueblo – conservan una potestad residual de enorme importancia: “*La de inobservar e incumplir las leyes e imponer su actitud de resistencia al propio Estado (...)*”³¹.

En síntesis, la lucha al interior del derecho se plantea en la preeminencia que le daremos a las valoraciones y los principios generales del derecho en la búsqueda de la solución de un caso.

En palabras de AGUSTÍN, es en este ámbito en el cual corresponde librar *la lucha contra el poder – cualquier poder – en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos (...)*. Es aquí donde deberemos tomar partido sobre si *se quiere hacer un derecho de la administración, un derecho legítimador del ejercicio del poder*, en cuyo caso en palabras de nuestro maestro estaríamos *renunciando a hacer derecho*.³²

AGUSTÍN GORDILLO no renunció a hacer derecho, y pagó precios de todo tipo por defender y ejercer su libertad. Como bien él decía *el ejercicio de la libertad siempre tiene precio, pero también tiene precio, muy distinto, su no ejercicio*.³³

Por eso creo que la mejor manera de homenajearlo es asumir el compromi-

²⁸ González Romero, Raúl - Samper Fajardo, Andrés - Zapata Montoya, Jairo, ob. cit., pág. 30.

²⁹ Gargarella, en un libro reciente, afirma que para el constitucionalismo actual resulta “crucial” la idea de que las personas son iguales en un sentido fuerte, no meramente descriptivo, sino normativo. Gargarella, Roberto, *Manifiesto por un derecho de izquierda*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2023, págs. 14 y 15.

³⁰ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, ob. cit., pág. 17.

³¹ Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, Trotta, 2007, pág. 135.

³² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, disponible en <https://www.gordillo.com>, Tomo I, pág. I-13.

³³ Gordillo, Agustín y Campolieti, Federico, *¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional*, disponible en https://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo02.pdf, Tomo VII, Cap. 2, pág. 26.

so de formar parte de aquellos que con integridad y coraje se resisten, desde la doctrina, la magistratura, la docencia, la función pública y desde el llano a la manipulación política, la corrupción y la impunidad, en muy inferiores condiciones que las del poder de turno³⁴.

³⁴ Bluske, Guillermo, “*En torno al Método: Reflexiones, lecturas y trabajos*”, en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, disponible en https://gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap20.pdf, Tomo VI, Cap. XX.

AGUSTÍN GORDILLO: EL MAESTRO TOTAL

POR NIDIA KARINA CICERO¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Algunos conceptos de AGUSTÍN GORDILLO de relevancia para la enseñanza jurídica universitaria. – 3. Cierre

1. *Introducción*

Cuando recibí la invitación para participar en este número especial dedicado a la memoria del profesor AGUSTÍN GORDILLO, inmediatamente pensé que la faceta que iba a destacar de quien ha sido mi maestro, mentor, inspirador y referente de la disciplina jurídica en la que me desenvuelvo en la profesión y en la academia, es su carácter de innovador total en la enseñanza del derecho.

GORDILLO ha sido un jurista enorme, talentoso, creativo, frontal², original, de una inteligencia brillante. ¿Por qué, siendo tantas las aristas que podrían abordarse de esta personalidad asombrosa, me decanté sin dudar por su faceta docente?

Porque GORDILLO fue un visionario y un adelantado en cuestionar los enfoques formalistas, presuntamente neutrales y sospechosamente objetivos del derecho y en abogar, tanto desde sus obras como desde su práctica en las aulas, por innovar sus métodos de enseñanza.

Cuando muy pocos lo hacían, a fines de la década de los años ochenta del siglo pasado, GORDILLO puso de manifiesto en su maravilloso libro “El Método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer”³, que la enseñanza jurídica estaba convocada a renovarse y que era imperioso modificar los esquemas

¹ Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires), Especialista en Derecho de la Regulación y los Servicios Públicos (Universidad Austral), Profesora Regular Adjunta de Derecho Administrativo (U.B.A.). Ex integrante de la Cátedra del Dr. Agustín Gordillo.

² En palabras de Hector Mairal, otro gran maestro del Derecho Administrativo, Gordillo siempre prefirió “*ser esclavo de sus claridades y no dueño de sus ambigüedades*”. Ver Mairal, Héctor, “*Mis diálogos callados con Agustín Gordillo*” en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 10 - Libro II - Sección IV Testimonios, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo10/libroii/testimonios.pdf.

³ La primera edición – que me fue obsequiada, dedicada y autografiada por el autor-, es de 1988 y fue publicada por la Editorial Civitas en Madrid. Más tarde el libro completo se incorporó al Tomo 6 del Tratado del autor. Puede hallarse en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 6, recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo6.php>.

puramente dogmáticos de enseñanza por otros más ágiles, dinámicos y funcionales, que colocaran al estudiante en el centro del esfuerzo educativo universitario y que apuntaran a capacitarlo para el ejercicio profesional real.

El método de GORDILLO para analizar los problemas jurídicos ha forjado la manera de entender el derecho de varias generaciones de abogados y es la síntesis de una forma especial de concebir la docencia del derecho, que es lo que quiero destacar en estas breves líneas.

Principalmente en “El Método en Derecho”, pero también en muchos otros pasajes de su Tratado y en su otro libro *Derechos Humanos*⁴, GORDILLO predicó que la enseñanza universitaria no debe centrarse en lo que dice el profesor, sino en el aprendizaje que logra el estudiante. Reiteró una y otra vez que la formación jurídica debe promover la incorporación de destrezas y habilidades profesionales. Se pronunció acerca de la conveniencia de diversificar los métodos de enseñanza jurídica, de enseñar los grandes principios jurídicos y de desdeñar las minucias reglamentarias, de la importancia de la tecnología para el desenvolvimiento profesional, del trabajo colaborativo entre los estudiantes y profesionales, de conocer el modo en que funciona el cerebro y de su influencia tanto para el aprendizaje como para la creación jurídica. Hasta habló de la inteligencia artificial en 1988, en la primera edición de “El Método”⁵.

En todos estos campos el profesor GORDILLO fue un adelantado absoluto. Vio antes que nadie, o al menos con mayor profundidad, el impacto de las tecnologías de la información y la comunicación y las neurociencias en la enseñanza jurídica, así como que es imprescindible estimular la creatividad desde las aulas universitarias. Instaló, con su prédica y su obra, debates que aún hoy conforman la agenda pendiente de la enseñanza jurídica, tal como lo evidencia un simple recorrido por los índices de las tres revistas de docencia y derecho más reconocidas del mundo universitario de Iberoamérica (Academia, de la Universidad de Buenos Aires, Docencia y Derecho, de la Universidad de Barcelona y Pedagogía Jurídica, de la Universidad Nacional de Chile)⁶.

⁴ Gordillo, Agustín y otros, *Derechos Humanos*, recuperado de <https://www.gordillo.com/DH6/dh.pdf> - Anexo II.

⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, IX, 12, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap09.pdf.

⁶ Al respecto, por mencionar sólo un par de trabajos de cada una de estas publicaciones, ver: Marotta, J. y Parise, A, “El aprendizaje basado en problemas (ABP) en la educación jurídica y su aplicación en un ámbito multicultural”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 19, número 38, 2021, pp. 115-140, recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/38/el-aprendizaje-basado-en-problemas.pdf; De La Torre Lastra, C. M., “El aprendizaje significativo. Una propuesta didáctica para la enseñanza del derecho en la Universidad Nacional de Tucumán”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 20, núm-

En las líneas que siguen recordaré brevemente algunos aspectos de la metodología de enseñanza de GORDILLO, con el propósito de homenajear a este inmenso y querido maestro y de que su legado se perpetúe en las nuevas generaciones de profesores, abogados y estudiantes.

2. Algunos conceptos de AGUSTÍN GORDILLO de relevancia para la enseñanza jurídica universitaria

a. El profesor no es el reservorio de la verdad, sino que es un tutor o guía que acompaña el proceso de aprendizaje de los alumnos

GORDILLO era un orador magnífico. Escucharlo en seminarios, congresos y jornadas académicas era un verdadero placer, porque nunca dejaba de sorprender. Tenía un gran sentido del humor; era contundente en sus afirmaciones, sagaz, inteligente, irónico, exagerado, *inmodesto*⁷. Pero en el aula de grado, en los seminarios de posgrado, en las reuniones de cátedra, GORDILLO no era el orador principal ni monopolizaba las discusiones. No “daba clase” ni explicaba el tema sometido a discusión sino que esperaba y respondía preguntas, preguntas que a su vez partían del problema o de los textos que de antemano se habían sometido al debate. Promovía la discusión, el intercambio y la colaboración entre los que participaban de estos encuentros.

Conforme a la metodología de enseñanza de GORDILLO, el principal rol del docente es el de planificador de la programación de la enseñanza, el de productor de actividades, casos o proyectos que ayuden a comprender cómo operan los principios jurídicos y las normas en un contexto real.

Como sabiamente advertía GORDILLO, todo esto resulta más demandante y conduce a un camino de “... *mayor trabajo, mayor responsabilidad, mayor exi-*

ero 39, 2022, pp. 107-125, recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/39/el-aprendizaje-significativo.pdf; Sánchez Hidalgo, A., “Una docencia centrada en las competencias: experiencia de la asignatura ‘Oratoria y metodología jurídica’ en los estudios de grado en Derecho”, en *Revista Educación y Derecho de la Universidad de Barcelona*, N° 29, marzo-octubre 2023, recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/43787/41610>; y Sotomayor Trelles, J. E., Uscamayta, G., Díaz Ruíz, N. A., Apaza Jallo, N. J., & Higa, C., “La enseñanza del derecho y del razonamiento probatorio mediante el método del estudio de caso: Argumentos para su adopción y su adaptación a contextos virtuales”, en *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Universidad de Chile, Vol 10, N° 1, 2023, recuperado de <https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/69117>.

⁷ Así se describe Gordillo en su autobiografía. Ver Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 10, Libro I - Prólogo - P.2, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo10/libroi/prologo.pdf.

*gencia interna y externa, todo para asumir mayores riesgos, menores satisfacciones y siempre desde el ángulo de una inadecuada remuneración*⁸. Todo esto, sin embargo, no debía desalentar porque *“queda siempre como consuelo y satisfacción que aquellos que terminan este tipo de cursos, lo hacen reconociendo que ahora han comenzado a entender experimentalmente cómo se aplica el Derecho a los hechos de un caso concreto”*⁹.

Una muestra del tipo de actividades que debe preparar el equipo docente, son la programación detallada de cada curso a su inicio, la que debe ser entregada a los alumnos el primer día¹⁰; las guías metodológicas para el grado y postgrado, en especial, el reglamento de las actividades de aprendizaje para el grado y la guía para la elaboración de una nota a fallo¹¹ y diversos casos hipotéticos con sus respectivas guías de análisis (v.gr. *“El caso de los exploradores de cavernas”*; *“El caso del deber de no fumar en público”*; *“El caso del Cine Callao”*) que fueron elaborados por los equipos de las distintas cátedras de las que AGUSTÍN GORDILLO fue titular y que se encuentran publicados en el libro *Derechos Humanos*¹².

Acorde a esta visión tutorial que sostenía del profesorado, no debe sorprender que cuando a GORDILLO se le pregunta qué condiciones debía reunir quien elige ser docente, el maestro conteste: *“Para ser docente hace falta poder decir con sinceridad dos cosas: ‘No sé’ y ‘tiene razón’. Ese día, para mí, se graduó de docente”*¹³. Es que justamente cuando el profesor reconoce las limitaciones del conocimiento, invita a los estudiantes a seguir pensando, a seguir indagando, a seguir investigando para descubrir nuevas aristas o mayores complejidades.

b. El aprendizaje funcional del derecho

“El Método” comienza con una gran pregunta: *“¿Qué hace un abogado? ¿Le enseña o debe enseñar la Facultad el ejercicio de la profesión?”*

⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, I-5, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap01.pdf.

⁹ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, XVII-7, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap17.pdf.

¹⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, XVII.1, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap17.pdf.

¹¹ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, XIX 12 y 34, respectivamente, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap19.pdf.

¹² Gordillo, Agustín, Flax, Gregorio y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., anexo III al cap. III. Esta era la obra empleada en los cursos de la misma asignatura, de la que también Gordillo fue profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹³ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 10 - Libro II - Sección II, Diálogos con Agustín Gordillo, Capítulo IV, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo10/libroii/dialogos2.pdf.

GORDILLO implementaba una metodología experimental y práctica cuyo objetivo central apunta a lograr que el estudiante pueda resolver casos concretos y problemas singulares de orden jurídico. Insistía en su obra que cualquiera fuera el modo de desempeño profesional del abogado – magistrado o funcionario judicial, funcionario público, abogado de empresa, litigante – “*siempre lo principal o central de su trabajo será resolver, o ayudar a resolver, casos o problemas concretos*”¹⁴.

Con estas palabras, GORDILLO predicaba acerca de lo que hoy se denominan *aprendizajes jurídicos funcionales y contextualizados*, esto es, los que más se acercan a lo que hacen cotidianamente los abogados, los jueces, los funcionarios públicos, los asesores jurídicos de empresas, los fiscales, etc.¹⁵

A fin de lograr este aprendizaje funcional, GORDILLO proponía formular los objetivos de aprendizaje de forma que no estuvieran referidos a los “*contenidos teóricos que los alumnos ‘conocerán’ o ‘sabrán’ sino más bien a qué es lo que se propone que sabrán y podrán hacer con el conocimiento*”¹⁶. Usar los conocimientos en situaciones concretas, aplicarlos, redactar escritos, argumentar oralmente, todas estas son habilidades que según expuso GORDILLO, la universidad debe ocuparse por entrenar. En su visión, la enseñanza no queda reducida a la mera transmisión de contenidos epistemológicos, sino a generar una reflexión crítica de ellos y una aplicación específica en contextos profesionales concretos.

En línea con lo expuesto, para GORDILLO era de suma relevancia emprender actividades tendientes a que los estudiantes aprendieran a producir y a analizar documentación jurídica, textos normativos, fallos y casos hipotéticos preparados por el equipo docente. Un ejemplo emblemático de esta impronta fue la actividad que durante décadas se llevó adelante en los cursos de “Elementos de Derecho Administrativo”, consistente en armar un expediente administrativo durante todo el transcurso del cuatrimestre y en el que se iban agregando las distintas presentaciones preparadas por los estudiantes y que los profesores recibíamos poniendo un “cargo” simulado. Al finalizar el curso, la tarea consistía en preparar un “alegato” que se exponía en el examen final.

¹⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, I,1 recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap01.pdf.

¹⁵ Ver, en este sentido, entre muchos otros, Cardinaux, Nancy y Manuela González, “El Derecho que debe enseñarse”, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 2, pp. 129-145 y Gladkoff, Lucía, “Módulo 1: Integra 2.0, sus fundamentos didácticos”, en *La solución de problemas con Integra 2.0.*, Programa Virtual de Formación Docente del Centro de Innovación en Tecnología y Pedagogía de la Secretaría de Asuntos Académicos del Rectorado de la Universidad de Buenos Aires, 4° ed., 2016.

¹⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, I,6, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap01.pdf.

Otras piezas claves de este método eran el entrenamiento para la escritura y la producción jurídica y para la comunicación oral¹⁷, siempre promoviendo la incorporación de enfoques creativos y soluciones imaginativas.

Todas ellas, además, se diversificaban a fin de que el aprendizaje del derecho no quedara reducido a la mera repetición de textos legales, opiniones doctrinarias o sentencias, sino a emular, desde la Facultad, lo que los abogados hacen en su ejercicio profesional real.

c. El aprendizaje basado en la resolución de casos y problemas

GORDILLO practicaba la enseñanza del derecho a través del planteamiento de casos o problemas.

Dicho simplemente, su metodología consiste en diseccionar estos casos en tres grandes categorías: los hechos, las valoraciones y las normas, siguiendo una secuencia lógica que se retroalimenta en un proceso continuo de revisión y reflexión tanto autónoma como colaborativa, a partir del intercambio permanente de ideas con los demás estudiantes y colegas. En este esquema, lo básico o prioritario es reconocer adecuadamente los hechos, y luego, adentrarse en la identificación de las dos restantes categorías, sin dejar de percibir que las valoraciones o principios jurídicos son más importantes que las normas ya que “*éstas no pueden contradecir, en la solución del caso, aquéllas*”.¹⁸

Conforme al método de GORDILLO, la clase es el espacio para analizar los casos que los estudiantes tienen que traer preparados de antemano a fines de estar en condiciones de participar en la discusión. En el aula los profesores marcan el rumbo del debate pero nunca dan la solución “*oficial*” del problema¹⁹: dejan que sean los estudiantes los que planteen hipótesis de posibles respuestas, que tampoco son definitivas, porque como el método científico, cualquier solución siempre está sometida a revisión y posible superación²⁰. Es una variante del método socrático, conforme al cual ante las equivocaciones que el

¹⁷ *Communication skills* o habilidades de comunicación, como se las denomina en Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, XIX, 43 recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap19.pdf.

¹⁸ Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho*, https://www.gordillo.com/pdf/int_der/ia-d_1_i.pdf, I-5.

¹⁹ Mét. IV-8 “No hay respuestas oficiales del profesor”.

²⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, I-5, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap01.pdf. En la contratapa de todos los tomos del “Tratado” se puede encontrar la siguiente frase que da sobrada cuenta de este estilo personal de Gordillo, de repensar, revisar y volver a escribir a partir de la sinergia surgida de los aportes de sus discípulos, colegas y lectores

alumno cometa “*el profesor debe orientarlo con nuevas preguntas que le lleven a descubrir su error*”²¹.

La metodología se seguía aplicando en los exámenes, que consistían en resolver un caso “a libro abierto” y con acceso irrestricto a todos los materiales que los estudiantes quisieran consultar.

La analogía entre este método de enseñanza y lo que más contemporáneamente se denominan *flipped classroom* (clase invertida) y ABP – aprendizaje basado en problemas – es tan evidente que no necesito explayarme sobre ello²². Nuevamente, se aprecia en este tema lo innovador de la metodología de AGUSTÍN GORDILLO y la actualidad que aún hoy posee, máxime a partir de la potencia que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten imprimirle al planteo de los casos, a fines de hacerlos más realistas y complejos por medio de imágenes, videos, líneas de tiempo, etc.

d. La incorporación de TICS

En 1988, año de aparición de “El Método”, la web, las TICS y la inteligencia artificial, eran para la gran mayoría de profesionales, temas de películas de ciencia ficción. En cambio, ya en ese entonces, GORDILLO destacó la importancia de incorporar tecnologías en la formación jurídica y alertó acerca de las ventajas comparativas para el desenvolvimiento profesional que implicaría un uso solvente de aquellas.

GORDILLO era un entusiasta total del uso de tecnologías. Fue uno de los primeros profesores que obligó a presentar los trabajos asignados a los estudiantes por correo electrónico. Fue pionero en fomentar el uso de la computadora personal así como de almacenar y sistematizar la información con formato electrónico. A fines de los años ochenta del siglo pasado advertía respecto a la necesidad de que los abogados adquirieran “*destrezas e innovaciones tecnológicas*”²³ para evitar ser expulsados del mercado laboral. En una de sus últimas

en general: “*El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica a esta obra en los e-mail: gordillo@elsitio.net; gordilloa@infovia.com.ar; agustin@gordillo.com*”.

²¹ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, IV-8, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap04.pdf.

²² Me remito a lo que expuse en “Explorando nuevas maneras de enseñar y aprender Derecho Administrativo”, *Revista Academia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, año 15, número 29, primer semestre 2017 y en “Innovar la enseñanza del Derecho. ¿Sólo se trata de Tecnologías de la Información y Comunicación?” en *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho de la Universidad de Chile*, vol. 5, núm. 2, 2018.

²³ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, XIV-5.

obras, insistía en que toda inversión económica en tecnología rinde dinero, “*por la creciente eficiencia y rapidez que se logra en el trabajo*”²⁴.

Una señal más de lo adelantado que fue GORDILLO en este campo, es que su “Tratado” estuvo disponible en línea, en forma gratuita, desde muchos años antes de que aparecieran las obras con licencia *Creative Commons*. Desde entonces el tratado está en la web y puede descargarse gratuitamente, lo que a la par de ampliar el espectro de posibles lectores y el acceso a la obra, generó una democratización del conocimiento del derecho administrativo. Como decía GORDILLO, “*en el siglo XXI un libro escrito de manera digital debe ser dado al público de ese modo, al menos; si se lo desea, también en versión papel, pero parece un total desperdicio hacer la impresión en papel y no la previa distribución gratuita en la forma digital en que está compuesto. Mi experiencia es que conviene subirlos gratis a Internet en primer lugar*”²⁵.

e. La mirada interdisciplinaria y transversal del derecho

GORDILLO era un lector voraz. Su innata curiosidad lo llevaba a investigar acerca de los campos más disímiles – el funcionamiento del cerebro, las tecnologías, la economía, la arquitectura, etc.-. Pero no sólo tenía la capacidad de apasionarse con sus investigaciones, sino que lograba transformar algunas de estas experiencias vitales en casos destinados al aprendizaje.

Este tipo de planteamientos obligaban a su vez a quienes los analizaban, a adentrarse en campos, disciplinas y saberes *prima facie* ajenos a los juristas. Conteste con ello, un objetivo general de aprendizaje para GORDILLO era el de “*reconocer, investigar y utilizar distintos campos del conocimiento que son necesarios en diversos aspectos de la profesión*” como por ejemplo la psicología, la psiquiatría y la medicina, la economía, la ciencia política y administración²⁶.

Los trabajos de diversos alumnos de posgrado agregados en el Tomo 6 del Tratado, que articulan el derecho con diversas expresiones artísticas, grafican también este enfoque interdisciplinario de la enseñanza jurídica por el que abogó AGUSTÍN GORDILLO²⁷.

²⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 10, Libro 1 - VII-12, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo10/libroi/capitulo7.pdf.

²⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 10, Libro 1 - VII-12, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo10/libroi/capitulo7.pdf.

²⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, I-8, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap01.pdf.

²⁷ Ver Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, XXI y XXII, “Saber ver. Reflexiones en torno de la obra de Claude Monet” de María Lucía Jacobo Dillón y “Tratado de la Pintura” de Juan

f. La creatividad como habilidad a desarrollar.

Leemos en “El Método”: “*La creatividad es una característica universal de los seres humanos, y toda persona posee tanto la potencialidad para desarrollarla como el peligro de reducirla*”²⁸.

En otra señal de ser adelantado a su época²⁹, GORDILLO insistía en la necesidad de fomentar la creatividad del abogado. Al respecto, decía que “*Importante es la capacidad de ofrecer varias posibilidades para la solución de problemas. Allí reside la esencia de la creatividad*”³⁰. En todo el decurso de su Tratado se enfatiza en la necesidad de promover y cultivar la creatividad, para solucionar de forma no convencional problemas jurídicos de diversa índole.

AGUSTÍN GORDILLO no sólo predicaba la necesidad de estimular la creatividad, sino que era un creativo nato. De toda su obra se desprende esa condición de ser distinta, moderna, diferente. Como lo describió su gran y querido amigo – y también enorme profesor-, MARIO RETJMAN FARAH, esta condición de creador nato es lo que mejor define a GORDILLO³¹.

g. El estudio del funcionamiento del cerebro humano, anticipando el aporte a la educación de las neurociencias

En el prólogo al Tomo 6 del Tratado, la recordada y querida MABEL DANIELE destaca la genialidad de GORDILLO al adelantar la tendencia al estudio y com-

Abre, recuperados de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap21.pdf y https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap22.pdf, respectivamente.

²⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, IX, 1, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap09.pdf.

²⁹ Recién en la primera década de este siglo se comenzó a hablar sistemáticamente de promover la creatividad en las aulas universitarias. En Cicero, Nidia Karina, “*Arte y Derecho Administrativo*”, *Revista Docencia y Derecho*, Universidad de Barcelona, n° 14, 2019, recordé que los expertos en educación destacan que tanto desde el marco teórico de las “4C” (Communication, Collaboration, Critical Thinking, and Creativity), como de las “6C” (que añade Citizenship and Character) planteadas en Assessment and Teaching of 21st Century Skills” (ATC21), la creatividad es una habilidad indispensable de nuestra época – ver al respecto, Maggio, Mariana, *Habilidades para el siglo XXI. Cuando el futuro es hoy. Documento básico. XII Foro Latinoamericano de Educación*, Buenos Aires, Fundación Santillana, 2018, págs. 35-39. En el mismo trabajo de mi autoría, recordé que Gardner, en su teoría de las inteligencias múltiples, destacó a la *mente creativa como* aquella que incorpora disciplinas ya establecidas para generar nuevas preguntas y soluciones (ver Gardner, Howard, “Las cinco mentes del futuro”, Barcelona, Paidós Ibérica, 2011).

³⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 6, VI, 11, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap06.pdf.

³¹ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, Tomo 10, Libro II, Sección III - Homenaje, 59, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo10/libroii/homenaje.pdf.

prensión de las neurociencias, tan en boga en estos tiempos pero totalmente inexplorada en los años 80 del siglo pasado. Ya en ese momento GORDILLO explicó el funcionamiento de cada uno de los hemisferios cerebrales y la conexión que ello posee con las etapas del pensamiento creativo y de la decisión creativa de un caso.

Hoy se sabe que no todas las personas aprenden de la misma manera, por lo cual es esencial diversificar los estímulos educativos. También se predica acerca de la necesidad de aprovechar los resultados de las investigaciones en neurociencias para lograr aprendizajes mejores y más duraderos. GORDILLO, como en muchos otros temas, lo advirtió antes.

h. La importancia de contar con una teoría general.

El Tomo 1 del Tratado se inicia con una definición que guía toda la obra de GORDILLO: la importancia de contar con una filosofía jurídica que estructure el pensamiento propio. Decía GORDILLO que “*No es conducente adentrarse a estudiar la teoría y el régimen de la actividad administrativa sin tener una teoría general del derecho y del derecho administrativo, o previa explicación de al menos algunos de los elementos de metodología del conocimiento y de teoría general del derecho de los cuales el autor parte [...] La omisión de explicitar tales principios elementales puede llevar a discusiones inútiles en las que se hacen jugar argumentos de supuesto valor científico-administrativo, cuando en realidad se trata de argumentos al margen de toda ciencia*”³².

Contar con el fundamento de una sólida teoría general del derecho, es el mejor consejo que GORDILLO dice haber recibido en su vida³³. No es casual que se lo haya dado MARÍA ISABEL (*Pelel*) AZARETTO, una extraordinaria mujer con la que compartí mis primeras experiencias docentes en la cátedra de AGUSTÍN GORDILLO.

Esta formación filosófica de GORDILLO se vislumbra en su metodología de análisis de casos, que lleva a sistematizar los elementos fácticos, los axiológicos – valorativos y los normativos como tres componentes distintos del Derecho.

A fin de que los estudiantes de grado aprendieran a reconocer las principa-

³² Gordillo, Agustín, *Tratado...* Tomo 1, I-1, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf.

³³ Gordillo lo repetía una y otra vez a todos sus estudiantes y discípulos y lo cuenta en varios pasajes de su obra. Ver Gordillo, Agustín, *Tratado...* Tomo 10 - Libro II - Sección II, Diálogos con Agustín Gordillo, Capítulo VI, recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo10/libroii/dialogos2.pdf.

les filosofías jurídicas (el iusnaturalismo, el positivismo, el realismo o la jurisprudencia de intereses), así como sus modos de razonamiento y las respuestas que desde cada uno de estos enfoques se proporcionan a los problemas jurídicos, durante muchos años una de las primeras actividades de los cursos de Elementos de Derecho Administrativo de la cátedra de GORDILLO fue el tratamiento del famoso libro de LON FULLER “El caso de los exploradores de cavernas”, cuya guía de análisis está incluida en el libro “Derechos Humanos”.

Si bien esta preocupación por dar tratamiento a estos temas de filosofía del derecho quedó evidenciada ya desde el inicio de la producción bibliográfica de GORDILLO y se advierte en los primeros capítulos del Tomo 1 del Tratado, posteriormente dio lugar a un libro autónomo denominado “Introducción al Derecho”³⁴, y fue retomada y renovada en las glosas que hace GORDILLO al libro de ALEJANDRO NIETO, “Las limitaciones del conocimiento jurídico”³⁵.

3. Cierre

Mucho más podría destacar de la obra de AGUSTÍN GORDILLO pero entiendo que lo expuesto hasta aquí da una adecuada idea de la enormidad de su aporte a la enseñanza jurídica.

Ninguno de los conceptos que he repasado en el título anterior está pasado de moda, ni ha sido superado por nuevas tendencias pedagógicas, las TICS o la inteligencia artificial. Por el contrario, la visión de GORDILLO y su condición de adelantado nato le permitió advertir el impacto revolucionario de las nuevas tecnologías y el efecto transformador de ellas en la profesión jurídica y por ende, en su actividad formativa.

Agradezco sinceramente a la *Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo (AIAPDA)* por haberme dado la oportunidad de releer una vez más a este jurista extraordinario, de recordar viejos tiempos y de revivir experiencias compartidas con colegas y maestros a los que quiero mucho.

La tarea me ha permitido disfrutar nuevamente la obra de AGUSTÍN GORDILLO, asombrarme al descubrir nuevas genialidades y ratificar la profunda riqueza que toda ella encierra para la enseñanza del Derecho.

Pude confirmar lo que pienso desde hace mucho, en el sentido de que todo lo verdaderamente importante para la enseñanza jurídica ya fue propuesto, desarrollado o por lo menos introducido por AGUSTÍN GORDILLO y que todos quie-

³⁴ Que se encuentra en el libro I del Tomo 5 (Primeras Obras) del *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, recuperado de: <https://www.gordillo.com/tomo5.php>.

³⁵ Nieto, Alejandro, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

nes tuvimos la dicha de formarnos e integrar su cátedra pudimos conocer a una mente brillante que ha influenciado profundamente el modo que entendemos y practicamos el derecho administrativo y la enseñanza jurídica. GORDILLO fue una persona realmente extraordinaria, de un talento y una inteligencia excepcionales por lo que no es un lugar común sino una expresión muy sincera el decir que quienes compartimos espacios educativos con él hemos sido realmente privilegiados.

También me ha hecho darme cuenta de cuánto lamento no haberle dicho al querido maestro lo suficiente, por pudor o vaya saber por qué, cuánto y cómo lo admiraba y lo agradecida que estoy por todo lo que me ha enseñado.

DIEZ POSTULADOS DE LA OBRA DE AGUSTÍN GORDILLO

POR INÉS ANUNCIADA D'ARGENIO¹

Homenaje al Profesor Agustín Gordillo en la Ciudad de Dolores, en el IV Congreso de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo; noviembre de 2007.²
Las palabras que faltaban...

SUMARIO: 1. La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad, – 2. Bases supraconstitucionales: el sometimiento a las reglas universales, – 3. El cuántum de la distancia entre la norma y la realidad diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos desarrolladas, – 4. Acerca del modo asistemático de ser del Derecho Administrativo, – 5. Las pseudo nociones fundantes del Derecho Administrativo: el anquilosado paradigma de la prevalencia del interés general, – 6. La Convención Interamericana contra la Corrupción, – 7. El eje de la tutela judicial efectiva en la Justicia procesal administrativa, – 8. El problema sistemático en una crisis estructural, – 9. Condicionantes económicos y financieros del Derecho Administrativo. Crisis y cambio en el siglo XXI, – 10. La búsqueda colectiva de los consensos sociales necesarios a una sociedad madura

La característica que se desea destacar de la intensa obra de Agustín GORDILLO, consiste en haber enunciado, con muchos años de anticipación, postulados para la configuración de un Derecho Administrativo distinto que se concreta en la actualidad, exhibiéndose como fuente de los nuevos paradigmas en toda América Latina. Su obra que constituye el sustento de la nueva jurisprudencia en materia administrativa, fue elaborada y reelaborada y reeditada de manera continua durante cuarenta años de reflexiones superadoras de la concepción tradicional. Y los logros están a la vista, sobre todo, en la práctica cotidiana de los nuevos tribunales que dictan sentencias desprendiéndose definitivamente de dogmas y atavismos.

Sin perjuicio de las numerosas posibilidades de análisis que ofrece el estudio de su obra, se pretende en esta oportunidad destacar diez postulados de formulación sucesiva o alternada que evidencian, sobre todo, ese anticipo de

¹ Fue Abogada (Universidad Nacional de La Plata), Especialista en Administración Pública (UNLP), profesora de la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires y de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la UNLP.

² Trabajo publicado originalmente en la Revista [áDA Ciudad N°3, Septiembre 2010, editada por la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ideas que nos sorprende por la profundidad de su formulación pero mucho más aun, por la adquisición de vigencia recién ahora, a pesar de haber sido elaboradas tantos años antes. Ahora, todos hablamos de lo mismo pero fue GORDILLO quien organizó de manera constante una revolución en el Derecho Administrativo transformándolo en otro Derecho Administrativo. La selección de postulados que abordamos indica por su sola transcripción esa trascendencia, pero pueden hacerse muchas otras selecciones que conducirán al mismo destino porque la sistemática de la obra está siempre abierta, generosamente, a quienes compartimos el mismo enfoque. También quienes no comparten su enfoque se remiten a su obra para citarlo como si lo compartieran, mientras permanecen complacidos en la comodidad que brinda la dogmática concepción tradicional; sin atisbos de cambio. Al igual que sucede con otro argentino ilustre, pero de la literatura, no todos los que hablan de él lo han leído. Este sistema de selección de postulados resulta entonces sumamente idóneo para decidir, de manera abreviada pero no por ello menos intensa en contenidos, si se adhiere o no al cambio que GORDILLO propone.

1. *La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad*

Ya no basta – dice en 1984 y con remisión a trabajos anteriores – con que la Administración esté sometida a la ley, sino que es necesario también que la ley esté sometida a la Constitución, que haya un orden jurídico superior al mismo legislador, *superando así el dogma de la soberanía popular representada en el Parlamento y pasando a la representación de la soberanía del pueblo en la Constitución*. Esta transición otorga un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete último del significado de las normas constitucionales y, por lo tanto, de la validez de las normas legislativas (*Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, páginas 52/53, Sección 1 “El derecho administrativo”, capítulo IV “Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional”, punto 17). Las normas constitucionales – dice en página 55 (punto 19 “Preexistencia de los derechos individuales respecto de la ley”) –, y en particular aquellas que establecen los derechos de los individuos frente al Estado, son imperativas, y deben ser aplicadas tanto si no hay ley que los refirme, como habiéndola, como existiendo una ley que pretenda negarlos; es decir, existen y deben ser aplicados, tanto con, contra o sin ley. Son pues, absolutamente independientes de la voluntad de los órganos del Estado, precisamente porque integran un orden jurídico constitucional superior al Estado (en página 55, punto 19 citado).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró esta doctrina en la

causa “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, fallo del 19 de agosto de 2004 (con precedente en “Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros” del 27 de setiembre de 2001 y las remisiones de ambos) al reconocer a los jueces la facultad de ejercer de oficio el control de constitucionalidad de las leyes, con la expresa consideración de que *la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente – trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia – incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango*. Sobre las mismas bases, aunque en el caso con petición de parte, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la ley de procedimiento administrativo de esa jurisdicción que niega el acceso a la Justicia administrativa en el supuesto de que la Administración se hubiese expedido en el trámite de un recurso administrativo interpuesto una vez vencido el plazo establecido por esa legislación para recurrir (situación denominada “denuncia de ilegitimidad”); *por cuanto la limitación que consagra la norma – dijo el Tribunal – implica asignar una suerte de blindaje a determinados actos administrativos del eventual conocimiento judicial, en abierta contradicción con disposiciones constitucionales* a las que remite (Sala II en causa “Frávega S.A. c. Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 28 de diciembre de 2006). En el mismo sentido se expidió la Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín, Provincia de Buenos Aires, en causa “Comper S.A. c. Provincia de Buenos Aires” señalando que el artículo 14 del Código Procesal Administrativo provincial (ley 12.008 y especialmente su modificación por ley 13.101) *no puede contradecir el principio de mayor jerarquía normativa establecido en el art. 166 párrafo final de la Constitución provincial*, descartando sobre tal base la aplicación de esa norma procesal y con sustento en que la interpretación de una norma siempre debe ser sistemática, razón por la cual no debe contrariar las bases y principios en que se funda el sistema jurídico (sentencia del 23 de setiembre de 2004).

2. Bases supraconstitucionales: el sometimiento a las reglas universales

Lo que se creyó máxima aspiración en el pasado, la sujeción de la Administración a la ley y el también necesario sometimiento de la ley a la Constitución, queda superado por *la subordinación de todo el Derecho interno a un Derecho supranacional e internacional (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 8ª edición, FDA, Buenos Aires, 2003, Capítulo III “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo”, III-15, punto II. 10)*. De todos modos, la Constitución y las normas supranacionales no son en

estos casos un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; son un orden jurídico imperativo para el Estado y sus habitantes. La enunciación de los derechos de los individuos no es una declaración programática: es una norma jurídica imperativa y operativa, impuesta por el pueblo al Estado (la misma obra, III-16, punto II 12). Se llega por fin a la etapa de un orden jurídico supranacional de garantías individuales, que opera también como derecho interno, sin perjuicio del control ulterior en el plano internacional en caso de no remediar los jueces locales la transgresión a los derechos individuales (la misma obra, III-22, punto III 17).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó recientemente una dogmática concepción autoritaria que consideraba en el ámbito exclusivo de una “política de gobierno” – gobierno del que indebidamente se autoexcluía como titular del Poder Judicial – a las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo en materia de salud y nutrición infantil. En causa “Rodríguez, Karina v. Estado Nacional y otros”, en fecha 7 de marzo de 2006, ordenó cautelarmente a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que provean a los amparistas y sus hijos – la misma decisión se adoptó también en causas “Esquivel R. y otros”, “Quiñone, Alberto J.”, “Gómez, Norma”, “Gómez, Miriam” y “Leiva de Rotela” – los elementos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y realicen controles sobre la evolución de su salud. En “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, dijo en fecha 20 de junio de 2006, que *el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano no configura una expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos*. Los tribunales en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires y algunos de los tribunales en la materia de la Provincia de Buenos Aires han honrado este postulado siempre que se trató de decidir en causas vinculadas con el derecho a la salud, a la alimentación, a la educación y a una vivienda digna, entre otros derechos sociales cuya operatividad inmediata concretan a diario en sus sentencias y resoluciones.

3. *El cuántum de la distancia entre la norma y la realidad diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos desarrolladas*

Cuando son tantas las diferencias entre el sistema formal y la realidad, ya no puede hablarse de menor incumplimiento del sistema; debe pensarse en un sistema paralelo, en una Administración paralela. *La transgresión sistemática por el Estado de su propio Derecho, lleva a la creación de un Derecho supranacio-*

nal y de organismos supranacionales de control (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 8ª edición, FDA, Buenos Aires, 2003, Capítulo IV “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio” IV-4, punto 1.3 “Génesis y desarrollo de la crisis”, con remisión a “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno” LL Actualidad del 17 de abril de 1990, reproducido como capítulo III de “Derechos Humanos, desde la 1ª edición en ese mismo año de 1990 y posteriormente en LL, 1992-B-1292).

La Justicia en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires censura a diario en sus sentencias la *transgresión sistemática por el Estado de su propio Derecho*, asumiendo el deber jurisdiccional de *constatar si el ejercicio de la función administrativa se adecua o no al Derecho vigente*. Sobre la base del bloque de la legalidad aplicable al caso – dice la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I – *el juez constata o juzga que no ha mediado en el caso una efectiva gestión del Derecho por parte de la Administración* (en “Asesoría Tutelar CAyT c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 25 de junio de 2007). La Sala II de la misma Cámara, por su parte, ordenó al Poder Ejecutivo de la Ciudad que incluya en el presupuesto general de gastos de 2006 las partidas que resulten necesarias para cumplir con una ley de la Legislatura local que dispuso la construcción de un hospital con ubicación y detalles de obra específicos, imponiendo el plazo de doce meses desde su promulgación para iniciar la obra. *Constituye un principio fundante del moderno Estado de Derecho* – dijo en causa “Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” en fecha 13 de octubre de 2005 – *la sujeción de la Administración a la ley, incluso en aquellas materias en que la Constitución ha otorgado directamente competencia al Poder Ejecutivo. Así, la Legislatura posee un amplio margen para dictar leyes acerca de las facultades y por cierto, obligaciones, que la Constitución de la Ciudad pone en cabeza del Jefe de Gobierno. Luego, la única actitud posible de la Administración frente a la ley vigente es someterse a su cumplimiento; en ningún caso podrá dejar de dar cumplimiento a la voluntad legislativa que representa el interés general, ni le corresponde examinar las razones de mérito, oportunidad o conveniencia que haya tenido en cuenta el legislador al momento de sancionar la norma.*

4. Acerca del modo asistemático de ser del Derecho Administrativo

Es difícil pedirle al magistrado, funcionario público o abogado particular que tiene que resolver aquí y ahora un problema de derecho positivo, que tenga presente el marco sistemático y conceptual en el cual su solución habrá de in-

sertarse o, al contrario, podrá transgredir. *Cada uno resuelve el problema concreto sin visualizar, necesariamente, al propio tiempo, toda una suerte de filosofía general de la disciplina* (Prólogo a *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, punto 2). Y dice especialmente con relación a los magistrados: *muchas veces parecen carecer del impulso vital de hacer progresar la democratización de la Administración con ideas renovadoras, con cambios y progresos hacia el futuro, y se contentan con respetar las viejas fórmulas del pasado. En una palabra, en llevar la prudencia a un defecto, al quietismo y al inmovilismo conceptual* (en el mismo Prólogo, punto 3.1 “La influencia asistemática en la justicia”).

En causa “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta”, la comunidad indígena actora cuestionó un conjunto de actos y normas provinciales relativos a la desafectación como reserva natural de determinados lotes fiscales, por entenderlos contrarios a derechos y garantías emanados de la Constitución Nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Justicia provincial que rechazó la acción de amparo, considerando que desatendió el planteo de inconstitucionalidad sin fundamento alguno y mediante clichés (fallo del 30 de setiembre de 2008). Los clichés utilizados en sentencias son símbolo del *quietismo e inmovilismo conceptual*: uno de ellos, referido a “la misión más delicada del Poder Judicial que es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar la función que compete a los otros poderes del Estado”, continúa siendo utilizado por ejemplo, por la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en causa “Marby SA” del 24 de octubre de 2008), luego de que la Corte Suprema censurara el uso en sentencias de clichés; y luego de que la Corte Suprema considerara que los jueces deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales incumplidos por los otros poderes (en causa “Mendoza, Beatriz” ya citada); y luego de que la Corte Suprema consagrara el deber jurisdiccional de adoptar las medidas conducentes sobre los otros poderes del Estado cuando están en juego derechos constitucionales, lo que no significa intromisión sobre los otros poderes del Estado (en “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y Provincia del Chaco”, del 18 de setiembre de 2007).

5. *Las seudo nociones fundantes del Derecho Administrativo: el anquilosado paradigma de la prevalencia del interés general*

Es increíblemente frecuente la utilización del anquilosado paradigma de un interés sobre otro. Venimos luchando contra él desde diciembre de 1963, pero al parecer con escaso eco vernáculo (en *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo

3 *El acto administrativo*, 9ª edición, FDA, Buenos Aires, 2007, Introducción, punto 3, con remisión a ediciones anteriores, tomo 2, cap. VI 5 “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis. Everything and Nothing*”; 5.1 “La inefable felicidad colectiva”; 5.2 “Interés público e interés individual”; 5.3 “El interés público no es el interés de la administración pública”). *Se confunde, como siempre, pretendiendo que la Administración Pública, haga lo que haga, es siempre fiel tutora del interés público y el particular su enemigo, contraparte, contracara. Se cree que administración y sociedad son lo mismo. Esa gran falacia importa también no advertir que las arbitrariedades administrativas no controladas judicialmente en tiempo oportuno, son el caldo de cultivo de la corrupción que tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional mandan prevenir y no consumir es afirmar apodícticamente, y por ende no demostrar, que el poder representa siempre y necesariamente para el caso concreto, como principio natural derivado de la naturaleza y la esencia de las cosas, todo lo bello, lo bueno y lo verdadero, el interés público, el bien común, el buen orden de la comunidad, o la frase que se quiera elegir. Puesto que no se lo deriva de Dios sino de un funcionario o empleado público autóctono, es el más ilógico argumento de autoridad.*

“Cuando desde el Estado se pretende promover el bienestar general, pero al mismo tiempo se afecta en forma desproporcionada a las personas humanas, algo, evidentemente, no funciona, más aun cuando desde hace siglos la civilización occidental no acepta que las personas puedan ser medios para la realización de un fin, por lo que la realización del bien común no debe dejar de mirar el bien particular de cada persona que integra la comunidad a que este bien común está destinado”. Así lo expresó, magníficamente, el Tribunal en lo Criminal N°3 de Mar del Plata en sentencia de fecha 7 de agosto de 2002, confirmada por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del mismo departamento, en un amparo planteado por médicos agremiados frente a la ausencia de asistencia sanitaria mínima en los hospitales públicos de la ciudad, acreditada mediante intensa producción de prueba que permitió a los jueces un acabado conocimiento de la situación real llevada a sus estrados. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, se pronunció en causa “Boscolo, Elsa c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” del 16 de agosto de 2001, señalando que *no son suficientes las reiteradas menciones de la demandada al interés público comprometido para oponerse a la suspensión de un acto administrativo, si no demuestra razones de esa índole de singular trascendencia, cuya prevalencia exija la ejecución inmediata del acto cuestionado*; y destacando que el control judicial de lo decidido por la Administración debe *comprender el examen de los hechos*, con la pertinente prueba conducente a ese efecto incluida, naturalmente, la que hace a las circunstancias que configuran el interés público invocado en justicia por la Administración.

Cuando comentamos estas decisiones judiciales en un trabajo anterior – “La Justicia administrativa en Argentina” FDA 2006 – afirmábamos que la obra de Agustín GORDILLO marca un hito de referencia en el desarrollo judicial de estas ideas (III-E, 62 nota 161). Nos anticipábamos así a este homenaje que no es más que el reconocimiento expreso de esa circunstancia.

6. *La Convención Interamericana contra la Corrupción*

La forma de prevenir o responder a las amenazas a la sociedad que implican el narcotráfico y la corrupción, no depende solamente de la política legislativa o gubernativa (la misma Introducción del T. 3, punto 10, con remisión para este tema a “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, Universidad Austral, Organización administrativa, función pública y dominio público, Buenos Aires, RAP, 2005; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo” en *Memorias del primer congreso internacional de tribunales de lo contencioso administrativo locales de la República Mexicana*, Toluca, México, octubre de 2003; “El caso Ángel Estrada”, Res Publica Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, año I, n° 2, México, 2005), depende también de que los jueces apliquen las directrices preventivas que les manda claramente, como principios jurídicos imperativos, la Convención Interamericana contra la Corrupción (con remisión a Juzgado en lo CA N°1 de La Plata en “Ecodyma” del 31-03-2004) Considerar o no vicio del acto administrativo la violación de las medidas preventivas previstas en la Convención Interamericana contra la Corrupción, es una opción que no debiera justificar la duda de nadie y sin embargo la tiene de casi todos.

Íntimamente vinculado con el postulado anterior en cuanto desprecia la posibilidad de *afirmar apodócticamente, y por ende no demostrar, que el poder representa siempre y necesariamente para el caso concreto, como principio natural derivado de la naturaleza y la esencia de las cosas, todo lo bello, lo bueno y lo verdadero, el interés público, el bien común, el buen orden de la comunidad, o la frase que se quiera elegir*. Su referencia expresa nos remite al caso “Ecodyma Empresa Constructora S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires” y, específicamente, a la decisión adoptada en un incidente cautelar por el señor Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires. En ella el Juez consideró que el contenido del interés público en cuestión, introducido por la demandada para oponerse a la suspensión cautelar del procedimiento de licitación, no se agota en la necesidad de la obra pública *sino que se constituye en la circunstancia de que la obra no se realice a cualquier precio* analizando sobre la base de las normas internacionales de lucha

contra la corrupción, la cuestión esencial comprometida en la causa acerca del *destino de los fondos públicos* que la sociedad cuyo bienestar se intenta proteger, integra con el trabajo personal de sus miembros.

7. *El eje de la tutela judicial efectiva en la Justicia procesal administrativa*

Al dejarse frontalmente de lado el carácter pretendidamente revisor de la Justicia administrativa – remite expresamente a decisiones del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, a cargo del juez Luis Federico Arias, en causas “Ramírez” del 7-01-2004 y “Alvarellos” del 2-03-2004, en la misma Introducción del Tomo 3 citada, punto 4 – cambian muchas soluciones del derecho procesal administrativo y del derecho administrativo mismo. Así, por ejemplo, el agotamiento de la vía, de ser una regla, pasa a ser una excepción (con cita de SCJBA “Gaineddu” JA 2003-III, 252, “Comper” de la Cámara de San Martín y decisiones del mismo Juzgado en lo CA N°1 de La Plata sobre demandabilidad directa en materia de daños). *En los sistemas constitucionales contemporáneos como el nuestro y en el sistema interamericano e internacional de derechos humanos, el eje del sistema de control es el acceso a la tutela judicial efectiva. Dentro de ésta, el centro de análisis son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado.* Del esquema tradicional, aunque ya empieza a mostrar fisuras, queda todavía mucho en pie; y hay también constantes retrocesos en modificaciones legislativas. *La doctrina que se caracteriza por defender al poder, quienquiera que lo ejerza, calla o habla de temas de otro siglo, que es lo mismo que callar. Leyes y actos inconstitucionales no tienen problemas para ser aplicados por jueces que así desconocen el derecho constitucional y de los tratados, no por supuesta ignorancia culposa, sino por actos conscientes, voluntarios y deliberados de inaplicación.*

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires se ha hecho eco de este postulado de manera sistemática. En un caso en el que se pretendía el cobro de una suma de dinero que se decía adeudada por la demandada, decidió que *tal planteo configura una pretensión de una prestación debida, específica y determinada* que justifica el acceso directo a la Justicia sin provocar el dictado de un acto denegatorio previo para procurar su impugnación (en “Covimet S.A. Concesionaria Vial Metropolitana S.A. c. Ciudad de Buenos Aires” del 14 de abril de 2003, Sala I; también “Latinoconsult S.A. y otros”, “Linsler S.A.” del 11 de junio de 2002, “Ligotti” del 3 de abril de 2002; Sala II “Productores de Frutas y Hortalizas” del 5 de setiembre de 2001, entre otras). Resultan especialmente relevantes todos y cada uno de los casos en los que se hizo directa aplicación judicial de los tratados

internacionales para la satisfacción de derechos sociales conculcados, como los que atañen a una vivienda digna, expresando que *se encuentra habilitada su tutela judicial si sus titulares invocan su lesión o menoscabo* (por ejemplo, Sala I en “Ortiz, Célida y otros” del 28 de diciembre de 2001; “Sánchez, Claudia” del 26 de junio de 2002; Sala II “Morales, Enriqueta” del 12 de octubre de 2004; “Ramallo, Beatriz” del 30 de setiembre de 2004, entre muchos otros casos).

8. *El problema sistemático en una crisis estructural*

Para todos esos millones de personas que no tendrán la solución mágica que elimine las desigualdades económicas y sociales la gran pregunta que debemos formularnos quienes nos preocupamos de los problemas de la Administración y del Derecho Administrativo, es *si tampoco habremos de brindarles al menos una perspectiva jurídica e institucional que les proporcione la dosis de acceso al poder a que en una democracia de objetivos igualitarios deberán tener derecho. Ya que no es posible brindarles a todos los ciudadanos pleno empleo, total seguridad social y económica, salud, vivienda, etc., intentemos al menos proporcionarles protección contra la arbitrariedad, un trato razonable y democrático de las Administraciones Públicas, participación en la Administración, la sensación y la realidad de ser parte activa e igualitaria de la sociedad, al menos en cuanto hace al funcionamiento de la administración* (en el mismo Prólogo, punto 4).

En la misma línea que el postulado anterior, pero esta vez con toda la fuerza del reconocimiento de una exclusión social sin precedentes que nos desborda a los estudiosos del Derecho dejándonos inermes para la búsqueda de una solución. Exige GORDILLO la inserción social en la gestión administrativa en estrecha vinculación con su especial exigencia de aplicación continua y efectiva de las normas internacionales de lucha contra la corrupción. El 18 de setiembre de 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado Nacional y a la Provincia de Chaco *el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios. La gravedad y urgencia de los hechos denunciados – agregó en causa “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra” – exige que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerza el control encomendado a la Justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y en ese marco, adopte las medidas conducentes que tiendan a sostener la observancia de la Constitución.* Si acudimos a la expresión que se atribuye a BIELSA, acerca de que todo argentino tiene el deber de sentir vergüenza, su aplicación a las autoridades nacionales

y provinciales adquiere en este caso la calidad de una sanción sin retorno por no avergonzarse públicamente de las terribles falencias de la gestión administrativa que asumen como propias al ingresar el cargo y juran desempeñar bajo el autoapercibimiento de que, de no hacerlo, Dios y la Patria se lo demandarán. Y se ofenden cuando el pueblo los demanda en Justicia para instarlos a cumplir con su función, invocando prerrogativas exclusivas en la determinación de las “políticas públicas”. En realidad, no advierten los funcionarios que las políticas públicas ya han sido establecidas por el Congreso de la Nación o las Legislaturas provinciales según sus competencias, y que ellos deben desarrollar la función de gestión administrativa para el cumplimiento efectivo del Derecho vigente, nada más. Es ostensible el incumplimiento de normas como las leyes nacionales 23.661 que crea el Sistema Nacional de Salud; 26.206 de educación nacional que obliga a las autoridades competentes a crear las oportunidades necesarias para promover en cada educando la capacidad de definir su proyecto de vida; 25.724 que creó el Programa de Nutrición y Alimentación Nacional instituyendo una Comisión especial para la evaluación permanente de la marcha del programa y sus resultados; 26.233 de promoción y regulación de Centros de Desarrollo Infantil para la atención de cada niña y niño en su singularidad e identidad; 26.061 de minoridad y la ley provincial 13.298 que fue especialmente ponderada por el juez Luis Federico Arias en causa “Asociación Civil Miguel Bru y otros v. Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires y otros”, al resolver una medida cautelar en fecha 10 de noviembre de 2008 respecto de la situación de calle a la que se encuentran expuestos niños y niñas en condiciones de pobreza. *Toda dilación en la implementación de los distintos engranajes que propone la ley 13.298 – dijo el juez –, implicaría desatender los más básicos deberes, no sólo de la función jurisdiccional, sino de la condición humana que ostentan los involucrados. El niño – añadió – por su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, según lo afirma la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo necesario prestar especial atención a los niños pertenecientes a grupos desfavorecidos y vulnerables; la aplicación de sus principios generales de no discriminación y del interés superior del niño no puede estar condicionada a los recursos presupuestarios, puesto que en la práctica, la pobreza es claramente una de las principales causas de la discriminación.*

9. *Condicionantes económicos y financieros del Derecho Administrativo. Crisis y cambio en el siglo XXI*

El intervencionismo regulador del Estado en la economía, concebido como control de desequilibrios sociales y económicos, en la práctica distaba de ser

siempre no ya eficaz sino, incluso, sensato (*Tratado*, Tomo I, Parte General, 8ª edición, 2003, Capítulo IV, IV-3, punto 1.3 “Génesis y desarrollo de la crisis”). *La inexistencia de consenso social acerca de la bondad del funcionamiento del sistema regulatorio, lleva inexorablemente a su falta de cumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social, no solamente de los particulares sino también de la propia Administración Pública* (con remisión a *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión 2001). Se produce así algo parecido al fenómeno que en algunas sociedades tribales se denomina “derecho no estatal” (*non state law*) y que en las sociedades subdesarrolladas hemos denominado parasistema jurídico y administrativo.

10. *La búsqueda colectiva de los consensos sociales necesarios a una sociedad madura*

La pregunta real no es donde estaremos dentro de cien años, sino en qué dirección estamos ahora dando qué pasos (*Tratado*, Tomo I citado, IV-10 y IV-11, II – “La prospectiva” 3. “El futuro ahora previsible” con remisión a “1995-2095, cien años de derecho administrativo”, Revista jurídica de Cataluña, Barcelona, 1997 y *The future of Latin América. Cant the EU Help?*, prólogo de Spyridon FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003). La regulación internacional es creciente. Acompaña también al proceso el creciente desarrollo de las organizaciones no gubernamentales, personas jurídicas privadas o públicas no estatales que realizan actividades de interés público. El Estado nacional pierde poder a manos de las regiones estatales internas; pierde poder a manos de la comunidad estatal supranacional; pierde poder a manos de organizaciones no gubernamentales (IV-12, 3.3 “La distribución y fractura mundial del poder estatal”; IV-13 3.5. “La participación”).

Su percepción anticipada de un cambio tan profundo en el pensamiento universal acerca de la transformación del Estado-Nación y del desplazamiento del poder centralizado y burocrático que él representa, se destaca hoy en el acompañamiento de sus postulados por intelectuales de otras disciplinas. Cornelius CASTORIADIS acudía en 1982 a la creación de la democracia en la antigua Grecia para restituir las significaciones y las instituciones que encarnan esas significaciones por medio de las cuales *cada sociedad se constituye como tal*. En una serie de seminarios desarrollados en ese año en la Escuela de Altos Estudios de París (publicados en *Lo que hace a Grecia. De Homero a Heráclito*, Fondo de Cultura Económica, 2006) explica la política así concebida como *creación de una actividad explícitamente autoinstituyente de la colectividad*. El propósito ex-

plícito de una institución de la sociedad por parte de una colectividad que se instituye a sí misma – dice en página 204 –, presupone la ausencia de un orden ideal predefinido de las cosas humanas; no existe ley social conocida o impuesta de antemano que sea válida de una vez por todas. La democracia directa de los atenienses requiere una *participación efectiva de los ciudadanos en los asuntos de la polis*, participación que es a la vez alentada y estimulada por medidas expresas; el logos no puede ser creado efectivamente – dice en el anexo II sobre el pensamiento político –, más que en la medida en que el movimiento del demos *instaura en acto un espacio público y común*, donde la exposición de las opiniones, la discusión y la deliberación se vuelven posibles por primera vez en la historia de la humanidad. La actividad autoinstituyente de la *polis* se desarrolló durante casi tres siglos: es la creación de una institución donde las fuerzas en lucha en la ciudad se equilibran por una autolimitación mediante la cual el poder ya no puede pertenecer a una persona o a una categoría particular, sino que pertenece a todos y a nadie, está a la vez ubicado a igual distancia de todos y ya no puede ser objeto de apropiación sino que también *es participado por todos de manera simultáneamente colectiva. No hay polis sin creación de un espacio público de interrogación y de control recíproco. No existe espacio público verdadero más que en la medida en que existe un interés vital de los ciudadanos por este espacio público*. El espacio público, el ágora, tal como existió en Atenas era sostenido por el interés activo de los ciudadanos (páginas 339 a 359). Antonio NEGRI destaca la presencia de una *dinámica democrática en contra de las concepciones trascendentales del poder en la modernidad*. Lo único que puede permitir interpretar la época contemporánea – dice en *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, Paidós, Barcelona, edición en castellano, 2008 – es un cambio de paradigma. Los modelos jurídicos de la soberanía están sometidos a una crítica política del Estado que permite poner en evidencia la *circulación del poder en el cuerpo social*. Con la globalización, la crisis del Estado-Nación y de los conceptos conexos de pueblo y de soberanía, se vuelve irreversible (página 60). El gobierno deja de ser una forma de poder – dice más adelante – para ser cada vez más un *espacio dentro del cual se desenvuelve el enfrentamiento entre las potencias de lo común*. Sólo las realidades comunes pueden decidir. La *decisión* es por tanto, un acto común, una *expresión de la multitud*.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires dictó una sentencia que facilita la participación comunitaria para la protección de la legalidad urbanística. En causa “Asociación Civil de la Estación Coghlan y otros c. Ciudad de Buenos Aires” rechazó la consolidación de una transgresión a la legalidad urbanística por el mero transcurso de un plazo fugaz para interponer un recurso administrativo. La respuesta del sistema urbanístico al fenómeno patológico de su vulneración

o conculcación – dijo al decidir en la causa – requiere que se reintegre el orden transgredido, teniendo especialmente en cuenta la trascendencia de los bienes jurídicos implicados, que se vinculan a la calidad de vida y a la preservación de un medio ambiente adecuado (en fecha 10 de agosto de 2007). Si bien la interpretación restrictiva de los recaudos formales impuestos para demandar por las normas procesales fue sustentada en la preeminencia de hacer viable la garantía de la tutela judicial efectiva, la sentencia a que nos referimos tiene el mérito de posibilitar la *participación comunitaria en la restitución de la legalidad*. Facilita, en términos de CASTORIADIS, la instalación de un espacio público verdadero; un espacio público que no existe más que en la medida en que exista un interés vital en la cosa pública, la cual a su vez no puede existir más que en la medida en que los integrantes de la sociedad puedan algo en cuanto a esa cosa pública. La sentencia de Cámara restituye el ágora; ésta es su trascendencia, aunque en un análisis efectuado desde el Derecho Administrativo parezca que, simplemente, realizó una interpretación razonable de los requisitos formales impuestos para acceder a la Justicia administrativa.

La necesidad de consenso social expuesta por GORDILLO en 1982, su lucha durante todos estos años por una auténtica descentralización del poder vinculada a la superación de la concepción trascendente del interés general y el consiguiente desplazamiento de la regulación hacia la sociedad civil, conducen a la nueva configuración de un Derecho Administrativo signado por la participación social y la democracia activa, en el marco general de los nuevos principios formulados por la Filosofía y la Sociología. Es tiempo de que una comprensión acabada de su obra nos permita la consolidación de un Derecho Administrativo diferente, sin dogmas ni atavismos, sin reiteración irreflexiva de tradiciones decimonónicas. Porque a esta altura, él ya está pensando en otras cuestiones, para el futuro, aunque poniendo el acento en la pregunta real acerca de los pasos que hoy debemos dar con ese destino. Como cuando en su formulación del objetivo de luchar contra la pobreza y la exclusión propone un gobierno compartido para que las organizaciones internacionales que ayudan a financiar proyectos en países en vías de desarrollo, sean responsables por la conveniencia de tales proyectos, su utilidad a los fines perseguidos, la estricta valoración de su impacto en el medio ambiente y por la correcta y adecuada utilización del dinero prestado, libre de desviaciones, corrupción y mala administración (“La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido”, traducción corregida del trabajo presentado al seminario sobre “Gobierno compartido: combatiendo la pobreza y la exclusión, IIAS, Yaoundé, 17 de junio de 2003 en *Perspectivas del derecho público en el umbral del siglo XXI*, coordinadores Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA-Juan Martín VOCOS CONESA, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003).

CINCO UNIDADES DE LUZ

DOMENICO D'ORSOGNA¹

SOMMARIO: 1. Come nascono le nuove idee? – 2. Il laboratorio di Augustín Gordillo: la logica della scoperta scientifica alla prova del “problema amministrativo”. – 3. L’idea della “sovra-costituzionalità operativa” dei diritti umani. – 4. Il Diritto amministrativo globale: una congettura. – 5. Il diritto amministrativo come “opera aperta”. – 6. Postilla.

1. *Come nascono le nuove idee?*

All’età di dodici anni Agustín Gordillo inizia a studiare le opere principali di Sigmund Freud, mosso dalla curiosità di comprendere l’animo umano e con l’obiettivo di capire “come funziona” la mente. Di lì a poco inizierà a coltivare anche l’interesse per la filosofia, la scienza politica e la letteratura.

Intraprende gli studi di Diritto nell’Università di Buenos Aires con la consapevolezza che sarebbe diventato professore universitario. L’unico dubbio era in quale materia avrebbe insegnato. Solo a conclusione del suo percorso universitario incontra la materia del Diritto amministrativo, alla quale approderà alcuni anni dopo quale docente.

La sua *Introducción al Derecho* e molte parti del suo *Tratado de derecho administrativo* sono dedicate al metodo in generale, inteso più propriamente quale teoria della conoscenza, e, in particolare, al metodo nel diritto.

Gordillo si dichiara espressamente “popperiano” e informa coerentemente la sua attività di ricercatore, la sua opera e il “suo” diritto amministrativo al metodo del razionalismo critico.

Fin dalle prime sue opere riaffiora, prendendo nuova luce, l’interesse per la psicologia, che è in Gordillo del tutto originale: mentre la gran parte della psicologia dedicava (a quel tempo) la propria attenzione allo studio delle patologie della mente, Gordillo – e qui il suo interesse per la psicologia si fonde con la teoria della conoscenza – è invece attratto dalla dinamica dei procedimenti creativi. Come nascono le nuove idee?

Da “La logica della scoperta scientifica” di Popper Gordillo trae alcune coordinate essenziali per mettere a punto la propria impostazione metodologica: la ricerca scientifica è una attività di soluzione di problemi che si svolge attraverso congetture e confutazioni. Essa non ha mai fine perché non può appro-

¹ Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Sassari.

dare alla verità oggettiva (che resta irraggiungibile), ma è un processo di continua approssimazione ideale alla stessa, che avanza (cresce) formulando ipotesi teoriche e, su tali basi, spiegazioni (rivedibili) esposte alla critica razionale e alla prova della falsificazione.

Il criterio falsificazionista mette in luce il carattere sempre provvisorio delle teorie scientifiche. In tale approccio la verità è un mero “ideale regolativo” (condiviso stipulativamente nella comunità scientifica), che informa (e rende possibile) l'azione degli scienziati e dà ad essa un senso. Un approccio fortemente anti-dogmatico, pertanto, che si ispira ai criteri della “società aperta”: “aperta a più valori, a più visioni del mondo filosofiche e a più fedi religiose, ad una molteplicità di proposte per la soluzione di problemi concreti e alla maggior quantità di critica. La società aperta è aperta al maggior numero possibile di idee e ideali differenti, e magari contrastanti. [...] La società aperta è chiusa solo agli intolleranti” (tratto da Karl R. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, Vol. I, *Platone totalitario, dalla IV di copertina*).

Gordillo, lettore attento, è molto colpito anche da notazioni apparentemente marginali (e a quel tempo sottovalutate) della teoria stessa: quelle in cui Popper riconosce che spesso anche idee considerate “non razionali” possono aprire la strada a idee scientifiche e non vanno quindi considerate “insensate e non intelleggibili”. La metafisica, l'extra-razionale, il giudizio estetico, possono ben svolgere un ruolo positivo nella attività scientifica: le teorie nascono sempre da “congetture”, che contengono anche elementi intuitivi, fantastici, non analizzabili razionalmente.

La questione, come è noto, sarà nei decenni successivi ripresa e ampiamente sviluppata da vari studiosi, in particolare da Thomas Kuhn, Imre Lakatos e Paul K. Feyerabend (allievi “eretici” di Popper) e da pensatori francesi come Gaston Bachelard ed Edgar Morin.

Non è un caso che Gordillo, guardando retrospettivamente al suo percorso di vita e di ricerca, dichiarò che la sua tesi di dottorato – lavoro al quale aveva dedicato anni di studi profondi e meticolosi, miranti alla completezza, conclusa e discussa nel 1960, ma mai pubblicata – rappresentasse per lui “il più grande errore metodologico” della sua vita: aveva studiato tutto, ma la sua creatività era stata annullata.

2, *Il laboratorio di Augustin Gordillo: la logica della scoperta scientifica alla prova del problema amministrativo*

Da questa esperienza Gordillo trae spunto per affinare il suo metodo e ri-orientare il suo programma di ricerca e di azione. Spiega infatti che egli procede

sempre dalla formulazione di una ipotesi di scritto, una prima stesura della idea di base, su cui lavora con successive limature e perfezionamenti per metterla a fuoco e via via distillarla (“finché non c’è più niente da aggiungere o correggere”), sottoponendola poi al confronto dialogico e critico di suoi colleghi e, soprattutto, dei suoi studenti e dei suoi “amici professionali”. Spiega poi come sulla base delle critiche e delle osservazioni ricevute egli torna al tavolo di lavoro: solo in questo momento inserisce l’ipotesi di base alla prova di uno studio sistematico e al confronto analitico e sequenziale con le altre tesi già presenti sul campo oggetto di indagine. Quando il lavoro è terminato, viene pubblicato. Ma Gordillo torna ad affinare lo stesso nelle successive edizioni dell’opera tenendo conto delle osservazioni critiche che sono seguite alla pubblicazione del testo, oltre che, ovviamente, dell’evoluzione dell’ordinamento giuridico. Egli precisa, però, che non resta incatenato vita natural durante alla sua opera: la quale, infatti, si stacca dall’autore, ha una sua vita autonoma ed anche una sua storicità. Elaborata in un determinato contesto (storico, culturale, sociale, economico), porta con sé i caratteri e i limiti di quella contingenza e del sostrato di relazioni di senso di cui è espressione. Tuttavia il testo, una volta consegnato alla dimensione pubblica, è oggetto di interpretazioni; evolve, di conseguenza, tanto la materia storica (“i fatti, i valori e i principi giuridici, che sono l’impulso che riceviamo dal mondo”, rileva Gordillo), tanto l’esistenza dell’autore e del lettore: “Credo che un libro valga per la riflessione che fa nascere nella mente dei lettori e non per quello che le sue pagine dicono. Il vostro pensiero è quello che vi sarà più utile. I vostri interventi sono fondamentali per la riflessione, sia per proporre argomenti diversi, sia per distruggere tutto quello che è stato scritto da me. Il dibattito e la refutazione sono parti necessarie dell’evoluzione del pensiero scientifico e del progresso della società. Questo è stato spiegato da Popper, ed io sono molto popperiano: È in questo senso che sono contento del libro, perché è stato concepito per far pensare” (parole pronunciate dal professor Gordillo nell’Università Bocconi, a Milano, il 12 aprile 2013, a conclusione del suo intervento al seminario sul suo libro “L’Amministrazione Parallela”).

3. *L’idea della “sovra-costituzionalità operativa” dei diritti umani*

La formazione dei giuristi e, più in generale, di tutti gli operatori del diritto, non può essere limitata allo studio di dati normativi e di concetti giuridici (astratti e immutabili), ma deve essere plasmata a partire dall’analisi e dalla (ricerca di) soluzione di “casi concreti”: le situazioni problematiche che costituiscono l’essenza dinamica e vitale della convivenza (e insieme della conflittualità) sociale e, quindi, dell’esperienza giuridica.

Gordillo ricorda che, in tal senso, fu molto colpito da una notazione del professor Alessandro Nieto: dinanzi al problema concreto, è necessario disporsi con apertura ai caratteri, alle ragioni peculiari del caso, “dimenticando” tutto quello che si è studiato prima. Tale approccio è necessario – ribadisce con convinzione Gordillo – “per avere la mente fresca, cosciente, creativa: pronta a vedere il problema che si ha davanti!”.

Alcuni anni dopo Gordillo, già professore di Diritto amministrativo, concorre anche per l'affidamento dell'incarico di docenza in “Diritti umani”. Studia in profondità, ma evidentemente con la freschezza necessaria, questa nuova materia e arriva a formulare l'ipotesi della “sovra-costituzionalità operativa dei diritti umani”: “lo prendono per matto” – come ricorda lui – ma ottiene l'incarico.

Egli aveva ben compreso la necessità di rifondare il Diritto (e in particolare il Diritto amministrativo) su nuove basi: non più sulla Sovranità degli Stati e sulla prevalenza degli Interessi Pubblici intesi come interessi degli Stati, ma sulla dignità umana e sui diritti fondamentali della persona. L'intera architettura dei pubblici poteri era da ripensare e da ricostruire giuridicamente in posizione subordinata e servente rispetto ai diritti e agli interessi generali “del” pubblico: i bisogni vitali delle persone e gli interessi fondamentali delle collettività umane, da armonizzare nella convivenza civile.

La posizione e il ruolo funzionali delle pubbliche amministrazioni risultavano radicalmente “capovolti”.

Negli stessi anni, in Italia, la dottrina costituzionalistica e amministrativista stava completando, sulla base della Costituzione repubblicana del 1948, un'opera di generale rilettura (che aveva avviato dagli anni '60) della disciplina e dello statuto dell'amministrazione per superare quella visione autoreferenziale ed autoritativa del fenomeno amministrativo che aveva caratterizzato tutta l'esperienza precedente. La dottrina stava ancora portando a termine “la scoperta della Costituzione”, comprendendo in primo luogo che il ruolo dell'amministrazione non fosse deducibile solo dalla lettura delle poche (e scarse) norme ad essa espressamente dedicate, ma doveva essere invece ricavato “leggendo tutta la Costituzione”. Quindi dall'intera disciplina costituzionale dei compiti assegnati ai pubblici poteri e dai principi fondanti l'ordinamento democratico, in primis il principio di uguaglianza “sostanziale” di cui all'art. 3, comma 2: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti (...) all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Ma Gordillo, a ben vedere, era già ben oltre le sopra indicate (e già di per sé estremamente importanti) acquisizioni: perché l'idea della “sovra-costituziona-

lità operativa” dei diritti umani, considerata insieme alla configurazione “razionalistico-critica” dei pubblici poteri, da egli proposta, apriva alla pubblica amministrazione e al suo diritto nuovi ambiti di intervento, spaziali e temporali.

Gordillo, con pochi tratti di penna, si proietta nel futuro, e fuori dai confini statali (fino a ieri ritenuti consustanziali al diritto amministrativo), anticipando di decenni alcuni dei mutamenti strutturali più significativi del diritto amministrativo. Un esempio al riguardo è offerto dal campo sempre più vasto delle “funzioni amministrative” disciplinate al di fuori dell’esperienza statale, che coinvolgono congiuntamente apparati interni e enti sovranazionali (il richiamo più immediato è all’area delle funzioni comuni dell’Unione europea): un fenomeno che ha preso piede con più chiara insistenza proprio nell’ultimo trentennio, segnando una netta discontinuità rispetto al modo tradizionale di concepire la distribuzione multilivello dei compiti tra gli apparati amministrativi.

Il giurista italiano, ancora oggi, resta profondamente colpito dall’idea fulminante di Gordillo e, in particolare, dall’affermazione, così chiara e netta, da un lato, della anteriorità logica e giuridica dell’individuo e dei suoi diritti rispetto ai pubblici poteri; e, dall’altro, della protezione, di livello “sovra-costituzionale” e per giunta “operativa”, ad essi assegnata.

“I Trattati sui diritti umani e buona parte del Diritto globale – osserva Gordillo – entrano nel territorio del diritto amministrativo”.

Norme meramente programmatiche? Niente affatto!

4. *Il Diritto amministrativo globale: una congettura*

Da questa prospettiva emerge con chiarezza la matrice costitutiva della concezione di Gordillo: le pubbliche amministrazioni sono “dispositivi” – improntati a razionalità pratica, strumentale e limitata – che servono a ricercare e (eventualmente) ad attuare in concreto soluzioni adeguate (motivate, imparziali, ragionate, ponderate, proporzionate, misurate, eque: buone) a “problemi” in cui è in gioco la soddisfazione di interessi fondamentali “del” pubblico, intesi nel senso già illustrato sopra.

L’essenza funzionale delle amministrazioni pubbliche si coglie, pertanto, nell’agire “per” la decisione: nell’attività conoscitiva e di indagine (prima) e (poi) decisionale: conoscere per decidere. Una funzione complessa che si svolge in più momenti e su diversi piani, a vari ordini di grandezza, livelli di gestione e scale di complessità, e per mezzo di atti, procedimenti e operazioni eterogenei; che è presa in considerazione e disciplinata in vari modi e forme (è oggetto di pluriquificazione) dal diritto oggettivo, certamente.

Ma il “pattern” costitutivo di questo agire operativo, globalmente rile-

vante per il diritto, appare individuabile, in ogni caso, come in una figura frattale, in una attività rivolta alla “soluzione di casi” e “situazioni problematiche”. Il pensiero, da Popper, corre alla teoria dell’indagine di John Dewey e alla teoria della decisione e della razionalità limitata di Herbert M. Simon, e ai contributi, di alcuni anni successivi, di illustri giuristi italiani quali Franco Levi, Franco Ledda e Antonio Romano Tassone.

L’impostazione lumeggiata da Gordillo é fatta propria anche dal diritto globale – in cui si sono sviluppati da tempo il diritto di partecipazione, l’obbligo di motivazione, il principio di trasparenza – e che ravvisa proprio nel principio di buona amministrazione il nucleo principale del diritto “amministrativo” globale.

Un punto merita di essere sottolineato: Gordillo ha sempre sostenuto con convinzione la tesi favorevole all’esistenza di un “diritto amministrativo globale”, ma non ha mancato di precisare, in piena coerenza con il suo metodo, che essa non é una “verità” né, all’estremo opposto, una banale presa di posizione su una mera questione di carattere terminologico.

Essa é, invece, un’ipotesi esplicativa: una congettura in senso popperiano. Ma la scelta di una fra una serie di teorie fra loro competitive, lungi dall’essere l’applicazione di un algoritmo, è un atto di preferenza; e ogni preferenza di una teoria su un’altra è a sua volta una congettura di ordine più alto.

Gordillo, infatti, ha cura di precisare e delimitare con grande attenzione i termini della sua adesione alla “congettura” del diritto amministrativo globale: “I would argue that global administrative law, in order to have meaning, must restrict itself to States that have the minimum qualities of Rechtsstaat, État de Droit, Estado de Derecho, or rule of law, and that have enough control over their territory to impose the order for that rule of law to prevail. That may exclude a hundred or more independent or sovereign countries, at any given moment”.

L’impostazione sopra illustrata é adottata anche nell’accezione europea della locuzione “buona amministrazione”, sancita nell’articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, che con tale espressione indica l’oggetto di un diritto che ogni persona vanta nei confronti delle istituzioni e degli organi dell’Unione europea. Secondo la disposizione in parola, l’amministrazione merita la qualificazione di buona (*bonne, good, proper*), in generale quando tratta le questioni che riguardano qualsiasi persona in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole. Più in particolare, quando le sue decisioni sono motivate e la persona interessata è ascoltata prima che sia adottato nei suoi confronti un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio. Inoltre, deve essere consentito l’accesso di ogni persona al fascicolo che la riguarda. A ciò si aggiunge che ad ogni persona deve essere assicurato il risarcimento dei danni

provocati dagli organi e dalle istituzioni europee nell'esercizio delle loro funzioni, secondo i principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

Degno di nota è, in particolare, il riferimento al diritto a un trattamento "equo" delle proprie questioni, che è ricollegato da un lato al concetto di fairness; dall'altro al divieto generale di operare trattamenti discriminatori, al principio di uguaglianza e al dovere di imparzialità; nonché ai principi di giustizia, del giusto procedimento e di proporzionalità.

La efficacia operativa della buona amministrazione – secondo Sabino Cassese (ne "Il diritto alla buona amministrazione", relazione tenuta a Barcellona il 27 marzo 2009) – si rivelerebbe addirittura "maggiore a livello sopranazionale e globale (...), per estensione, rispetto a quella del livello nazionale. Infatti, mentre nella dimensione domestica la buona amministrazione esaurisce i suoi effetti nei rapporti amministrazione nazionale – cittadino, nella dimensione ultra-nazionale lo stesso principio può applicarsi sia ai rapporti tra individui e amministrazioni ultra-nazionali, sia ai rapporti tra singoli e amministrazioni nazionali. In altre parole, in quest'ultima dimensione, la buona amministrazione è suscettibile di estendersi dal livello sopranazionale e globale a quello nazionale". Ciò consente alle persone "di beneficiare di più norme, disposte in sede nazionale, in sede sopranazionale e in sede globale, e di scegliere quelle più convenienti per la tutela dei suoi diritti". La partecipazione è garantita, infatti, sia nelle procedure di law-making, sia in quelle di regolazione, di adjudication e di risoluzione delle controversie.

5. *Il diritto amministrativo come "opera aperta"*

L'attività decisionale – nell'impostazione di Gordillo – è energia sempre in atto: è una ricerca che non ha mai fine. Per un verso perché, anche a voler prendere in considerazione singoli episodi di esercizio puntuale del potere, la stessa può estendersi anche al processo (laddove la procedura amministrativa non sia riuscita a risolvere la "sfida del caso") e prolungarsi anche oltre (ove sia necessaria un'attività "di ponderazione" ulteriore della pubblica amministrazione) a valle della pronuncia del giudice.

Per altro verso, e più in generale, perché il diritto amministrativo – sottolinea Gordillo – è, e sarà sempre, un "diritto in formazione": esso è un diritto (costitutivamente) in fieri, che ha "carattere pretoriano" perché, in modo continuo e dinamico, è conformato (a livello locale, sovra-nazionale e globale) dai fatti, dai valori e dai principi giuridici, (...) che sono l'impulso che riceviamo dal mondo".

Invitato nel 2013 a tenere una relazione dal titolo "*La Administración*

Pública del Siglo XXI. ¿Hacia un modelo sistémico, dinámico, flexible, integral y participativo?», Gordillo intercetta efficacemente tutti i profili indicati nel tema assegnato concentrando la sua analisi sull'istituto della partecipazione, e sviluppando l'idea dell'attività amministrativa quale processo decisionale razionale. Approccio che gli consente di dissolvere immediatamente il (presunto) dilemma tra legalità ed efficienza dell'agire amministrativo che campeggiava nel campo di indagine.

La partecipazione è da favorire e rafforzare, a tutti i livelli, sia nei procedimenti discrezionali sia nei procedimenti vincolati, ma anche nei procedimenti di formazione della legge e in generale degli atti normativi, nonché di programmazione e di pianificazione e di localizzazione di opere pubbliche o di particolare complessità. Essa non dà luogo a un trade off: è un istituto che agevola il conseguimento dell'obiettivo dell'istruttoria appropriata e aiuta a decidere meglio, in modo (legittimo e al contempo) ragionato, dunque più intelligente, creativo e giusto. Essa va a beneficio di tutti: l'amministrazione, gli interessati, la collettività, i giudici, i decisori politici.

A tal proposito è utile evidenziare che con una serie di recenti importanti pronunce (sentenze nn. 69/2018, 28/2019, 116/2020, 121/2022[70], 186/2022) la Corte costituzionale italiana ha preso posizione sul concetto di «riserva di procedimento amministrativo», nel tentativo di delimitare uno spazio proprio (costituzionalmente riservato) all'agire amministrativo. Il procedimento amministrativo è stato dalla Corte individuato quale strumento (di garanzia, di efficienza, di controllo giurisdizionale) da cui non si può prescindere tutte le volte in cui occorre acquisire, ponderare e confrontare interessi in conflitto. In altre parole, quando occorre esercitare un potere discrezionale per individuare la regola del caso concreto dinanzi a situazioni di vita ogni volta differenti, l'articolazione procedimentale è stata ritenuta «ineliminabile».

Tutti i «casi» che hanno dato origine alle sentenze della Corte sono caratterizzati da un elevato livello di complessità: localizzazione e realizzazione di impianti energetici; pianificazione di sistemi di smaltimento dei rifiuti; programmazione di interventi economici straordinari a favore del sistema sanitario; procedure di autorizzazione di opere di particolare complessità quali impianti fotovoltaici ed eolici di grande dimensione. Tutte fattispecie, cioè, che coinvolgono una massa rilevante di interessi pubblici e una pluralità di poteri, procedimenti, amministrazioni, da convogliare e raccordare in processi decisionali complessi unificati dal perseguimento di risultati unitari: operazioni amministrative. La Corte Costituzionale richiede che non sia pretermessa la «procedura amministrativa» richiesta dal caso: il processo decisionale adeguato. Ricorre pertanto a una sineddoche laddove si riferisce alla parte (il procedimento) per indicare invece il tutto (l'operazione).

L'attività amministrativa per la decisione consiste pertanto in un comportamento legale, razionale, relazionale: un agire formalizzato, che – come già illustrato poc'anzi prendendo spunto proprio dal pensiero del professor Gordillo – è manifestazione di razionalità pratica, limitata e situazionale (aderente ai fatti e allo scenario degli interessi in gioco), funzionale ad un'adeguata rilevazione della situazione problematica di realtà e alla traduzione congruente della stessa – sul piano giuridico – in problema amministrativo.

La buona amministrazione (sia essa locale, statale, sovranazionale, internazionale o globale) – in tale prospettiva – rileva quale precetto di ottimizzazione e di doverosa razionalizzazione dinamica dell'amministrazione in relazione ai risultati da soddisfare e ai caratteri del problema amministrativo.

In senso conforme, in Italia, si è espresso di recente anche il legislatore, nell'art. 1 del Codice dei contratti pubblici del 2023: «il principio del risultato costituisce attuazione (...) del principio del buon andamento (...)» (co. 3); «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto» (co. 4).

Gli sviluppi più recenti della funzione amministrativa mostrano una linea di tendenza che procede dalla (iniziale e risalente) “assenza” di rapporto alla “essenza” di rapporto.

Il paradigma di relazionalità caratterizza e conforma dall'interno la funzione amministrativa, la quale deve di regola trovare svolgimento, infatti, attraverso veri rapporti giuridici tra figure soggettive che si confrontano e dialogano in forme razionali nell'attività conoscitiva e nel processo decisionale.

Il senso più pregnante di tale generale linea evolutiva si può apprezzare proprio nel riconoscimento e nella garanzia della “relazione” quale essenza del fenomeno amministrativo, che riporta quest'ultimo in una dimensione vitale, rigenerativa e creativa, foggiate da regole, principi e valori che permettano l'organizzarsi delle relazioni stesse: la pubblica amministrazione come “opera aperta”.

6. *Postilla*

Prima di iscriversi all'università Agustín Gordillo aveva frequentato un laboratorio di orientamento professionale. Dai test di fine corso era risultato che egli aveva una spiccata attitudine per le arti plastiche e l'architettura. Cosa che – precisa Gordillo – non era di certo una “contro-indicazione” per studiare Diritto, cosa che egli aveva intenzione di fare, e infatti fece.

Cinco unidades de luz – il titolo prescelto per questo scritto – è un'opera del noto artista e architetto Juan Navarro Baltweg.

Si tratta di una rilettura della serie delle *Boîte-en-Valise* di Marcel Duchamp (o Rose Sélavy): uno studio, attraverso materiali diversi, di come si trasmette la luce che è “La materia che è nell’occhio di chi osserva (...)”. Ciò significa – come scrive Antonello Marotta, teorico dell’architettura e critico d’arte (cfr. Marotta, A., *Juan Navarro Baldweg. Intersezioni e confluenze*, LetteraVentidue Edizioni, Siracusa, 2024: 37, 39, 41) – “introdurre il tempo nella ricezione della luce” e “ci consente di considerare l’architettura come un progetto costante di indagine, dove lo spazio non è già dato ma necessita di essere continuamente interrogato (...). La passione di Duchamp per gli scacchi (...), l’interesse per il gioco ci mostrano il bisogno di lavorare su regole che sono aperte ma non casuali, per quanto *infinitamente potenziali* (...). Alla base di questa filosofia (...) c’è l’idea di costruire una serie di procedure e restrizioni, legate alla struttura sintattica e grammaticale. Obiettivo quello di far scaturire dalla limitazione la fantasia. Il processo così ricercava in queste regole determinate il campo del possibile (...). Fare architettura è un processo mentale, trovare una soluzione chiara per risolvere un problema posto (...). Noi siamo bendati, e tutti i dati che riceviamo devono essere elaborati dalla mente (che aggiunge sempre qualcosa) mentre passiamo in rassegna tutte le possibili combinazioni che possono essere usate per trovare una soluzione corretta”.

INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA E PRESUPPOSTI PROCESSUALI¹

GABRIELLA DE GIORGI* e BARBARA ACCETTURA**2

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Coordinate di contesto. – 3. Le persistenti incertezze della dottrina. – 4. La soluzione del codice. – 5. Ipotesi ricostruttive. – 6. Le scelte della giurisprudenza. – 7. Il principio di pienezza della tutela alla prova del ‘fattore tempo’.

1. Considerazioni introduttive

Una riflessione su un tema classico quale quello dei presupposti processuali si spiega oggi in considerazione delle potenzialità che l’istituto può ancora esprimere nell’ambito di una giurisdizione amministrativa di tipo soggettivo³,

¹ Il tema rimanda all’opera di A. Gordillo. Si v., in particolare *Trattato de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009; *Access to Justice, Legal certainty and Economic rationality*, in *Il diritto dell’Economia*, n. 1/2014, pp. 43 ss; *The status of the Judge: Independence and Impartiality*, in *European Review of Public Law*, vol. n. 14 1-2012, pp. 83 ss.

* Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università del Salento.

** Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università del Salento.

² Il presente scritto nasce da una riflessione comune alle due autrici. Fermo restando l’opportuno coordinamento, si devono a Gabriella De Giorgi 1, 2 e 7, a Barbara Accettura i paragrafi 3, 4, 5 e 6.

³ F. G. SCOCA, *Il processo amministrativo, ieri, oggi e domani, (brevi considerazioni)*, in *Dir Proc. Amm.*, n. 4/2020, p. 1097, il quale rileva come “il processo amministrativo, come disciplinato dal codice approvato con d.lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.), sia profondamente diverso dal processo precedente” ed aggiunge che “si potrebbe pensare che il processo amministrativo abbia raggiunto la maturità, nel senso che sia idoneo ad assicurare la tutela piena ed effettiva” o che “così sarebbe se il c.p.a. fosse attuato fino in fondo”. In ogni caso, l’a. prende atto del fatto che “la nuova disciplina del processo amministrativo, introdotta dal c.p.a., ha portato la dottrina a stimare (anzi a confermare l’idea) che l’oggetto del processo non sia (più) l’atto impugnato, bensì la c.d. pretesa sostanziale del ricorrente, la quale implica necessariamente che l’esame del giudice cada sull’intero rapporto giuridico corrente tra l’Amministrazione e il privato”. Si v. anche A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1993 cit., p. 2, il quale rileva come sin dagli anni ’60 l’evoluzione del diritto amministrativo, abbia fatto registrare “una costante tensione a riempire di sostanza la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell’autorità, emancipando il giudice amministrativo dal ruolo meramente cassatorio in cui esso stesso si era confinato e restituendogli la veste di supremo tutore della legittimità – piuttosto che della legalità dell’azione amministrativa”. Per una riflessione innovativa sul punto si

come tale diretta allo scrutinio del rapporto in una logica di parità delle parti, quale prima e poi garanzia della pienezza del diritto di azione.

A questo fine occorre muovere dalla considerazione dei presupposti processuali come ‘requisiti’ che devono concorrere perché l’esercizio dell’azione porti alla pronuncia nel merito. Il tema è strettamente connesso a quello della capacità dei presupposti/condizioni dell’azione di fungere da leva per l’individuazione da parte del giudice degli interessi che possono aspirare ad una tutela giurisdizionale nel merito, e dunque per l’ingresso nel mondo del giuridicamente rilevante del ‘meritevole di tutela’⁴.

In questa prospettiva i presupposti processuali costituiscono un vero e proprio ‘banco di prova’ della capacità di tenuta del sistema che fa della pienezza della tutela un principio cardine a fronte di possibili condizionamenti di “contesto”. Tra questi assumono significativa rilevanza, quali tessere di un mosaico di cui comincia a disvelarsi l’immagine, quelli più di recente recepiti dalla giurisprudenza amministrativa, che, muovendo dalla necessità di addivenire ad “un impiego economico della risorsa giurisdizione”⁵ hanno fatto sì che il “fatto-re tempo” – declinato in termini di “scarsità della risorsa giustizia”⁶ – abbia finito con il condizionare il processo e, di conseguenza, la garanzia del diritto ad una decisione nel merito⁷.

v. A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi giuridica dell’economia*, n. 1/2020, che richiama l’impostazione tradizionale (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 20) per rimarcare invece la “speciale connessione fra sostanza e processo, fra tutela sostanziale e protezione processuale e ciò sia perché essa consiste nel suo nucleo essenziale nel sindacato sul corretto esercizio dei poteri pubblici, e quindi con quei poteri è intrinsecamente collegata, sia perché essa coopera in modo precipuo all’emersione ed alla definizione della situazione sostanziale che costituisce il suo oggetto tradizionale, l’interesse legittimo”. Si v. in giurisprudenza, da ultimo, Cons. St. 19 febbraio 2024, n. 1653, che, nell’ambito di un giudizio di appello avverso una sentenza del Tar Lazio, che aveva ritenuto carente il requisito della legittimazione attiva del ricorrente, riafferma “il carattere soggettivo della giurisdizione e la natura sostanziale degli interessi ivi dedotti”.

⁴ Sul tema necessario il rinvio a L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁵ A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, cit., p. 236.

⁶ Ivi, p. 236. L’a., nel formulare alcune osservazioni sul rapporto tra giustizia amministrativa ed economia, rispetto al quale se il codice del processo amministrativo ha aperto una strada, “molto resta da fare”, sia con riferimento al “rapporto tempo – processo, che costituisce lo snodo fondamentale della relazione tra giustizia ed economia, sia con riferimento alla configurazione di quello giurisdizionale come un vero servizio pubblico e come tutti i servizi pubblici, controllabili e misurabile”.

⁷ Il nuovo modello di rapporto amministrativo, fondato su un potere orientato verso garanzie di libertà, di sicurezza, eguaglianza sostanziale dei cittadini nel contesto di una società democraticamente orientata anche sotto il profilo economico permea, in effetti, anche l’attuale conno-

2. Coordinate di contesto

Analizzare e comprendere portata e funzione dei presupposti processuali nel processo amministrativo richiede un costante raffronto con il processo civile. In questa prospettiva va soprattutto affrontato, su un piano di teoria generale del processo, il problema di fondo della distinzione tra i due sistemi processuali, amministrativo e civile⁸, che ha sino ad ora inciso e continua ad incidere sulla teoria dell'azione e, di conseguenza, sui profili concernenti la capacità di essere parte del giudizio, e in particolare su quelli concernenti l'interesse a ricorrere.

Va preliminarmente considerato come nel giudizio civile la categoria fonda sul dualismo "introdotto nella costruzione della teoria dell'azione" e sulla "scissione di questa dal processo"⁹. L'opzione è cioè il frutto dell'affermazione dell'autonomia dell'azione rispetto al diritto soggettivo sostanziale", alla quale viene altresì ricondotta "la distinzione ... tra condizioni dell'azione e presupposti processuali"¹⁰. A seguito dell'elaborazione della teoria del processo come rapporto giuridico processuale, si afferma tra i processual-civilisti la concezione per la quale il processo è "autonomo dalle situazioni giuridiche o diritti (sostanziali) per la cui attuazione si svolge"¹¹.

Nel processo amministrativo, la separazione tra diritto al ricorso e interesse

tazione assunta dal processo amministrativo ed è ormai innegabile che il sistema di giustizia amministrativa si sia evoluto in questa direzione.

⁸ Sulla distinzione tra i due sistemi si v. B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, Cedam, 1989, pp 9-10, il quale tuttavia rileva come le caratteristiche di ciascuno, non impediscono una trattazione unitaria dei profili processual-civilistici e processual-amministrativistici "se si sceglie quale punto di osservazione quello della congruità ed effettività della tutela giurisdizionale dei soggetti che subiscono nella propria sfera giuridica gli effetti di un altrui atti unilaterale". L'a., in particolare, fa riferimento al tema dell'effettività del diritto di azione e della tutela giurisdizionale del "soggetto che subisce gli effetti dell'esercizio di una situazione potestativa" rispetto al quale intravede una "comunanza strutturale di problemi che trascende le innegabili diversità evidenziate dalla casistica ed invita a tentare l'elaborazione di un modello comune di analisi processualistica".

⁹ E. PICOZZA, *Processo amministrativo* (voce), in *Enc. del dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 473. Si v. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 130 ss. il quale rileva come "l'ordine giuridico è costituito da due sistemi di norme distinti e coordinati, che si integrano e completano a vicenda: quello dei rapporti giuridici sostanziali rappresentati dai diritti e dagli obblighi corrispondenti ...e quello del processo, che fornisce i mezzi giuridici per tutelare i diritti ed attuarne il sistema" e come "lo stesso rapporto esiste tra le situazioni soggettive proprie dei due sistemi, cioè tra il diritto sostanziale e l'azione".

¹⁰ *Ivi*, p. 130.

¹¹ Si v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., Giappichelli, Torino, 2000, pp. 43-44; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 131.

sostanziale è un'acquisizione recente e non del tutto pacifica, tanto che l'azione è stata considerata "come una proiezione processuale, anzi da taluno l'unica proiezione attiva, dell'interesse legittimo"¹². Del resto, storicamente, l'interesse legittimo è visto come "situazione soggettiva puramente rimediale, che cioè esiste solo nella forma e dei limiti dell'azione tipica di annullamento"¹³, ragion per cui gli interessi protetti rimangono estranei al giudizio, e costituiscono solo un "presupposto (titolo) della legittimazione del ricorrente", in particolare costituiscono "condizione dell'azione" e "presupposto della stessa sussistenza della giurisdizione"¹⁴.

Anche a seguito della configurazione dell'interesse legittimo come interesse di tipo sostanziale, che ha "innanzitutto e prima di tutto una vita propria fuori dal processo"¹⁵, la constatazione per la quale "il processo amministrativo non realizza che assai poco l'interesse legittimo, poiché in moltissimi casi, dopo la decisione anche favorevole del giudice, sarà necessario riprendere un procedimento amministrativo per addivenire ad una soluzione definitiva"¹⁶, ha continuato a condizionare lo studio dei presupposti processuali.

La diversa impostazione dei rapporti tra interesse/diritto sostanziale e azione continua, infatti, a riflettersi, oltre che sulla nozione, anche sulla funzione dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione. Ciò vale in particolare, per quella particolare condizione dell'azione costituita dalla legittimazione ad agire, rispetto alla quale la tralaticia impostazione di un interesse che si invera nel solo processo, si è tradotta nella necessità che il ricorrente debba essere titolare della situazione soggettiva lesa, non essendo sufficiente, come nel processo civile, la mera affermazione della titolarità della situazione¹⁷. Analogo discorso vale per l'altra condizione dell'azione, costituita dall'interesse ad agire che, a

¹² G. CAIANIELLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 495.

¹³ B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, a cura di P. CERBO, Roma, Libellula edizioni, 2019, cit., p. 30.

¹⁴ Ivi., p. 31. Sulla nozione e portata della lesività si v. ora E. GIARDINO, *La lesività dell'atto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023.

¹⁵ M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Jandi Sapi, Roma, 1972, p. 117.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire* (voce), in *Noviss. Digesto It., Discipline privatistiche*, IX, Padova, 1963, p. 525, per il quale legittimato ad agire è colui "che si attribuisca o nei cui confronti si attribuisca la soggettività (attiva o passiva) del rapporto giuridico controverso; condizione, quindi perché si riconosca all'attore la legittimazione è che egli si affermi titolare del diritto dedotto in giudizio verso il convenuto; non invece che egli lo sia effettivamente; la soggettività della pretesa avanzata verso il convenuto è dunque la situazione di fatto cui la legge ricollega la legittimazione ad agire, o a contraddire". Si v. anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 198.

differenza di quanto avviene nel giudizio civile, non coincide con l'oggetto dell'accertamento¹⁸.

Sebbene la più recente giurisprudenza sembri aver superato l'aporia costituita nel giudizio amministrativo tra bene della vita, inteso come interesse materiale, protetto e interesse legittimo, resta ferma e netta la distinzione tra i due sistemi processuali, le cui convergenze possono scorgersi invece sul terreno della comune considerazione per la quale "il diritto ad ottenere dal giudice una pronuncia sul merito della domanda sussiste indipendentemente dalla fondatezza di questa"¹⁹.

3. Le persistenti incertezze della dottrina

Le premesse di contesto cui si è fatto riferimento consentono di comprendere la ragione della mancanza di uniformità e chiarezza riguardo al tema dei presupposti processuali, cui sono stati ricondotti fenomeni diversi "accomunati solo dall'identico effetto che producono, cioè l'esclusione del giudizio di merito"²⁰.

Del resto, l'istituto è stato sottoposto per lungo tempo ad incertezze rico-

¹⁸ B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, cit., pp. 33 e ss. Si v. da ultimo in giurisprudenza, Cons. St., 19 febbraio 2024, n. 1653, che ribadisce come "al fine di selezionare coloro che possono ritenersi individualmente incisi dall'esercizio illegittimo del potere... la giurisprudenza ha elaborato il criterio dell'attitudine lesiva dell'atto, in virtù del quale l'istante deve allegare e dimostrare il pregiudizio personale e non meramente "organico o collettivo che abbia subito o rischi di subire a causa dell'iniziativa altrui".

¹⁹ G. CAIANIELLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 499, il quale a riprova dell'autonomia tra contenuto dell'interesse legittimo e diritto al ricorso rileva come una pronuncia di inammissibilità per mancanza di una delle condizioni dell'azione non equivale a disconoscere la sussistenza dell'interesse legittimo di cui sia stata richiesta tutela. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 204, il quale rileva la problematicità delle figure ricondotte alle condizioni dell'azione e, quanto all'"interesse al ricorso", la difficoltà di distinguerlo dall'interesse legittimo, con le conseguenti teorie dell'interesse solo processuale, della cd differenziazione e dell'assorbimento della nozione di interesse a ricorrere in quella di interesse legittimo. Si v. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 143.

²⁰ Così F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1983, p. 366 che nell'analizzare la disciplina delle questioni di ammissibilità, ricevibilità e procedibilità, segnala la difficoltà per l'interprete di individuare il significato dei singoli concetti, avendo la legge (l'allora art. 26 T.U. sul Consiglio di Stato) dettato "una curiosa disciplina al riguardo", limitandosi a statuire che se il Tar ritiene il ricorso irricevibile o inammissibile, lo dichiara con sentenza, senza tuttavia precisare "quando il ricorso è inammissibile o improcedibile".

struttive connesse all'origine "convenzionale"²¹ della nozione, di elaborazione dottrinale, e allo stesso tempo alla ampia capacità descrittiva del termine, che richiama un rapporto di stretto collegamento, sotto il profilo cronologico, strutturale e giuridico, tra due fatti/circostanze/atti di cui il primo è tale da condizionare il secondo o successivo. L'estensione potenzialmente illimitata della categoria ha, del resto, contribuito a generare le note sovrapposizioni tra presupposti e condizioni dell'azione²².

Ed è questa difficoltà che evidentemente spiega la ragione per cui sono state ricondotte alla categoria dei presupposti processuali "le ipotesi più varie": impugnabilità dell'atto, capacità delle parti, etc., "in altre parole tutte le circostanze che consentono al giudice di giudicare sulla legittimità o illegittimità dell'atto impugnato"²³ e da taluni anche l'interesse a ricorrere, "per via del collegamento tra interesse e mera proponibilità del ricorso", dalla maggior parte degli autori ricondotto invece alle condizioni dell'azione²⁴.

²¹ C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali* (voce) in *Noviss. Digesto It.*, XIII, Torino, UTET, p. 790.

²² Si v. *Treccani-vocabolario on line* (voce) che definisce il concetto di 'presupposto' come 'ciò che si presuppone o si è presupposto; in partic., ciò che si deve ammettere come precedente ad altro e come sua condizione, ciò che è posto a fondamento di un ragionamento, di un'argomentazione(...) In diritto, *p. processuali*, le condizioni che debbono sussistere perché possa aversi una qualsiasi pronuncia, favorevole o sfavorevole, da parte del giudice; *presupposti del reato*, gli antecedenti necessari all'esecuzione del fatto, alla cui sussistenza è condizionata la sussistenza stessa del reato. Per A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1989, p. 102, i 'presupposti' costituiscono elementi esterni alla "fattispecie" (sostanziale) e dunque integrano quei fatti che "soltanto in presenza della situazione determinata (stato di fatto), altri elementi assumono dal punto di vista giuridico una piuttosto che un'altra qualificazione" sicché "operano soltanto ai fini della qualificazione dei fatti che compongono la fattispecie". Si v. in giurisprudenza sulla nozione di 'atto presupposto', tra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, 10 novembre 2020 n. 6922; Cons. St., Sez. IV, 23 marzo 2000, n. 1561; Sez. V, 15 ottobre 1986, n. 544.

²³ R. VILLATA, *Presupposti processuali, II Diritto processuale amministrativo* (voce), in *Enc. Giur.*, Giuffrè, Milano, XXIV, 1991, p. 1; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, p. 29.

²⁴ R. VILLATA, *Presupposti processuali*, cit., p. 1; si v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 198, il quale rileva che le pronunce di inammissibilità per difetto di legittimazione a ricorrere o di interesse a ricorrere non costituiscono semplicemente pronunce di rito "come si potrebbe concludere trattandosi di pronunce sulle condizioni dell'azione ma comporta(no) un accertamento negativo di una posizione soggettiva di ordine sostanziale". Si v. anche M.S. GIANINI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 168, il quale definisce il presupposto quale "fatto giuridico che preclude la cognizione del ricorso da parte del giudice, o perché impedisce l'esercizio della potestà giurisdizionale, o perché rappresenta la sopravvenienza di un evento che ha estinto il rapporto processuale", distingue quindi i fatti a seconda degli effetti sul processo (fatti impeditivi che avrebbero dato luogo a sentenze di irricevibilità; presupposti "positivi" - carenza di

L'elaborazione che della nozione è stata via via proposta si è quindi concentrata sui caratteri principali dell'istituto, che hanno condotto a una sua definizione 'in negativo', fondata sul comune effetto "preclusivo" delle condizioni ascritte alla categoria dei presupposti processuali rispetto all'indagine sul merito e cioè sul "comune riconoscimento" per cui il fatto che "tutti i presupposti non investono il merito" sia circostanza "più significativa delle supposte divergenze"²⁵.

Anche coloro che sul presupposto del comune effetto preclusivo della decisione di merito hanno optato per la riconduzione delle due ipotesi ad un'unica categoria, hanno tuttavia comunque fatto ricorso ad una distinzione interna tra presupposti per l'esistenza del processo e presupposti per la sua ulteriore perseguibilità²⁶.

Non deve sorprendere, dunque, come rispetto al processo amministrativo si assista ad uno slittamento della trattazione del tema dei presupposti dal piano dell'azione²⁷ a quello della decisione, nell'ambito del quale i presupposti assurgono a questioni pregiudiziali. Da qui la distinzione tra "questioni che attengono all'ordinato svolgimento del processo" e "quindi al rispetto di tutte le norme poste a pena di decadenza che lo disciplinano"²⁸, che hanno carattere "pregiu-

giurisdizione, di interesse, inimpugnabilità del provvedimento; fatti che avrebbero comportato pronunce di decadenza; fatti estintivi cui sarebbero conseguite pronunce di improcedibilità; fatti che avrebbero comportato la perenzione; cui accostava quale ulteriore presupposto la competenza territoriale dell'autorità adita).

²⁵ R. VILLATA, *Presupposti processuali*, cit., p. 3.

²⁶ Si v. R. VILLATA, *Presupposti processuali*, cit., p. 5.

²⁷ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 193 ss., il quale mantiene nella trattazione sul processo il riferimento alle condizioni dell'azione nella parte dedicata all'azione, e il riferimento ai presupposti cd. processuali, nella parte dedicata alla decisione. Altra dottrina, M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, p. 159, colloca legittimazione a ricorrere e interesse a ricorrere (definiti "filtri processuali") tra "il punto di partenza del processo, costituito dalla domanda giudiziale ritualmente proposta con i ricorso...", e il punto di arrivo costituito dalla sentenza pronunciata dal giudice". Si v. anche E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 279, che mantiene, invece, l'impostazione tradizionale e dedica un apposito capitolo ai "presupposti dell'azione e le condizioni dell'azione", i primi definiti quali "elementi necessari perché possa affrontarsi il merito", le seconde, che "attengono alla pretesa e quindi sono espressione di regole sostanziali".

²⁸ F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 363 ss. che annovera tra le questioni che attengono all'ordinato svolgimento del processo, ammissibilità per tardività o mancata notifica ai controinteressati e improcedibilità (deposito fuori termine, difetto di procura, etc...). Tuttavia, lo stesso a. afferma poi (p. 266) che il meccanismo dei termini processuali non è sufficiente per coprire l'intero ambito delle cause di inammissibilità, improcedibilità e irricevibilità e vi aggiunge "le cause sostanziali di inammissibilità: vale a dire quelle legate all'interesse, che deve essere posseduto dal ricorrente, all'oggetto del gravame, ed al rispetto del contraddittorio".

diziale in senso assoluto, perché impediscono in radice l'esame del ricorso" (alle quali vengono aggiunte "le cause sostanziali di inammissibilità", legate all'interesse del ricorrente e le questioni che mirano a sottrarre il giudizio al giudice adito, incompetenza e difetto di giurisdizione), e questioni "che, pur avendo diretta rilevanza per il merito sfuggono per loro natura alla giurisdizione del Tar e del Consiglio di Stato"²⁹. Insomma, al di là delle formule, spesso indifferentemente utilizzate – inammissibilità o irricevibilità – tra le questioni pregiudiziali vengono annoverate tanto quelle che concernono il rispetto delle regole processuali, quanto quelle che hanno carattere sostanziale, siano esse o meno ricondotte alla categoria delle condizioni dell'azione³⁰.

La realtà dei presupposti processuali continua ad attraversare una profonda crisi, essendo rimasta una categoria dagli incerti confini, il che è ancora più evidente se si considera che, spostando l'attenzione dalla domanda, e dunque dall'azione, alla decisione, si finisce con il privare l'espressione del suo significato originario, ossia proprio quello di 'requisito' che sta 'prima' in quanto presupposto alla domanda e cioè, nel caso del processo amministrativo, al ricorso.

La teoria processual-civilistica³¹, che non sconta il 'vizio' di fondo cui si è fatto cenno, rispetto alla quale la posizione soggettiva fatta valere con la domanda coincide con il substrato sostanziale, ha espresso maggiore fluidità nell'approcciarsi alla nozione, tanto che, nel tentativo di rifonderla e di attribuirle un'utilità pratica nella direzione di una maggiore effettività della tutela, ha proposto il superamento della contrapposizione tra presupposti processuali e condizioni dell'azione e la sua sostituzione con quella di presupposti per l'esistenza del processo e presupposti per la sua perseguibilità. Si tratta di un'impostazione che tiene conto della effettiva collocazione nel tempo del verificarsi dei singoli requisiti e che "consente al giudice (ed anche alle parti) di compiere nel momento cruciale dell'introduzione del processo, una rapida verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti che in quel momento devono sussistere"³².

4. *La soluzione del codice*

L'individuazione di confini certi per la categoria dei presupposti processuali è stata da sempre resa più difficoltosa nel processo amministrativo per via del

²⁹ Ivi, p. 364.

³⁰ In questo senso, A. SANDULLI, *Diritto processuale amministrativo* (a cura di), in S. CASSESE, *Corso di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, 2007, p. 247.

³¹ C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., p. 792.

³² Ivi, p. 701.

fatto che tali requisiti vengono riferiti ad una figura giuridica di elaborazione dottrinale che non fonda su precise basi positive.

Se infatti il collegamento con il diritto di azione consente in linea generale di rimarcarne il fondamento costituzionale attraverso il riferimento agli artt. 24 e 113 Cost., guardando alle disposizioni della legge ordinaria, il primo riferimento si rinviene nell'art. 26, comma 2, l. Tar³³. La laconicità della norma, tuttavia, non ha offerto all'interprete spunti al riguardo, essendosi il legislatore limitato ad introdurre i concetti di "inammissibilità" ed "irricevibilità" del ricorso nella norma con cui declinava le tipologie di sentenze di rigetto, distinguendo quelle dichiarative, appunto, della inammissibilità e irricevibilità del ricorso da quelle di rigetto nel merito del ricorso. Sicché, in definitiva, i concetti di 'inammissibilità' e 'irricevibilità' rimanevano imprecisati quanto ai rispettivi contenuti.

L'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, ormai "sintonizzato"³⁴ sui principi di legalità, tipicità e pienezza della tutela giurisdizionale, ha conferito nuova linfa alla questione ed ha riempito di contenuto i concetti di 'inammissibilità' ed 'irricevibilità' del ricorso, privi sino ad allora di addentellato normativo. Così, con una norma dedicata alle sentenze di rito, l'art. 35, ha definito i concetti di "irricevibilità", che viene ricondotta alla tardività della notificazione o del deposito, quello di "inammissibilità", quale ipotesi di carenza di interesse o di altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito, cui aggiunge quello di "improcedibilità", per il caso in cui nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse o non sia stato integrato il contraddittorio nel termine o sopraggiungano altre ragioni ostative ad una pronuncia nel merito³⁵.

In definitiva, il codice sembra accogliere quella impostazione dottrinale che distingue i requisiti/presupposti del ricorso in "presupposti di ammissibilità" e

³³ L'art. 26 legge 6 dicembre 1971, n. 1034, recante "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali", prevedeva al comma 1 che "Il tribunale amministrativo regionale, ove ritenga irricevibile o inammissibile il ricorso, lo dichiara con sentenza; se riconosce che il ricorso è infondato, lo rigetta con sentenza", cui seguiva al comma 2, "Se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente".

³⁴ A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, cit., p. 210.

³⁵ Così, l'art. 35 del decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104, rubricato "pronunce di rito" che al primo comma recita: l. 1. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso: a) irricevibile se accerta la tardività della notificazione o del deposito; b) inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito; c) improcedibile quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione, o non sia stato integrato il contraddittorio nel termine assegnato, ovvero sopravvengono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito". Al secondo comma prescrive che "2. Il giudice dichiara estinto il giudizio: a) se, nei casi previsti dal presente codice, non viene proseguito o riassunto nel termine perentorio fissato dalla legge o assegnato dal giudice; b) per perenzione; c) per rinuncia".

presupposti “di ricevibilità e procedibilità” del ricorso, riconducendo tuttavia espressamente tra i primi anche quelli tradizionalmente contemplati tra le “condizioni dell’azione” (la proposizione della domanda, carenza di interesse o legittimazione) ed escludendo definitivamente che il riscontro del difetto di queste ultime dia luogo, al pari del difetto degli altri requisiti, ad una sentenza sul merito. In tal modo il legislatore sembra rifuggire dalla (fragile) distinzione tra presupposti processuali e condizioni dell’azione, distinguendo solo tra presupposti necessari per la ricevibilità/l’ammissibilità e presupposti per la “proseguibilità” del giudizio, tutti accomunati sotto il profilo funzionale dalla preclusione di una decisione nel merito. Nel fare ciò, collega i requisiti al loro scrutinio, spostandone ancora una volta il baricentro dal diritto di azione alla fase della decisione.

5. *Ipotesi ricostruttive*

Sembrerebbe, quindi, che il legislatore abbia introdotto dei meccanismi attraverso i quali stemperare il formalismo delle disposizioni del codice dando spazio ad una valutazione dei “requisiti” di ammissibilità e procedibilità del giudizio. In definitiva, dalla ricostruzione normativa che precede si evince che al di là dei casi di ‘irricevibilità’, che sembrerebbero ricondotti ad ipotesi tassative (tardività del ricorso o della notifica), quando si tratti di individuare i presupposti cd. di ‘ammissibilità’, entra “in gioco l’imprecisione della norma” e si ripropone il tema dell’incertezza delle regole, sì che tutto ancora una volta “ruota ... attorno alla valutazione giudiziale circa la sussistenza o meno dei presupposti richiesti dalla norma per lo svolgimento di una certa attività”³⁶.

³⁶ F. SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità*, Napoli, 2023, pp. 212-213, il quale, affrontando il tema della discrezionalità del giudice amministrativo, esamina una serie di istituti processuali “per vedere quante volte tale giudice eserciti effettivamente poteri discrezionali nella gestione del processo e quale ampiezza tale discrezionalità assuma nei singoli casi”. Imprecisione che peraltro, secondo l’a. “è talvolta accidentale, tal altra frutto di una ben precisa scelta del legislatore, che consapevolmente preferisce lasciare al giudice un più ampio margine di apprezzamento: ne è un esempio eloquente proprio il codice del processo amministrativo, notoriamente concepito come un articolato normativo «a maglie larghe»”. Da qui la considerazione per la quale “l’idea di dar vita ad un codice del processo amministrativo «leggero» abbia finito per consegnare agli operatori pratici un articolato normativo fatto di frequenti rinvii al codice di rito civile, che inevitabilmente fanno sorgere problemi interpretativi”. Ebbene, la norma di cui all’artt. 35, quantomeno alla lett. b del primo comma, ma anche alla lett. c, attraverso la formula “altre ragioni ostative al giudizio di merito”, lascia alla discrezionalità del giudice l’individuazione dei requisiti, rispettivamente, di inammissibilità e di improcedibilità e con essi delle relative conseguenze sulla decisione.

Sebbene il codice del processo amministrativo faccia espressamente riferimento all'interesse a ricorrere³⁷, manca invece, da un lato, la definizione di quegli elementi che permettono di identificare l'interesse rilevante, azionabile in giudizio, al pari della indicazione delle "altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito", ma soprattutto difetta qualunque riferimento alla nozione di "legittimazione a ricorrere"³⁸.

Se la scelta di non elencare i casi di inammissibilità del ricorso³⁹ si spiega probabilmente con la necessità di lasciare un fronte aperto, da un lato rispetto a nuovi ed eventuali limiti che siano normativamente introdotti, dall'altro ad

³⁷ Ci si riferisce all'art. 35, primo comma, lett. b) e c), ma anche all'art. 34, comma 3, all'art. 13, comma 4-bis e all'art. 31, primo comma.

³⁸ Si v. in proposito A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 193, il quale rileva come manchi nel codice il riferimento alla "legittimazione" a ricorrere, e come tuttavia ciò non possa far concludere nel senso che "tale condizione dell'azione sia stata espunta dal sistema processuale amministrativo", ma, al contrario, induce l'interprete ad assumerne "l'operatività" per via "del rinvio esterno contenuto nell'art. 39 c.p.a., ove si prevede la generale applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali, tra cui si possono annoverare le norme contenute negli artt. 81 e 100 cpc.". Lo stesso a. in *L'interpretazione della norma amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, afferma che il tema della legittimazione a ricorrere pone una serie di problemi interpretativi da risolvere con prudenza. Ciò in quanto il (preferibile) criterio sistematico di interpretazione richiede una "lettura evolutiva" che tuttavia non può comportare la sovrapposizione dell'"ideologia" dell'interprete al "testo delle legge". Il che, secondo l'a., vale in particolar modo quando si tratti del "riconoscimento dei c.d. nuovi diritti, intesi come interessi con ampia condivisione sociale, quando essi non siano anche riconosciuti dalla legge". Da qui il richiamo alle cd. azioni edilizie. Sul tema, in effetti la giurisprudenza più recente ha inteso riaffermare "la distinzione e l'autonomia tra legittimazione e interesse al ricorso quali condizioni dell'azione" ribadendo che "è necessario in via di principio che ricorrano entrambi e non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di differenziazione, valga da solo ed in automatico a soddisfare anche l'interesse al ricorso" (Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22). Una simile soluzione appare coerente "con l'accentuazione della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e l'arricchimento delle tecniche di tutela" e richiede "la necessità di una verifica delle condizioni dell'azione (più rigorosa)". Si v. in proposito anche L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 177, il quale rileva che l'interesse ad agire è "ricavabile, oltre che dalla Carta Costituzionale, dall'art. 81 c.p.c. secondo cui fuori dai casi espressamente previsti dalla legge nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui".

³⁹ Si v. M. RAMAJOLI, *Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, in www.giustizia-amministrativa.it, che, riguardo alle "clausole generali", rileva come "grazie alla loro indeterminatezza semantica" esse consentano "l'adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare". Ebbene, l'indeterminatezza che connota l'art. 35 c.p.a. a proposito delle circostanze suscettibili di comportare l'inammissibilità del ricorso presuppone, al pari di quanto (secondo l'a. citata) avviene per le "clausole generali", una "delega all'interprete del potere di concretizzazione della disposizione che le racchiude", richiedendo di essere non solo "interpretata(e), bensì anche integrata(e)".

un'interpretazione giurisprudenziale spesso capace, prima ancora del legislatore, di intercettare e risolvere le nuove complessità, essa tuttavia costituisce ulteriore conferma del carattere "a maglie larghe" del codice⁴⁰.

Una simile impostazione rischia, come è stato autorevolmente osservato, di generare "un processo nel processo, per risolvere questioni processuali", la cui soluzione non sempre, come sarebbe invece auspicabile, muove da quella "osservazione comune tra gli studiosi del processo civile, secondo la quale il processo che non giunge al suo scopo di definire il rapporto tra le parti è un processo inutile o comunque è un processo che manca alla sua essenziale funzione"⁴¹.

È noto, in realtà, come il giudice amministrativo abbia ovviato a questo rischio, ricorrendo sia all'interpretazione sistematica tra le stesse norme del codice del processo amministrativo o tra queste e quelle del processo civile, sia alla tecnica del bilanciamento di interessi⁴².

In ogni caso, dalle ipotesi cui si è fatto riferimento, sembrerebbe emergere, un approccio volto ad interpretare le disposizioni processuali come "funzionali alla miglior qualità della decisione di merito", approccio, quest'ultimo, che dovrebbe guidare l'interpretazione di "tutte le prescrizioni che regolino le questioni di rito, ivi comprese quelle volte alla individuazione del giudice chiamato

⁴⁰ F. SAIITA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità*, cit., p. 212, il quale rileva che l'imprecisione delle norme "è talvolta accidentale, tal altra frutto di una ben precisa scelta del legislatore, che consapevolmente preferisce lasciare al giudice un più ampio margine di apprezzamento: ne è un esempio eloquente proprio il codice del processo amministrativo, notoriamente concepito come un articolato normativo «a maglie larghe»". Prosegue, l'a., "si pensi, ad es., a come l'idea di dar vita ad un codice del processo amministrativo «leggero» abbia finito per consegnare agli operatori pratici un articolato normativo fatto di frequenti rinvii al codice di rito civile, che inevitabilmente fanno sorgere problemi interpretativi".

⁴¹ C.E. GALLO, *Processo amministrativo* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1996, p. 625, il quale rileva come "atteggiamenti spesso formalistici del giudice amministrativo, conducono, di fatto, a privilegiare la pubblica amministrazione".

⁴² Così A. TRAVI, *L'interpretazione della norma amministrativa*, cit., il quale rimarca, a proposito dei criteri di interpretazione della legge, l'importanza del criterio sistematico quale "riflesso non tanto di una visione organicistica del diritto ormai tramontata, quanto parametro essenziale e immanente di una coerenza complessiva", esprimendo invece criticità verso il ricorso, nell'interpretazione della legge, all'"argomento rappresentato dalla ricerca di una soluzione orientata all'interesse pubblico", ciò in ragione del fatto che "il punto di equilibrio fra l'interesse pubblico e gli altri interessi non è rimesso all'interprete, ma è rimesso alla legge" e che "il giudice amministrativo, nel nostro ordinamento, non è giudice dell'interesse pubblico, ma è giudice della legittimità". Circostanza, quest'ultima, che pone anche per le cause di inammissibilità "alcune criticità" connesse ai principi di legalità sostanziale, di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, stante la non "calcolabilità della decisione" tanto più in quanto si tratta "una sentenza".

a decidere la controversia”⁴³. Ed in effetti, le lacune del processo amministrativo sono state, nei casi esaminati, colmate attraverso un’interpretazione sistematica tra i due ordinamenti, civile e amministrativo, oggi consentita grazie al rinvio esterno operato dall’art. 39 c.p.c.⁴⁴, ma auspicata sin da epoca precedente il codice, sul presupposto per il quale le leggi processuali civili sono tali da “esprimere o richiamare principi fondamentali del nostro ordine costituzionale o da questi immediatamente derivanti – perché relativi all’esercizio del potere giurisdizionale considerato nella sua essenza unitaria ed in rapporto all’autonomia dei soggetti giuridici, costituzionalmente tutelata” che quindi “valgono per tutti i processi”⁴⁵.

Le considerazioni che precedono non possono indurre a ritenere che la giurisprudenza amministrativa abbia accolto definitivamente questa impostazione, giacché riemergono di tanto in tanto “sacche di resistenza” all’estensione dei principi del processo civile al giudizio amministrativo fondate sul carattere “speciale” di quest’ultimo⁴⁶, con l’effetto di individuare “rigorosi formalismi in

⁴³ A.G. OROFINO, *Traslatio iudicii e modifica della domanda innanzi al Giudice Amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1/2017, p. 59.

⁴⁴ Ivi, p. 59. L’a. richiama M. NIGRO, *L’appello sul processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 50, per il quale “per note ragioni storiche, le leggi processuali civili sono diventate la sede (ma si badi non la sola sede) di norme che, per il fatto di esprimere o richiamare principi fondamentali del nostro ordine costituzionale o da questi immediatamente derivanti – perché relativi all’esercizio del potere giurisdizionale considerato nella sua essenza unitaria ed in rapporto all’autonomia dei soggetti giuridici, costituzionalmente tutelata – valgono per tutti i processi (indipendentemente dal loro oggetto e dai principi particolari di struttura che li reggono) e non solo per il processo civile: o anche di norme, non ricollegabili, come quelle ora considerate, all’orientamento politico del processo come aspetto dell’orientamento politico generale, ma tecniche, le quali esprimono principi vevoli ugualmente per tutti i processi, ma per ragioni diverse dalla precedente, e cioè per il fatto di ricollegarsi direttamente alla fondamentale unitaria natura della norma processuale proprio come norma secondaria dalla quale scaturisce la identica funzione tecnica di alcuni istituti, quale che sia il processo in cui trovano applicazione, o per il fatto di rispondere alle preoccupazioni psicologiche valide per tutti i processi. Per entrambe queste categorie di norme e principi si può parlare di un diritto processuale comune”.

⁴⁵ M. NIGRO, *L’appello sul processo amministrativo*, cit., p. 50.

⁴⁶ Si v. Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 giugno 2023, n. 9451, che, in ordine all’eventuale applicabilità al processo amministrativo dell’art. 182, comma 2, del c.p.c., in virtù del rinvio esterno operato dall’art. 39, comma 1, c.p.c., ai fini della rimessione in termini e della rinnovazione nell’ipotesi di difetto di procura, ha negato tale possibilità sostenendo che “l’applicazione della norma processual-civilistica non è compatibile con la disciplina del processo amministrativo che, come più sopra evidenziato, considera l’esistenza della procura speciale come requisito di ammissibilità del ricorso [...] essa deve esistere prima del ricorso stesso, così contraddicendo l’idea che la medesima possa essere rilasciata in un momento successivo (salvo il caso di sostituzione dell’originario difensore). La previsione a pena di inammissibilità ricollegata alla proposizione del ricorso, d’altro canto, comportando che il relativo requisito debba sussistere al momento di detta propo-

realtà non corrispondenti ad alcuna apprezzabile ragione”⁴⁷. Nondimeno, proprio il carattere residuale di quest’ultimo orientamento, vale a rafforzare la correttezza di quello prevalente, che, per colmare imprecisioni e lacune del codice del processo amministrativo, ricorre alle norme del codice di procedura civile, ai principi costituzionali ed a quelli generali dell’ordinamento processuale⁴⁸.

sizione, impedisce la configurabilità del potere di rinnovazione, che in generale concerne la categoria delle nullità sanabili e non quella distinta delle inammissibilità”. Si v. tra le tante anche Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 23 settembre 2022, n. 619 che ha ritenuto l’insussistenza della “procura rilasciata dalla parte ricorrente al difensore, apposta su foglio separato e notificata via pec insieme al ricorso, riportante soltanto l’indicazione “nel presente giudizio, senza specificare l’autorità giudiziaria, né il tipo di azione esperita né, tanto meno, i titoli per i quali si agisce” sul presupposto per il quale “la carenza della procura speciale non può essere sanata mediante la ratifica prevista nel giudizio civile dall’art. 182, comma 2, c.p.c. atteso che l’applicazione della norma processual-civilistica non è compatibile con la disciplina del processo amministrativo che, considera l’esistenza della procura speciale come requisito di ammissibilità del ricorso” e ancora che “la detta disciplina, esigendo che il ricorso sottoscritto dal solo difensore indichi l’esistenza della procura speciale, palesa che essa deve esistere prima del ricorso stesso, così contraddicendo l’idea che la medesima possa essere rilasciata in un momento successivo”. In senso conforme, Cons. St., sez. III, 4 marzo 2024, n. 2143.

⁴⁷ C.E. GALLO, *Considerazioni a prima lettura circa le ricadute della riforma Cartabia sul processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3/2023, p. 452 ss., il quale rileva che, contrariamente a quanto ritenuto dall’orientamento della giurisprudenza amministrativa che esclude un’applicazione automatica dell’art. 182 cpc, il codice del processo amministrativo “riconosce che la procura non è un elemento essenziale del ricorso, tanto che in alcuni casi può mancare!”.

⁴⁸ M. NIGRO, *L’appello sul processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 50, si v. nota 60. Si v. Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 novembre 2012, n. 9543, secondo cui “la tutela in sede giurisdizionale amministrativa ha ormai acquisito una valenza sostanziale imposta dagli imperativi di efficacia e satisfattività, i quali hanno indotto una disciplina processuale improntata alla tutela del bene della vita esposto all’azione dell’Amministrazione, piuttosto che all’analisi degli atti che da quest’ultima promanano, discendone, fra l’altro, la rilevanza dell’interesse e del suo mutamento sulle tecniche di tutela percorribili, la possibilità per il giudice di conoscere della fondatezza della pretesa in relazione ad attività di amministrazione non discrezionale e l’atipicità dei contenuti dell’eventuale condanna, rispetto al tradizionale contenuto annullatorio della sentenza; – la nuova individuazione dell’oggetto del giudizio, nell’accertamento del rapporto fra soggetti dell’ordinamento pur dotati di poteri e ruoli diversi rispetto all’interesse pubblico generale, anziché nel sindacato sull’attività di uno di essi volta al perseguimento dello stesso interesse, spiega l’espresso e più ampio riferimento del c.p.a. ai principi processualcivilistici, che vedono una distinzione logico-giuridica tra presupposti e condizioni dell’azione, i primi necessari per l’accesso al processo, e quindi necessariamente presenti al momento della domanda, le seconde necessarie per ottenere una pronuncia sulla pretesa dedotta in giudizio, e quindi suscettibili di avveramento fino al momento della pronuncia, poiché è a quel tempo che il giudice fissa la regola del caso concreto, in conformità ad una visione dinamica della controversia che è tipica del giudizio civile, ma anche di quello amministrativo secondo una autorevolissima tesi, secondo cui il giudizio amministrativo si insinua nel continuo divenire dell’attività amministrativa anche indirizzandone il successivo svolgimento”.

Ma nel sistema del diritto processuale si assiste sempre più spesso all'utilizzo da parte della giurisprudenza di criteri interpretativi che rispondono ad una logica ben diversa e che, in assenza di un chiaro sostrato normativo, affidano alla tecnica del solo bilanciamento di interessi la soluzione dei problemi posti dalla lacunosità delle norme, autorizzando l'introduzione, nel nome di principi generali, quali quello di ragionevolezza, di "*regulae iuris* nuove e diverse dalle *regulae legis*"⁴⁹. Quest'ultimo è fenomeno suscettibile di aprire a nuovi scenari con non poche implicazioni in termini di domanda di certezza e stabilità, attraverso il quale il ridimensionamento della forma "rischia di allontanarsi pericolosamente da percorsi ordinati ed unificanti in termini di contenuti delle decisioni"⁵⁰ e di sfociare, sia pure con l'obiettivo di contemperare interessi multiforimi e frammentati, in scelte "di opportunità" che esulano dalle competenze del potere giurisdizionale"⁵¹.

⁴⁹ Si v. M.A. SANDULLI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Diritto e società*, n. 4/2015, p. 660, che segnala come "pur riconoscendo e apprezzando il ruolo fondamentale svolto dalla giurisprudenza, in particolare quella amministrativa, nell'affermazione e nella costruzione di fondamentali principi di garanzia dei cittadini in coerenza con il quadro costituzionale e, oggi, eurounitario, non si può dimenticare che, rimettere l'attuazione dei principi costituzionali (necessariamente generali e indeterminati) direttamente al potere giurisdizionale significa, inevitabilmente, rinunciare alla certezza delle regole del vivere sociale e alla prevedibilità delle conseguenze (positive e negative) dei propri comportamenti. Da ciò la necessità di tenere fermamente distinti i due ruoli, lasciando al legislatore quello di fissare le regole attuative dei principi costituzionali e al giudice quello – peraltro niente affatto marginale – di darne la migliore applicazione, attraverso una corretta interpretazione, che, per quanto ampia e costruttiva, non deve mai confondersi con la creazione di "nuovo diritto", che, quand'anche tecnicamente più corretto e sistematicamente più ragionevole, è totalmente autonomo dal principio democratico e dunque inidoneo a garantire la sicurezza e la pace sociale".

⁵⁰ A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, cit., p. 559 la quale rileva come ci si debba domandare "se – in una realtà frammentata, incerta, in cui si assiste ad una riduzione della sovranità nazionale, in cui la domanda collettiva è cambiata diventando soprattutto domanda di sicurezza, certezza e sviluppo sostenibile, in cui difettano presupposti di valore condivisi nella maggior parte dei cittadini, in cui si registra una perdita di identità sociale – sia opportuno, o necessario, il recupero di una prospettiva aggregante, di una *reductio ad unum* con un conseguente ripensamento della problematica in esame e delle implicazioni che, come accennato, essa comporta".

⁵¹ In tali casi, la decisione di mantenere per un tempo stabilito caso per caso gli effetti di provvedimenti riconosciuti come invalidi dalla stessa decisione che ne autorizza la perduranza, invocando la necessità di "supplire a carenze del legislatore che non riesce a trovare il punto di mediazione politica in materie sensibili o che rincorre il mito populista in cui la pancia del popolo prevale sulla testa" sottende più una decisione di tipo politico che non di tipo strettamente giurisdizionale. Si v. M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria*, in *Diritto e soc.*, III serie - 3/2021, pp.

Le considerazioni appena svolte, confermano come il ricorso, nell'interpretare la norma lacunosa, al criterio sistematico 'temperato' dal richiamo ai principi generali dell'ordinamento processuale, continua ad essere quello più conforme al principio di effettività della tutela e cioè a quel principio per il quale "l'obiettivo del processo di cognizione è di pervenire ad una decisione di merito, mentre sono eccezionali le ipotesi che portano alla chiusura in rito, fino ai principi della domanda, del contraddittorio, dell'interesse ad agire, ecc., che rappresentano vere e proprie stelle polari che orientano l'attività interpretativa di norme processuali"⁵².

Del resto proprio la tendenza della giurisprudenza a richiamare, in assenza di precise indicazioni da parte del codice del processo amministrativo, l'art. 100 c.p.c., assumendone l'applicabilità al processo amministrativo per il tramite del rinvio esterno di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a.⁵³, è valso ad affermare che "il requisito dell'interesse ad agire in sede giudiziale, sancito dall'art. 100 c.p.c., costituisce principio generale di ogni ordinamento processuale fondato sull'iniziativa di parte". Ciò sul presupposto per il quale attraverso l'interesse a ricor-

353 ss. Afferma l'a. che "ci troviamo quindi di fronte a pronunce che, per un verso, mentre ribadiscono che gli atti amministrativi in contrasto con il diritto UE sono semplicemente annullabili, subito dopo – per sfuggire ai limiti temporali dell'autotutela caducatoria stabiliti dall'art. 21-novies l. n. 241/1990 s.m.i. – muovendo da presupposti, come visto a loro volta incerti, affermano con nettezza che le proroghe disposte dalle singole amministrazioni mediante il richiamo alle leggi del 2018 e del 2020 non sarebbero espressione di un potere amministrativo, ma atti meramente ricognitivi, i quali, stante il contrasto delle suddette leggi con norme UE a effetto diretto (da cui l'obbligo di tutte le autorità nazionali di non applicarle), devono ritenersi addirittura *tamquam non esset*, e, per l'altro verso, consapevoli dell'ingestibilità degli effetti di una tale deflagrante affermazione, statuiscano (*recte* dispongono), attraverso una inedita e poco convincente analogia con la graduazione degli effetti dell'annullamento di un atto illegittimo, che l'operatività degli effetti delle decisioni assunte deve essere rinviata di un biennio, come se il "fatto" dell'inesistenza *ab imis* di tali atti potesse essere artificiosamente sospeso fino al 1° gennaio del 2024". Sostiene, infine l'a. che la giurisprudenza amministrativa finisce con il "soccorrere" il legislatore "in una congiuntura particolarmente difficile, fino ad assumere, in sua vece, posizioni e scelte di "opportunità" e di "equilibrio" nel contemperamento di diversi interessi, che sono appannaggio esclusivo della politica. Pur comprendendo la generosità del gesto – particolarmente importante in un momento di grande sintonia tra i vertici nazionali e quelli dell'Unione – siffatto *modus operandi*, come già rilevato in altre occasioni, non manca di destare serie perplessità". Si v. anche P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, in *Diritto e soc.*, n. 3/2021, pp. 583 ss.; R. ROLLI, D. SAMMARRO, *L'obbligo di "disapplicazione" alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria)*, in *Diritto e soc.*, n. 3/2021, pp. 489 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Diritto e soc.*, n. 3/2021, pp. 621 ss.

⁵² F. SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità*, cit., p. 217.

⁵³ Cons. St., sez. IV, 30 gennaio 2024, n. 938.

rere il giudice “esercita un indispensabile controllo di meritevolezza dell’interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.”⁵⁴.

6. Le scelte della giurisprudenza

Quando si passa ad esaminare l’interpretazione giurisprudenziale in materia di presupposti processuali, continuano, anche dopo l’emanazione del codice del processo amministrativo, a registrarsi orientamenti ondivaghi. Così rimangono incerti sia i confini della categoria, sia le conseguenze dell’assenza dei presupposti, ciò tanto sul piano della disciplina (rilevabilità d’ufficio, necessità della persistenza al momento della pronuncia), quanto sul piano degli effetti sulla decisione, per la quale viene utilizzata indistintamente la formula conclusiva inammissibilità/improcedibilità.

Accanto a pronunce che accomunano presupposti processuali e condizioni dell’azione sotto il profilo della rilevabilità d’ufficio in ogni stato e grado⁵⁵, ve ne sono altre che annoverano la ‘legittimazione al ricorso’ tra i presupposti che devono sussistere al momento della proposizione del ricorso⁵⁶, mentre riportano ‘l’interesse al ricorso’ tra le condizioni dell’azione che devono persistere sino al momento della decisione; altre ancora riconducono “la non titolarità del rapporto sostanziale” tra le circostanze di fatto afferenti il merito del giudizio⁵⁷.

⁵⁴ Tar Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 17 marzo 2023, n. 40, che prosegue “tale scrutinio di meritevolezza costituisce, in quest’ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell’azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall’ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio; principio che, tra l’altro, è espressamente richiamato dall’art. 2, c.p.a.”

⁵⁵ Si v. Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2022, n. 3963 che, in ragione di tanto, afferma la rilevabilità d’ufficio con effetto di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione o di interesse.

⁵⁶ Si v. Cons. St., sez. III, 20 aprile 2022, n. 2982, che distingue tra legittimazione ad agire e interesse a ricorrere, affermando che la prima nel processo amministrativo “va accertata verificando in capo a chi si appunti la titolarità della situazione soggettiva sulla quale si innesta l’interesse legittimo che si vuol far valere in giudizio” ed annoverandola tra i “presupposti processuali che devono sussistere al momento della proposizione del ricorso”; quanto all’interesse al ricorso, la sentenza afferma che “costituendo una condizione dell’azione, deve persistere sino al momento della decisione”.

⁵⁷ Cons. St., sez. II, 6 maggio 2020, n. 2866, per il quale “l’eccezione con cui si deduce la non titolarità del rapporto sostanziale oggetto di una controversia, non attiene alla carenza di un presupposto processuale quale è la legittimazione *ad causam*, ma ad una circostanza di fatto afferen-

Viene poi ritenuta ragione ostativa ad una pronuncia sul merito della causa, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b), l'assenza dello "ius postulandi"⁵⁸ o l'assenza della procura speciale rilasciata dalla parte ricorrente al difensore.

Una più puntuale definizione dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione si rinviene invece in quelle pronunce dell'Adunanza Plenaria, cui sembrerebbe doversi ricondurre il merito di aver compiuto "un deciso passo in avanti verso la piena affermazione nel processo amministrativo del principio della domanda nonché una rivendicazione della natura soggettiva dello stesso"⁵⁹, che, nell'affrontare il tema del principio della domanda e la questione dell'ordine d'esame dei motivi del ricorso⁶⁰, hanno fornito un importante contributo al dibattito sui presupposti processuali. L'urgenza di dettare una "tassonomia" dell'ordine di esame dei motivi ha indotto la plenaria ad affrontare il tema delle questioni pregiudiziali di rito, che comportano l'"accertamento dei presupposti del processo", riconducendovi tanto i presupposti processuali in senso stretto, quanto le condizioni dell'azione per riconoscere entrambe, come "sicuramente sottratte alle scelte processuali vincolanti delle parti e sempre rilevabili d'ufficio"⁶¹. Da qui, l'elencazione, che non si rinviene in altre pronunce giurisprudenziali, nell'ordine in cui ne viene prefigurata la trattazione da parte

te al merito del giudizio, detta legittimazione sostanziale, la quale deve essere allegata e specificamente provata dalla parte interessata".

⁵⁸ Si v. Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 marzo 2023, n. 4491, per il quale è inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto dalla parte senza l'assistenza e la rappresentanza tecnica di un difensore, ciò in ragione del fatto che il c.p.a. "non consente la difesa personale in giudizio della parte sostanziale, ma richiede espressamente che questa debba agire o resistere in giudizio tramite il patrocinio – ossia l'assistenza e la rappresentanza tecnica – di un soggetto abilitato all'esercizio della professione di avvocato. La necessità che la parte che intende tutelare la propria posizione giuridica debba farsi rappresentare in giudizio da un soggetto abilitato all'esercizio della professione di avvocato è strettamente connessa alla necessità che sia garantita pienezza ed effettività al diritto di difesa della parte sostanziale, attesa la complessità e il tecnicismo che caratterizza il processo amministrativo e ciò sempre che non si rientri in una delle ipotesi tipiche previste dal legislatore in cui è ammessa la difesa personale (non ricorrenti nel caso di specie)".

⁵⁹ M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4/2016, p. 1102, il quale tuttavia rileva criticamente che "stando alle enunciazioni astratte, con entrambe le sentenze l'adunanza plenaria compie un deciso passo in avanti verso la piena affermazione nel processo amministrativo del principio della domanda nonché una rivendicazione della natura soggettiva dello stesso. Se si guarda alle soluzioni concretamente escogitate, tuttavia, si ha l'impressione di un quadro ben più mobile e incerto; un quadro dove il principio della domanda e la natura soggettiva del processo appaiono talora aspirazioni ideali, più che ideali regolativi".

⁶⁰ Ci si riferisce rispettivamente alle sentenze dell'Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 e 27 aprile 2015, n. 5.

⁶¹ Si v. Cons. St., Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5.

del giudice, dei presupposti processuali in senso stretto, “giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità e rimessione in termini, contraddittorio, estinzione del giudizio”, e di quelli “che hanno ad oggetto la verifica delle condizioni dell’azione, e più precisamente interesse ad agire, titolo o legittimazione al ricorso, *legitimatio ad causam*”.

Eppure, in questo contesto, l’intervento della giurisprudenza sembra più di recente orientato, a fronte di un rischio di progressiva ‘apertura’ della legittimazione ad agire in giudizio, a rimarcare la distinzione tra quest’ultima e l’interesse ad agire, difendendo l’autonomia ed al tempo stesso la complementarità delle due categorie⁶². Impostazione, quest’ultima, che, per un verso fa leva sull’“individuazione dell’oggetto del giudizio, nell’accertamento del rapporto fra soggetti dell’ordinamento pur dotati di poteri e ruoli diversi rispetto all’interesse

⁶² Si v. Cons. St., Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, che, chiamata ad individuare l’interesse ad impugnare un titolo edilizio, ha riaffermato la distinzione e l’autonomia tra la legittimazione e l’interesse al ricorso quali condizioni dell’azione, statuendo che “è necessario che il giudice accerti, anche d’ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell’interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall’atto impugnato”. Ha poi, tuttavia, chiarito che “l’interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall’intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall’insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso” e che “è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o la questione rilevata d’ufficio dal giudicante, nel rispetto dell’art. 73, comma 3, c.p.a”. Quanto al requisito della cd. vicinitas, ha affermato che “nelle cause in cui si lamenti l’illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l’immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell’accertamento dell’interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l’annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo”. Si v. anche Cons. Stato, Sez. VI, 13 novembre 2023, n. 9694; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2023, n. 8352; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 22 novembre 2023, n. 1691; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 15 settembre, 2023, n. 1291 per il quale “afferzata la distinzione e l’autonomia tra la legittimazione e l’interesse al ricorso quali condizioni dell’azione, il giudice deve accertare, anche d’ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, costituente elemento fisico-spaziale quale stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l’area sul quale sono destinati a prodursi gli effetti dell’atto contestato, valga da solo e in automatico a dimostrare la sussistenza dell’interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall’atto impugnato. Anche in termini solamente eventuali o potenziali l’interesse postula che il pregiudizio arrecato dal provvedimento gravato sia effettivo, nel senso che dall’esecuzione dello stesso deve discendere in via immediata e personale un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente, ovvero potenziale, nel senso, però, che la lesione si verificherà in futuro con un elevato grado di certezza”.

pubblico generale, anziché nel sindacato sull'attività di uno di essi volta al perseguimento dello stesso interesse"; e che, per altro verso, conduce la rinnovata attenzione verso la distinzione tra le due categorie, quella dei "presupposti processuali" e quella delle "condizioni dell'azione", all'"espresso e più ampio riferimento del c.p.a." e dunque ai principi processualciviltistici, "che vedono una distinzione logico-giuridica tra presupposti e condizioni dell'azione", essendo "i primi necessari per l'accesso al processo, e quindi necessariamente presenti al momento della domanda, le seconde necessarie per ottenere una pronuncia sulla pretesa dedotta in giudizio, e quindi suscettibili di avveramento fino al momento della pronuncia"⁶³.

7. Il principio di pienezza della tutela alla prova del 'fattore tempo'

In definitiva, sebbene possa dirsi superato il tradizionale e più risalente orientamento giurisprudenziale maggiormente preoccupato di assicurare una coerente tutela all'interesse pubblico, le evidenti lacune normative in tema di presupposti processuali, che trovano fondamento nelle ricordate specificità del processo amministrativo rispetto a quello civile, rischiano tuttavia di rappresentare, in momenti storici connotati dall'individuazione di un interesse pubblico 'contingente', una cartina di tornasole del riaffacciarsi di istanze di tipo oggettivistico.

Un simile rischio si sta concretizzando nella giurisprudenza amministrativa, proprio in materia di presupposti processuali. Si registra, infatti, un recente orientamento⁶⁴ che ha ritenuto di far discendere, in via interpretativa⁶⁵, dal superamento dei limiti dimensionali prescritti per gli atti introduttivi del giudizio dapprima dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016⁶⁶, emanato in attuazione dall'art. 13-ter, allegato II al c.p.a, una nuova ipotesi di inammissibilità del ricorso⁶⁷. Ciò sul presupposto per cui le disposi-

⁶³ Cons. St., Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22.

⁶⁴ Si v. Cons. St., IV sez., 13 ottobre 2023, n. 8928 e 22 settembre 2023, n. 8487.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Successivamente recepito e parzialmente modificato dal DPCS del 18 luglio 2021.

⁶⁷ L'13-ter, allegato II al c.p.a., rubricato "Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte" ha previsto al primo comma che "Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, da adottare entro il 31 dicembre 2016." In attuazione di tale disposizione è stato adottato, il 22 dicembre 2016, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato, poi sostituito dal DPCS del 18 luglio 2021, il cui art. 3, comma 1, lett. b),

zioni richiamate, lette congiuntamente all'art. 3 c.p.a., non lascerebbero al giudice “la facoltà di esaminare o meno le questioni trattate nelle pagine successive al limite massimo, ma, invece, in ossequio ai principi di terzietà e imparzialità” lo obbligherebbero “a non esaminare le questioni che si trovano oltre il limite massimo di pagine”⁶⁸.

La chiave di lettura è quindi quella che porta a ritenere “il superamento dei limiti dimensionali” quale “questione di rito afferente all'ordine pubblico processuale, stabilito in funzione dell'interesse pubblico all'ordinato, efficiente e celere svolgimento dei giudizi”, in quanto tale rilevabile d'ufficio a prescindere da eccezioni di parte.

L'impostazione accolta ripropone il tema del rapporto tra processo oggettivo e processo soggettivo. Qui l'esigenza è connessa alla necessità di preservare “la risorsa giustizia” affetta da incessante “scarsità”.

In questo modo la contrapposizione fra giurisdizione soggettiva e oggettiva sembra porsi in termini nuovi, in cui la tutela delle posizioni soggettive rischia di essere condizionata dalla tutela di interessi altri, nella specie “politici”, coincidenti con il principio di sinteticità (art. 3 c.p.a.), a sua volta ispirato a canoni di economia processuale e celerità⁶⁹.

Il che induce a chiedersi se ciò non stia conducendo ad una progressiva attenuazione dell'impostazione soggettiva della giurisdizione amministrativa, che sembra riproporre interessi diversi da quello del ricorrente che finiscono con l'assurgere a principi generali del processo, quale il principio di sinteticità⁷⁰. Al

prevede, per i ricorsi ordinari, il limite massimo di 70.000 caratteri, limite derogabile per alcune tipologie di ricorsi o previa apposita autorizzazione del presidente del Tar competente o del Consiglio di Stato da richiede con decreto in calce alla bozza di ricorso.

⁶⁸ Cons. St., 22 settembre 2023, n. 8487, per il quale “al netto dell'epigrafe e delle ulteriori parti escluse ..., il numero massimo di 70.000 caratteri consentiti..., risulta utilizzato ed esaurito a p. 52 del ricorso”, in un punto che precede l'articolazione dei motivi di appello “che quindi il Collegio non è tenuto ad esaminare, quale sanzione prevista dal legislatore per i casi di violazione del principio di sinteticità degli atti processuali previsto dall'art. 3 c.p.a.”. Recita, infatti, l'articolo 13-ter, comma 5 dell'allegato II al c.p.a. che “il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione”.

⁶⁹ Cons. St., sez. V, 22 settembre 2023, n. 8487.

⁷⁰ Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) individua nella lentezza nella realizzazione di alcune riforme strutturali, un limite al potenziale di crescita dell'Italia. La riforma del sistema giudiziario, incentrata sull'obiettivo della riduzione del tempo del giudizio, è inserita dal PNRR tra le c.d. riforme orizzontali, o di contesto, che consistono in innovazioni strutturali dell'ordinamento, tali da interessare, in modo trasversale, tutti i settori di intervento del Piano. Per realizzare questa finalità, il Piano prevede – oltre a riforme ordinamentali, da realizzare ricorrendo allo strumento della delega legislativa – anche il potenziamento delle risorse umane e delle

riguardo, se è incontestabile che spetti al Giudice l'individuazione 'della regola del caso concreto', e che a questo fine egli abbia il potere/dovere di interpretare, al pari di ogni altra norma giuridica, anche quelle processuali, tuttavia queste ultime richiedono una lettura più stringente, per via della particolare rilevanza che assume il tema della certezza e della stabilità nell'ordinamento processuale⁷¹. Ciò in quanto "se le regole che fissano e limitano, anche in modo meticoloso, i poteri del giudice vengono liberamente interpretate dai giudici stessi, allora la funzione di garanzia che il codice ha si perde" poiché la "pre-conoscenza delle modalità processuali" assurge a "valore fondamentale dello Stato di diritto"⁷².

Ed è per tale ragione che, fondando il principio di 'sinteticità' su norme a carattere processuale, in quanto tali, di stretta interpretazione, esso non può di per sé giustificare l'introduzione per via interpretativa di sanzioni per il caso della sua violazione non espressamente previste dalla legge.

Insomma, i problemi connessi alla 'scarsità della risorsa giustizia' ed alla necessità di ridurre il 'carico giudiziario' non posso giustificare il ricorso a meccanismi atti ad incidere istituti processuali quali, nel caso di specie, i presupposti processuali, tanto meno con l'effetto di comprimere il diritto all'azione. Una simile impostazione finisce per privilegiare le ragioni del '*non liquet*', rischiando di legittimare allo stesso tempo il mantenimento di atti e comportamenti illegittimi. È infatti innegabile che "ogni qualvolta il ricorso viene dichiarato inammissibile, il controllo del giudice sull'attività del soggetto pubblico non viene esercitato"⁷³.

Quanto evidenziato si traduce in generale in un grave rischio di "arretramento" delle tutele. Sebbene infatti non si possa dubitare, e la giurisprudenza sopra richiamata lo dimostra, che le dinamiche giurisdizionali risentano della necessità del continuo adattamento della funzione giurisdizionale alla realtà mutevole ed ai processi socio-economici di contesto⁷⁴, ciò non può comunque

dotazioni strumentali e tecnologiche dell'intero sistema giudiziario, al quale sono destinati specifici investimenti.

⁷¹ Si v. G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1073 ss.; S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2002, pp. 1 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, pp. 6 ss.

⁷² R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali Nota a Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, Amato c. Min. economia e fin. e Cass., sez. trib., 18 febbraio 2010, n. 3830, Soc. Prafond c. Agenzia entrate*, *Foro It.*, 2010, I, p. 1794.

⁷³ C.E. GALLO, *Processo amministrativo* (voce), *Digesto*, UTET, Padova, 1996, p. 625.

⁷⁴ Con riferimento al tema delle sinteticità degli atti processuali, sebbene le norme in mate-

avvenire attraverso una sostanziale conculcazione del diritto ad una tutela piena ed effettiva⁷⁵.

L'impostazione accolta dalla giurisprudenza, continua ad essere condizionata, più o meno consapevolmente, dalla prospettiva della separazione “tra interesse protetto e (della) sua modalità di protezione”, prospettiva che invece la dottrina sembra voler superare, nel rilevare che “l’attrazione dell’interesse legittimo all’interno dell’oggetto del giudizio, che passa per la riunificazione concettuale dell’interesse protetto e della sua modalità di protezione, è necessaria per liberare il processo amministrativo dall’ipoteca di una perenne sopravvalutazione delle prerogative del potere pubblico, che impedisce al processo non solo di tutelare efficacemente i cittadini dall’uso arbitrario del potere, ma anche di promuovere effettivamente una maggiore correttezza dell’azione amministrativa nel suo complesso”⁷⁶.

ria siano ormai risalenti – se si considera che il principio della sinteticità degli atti è stato introdotto dall’art. 3 del codice del processo amministrativo emanato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e prima ancora dall’art. 2 bis del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, che ha dettato norme per il miglioramento della effettività della procedure di ricorso in materia di appalti, norma quest’ultima poi trasfusa nell’art. 120 c.p.a. – il tema della sinteticità è diventato nuovamente centrale a seguito dell’approvazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR, approvato dalla Commissione Europea il 22 aprile 2021) che individua nella lentezza nella realizzazione di alcune riforme strutturali, un limite al potenziale di crescita dell’Italia e tra queste annovera quella del sistema giudiziario, incentrata sull’obiettivo della riduzione del tempo del giudizio, è inserita tra le c.d. riforme orizzontali, o di contesto, che consistono in innovazioni strutturali dell’ordinamento. Al PNRR è stata data una prima attuazione in materia di giustizia con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, la cd. Riforma Cartabia, che discende a sua volta dalla l. 26 novembre 2021, n. 206, di delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. L’art. 1 della legge delega ha individuato quali obiettivi di riforma quelli di “semplificazione, speditezza e razionalizzazione” ma non riconduce alcuna conseguenza sul piano dell’invalidità dell’atto alla eventuale violazione del principio di sinteticità.

⁷⁵ Secondo quanto, del resto affermato dallo stesso art. 1 c.p.a. per il quale “la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”. Rimarca come l’evoluzione del processo amministrativo sia caratterizzata dalla tensione verso l’effettività della tutela giurisdizionale, G. DE GIORGI, *Processo amministrativo* (voce, autore M. Nigro), Postilla di aggiornamento, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma. 2000, p. 1.

⁷⁶ B. TONOLETTI, *Il dualismo dell’oggetto del giudizio di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, cit., p. 47. Si v. anche L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 179, il quale riconosce la tendenza dell’interesse legittimo ad assurgere ad oggetto del processo e rileva come “nella logica delle azioni oggi disponibili, la legittimazione (a ricorrere) è destinata a contrarsi secondo i canoni ordinari (Cudia, 2019) nella misura in cui l’interesse legittimo assurge più pienamente a oggetto del processo”.

Considerazione, quest'ultima che, tornando al caso preso in esame, avrebbe dovuto indurre ad una diversa interpretazione del principio di effettività, di cui il processo amministrativo è intriso, peraltro più di quanto non fosse quello civile prima della riforma cd. Cartabia. A questo fine sarebbe stato cioè necessario “uno sforzo congiunto della dottrina, dei giudici e degli avvocati” per “raggiungere soluzioni interpretative condivise”, tali da limitare “il rischio da taluni con vari accenti paventato, di un giudice che si muova liberamente nella creazione di norme giuridiche”, ciò in quanto “il giudice non può riservarsi nel *non liquet*”, ma deve egli stesso trovare “la soluzione ragionevole, al limite con un'ampia interpretazione sistematica”⁷⁷. Una volta liberato il processo amministrativo dalla storica “sopravalutazione del potere pubblico”, il superamento delle lacune del processo amministrativo e con esse anche dei formalismi non può che avvenire attraverso il richiamo al codice di procedura civile attraverso l'art. 39 c.p.a.⁷⁸, oltre che attraverso il ricorso all'interpretazione sistematica del-

⁷⁷ C.E. GALLO, *Considerazioni a prima lettura circa le ricadute della riforma Cartabia sul processo amministrativo*, cit., p. 449, il quale, nell'analizzare le possibili ricadute della cd. Riforma Cartabia sul processo amministrativo, rileva come detta riforma abbia assunto rilievo su di un piano generale e che in quanto tale contenga degli elementi in grado di migliorare ulteriormente il processo amministrativo attraverso il ricorso ad un'interpretazione ragionevole. Si v. anche F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il processo*, n. 3/2019, p. 540, per il quale “la tesi, in verità, sembra forzare il dato normativo, che parrebbe non consentire distinzioni di tal fatta, ma (specie in un convegno dedicato, tra l'altro, all'omessa pronuncia) corre l'obbligo di ricordare che, di fronte ad una questione interpretativa astrattamente risolvibile secondo una soluzione che fa sì che la causa prosegua verso il suo esito naturale, cioè la decisione sul merito del rapporto sostanziale controverso, e secondo un'altra che provoca, invece, un'absolutio ab instantia attraverso una declaratoria di nullità, inesistenza, inammissibilità o improcedibilità, il giudice ha il dovere di scegliere la prima, risolvendo la controversia nel merito: il diniego di giustizia in cui si concretizza la pronuncia in rito dev'essere sempre il frutto di una soluzione obbligata, di un'extrema ratio; diversamente, il giudice viola l'etica del servizio cui si debbono conformare i suoi comportamenti. Ebbene, tale criterio ermeneutico dev'essere applicato anche nell'interpretazione dell'art. 13-ter delle disposizioni di attuazione del codice del processo amministrativo”.

⁷⁸ Si v. in proposito Ad. Plen, 21 aprile 2022, n. 6 con cui il Consiglio di Stato, aderendo alla tesi del principio di consumazione delle impugnazioni quale risulta nel processo civile, ha ritenuto che vi è mera irregolarità sanabile, con conseguente applicabilità del regime di cui all'art. 44, comma 2, c.p.a., nel caso di un ricorso notificato privo di firma digitale, nel qual caso il ricorrente può provvedere direttamente a rinotificare l'atto con firma digitale, ancor prima che il giudice ordini la rinnovazione della notifica. Il termine per il deposito del ricorso andrà fatto decorrere dalla data dell'effettiva notifica dello specifico atto concretamente depositato. In particolare, l'Ad. Plen. ha formulato alcuni principi di diritto sulle questioni ad essa deferite ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a. (vi è mera irregolarità sanabile, con conseguente applicabilità del regime di cui all'art. 44, comma 2, c.p.a., nel caso di un ricorso notificato privo di firma digitale; in tal caso il ricorrente ben può, in applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdi-

le norme dello stesso codice del processo amministrativo⁷⁹. Da tali riferimenti invece il giudice amministrativo sembra essersi discostato quanto al sindacato sulla 'lunghezza' degli atti giurisdizionali. Sebbene sia stato proprio il codice del processo amministrativo ad aprire la strada a quello civile nell'introdurre il principio di sinteticità, l'interpretazione che ne sta dando il giudice amministrativo⁸⁰ sembra porsi in una direzione diversa rispetto a quella sino ad ora seguita

zionale amministrativa (art. 1 c. p. a.) e di ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 c. p. a.), provvedere direttamente a rinotificare l'atto con firma digitale, ancor prima che il giudice ordini la rinnovazione della notifica; in ordine infine al termine per il deposito del ricorso, di cui al combinato disposto degli artt. 94, comma primo e 45 c.p.a., lo stesso andrà fatto decorrere dalla data dell'effettiva notifica dello specifico atto concretamente depositato). Si v. per un'analisi delle soluzioni giurisprudenziali in tema di violazione delle regole del processo amministrativo telematico, F. D'ALESSANDRI, *Gli orientamenti giurisprudenziali sulle conseguenze della violazione delle regole del processo amministrativo telematico*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2020, p. 718, il quale rileva come "la giurisprudenza amministrativa, nell'affrontare il tema delle conseguenze sugli atti processuali della violazione delle regole tecniche del processo amministrativo telematico (PAT), ha adottato un atteggiamento antiformalistico e tenuto una linea interpretativa equilibrata, probabilmente consapevole delle iniziali difficoltà del foro, e più in generale di tutti gli operatori del processo, di doversi affidare unicamente all'uso degli strumenti telematici per la redazione degli atti e il compimento di tutti gli adempimenti processuali" e come abbia "fatto largo uso di tutti gli strumenti conservativi offerti dall'ordinamento processuale, quali i principi di tassatività delle nullità, di sanatoria per raggiungimento dello scopo, di gerarchia delle norme", ritenendo "spesso" la violazione "irrilevante o, comunque, sanata per raggiungimento dello scopo". Con ciò optando "per un'impostazione antiformalistica" e per "una linea interpretativa equilibrata" ciò "ad es. con riferimento alla ritenuta validità della notifica PEC precedentemente all'operatività del PAT, all'assenza della sottoscrizione digitale del ricorso o il suo deposito cartaceo; alla mancata sottoscrizione o asseverazione dei 'semplici' documenti allegati al ricorso o alle memorie difensive; alla redazione dell'atto in copia immagine sottoscritta e non in formato nativo digitale; alla sottoscrizione degli atti con firma digitale in formato CADES anziché nella forma PAdES, prevista dalle regole tecniche del PAT; alla questione se la notifica in forma digitale degli atti ai difensori successiva alla costituzione in giudizio della parte possa essere fatta, oltre che all'indirizzo PEC risultante dal ReGIndE, anche da quello tratto dal registro INI PEC; alle modalità di prova dell'intervenuta notifica PEC".

⁷⁹ Sotto il primo profilo valga richiamare quanto è già accaduto con l'istituto dell'errore scusabile, "rimedio avente, altresì, natura equitativa, che mira a preservare il diritto d'azione costituzionalmente garantito dai rigori di soluzioni formali insensibili al concreto svolgimento delle vicende umane e per questo viene ricondotto al principio di effettività", cui vengono ricondotti gli effetti della *traslatio iudicii*, cui fa riferimento F. SAITTA, *Interprete senza partito. Saggio critico sulla discrezionalità*, cit., p. 217.

⁸⁰ Si v. tra le altre Cons. Giust. Amm. per la Reg. Sic. (CGARS), 22 maggio 2023, n. 350 che dichiara inammissibile l'appello sottoposto al suo esame per violazione del principio di sinteticità degli atti di cui all'art. 13 delle disp. att. c.p.a. (per il quale "le parti sono tenute a redigere il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato") e dei limiti dimensionali stabiliti dal d.P.C.d.S. n. 167/2016.

dal giudice ordinario⁸¹. Quest'ultimo, infatti, non ha rinunciato a riconoscere il giusto rilievo al principio di sinteticità⁸², ma ne ha dato un'interpretazione più conforme alla disciplina processuale ed ai principi costituzionali, sanzionandone la violazione in termini di inammissibilità solo quando tale difetto trasmodi

In tal modo ha interpretato la richiamata disposizione, il cui quinto comma prevede che “il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti” e che l’“omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione”, quale limite al potere del giudice di esaminare le questioni trattate nelle pagine in eccesso, in assenza di autorizzazione al superamento del limite (prevista, sebbene senza precisarne tempi e modalità dall'art. 6 del dPCdS). In definitiva, il CGARS ha accolto un'interpretazione restrittiva, escludendo che il giudice abbia facoltà di esaminare le questioni trattate al di fuori dei limiti ed applicando in tal caso la sanzione dell'inammissibilità. Si v. sul punto A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del Giudice (nota a CGARS, sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104)*. Si v. sul punto C. CONTESSA, *Principio di sinteticità degli atti nel processo amministrativo*, nota a Consiglio di Giustizia Amministrativa Reg. Sic. (CGARS), 22 maggio 2023, n. 350, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9/2023, p. 1779, il quale sostiene che “la previsione di una mera facoltà del giudice di non esprimersi su quanto scritto in un atto processuale da una certa pagina in avanti porrebbe dubbi di incostituzionalità” e che “un'eventuale discrezionalità in tal caso riconosciuta al giudice potrebbe risultare in contrasto con l'art. 24 Cost. e con l'art. 6 della Convenzione E.D.U. del 1950”, ciò in quanto “la prolissità è una delle cause che deve condurre alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso “per violazione dei doveri di sinteticità e specificità dei motivi sanciti dagli artt. 3 e 40 c.p.a., per il primo grado e 101, 1° comma, c.p.a. per il giudizio di appello”.

⁸¹ Si v. la decisione di un Giudice di Pace di Verona, che applicando il Dm n. 110/2023 sulla sinteticità degli atti, pur ritenendo violati i limiti ivi stabiliti per interlinea e dimensione di carattere, ha ritenuto di “sanzionare” la parte, peraltro vittoriosa, compensando le spese legali.

⁸² Si v. tra le altre Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964, che respingendo un ricorso con cui si lamentava “il rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato e denegazione della giustizia a seguito della pronunciata inammissibilità dell'appello per violazione dei doveri di specificità nonché di sinteticità e chiarezza”, hanno affermato, richiamando un consolidato orientamento della medesima Corte di Cassazione con riferimento alla mancanza di sinteticità e chiarezza, che si tratta di “condizioni (...) fissate nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 2, del c.p.a., che esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, la cui mancanza espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, con ciò ponendosi in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato con la modifica dell'articolo 111 Cost., e, per altro verso, con il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice risolvendosi, in definitiva, in un impedimento al pieno e proficuo svolgimento del contraddittorio processuale (cfr. Cass. n. 11199/12, Cass n. 21297/16). La Corte giunge a tale conclusione muovendo dalla considerazione per la quale “una siffatta pronuncia di carattere processuale trova giustificazione sia in relazione alla normativa processuale nazionale, sia in relazione alle previsioni del diritto UE (il quale conosce a propria volta il medesimo principio – in tal senso l'art. 58 del Regolamento di procedura della CGUE), sia in relazione agli artt. 6 e 13 Cedu”.

nella incomprendibilità o illogicità del testo e delle questioni sottoposte al giudice⁸³.

Il giudice amministrativo è rimasto, invece, evidentemente condizionato, nell'applicare la regola del caso concreto, da interessi contingenti, che ha ritenuto di privilegiare anche in assenza di una matrice costituzionale⁸⁴, anche rispetto all'interpretazione sistematica, con l'effetto di operare una selezione delle posizioni meritevoli di tutela ad "indirizzi mutevoli ed orientamenti casistici".

⁸³ A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del Giudice (nota a CGARS, sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104)*, cit. Si v. anche F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il processo*, n. 3/2019, p. 540 il quale rileva come "brevità e chiarezza non coincidono necessariamente, ben potendo redigersi un atto che, magari proprio perché eccessivamente sintetico, risulti non univoco, finendo per stimolare una lunga controdeduzione o un'impugnazione altrimenti evitabili: da qui l'importanza del termine «chiarezza», che, nell'ambito dell'endiadi coniata dai codificatori del 2010, svolge l'importantissima funzione di completare l'obbligo di concisione degli atti, esprimendo «l'esigenza di sufficienza motivatoria e argomentativa, di precisione espositiva, di piena percepibilità dalla controparte e dal giudice della domanda nella sua pienezza e, per converso, dalle parti, del decisum giudiziale in ogni suo aspetto".

⁸⁴ Del resto, come sostiene autorevole dottrina, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. A.I.C.*, n. 4, 2024, p. 4 ss., "non sembra possibile richiamare, a sostegno della tesi favorevole alla riconduzione di effetti processuali alla violazione dei limiti quantitativi degli atti processuali, l'esperienza della giustizia eurounitaria". Ciò sia in quanto "in quella sede vi sono problemi organizzativi sconosciuti alle giustizie nazionali", inoltre "nella procedura innanzi la Corte UE sono indicati i limiti massimi, in pagine, di alcuni atti, ma si precisa sempre che detti atti "non dovrebbero" (non già "non devono") superare un certo limite (cfr. par. 11, 12, 15, 16, 20, 22, 25, 29, 30, 46 delle "Istruzioni pratiche alle parti, relative alle cause proposte dinanzi alla Corte")", nono sono indicate le conseguenze dell'eventuale violazione del limite; "solo il par. 26 delle citate Istruzioni prevede la conseguenza processuale dell'irricevibilità, ma riguarda soltanto il mancato rispetto del numero di pagine fissato dal Presidente per le contropliche nelle impugnazioni incidentali", "anche nella procedura innanzi il Tribunale si indicano limiti quantitativi degli atti processuali (v. par. 15 delle "Istruzioni pratiche alle parti dinanzi al Tribunale", ma anche qui senza l'espressa previsione della conseguenza dell'inammissibilità o dell'irricevibilità nel caso di violazione"). Rileva inoltre l'a. come non possano trarsi argomenti più saldi dal diritto della CEDU "che conosce esso pure indicazioni di limiti quantitativi degli atti processuali: cfr. art. 47, par. 2, lett. b, del Regolamento della Corte; par. 12 delle Istruzioni pratiche, relativamente alle osservazioni scritte". Si v. anche per un riferimento alla Corte GUE ed alla Corte EDU, A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del Giudice (nota a CGARS, sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104)*, cit.

MONOPOLIO(S) Y PODER DE POLICÍA¹

POR NICOLÁS DIANA²

“No estamos seguros si estamos en contra del monopolio o de los abusos del monopolio. No sabemos si queremos una competencia regulada o un monopolio regulado. No sabemos si estamos en contra del tamaño en sí o simplemente de los precios excesivamente altos. La confusión es profunda y es una parte de la tradición [antimonoplio].”

EDWARD H. LEVI, *The antitrust laws and monopoly*³

“Para unir las ventajas diversas que resultan de la grandeza y de la pequeñez de las naciones ha sido creado el sistema federativo”

ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*⁴

SUMARIO: 1. Introducción: “Hay que soñar dormido, lo demás es mera ensoñación diurna, buena para los escritores, nada más”, – 2. Constitución, derechos y competencia, – 3. Poder de policía vis-a-vis federalismo, – 4. Hechos, valoraciones y normas, – 5. A modo de colofón

1. *Introducción: “Hay que soñar dormido, lo demás es mera ensoñación diurna, buena para los escritores, nada más”*⁵

Toda lectura de una sentencia, todo análisis jurídico de un caso en derecho,

¹ Las primeras ideas, al respecto, fueron publicadas en: DIANA, NICOLÁS, “Monopolio, competencia y pensamiento lateral”, *LL*, 2019-D, 21, y “Federalismo, antenas y poder de policía”, *LL*, 2019-D, 354. Agradecemos las críticas y comentarios efectuados en su versión preliminar por Guillermo Ciserchia.

² Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado y posgrado en la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ), Universidad Nacional de La Matanza (UNLAM), Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) y Universidad de Buenos Aires (UBA).

³ LEVI, EDWARD H., “The antitrust laws and monopoly”, en *The University of Chicago Law Review*, Volume 14, Feb-1947, n. 2, p. 153, recuperado de: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol14/iss2/2/>; traducción libre.

⁴ DE TOCQUEVILLE, ALEXIS (trad. LUIS R. CUÉLLAR), *La democracia en América*, 2ª ed., 10ª reimp., México, FCE, 2000, p. 156.

⁵ GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 10, *A mi padre*:

nos invita a recordar y reflexionar sobre la máxima que supo acuñar AGUSTÍN GORDILLO y confirmamos todos los días como operadores jurídicos: son “*los hechos, a la luz de los grandes juicios de valor del derecho, los que dan la solución del caso.*”⁶

Recordar es, tener algo o a alguien en la mente o en consideración⁷ y el recuerdo, entre otras definiciones, es lo que se regala en testimonio de buen afecto.⁸

Una reflexión es una advertencia o consejo con que alguien intenta persuadir o convencer a otra persona,⁹ más no sea en lo que, al alcance de monopolios, competencia en servicios o actividades licenciadas, o en el ejercicio del aun denominado *poder de policía* en la regulación y fiscalización en cabeza del Estado, se refiere.

Quien no entiende los hechos del caso, “*nada entenderá del derecho en el caso.*”¹⁰

Determinar “*cuáles son los hechos del caso no es en absoluto una tarea sencilla, sino por el contrario altamente desafiante a nuestra capacidad de percepción, imaginación y creación.*”¹¹

He aquí, nuestro renovado reconocimiento a quien nos diera la posibilidad de tener *un día en la Academia*,¹² de publicar y pensar crítica y responsablemente el derecho, en un marco de libertad y cuestionar las instituciones que componen el derecho administrativo y sus bases intrínsecamente ligadas a la realidad política, económica, social y cultural de cualquier Estado.

“*Éste soy yo*” (Carl Rogers) - *Diálogos con Agustín Gordillo*, 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 2017, cap. XVI-5.

⁶ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho. Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*, Buenos Aires, FDA, 2000, Cap. II-3.

⁷ Diccionario de la Academia Española de la Lengua, 23ª ed., 2014, act. 2023; segunda acepción de la palabra “recordar”, recuperado de: <https://dle.rae.es/recordar>

⁸ Diccionario de la Academia..., *op. cit.*, segunda acepción de la palabra “recuerdo”, recuperado de: <https://dle.rae.es/recuerdo?m=form>

⁹ Diccionario de la Academia..., *op. cit.*, segunda acepción de la palabra “reflexión”, recuperado de: <https://dle.rae.es/?id=VdLsNBL>

¹⁰ GORDILLO, AGUSTÍN A., *Introducción al derecho*, 1ª ed. en castellano, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS (dir.), Organización Europea de Derecho Público, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. III-22.

¹¹ GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado...*, t. 1, *Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013, cap. I-28.

¹² Parafraseando a GORDILLO, AGUSTÍN, “Un día en la justicia: los amparos de los art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”, *LL*, 1995-E, 988, reproducido en ABREGÚ, MARTÍN/COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto, 1997, p. 201 y junto a FLAX, GREGORIO et al, *Derechos Humanos*, 6º ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. XV.

Libertad en pensar y cuestionar constructivamente la realidad, en clave a un mejor derecho y, por tanto, de un mejor Estado, más democrático, transparente y cercano a la sociedad. Y para ello, basta tener al menos una idea y recuperar el espacio lúdico en la enseñanza y el ejercicio de la abogacía, construir sobre sueños, *utopías de un mundo feliz*,¹³ donde cada cual haga lo que le corresponda según la cuota de responsabilidad que la lotería social o el destino nos haya atribuido.

El objetivo del pensamiento lateral – señala DE BONO – no es elaborar ideas correctas, sino gran número de ideas; luego se examinan éstas a los efectos de su valoración.

GORDILLO contribuyó en la elaboración de gran cantidad de ideas y críticas, cuyos efectos se expanden al presente en la teoría y la práctica del derecho administrativo. Y sus ideas laterales, generosamente compartidas en un lenguaje claro, sin ambages ni giros gramaticales abusivos, nos marcaron la senda del derecho público durante más de 50 años.

Sólo después de haber recorrido un número considerable de sus ideas laterales y repensándolas y cuestionándolas, con de otros autores y la jurisprudencia eventualmente aplicable, nos encontraremos en condiciones de formalizar un juicio crítico,¹⁴ en el que el transitar un camino determinado no nos conducirá necesariamente al destino deseado o soñado.

Destino incierto en el que no puede soslayarse la realidad en la que soñamos, esa realización social que parece no llegar nunca, pese al carácter instrumental del derecho.¹⁵

Dicha empresa es compleja de por sí y exige posicionarnos en un lugar incómodo.

El juicio crítico sobre la realidad, a través de ideas laterales, cuestiona el pensamiento racional por sobre el intuitivo. Sin embargo, “[nadie] *puede pretender conocer el destino de la libertad en el mundo. Quien se limite a observar lo que pasa, estará tentado de hacer una reflexión. En el siglo pasado, como he dicho al final de la primera parte, florecieron las más diversas ideaciones utópicas de una sociedad finalmente liberada: y estaba bien enraizada la convicción de que el destino de la humanidad fuera la libertad. Después sucedió lo que ha sucedido: ha*

¹³ HUXLEY, ALDOUS – trad. HERNÁNDEZ GARCÍA, RAMÓN –, *Un mundo feliz*, 22ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2015.

¹⁴ DE BONO, EDWARD, *El pensamiento lateral: manual de creatividad*, 2ª ed. 6ª reimp., Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 118.

¹⁵ La persona “es el eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo – más allá de su naturaleza trascendente –, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter Instrumental” (Fallos, 316:479 -1993-, votos concurrentes).

sucedido que en la entrada de los campos de esclavitud y exterminio estuviera escrito, en una diabólica falsificación: «El trabajo nos hace libres». En este siglo no conozco utopías, ideaciones fantásticas de la sociedad futura, que no describan, por el contrario, universos de dominación y de desolado conformismo. La única esperanza es que, también esta vez, los incautos profetas no tengamos razón.»¹⁶

No aspiramos al título de profetas,¹⁷ sino simplemente abogar por el destierro de ciertas prácticas en el uso del lenguaje jurídico que no hacen más que contaminar al derecho administrativo en contra de los grandes principios bajo los cuales se han construido sus bases constitucionales y convencionales.

Esto así, ante la función de concretización que posee el derecho administrativo y que lo define como rama autónoma del derecho,¹⁸ sin postular ni dogmatizar exorbitancia alguna respecto al derecho privado.

2. Constitución, derechos y competencia

Según el art. 42 de la Constitución Nacional, los consumidores y usuarios de bienes y servicios “*tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios*”.

La constitución formal, postula CARNOTA, “*incluye una constitución política y una económica. A la par de suministrar las vigas maestras para el ejercicio del poder, una constitución contiene y contempla las pautas para el desarrollo de la*

¹⁶ BOBBIO, NORBERTO (trad. ARAGÓN RINCÓN, PEDRO), *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993. p. 154.

¹⁷ Persona que, por señales o cálculos hechos previamente, conjetura y predice acontecimientos futuros (cfr. Diccionario de la Academia..., *op. cit.*, segunda acepción de la palabra “persona”, recuperado de: <https://dle.rae.es/profetisa>).

¹⁸ Por todos, ver: IBLER, MARTÍN, *Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado*, Republica (2010), v. 2, pp. 35-47 y “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. 2005, 50/51, pp. 5-21; cuyos ejes radican en el concepto sentado por WERNER, FRITZ, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, p. 527.

*vida económica de una determinada sociedad. Una constitución opera o actúa como un «sistema de sistemas».*¹⁹

Sistema de sistemas que interactúan y coexisten en coordinación, yuxtaposición, control mutuo y equilibrio, los que, a su vez, en el plano económico requieren un rol activo del Estado como principal tutor de los derechos y garantías involucrados en toda relación de consumo.

Esto así, frente a:

- (i) eventuales abusos o posiciones dominantes que hacen de la competencia y a su defensa, en algunos supuestos y bajo cierta concepción del Estado (lo público) y del mercado (lo privado), y
- (ii) también en materia de servicios públicos – al decir de autorizada doctrina, atribuidos por la Constitución Nacional a aquél –.²⁰

Por tratarse el derecho “*un ordenamiento de relaciones sociales, la gran dicotomía público/privado se duplica primeramente en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: entre iguales y entre desiguales.*”²¹

Es en la regulación de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales, calidad y eficiencia de los servicios públicos, donde se evidencia quizás la mayor tensión entre quienes poseen tales derechos y privilegios económicos, el Estado y en especial, los usuarios y consumidores.

El derecho atribuido a los privados por vía concesional o licencias otorgados por el Estado, por vía de la denominada delegación transestructural de cometidos,²² “*debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que imponga la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público.*”²³

De ese modo, puede postularse – aunque resulte un enfoque engañoso o parcial – que el monopolio, “*la contaminación, el fraude, el error, la mala administración y otras consecuencias negativas del mercado suelen verse como fracasos*

¹⁹ CARNOTA, WALTER F., “El despliegue del art. 42 de la Constitución Nacional”, en *Revista Derecho Público*, año III, N° 9, Buenos Aires, Ediciones Infojus, enero-2015, p. 137; con cita de VERMEULE, ADRIAN, *The system of the Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 3.

²⁰ PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Constitución y Economía*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 95.

²¹ BOBBIO, NORBERTO (FERNÁNDEZ SANTILLÁN, JOSÉ F. -trad.-), *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, 1ª ed. en español, México, FCE, 1989, p. 15.

²² Ver BARRA, RODOLFO C., *Principios de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 247 y ss.; “Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública”, LL, 1982-D, 356, y *Contrato de obra pública*, t. 2, 1ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 1984, p. 116 y ss.

²³ CSJN, Fallos, 322:2750 (1999).

de los mecanismos de autorregulación del mercado y, por ende, como ocasiones apropiadas para la regulación pública."²⁴

¿Cómo se regula o desregula, bajo qué fundamentos, con qué fines y alcances, y respecto a quiénes?

Son todas preguntas que debemos como mínimo efectuar para deconstruir la existencia o inexistencia de normas y el grado de *lobby* y cooptación que el concedente/licenciante, la autoridad de aplicación o de control pueda poseer.

Los recurrentes fracasos son del Estado (regulador/desregulador), el mercado y la fragilidad y manipulación de las reglas de la competencia (o no competencia), justa o injustamente – según la pertenencia a una u otra corriente doctrinal – en la asignación de privilegios y monopolios, su alcance y contornos delineados no sólo por las normas (constitucionales, legales y reglamentarias) sino en especial, por nuestros tribunales. Y esto como causa o consecuencia de la crónica desinversión, en empresas públicas,²⁵ mixtas o privadas prestadoras de servicios públicos, so pretexto de las recurrentes crisis económicas, financieras, políticas y sociales de nuestro país, sumado a marcos regulatorios que regulan un desequilibrio variable entre el Estado-Concesionario/Licenciatario, donde los usuarios permanecen cautivos de uno y otro, circunstancial y crónicamente.

El art. 42 de la Constitución Nacional, sienta así el principio general de la libertad de elección y junto con el art. 43 el derecho "*a la defensa de la competencia*", todas las autoridades – tanto legislativas como administrativas y, en su defecto, judiciales – "*deben proveer lo necesario al «control de los monopolios naturales y legales.» En esto la Constitución está a tono con los nuevos principios supranacionales del derecho administrativo europeo, que son precisamente el «derecho de la competencia» o competition law, dentro del cual se encuadran el control de los monopolios, la prohibición de abuso de posición dominante, la prohibición de determinadas ayudas estatales, etc. Ya no se trata de la vieja legislación antimonopólica ni de la nueva legislación de abuso de poder dominante en el mercado. Aunque no haya abuso de poder dominante, el monopolio vuelve a ser una figura que genera por sí, constitucionalmente, la defensa de los usuarios y consumidores.*"²⁶

²⁴ POSNER, RICHARD A. (SUÁREZ, EDUARDO L. -trad.-), *El análisis económico del derecho*, 1ª ed. en español, México, FCE, 1998, p. 349.

²⁵ Hoy limitadas, vigencia mediante del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/23 (B.O. 21-12-23), exclusivamente a un único tipo societario "Sociedad Anónima", al haberse derogado por sus arts. 36, 37 y 40: el Decreto Ley N° 15.349/46 (Sociedades de Economía Mixta), la Ley N° 13.653 (Empresas del Estado) y la Ley N° 20.705 (Sociedades del Estado).

²⁶ GORDILLO, AGUSTÍN (FLAX, GREGORIO et al, colaboradores), *Derechos Humanos*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, Cap. VI-7, §4.1.

Para el caso argentino, además de la cuestión constitucional expuesta, existen razones legales y económicas fundamentales que hacen que todas las entidades que participan en las mismas líneas de actividad o similares, deban estar sujetas al mismo conjunto de principios y normas legales para garantizar equidad, igualdad y trato no discriminatorio.

Ello, para generar mayor previsibilidad y consistencia en la interpretación y aplicación de las normas vinculadas no sólo a la defensa de la competencia y del consumidor, promoviéndose transparencia, rendición de cuentas y confianza en el ordenamiento jurídico, como síntesis del debido proceso (*due process of law*).²⁷

En efecto, surge nítido el choque entre el monopolio y la competencia, quedando sujeto el eventual consumidor o cliente²⁸ al alcance de la regulación (su ausencia, insuficiencia o ineficacia) y la incoordinación – muchas veces – de las autoridades de aplicación de uno o más regímenes simultáneamente, en distintas jurisdicciones, con superposición o yuxtaposición de funciones, responsabilidades y ámbito de actuación.

Enriquece el debate, lo establecido en el art. 2° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/23, en cuanto:

“El Estado Nacional promoverá y asegurará la vigencia efectiva, en todo el territorio nacional, de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre concurrencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes, servicios y trabajo.”

“Para cumplir ese fin, se dispondrá la más amplia desregulación del comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda.”

“La reglamentación determinará los plazos e instrumentos a través de los cuales se hará efectiva la desregulación dispuesta en el párrafo anterior.”

Ninguna referencia existe en dicho cuerpo normativo de 366 artículos a los derechos de usuarios y consumidores, tampoco frente a la distorsión y abusos en las posiciones dominantes de monopolios legales y naturales vigentes en nuestro país en los órdenes nacional y provinciales y no sólo con relación a la prestación de servicios públicos, sino en la provisión de ciertos bienes y servicios, y/o ante ciertas actividades de interés público. Esto, como mera reflexión porque dada su jerarquía normativa, requiere para su implementación del dic-

²⁷ KHEMANI, R. SHYAM, *Application of competition law: exemptions and exceptions*, UNCTAD, New York/Geneva, 2002, p. 5 (UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25).

²⁸ A la postre ciudadana/o, sin opción o elección libre de quien le provee el bien o servicio.

tado de diversas medidas reglamentarias y complementarias, cuyo alcance y efectos, al tiempo de escribirse el presente, resultan aun inciertos.

En otro orden, debemos recordar que la existencia de competencias exclusivas, compartidas y concurrentes entre la Nación, las provincias y los municipios constituyen la regla y no la excepción, por lo que las normas constitucionales deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa.²⁹

Los actos dictados por las autoridades locales no pueden ser invalidados sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas.³⁰

La invasión que: *“un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad. La Constitución Nacional establece y delimita los poderes de las “autoridades de la Nación” que conforman el gobierno federal. Más aún, fija una interrelación equilibrada de funciones, propio del sistema republicano que contiene en su mecánica interna la imposición a cada uno de ellos no sólo a cumplir la Constitución en la órbita de su respectiva competencia, sino también a promover el cumplimiento de aquélla por los otros poderes.”*³¹

La complejidad de un Estado federal imperfecto o con un acentuado centralismo en el Gobierno nacional, contribuyen a la verificación de desvíos y anomalías en la regulación, fiscalización y control para evitar la distorsión de una competencia formal, donde las autoridades públicas y las distintas jurisdicciones se interesan más por la tributación de los sujetos “regulados”, con superposición de imposiciones, que por la calidad de la prestación y/o provisión de los bienes y servicios involucrados.

No es casual, por tanto, el nacimiento, la construcción y la expansión de posiciones ideológicas a nivel global que apuntan a la “asfixia” regulatoria y la hiperinflación normativa³² como causa y consecuencia de tales desvíos y anomalías, a la corrupción público-privada³³ y en especial, a su mala calidad, desinver-

²⁹ Arg. Fallos, 318:2374 (1995).

³⁰ Fallos, 3:131 (1866); 302:1181 (1980) y 322:2331 (1999).

³¹ Fallos, 327:46 (2004), cons. 12.

³² Sobre los efectos de la hiperinflación normativa en el fenómeno de la corrupción, por todos, ver: MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos de la RPA - RAP, 2007.

³³ Como magistralmente señalara GORDILLO: *“...está claro es que se puede ser corrupto desde la derecha, el centro y la izquierda; se hace corrupción desde el neoliberalismo que hoy está de moda*

sión y/o precios desajustados frente a la capacidad de pago de los usuarios y consumidores.

Sea para arriba o por debajo de supuestos y ficcionales valores de mercado, donde cuando el titular del monopolio se ve perjudicado por el desacople con los precios externos (a la baja) requiere su aumento por el propio Estado, un subsidio (directo/indirecto) e incluso, cargar directamente sobre el usuario o el consumidor, las propias ineficiencias o la imposibilidad de obtener ganancias.³⁴

3. Poder de policía vis-a-vis federalismo

En clave con el título propuesto, cabe referirse – más no sea tangencialmente – al concepto de *poder de policía*, entendido como la facultad estatal “*de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar solamente la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran acecharla.*”³⁵

Esa vieja noción y conceptualización liberal “*sobre qué era y qué alcances tenía el poder de policía del Estado no se ha mantenido. Incluso, cuando a fines del siglo XX se produce un retorno a la privatización y desregulación, no se desanda todo el camino del intervencionismo, solamente parte de él. Por de pronto, es evidente que los bienes jurídicos que el Estado protege a través de limitaciones y restricciones a los derechos individuales, lejos de restringirse a esos tres, se multiplican.*”³⁶

También, desde un análisis panorámico, se ha concluido que “*el poder de policía tiene antiguas raíces históricas tanto en el continente europeo como en el mundo anglosajón. Especialmente en este último ámbito es un poder que ha crecido con el correr del tiempo, en la medida en que el Estado necesita una justificación para restringir los derechos individuales*” y que “*la doctrina nacional, siguiendo a la europea y a la norteamericana, ha aceptado desde los comienzos, con contadas excepciones en los últimos temas, que el Estado tiene poder de promover*

denostar, y desde la intervención reguladora y dirigista de la economía que hoy está de moda intentar hacer revivir; desde el gobierno y fuera de él. La corrupción no hace asco a las ideas económicas ni políticas, todo es bueno a la hora de hacer dinero inmoralmemente...” (Prólogo a MAIRAL, H.A., *Las raíces...*, *op. cit.*).

³⁴ En materia de servicios públicos, el carácter de la actividad regulada – concesionada o licenciada – de por sí no da ganancias, porque es propia del Estado, encomendada a un tercero solo en su prestación.

³⁵ GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado...*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2014, Sección III: *La lesión de los derechos*, cap. V-8.

³⁶ GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado...*, t. 2, *op. cit.*, cap. V-9.

la salud, seguridad y moralidad públicas. A este poder se lo denominó poder de policía, en sentido restringido. Este concepto convivió desde los comienzos con una idea más amplia del poder de policía, que incluye la defensa de los intereses económicos (sentido broad). La jurisprudencia también, desde tiempos inmemoriales, afirmó la existencia del poder de policía, tanto en la Argentina como en los Estados Unidos. Finalmente, encontramos en el derecho público provincial numerosas manifestaciones del poder de policía, lo cual se corresponde con el esquema federal plasmado en la Constitución Nacional.”³⁷

Si bien existen diversas y variadas normas provinciales y federales en donde aún se alude en forma directa al *poder de policía*, no hay un fundamento constitucional expreso sobre su alcance y contenido sino como derivación de las facultades legislativas del Congreso (cfr. art. 75 de la Constitución Nacional).

Una parte de la confusión radica entre la figura de *policía* en cabeza del Poder Ejecutivo. Apreciamos, por tanto, una fundamentación normativa ausente, deficiente o manifiestamente abierta y laxa para sostener la vigencia, alcance y contenido del *poder de policía*, incluso desde los planos doctrinal y jurisprudencial.

Cuando en un caso concreto, “*la fundamentación normativa es deficiente, o no la hay, casi siempre es dable ver cómo se recurre accesoriamente a la noción de poder de policía, pretendiendo fundar allí lo que no se pudo apoyar en norma expresa alguna. Y las más de las veces el procedimiento se invierte: Se señala primero que allí se ejerce poder de policía – y que, por lo tanto, la actuación estatal es legítima – y se agrega luego, como complemento accidental, el que también hay una norma que con mayor o menor claridad dispone la posibilidad de restringir el derecho individual. Esto es un defecto de método y técnica científica que debe evitarse cuidadosamente, so pena de incurrir en frecuentes errores.*”³⁸

Dejamos al operador jurídico la opinión sobre la necesidad o no de seguir invocando el *poder de policía*, como aspecto definitorio del ejercicio de facultades normativas difusas – y no tan claras – en cabeza de los gobiernos locales, en especial, por la peligrosidad del uso de este instituto – por su raíz y, sobre todo, por sus efectos –.

Hacemos propia la idea, de que “*ningún sistema de distribución de competencias puede funcionar al margen de la buena fe y la concertación. Va de suyo que, en un país federal, las regulaciones locales sobre aspectos vinculados a una activi-*

³⁷ Cfr. LEGARRE, SANTIAGO, “Poder de policía (historia, jurisprudencia, la doctrina)”, *LL*, 2000-A, 999; a sus fuentes y citas nos remitimos.

³⁸ GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado...*, t. 8, *Teoría general del derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013, cap. X-390.

dad sujeta a jurisdicción federal centralizada pueden demandar mayores esfuerzos a las prestadoras de los servicios."³⁹

Como se ha postulado, reforma constitucional de 1994 mediante, "lo que predomina es un sistema federal unitario más centralista que muchos sistemas unitarios. Muchas veces por la práctica anómica, otras por un diseño constitucional defectuoso y basado en una filantropía política inexistente en nuestros contextos históricos. Quizá algún día podamos avizorar que una de las causas de nuestra decadencia institucional tiene como sostén que estamos lejos de ser un Estado federal, con prácticas federales y con tutela de derechos federal."⁴⁰

El federalismo no es un fenómeno estático ni puramente normativo, sino contractual: "se acuerda entre la Nación y las provincias, o las provincias entre sí, se desarrollan políticas intercomunales; la gestión es marcadamente intergubernamental."⁴¹

Nos queda como idea crítica y constructiva que, ante los silencios de un federalismo de concertación que consideramos todavía inmaduro, políticamente artificial y meramente declamativo, dicho vacío no podría ni debería cubrirse con sustento en la vigencia del *poder de policía* (local).

Al decir de MADISON, demostrado que "ninguno de los poderes que se transfieren al gobierno federal es innecesario e inconveniente, la siguiente cuestión que debe considerarse es si todo el conjunto de ellos representará un peligro para la parte de autoridad que conservan los diferentes Estados."⁴² Peligro que, para el federalismo argentino, se encuentra latente.

Si a ello le sumamos, como adelantamos, el camino de la desregulación y abandono de todas las actividades prestadas directa o indirectamente por el Estado o fiscalizadas por aquél, dejando a la mano invisible del mercado cualquier límite a la conducta abusiva o distorsiva de la competencia entre privados, pasamos – sin escalas – de un *poder de policía* estatal en blanco al vacío del descontrol y la libertad sin límite ni cuidados en contra de los derechos de usuarios y consumidores, en favor de las grandes corporaciones, concesionarios y licenciatarios de un Estado ausente.⁴³

Se ha indicado, tiempo atrás, que: "Si partimos de la premisa de que no exis-

³⁹ CSJN, Fallos, 342:1061 (2019), cons. 25.

⁴⁰ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "El federalismo unitario argentino (1994-2014)", en *Pensar en derecho*, n. 5, año 3, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 102.

⁴¹ FRÍAS, PEDRO J., *El federalismo argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, recuperado de: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelfederalismoargentino/at_download/file.

⁴² HAMILTON, ALEXANDER/MADISON, JAMES/JAY, JOHN (VELASCO, GUSTAVO R. -trad.-), *El federalista*, 2ª ed., 2ª reimp., México, FCE, 2006, XLV, p. 195.

⁴³ Cfr. art. 2º del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/23 (B.O. 21-12-23).

te sociedad viable, ordenada, creíble sin la presencia del Estado, la cuestión se resume, sin que ello implique simplificarla, al grado o matriz de intervención que adopta el Estado en una sociedad."⁴⁴

En un contexto político análogo al presente en la Argentina, postulándose como dogma la fuga del derecho administrativo hacia el derecho privado (*v.gr.* del Estado de Bienestar al Estado Subsidiario) y como un dato histórico que se proyecta a la realidad actual, el **Decreto N° 2284/91**⁴⁵ de "*Desregulación del Comercio Interior de Bienes y Servicios y del Comercio Exterior*", en su considerando señalaba que:

"Que es forzoso continuar el ejercicio del Poder de Policía para afianzar y profundizar la libertad económica y la Reforma del Estado con el objeto de consolidar la estabilidad económica, evitar distorsiones en el sistema de precios relativos y mejorar la asignación de recursos en la economía nacional, a fin de asegurar una más justa y equitativa distribución del ingreso."

"Que la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado ha declarado el Estado de Emergencia de todo el sector público, autorizando al PODER EJECUTIVO NACIONAL a tomar decisiones tendientes a que cese tal estado".

"Que dicha norma debe ser aplicada teniendo en cuenta que la Ley N° 23.697 ponía en ejercicio el Poder de Policía de Emergencia del Estado, con el fin de superar la situación creada por las graves circunstancias económicas y sociales, que la Nación no ha superado aún totalmente."

[...]

"Que la indispensable celeridad en la aplicación simultánea del nuevo ordenamiento – erigida como condición inexcusable para el éxito del programa – obliga a recurrir, en parte, al ejercicio de facultades legislativas reservadas a otro poder de la República, en un caso como el presente, en el que la obligatoria y saludable publicidad de los proyectos que se gestan en el área Gobierno, se contraponen a la imperiosa exigencia de que las nuevas reglas de juego económicas se pongan en vigencia sin un conocimiento previo de los operadores económicos, lo que podría generar una inestabilidad persistente en los mercados durante todo el tiempo que demandaría su sanción por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACION, con el consecuente perjuicio social que ello importaría."

En efecto, la **Ley N° 23.697**⁴⁶ de Emergencia Económica, en su Capítulo I "Poder de Policía de Emergencia del Estado", establecía que: "*La presente ley*

⁴⁴ MAIORANO, JORGE LUIS, "Poder de policía, regulación y derecho de la competencia," en XXXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo: "Las bases constitucionales del Derecho Administrativo", RAP, año XXVI-309, Buenos Aires, 2004, p. 220.

⁴⁵ B.O. 1-11-91.

⁴⁶ B.O. 25-9-89.

pone en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece.⁴⁷

Poder de policía de emergencia. Si alguna duda, frente al riesgo y el peligro de invocar la fuerza dogmática del poder de policía, su aplicación y ejercicio en el marco de la “emergencia”, profundiza conceptualmente la vigencia de una competencia de dudosa constitucionalidad – reforma de 1994, mediante – más agresiva respecto a los derechos e intereses de las personas. Sin embargo, nada de ello parece conmover el ejercicio del control de constitucionalidad sobre este tipo de medidas e invocaciones fantásticas a una prosa mágica en el que el *poder de policía* es una fórmula, un cliché, que conjura todas las crisis argentinas, al menos, de los últimos cuarenta años, transversal a todos los gobiernos, sin excepciones.

Tal como lo ha descripto GALLEGOS FEDRIANI, la Corte Suprema de Justicia de la Nación “*ha admitido, desde hace muchos años, la posibilidad de que el Estado, en situación de emergencia económica, ejerza un poder de policía de cuya aplicación se siga una restricción de derechos constitucionales que no sería admisible en circunstancias ordinarias. En efecto, si bien la emergencia no crea el poder, depara la razón y, con ello, la ocasión para su ejercicio (Fallos 172-21, 243-464, y otros). Aunque la emergencia no crea un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados (CSJN, «PERÓN JUAN D.», 21/6/75). Esta jurisprudencia está tan enraizada en la práctica constitucional que la Corte Suprema ha dicho: «Hállase en juego, pues, una tradición hondamente arraigada y revestida de la autoridad institucional que es inherente a la jurisprudencia de esta Corte y que constituye un importante factor de seguridad y previsibilidad jurídicas» (CSJN, «Videla Cuello Marcelo, suc. c/ Gobierno de la Rioja s/ daños y perjuicios», ED 142-119).»⁴⁸*

En Argentina, la emergencia económica, política, económica y social, casi crónica e ininterrumpida desde 1989 hasta el presente, trajo “*algo diferente en el avance del Estado a partir de los noventa. Si antes se partía de un concepto limitado del poder de policía para avanzar excepcionalmente sobre derechos individuales, ahora este avance parte de un concepto amplio ya consolidado del poder de policía. Por lo tanto, hay un nuevo significado de la emergencia que trae un avance conceptual, que es que el Poder Ejecutivo sea quien, en lugar del Legislativo, se erige en regulador de los derechos individuales. Se produce así un desdibujamiento*

⁴⁷ Cfr. art. 1°.

⁴⁸ GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, “Poder de policía y poder de policía en la emergencia”, en *El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales*, Madrid, INAP, 2003/4, p. 487.

to, por la siempre invocada emergencia de la división de poderes que afecta tanto al Poder Legislativo como al Poder Judicial.”⁴⁹

Ni demonización del Estado de Bienestar ni canonización del No-Estado, traemos a colación que: “*Un Estado regulador no significa un Estado competidor, pero si un Estado comprometido con una conformación social determinada, que no permanezca ausente o distante de las desigualdades o inequidades creadas a su amparo. Es una obligación ineludible del Estado alcanzar posiciones de equilibrio entre los distintos sectores que conforman una sociedad y, en este caso particular, entre los intereses, muchas veces encontrados, de usuarios, consumidores y empresas prestadoras o proveedoras. El Estado (en realidad cabe la aclaración que la responsabilidad es de los gobernantes) debe actuar sin entorpecer la competencia, permitiendo que esa competencia se desarrolle en condiciones de igualdad, ya que ello beneficia tanto al consumidor como a la actividad económica en sí misma. Obviamente, mayor es su responsabilidad cuando la competencia resulta excluida por monopolios legales o de hecho, como sucede con la mayoría de los servicios públicos domiciliarios.*”⁵⁰

Cobra relevancia, dejando de lado cualquier valoración o posicionamiento ideológico sobre el rol del Estado, la vigencia de los arts. 41, 42, 43 y 75 (incs. 18, 19, 22 y 23) de la Constitución Nacional, en tanto le imponen ciertas obligaciones positivas en torno al progreso y desarrollo de las personas dentro del territorio nacional.

Solamente, los incs. 18 y 19 del art. 75 citado, establecen que corresponde al Congreso Nacional:

- proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración;
- promover la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo;
- proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la

⁴⁹ GALLEGOS FEDRIANI, P., *op. cit.*, p. 500. Al respecto, ver: YLARRI, JUAN S., *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2019.

⁵⁰ MAIORANO, J. L., “Poder de policía...”, *op. cit.*, p. 221.

- defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento;
- proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio;
 - promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones;
 - sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales, y
 - dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Si a eso le sumamos la responsabilidad internacional de la República Argentina por los compromisos asumidos en los distintos tratados internacionales de derechos humanos, de los cuales es parte, mal podría desentenderse de estas obligaciones so pretexto de un cambio de paradigma en torno al rol del Estado.

En tal sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación en el Capítulo I de su Título Preliminar, considera que las leyes deben ser aplicadas conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República Argentina sea parte, e interpretadas teniendo en cuenta no sólo sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, sino también las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.⁵¹

En el Estado Constitucional, Convencional y Social de Derecho, “*los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales participan de las condiciones de verdaderos derechos en la medida que tengan un reconocido contenido esencial, además de ser disposiciones constitucionales de principio, todo lo cual tiene por objeto otorgar una mejor calidad de vida a las personas. Ello implica necesariamente la existencia de un Estado activo promotor del bien común y*

⁵¹ Cfr. arts. 1° y 2°.

regulador del proceso económico social, proceso antes entregado a las fuerzas del libre mercado y a la sola iniciativa privada."⁵²

La Constitución Nacional de 1994, en su art. 75, no sólo estableció la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (inc. 22), sino que impuso al Congreso – como hemos señalamos – la competencia para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (inc. 23).

Ambos incisos del art. 75 se potencian recíprocamente en torno a los Derechos Humanos, poniendo al poder legislativo en un rol activo en materia de políticas públicas afirmativas, las que deberán serán ejecutadas indefectiblemente por el poder ejecutivo.

Dicha ejecución debe partir del presupuesto que *“el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado, el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad.”*⁵³

Entre los derechos humanos (políticos, civiles, económicos, sociales, culturales) *“existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y que, de ninguna manera, media separación antinómica. En tal sentido, la utilización léxica de la expresión generaciones de derechos humanos, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también unitaria.”*⁵⁴

El enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo, considera *“el derecho internacional sobre los derechos humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de for-*

⁵² NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano,” en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, núm. 2, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, p. 144.

⁵³ CSJN, *Fallos*, 327:3677 (2004).

⁵⁴ BAZÁN, VÍCTOR, “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano,” en AA.VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 578.

mulación, implementación y evaluación de políticas en el campo del desarrollo, y como una guía para la cooperación y la asistencia internacionales respecto a las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, el alcance de la participación social y los mecanismos de control y responsabilidad que se necesitan a nivel local e internacional.”⁵⁵

Ese marco es directamente aplicable frente al rol activo impuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional, a las autoridades nacionales en cuanto a la legislación aplicable a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

El “no regular” podría interpretarse como una forma de regular sin intervenir, habrá que ver hasta dónde el mercado podrá controlarse a sí mismo, ante un Estado más pasivo en cuanto a la afectación de los derechos de usuarios y consumidores, en actividades y servicios desregulados prestados por sujetos privados, donde la satisfacción del interés público y el bienestar general, no parecerían ser ya fines en sí mismos.

4. Hechos, valoraciones y normas⁵⁶

Saliendo de un ámbito de ponderación más cercano a la política que al derecho, para que una práctica anticompetitiva, pueda ser motivo de tutela y encuadrarse como tal se debe:

- (i) explicar y justificar la práctica anticompetitiva que se imputa;
- (ii) individualizar las condiciones y con qué alcances afectan los derechos del (eventual) competidor en forma personal y concreta, causando un menoscabo serio en las condiciones de competencia; y
- (iii) demostrar la relación causal entre los incumplimientos que se imputan y los perjuicios acreditados en cabeza de la demandante.⁵⁷

Así, pues, “ *el eventual beneficio que podría llegar a reportarle la eliminación de un competidor del mercado no constituye un interés protegido por la ley; máxime cuando la propia Constitución establece el deber del Estado de defender la*

⁵⁵ ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo,” en *Revista de la CEPAL*, N° 88, abril - 2006, p. 35, disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050_es.pdf.

⁵⁶ Ver: GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 6, *El método en derecho – La administración paralela*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012, Libro I-Cap. VII.

⁵⁷ Cfr. *Fallos*, 342:1061, cons. 8°.

competencia y controlar los monopolios, como uno de los mecanismos de protección de los derechos de consumidores y usuarios (artículo 42, Constitución Nacional).”⁵⁸

¿Cuáles son las normas nacionales de protección – sustantiva y adjetiva – frente a una competencia imperfecta que se constata en la prestación de servicios públicos y actividades de interés general a nivel federal, reguladas con autonomía de marcos regulatorios igualmente imperfectos y desde distintas aristas por: (i) Decreto – Ley N° 22.262/80 (Defensa de la Competencia);⁵⁹ (ii) Decreto – Ley N° 22.802/83 (Lealtad Comercial);⁶⁰ (iii) Ley N° 25.156 (Defensa de la Competencia y Prohibición del Abuso de la Posición Dominante)⁶¹ modificada por la Ley N° 26.993 (arts. 65 a 69);⁶² (iv) Ley N° 27.442 (Defensa de la Competencia)⁶³, y (v) Decreto N° 274/19 (Lealtad Comercial).⁶⁴

Es indudable que “*los bienes jurídicos protegidos por las leyes de defensa de la competencia, lealtad comercial y defensa del consumidor difieren y son específicos a cada régimen, pudiéndose adjudicar: i) la búsqueda de la eficiencia económica como bien jurídico protegido por la ley 27.742; ii) la correcta elección de los medios competitivos y la consecuente tutela del competidor o consumidor víctima de actos desleales, como bien jurídico protegido por la derogada ley 22.802 y por el nuevo DNU; y iii) la protección de la salud, la seguridad, y los intereses económicos de los consumidores, lo que requiere previamente información adecuada, libertad de elección y condiciones de trato digno y equitativo, como bien jurídico protegido por la ley 24.240.*”⁶⁵

Cualquiera sea la norma que trate sobre la defensa de la competencia y el abuso de posición dominante en el mercado, debería contemplar – como mínimo – la prohibición que oferentes o demandantes impidan o limiten la competencia con sus prácticas productivas o comerciales “*porque, se supone, ésta favorece al consumidor o usuario con mejores productos y servicios, con precios más bajos, con mayores oportunidades de elección.*”⁶⁶

⁵⁸ Cfr. Fallos, 342:1061, cons. 9°. Se distingue, por tanto, este caso de lo resuelto en: CSJN, Fallos, 318:359 (1995).

⁵⁹ B.O. 6-VIII-80 (derogada por la Ley N° 27.742).

⁶⁰ B.O. 11-V-83 (derogada por Decreto N° 274/19).

⁶¹ B.O. 20-IX-99 (derogada por la Ley N° 27.742).

⁶² B.O. 19-IX-14 (derogados por la Ley N° 27.742).

⁶³ B.O. 15-V-18.

⁶⁴ B.O. 22-IV-19. Ver: *Edición Especial: Decreto de Lealtad Comercial*, La Ley, 22-V-19.

⁶⁵ HEREDIA QUERRO, SEBASTIÁN, “Información en el comercio, publicidad y promociones empresariales en el “nuevo” régimen de competencia desleal”, *Edición Especial...*, cit., p. 16.

⁶⁶ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, t. I, 4ª ed. amp. y act., 6ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 588.

En ese marco, el ideal (hipotético) a regular en materia de competencia, de por sí alto, es aún más elevado y necesario en la época actual de *economía digital*, ante los peligros de una economía impulsada por algoritmos, IA y *Big Data*, en una dinámica competitiva imposible frente a las súper-plataformas dominantes de la web.

La capacidad mítica de los mercados para autorregularse se vuelve dudosa a medida que aumentan los niveles de concentración económica.⁶⁷

5. A modo de colofón

El operador jurídico debe mirar más allá y plantearse un análisis responsable de la relación entre monopolios, competencia, licencia y mercado, por un lado, y derechos de usuarios y consumidores, por el otro, cortados transversalmente todos ellos por la Constitución, la regulación y el poder de policía.

Todo monopolio y privilegio exclusivo (una licencia o concesión, lo son) se otorgan a expensas del público.⁶⁸ Siempre y no necesariamente para su beneficio, pero sí y sin excepciones a su costo directo (tarifas/precios) o indirectos (impuestos, tasas y contribuciones).

El objetivo aquí perseguido ha sido provocar nuevos y múltiples enfoques e ideas frente a dos caras de una misma moneda (monopolios/poder de policía), a modo de excusa, sirve para reflexionar. Reflexión inexcusable que encontré en la profusa y extensa obra de GORDILLO la compañía y el apoyo necesarios.

No queremos y evitamos incurrir, “*en el error científico de pretender inducir para futuros casos, reglas generales a partir de anteriores casos particulares (empirismo). Por ende, hay que diferenciar cada caso de otro «semejante» o «análogo» que se haya hecho o visto previamente y evitar tanto caer en errores anteriores como en «soluciones» de casos previos, que no es sino una variante del mismo error metodológico.*”⁶⁹

Cuando las ideas “*ejercen una función rectora de la información en vez de constituir simples subproductos de la misma, el progreso experimenta una aceleración.*”⁷⁰

⁶⁷ STUCKE, MAURICE E./EZRACHI, ARIEL, “The rise, fall, and rebirth of the U.S. antitrust movement”, *Harvard Business Review*, 15-XII-17, recuperado de: <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>.

⁶⁸ En palabras de ANDREW JACKSON: “*Every monopoly and all exclusive privileges are granted at the expense of the public...*” (President Jackson’s Veto Message Regarding the Bank of the United States; July 10, 1832; recuperado de: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/ajveto01.asp).

⁶⁹ GORDILLO, A., *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, Cap. I-45, §7.

⁷⁰ DE BONO, E., *op. cit.*, p. 12.

Las soluciones judiciales y las normas – agregamos también – responden a una sistematicidad que, más de las veces, no se dan en forma manifiesta sino que necesitan de una actividad concreta del operador jurídico dirigida hacia una finalidad determinada y que supere las solas palabras y las cosas,⁷¹ en procura de la felicidad.⁷²

La felicidad – sin embargo – “*es un patrón muy duro, especialmente la felicidad de los demás.*”⁷³

Y en el camino de la felicidad colectiva, de todos o al menos de la mayoría, es la sociedad la que “*debe respaldar al sistema para que éste pueda funcionar. Queda otro consuelo, que tampoco es pequeño. Todos los costos que asume el gobierno frente a la sociedad y a la justicia son deudas que adquiere y tendrá inevitablemente que pagar en otros asuntos públicos. Su crédito no es inagotable. Además de los casos en que la sociedad pone los límites al gobierno existen los casos en que los individuos lo hacen.*” No podemos ser complacientes con nadie que tenga poder, porque esa es la clave de vivir en libertad.⁷⁴

Debemos seguir soñando.⁷⁵ Hay una lucha por la vida, que se repite frecuentemente⁷⁶ y una lucha por el derecho que integra esa misma pelea social. Nuestro recuerdo sincero y permanente agradecimiento para AGUSTÍN GORDILLO por habernos contagiado esa lucha, que lo tuvo y lo sigue teniendo como uno – sino – el más grande de sus protagonistas contemporáneos.

⁷¹ Parafraseando a MICHEL FOUCAULT, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.

⁷² En su primera acepción, como estado de grata satisfacción espiritual y física (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 23ª ed., <http://dle.rae.es/?id=Hj4JtKk>). ¿Qué otra cosa no traduce felicidad que el hecho de cumplirse con la idea de afianzar la justicia plasmada en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional?

⁷³ HUXLEY, ALDOUS (trad. HERNÁNDEZ, RAMÓN), *Un mundo feliz*, 22ª ed., Buenos Aires, Debolsillo, 2015, p. 188.

⁷⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, “Racionalidad, política, economía, derecho,” *LL*, 2006-A, 1277; incluido en su *Tratado...*, t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013, Sección II, Cap. VII, pp. 87-88.

⁷⁵ “*Todos los meses de enero los paso en gran parte mirando el verde del campo, escuchando el silencio mezclado con el rumor de las hojas y las fuentes, el repiquetear de la lluvia en los techos de chapa, el cantar de los pájaros, el ocasional súbito ladrido de los perros sin motivo humanamente perceptible*” (GORDILLO, A., *Tratado...*, t. 10, *op. cit.*, Cap. XVI-5.).

⁷⁶ Cf. DARWIN, CHARLES (trad. DE ZULUETA, ANTONIO), *El origen de las especies*, t. I, Madrid, Calpe, 1921, p. 5.

LA POLIZIA AMMINISTRATIVA¹

FABRIZIO FRACCHIA* e PASQUALE PANTALONE**

SOMMARIO. 1. Le origini del concetto. – 2. L'evoluzione storica della nozione di polizia. Le tesi di Orlando, Ranelletti, Romano e Zanobini. – 3. Lo scetticismo della dottrina in ordine all'utilità della nozione di polizia – 4. I criteri per determinare la nozione di polizia dopo la Costituzione repubblicana. – 5. Le tipologie di polizia. In particolare, la polizia dell'ordine e della sicurezza pubblica. La competenza in materia di polizia – 6. I mezzi dell'attività di polizia. Limiti. – 7. Una proposta teorica che riconosce l'utilità della nozione di polizia, come disciplina a tutela del "proprietario" pubblico. La prospettiva ordinamentale. Che cosa resta oggi della polizia amministrativa.

1. *Le origini del concetto*

Posto che le esigenze di garantire la sopravvivenza di un ordinamento sono comuni a tutte le istituzioni, la polizia amministrativa è invero un ottimo punto di osservazione per la comparazione.

È sufficiente richiamare non soltanto la (copiosa e più nota in Italia) dottrina francese², ma anche il meno conosciuto dibattito (assai vivace) sorto in Sudafrica, talora con accenti molto critici. È il caso delle riflessioni svolte da A. Gordillo, secondo il quale la nozione di potere di polizia è non necessaria e darebbe luogo a difficoltà applicative in ragione della sua ambiguità e carattere indefinito. L'Autore, che nega la sussistenza di un regime peculiare, usa l'espressione di "*institución evanescente*" e ne propone l'eliminazione a favore di un regime caratterizzato dalla valorizzazione dei diritti³.

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università Bocconi.

** Professore Associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano.

¹ Il contributo, che riprende anche analisi già effettuate in F. Fracchia, *La polizia amministrativa*, in *Enc. dir. - I Tematici*, III, Milano, 2022, è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i parr. 1-3, 7 sono stati curati da Fabrizio Fracchia, mentre i restanti parr. da Pasquale Pantalone.

² *Ex multis*, v. E. PICARD, *La notion de police administrative*, Parigi, LGDJ, 1984.

³ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, III ed., 2000, FDA, cap. V, *El "poder" de policía*, 220 e 225: "*Si la noción no tiene un fundamento jurídico positivo; si se presenta desprovista de caracteres jurídicos, desprovista de régimen jurídico específico, e innecesaria para explicar problema o cuestión alguna de derecho constitucional o derecho administrativo; si además carece de valor político propio y es todavía políticamente repudiable, ¿para qué mantenerla o reestructurarla? En lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal ("policía," "poder de policía") al*

In questo scritto si proverà a sostenere una tesi differente.

A fini puramente descrittivi e in via di primissima approssimazione, trattando di polizia amministrativa intendiamo riferirci all'orizzonte problematico che ha a che fare con quella porzione di attività amministrativa autoritativa volta a contenere e a limitare, in negativo e in via preventiva, l'esercizio di diritti e delle libertà dei privati per presidiare taluni beni protetti dall'ordinamento, scongiurando possibili turbative.

La dottrina, nel passato, ha a lungo indugiato sulle radici storiche della polizia amministrativa, la cui evoluzione può essere colta utilizzando il motivo della "riduzione" progressiva del suo campo semantico e del suo spessore giuridico.

Il concetto, che deriva da *politeia*⁴, all'origine indicava addirittura l'organizzazione complessiva dell'assetto costituzionale della società. Essa incarnava (*politeia*) la società governata e ordinata e, al contempo, il modo di essere (necessario per assicurare quella finalità) di quell'organizzazione (e, cioè, della *polis*)⁵, passando poi a denotare anche la struttura deputata a svolgere la relativa attività⁶.

In questa prospettiva, assai generica e non ancorata a dati specifici di diritto positivo, il sostantivo polizia, ancora non aggettivato, tendenzialmente coincideva con tutto lo spettro dell'azione pubblica che avesse l'obiettivo di garantire l'adeguato assetto istituzionale della collettività (in particolare presidiando or-

que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, en los sistemas constitucionales democráticos que estructuran positivamente a su Estado como "Estado de Derecho" y que se encuentran sometidos a un régimen supranacional e internacional de derechos humanos, sentar la premisa opuesta. Es así como corresponde afirmar que el principio general establecido son los derechos individuales, a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal. En conclusión, la "noción" de policía es ambigua, confusa y además peligrosa por el uso que se ha hecho de ella. Si algún argumento hubiera en derecho para sostenerla podría correrse el riesgo. Sin embargo, no lo hay y sólo por algún extraño fenómeno de resistencia al cambio, temor a lo nuevo, comodidad, apego a lo antiguo, empatía con el poder o la razón que fuere, se mantenga en vigor lo que ya ha sido y puede volver a ser, sepultura de la libertad". V. altresì B. FIORINI, *Poder de Policía*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1957; in Brasile, quanto ai limiti del potere di polizia, v. O. MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, Belo Horizonte, Fórum, 2018, 339.

⁴ Si v. RANELLETTI, *Il concetto della polizia di sicurezza*, I, 432, secondo cui ancora nei secoli XVI e XVII le parole *politeia* e *republica* erano usate come equipollenti. In seguito (pag. 433) si operò il collegamento con la parola *police*, onde denotare l'ordine che deve essere curato dall'autorità (v. subito *infra*, nel testo).

⁵ *Ex multis*, v. I. S. SPOTO, *Polizia*, in *D.I.*, XVIII, Torino, Utet, 1924, 973 ss.; A. CHIAPPETTI, *Polizia (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 121 e G. TUFARELLI, *Polizia amministrativa*, in *N. D. I.*, XIII, Torino, Utet, 1966, 185.

⁶ V. G. SABATINI, *Polizia*, in *N.D.I.*, XVII, Torino, Utet, 1939, 1183.

dine e sicurezza e, cioè, le condizioni essenziali per la sopravvivenza dell'istituzione⁷). La polizia, in ogni caso, esibiva un'originaria e intima correlazione con il processo di formazione dello Stato o, comunque, della *polis* istituzionalmente organizzata.

Essa era, al contempo, *ratio*, finalità, limite e strumento di razionalizzazione e di costruzione dello Stato, che (ma lo stesso discorso potrebbe essere esteso a tutte le organizzazioni, anche quelle private), appena costituito, non poteva non preoccuparsi della propria sopravvivenza⁸.

Ai nostri fini rileva ribadire la tendenziale originaria coincidenza della nozione di polizia con quella di attività giuridica autoritativa dello Stato essenziale per la sopravvivenza dello stesso⁹. Sovrapponendo la polizia allo spettro dell'attività amministrativa o a una sua branca molto estesa, risulta difficile definirne un pregnante e attuale statuto specifico e tipizzato. Quello statuto, infatti, impone allo studioso moderno di compiere uno sforzo ulteriore onde collocarlo nel quadro di coordinate costituzionali e normative assai più pregnanti.

2. *L'evoluzione storica della nozione di polizia. Le tesi di Orlando, Ranelletti, Romano e Zanobini.*

Prima di esaminare alcune fondamentali posizioni nella dottrina, non si può non riflettere sul ruolo centrale rivestito dalla nozione di polizia nelle analisi dei Maestri che "crearono" il diritto amministrativo¹⁰.

Occorre anzitutto ricordare la posizione di V. E. Orlando. Il Maestro palermitano individuava tre manifestazioni dell'attività amministrativa: "quella diretta al mantenimento del diritto e alla conservazione della pace e del buon ordine della comunità e la chiamammo attività giuridica; quella diretta alla pura gestione del proprio patrimonio e la chiamammo attività patrimoniale; quella diretta a promuovere le civiltà del popolo nelle sue varie manifestazioni di be-

⁷ La confusione tra le due aree era ancora più marcata seguendo la tesi secondo cui la polizia mira non soltanto a preservare la società dai danni, ma anche a perseguire il bene comune: v. SABATINI, *op. cit.*, 1184.

⁸ V., in particolare, A. NOVA *Polizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, Utet, 1996, 314 ss.; A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, 122 ss.

⁹ V. la ricostruzione e i richiami operati da RANELLETTI, *Il concetto della polizia di sicurezza*, cit., I, 438 ss.

¹⁰ Doveroso è il riferimento all'ampia riflessione di O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, IV, parte I, Milano, Società editrice libraria, 1904, 207 ss. e ID., *Il concetto della polizia di sicurezza*, in *Arch. Giur.*, LXI, 1898, I, 432 ss. V., comunque, anche *infra*, par. 3.

nessere fisico, economico ed intellettuale e la chiamammo attività sociale”¹¹. L’area della polizia, assai ampia, coinciderebbe con l’intero spettro dell’attività “giuridica” che, una volta sottratta la materia giurisdizionale, tende a “prevenire il danno sociale e ad assicurare la pace e l’ordine pubblico, ed esercita un’influenza sui diritti individuali limitandone la sfera d’azione”¹².

Vanno altresì rammentate le riflessioni di Oreste Ranalletti¹³, che effettuò anche un’accurata ricostruzione storica relativa al significato del termine “polizia” e alla sua evoluzione.

Intanto, egli elaborò la nozione di polizia amministrativa tramite un processo di astrazione dei dati che venivano dalle diverse leggi speciali dell’epoca, le quali prevedevano poteri di polizia sanitaria, di polizia stradale, di polizia delle acque, e così via, e che l’A. si preoccupò di analizzare minuziosamente¹⁴.

Ranalletti, sempre sulla base di dati di diritto positivo, introdusse la distinzione (non solo tra polizia amministrativa e polizia giudiziaria¹⁵, ma anche) tra polizia di sicurezza e polizia amministrativa¹⁶.

La prima venne definita come l’attività intesa a evitare, da parte dell’attività delle persone, le violazioni dirette e immediate del tutto sociale e delle sue singole partizioni¹⁷ (essa, dunque, mira a scongiurare attacchi diretti a diritti dell’individuo e della società¹⁸); la polizia amministrativa, invece, fu qualificata come l’attività intesa a tutelare i vari interessi “del tutto sociale e delle sue singole parti” solo mediatamente, “attraverso la protezione della esistenza, della conservazione e funzione di una data cosa (strada, fiume, porto, abitazione, alimenti ecc.)”¹⁹, precisando altresì che per “cosa” (che può appartenere all’ente o a un privato), si intende sia un oggetto materiale, sia un’attività, che viene appunto protetta dall’“azione lesiva dei singoli”.

La definizione di sintesi era dunque la seguente: “quella maniera di polizia, che ha per scopo la difesa dell’esistenza, integrità e funzione delle cose, come

¹¹ V. O. ORLANDO, *Introduzione*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, s.d., ma 1904, 78.

¹² Si v. ORLANDO, *op. cit.*, 71-72. V., sul punto, anche per una comparazione con Romano, le riflessioni di F. G. SCOCA, *Santi Romano: la produzione giovanile e i Principii di diritto amministrativo*, in *Dir. ammin.*, 2018, 249 ss.

¹³ RANELLETTI, *Il concetto della polizia di sicurezza*, cit., I, 432 ss. V. altresì pag. 454.

¹⁴ RANELLETTI, *op. cit.*, I, 443 ss.

¹⁵ RANELLETTI, *op. cit.*, I, 457.

¹⁶ RANELLETTI, *op. cit.*, II, 13 ss.

¹⁷ RANELLETTI, *op. cit.*, II, 19-22.

¹⁸ RANELLETTI, *op. cit.*, II, 26.

¹⁹ RANELLETTI, *op. cit.*, II, 20-21.

tali, contro attacchi illeciti dei singoli, al solo fine che queste cose, malamente esistendo o funzionando, non danneggino l'ordine giuridico esistente"²⁰.

Ranelletti negava infine il carattere accessorio (rispetto alle funzioni dell'amministrazione nei vari rami di attività) della polizia amministrativa²¹, assegnandole la dignità di funzione essenziale dello Stato.

Una successiva elaborazione che merita di essere ricordata è quella di Santi Romano.

Egli, collocando l'istituto nel perimetro concettuale della "teoria delle limitazioni amministrative all'attività private" (e, dunque, escludendo la coincidenza con l'intera attività amministrativa), nell'edizione del 1912 dei «Principi di diritto amministrativo» definiva la polizia come "l'attività amministrativa che, per mezzo di limitazioni eventualmente coattive all'attività privata è diretta a prevenire i danni sociali che dall'attività privata possono derivare"²².

Insomma, la polizia si confermava essere un sotto-insieme dell'insieme attività amministrativa; come vedremo, secondo l'allievo di Orlando, la polizia contiene a sua volta due ulteriori insiemi, uno dei quali articolato in una serie di partizioni più specifiche.

Prima di descrivere maggiormente nel dettaglio questo complesso quadro, precisiamo ancora che, in quanto fondata su poteri di supremazia generale, secondo l'A. la polizia si differenzia dai poteri disciplinari, mentre, in ragione della finalità di prevenzione che la caratterizza, deve essere tenuta distinta dalla polizia giudiziaria, che mira non già a prevenire, bensì a reprimere comportamenti illeciti.

Ciò chiarito, Romano individuava le due componenti della polizia amministrativa in senso lato: polizia di sicurezza (che ha per oggetto la tutela dell'ordine pubblico, poi meglio declinato ricorrendo alla tradizionale triade "pace, tranquillità e incolumità pubblica"²³, escludendo che l'oggetto di protezione sia l'ordine giuridico) e polizia amministrativa in senso stretto (che si propone di "garantire altri interessi, quali la sanità, l'industria, il buon costume e così via"²⁴, articolandosi così in polizia sanitaria, industriale, commerciale o annonaria

²⁰ RANELLETTI, *op. cit.*, II, 24-25.

²¹ RANELLETTI, *op. cit.*, II, 18.

²² Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, 244 ss. O. RANELLETTI, *Recensione a Santi Romano, Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1901, in *Riv. it. sc. Giur.*, XXXIV, 1902, 108, si mostrò critico rispetto all'accostamento ("guardando solo al lato del limite"), sotto la rubrica "limitazioni amministrative all'attività privata", di polizia e monopoli, sottolineando come la polizia fosse un'attività amministrativa con un fine proprio, laddove il monopolio non sarebbe un'attività amministrativa.

²³ Santi ROMANO, *op. cit.*, 248.

²⁴ Santi ROMANO, *op. cit.*, 245.

ecc.). Invero, l'A. osservava che la distinzione è “più convenzionale e di opportunità che sostanziale”²⁵.

Romano passava poi a trattare le limitazioni all'attività privata espressioni del potere di polizia, che possono derivare così da una norma (si pensi al divieto di portare un'arma), come da un comando dell'amministrazione, a sua volta fondato su di una norma o sulla necessità, nonché dei mezzi con cui viene assicurato il rispetto delle limitazioni (sanzioni penali o mezzi amministrativi, quali l'esecuzione d'ufficio o la coercizione).

Si coglieva, dunque, l'impossibilità di ridurre il potere di polizia a un solo atto (in particolare: all'ordinanza) e si sottolineava invece la necessità di individuare una pluralità di misure a esso ascrivibili, anche se una sorta di apertura all'atipicità delle stesse rimaneva fondato sul richiamo alla necessità.

In forza della riconduzione della polizia alla teoria delle limitazioni amministrative all'attività privata, poi, essa (pur definita come attività amministrativa) pareva esibire un carattere eccedente rispetto alla semplice sommatoria dei singoli atti amministrativi, nel senso che anche le norme che impongono limitazioni generali – si pensi a tutta la serie di divieti in materie di armi – parrebbero essere espressione di polizia amministrativa.

Veniamo ora a Zanobini, il quale, dopo avere ricordato che la conservazione dell'ordine pubblico prende il nome di polizia in senso lato²⁶, formulava, rispetto alle tesi più tradizionali, una specifica definizione: è polizia amministrativa l'“attività della pubblica amministrazione, che è diretta ad attuare, in via amministrativa e indipendentemente dalla sanzione penale, le limitazioni che dalla legge sono imposte alla libertà dei singoli nell'interesse superiore della conservazione dell'ordine, della sicurezza generale, della pace sociale e di qualunque altro bene tutelato con disposizioni penali”²⁷.

Cinque corollari della sua tesi meritano di essere segnalati, unitamente alla già rilevata contrapposizione tra polizia amministrativa e polizia giudiziaria (che ha lo scopo di “scoprire i reati, ricercarne gli autori e assicurarli alla giustizia”²⁸).

In primo luogo, la precisazione secondo cui la limitazione delle libertà spetta solo alla legge e non già all'atto amministrativo, espungendo dunque sostanzialmente dalla polizia amministrativa (attuata mediante atti) le regole espresse dal legislatore.

In secondo luogo, valorizzando il fatto che la funzione della polizia è quella

²⁵ Santi ROMANO, *op. cit.*, 248.

²⁶ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 69 ss.

²⁷ ZANOBINI, *op. cit.*, 73-74.

²⁸ ZANOBINI, *op. cit.*, 74

di prevenire danni che possono provenire dall'attività umana, l'A. escludeva che la categoria potesse ricomprendere le attività di prevenzione dirette a impedire i danni che possono scaturire da pubbliche calamità²⁹.

In terzo luogo, assai originale era il tentativo di ancorare la nozione di polizia (nonché la ripartizione interna a essa) a un dato di diritto positivo, costituito dalla presenza di sanzioni penali relative a violazioni della legge amministrativa.

In quarto luogo, alla nozione di polizia in senso ampio egli contrapponeva quella di polizia in senso stretto, comprendente l'attività di prevenzione che si riferisce non alle leggi penali in genere, ma (appunto) "alle leggi amministrative sanzionate penalmente: leggi di pubblica sicurezza, leggi sanitarie, leggi sulla stampa, sulla circolazione dei veicoli"³⁰. Rifaceva capolino l'articolazione della polizia amministrativa in vari rami (tanti quanti sono, appunto, le leggi amministrative sanzionate penalmente), il più importante dei quali è la polizia di sicurezza, che tutela l'ordine pubblico, la sicurezza generale, la moralità pubblica, la pace e la tranquillità sociale. L'A. menzionava anche la polizia sanitaria (che mira a evitare fatti contrari all'igiene e alla sanità pubblica), quella industriale (che mira a prevenire ad esempio gli infortuni professionali) e quella commerciale (che previene le frodi nel commercio o gli atti contrari alla fede pubblica)³¹.

L'ultimo motivo che importa sottolineare è il fatto che, nella riflessione di Zanobini, non si era ancora consumata la separazione tra polizia amministrativa e polizia di sicurezza (diretta a proteggere i beni supremi dell'ordine pubblico, della sicurezza generale, della moralità pubblica, della pace e della tranquillità sociale³²): entrambi i rami partecipavano dei medesimi caratteri.

Muovendo da queste basi teoriche, si innestano le vicende che hanno determinato, anche per differenza, una più puntuale definizione della polizia amministrativa e, poi, una sua riduzione concettuale, pur se la nozione, in alcune riflessioni, continuò a esibire anche un contenuto eccedente rispetto alla mera funzione amministrativa.

Quelle vicende sono legate:

- a) al rafforzamento del principio di legalità: progressivamente, la polizia era destinata a perdere le originarie caratteristiche di potere immanente, indefinito, indifferenziato e generalizzato. Il principio di legalità, infatti, frantumando il nucleo originario di polizia (qualunque esso fosse), pretendeva limitazioni all'agire del soggetto pubblico, se non addirittura un fondamento tipizzato dei relativi poteri, sicché, ad esempio, veniva sem-

²⁹ ZANOBINI, *op. cit.*, 73.

³⁰ ZANOBINI, *op. cit.*, 74. V. altresì TUFARELLI, *op. cit.*, 185.

³¹ ZANOBINI, *op. cit.*, 74-75.

³² ZANOBINI, *op. cit.*, 74.

pre più imbrigliandosi la figura dell'ordinanza, tipica espressione del potere sovrano di polizia³³.

- b) all'espandersi delle finalità dello Stato (che interviene non solo in "negativo", ma anche in positivo sulle iniziative dei consociati³⁴): risultava sempre più evidente come lo Stato si occupasse anche di altro rispetto alla conservazione dell'ordine e della sicurezza pubblica. I nuovi fini e i relativi poteri potevano essere ricondotti all'area della polizia soltanto a condizione di dilatarne a dismisura lo spettro definitorio³⁵. Espungendoli da quel contesto, il concetto di polizia risultava condannato a occupare soltanto una parte della complessa attività statale. Alcune attività (si pensi a quelle contrattuali) correlate ai nuovi obiettivi dello Stato potevano ritenersi estranee al perimetro dell'attività autoritativa, onde ne derivava la qualificazione in termini di funzioni non di polizia;
- c) anche sulla scorta dell'imporsi del principio di divisione dei poteri, alla messa a fuoco dei rapporti tra legge e attività amministrativa: accanto a una nozione latissima di polizia (che poteva essere assicurata anche dagli interventi del legislatore e della magistratura), occorreva considerare un nucleo più specifico, estrinsecantesi in atti amministrativi (e non già in norme generali e astratte), facenti capo al Potere esecutivo. Al contempo, guardando al complesso dei poteri autoritativi, cominciava a diventare più difficile cogliere il *proprium* della polizia amministrativa;
- d) alla contrapposizione tra polizia amministrativa e polizia giudiziaria, nonché tra polizia amministrativa e ordine pubblico e sicurezza; per altro verso, in seno al potere esecutivo e in forza soprattutto del principio di legalità, si consumava l'allontanamento tra polizia amministrativa e attività destinata a tutelare specificamente l'ordine (polizia di sicurezza³⁶), ancorché talora si continuasse a parlare di polizia amministrativa

³³ CHIAPPETTI, *op.cit.*, 123.

³⁴ Va notato che lo stesso art. 1, r.d. 18 giugno 1931, 733 (ai sensi del quale "L'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle provincie e dei comuni, nonché delle ordinanze delle Autorità; presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni. Per mezzo dei suoi ufficiali, ed a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composizione dei dissidi privati") non limita la pubblica sicurezza ai soli compiti di stretta "conservazione" dell'ordine pubblico. In generale, su tale disciplina v. G. LANDI, *Polizia di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 943 ss. V. altresì P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, Giuffrè, 1954, 11.

³⁵ V., ad esempio, TUFARELLI, *op. cit.*, 186.

³⁶ Nella legislazione post-unitaria, il termine ordine pubblico compare nel codice civile del 1865 e nella legge si pubblica sicurezza dello stesso anno (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. B): v. G. CORSO, *Ordine pubblico (Diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 1057.

in senso ampio (in grado di abbracciare anche l'ordine e la sicurezza). La prima (polizia amministrativa "in senso stretto"), in particolare, sarebbe diretta a tutelare dagli "attacchi" dei singoli le cose collegate alle funzioni amministrative, mentre la polizia di sicurezza avrebbe il fine di tutelare l'ordine giuridico esistente³⁷;

- e) alla produzione legislativa che, penetrando all'interno dei poteri dell'amministrazione, tipizzava le forme di manifestazione della polizia amministrativa: ciò richiedeva di costruire la categoria giuridica della polizia partendo dai sempre più frequenti dati di diritto positivo. Non è un caso che, spesso, la nozione venisse elaborata con un processo di astrazione che muoveva dalle norme che attribuivano "poteri di polizia" nei settori della salute, dei trasporti, delle acque³⁸, e così via, a tutela, dunque, di specifici "beni"³⁹. Essa, poi, nonostante permanesse sullo sfondo (e a giustificazione) delle partizioni organizzative che si occupavano della cura degli interessi appena menzionati, cominciò a essere considerata come accessoria all'attività amministrativa di diretta cura dell'interesse pubblico⁴⁰;
- f) infine, alla disciplina costituzionale e al suo "silenzio significativo" serbato sul concetto di polizia amministrativa nel suo complesso: la Costituzione del 1948⁴¹ non solo introdusse numerose riserve di legge e di giurisdizione, "stabilendo delle aree indisponibili da parte del pubblico potere"⁴², ma tacque del tutto sulla polizia amministrativa in quanto tale (menzionando invece la polizia locale urbana e rurale).

³⁷ SABATINI, *op. cit.*, 1185.

³⁸ *Ex multis*, si v. U. PERNIGOTTI, *Acque pubbliche: polizia*, in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 436 ss.

³⁹ "La polizia portuale è rivolta alla tutela preventiva della sicurezza dell'ordine della vita del porto. Fa parte della polizia dei traffici per via d'acqua e, come gli altri settori di questa più ampia attività normativa, protegge interessi qualificati dal fatto 'navigazione' e dalle particolarità di ambiente": così, in modo assai significativo, si esprime L. SCOTTI, *Polizia dei porti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 173. Da notare (per riprendere un motivo cui si è fatto cenno nel testo) che, secondo tale A., la polizia si esprimerebbe sia attraverso norme che impongono doveri, sia attraverso l'esercizio di poteri conferiti all'autorità amministrativa.

⁴⁰ *Ex multis*, v. NOVA *op. cit.*, 122, TUFARELLI, *op. cit.* 187 e A. BOZZI, *Polizia amministrativa*, in *N.D.I.*, XVII, Torino, Utet, 1939, 1187 ("questa, adunque, non concorre a determinare, come base imprescindibile, l'esistenza della funzione amministrativa né si confonde con essa, ma ne agevola l'esercizio, rendendo possibile il conseguimento di risultati che non potrebbero ottenersi mediante la sola attività positiva"). L'autore da ultimo citato parlava di "aderenza" della polizia amministrativa ai singoli rami dell'attività amministrativa positiva.

⁴¹ CHIAPPETTI, *op. cit.*, 129.

⁴² M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1988, 1139.

3. *Lo scetticismo della dottrina in ordine all'utilità della nozione di polizia*

A partire dall'entrata in vigore della Costituzione, la polizia amministrativa, pur restando – per così dire – sottotraccia nell'elaborazione della dottrina⁴³ e ben presente nella disciplina legislativa di settore, conobbe una profonda crisi. Essa, non a caso, è sostanzialmente scomparsa dai successivi Manuali di diritto amministrativo⁴⁴, non senza eccezioni (ad esempio, A.M. Sandulli, nella sua opera manualistica, trattando dei compiti di conservazione, ancora dedicava ampio spazio alla distinzione tra polizia di sicurezza e polizia amministrativa in senso stretto⁴⁵).

A fronte della tipizzazione di molti poteri autoritativi, risultava ad esempio difficile cogliere la peculiarità della polizia amministrativa, che rischiava di essere assorbita in essi, di apparirne come una mera appendice, oppure ancora di profilarsi come una formula descrittiva ricavata per astrazione e per sintesi, per ciò stesso giuridicamente poco pregnante.

Emblematico quanto affermato autorevolmente da Guido Corso nel 1990: “la polizia amministrativa non ha un autonomo spazio concettuale perché essa si risolve puramente e semplicemente nell'attività amministrativa. Non può essere qualificata, infatti, dal tipo di atti in cui si esprime, dal momento che tali atti sono della specie più varia ... Ma non può essere qualificata neppure dalla funzione svolta (impedire danni o pregiudizi che l'attività considerata dalla legislazione di settore possa recare, in generale, alla collettività ...). Questo criterio non soltanto non consente di distinguere la polizia amministrativa dalla polizia di sicurezza (anch'essa preordinata a impedire danni, sia pure riferita all'ordine pubblico), ma, soprattutto, non consente di distinguere la polizia amministrativa dalla restante attività amministrativa, o perlomeno da quella parte di attività amministrativa (ed è la porzione più rilevante) che interferisce sull'attività e sulla libertà dei privati”⁴⁶.

⁴³ Essa, peraltro, continuava a elevarla a oggetto di importanti studi: basti citare la monografia di VIRGA, *op. cit.*, il quale (pag. 10) definiva la potestà di polizia “quella potestà amministrativa intesa a prevenire i pericoli che minacciano la sicurezza pubblica e ad eliminare le turbative che pregiudicano l'ordine pubblico mediante la limitazione dei diritti dei cittadini e l'imposizione di obblighi”. L'A. tra l'altro, differenziava il potere di polizia da altri poteri punitivi: 27 ss.

⁴⁴ V. sul punto, le osservazioni di G. MANFREDI, *La nozione di polizia amministrativa nel diritto italiano*, in Report annuale 2011-Italia, www.ius-publicum.com, 4.

⁴⁵ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, Jovene, 1984, II, 948 ss.

⁴⁶ G. CORSO, *Fine della polizia amministrativa?*, in *Giur. cost.*, 1990, 1007 - 1008. L'A., come ancora osserveremo oltre, si interrogava tuttavia sul significato da attribuire alla scelta del legislatore (si riferiva all'art. 9, d.p.r., 24 luglio 1977, n. 616) di prevedere una funzione di polizia amministrativa assegnata alla competenza regionale.

Si tratta di posizione certo non isolata; si è infatti analogamente osservato che “a questo punto può concludersi che la polizia amministrativa come categoria a sé stante non ha più alcuna ragione d’essere. Non si distingue più dalle funzioni di amministrazione attiva e la sua esatta definizione non è neppure utile per ripartire in concreto le funzioni di polizia tra Stato e Regione”⁴⁷; e ancora: “La polizia amministrativa oggi non è altro che una “non materia”, una “non funzione” o, meglio, un modo particolare di svolgere una qualsiasi funzione amministrativa”⁴⁸.

La polizia non poteva comunque più sovrapporsi all’intera attività dello Stato, le cui funzioni si estendevano ben al di là del nucleo minimo riferentesi agli interventi volti a prevenire turbative da parte dell’esercizio di libertà o diritti dei privati.

Su questo panorama (che restituiva una sorta di crisi di identità della polizia amministrativa) doveva innestarsi l’ultima “vicenda” e, cioè, il trasferimento di molte funzioni e poteri (con il corredo di misure preventive e repressive) dallo Stato centrale, tradizionale detentore dei poteri di polizia, ad altri livelli istituzionali.

Prima di indugiare su questa vicenda, giova ricordare che, nel 1948, la Costituzione italiana (che non poteva ignorare la gloriosa storia dell’istituto e l’importanza del relativo dibattito) non menzionava la polizia amministrativa nel suo complesso.

Questo silenzio pareva particolarmente significativo, anche ponendo mente al diverso trattamento riservato ad altri istituti.

Da un lato, la Costituzione richiamava, dunque sancendo la definitiva separazione dei due ambiti, la polizia giudiziaria (art. 109). D’altro lato, non accennando all’ordine pubblico⁴⁹, la Carta costituzionale si preoccupava bensì di scolpire i limiti all’esercizio di talune libertà, ma lo faceva con interventi “chirurgici”; soltanto in poche ipotesi, in particolare, nella trama costituzionale opera la clausola della sicurezza pubblica (v., ad esempio, gli artt. 17 e 16, che trattano di libertà che concernono la convivenza; v. poi, per ulteriori limiti, artt. 14, 19 e 21), sicché, nei restanti casi, non possono attivarsi limitazioni alle libertà finalizzate alla tutela dell’ordine pubblico (*sub specie* di pubblica sicurezza). Quest’ul-

⁴⁷ NOVA, *op. cit.*

⁴⁸ P. BONETTI, *L’allocazione delle funzioni amministrative e le forme di coordinamento per le materie dell’ordine pubblico, della sicurezza e dell’immigrazione nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in *Le regioni*, 2002, 1121 ss.; v. poi ID., *Funzioni e corpi di polizia: problemi giuridici e prospettive per un riordino costituzionalmente orientato*, in www.astrid.eu, 17.

⁴⁹ G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 447 ss.

timo concetto, poi, andava inteso come ordine pubblico materiale (condizione pacifica di convivenza immune da violenza) e non già come clausola generale in grado di imporre il rispetto di principi morali, politici e giuridici⁵⁰.

Ancora: la Costituzione prendeva specificamente in considerazione alcuni dei beni – si pensi alla sanità – correlati alle varie partizioni della polizia amministrativa (esterna all'area dell'ordine e sicurezza), senza sentire il bisogno di fare cenno alla stessa.

Infine, in chiave apparentemente minimalista, all'art. 117, Cost., si menzionava unicamente la (categoria assai più angusta della) “polizia locale urbana e rurale” e solo per qualificarla come materia di competenza legislativa regionale⁵¹.

Si profilava, in tal modo, un “uso” diverso della categoria concettuale e giuridica della polizia, in chiave, cioè, di ripartizione di funzioni tra Stato e Regioni e, più nel dettaglio, di dosaggio delle prerogative (quanto meno) “regolatorie” (ma, come vedremo, con riflessi anche sull'intestazione delle funzioni amministrative) dei vari livelli istituzionali.

Prende così avvio, pur se a prezzo di un inevitabile e aggiuntivo frazionamento del nucleo originario del concetto (quanto meno in termini di imputazione delle funzioni a un unico centro di competenza statale), un ulteriore percorso lungo il quale si può seguire la sorte della polizia amministrativa, soprattutto in occasione della c.d. regionalizzazione che ebbe luogo a partire dagli anni Settanta.

Più nel dettaglio, alla già consumata separazione rispetto alla polizia di sicurezza verso l'alto e all'intensa opera legislativa di cesello e di tipizzazione, secondo un ordine verticale, delle “singole polizie” (demaniale, delle acque, sanitaria, del commercio e così via), si aggiungeva ora una coordinata (ortogonale rispetto alle altre suddivisioni e, per di più, di dignità costituzionale) riferita alla dimensione locale o regionale della materia, espressamente qualificata come “polizia”.

4. *I criteri per determinare la nozione di polizia dopo la Costituzione repubblicana*

⁵⁰ Sul punto, v. ancora CORSO, *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, cit., 1058 ss. V. altresì ID., *L'ordine pubblico*, Milano, Giuffré, 1979; A. CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Milano, Giuffré, 1985, 120 ss. e G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà: premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, ESI, Napoli, 2010, 13 ss.

⁵¹ Osserva CHIAPPETTI, *op. cit.*, 131, che la Costituzione ha volutamente evitato di affrontare direttamente la sistemazione dei principi organizzatori dell'attività di polizia.

Si è detto che la Costituzione del 1948 menzionava soltanto l'ambito della "polizia locale urbana e rurale".

In attuazione del disegno costituzionale, il processo di regionalizzazione, iniziato nel 1972, conobbe una svolta decisiva soprattutto nel 1977.

Va al riguardo ricordato che l'art. 4, d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, conservava intanto allo Stato le funzioni attinenti alla pubblica sicurezza⁵².

L'art. 9, poi, intitolato "Polizia amministrativa" (senza altre specificazioni), così statuiva: "i Comuni, le Province, le Comunità montane e le Regioni sono titolari delle funzioni di polizia amministrativa nelle materie ad essi rispettivamente attribuite o trasferite".

Senza preoccuparsi di delimitare i confini della nozione (che dava per scontata), dunque, il legislatore assegnava ai vari livelli politico territoriali il fascio di funzioni di polizia basandosi sul criterio della ascrivibilità della polizia amministrativa alla materia ("attribuita o trasferita") di competenza dell'ente. La polizia, dunque, parrebbe configurarsi come un "corollario" di altre materie.

Questo tessuto normativo, se definiva il confine tra polizia di sicurezza (di competenza statale) e polizia amministrativa, non risolveva i rapporti tra quest'ultima e "polizia locale urbana e rurale" o, quanto meno, non ne chiariva i margini di sovrapposibilità.

La polizia amministrativa era definita in ragione del criterio delle materie, la polizia locale urbana e rurale sulla base della dimensione territoriale dell'interesse.

La disciplina è stata sottoposta allo scrutinio della Corte costituzionale, che ha offerto un contributo molto importante per il chiarimento del significato di polizia amministrativa.

La sent. 24 marzo 1987, n. 77, ha in particolare precisato che la nozione di polizia amministrativa, adoperata nel d.p.r. n. 616/1977, "è dunque diversa da quella che l'articolo 117 Cost. elenca fra le materie di competenza regionale come polizia locale urbana e rurale, perché appare chiaramente formulata per raggruppare una categoria di ulteriori funzioni da attribuire alle regioni, alle province ed ai comuni".

In ogni caso, mentre la polizia locale urbana e rurale include più specificamente le funzioni assegnate ai Comuni dalla legislazione di inizio Novecento⁵³,

⁵² V. in generale, G. FARES, *Ordine pubblico, sicurezza e incolumità pubblica, polizia locale*, in G. CORSO e V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. spec., II, 614 ss.

⁵³ "L'indicata materia della polizia locale urbana e rurale, già tradizionalmente appartenente ai comuni, deve intendersi perciò secondo il significato tralattico dalla legislazione precedente (il che è suffragato anche dalla mancanza nei lavori preparatori della Costituzione di una diversa

la polizia amministrativa (al cui interno rientra quella locale urbana e locale⁵⁴) concerne più in generale un fascio di funzioni accessorie rispetto alle materie attribuite.

5. *Le tipologie di polizia. In particolare, la polizia dell'ordine e della sicurezza pubblica. La competenza in materia di polizia*

Con la sentenza 25 febbraio 1988, n. 218, la Consulta aveva chiarito che, mentre l'attività di pubblica sicurezza concerne "le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico e, pertanto, (*che*) si riferiscono alle attività tradizionalmente ricomprese nei concetti di polizia giudiziaria e di quella di pubblica sicurezza (in senso stretto)", la polizia amministrativa abbraccia le "attività di prevenzione o di repressione dirette a evitare danni o pregiudizi che possono essere arrecati alle persone o alle cose nello svolgimento di attività ricomprese nelle materie sulle quali si esercitano le competenze regionali (sanità, turismo, cave e torbiere, etc.), senza che ne risultino lesi o messi in pericolo i beni o gli interessi tutelati in nome dell'ordine pubblico".

La Corte, con la sentenza testé citata, aveva così individuato un doppio criterio al fine di decidere se un determinato potere rientrasse nelle competenze di polizia amministrativa: "a) verificare se le funzioni di polizia in contestazione accedano ad una delle materie trasferite o delegate alle regioni; b) accertare che gli interessi o i beni che si intende tutelare con le funzioni di cui si tratta non rientrino in quelli compresi nel concetto di ordine pubblico".

Ecco, dunque, che la polizia amministrativa rimaneva incapsulata in un duplice ordine di limiti, uno positivo (afferenza alle materie in cui si esercitano le competenze regionali) e l'altro negativo (non attinenza all'ordine pubblico).

La legislazione immediatamente successiva cristallizzò e recepì alcune delle essenziali indicazioni offerte dalla Corte costituzionale, attinenti sia ai contenuti, sia ai "confini esterni" della categoria.

Giungiamo appunto alla c.d. terza regionalizzazione, che prende avvio con la l. 15 marzo 1997, n. 59 e che completa il trasferimento di funzioni e compiti dallo Stato a Regioni ed enti locali. In sostanza, la titolarità delle funzioni ammi-

precisazione interpretativa) e cioè quello risultante dall'art. 91, lett. c) n. 1 del T.U. 3 marzo 1934 n. 383 e dagli artt. 109 e 110 del regolamento di esecuzione 18 febbraio 1911 n. 297, essendo detta legislazione l'unico riferimento normativo per identificare la materia": S. MANGIAMELI, *op.cit.*, 466 ss.

⁵⁴ V. Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4321 e n. 4233, che si segnalano pure per l'ampia ricostruzione sistematica dell'istituto alla luce dell'evoluzione normativa, anche relativa alla Provincia di Bolzano.

nistrative in una data materia comporta per “trascinamento” la titolarità anche delle relative funzioni di polizia.

Su questo impianto normativo si è infine innestata la riforma del Titolo V, Parte II, Cost., posta in essere dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3. Essa si caratterizza non solo per un riferimento espresso all’ordine pubblico e sicurezza (l’art. 117, comma 2, lett. h, Cost. riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia dell’ordine pubblico e della sicurezza⁵⁵), recuperandone una dimensione unitaria⁵⁶, ma anche – aspetto di maggiore interesse ai nostri fini – per l’esclusione dal perimetro della potestà legislativa esclusiva statale della materia della “polizia amministrativa locale”, che finisce con ricadere nella potestà legislativa residuale delle Regioni⁵⁷.

Si conferma l’idea della polizia amministrativa quale “barriera di contenimento per letture estensive della nozione di sicurezza pubblica”⁵⁸, posto che emerge immediatamente come la legge statale non possa spingersi sul piano della polizia amministrativa locale.

Rimane confermata l’impressione che, pur assorbita nelle – o, meglio, correlata alle – varie funzioni, dispersa nei vari settori corrispondenti alle funzioni amministrative, forse celata (e residuale rispetto alla polizia di sicurezza) e certo non intensamente studiata dalla dottrina (che, anzi, in modo maggioritario ne nega l’autonomia⁵⁹), la polizia amministrativa, sul piano fenomenologico, continuasse (e ancora continui) a persistere nel nostro ordinamento, interrogando lo studioso circa la possibilità di coglierne, per così dire, le caratteristiche ontologiche⁶⁰: servizi di polizia locale sono ad esempio espletati nei settori della polizia commerciale, della polizia edilizia, della polizia urbana, della polizia veterina-

⁵⁵ V., sul punto, FARES, *Ordine pubblico, sicurezza e incolumità pubblica, polizia locale*, cit., 587 ss.; G. CAIA, *L’ordine e la sicurezza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2003, I, 281 ss.; S. FOÀ, *Sicurezza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, Utet, 1999, 127 ss.; TROPEA, *op. cit.*, 82 e ss.; 96 e ss.

⁵⁶ CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, cit., 439.

⁵⁷ V. Corte cost., 9 febbraio 2017, n. 32. L’art. 118, comma 3, Cost., peraltro, come ancora si dirà, prevede forme di coordinamento, disciplinate con legge statale, fra lo Stato e le Regioni anche nella materia di cui all’art. 117, comma 2, lett. h), Cost.

⁵⁸ MANFREDI, *op. cit.*, 9.

⁵⁹ Oltre a CORSO, *Fine della polizia amministrativa?*, cit., 1008, si v. FARES, *Ordine pubblico, sicurezza e incolumità pubblica, polizia locale*, cit., 618, CAIA, *L’ordine e la sicurezza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, cit., 281 ss. e P. BONETTI, *L’allocazione delle funzioni amministrative e le forme di coordinamento per le materie dell’ordine pubblico, della sicurezza e dell’immigrazione nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in *Le regioni*, 2002, 514. V., tuttavia, M. PIANTEDOSI, *La polizia amministrativa come materia?*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 849 ss.

⁶⁰ Viene qui utilizzato l’approccio usato da PICARD, *La notion de police administrative*, cit.

ria, della polizia mortuaria, della polizia rurale; il codice della strada (d.lgs 30 aprile 1992, n. 285) dispone all'art. 11 che l'espletamento del servizio di polizia stradale spetta ai corpi ed ai servizi di polizia municipale, nell'ambito dei centri abitati; pure l'art. 1174, cod. nav., sotto il profilo sanzionatorio, dà per scontato la sussistenza della categoria.

Indiscutibile è infine il fatto che, a livello organizzativo, esistano i corpi di polizia locale (in particolare: municipali, ma si pensi altresì alla vigilanza veterinaria e cimiteriale), i quali sono il riflesso e la conferma strutturale dell'autonomia della materia.

6. I mezzi dell'attività di polizia. Limiti

Il tentativo di delineare una convincente proposta sistematica e definitoria in materia di polizia amministrativa può prendere le mosse dal tema della qualificabilità della polizia amministrativa come "materia".

Per quanto attiene a quella locale, la risposta positiva non pare possa essere posta in dubbio, ai sensi dell'art. 117 Cost., che si riferisce alla materia e, alla luce dell'evoluzione precedente, non può che farlo in modo consapevole.

Vero è che la Costituzione (ma non è un caso isolato: si pensi proprio all'ordine pubblico⁶¹) non fornisce specifiche indicazioni contenutistiche⁶²; ciò non significa, tuttavia, che sia impossibile ricavarle in via sistematica⁶³.

Onde identificare i contenuti della materia, pare possibile impiegare il criterio (esplicitato da tempo in giurisprudenza: v. Corte cost., 22 dicembre 1961, n. 66) secondo cui le formule si debbono "interpretare secondo il significato che hanno nel comune linguaggio legislativo e nel vigente ordinamento giuridico". Utili indicazioni sono in particolare ricavabili dal d.lgs. 112/1998, anche perché tale fonte, come visto a suo tempo, ha recepito la precedente elaborazione giurisprudenziale costituzionale.

L'art. 159 chiarisce che "le funzioni ed i compiti amministrativi relativi alla polizia amministrativa regionale e locale concernono le misure dirette ad evitare danni o pregiudizi che possono essere arrecati ai soggetti giuridici ed alle cose nello svolgimento di attività relative alle materie nelle quali vengono esercitate le competenze, anche delegate, delle regioni e degli enti locali, senza che ne risultino lesi o messi in pericolo i beni e gli interessi tutelati in funzione dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica".

⁶¹ V. FARES, *op. cit.*, 599.

⁶² V., *ex multis*, CHIAPPETTI, *op. cit.*, 131.

⁶³ Sulla questione, v. anche MANGIAMELI, *op. cit.*, 473.

Tre, dunque, sono i parametri da utilizzare per delimitare la materia della polizia amministrativa locale:

- l'attinenza alle materie non statali (in questo senso si può parlare di accessorietà, senza sacrificare però il concetto di materia);
- la non attinenza all'ordine pubblico (i due criteri ora menzionati sono già direttamente ricavabili dall'art. 117, Cost.);
- il contenuto delle misure, che deve essere coerente con la finalità di prevenzione rispetto a danni o pregiudizi.

Per individuare la polizia amministrativa locale (da intendersi come polizia comunale, provinciale e regionale), conseguentemente, non basta valorizzare la dimensione territoriale, posto che potrebbe farsi questione di ordine pubblico anche a livello regionale o locale; né è sufficiente l'interdipendenza rispetto agli interessi di competenza regionale (perché potrebbe difettare il profilo contenutistico).

La Costituzione esclude che la disciplina sulla polizia amministrativa locale possa sporgere sul terreno della sicurezza e dell'ordine pubblico e viceversa.

7. *Una proposta teorica che riconosce l'utilità della nozione di polizia, come disciplina a tutela del "proprietario" pubblico. La prospettiva ordinamentale. Che cosa resta oggi della polizia amministrativa*

La polizia amministrativa mira a contrastare le manifestazioni esteriori che generano minacce a interessi e beni giuridici pubblici – diversi da quelli, supremi, tutelati in funzione dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Con norme astratte e con provvedimenti concreti (e, cioè, con un complesso di "misure" che limitano l'esercizio dei diritti dei consociati e/o loro impongono obblighi o oneri), si mira a scongiurare, in funzione preventiva (e non solo repressiva, secondo l'ottica del diritto penale) l'insieme di "turbative" cagionate da chi entri in contatto con quegli interessi e quei beni.

Premesso che il diritto pubblico moderno osta alla sopravvivenza di misure atipiche (anche se residua la figura dell'ordinanza, ad esempio nella disciplina dei porti⁶⁴) e alla fuga dal principio di legalità (in sostanza: vengono tipizzati poteri e presupposti della loro esistenza e del loro esercizio), ci si deve chiedere se questo modo di gestire l'interesse pubblico possa essere ricondotto a uno schema unitario.

Il dovere dei singoli di astenersi dal porre in essere minacce e turbative ai

⁶⁴ SCOTTI, *op. cit.*, 176.

beni collegati alle funzioni amministrative (in tal guisa, ma in modo indiretto, proteggendo gli interessi pubblici) e il condizionamento (anche mediante provvedimenti amministrativi: autorizzazioni, concessioni, sanzioni; assai rilevanti sono poi gli atti di vigilanza) dei comportamenti dei consociati parrebbero coprire un'area che corrisponde al dovere di *neminem laedere* che vige nei rapporti interprivati a tutela della sfera giuridica dei singoli (art. 2043, c.c.) e al dovere di astenersi da turbative o molestie sulla cosa (art. 949, c.c.).

Rispetto a questo paradigma generale, tuttavia, si colgono immediatamente alcune differenze essenziali.

In primo luogo, la polizia amministrativa protegge non solo beni di "proprietà" (impiegando il termine come indicativo di una rigorosa appartenenza soggettiva) di soggetti pubblici, ma pure interessi intestati agli enti in quanto ricavabili dalla distribuzione delle materie ai sensi dell'art. 117, Cost. L'oggetto materiale è definito in modo diverso anche rispetto a quanto accade con riferimento alla materia dell'ordine pubblico e sicurezza (dove l'ordinamento protegge dalle turbative appunto un unitario bene giuridico, quello dell'ordine e della sicurezza), nel senso che il bersaglio della protezione è costituito dai beni di cui le amministrazioni sono responsabili in quanto correlati (nel caso della polizia locale) alle materie in cui, giova ripeterlo, si esercitano le competenze regionali ai sensi dell'art. 117 Cost. e in ordine alle quali quelle amministrazioni sono titolari di funzioni amministrative.

In secondo luogo, rispetto al dovere generale di non turbare la sfera giuridica e la proprietà altrui, qui l'ordinamento fa uno sforzo di tipizzazione dei comportamenti privati vietati, ma anche dei poteri amministrativi che su di essi possono incidere. Al fine di meglio cogliere nel complesso le "misure" che integrano la polizia amministrativa, va ricordata la articolazione delle stesse in prescrizioni normative (prodotte da leggi regionali e regolamenti locali) e in determinazioni concrete risultanti dall'esercizio delle funzioni amministrative assegnate in forza dell'art. 118, Cost. a chi è "responsabile" dei "beni" protetti.

Sul versante dei privati, risuona qui nitidamente l'eco della voce che aveva originariamente collocato l'istituto della polizia nel perimetro concettuale della "teoria delle limitazioni amministrative all'attività private" (Romano). Indugiando sul ruolo degli enti, invece, non è un caso che, pur se con riferimento alla polizia demaniale, in dottrina si sia affermato che la tutela dei beni comunali e la conservazione della destinazione loro propria, nell'interesse della collettività, siano riconducibili a "una potestà simile all'autotutela possessoria"⁶⁵: un potere dunque diverso da quello spettante al proprietario comune, come del resto pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza che ha messo a fuoco la natura

⁶⁵ BARDUSCO, *op. cit.*, 6.

dei poteri di polizia demaniale di cui all'art. 823, c.c.⁶⁶. In ogni caso, per riprendere ancora il parallelo tra la situazione privatistica e la polizia amministrativa, è evidente come, mentre nel caso del proprietario privato costui non potrebbe determinare il limite dei comportamenti dei consociati, questa eccezionale e singolare possibilità è invece accordata, tipizzandola, all'ente pubblico attraverso, appunto, le misure di polizia amministrativa. Invero, da quanto sin qui osservato emerge che la polizia ha uno spettro più ampio, concernendo non solo direttamente la fissazione dei limiti delle attività dei privati, ma anche la disciplina di tutto il grappolo di poteri amministrativi che attorno a quel nucleo ruotano (e che saranno menzionati subito appresso).

La prospettiva ricostruttiva ora indicata dà infatti ragione dei poteri che più frequentemente sono espressione della polizia amministrativa e che la dottrina più risalente si era sforzata di censire (anche ricorrendo alla scansione "osservazione, prevenzione e repressione"⁶⁷). In particolare, trova spiegazione l'importanza dei poteri di vigilanza (diffusamente regolati dai regolamenti di polizia locale), di controllo, di sanzione e di autorizzazione. Là dove non operi una regola generale e astratta autoapplicativa (anche posta da regolamenti locali) in funzione di prevenzione delle turbative e delle minacce, spetta all'amministrazione, ovviamente nell'esercizio di poteri tipizzati e conferiti dalla legge, stabilire cosa i privati non possono fare e qual è l'estensione di quel vincolo.

La polizia amministrativa "cattura" così un'area aggiuntiva rispetto a quella caratterizzata dal vincolo generale (evidentemente là dove questo regime generale sia ritenuto non sufficiente dall'ordinamento) che grava sui consociati di rispettare situazioni giuridiche e beni altrui.

Quell'area è costituita da un fascio di doveri ulteriori dei privati, conformati da regole astratte o "condizionati" da misure amministrative, cui corrisponde (nel senso che degli stessi sono la fonte) un complesso di poteri ascrivibili alle funzioni normative e amministrative e in ordine ai quali prevale il profilo della doverosità (protezione dell'interesse in vista dell'interesse pubblico) piuttosto che quello dominicale del diritto del proprietario.

Pur se resta un tratto comune rispetto ai rapporti tra i privati (così come il privato si cura di propri beni, con la polizia amministrativa il potere pubblico si cura di utilità a esso affidate⁶⁸), qui si scorge dunque in più, quale tratto carat-

⁶⁶ *Ex multis*, v. Cons. Stato, Sez. VI, 29 agosto 2019, n. 5934.

⁶⁷ *Ex multis*, v. SABATINI, *op. cit.*, 1185.; v. anche e SPOTO, *op. cit.*, 1001 e TUFARELLI, *op. cit.*, 188, il quale elencava i seguenti atti: intimidazioni, certificati, documentazioni, registrazioni, visti, regolamenti, ordini, autorizzazioni, ordinanze, circolari, revoca, annullamento e sospensione di precedenti atti. L'A. indugiava poi in particolare su vigilanza e controllo (pag. 190).

⁶⁸ Per uno spunto, v. TUFARELLI, *op. cit.*, 186.

terizzante, la funzionalizzazione delle libertà dei privati e (altra – per così dire – faccia della medaglia) la tipizzazione dei poteri pubblici che ne condizionano lo svolgimento.

Muovendo dalla presenza di regole di comportamento che i consociati debbono rispettare nell'esercizio delle proprie libertà in vista della tutela di interessi pubblici, si può procedere oltre nell'analisi illuminando alcune similitudini rispetto all'ordinamento amministrativo costituito da norme di azione che attingono alla "gestione" dell'interesse pubblico e dei poteri dell'amministrazione. Colte nel loro complesso, le regole – sia generali e astratte, sia puntuali e concrete – che danno corpo alla polizia amministrativa configurano una forma di "ordinamento" speciale correlato ai vari beni protetti (sanità, urbanistica, commercio e così via) dalle amministrazioni, orientato alla cura di un interesse pubblico e, conformandone l'attività, in grado di interessare tutti coloro che possono entrare – e nella misura in cui entrino – in contatto con quei beni (da questo punto di vista si può parlare di un ordinamento "ad attivazione eventuale").

Si profila, cioè, un ordinamento che condiziona le manifestazioni di autonomia dei privati (in questo senso "privato") e che è integrato da regole eteronome, poste da soggetti pubblici⁶⁹. La polizia amministrativa funge allora da selettore delle fonti che possono integrare (come chiarito: dall'esterno) quella porzione di ordinamento "privato".

In ogni caso, l'area "catturata" dalla polizia amministrativa e la relativa materia possono essere lette in prospettiva ordinamentale.

Siffatti ordinamenti si caratterizzano, in sintesi, per un profilo oggettivo (incisione sui comportamenti dei singoli, di cui sono gestite e condizionate parte delle possibili estrinsecazioni), un elemento contenutistico (le misure/"norme di azione" che devono essere rispettate nell'esercizio di diritti e libertà sono di contenuto solo negativo – "non fare", "non turbare" – così come in un comando negativo, o nel presidio dello stesso, si risolvono i provvedimenti puntuali e concreti che l'amministrazione può adottare), un tratto finalistico (scongiurare le minacce ai "beni" affidati alla cura di interessi pubblici) e un dato soggettivo (le "misure" – generali e astratte o puntuali e concrete – sono stabilite da soggetti pubblici cui compete la potestà normativa o, nel caso siano poste con provvedimenti, la potestà amministrativa sulla materia cui afferisce il bene o l'interesse, e non già da altre fonti dell'ordinamento generale).

⁶⁹ Sulla nozione di autonomia che, in un'accezione oggettiva, può riferirsi agli ordinamenti le cui norme sono determinate anche da altri ordinamenti, v. Santi ROMANO, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 14 ss. V. altresì A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, *passim*.

Sotto il profilo pubblicistico, questi “ordinamenti” (i quali inglobano tutti coloro che, entrando in contatto con il “bene” lo possono minacciare) fanno capo a soggetti pubblici “responsabili” della cura degli interessi, che emanano le norme astratte e pongono le misure concrete. Giova ribadire che siffatti enti agiscono non già esclusivamente nella logica proprietaria, bensì (per esemplificare) in qualità di soggetti responsabili (quasi a mo’ di *trustee*) della cura dei relativi interessi. A ogni buon conto, come accade per l’ordinamento amministrativo, i soggetti pubblici che lo animano (si pensi a tutti i Comuni con riferimento alla polizia disciplinata da una legge regionale) non possono auto attribuirsi poteri, ma debbono esercitare soltanto quelli delineati dalla legge. Poteri di coazione, poteri sanzionatori, poteri di vigilanza (che comportino interferenze con le libertà), cioè, esistono solo se tipizzati dalla legge.

In secondo luogo, dal punto di vista degli effetti, la prospettiva ordinamentale consente di considerare unitariamente le misure che sono espressione della polizia amministrativa, e, cioè, di amalgamare in un’unica dimensione regolatoria leggi regionali e regolamenti comunali, nonché di raggruppare assieme pure gli atti (che pongono norme in via puntuale e concreta) espressione delle relative funzioni amministrative. Pur se è vero che manca una disciplina generale e che gli oggetti della polizia amministrativa sono assai diversi⁷⁰, si può in tal guisa cercare di recuperarne una visione (e una chiave di lettura) organica. È ad esempio evidente, scorrendo la moltitudine di regolamenti di polizia locale presenti nel nostro sistema, come sia sempre prevista una funzione di vigilanza⁷¹, che, tuttavia, non va considerata in modo isolato. Questa misura, infatti, costituisce il corredo funzionale naturale di un ordinamento che ha quale finalità la protezione di beni e interessi pubblici⁷².

In terzo luogo, guardando alla specialità della polizia, questa opzione ricostruttiva corrisponde perfettamente alla tesi, comunque ricavabile dalla Costituzione, che mira a rendere impermeabile la polizia amministrativa locale rispetto a istituti, principi e regole – mutate da altri contesti e materie – che non assurgano al rango di principi generali dell’ordinamento. Nell’ambito della polizia amministrativa (locale e non) non dovrebbero avere alcuno spazio quelle forme di allentamento di alcuni istituti di garanzia che ricorrono invece nella

⁷⁰ Per uno spunto, proposto con riferimento al silenzio della Costituzione, v. CHIAPPETTI, *op. cit.*, 131.

⁷¹ In generale, su tale figura, v. S. VALENTINI, *Vigilanza* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, 702 ss. e M. STIPO, *Vigilanza e tutela* (dir. amm.), in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, Treccani, 1994.

⁷² Essa, tra l’altro, non richiede specifiche norme attributive, almeno là dove non si determinino incisioni di libertà costituzionali.

materia dell'ordine pubblico e la sicurezza, dove è assai evidente la "pressione" per anticipare la soglia della tutela.

A guisa di conclusione, possiamo dunque tornare sul quesito di fondo: che cosa resta, oggi, della polizia amministrativa?

Intanto, residua la materia della "polizia amministrativa locale", dotata di una sua specifica identità, percepibile anche in chiave ordinamentale e incarnata da una pluralità di norme generali e astratte e di misure puntuali e concrete con cui i cittadini quotidianamente si confrontano allorché si accostino ai "beni" e "interessi" così tutelati.

Sul piano organizzativo, poi, residuano, ben visibili e vitali, i corpi di polizia locale.

Sotto il versante teorico, lo studio della polizia amministrativa ricorda all'interprete l'urgenza e la necessità di presidiare le conquiste relative alla protezione degli individui, al principio di legalità, nonché l'esigenza di assicurare una effettiva tutela del singolo.

Da un punto di vista ancora più astratto, si coglie la perdurante centralità che, all'interno di un ordinamento, riveste la preoccupazione per il mantenimento di condizioni minime che garantiscano la sopravvivenza dell'ordinamento medesimo e la conservazione di "situazioni di interesse collettivo" affidate alla cura degli enti, pur se a livelli diversi (interessi e beni primari, nel caso dell'ordine pubblico e sicurezza; interessi di rango diverso con riferimento alla polizia amministrativa).

LA NOCIÓN DE *JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA* EN AGUSTÍN GORDILLO

BREVES REFLEXIONES SOBRE LAS TRAMPAS DE LOS FALSOS AMIGOS Y LAS VIRTUDES DE LOS AMIGOS SINCEROS

FABIO FRANCARIO - PIERGIUSEPPE OTRANTO*

SUMARIO: 1. “*Jurisdicción administrativa*”, falsos amigos y confusiones terminológicas. El aporte de Agustín Gordillo. 2. La distinción entre función administrativa de resolución de conflictos y función jurisdiccional. 3. Buscando amigos sinceros. El “*sistema de justicia administrativa*” italiano: garantía de tutela jurisdiccional y “*función administrativa judicial*”

1. “*Jurisdicción administrativa*”, *falsos amigos y confusiones terminológicas*. El aporte de Agustín Gordillo

Como es sabido, en la jerga lingüística, la expresión “falso amigo” indica una palabra (o una frase) que, en dos idiomas distintos, presenta una grafía o un sonido muy parecido, pero que tiene significado diferente a pesar de esa similitud morfológica o fonética.

Acudiendo a la jurisprudencia y a la doctrina argentina hemos encontrado varias reflexiones sobre la noción de “*jurisdicción administrativa*” y enseguida nos hemos preguntado: “*jurisdicción administrativa*” y “*giurisdizione amministrativa*” ¿son amigos sinceros o falsos?

Para contestar el interrogante resulta prioritario esclarecer el significado que la locución “*jurisdicción administrativa*” tiene en el sistema argentino, para después compararlo con la (aparentemente) homóloga noción italiana de “*giurisdizione amministrativa*”.

La obra de Agustín Gordillo nos ayuda a resolver la primera parte del dilema, pues nos permite aclarar la noción de jurisdicción administrativa en el país latinoamericano.

En su estudio *Las funciones del poder*¹ Gordillo analiza el problema a partir

* Pese a que el párrafo 1 ha sido desarrollado por Piergiuseppe Otranto y los restantes por Fabio Francario, la elaboración del documento definitivo tuvo la activa participación de ambos autores.

¹ A. Gordillo, *Las funciones del poder*, en *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, tomo 1, *Parte general*, capítulo IX, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017

del concepto orgánico-material de función jurisdiccional² y de la consideración por la cual “en ciertos casos el Poder Ejecutivo está facultado por la ley para decidir con fuerza de verdad legal algunas controversias entre particulares, o entre ella misma y los particulares”. En esos casos se habla frecuentemente de “*jurisdicción administrativa*” aunque, en la opinión del Autor, “lo que allí ocurre es sólo que la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es *semejante*, materialmente, a la actividad jurisdiccional, sin tener en cambio igual régimen jurídico que ésta”³.

Podemos decir entonces, como punto de partida de nuestro razonamiento, que en el ordenamiento argentino la expresión “*jurisdicción administrativa*” indica la función ejercida por un aparato administrativo que resuelve controversias entre partes privadas o entre una parte pública y un particular.

Pero en seguida Gordillo nos advierte que, en esos casos, la función ejercida por el Poder Ejecutivo no se puede considerar jurisdiccional *stricto sensu*, a juzgar por lo que disponen los arts. 18 y 109 de la Constitución argentina de 1994, y los arts. 8, inc. 1, y 25 de la Convención IDH⁴.

El art. 18 de la Carta argentina presenta relevancia en la parte donde establece que “es inviolable la defensa *en juicio* de la persona y de los derechos”⁵.

Por su parte, el art. 109 de la Constitución nacional, en cuanto prohíbe al Poder Ejecutivo “ejercer *funciones judiciales*, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”, presupone que existe una distinción entre funciones judiciales y funciones (confiadas al Poder Ejecutivo) administrativas⁶.

En esa dirección, es interesante también observar que “el *Poder Judicial* de

(originalmente publicado en *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, *Parte general*, I ed., Buenos Aires, Macchi, 1974).

² “Definimos entonces a la función jurisdiccional como «*la decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal, hecha por un órgano imparcial e independiente*». Esta definición comprende dos elementos: Uno material (u objetivo) que se refiere a lo que la función es en su contenido (decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal) y uno orgánico (o subjetivo, formal), que se refiere al órgano o poder que realiza la función (los jueces, órganos imparciales e independientes)” (*op. cit.*, p. 15).

³ A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., p. 12.

⁴ *Op. cit.*, p. 13.

⁵ Cabe recordar que a partir del caso *Fernández Arias* (1960), el recurso extraordinario ante la Corte Suprema contra un acto administrativo se aparta del concepto de “revisión judicial” previsto por el art. 18 de la Constitución. El recurso extraordinario, en efecto, no es un medio de controlar la legitimidad del acto en general, sino sólo su constitucionalidad, claro está, limitado por las restricciones legales y jurisprudenciales existentes. Cfr. CSJN, 19 de septiembre de 1960, fallo *Fernández Arias*, en *Fallos*, 247: 646, 1960.

⁶ A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., p. 35.

la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación” (art. 108 Const.).

La Constitución, entonces, garantiza el derecho de toda persona a accionar “*en juicio*”, frente a órganos que pertenecen al “*Poder Judicial*”, sin que las correspondientes “*funciones judiciales*” puedan ser ejercidas por órganos del Poder Ejecutivo.

Así que, para el Autor, bajo las reglas de los arts. 18 y 109 de la Carta Magna, sería inconstitucional atribuir a la administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin que se prevea la posibilidad de que éstos recurran ante la justicia. La actividad con la cual la administración resuelve controversias, entonces, aunque se asemejen a la actividad jurisdiccional, no tiene el mismo régimen jurídico que ésta y, por lo tanto, no puede ser jurídicamente definida como “*función jurisdiccional*”⁷.

En el análisis de Gordillo, el régimen jurídico de la función jurisdiccional solo se aplica a los actos que sean “materialmente jurisdiccionales” y que, al mismo tiempo, sean “realizados por órganos jurisdiccionales”⁸.

De sus enseñanzas se aprecian entonces dos elementos que caracterizan a la función jurisdiccional: uno material (u objetivo) y otro orgánico (o subjetivo).

Esto implica que con la sola presencia del elemento material (el decidir una contienda entre particulares con fuerza de verdad legal) no se puede decir que se esté desarrollando una actividad expresión de la “*función jurisdiccional*” ya que, para que esta última exista, se necesita que la decisión sea adoptada por un órgano imparcial e independiente⁹.

Pero Gordillo también nos advierte que la afirmación según la cual la administración no ejerce facultades jurisdiccionales no es pacífica en Argentina, y esto a raíz de diferencias que parecen, por lo general, más lexicales que de fon-

⁷ En *contra*, R. Bielsa, *Estudios de Derecho Público*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 321, para el cual el Poder Ejecutivo tiene “funciones jurisdiccionales y no judiciales, porque éstas se las prohíbe la Constitución (art. 95.)”. A propósito, Gordillo advierte que “las disidencias son tal vez más de tipo terminológico que de fondo; y una forma de evitarlas es tal vez la de distinguir entre el concepto *material* y el total o mixto de función jurisdiccional”. Ver A. Gordillo, *Introducción al Derecho administrativo*, publicado como Libro I del tomo 5, *Primeras obras*, en el *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2012. El estudio *Introducción al Derecho administrativo* fue originalmente publicado en Buenos Aires, Perrot, 1962.

⁸ A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., p. 14.

⁹ “Concluimos así en que la administración activa, organizada jerárquicamente o a través de entes descentralizados con igual jerarquía interna, no ejerce en ningún caso función jurisdiccional, en tanto no se instituyan en el sistema tribunales administrativos realmente imparciales e independientes” (*op. cit.*, p. 14).

do. Lo cual vuelve a complicar el discurso sobre la noción de “*jurisdicción administrativa*”.

Enseguida el Autor se aparta de una disputa de tipo terminológico para enfocarse en la esencia del problema: la cuestión reside en saber si existe algún ámbito de la administración cuya revisión judicial resulte excluida o limitada por alguna razón; en otras palabras, si existe alguna decisión – expresión de la función administrativa de solución de disputas – que no esté sujeta a revisión por parte de un juez independiente e imparcial.

La respuesta al interrogante es negativa. Para Gordillo, aun cuando la administración haya adoptado actos mediante los cuales resolvió disputas, también ellos resultan merecedores de una revisión judicial que sea suficiente, adecuada y sin limitaciones.

Dentro de esta concepción, existen en doctrina y jurisprudencia dos posturas que, de todos modos, parecen fundamentadas en cuestiones más lexicales que sustanciales. Por un lado, hay quienes niegan totalmente que pueda existir una actividad jurisdiccional de la administración; por el otro, una parte de la doctrina afirma que, si bien existe una actividad jurisdiccional de la administración, esa actividad no justifica una limitación o exclusión de la revisión judicial¹⁰.

A pesar de las disputas lexicales, los artículos 18 y 109 de la Constitución argentina parecen impedir que la administración pudiera ejercer actividad jurisdiccional que excluya o limite el control de los jueces.

Pero ese “criterio clásico” – que Gordillo fundamenta acudiendo a autorizados estudios de la doctrina argentina¹¹ – “cedió ante la presión cesarista de los últimos gobiernos de facto y también de algunos elegidos democráticamente”¹² ya que se han introducido en el ordenamiento argentino leyes que, con el aval de la Corte Suprema, otorgan facultades (aparentemente) jurisdiccionales a la administración.

Y en este pasaje encontramos un importante eje del pensamiento del Autor, quien, analizando el problema estrictamente jurídico a la luz de la situación política e histórica de su país, concluye que “cada sentencia judicial que limita su propio control de un supuesto «acto administrativo jurisdiccional» es (...) pilar del cesarismo autocrático del que tradicionalmente padecemos”¹³.

¹⁰ A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., p. 17.

¹¹ El Autor hace referencia, entre otros, a M.J. Argañarás, *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1955, p. 51 y ss.; R. Bullrich, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Biblioteca jurídica argentina, 1929, p. 80 y ss.

¹² A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., p. 17.

¹³ *Ult. loc. cit.*, nota 56.

De hecho, buena parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema había (aparentemente) admitido la constitucionalidad del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la administración, aunque el fallo *Ángel Estrada* en el 2005 modificó radicalmente esa interpretación¹⁴.

Observa Gordillo que los casos en los que la Corte federal había negado la revisión judicial de una (así llamada) decisión “jurisdiccional administrativa” eran excepcionales, a punto tal de poderlos considerar “inexistentes a los efectos prácticos”¹⁵.

Con la constante tensión hacia un análisis de los fenómenos jurídicos que tenga en cuenta los equilibrios de la sociedad y con el pragmatismo propio de su método, Gordillo nos advierte cómo el tema de la jurisdicción administrativa tiene relevantes consecuencias prácticas.

En efecto, la circunstancia de aceptar que la administración pueda ejercer una actividad jurisdiccional podría llevar a considerar legítima la limitación o la exclusión de la revisión judicial de esa actividad¹⁶. Por el contrario, rechazar tal perspectiva fortalecería la necesidad de una revisión jurisdiccional posterior que sea plena y que no sufra ningún tipo de limitación.

Y esta es la tesis que el Autor sostiene: la administración, como principio general, no puede ejercer atribuciones jurisdiccionales propiamente dichas. Cuando la ley lo admite, contra los actos (administrativos) que son expresión de (la así llamada) “*jurisdicción administrativa*” el legislador contempla un remedio ante la justicia, al que llama “recurso de apelación”. En esos casos, dice Gordillo, la noción de “recurso” habrá que interpretarla de acuerdo con la Constitución, es decir como “acción” jurisdiccional y no como medio de apelación de un acto administrativo que – por más que defina una contienda – sigue teniendo naturaleza *no jurisdiccional*.

¹⁴ CSJN, 5 de abril de 2005, fallo *Ángel Estrada*, en *Fallos*, 328:651, 2005. Sobre el fallo, v. A. Gordillo, *Ángel Estrada*, en *Jurisprudencia Argentina*, 2005-III, número especial, *El caso Ángel Estrada*, p. 46 y ss. y otros trabajos en ese mismo número especial.

¹⁵ *Las funciones del poder*, cit., p. 19, nota 62. Sobre esa jurisprudencia, véase L. Monti, *El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso Ángel Estrada)*, en *JA*, 2005-III, p. 1130.

¹⁶ A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., p. 21: “en el planteamiento más extremo de la cuestión, otorgar atribuciones jurisdiccionales a la administración significa no dar al particular afectado acción judicial posterior para atacar la decisión administrativa y reconocerle, tan sólo, el recurso extraordinario ante la Corte Suprema, en los casos de inconstitucionalidad y tal como ocurre con respecto a todas las sentencias judiciales definitivas (...) En un planteo menos extremo, pero de igual orientación, el reconocimiento de atribuciones jurisdiccionales a la administración implica la limitación o reducción de la revisión judicial, pero sin llevar exclusivamente al recurso extraordinario”.

Ya en *Fernández Arias*¹⁷ la Corte federal había dicho que un sistema de protección de los derechos del particular garantiza un control judicial conforme al art. 18 de la Constitución nacional cuando reconoce a los litigantes el derecho de interponer recurso ante órganos del poder jurisdiccional (que en Argentina sería el juez ordinario¹⁸) para la discusión tanto del derecho, cuanto de los hechos controvertidos, salvo el caso en el que, existiendo opción legal, los interesados elijan la vía administrativa (por medio de “tribunales administrativos”), privándose voluntariamente de la judicial.

Pero recuerda Gordillo que la Corte, en el considerando 12 del fallo *Ángel Estrada*, no negó la posibilidad de que existan organismos de la administración dotados de jurisdicción, siempre, claro está, que ellos “hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”.

Entonces, el sistema tutelar se presentaría compatible con la Constitución federal si fuera integrado por “tribunales” administrativos imparciales e independientes¹⁹, cuya decisión – que mantiene naturaleza de decisión administrativa sin llegar a poder ser considerada como decisión jurisdiccional – esté sujeta a control (¡esto sí!) judicial, suficiente y adecuado.

El objetivo del Autor no es hallar una definición de “función jurisdiccional”, sino indagar si resulta legítimo limitar la revisión judicial de los actos ad-

¹⁷ *Fallos*, 247:646, 1960.

¹⁸ Y acá los juristas italianos se encuentran con otro “falso amigo” del idioma español: en el ordenamiento italiano el “juez ordinario” (también llamado “juez civil”) es el juez que tiene jurisdicción sobre la lesión de derechos subjetivos, aun cuando el derecho haya sido afectado por un acto o una conducta de una administración pública (art. 113 Const.); por el contrario, el “juez administrativo” (que está integrado por los “Tribunales administrativos regionales” y por el Consejo de Estado) tiene jurisdicción en todo caso de lesión de un interés legítimo (y, solo en algunas materias establecidas por ley, de un derecho subjetivo) del particular (arts. 103 y 113 Const.). En cambio, en el derecho argentino, el “juez ordinario” es el que ejerce función jurisdiccional, mientras los así llamados “tribunales administrativos” son órganos de la administración pública que no pertenecen al poder judicial, aun cuando ejerzan la función de resolver litigios (*jurisdicción administrativa*).

¹⁹ Sobre el rol de tribunales administrativos en la organización de la función administrativa, ver A. Gordillo, *Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa*, en *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005, p. 955 y ss.; Id., *Administrative procedure reform: The experience of the americas*, en *European Review of Public Law*, vol. 21, n. 2, p. 699 y ss.

ministrativos adoptados en un supuesto “ejercicio administrativo de actividad jurisdiccional”.

La pregunta que cabe responder es: ¿puede la administración legítimamente ejercer atribuciones de tal característica resultando constitucionalmente legítima una limitación o una exclusión de una revisión judicial suficiente?

Observa Gordillo que el sistemático rechazo por parte de la Corte Suprema de recursos extraordinarios contra actos administrativos decisorios – fundamentado en que en las situaciones consideradas no existía ejercicio (administrativo) de funciones jurisdiccionales – demuestra que en realidad la protección de los derechos del particular brindada por la decisión administrativa no cumplía con los requisitos de la tutela jurisdiccional plena y de un control judicial suficiente²⁰.

El Autor, mediante el análisis de la jurisprudencia de la Corte federal, ha aclarado que la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, exige que el particular tenga tanto la acción judicial ordinaria (contra el acto administrativo), como también el recurso extraordinario a la CSJN (contra la sentencia definitiva que dicte el juez). Aun cuando hizo lugar a un recurso extraordinario contra una decisión administrativa que resultaba irrevisable judicialmente, la Corte en realidad lo hizo para declarar que dicha irreversibilidad era violatoria del art. 18 de la Constitución, pues desconocía al particular su derecho a la defensa en juicio²¹.

También por esto, nos permitimos observar – coincidiendo con lo expresado por el Maestro argentino – que la noción de “*jurisdicción administrativa*” (o “*función jurisdiccional*” de la administración) no es precisa y que la misma solo genera confusión.

La expresión “*jurisdicción administrativa*”, de hecho, implica una contradicción ya que si hay jurisdicción no hay administración; y si se pretende aclarar que “*jurisdicción administrativa*” indica una “«jurisdicción sobre materia administrativa», hay una impropiedad lingüística”²².

Por una parte, “hablar de *jurisdicción judicial* es una redundancia (pues *judicial* significa lo relativo a la judicatura, esto es, a los jueces: Los órganos que ejercen la función jurisdiccional; luego, y según ya vimos, la jurisdicción es siempre judicial)”; por otro lado, hacer referencias a la noción de *jurisdicción*

²⁰ Es del caso recordar, en el sentido dispuesto por el art. 14 de la Ley 48, que el recurso extraordinario ante la Corte Suprema resulta admisible solo contra sentencias definitivas dictadas por los Superiores Tribunales de provincia y tiene por finalidad principal asegurar la supremacía de la Constitución nacional y la preeminencia del orden federal.

²¹ A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., pp. 29-32. Cfr. CSJN, 24 de febrero de 1961, fallo *Montagna*, en *Fallos*, 249: 181, 1961.

²² A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., p. 35.

administrativa es “una contradicción (pues si hay jurisdicción no hay administración, y viceversa)”²³.

Pero, si con la noción de *jurisdicción administrativa* queremos referirnos a la actividad de protección de los derechos brindadas por los jueces frente a las actuaciones y a los actos de la administración pública, es necesario hacer alguna aclaración para no incurrir en la mencionada “impropiedad lingüística”.

Si la función jurisdiccional es aquella reservada a los jueces – y que consiste en la decisión definitiva con fuerza de verdad legal en controversias entre partes – cuando hacemos referencia a la protección brindada por el juez ordinario en favor del particular contra actos o actuaciones de la administración pública, deberíamos más bien hablar de “*jurisdicción sobre materia administrativa*”. Claro está que, al opuesto, en ese caso puede generar confusión recurrir a la noción de “*jurisdicción administrativa*”, ya que esta última muchas veces se utiliza para indicar la función de resolución de controversias confiada a la administración.

Puede ser esta la razón por la que, en determinadas jurisdicciones argentinas, y a la usanza del viejo derecho español²⁴, la jurisdicción ordinaria especializada en juzgar el ejercicio de la función administrativa sea reconocida como “*jurisdicción contencioso-administrativa*”²⁵.

Para aclarar las dudas conceptuales que parecen generarse de las ya reclamadas confusiones terminológicas, quizás la actividad mediante la cual la administración resuelve controversias (y que según Gordillo solo se asemeja a la actividad jurisdiccional) podría más claramente considerarse expresión de una función “*cuasi jurisdiccional*” o “*para jurisdiccional*”.

²³ A. Gordillo, *El Derecho administrativo*, capítulo IV de la *Introducción al Derecho administrativo*, cit., p. 4 y ss. Cfr. también Id., *Las funciones del poder*, cit., p. 37 donde se observa: “Si hacemos la dicotomía «jurisdicción judicial» y «jurisdicción administrativa», ello no sólo implicará una contradicción lógica insuperable, sino que será otro de los términos que arrojará siempre dudas innecesarias sobre la naturaleza de la revisión judicial. Si, a pesar de todo, leemos en los fallos una mención a tales supuestas «facultades jurisdiccionales de la administración», tendremos que hacerlo con la reserva mental de que *no se confunden ni sustituyen a la función propia de los jueces*; no se trata de especies de un mismo género, ni son intercambiables; *la necesaria intervención judicial* exigida por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la Constitución, *no se salva con la intervención de un organismo administrativo*, llámense como se llamen las atribuciones que en el caso ejerza”.

²⁴ La inspiración en el derecho español del derecho procesal administrativo argentino ha sido señalada, entre otros, por R. Bielsa, *Sobre lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1954.

²⁵ Cfr., *ex multis*, M. Andreozzi, *La materia contencioso-administrativa*, Tucumán, TEA, 1947; M.J. Argañarás, *Tratado de lo contencioso-administrativo*, cit.

2. La distinción entre función administrativa de resolución de conflictos y función jurisdiccional

La distinción entre la protección dispensada al particular en sede administrativa y jurisdiccional a consecuencia de actos o hechos administrativos que lo afectan está explicada, por ejemplo, en las palabras que Gordillo dedica a los recursos administrativos, es decir, a los remedios impugnativos que se presentan ante las autoridades administrativas²⁶.

Tal distinción está claramente explicada por el Autor²⁷ a través de algunas diferencias que existen entre los recursos jurisdiccionales y administrativos, por ejemplo, en cuanto a:

- 1) “autoridad que los decide”²⁸;
- 2) “función que ejerce el que los decide”²⁹;
- 3) “carácter en que actúa quien decide”³⁰;
- 4) “extensión del control ejercido y legitimación”³¹;

²⁶ A. Gordillo, *Los recursos administrativos*, en *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, tomo 4, *El procedimiento administrativo*, capítulo III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2016, p. 179 y ss. (primera edición de 1964). Observa el Autor: “Los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen pues en *a*) administrativos y *b*) judiciales (que a su vez cabe distinguir según sean acciones o «recursos directos» y que pueden ser más o menos amplios según los distintos códigos procesal administrativos o «contenciosoadministrativos»). Los primeros se tramitan ante las autoridades administrativas (o autoridades no administrativas pero que ejerzan función administrativa); los segundos son los que se tramitan ante un tribunal de justicia, imparcial e independiente según el sistema constitucional argentino” (*ivi*, 180).

²⁷ *Op. ult. cit.*, pp. 183-193.

²⁸ A. Gordillo, *Los recursos administrativos*, cit., p. 183: “En el caso del recurso jurisdiccional, la autoridad que resuelve es un juez unipersonal o un tribunal colegiado, pero siempre imparcial e independiente, un tercero desinteresado del proceso. En el recurso administrativo, quien resuelve es en principio un funcionario administrativo, aunque esto admite excepción en el caso de las actividades administrativas de la Justicia y del Congreso”.

²⁹ “En el recurso o acción jurisdiccional, el tribunal ejerce función jurisdiccional. En el administrativo, su resolución implica ejercicio de función administrativa, sea administrador, juez o legislador quien decide” (*op. ult. cit.*, p. 184).

³⁰ El que decide puede ser tercero imparcial ajeno a la contienda (en los recursos jurisdiccionales); o “parte” – en sentido amplio – de la contienda en cuanto órgano estructurado jerárquicamente en el marco de la administración, con consecuente falta de autonomía e independencia (en los recursos administrativos).

³¹ En el caso de los recursos administrativos “el control es de legitimidad y considera objetivamente la conformidad a todo el orden jurídico, incluso cuando no afecta los derechos del individuo o éste no los ha reclamado. Es también control de oportunidad”. En los recursos jurisdiccionales “el control es sólo de legitimidad y tradicionalmente está destinado a restablecer el ordenamiento jurídico violado en cuanto infringe los derechos del individuo afectado y éste los ha reclamado; pero debe tenerse presente que esto se encuentra en vías de cambio” (*op. ult. cit.*, p.

- 5) “facultades procedimentales del órgano decidente”³²;
- 6) “naturaleza del acto que decide el recurso”: sentencia (cautelar o definitiva) o acto administrativo;
- 7) “estabilidad de la decisión”³³;
- 8) “congruencia con los precedentes”;
- 9) “recurribilidad de la decisión”³⁴;
- 10) “unidad de acción, pluralidad de recursos”;
- 11) “onerosidad o gratuidad” (respectivamente de los recursos jurisdiccionales o administrativos);
- 12) “intervención profesional requerida”, necesaria solo en las acciones judiciales;
- 13) “dirección del proceso y del procedimiento”, más eficaz en el proceso – donde está en las manos de los jueces – que en el procedimiento.

Una de las conclusiones a las que llega Gordillo, entonces, es que “no es constitucional que la administración, constituida por órganos estructurados jerárquicamente y *parte* en la contienda que resuelve, pueda decidir con atribución «jurisdiccional» *irrevisable judicialmente salvo recurso extraordinario*, una determinada cuestión”³⁵.

Pero dicha conclusión no termina de ser del todo clara por cuanto se refiere a las contiendas en las que la administración es “parte” (lo que implica falta de imparcialidad e independencia del órgano administrativo que decide), dejando abierta la puerta a un interrogante: ¿cuándo la administración no es *parte* de la contienda y ejerce una función de resolución de conflictos, se puede considerar que desenvuelve una “*función jurisdiccional*”?

186), según perspectivas que recuerdan la temática de la relación entre juicio administrativo y protección del derecho objetivo.

³² Prevalencia del principio dispositivo en el proceso y, a lo opuesto, de la actuación de oficio en los procedimientos administrativo que conducen a la decisión de un recurso administrativo.

³³ La sentencia del juez es vinculante para la administración, mientras que en consecuencia de la decisión del recurso administrativo “la administración sólo está parcialmente limitada y puede en ciertos casos pedir judicialmente su anulación en la acción de lesividad” (*op. ult. cit.*, p. 188).

³⁴ “La decisión del recurso administrativo, que como dijimos constituye un acto administrativo, es a su vez impugnabile por nuevos recursos administrativos y acciones jurisdiccionales. La decisión de la acción judicial, en cambio, sólo es susceptible de ser impugnada por otros recursos judiciales en el orden interno y luego por los remedios internacionales, tales como la Comisión IDH y la Corte IDH” (*op. ult. cit.*, p. 189).

³⁵ A. Gordillo, *Las funciones del poder*, cit., p. 36 (las cursivas se encuentran en el texto original).

La respuesta es negativa por las razones funcionales y estructurales a las que ya nos hemos referido.

Pero en sí, el hecho que surjan dudas sobre la naturaleza de la función que la administración ejerce cuando resuelve conflictos – a pesar de ser efecto de la ya reclamada impropiedad lingüística – nos motiva a hacer alguna referencia, aunque sea somera, a la experiencia italiana, tanto en el plano jurídico, cuanto en el plano lingüístico y semántico.

3. *Buscando amigos sinceros. El “sistema de justicia administrativa” italiano: garantía de tutela jurisdiccional y “función administrativa judicial”*

Ya es sabido que la resolución de los conflictos mediante la aplicación de normas jurídicas es uno de los factores que, en la perspectiva de la teoría institucional³⁶, dan origen a un ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento italiano, la Constitución (aprobada el 22 de diciembre de 1947) garantiza el derecho inviolable de accionar “en juicio” (arts. 24 y 113), frente al “juez natural previamente constituido por ley” (art. 25), que solo a la ley está sujeto (art. 101) y quien en nombre del pueblo – a quien pertenece la soberanía (art. 1) – ofrece justicia según las reglas del debido proceso (art. 111).

Desde el momento que brinda la garantía del derecho a la acción jurisdiccional, la Constitución no excluye la posibilidad que otros sujetos del ordenamiento puedan desenvolver esa función de resolver conflictos que es propia del poder jurisdiccional (y que originariamente era “monopolio” del Estado), siempre y cuando no se limite la tutela jurisdiccional.

Resulta pacífico en Italia, desde hace ya muchos años, que “justicia” y “jurisdicción” son palabras que indican conceptos distintos: la primera (“justicia”) se refiere a la justa solución del conflicto; la segunda (“jurisdicción”) indica la función propia de jueces necesariamente independientes e imparciales: brindar justicia según la ley.

Esto implica que puede haber justicia por fuera de la jurisdicción y, de hecho, se está dando una verdadera “fuga de la jurisdicción” en la búsqueda de justicia. Es por esto que se habla de “justicia no jurisdiccional” o, en época más reciente, de “de-jurisdiccionalización”³⁷ de la justicia.

³⁶ Nos referimos acá a los estudios de Santi Romano, especialmente a *L'ordinamento giuridico*, publicado en 1917-1918 y después, con algunas notas, en 1946. También P. Calamandrei, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, p. 1 y ss., identificaba como premisa sociológica de todo ordenamiento jurídico el interés colectivo a la composición de conflictos entre intereses individuales.

³⁷ El “nacimiento” de esta nueva palabra – que aún no figura en la mayoría de los dicciona-

En cuanto atañe a las controversias con la administración pública, el art. 113 de la Constitución prevé la garantía de protección *jurisdiccional* contra todo acto de la administración (inciso 1); sin excepción o limitación alguna (inciso 2); y establece que solo la ley puede fijar cuál órgano del poder jurisdiccional puede anular los actos de la administración (inciso 3)³⁸.

La garantía constitucional de la tutela jurisdiccional contra los actos de la administración, también se deduce del art. 24 de la Constitución italiana, que garantiza la acción *en juicio* para la protección no solo de los derechos subjetivos, sino también de la posición jurídica subjetiva propia del particular que se enfrenta con el poder de la administración: el interés legítimo³⁹. Por otro lado, el art. 103 de la Constitución aclara que el Consejo de Estado y otros órganos de justicia administrativa tienen *jurisdicción* para la protección de los intereses legítimos, y en algunos casos también de los derechos subjetivos, frente a la administración pública⁴⁰.

Así que en el ordenamiento italiano contemporáneo existe una garantía de rango constitucional por la que debe siempre asegurarse al particular y ante órganos que pertenecen al poder jurisdiccional, su protección contra todo acto administrativo.

Pero para entender el sistema contemporáneo, es necesario recordar que, en relación a las controversias con la administración pública, históricamente la justicia no jurisdiccional anticipó la protección jurisdiccional de los intereses legítimos del particular⁴¹.

rios de lengua italiana, pero sí se encuentra en leyes recientes y en reflexiones doctrinarias – demuestra (una vez más) la necesidad de distinguir *justicia* y *jurisdicción*. Sobre la “dejurisdiccionalización” de los conflictos, cfr. P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 21 y ss.

³⁸ Art. 113 Const.: “1. Contra todo acto de la administración pública siempre se dará *protección jurisdiccional* de derechos e intereses legítimos ante los órganos de *jurisdicción* ordinaria o administrativa.

2. Esta *protección jurisdiccional* no puede excluirse ni limitarse a medios particulares de impugnación o para determinadas categorías de actos.

3. La ley determina qué órganos de *jurisdicción* pueden anular los actos de la administración pública en los casos y con los efectos previstos por la propia ley” (énfasis agregado).

³⁹ Art. 24, inciso 1, Constitución italiana: “Todos pueden actuar en juicio para proteger sus derechos e intereses legítimos”. En la doctrina italiana, sobre el interés legítimo v. por lo menos F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁴⁰ Art. 103, inciso 1, Constitución italiana: “El Consejo de Estado y los demás órganos de *justicia administrativa* tienen *jurisdicción* para la protección de los intereses legítimos frente a la administración pública y, en particulares materias establecidas por ley, también de los derechos subjetivos”.

⁴¹ La ley 20 de marzo 1865 n. 2248, anexo E, determinó: i) la abolición de los tribunales

En el Reino Piemontés, ya desde 1831 el Consejo de Estado contribuía como órgano consultor del soberano (y puesto a sus directas dependencias) con el dictado de opiniones sobre distintos asuntos. Pero fue a partir del 1859⁴² que se legalizó su rol de ofrecer justicia, en cuanto órgano cuya opinión el Rey debía adquirir al resolver los “recursos extraordinarios” que, como ya ocurría en los estados absolutos, los súbditos podían presentar en vía de “gracia y de justicia” al soberano⁴³.

En el nuevo Reino de Italia (1861) muy pronto se advirtió la necesidad de instituir una “verdadera magistratura”, un juez imparcial e independiente que pudiera brindar protección al ciudadano frente a los posibles abusos del Poder Ejecutivo⁴⁴ y por esto se instituyó una nueva sección Consejo de Estado (la cuarta)⁴⁵ con una función (por primera vez) claramente jurisdiccional.

Esta doble función del Consejo de Estado – consultiva y jurisdiccional – está hoy expresamente receptada en la Constitución. Por un lado el art. 100 – ubicado en el título III de la Carta, dedicado al gobierno, sección III, alusiva a los “órganos auxiliares” – aclara que “el Consejo de Estado es órgano de asesoramiento jurídico administrativo y de *protección de la justicia adentro de la administración*”; por otro lado, como ya vimos, el art. 103 – en el título IV dedicado a la magistratura, sección I, “ordenamiento jurisdiccional” – establece que “el Consejo de Estado y los demás órganos de *justicia administrativa* tienen *jurisdicción* para la protección de los intereses legítimos frente a la administración pública y, en particulares materias establecidas por ley, también de los derechos subjetivos”.

La “justicia administrativa” se compone, entonces, sea de remedios administrativos (recursos administrativos), que son opcionales y se dirigen a órganos administrativos (como en el caso del recurso jerárquico, dirigido a la autoridad superior de la organización); sea de la necesaria e irreductible tutela jurisdiccio-

especiales de contencioso administrativo que existían en los distintos Estados antes de la unificación del Reino de Italia (1861); ii) la devolución al “juez ordinario” de la competencia sobre la lesión de un “derecho civil o político” en consecuencia de actos de la administración pública; iii) la atribución de competencia a las “autoridades administrativas” sobre la totalidad de los “otros asuntos”.

⁴² Hacemos acá referencia a la ley 30 de octubre 1859, n. 3707.

⁴³ Para una reconstrucción histórica del recurso extraordinario en el ordenamiento italiano, cfr. Consejo de Estado, sección I, opinión del 16 de julio de 2014, n. 2553. En la doctrina, *ex multis*, cfr. S. Romano, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. I, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1932, p. 1 y ss.; G. Melis, voce *Consiglio di Stato*, in *Treccani online*, 2014, y las referencias bibliográficas allí citadas.

⁴⁴ S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione*, 1880.

⁴⁵ Ley 31 de marzo 1889, n. 5992.

nal, frente a órganos que pertenecen al poder judicial y que están sujetos únicamente a la ley.

La actividad desarrollada por órganos de la administración pública en la solución de conflictos es claramente actividad administrativa y es expresión de una función que se denomina “funzione amministrativa giustiziale” (“*función administrativa justicial*”)⁴⁶.

En la *función administrativa justicial* el órgano administrativo actúa exclusivamente para resolver el conflicto aplicando la ley (sin desbordar en actividad de administración activa) y tiene la obligación de resolver el recurso en el respeto del contradictorio entre las partes y del principio dispositivo.

En Italia con la noción de “*función administrativa justicial*” parece disolverse la posible confusión con respecto a la “*función jurisdiccional*” confiada a órganos judiciales (y no administrativos) autónomos e independientes: *función administrativa justicial* y *función jurisdiccional* son funciones distintas que, juntas, componen el “*sistema de justicia administrativa*”.

La locución “*jurisdicción administrativa*” indica en el ordenamiento (y en el idioma) italiano solo el ámbito de la competencia jurisdiccional del así llamado “juez administrativo” (Consejo de Estado y otros órganos jurisdiccionales) que resuelve controversias en relación a la lesión de intereses legítimos y, excepcionalmente (en algunas materias establecidas por ley), de derechos subjetivos.

La *jurisdicción administrativa*, entonces, es propia solo de los jueces (mejor dicho, de algunos jueces: Consejo de Estado y otros órganos jurisdiccionales establecidos por ley); mientras que, cuando órganos administrativos brindan justicia, se debe hablar propiamente de *función administrativa justicial* y no de *jurisdicción administrativa*.

Recurriendo a palabras y locuciones distintas, la doctrina italiana parece haber evitado la confusión determinada por la “impropiedad lingüística” denunciada por Gordillo.

Pero gracias a la límpida enseñanza del desaparecido Maestro, podemos aclarar que también en el ordenamiento argentino no se puede propiamente hablar de “*jurisdicción administrativa*” (confiada a la administración pública) o de “*función administrativa jurisdiccional*”.

Puede ser quizás propicio el momento para “pedir prestada”, de la experiencia italiana, la noción de “*función administrativa justicial*”, y de superar juntos como verdaderos amigos – como lo son realmente los juristas argentinos e italianos – las trampas en las que, a veces, nos atraen los falsos amigos.

⁴⁶ V. Caputi Jambrenghi, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; M. Calabrò, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, Giapichelli, 2012.

IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO E IL REGIME DELL'INVALIDITÀ

LOREDANA GIANI* e MARINA D'ORSOGNA**1

SOMMARIO: 1. Atto e decisione amministrativa nel pensiero di Agustín Gordillo. – 2. Il regime dell'invalidità nelle riflessioni di Agustín Gordillo. – 3. Atto e provvedimento amministrativo nell'ordinamento italiano. – 4. Caratteri e struttura del provvedimento amministrativo. – 5. L'invalidità del provvedimento amministrativo. – 6. L'annullabilità e la nullità del provvedimento amministrativo. – 7. Qualche spunto di riflessione conclusiva.

1. *Atto e decisione amministrativa nel pensiero di Agustín Gordillo*

Nel pensiero di Gordillo, la nozione di “atto amministrativo” svolge una funzione metodologica e sistematica all'interno del diritto amministrativo². Essa è quindi priva di caratteristiche dogmatiche che impongano di giungere a una definizione specifica come l'unica valida e vera, come invece nel sistema italiano. Infatti, dalla lettura dei Suoi scritti, emerge come siano ammesse e concepibili tante definizioni di atto amministrativo quanti sono i regimi teorici del diritto pubblico, e le stesse saranno ugualmente valide nella misura in cui si armonizzano all'interno del sistema concettuale in cui si collocano. In questo quadro, viene posto in evidenza come la definizione da offrire deve quindi rispondere a una metodologia adeguata e ad una sistematizzazione soddisfacente della realtà amministrativa. E così, per facilitarne la lettura, nel processo di sistematizzazione che conduce alla definizione ricercata, l'Autore ritiene di dover distinguere diverse fasi.

Si deve leggere la realtà in maniera composita, dall'atto al fatto o viceversa. In quest'ottica gli atti sono decisioni, dichiarazioni o manifestazioni di volontà o di giudizio; i fatti sono le azioni materiali, le operazioni tecniche compiute nell'esercizio della funzione amministrativa. Sebbene gli atti siano generalmente l'esecuzione di azioni (nella misura in cui rendono materialmente conforme

* Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università Europea di Roma.

** Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Teramo.

¹ Sebbene lo scritto sia frutto di una riflessione comune, i paragrafi 1, 3 e 4 sono di Loredana Giani, i paragrafi 2, 5 e 6 sono di Marina D'Orsogna, il paragrafo 7 è condiviso dalle Autrici.

² A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8, Buenos Aires, Fund. De derecho administrative ed., 2013, XI.

o esecutiva la decisione che l'atto implica), ciò non è sempre vero, e vi possono essere atti non eseguiti, o atti compiuti senza una previa decisione formale. La distinzione tra atto e atto non è sempre facile nella pratica, poiché anche l'atto è in qualche misura espressione della volontà amministrativa; ma in termini generali si può affermare che l'atto si caratterizza per la circostanza di manifestarsi attraverso dichiarazioni provenienti dalla volontà amministrativa e rivolte direttamente dall'autorità amministrativa.

Ne consegue che l'atto amministrativo, di cui non viene, per scelta, offerta una sistematizzazione dogmatica, può essere definito come la dichiarazione che viene espressa, ma che può permanere lì, come determinazione, opinione o conoscenza, senza produrre effetti: non è, in altri termini, eseguita nel momento in cui è esternata. Non osta a questo concetto il fatto che l'idea contenuta nella dichiarazione venga eseguita subito dopo essere stata esternata; l'essenziale è che si possa apprezzare oggettivamente una scissione, una separazione concettuale e reale tra la decisione, l'opinione, la conoscenza, da un lato, l'esecuzione di tale decisione dall'altro; e tale separazione deriva dal fatto che la dichiarazione è conosciuta attraverso dati simbolici.

A partire da questi elementi si può, volendo, provare a fornire una definizione elementare di atto amministrativo, dicendo che si tratta di una dichiarazione effettuata nell'esercizio della funzione amministrativa, che produce effetti giuridici diretti. Tuttavia, questa definizione – pur essendo dogmaticamente corretta – soffre di una carenza metodologica e pratica, che è quella di essere troppo ampia e vaga per consentire un uso tecnico adeguato e preciso, soprattutto se la si parametra con la esperienza italiana.

Si postula, così, una ragione di certezza giuridica che renderebbe sconsigliabile attribuire a un mero atto materiale il carattere di una manifestazione di volontà che può essere contestata con un ricorso o considerata come accettazione di quanto richiesto. Questa ragione sarebbe valida se le Corti fossero intransigenti nell'annullare qualsiasi atto che non sia sufficientemente e ragionevolmente motivato, come in diritto dovrebbe essere. In tal caso, sarebbe di supporto a realizzare finanche la certezza del diritto insistere su atti in luogo di ipotesi di silenzio costruite in senso positivo o negativo; ma poiché la verità è che la giustizia tollera spesso condotte nella quali l'atto, *rectius* la motivazione sia totalmente infondata, o non fondata in modo serio, o che si supponga che l'atto sia motivato da qualche opinione precedente o da qualche spiegazione successiva, allora la certezza del diritto è soggetta a oscillazioni e a baratti.

Una differenza, che può assumere una propria valenza nell'economia del discorso qui condotto, è quella che talvolta è stata impropriamente espressa nelle definizioni in base alle quali l'atto amministrativo sarebbe destinato a pro-

durre effetti giuridici. Non si tratta di ragionare di volontà amministrativa che persegue il “fine” che dall’atto scaturiscano determinati effetti – poiché non sempre è ben visibile un unico fine, né sempre corrisponde a una volontà psichica – ma che dall’atto emergano oggettivamente determinati diritti o doveri, che esso sia giuridicamente idoneo a produrre.

Una specifica trattazione meriterebbe, per l’importanza che il tema ha assunto nella produzione dell’Autore, è la presunzione di legittimità dell’atto.

Si noti che una delle conseguenze del riconoscimento di una certa attività amministrativa in termini di atto amministrativo *strictu sensu* inteso è la sua presunzione di legittimità e il conseguente obbligo del singolo di rispettarla, nonché la decorrenza dei termini per impugnarlo.

La presunzione di legittimità è da considerarsi non assoluta per la tutela dei diritti dei singoli, perché se dall’atto genera un fatto dannoso, è dall’inizio della sua produzione che la giurisprudenza fa decorrere il brevissimo termine di prescrizione dell’azione di risarcimento, con tutto ciò che ne consegue nell’ipotesi di annullamento.

È difficile negare che la teoria della funzione, vale a dire la spiegazione in termini giuridici del processo di trasformazione del potere assegnato all’amministrazione dall’ordinamento giuridico, in una decisione concreta destinata ad imporsi ai destinatari con la particolare efficacia giuridica dell’esecutorietà, sia apparsa nel dibattito giuridico in termini di assoluta novità, può esserlo, al più qualora la stessa teoria prenda le mosse dai diritti del cittadino.

L’analisi della teoria della funzione consente di emanciparsi dal monito secondo cui la stessa sia solo funzionale alla ricostruzione dei caratteri giuridici del singolo atto esercizio di autorità, per transitare in altra dimensione, invece, organizzativa ed unitaria delle regole dell’attività nella sua interezza. Sono chiarissime la differenza teorica e le ricadute applicative: non si tratta solo di costruire in termini giuridici la funzione in luogo del provvedimento, quanto, piuttosto, di tracciarne il regime generale, i caratteri comuni, conferendo, così, al principio di legalità una valenza radicalmente innovativa.

Nella teoria tradizionale della funzione amministrativa, infatti, l’indagine, incentrata esclusivamente sull’atto giuridico, lascia in ombra l’attività nel suo complesso, il farsi della decisione, la sua collocazione in un contesto chiaramente regolato da principi e statuti comuni dell’autorità in quanto tale.

In questi termini, non solo si interrompono i sentieri della legalità, ma ciò accade in modo inevitabile, poiché gli stessi sentieri appaiono lievi ed invasi dalle miriadi di sirene pancivilistiche delle società contemporanee, sulle quali campeggia il contratto, l’autonomia e il potere è strutturalmente mal visto.

2. *Il regime dell'invalidità nelle riflessioni di Agustín Gordillo*

L'elaborazione teorica che emancipa il provvedimento dall'atto e lo proietta verso la funzione ha conseguenze dirette sul modo di interpretare anche il sistema delle invalidità³ rispetto alle quali Gordillo avverte, ripetutamente, di porsi in chiave critica e di rifuggire da sistemazioni granitiche e insuperabili; anche il sistema dei vizi del provvedimento, infatti, è attendibile solo qualora segua il corso delle pretese legittime dei privati, altrimenti diviene solo uno scudo formalistico per il potere.

Non c'è o non si registra, in termini certi, l'esistenza di un giudizio unanime nel diritto pubblico su quali siano le invalidità che possono colpire l'atto amministrativo: inesistenza, annullabilità, nullità; se il diritto civile si applichi o meno alle invalidità e, nel caso, in che modo si applichi.

L'analisi dell'Autore si concentra sugli effetti delle invalidità, sulle conseguenze giuridiche da attribuire a un determinato vizio o a un difetto dell'atto.

In questa prospettiva, i concetti di nullità, annullabilità, inesistenza non sono altro che concetti relazionali, nei quali la relazione con l'atto è stabilita dalla legge, che assegna una certa conseguenza a quell'effetto, tendenzialmente tipico, ma l'interprete non può limitarsi a ciò.

La c.d. teoria delle invalidità si propone di analizzare le conseguenze o le sanzioni che derivano dalle singole illegittimità; nell'ipotesi in cui tutte le conseguenze siano simili si potrebbe pervenire – per Gordillo – a un concetto unico, se invece si riscontri una molteplicità di opzioni, si potrebbe discorrere di invalidità a effetto molteplice. La valutazione e la scelta delle principali conseguenze giuridiche da considerare determineranno la nozione o le nozioni di invalidità.

Qualora si prenda in considerazione solo una delle conseguenze giuridiche, – ad esempio, l'inefficacia – la nozione stessa di invalidità sarà troppo ampia e quindi inutile, se invece si prendono in considerazione le singole peculiarità che si realizzano nelle conseguenze giuridiche, le varie specie di invalidità che saranno proposte costituiranno un insieme troppo complesso per essere realmente pratico e utilizzabile.

La soluzione, quindi, è quella di individuare una via mediana, di prendere in considerazione il maggior numero possibile di conseguenze giuridiche fondamentali e di tralasciare quelle accessorie. Una volta riunite quelle fondamentali, si devono cercare i relativi punti di connessione e poi riunirle in blocchi,

³ A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, Buenos Aires, Fund. De derecho administrative ed., 1990, XI, 33 ss.

affinché ognuna di esse risponda e corrisponda a un diverso tipo di conseguenze che riguardano l'atto amministrativo.

Anche la denominazione può, in tal senso, porsi quale punto di riferimento concettuale utile tra i fatti e le conseguenze a cui le stesse danno origine.

Non si può tacere, inoltre, dei riferimenti che devono essere operati alla sistematica del diritto civile – tratto significativo nell'opera dell'Autore – nel quale la dichiarazione di nullità è sempre devoluta a un organo giudiziario.

Nel giudizio amministrativo, invece, la nullità dell'atto amministrativo può essere eccezionalmente dichiarata d'ufficio affinché non sia violata la regola della stabilità dell'atto; in altre parole, la regola è che l'atto è da considerarsi irrevocabile nel giudizio amministrativo e l'amministrazione può chiederne la nullità solo giudizialmente, e che in via eccezionale l'amministrazione può revocarlo essa stessa, da sola e prima di sé.

Il giudizio sulla validità è un giudizio che si pone oltre la conformità o difformità dallo schema legale e si pone quale giudizio sul corretto e ragionevole esercizio del potere, sullo svolgimento della funzione, come parametro di devianza dal perseguimento dell'interesse pubblico.

Nel ricostruire, a ritroso, il tema per riportarlo verso la condizione di rilevanza degli elementi di fatto e degli interessi espressi nel giudizio conformativo e si sposta, in tal modo, la stessa nozione sostanziale e processuale di invalidità.

Lo snodo significativo dell'evoluzione del concetto e delle conseguenze dell'invalidità si è registrato allorché si è spostato il baricentro dalla teoria della validità dei provvedimenti alla teoria della legittimità formale della funzione.

Si è reso necessario introdurre un doppio criterio di validità dei provvedimenti amministrativi che corrisponde alla duplicità dei parametri che caratterizzano la legittimità.

È evidente che nell'economia complessiva del discorso un'importanza nodale la svolge il principio di conservazione dell'atto, di presunzione di legittimità dell'attività, elemento teleologico che non deve però porsi a detrimento delle pretese dei privati.

Gordillo, infatti, si pone nel solco della c.d. *crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo*, non come posizione di resistenza rispetto alle interpretazioni offerte dalle Corti sui vizi dell'atto, ma per evitare quanto riportato in precedenza, che l'illegittimità dell'esercizio del potere si ponga a detrimento delle posizioni dei privati e, per questo, propende per la caducazione dell'atto o dei suoi effetti solo qualora gli stessi siano insanabili, radicali, insuperabili.

L'atto amministrativo *contra legem* è tale non solo qualora vi sia un vizio, ma qualora rischi di ledere la conformità complessiva della funzione e di converso gli equilibri alla quale la stessa è per struttura naturalmente preposta.

Una sistematica dei vizi che non si ponga solo quale criterio di equilibrio e di presidio dei rapporti tra autorità e cittadini ma che eviti che il potere si ponga, attraverso proprio i vizi, come ostacolo all'accertamento e alla soddisfazione delle situazioni giuridiche dei cittadini e questo può avvenire percorrendo vie diverse, con argomentazioni a carattere processuale e sostanziale.

Secondo l'Autore, infatti, non è sufficiente far confluire il sistema delle invalidità solo in direzione del potere o del provvedimento che dallo stesso proviene – e del relativo giudizio di annullamento – ma deve aversi riguardo alla dinamica delle posizioni giuridiche soggettive, allo svolgersi del rapporto amministrativo.

Solo in questo modo, anche il sistema delle invalidità può porsi come momento di saldatura tra la capacità dell'amministrazione di farsi regola e la giustizia sostanziale che si richiede all'esercizio delle funzioni.

3. *Atto e provvedimento amministrativo nell'ordinamento italiano*

Nell'ambito della riflessione giuridica continentale, lo studio degli atti amministrativi ha preso le mosse dalle riflessioni della teoria generale degli atti giuridici, e così abbiamo assistito a una distinzione tra meri atti amministrativi e negozi di diritto pubblico ancorata sull'elemento volontaristico, dove i secondi, seguendo la classificazione proposta da Otto Mayer, sono «*dichiarazione di volontà della pubblica amministrazione diretta conseguire fini determinati, riconosciuti e protetti dal diritto*». Una classificazione che si è scontrata con la natura precettiva e la dimensione autoritativa del potere di cui gli atti/negozi provenienti dall'amministrazione sono espressione. E seguendo questa linea di approfondimento critico la dottrina italiana, già nella prima metà del secolo scorso, sposta il baricentro della riflessione sulla dimensione collegata alla soddisfazione degli interessi pubblici, o meglio alla dimensione correlata al soddisfacimento degli interessi collettivi. E la stessa dimensione precettiva, legata all'esercizio di una potestà amministrativa porta Zanobini, e prima ancora Santi Romano, a definire l'atto amministrativo muovendo dalla dimensione funzionale, secondo uno schema che risente della impostazione legata al negozio giuridico, che in un certo qual modo richiama gli approfondimenti di Gordillo. Per Santi Romano, infatti, l'atto amministrativo è «*la pronuncia speciale di un'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa*»⁴, mentre per Zanobini l'atto amministrativo è «*qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di*

⁴ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 43.

*una potestà amministrativa*⁵. Allo stesso modo la definizione offerta da Ranelletti e Amorth dell'atto amministrativo, inteso come «una dichiarazione concreta di volontà, di giudizio, di scienza, ecc., di un organo amministrativo nell'esplicamento dell'attività di amministrazione»⁶, e da Cammeo, che vuole l'atto giuridico come categoria generale, comprensiva anche degli atti giuridici di diritto privato⁷, avendo preso come punto di riferimento della propria riflessione il negozio giuridico privato, risultano lontane dalla configurazione di una autonoma nozione di provvedimento amministrativo.

L'emersione della nozione si deve a Giannini⁸ che nelle sue riflessioni ha identificato, all'interno della nozione di atto amministrativo, quella del provvedimento amministrativo, inteso come «atto amministrativo per eccellenza». Una enucleazione che ha consentito di identificarne i caratteri, e in particolare la dimensione autoritativa, che ne consente la distinzione dalla più generale categoria degli atti amministrativi, evidenziando come i provvedimenti «hanno tutti un tratto comune, che ne costituisce la fine sostanza: di essere l'affermazione del momento dell'autorità (...) ogni volta che l'amministrazione agisce con un provvedimento amministrativo, essa attua il momento dell'autorità, e sopprime o comprime la libertà di taluni amministrati; puntualizza, nel caso concreto, i rapporti autorità libertà»⁹, e ancora, il provvedimento viene definito come l'atto che «stabilisce il modo onde l'autorità, in esercizio di un potere attribuitole dalla legge, determina nel caso concreto il contenuto dell'incidenza, o non incidenza, di un interesse pubblico rispetto ad una sfera di libertà guarentigata»¹⁰.

Seguendo questa linea di approfondimento, così, del provvedimento amministrativo vengono definiti i caratteri, tanto dal punto di vista “strutturale”, quanto “funzionale”, il “procedimento di formazione” e lo “disciplina”. Dal punto di vista strutturale il provvedimento amministrativo si distingue, all'interno della generale categoria degli atti amministrativi, per il suo essere esercizio di un potere unilaterale ed autoritativo dell'amministrazione, un «potere di impero», come evidenziava anni dopo Benvenuti¹¹, che si differenzia dai meri atti che, invece, «specificano e, per così dire, sviluppano, il contenuto delle posi-

⁵ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, 1958, 245.

⁶ O. RANELLETTI e A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. I, Torino, 1937, 1091 ss., ora in A. Amorth, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1999, 155 ss., 157.

⁷ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano (1911-1914), ristampa con note di aggiornamento a cura di G. Miele, Padova, 1960, 570 ss.

⁸ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950; ID., Voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959.

⁹ M.S. GIANNINI, Voce *Atto amministrativo*, cit., 160, 164.

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 290.

¹¹ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, V ed., Padova, 1987, 91.

zioni preesistenti», e che per questa sua capacità può «*incidere sulle posizioni giuridiche dei soggetti*»¹²; dal punto di vista funzionale, per il suo essere finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico; dal punto di vista del procedimento di formazione, per il suo essere atto terminale di un procedimento amministrativo che, nel corso degli anni è stato oggetto di una sempre più pregnante disciplina espressione di un vero e proprio statuto dell'amministrazione¹³, dal punto di vista della disciplina per il suo essere «*atto la cui validità è parametrata prevalentemente sui profili funzionali (con scarso rilievo di quelli strutturali), e la cui efficacia è caratterizzata dalla esecutività*»¹⁴.

Una prospettiva, dunque, che astrae il provvedimento amministrativo dalla specifica tipologia di potere esercitato, rifuggendo da una classificazione mirante a ricondurre il provvedimento amministrativo, e dunque i suoi elementi costitutivi e i connessi parametri di valutazione della validità invalidità, allo specifico potere esercitato, ciò in quanto la astrazione concettuale consente di valorizzare, e dunque rendere conoscibile, distinguendola, la fase della decisione, cioè la formazione della volontà dell'amministrazione e, dunque, la determinazione dell'assetto di interessi, la definizione del rapporto amministrativo, dal provvedimento vero e proprio, cioè dal contenitore. E in questa prospettiva, anche le classificazioni che sono state proposte sono fondate su un'astrazione che però sia ancora al contenuto decisionale dello stesso. E così si individuano i *provvedimenti costitutivi*, cioè quei provvedimenti che modificano in senso favorevole o sfavorevole le situazioni giuridiche soggettive deprivati; i *provvedimenti dichiarativi*, generali e particolari; i *provvedimenti normativi e precettivi*; e le classificazioni potrebbero continuare. Classificazione che però non hanno minato la dimensione unitaria del provvedimento amministrativo che è stata così disciplinata e posta alla base della costruzione di uno statuto dell'azione amministrativa, cioè di un insieme di regole e principi che disciplinano la formazione dell'amministrazione e specularmente costituiscono una matrice di garanzia per i cittadini.

¹² P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, VI ed., Milano, 2001, 5. Così anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XIV ed., Napoli, 1984, 587; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993, spec. 31.

¹³ Sul punto cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, 255 ss.; e AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Giappichelli, 2021.

¹⁴ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit.

4. Caratteri e struttura del provvedimento amministrativo

La categoria giuridica del provvedimento amministrativo è stata accettata dalla dottrina successiva per oltre trent'anni. Infatti, solo negli anni Ottanta la dottrina ha cominciato a dubitare sulla possibilità o opportunità di considerare all'interno della categoria generale del provvedimento amministrativo quegli atti che hanno contenuti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari dubitando così del profilo della autoritarietà. Ma la riflessione sistematica sul complesso degli effetti anche del provvedimento amministrativo favorevole, oltre che alla considerazione delle ipotesi di mancata emanazione del provvedimento amministrativo, e cioè di silenzio della amministrazione, ha consentito il superamento di alcune critiche, ritenendo che il carattere della autoritarietà sussiste anche in caso di provvedimenti favorevoli, nonché dei provvedimenti integralmente vincolati per i quali comunque sempre residuano degli ambiti di scelta in capo alla pubblica amministrazione.

E così, le riflessioni sul potere, sulla dimensione sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive dei privati che con il potere autorizzativo si confrontano, la sua (del potere) collocazione all'interno di un quadro valoriale proprio di un sistema democratico e, conseguentemente, il suo assoggettamento a un vero e proprio statuto, cioè a un insieme di regole e principi, hanno comportato una rilettura di alcuni caratteri del provvedimento amministrativo, cioè di quell'atto che, in applicazione del principio di legalità inteso non soltanto nella sua dimensione formale ma anche sostanziale, è un atto *tipico* e *nominato*, proprio in quanto espressione di potere che nella legge deve trovare la sua fonte, dotato dei caratteri della *imperatività*, intesa come idoneità dell'atto di incidere, modificandola, sulla sfera giuridica altrui, intesa, dunque, come proiezione della dimensione autoritativa del potere, dove la autoritarietà si riferisce alla circostanza che il soggetto che detta il regolamento di interessi, cioè il soggetto da cui proviene l'atto, è diverso dal suo destinatario; un elemento che si correla inscindibilmente dalla *unilateralità* del provvedimento amministrativo che, infatti, proviene dalla sola amministrazione, sebbene i privati possono a diverso titolo essere coinvolti nel procedimento di formazione dello stesso provvedimento, cui vengono imputati gli effetti giuridici dell'atto; della *esecutività*, cioè della capacità dell'atto a produrre effetti giuridici nel momento in cui il destinatario ne viene a conoscenza; della *esecutorietà*, cioè della capacità dell'atto di essere portato ad esecuzione anche contro la volontà del destinatario. *Esecutorietà* che non è caratteristica di tutti i provvedimenti amministrativi ma è carattere soltanto di alcuni provvedimenti amministrativi in quanto espressione di uno specifico potere che viene riconosciuto alla pubblica amministrazione di portare ad esecuzione direttamente i propri provvedimenti. Ma il principale carattere del

provvedimento amministrativo è il suo essere finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico, quell'interesse che viene assegnato alla pubblica amministrazione e che ne giustifica anche la sua stessa istituzione.

Quanto alla struttura, nel nostro ordinamento manca una disciplina specifica relativa agli elementi costitutivi del provvedimento amministrativo, a differenza di quanto espressamente previsto per il contratto all'interno del codice civile. E così sul punto si sono registrati diversi orientamenti dottrinali che hanno proposto differenti ricostruzioni che poi sono, nella loro diversità, all'origine di una serie di problemi registrati con riferimento alla ricostruzione della teoria dell'invalidità del provvedimento amministrativo anche alla luce della disciplina contenuta nella legge sul procedimento amministrativo.

In linea generale si può ritenere che elementi essenziali del provvedimento amministrativo siano: il soggetto, l'oggetto, il contenuto, la forma e i motivi.

Senza scendere nel dettaglio delle diverse opinioni che si sono registrate soprattutto con riferimento alla rilevanza del soggetto, cioè dell'organo amministrativo che adotta l'atto, che in quanto autore dello stesso potrebbe non rilevare come elemento costitutivo dell'atto, nonché dell'oggetto, soprattutto al fine di identificarne la rilevanza nella prospettiva della valutazione della validità o invalidità dell'atto, è interessante evidenziare la diversa rilevanza che i motivi hanno via via assunto nella ricostruzione dogmatica del provvedimento amministrativo. Quei motivi dai quali devono emergere le ragioni, in fatto e in diritto, che sorreggono la scelta adottata dall'amministrazione e che legano, o se si vuole rendono palese, la dimensione funzionale del provvedimento amministrativo. Ed è in questa prospettiva che la dottrina ha inizialmente ritenuto superfluo parlare di causa del provvedimento amministrativo, ciò in quanto la funzione del provvedimento amministrativo risulta predeterminata dalla legge. Ma le ricostruzioni avanzate dalla dottrina, in particolare il riferimento è ai lavori di Zanobini e Giannini, sono via via risultate limitative nella prospettiva di una concreta individuazione dell'interesse pubblico effettivamente perseguito nel caso concreto dall'amministrazione¹⁵. In questo contesto, la causa del provvedimento amministrativo, esplicitata nella proiezione strutturale di una precisa articolazione dei motivi per i quali il provvedimento è stato adottato, finisce per essere collocata in secondo piano, secondo una logica opposta a quella proprio del diritto privato. Mentre nel diritto privato ciò che rileva nella struttura del negozio giuridico è la causa, e i motivi assumono una rilevanza sono in casi eccezionali, nel diritto amministrativo i motivi per il quale l'atto viene adottato rappresentano l'ossatura sulla quale l'atto stesso si poggia. E per questo non è eccentrica la rilevanza

¹⁵ Sul punto, M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2004.

che lo stesso legislatore attribuisce alla stessa esternazione dei motivi che, però, non vanno a comporre la schiera degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, dal momento che mancanza o insufficienza non determina la nullità del provvedimento amministrativo ma solo la sua annullabilità.

Quanto alla forma del provvedimento amministrativo, fatta eccezione per le ipotesi patologiche in cui il silenzio dell'amministrazione, cioè la mancata adozione di una decisione espressa, viene dal legislatore a questa equiparata, per i provvedimenti amministrativi vale la regola della forma scritta, che, però, non è assistita da particolari formalità, potendo dunque ritenersi valido qualsiasi atto scritto che contenga i reali elementi essenziali del provvedimento amministrativo e cioè il contenuto decisionale e la sua esternazione. E seguendo questa linea la dottrina ha riconosciuto che «è sufficiente, perché il provvedimento sia considerato esistente, che vi sia un regolamento di interessi (contenuto decisionale) in forma conoscibile (esternato) e riferibile a un organo tributario del potere di adottarlo»¹⁶.

5. *L'invalidità del provvedimento amministrativo*

In questo contesto sostanziale la dottrina ha poi approfondito il tema della invalidità del provvedimento amministrativo intesa come macrocategoria nella quale rientrano tanto le ipotesi di nullità quanto quelle di annullabilità, ciascuna, a propria volta, suscettibile di ulteriori modulazioni al proprio interno che consentono di soddisfare «più sostanziali esigenze di comprensione dei meccanismi di bilanciamento sociale degli ordinamenti contemporanei»¹⁷.

Se si considera l'evoluzione che potere e interesse legittimo hanno subito nel nostro ordinamento, e in particolare l'assoggettamento del potere a principi e valori propri di una matrice di democratizzazione del potere, si comprende anche perché storicamente il sistema delle invalidità di diritto amministrativo si sia formato pressoché per intero in sede giurisprudenziale e con una prevalenza di una dimensione formale. L'articolo 26 del testo unico del Consiglio di Stato individuava i tre vizi di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, che sono stati poi racchiusi nella categoria della illegittimità del provvedimento amministrativo cui conseguiva, per espressa previsione dell'articolo 45, la reazione processuale consistente nell'annullamento dell'atto impugnato. Schema che poi è confluito negli articoli 29 e 34 del codice del processo amministrativo che ne ricalcano sostanzialmente i contenuti.

¹⁶ AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., IV ed. 2015, 301.

¹⁷ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 25.

Pur avendo originariamente sede in un testo processuale, tali previsioni hanno sempre avuto rilievo di norme di diritto sostanziale e però si è dovuto attendere il 1990, con l'emanazione della legge sul procedimento amministrativo, o meglio il 2005 quando si è operata una parziale riscrittura della legge sul procedimento amministrativo, per assistere a una consacrazione sostanziale dei vizi del provvedimento amministrativo all'interno della categoria della annullabilità del provvedimento amministrativo. Si è così delineata una consequenzialità logica tra illegittimità del provvedimento amministrativo, che indica le peculiarità dello stato viziato tipico del provvedimento, e la sua annullabilità, intesa quale conseguenza giuridica della illegittimità, condizionata dalla dimensione sostanziale e funzionale del provvedimento amministrativo. Infatti, rispetto all'impostazione privatistica, il giudizio di validità del provvedimento ha sin dall'inizio privilegiato la correttezza dell'esercizio del potere e, entro certi limiti, la idoneità del comportamento amministrativo alla cura dell'interesse pubblico, giungendo a decretare le carenze strutturali, quale i vizi della volontà e della esternazione.

E così la diversa pregnanza degli aspetti funzionali rispetto al dato strutturale ha spinto verso il rifiuto della categoria della invalidità, poggiata sullo schema logico giuridico del contratto, in favore della figura della (il)legittimità/annullabilità. Figura che, con il crescere della procedimentalizzazione dell'azione dell'amministrazione, riferita prevalentemente alla sua dimensione normativa e, dunque, con il crescente assoggettamento del concreto esercizio di potere alle norme, cogenti, di carattere generale speciale, integrate da una serie di regole di azione di giudizio elaborate dalla giurisprudenza, ha portato a una estensione dell'ambito del sindacato del giudice amministrativo che va ben al di là della mera dimensione formale del provvedimento amministrativo.

Ma nonostante l'introduzione, nel 2005, di uno specifico capo all'interno della legge sul procedimento amministrativo, espressamente dedicato alla efficacia e all'invalidità del provvedimento amministrativo, con l'introduzione anche di una espressa disciplina della nullità del provvedimento amministrativo, non si è assistito alla predisposizione di una disciplina generale della validità del provvedimento amministrativo, né tantomeno è stata offerta una definizione, che sarebbe stata una vera opportuna nel momento in cui si è deciso di inserire disposizioni quali quelle sulla nullità e sulla non annullabilità del provvedimento amministrativo, innovative rispetto al quadro teorico tradizionale.

6. *L'annullabilità e la nullità del provvedimento amministrativo*

L'articolo 21 *octies*, riproponendo lo schema tradizionale, dispone che «è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o vi-

ziato da *eccesso di potere o da incompetenza*». Negli articoli successivi le cause di illegittimità (ossia i vizi di violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza) vengono ridisegnati nei propri confini e nei propri contenuti sia a seguito della introduzione delle cause di nullità elencate nell'articolo 21 *septies*; sia in ragione della previsione di ipotesi di non annullabilità introdotte al comma 2 dell'articolo 21 *octies*; sia in ragione del rinvio espresso ai principi dell'ordinamento comunitario contenuto nell'articolo 1 della legge.

Con specifico riferimento ai vizi di legittimità del provvedimento amministrativo, è ormai opinione comune che violazione di legge e incompetenza indichino entrambe casi di difformità dell'atto rispetto alla relativa disciplina normativa. Mentre l'incompetenza deriva da una violazione della disposizione che assegna poteri ad organi all'interno di un'amministrazione, ricomprendendo anche quei vizi relativi al verificarsi dei presupposti per l'esercizio in concreto del potere da parte dell'organo, ovvero relativi alla struttura dell'organo come nell'ipotesi della costituzione e funzionamento degli organi collegiali, la violazione di legge è destinata a raccogliere ogni altra violazione di norme giuridiche, anche di rango diverso dalla legge quali quelle contenute nei regolamenti.

Con l'emanazione della legge generale sul procedimento amministrativo alcune violazioni (si pensi a quelle relative alla motivazione, agli adempimenti formali e procedurali), per essere previste direttamente da norme scritte, sono transitate nella categoria della violazione di legge, laddove, in precedenza, tali vizi confluivano nell'ambito dell'eccesso di potere che consente un accertamento non diretto ma indiretto dell'illegittimità dell'azione dell'amministrazione.

Ruolo centrale nel percorso verso un sempre più penetrante controllo dell'azione dell'amministrazione e, dunque, dell'esercizio della discrezionalità amministrativa riconosciuta al cosiddetto eccesso di potere. Si tratta di vizio composito che raccoglie in sé ipotesi tra loro eterogenee emerse a seguito di una lunga in lavorazione dottrinale giurisprudenziale¹⁸.

Nell'idea originaria del legislatore del 1889, che ha creato il giudice amministrativo istituendo la quarta sezione del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere indicava lo straripamento di potere, ossia l'ipotesi in cui l'amministrazione, nella direzione del provvedimento, superava i limiti del potere che la legge riconosce non solo all'organo che ne era l'autore, ma all'intero apparato amministrativo complessivo, per impinguare in aree riservate agli altri poteri dello Stato.

Sin dalle prime decisioni, però, il giudice amministrativo ne individua il nucleo originario nella contrarietà allo spirito della legge, ovvero, seguendo l'esperienza francese, nello sviamento di potere inteso come difformità tra lo scopo legale e lo scopo reale del provvedimento amministrativo.

¹⁸ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, 1 ss.

Stante l'assenza di una chiara definizione normativa, l'eccesso di potere si è caratterizzato quale vizio della funzione, ossia quale forma di invalidità correlata all'uso non corretto del potere discrezionale, tanto che nel corso degli anni si è affermata la natura indiretta del vizio che era conoscibile non solo direttamente, cioè attraverso il confronto fra fattispecie astratte e fattispecie concreta, ma indirettamente attraverso il controllo di alcune figure sintomatiche quali quelle ascrivibili all'ambito della irragionevolezza dell'agire amministrativo quale la contraddittorietà palese tra due atti del procedimento o tra due provvedimenti aventi il medesimo oggetto; o ancora la illogicità all'interno del medesimo provvedimento tra motivazione e dispositivo, ovvero tra provvedimento e un atto a contenuto generale o comunque di autolimitazione ovvero di interpretazione quale può essere una circolare emanata dalla stessa amministrazione. Quali ulteriori figure sintomatiche vengono considerate anche quelle ipotesi nelle quali il vizio emerge sotto un altro profilo, ossia in relazione al risultato sostanziale dell'azione amministrativa. Tra queste, importanti anche per l'evoluzione che hanno subito nel tempo, sono la disparità di trattamento, l'erroneità o il travisamento dei fatti, l'incompletezza dell'istruttoria e l'ingiustizia manifesta.

L'evoluzione dell'eccesso di potere, dal momento della emersione delle figure sintomatiche, è proseguita in epoca più recente lungo diverse direttrici che hanno teso privilegiare una configurazione dell'eccesso di potere non più come vizio a cognizione indiretta ma come vizio a cognizione diretta rapportata alla violazione da parte dell'amministrazione di principi che, anche se scritti in testi legislativi, devono essere presi in regole concrete e specifiche mediante l'opera del giudice. E così sono entrati nel perimetro di applicazione dell'eccesso di potere principi quali l'irragionevolezza, l'illogicità, la violazione del principio di proporzionalità. Una linea di approfondimento che, attraverso il canale dell'eccesso di potere, apre la via, non sempre pienamente percorsa, di un accesso alla cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo.

Attenzione alla dimensione sostanziale che trova una conferma anche nella previsione contenuta al comma 2 dell'articolo 21 *octies* della legge sul procedimento amministrativo relativo alle ipotesi di non annullabilità del provvedimento amministrativo: «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis».

Si tratta di due previsioni profondamente diverse quanto ad ambito di applicazione, perché l'una si applica ai provvedimenti vincolati, recita infatti il secondo comma che «*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*», l'altra invece riguarda tutti i provvedimenti e fa riferimento a quelle ipotesi in cui l'avvio del provvedimento non sia stato comunicato a quei soggetti che del provvedimento debbono subire le conseguenze.

Il vizio della nullità, invece, trova ingresso nel nostro sistema soltanto nel 2005 con la introduzione dell'articolo 21 *septies* all'interno della legge sul procedimento amministrativo che individua le ipotesi di nullità nella mancanza degli elementi essenziali, nel difetto assoluto di attribuzione, nel fatto che il provvedimento sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi previsti dalla legge. La prima ipotesi di nullità richiamata, quella relativa alla mancanza degli elementi essenziali, risente della mancata definizione a livello normativo, a differenza di quanto avviene con riferimento ai requisiti essenziali del contratto (art. 1325 del codice civile), di una espressa previsione normativa che disciplini la struttura del provvedimento. Anche nell'esperienza giurisprudenziale, segnata dalla rilevanza riconosciuta agli aspetti relativi alla formazione del provvedimento e alla sua rispondenza all'interesse pubblico, non si ravvisa, al di là di qualche isolata decisione, una vigorosa considerazione degli elementi costitutivi del provvedimento.

Nella casistica tradizionale, che fa omaggio alla impostazione civilistica, sono ricondotte alla categoria della nullità strutturale le ipotesi di indeterminazione, impossibilità e illiceità del contenuto del provvedimento; di difetto e liceità della causa, ricostruita in termini moderni, come rispondenza dell'atto all'interesse pubblico; le patologie relative al soggetto quali i vizi relativi all'investitura o alla costituzione del soggetto che ha adottato il provvedimento; la mancanza della volontà dell'amministrazione o, più correttamente, della decisione come nelle ipotesi in cui la volontà del funzionario si sia formata in modo non libero e spontaneo ma in ambiente collusivo penalmente rilevante; il difetto della forma essenziale del provvedimento, come ad esempio nel caso di mancata verbalizzazione della deliberazione degli organi collegiali; l'inesistenza dell'oggetto, variamente inteso come bene su cui cadono gli effetti dell'atto ovvero come destinatari delle trasformazioni giuridiche causate dall'atto.

Il difetto assoluto di attribuzione, invece, recepisce la figura della carenza di potere coniata dalla giurisprudenza, mentre la violazione dell'elusione di un precedente giudicato mira a garantire l'ottemperanza alle decisioni assunte dal giudice amministrativo o dal giudice civile. Il vizio della nullità ha trovato poi

un completamento all'interno della disciplina del codice del processo amministrativo che, trattando proprio dell'azione di nullità, stabilisce una disciplina della nullità assai diversa dal modello civilistico. Ad esempio, assoggetta l'azione a un termine di decadenza di 180 giorni, non rendendo affatto scontata la applicazione della disciplina sostanziale civilistica alle fattispecie nulle del diritto amministrativo.

7. *Qualche spunto di riflessione conclusiva*

Dalle riflessioni riportate nelle pagine precedenti, emerge come l'elaborazione del provvedimento amministrativo, nel nostro sistema, abbia rivestito un ruolo cruciale nel controllo dell'azione dell'amministrazione, poiché rappresenta l'atto concreto attraverso il quale l'autorità pubblica esercita le sue funzioni. E così, la formalizzazione non solo del contenitore (provvedimento amministrativo) ma anche delle regole che l'amministrazione è tenuta a seguire per giungere alla sua emanazione ha consentito lo sviluppo di percorsi di riflessione che hanno proiettato l'azione dell'amministrazione in una dimensione che, abbandonata la mera copertura formale, si è aperta verso una estensione sostanziale in cui l'esercizio di potere non viene più valutato, e considerato legittimo, in ragione della mera osservanza di parametri formali, ma viene valutato, nella sua validità ed efficacia, anche in relazione ai quei profili sostanziali che attengono maggiormente alla definizione dell'assetto di interessi (pubblici e privati) definiti nell'atto, alla funzione amministrativa come attività finalizzata alla soddisfazione di un interesse pubblico, e non solo, nel contesto dei parametri costituzionali del buon andamento, dell'imparzialità e, non da ultimo, dell'equilibrio di bilancio, assicurando un sistema di governance nel quale il potere dell'amministrazione viene bilanciato con i diritti dei cittadini. Dimensione sostanziale, e quindi di tutela del privato, che si individua come esigenza comune, anche se con una diversa impostazione teorica, nelle riflessioni di Gordillo.

Proprio in quest'ottica, anche il sistema delle invalidità, del potere di revoca, della stabilità del rapporto amministrativo che dagli stessi poteri è inciso deve andare oltre il singolo vizio, ma si deve fare riferimento agli effetti dello stesso, al grado di influenza delle difformità sulle aspettative del privato.

Nella prospettiva del giudizio amministrativo e quindi della tutela processuale, anche la cognizione sull'atto – e quindi il sindacato sul vizio – si deve operare una ponderazione del peso del vizio e quindi degli effetti, il che non implica una limitazione di garanzie, ma, al contrario, emerge una rinnovata visione in favore della legittimazione democratica del potere. L'estensione degli effetti della cognizione del potere giurisdizionale nel giudizio sull'atto compor-

ta un ampliamento della conoscenza del fatto, dell'atto, del vizio e dei relativi effetti, in virtù del quale proprio il potere amministrativo e i relativi provvedimenti, attraverso le clausole generali, fissano il precetto concreto apprezzando gli interessi e declinando quello pubblico.

LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA ALLA PROVA DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA AUTOMATIZZATA

MARIA IMMORDINO* e NICOLA GULLO**

1. Nell'opera scientifica di Augustin Gordillo il tema della discrezionalità amministrativa assume un rilievo centrale, analizzato anche nelle sue linee evolutive offre interessanti intuizioni sull'approdo più recente del potere discrezionale, sotto il profilo sostanziale e processuale, con profonde analogie con i percorsi ricostruttivi della dottrina e della giurisprudenza italiana.

In questo scritto, considerata l'ampiezza del tema, non saranno trattati alcuni argomenti specifici, pur di generale interesse, come quello relativo alla c.d. discrezionalità tecnica, mentre si cercherà di approfondire quegli aspetti più innovativi che discendono dall'implementazione delle nuove tecnologie informatiche nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni (R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, 2020), soprattutto dal ricorso sempre più frequente all'intelligenza artificiale (L. Floridi, F. Cabitza, 2021; A. Jean, 2021) nello svolgimento dell'attività amministrativa (Balkin, 2017; per una valutazione degli impatti sullo società v. P. Benanti, 2020).

Peraltro, in quest'ottica, la riflessione sarà limitata al procedimento algoritmico discrezionale, senza prendere in considerazione le ipotesi meno problematiche sul piano giuridico dell'attività vincolata automatizzata e del provvedimento informatico "tacito", di accoglimento o di rigetto (L. Torchia, 2023).

È proprio con riguardo in particolar modo al potere discrezionale che la nuova legalità algoritmica pone infatti una sfida di compatibilità con i principi tradizionali del diritto amministrativo, come enucleati dalla giurisprudenza, con l'apporto determinante della dottrina (F. G. Scoca, 2021).

Perché, l'uso degli algoritmi, anche se elimina gli errori umani nell'analisi e nell'impiego di una molteplicità di informazioni e di dati, c.d. *big data* (M. Delmastro-A Nicita, 2019; G. Azzone e F. Caio, 2020), al contempo sembra sottrarre al pieno controllo umano l'esito delle operazioni algoritmiche particolarmente complesse e, quindi, in ultima istanza l'elaborazione della decisione amministrativa (E. Carloni, 2019).

2. Nell'ambito della scienza giuridica contemporanea si è andata affermando l'idea di una crisi della discrezionalità amministrativa, prospettandosene ad-

* Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università LUMSA.

** Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo.

dirittura il suo *azzeramento*, quale riflesso, da un lato, della crisi dello Stato di diritto e degli ordinamenti costituzional-democratici (A. Sandulli, 2023), dall'altro, della diffusione delle nuove tecnologie, quali strumenti di modernizzazione dell'amministrazione e di semplificazione del suo funzionamento, che hanno imposto una rimeditazione di molti degli istituti, come, per esempio i contratti pubblici (D. U. Galetta, 2023; G. Racca, 2019; R. Cavallo Perin, M. Lipari, G. Racca, 2024; M. Spasiano, 2023) e modelli giuridici del diritto amministrativo e, in particolare, del procedimento amministrativo (L. Torchia, 2023; D. U. Galetta, 2022; G. Avanzini, 2018).

Parte della dottrina si spinge sino al punto di configurare l'*esaurimento* del potere amministrativo alla luce di una interpretazione estensiva del principio del *ne bis in idem* che emergerebbe dall'art. 3 della L. 241/90 (M. Trimarchi, 2018); altra ad auspicare un maggiore controllo del giudice sulle scelte discrezionali dell'amministrazione (E. Follieri, 2023), obiettivi, invece, considerati incompatibili con i principi propri dello Stato di diritto da chi ripropone una lettura rigorosa della separazione dei poteri (S. Civitarese Matteucci, 2009).

In una diversa prospettiva, le impostazioni precedentemente illustrate sono state considerate inadeguate ad un ridimensionamento della discrezionalità amministrativa. Nel primo caso i presupposti normativi invocati sono ritenuti insufficienti, sia perché la copertura offerta dall'art. 3 della L. 241 non è di per se idonea a giustificare un tale ridimensionamento del potere discrezionale, vuoi perché manca una stretta formulazione legislativa del divieto del *ne bis in idem*, vuoi perché una tale preclusione lascerebbe comunque al di fuori "*i segmenti della discrezionalità amministrativa che non sono coperti dal giudicato*" (A. Zito, 2023; al riguardo anche G. Greco, 2019).

Con riferimento alla seconda impostazione è stato osservato che l'obiettivo di "*addomesticare*" il potere discrezionale non è in contrasto con le esigenze dello Stato democratico di diritto a condizione che non si pretenda di passare ad una "*assolutizzazione*" del controllo giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione (A. Zito, 2023).

In un'ottica differente, la rivisitazione della teoria della discrezionalità amministrativa viene proposta, superando il tradizionale principio di ragionevolezza e assumendo come parametro di controllo il principio di razionalità (economica) (A. Zito, 2023). Si tratta di una ricostruzione, particolarmente suggestiva e molto ben argomentata, che si allontana dal paradigma classico della discrezionalità amministrativa di matrice gianniniana (confermato, tra gli altri, da A. M. Sandulli, 1989, e F. Benvenuti, 1994; e successivamente nei manuali di diritto amministrativo, tra gli altri, di E. Casetta, 2024; F. G. Scoca, 2021; G. Corso, 2023), perché non riconduce più alla comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi secondari, pubblici e privati, assunti nel pro-

cedimento amministrativo, la specificità della scelta discrezionale posta in essere dall'amministrazione. Tale ponderazione viene, quindi, respinta, perché appare sempre connotata da un profilo di politicità che rende poco incisivo il sindacato di ragionevolezza, mentre il ricorso alla teoria della scelta razionale preconstituisce una fattispecie più precisa entro cui sussumere la fattispecie concreta, così da permettere la *massimizzazione* della cura dell'interesse pubblico e la sua *ottimizzazione* dal punto di vista sociale.

Tuttavia la dottrina giuspubblicistica, nel suo complesso, e la giurisprudenza amministrativa, sono ancora orientate a preservare un modello comparativo per l'esercizio discrezionale del potere amministrativo, giacché il parametro di razionalità non sembra adattarsi a tutte le fattispecie amministrative disciplinate dall'ordinamento.

Se l'approccio gianniniano mantiene ancora una sua validità, pur in presenza di una legislazione amministrativa che punta sempre di più alla "*normativizzazione*" della discrezionalità (G. Corso, 2023), sotto la spinta del diritto dell'Unione europea, come peraltro segnalato anche nei contributi teorici di Gordillo (2013), nondimeno con la progressiva digitalizzazione dell'attività amministrativa e con l'ampio ricorso agli algoritmi si pongono le condizioni per un ripensamento delle forme tradizionali dell'esercizio del potere amministrativo e per il passaggio dal procedimento amministrativo tradizionale al procedimento algoritmico con la conseguente automazione della decisione amministrativa (J. Cobbe, 2021; A. Cassatella, 2021).

3. La transizione digitale nell'ambito dell'amministrazione pubblica non è stata esente da difficoltà organizzative e incertezze giuridiche, però l'ordinamento amministrativo si sta rapidamente evolvendo nella direzione di una generale copertura giuridica all'amministrazione algoritmica attraverso il riconoscimento della c.d. legalità algoritmica. A riguardo la dottrina giuspubblicistica non ha mancato di sottolineare come si possano rinvenire nell'ordinamento italiano almeno due norme generali che disciplinano e sollecitano l'uso delle nuove tecnologie informatiche per lo svolgimento delle attività amministrative.

La prima si rinviene nell'art. 3 *bis* della L. 241 del 1990 che abilita le amministrazioni ad avvalersi degli strumenti informatici e telematici nei rapporti interni, con altre amministrazioni e con i soggetti privati, "*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività*".

La seconda norma di ordine generale si rinviene nell'art. 12 del CAD che addirittura *impone* alle amministrazioni l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per dare attuazione ai principi generali del diritto amministrativo e assicurare l'effettivo rispetto dei diritti dei cittadini e delle imprese. A ciò si aggiunga che nell'ordinamento dell'Unione europea il RGPD,

nel momento in cui prevede il diritto di qualsiasi soggetto di “*non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato*”, implicitamente ammette, in termini generali, la possibilità di una procedura automatizzata per l’adozione delle decisioni amministrative (O. Pollicino, 2024). Non va dimenticato, inoltre, che a questo ampio ricorso alle nuove tecnologie per l’azione amministrativa è correlata una nuova gamma di diritti individuali di nuova generazione che nell’insieme danno luogo allo Statuto giuridico della cittadinanza digitale (F. Cardarelli, 2015; M. Pietrangelo, 2020).

4. Questo nuovo quadro tecnologico esteso all’agire amministrativo, se per un verso introduce elementi di straordinaria semplificazione ed efficienza amministrativa, perché l’applicazione della regola algoritmica riduce i tempi delle operazioni di calcolo consentendo l’esame di una grande quantità di dati per individuare la soluzione in grado di risolvere il problema amministrativo (F. Ledda, 1987), per altro verso è un fattore di stress per l’ordinamento amministrativo e per il sistema di giustizia amministrativa, in quanto risulta molto più complesso il controllo giudiziale sull’attività amministrativa, oltre che a comportare una serie di rischi per i destinatari della decisione amministrativa automatizzata.

Lo scarso grado di trasparenza o comunque di difficile conoscibilità che contraddistingue l’iter procedurale della decisione amministrativa automatizzata riduce le garanzie procedurali e rende più gravoso ed incerto l’esercizio dei diritti di partecipazione e di accesso, anche se formalmente disciplinati dalla legislazione amministrativa.

In particolar modo sono due le questioni che si impongono all’attenzione degli studiosi e degli operatori del diritto nella nuova frontiera dell’amministrazione digitale.

Certamente occorre domandarsi fino a che punto l’amministrazione pubblica può affidare l’elaborazione della decisione amministrativa agli algoritmi, senza violare i principi costituzionali sull’attività amministrativa, oltre al diritto, ex art. 41 CDUE, ad una buona amministrazione (D.U. Galetta, 2022), e la necessaria preordinazione della funzione amministrativa alla cura degli interessi pubblici. Ebbene, anche se la normativa sulla digitalizzazione è ancora carente di regole specifiche in merito all’ambito decisionale che può essere coperto dal ricorso all’algoritmo, nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa stanno affiorando precise indicazioni sul rapporto che deve sussistere tra controllo umano e operazioni algoritmiche.

In particolare con il riconoscimento della c.d. “*riserva di umanità*” (G. Gallone, 2023) i giudici amministrativi hanno stabilito, con riferimento alle ipotesi di esercizio di un potere discrezionale, che le decisioni non possono essere as-

sunte in via esclusiva in modalità algoritmica, ma occorre sempre un intervento umano anche per consentire al funzionario pubblico di adottare le misure più idonee per prevenire ed eliminare i possibili errori connessi all'uso dell'intelligenza artificiale (Cons. St., n. 881/2020).

L'altra delicata questione, alla precedente strettamente collegata, riguarda l'intensità del sindacato giurisdizionale. Anche in questo caso gli organi della giurisdizione amministrativa hanno svolto una fondamentale opera di integrazione e di completamento del quadro normativo di riferimento, individuando i principi e le condizioni generali che supportano la legittimità della scelta algoritmica imputabile all'amministrazione attraverso la procedura automatizzata (S. Tranquilli, 2022). In questo senso tra i criteri evocati dalla giurisprudenza amministrativa si segnala l'esigenza di assicurare la conoscibilità e la comprensibilità dell'algoritmo. E se non è richiesta una apposita norma di legge a supporto della decisione algoritmica, essendo l'amministrazione libera di scegliere tra il procedimento tradizionale e quello algoritmico, diversamente è sempre richiesta la motivazione, ossia l'indicazione delle ragioni sottese alla scelta della decisione robotica. Ragioni dalle quali devono emergere i possibili effetti positivi che la decisione algoritmica è in grado di dispiegare nella cura dell'interesse pubblico. Considerato il vincolo teleologico che contraddistingue il potere amministrativo, indipendentemente dalle modalità del suo esercizio.

5. La crisi della discrezionalità evocata nella letteratura giuridica più recente trova nello scenario digitale in cui si svolge l'attività amministrativa ulteriori fattori di amplificazione, ma al contempo anche motivi, come si è già detto, per una sua perdurante centralità nell'ordinamento amministrativo.

Una centralità che trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato.

Il Giudice delle leggi nella sentenza n. 116 del 2020 ha sancito una riserva di procedimento amministrativo, creando una forma di barriera al potere legislativo d'urgenza finalizzato ad occupare spazi di discrezionalità amministrativa. In particolare, il Giudice costituzionale ha affermato l'illegittimità di una legge provvedimento, attribuendo una particolare valenza all'istituto della partecipazione procedimentale, quale strumento di garanzia e trasparenza dell'azione amministrativa.

Secondo la Corte, pur non sussistendo una riserva di amministrazione, il procedimento amministrativo con le sue garanzie partecipative per i soggetti privati non può essere sostituito da un atto legislativo che, per sua natura, risulta privo delle medesime garanzie partecipative. Nella pronuncia in commento si legge che *“se è vero che in linea di principio la tutela giudiziaria non viene meno per il trasferimento del contenzioso alla giurisdizione costituzionale (...), è*

anche vero che non può non considerarsi che in casi come quello in esame vengano in rilievo mancanze, quali il difetto di partecipazione degli interessati, che non si potrebbero addebitare all'atto legislativo, in quanto fisiologicamente estranee al relativo procedimento”.

In tal modo si afferma la centralità del procedimento e degli strumenti di partecipazione, i quali concorrono alla definizione del provvedimento finale sulla base di una necessaria ponderazione in concreto con l'interesse pubblico di riferimento.

Inoltre, anche nella più recente giurisprudenza amministrativa (Cons. St. Sez. VI, n. 8167/2022) viene ribadito il ruolo fondamentale del potere discrezionale nella composizione degli interessi costituzionalmente protetti, a maggior ragione in questa fase di transizione ecologica e digitale dell'apparato economico e del sistema amministrativo.

Per quanto non sia revocabile in dubbio che il contesto socio economico attuale, la crisi di legittimazione delle istituzioni politiche, la sovrapposizione tra le fonti normative in un ordinamento multilivello (A. Sandulli, 2023; F. Manganaro, 2019) contribuiscano a ridimensionare e a comprimere la sfera di discrezionalità amministrativa, favorendo anche fenomeni di deresponsabilizzazione e di fuga dalla decisione amministrativa (L. Giani, 2019; M. A. Sandulli, 2020), dalla più recente legislazione riformista e dagli orientamenti della giurisprudenza viene confermata l'imprescindibilità dell'attività discrezionale dell'amministrazione nell'attuazione delle politiche pubbliche europee e nazionali, anche se nel nuovo assetto giuridico si assiste ad uno sforzo costante di perimetrazione della discrezionalità amministrativa per ricomporre ancora una volta la logica del risultato e l'incisività del sindacato giurisdizionale (M. Spasiano, 2003).

COMENTARIOS ACERCA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

POR MIRIAM MABEL IVANEGA¹

SUMARIO: 1. Introducción, – 2. Eficacia, eficiencia y verdad material. La buena administración, – 3. Inactividad y razonabilidad de los plazos, – 4. La reforma de la ley 19.549, – 5. En conclusión

1. *Introducción*

“El tema de la lentitud del procedimiento y su lesión a la efectividad de la tutela está presente desde tiempo inmemorial en el derecho, pero ha comenzado a constituirse en su *leit motiv*”².

GORDILLO resumió en la frase transcrita lo que pretendíamos tratar en los siguientes párrafos; motivo por el cual deberíamos concluir aquí el análisis del tema.

Si bien en palabras de este profesor la prolongación en la tramitación de los asuntos se presenta tanto en la Administración como en la justicia, nos limitaremos a la primera, sin desconocer la importancia de contar con una justicia oportuna, pues “sabido es también que la eficacia real de las sentencias judiciales de condena patrimonial a la administración por responsabilidad extracontractual son tan demoradas en el tiempo y de tan difícil ejecución como para tornarlas ilusorias para la mayoría de los mortales”³.

La mora en los procedimientos administrativos implica una inactividad que configura una irregularidad que debe ser corregida pero también sancionada.

En función de las modalidades que presenta la inactividad ha sido clasificada en material y formal. La primera se vincula a “no hacer” de la Administración en el marco de sus competencias generales, que se combate a través de diversas vías administrativas y judiciales vinculadas al derecho sustancial en

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Abogada (Universidad de Buenos Aires). Directora de la Maestría en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y de la Especialización en Administración y Control de la Universidad Nacional de La Pampa. Profesora de grado y posgrado en numerosas universidades.

² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, El procedimiento administrativo, T 4, Buenos Aires, F.D.A., 2016, Cap. VIII-1.2

³ *Ibidem*.

debate. La segunda alude a su pasividad dentro de un procedimiento administrativo, es decir en el ámbito de una relación jurídica procesal entre la Administración y el particular.

La falta de conservación de los bienes del dominio público, la no adopción de medidas de policía, todas aquellas inactividades que podrían dar lugar incluso a la responsabilidad del Estado por omisión, constituyen inactividad material. La inactividad formal, en cambio, es analizada al estudiarse la figura del “silencio administrativo”⁴.

A pesar de esta distinción, la doctrina argentina reconoce que la clasificación entre formal y material contiene algún ingrediente de confusión, en la medida en que detrás de la inactividad formal existe también un basamento sustantivo, es decir una “actividad material que se ha llevado a cabo o que se ha omitido realizar”⁵.

Lo cierto es que en la inactividad – sin perjuicio de la violación de los derechos fundamentales – entran en juego una serie de principios generales del derecho, entre ellos los de eficacia, eficiencia y la verdad material cuyo análisis en el marco de la buena administración permiten interpretar el deber de las administraciones de cumplir con los plazos.

En otras palabras, consecuencia del ejercicio de la competencia dirigida a cumplir con los objetivos institucionales, la “no acción” implica la negación de los fines superiores del Estado Constitucional de Derecho y por ende la transgresión a los derechos fundamentales de los particulares.

Ello porque en el contexto de la internacionalización del derecho y la consagración de tales derechos, la Administración pública debe poner a disposición del particular todas las herramientas para que pueda hacer valer sus derechos.

La persona como individuo y parte de una sociedad, se encuentra protegido frente a los avances injustos de los poderes públicos en su doble faz: por un lado, la Administración debe respetar a la ley; y por el otro el legislador debe respetar a la Constitución, a las Convenciones de Derechos Humanos y demás disposiciones supranacionales⁶.

De ahí que con razón se haya sostenido la importancia de pensar en una

⁴ Lisa, Federico, *La responsabilidad de los funcionarios por el silencio administrativo*, en Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, p. 903.

⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Las vicisitudes del silencio administrativo*, en Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Buenos Aires, N° 72, Abeledo Perrot, Abr.-Jun. 2010, p. 395/404.

⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. I, Cap. III-30, Buenos Aires, F.D.A., 2013.

organización pública diferente, permeable al nuevo orden jurídico, que se ajuste al sistema jurídico de derechos humanos, que provocó un impacto de imprevisibles consecuencias⁷.

2. Eficacia, eficiencia y verdad material. La buena administración

Estos principios se interrelacionan para dar contenido a la actividad estatal. Lograr un objetivo en términos constitucionales, utilizar los medios más idóneos para ello y perseguir la verdad de los hechos forman parte del centro medular de la Administración.

En cuanto a la eficacia y la eficiencia en el derecho administrativo se plantean dificultades, por la multiplicidad de fines a cargo de los órganos y entes públicos y su condicionamiento al principio de legalidad⁸

a. La *eficacia* es un principio que conduce de manera natural la actuación de los órganos que integran la Administración Pública, irradiándose a diversos sectores de la función y de la organización administrativa; por eso posee un contenido heterogéneo y no unívoco⁹.

Aplicable al Estado en general y a la actividad administrativa en particular, es exigido respecto de todo procedimiento administrativo, contratación administrativa, gestión económica-financiera. Con la pretensión de que se cumpla con la finalidad presente en cada una de las manifestaciones de la Administración, la eficacia también presupone que se remuevan todos los obstáculos que impiden lograr los objetivos.

En realidad, es propia de la naturaleza de toda organización, pública y privada, pues no puede concebirse empresa, organismo o ente público que carezca de objetivos, finalidades o propósitos que justifiquen su existencia.

Por eso tiene dos perspectivas, una que se concreta en la realización de las necesidades sociales y otra que tiene un efecto interno de la Administración pues debe cumplirse con ella para corregir los desvíos en su funcionamiento. Si bien se la ha vinculado a la productividad, aunque ésta identifica más el rendimiento en términos económicos de la organización.

⁷ Gutiérrez Colantuono, Pablo, *La Administración Pública, juridicidad y derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 270 y ss.

⁸ Jinesta Lobo, Ernesto, *Los principios generales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas*, en Constitución y Justicia Constitucional, disponible en <http://www.ernestojinesta.com>, p. 1/19.

⁹ *Ibidem*.

b. En cuanto a la *eficiencia* debe ser definida e interpretada en el marco del principio de juridicidad, pues la búsqueda y la aplicación de los medios idóneos para obtener objetivos no puede implicar la adopción de instrumentos contrarios al orden jurídico.

En el ámbito específico de la Administración Pública, ser eficiente no implica solamente utilizar instrumentos económicos o financieros, pues se vincula a la sana administración, a la transparencia y al adecuado uso de todos los recursos necesarios para lograr los fines estatales (humanos, técnicos, físicos, etc.).

Por eso, si bien se diferencia de la eficacia, tienen una zona común: la eficiencia implica el manejo y ejecución del gasto público, y la eficacia al logro de los fines propios de la actividad administrativa estatal “para lo cual se requiere la optimización de todos los recursos públicos”. Mucho más cuando se trata de procesos administrativos que involucran derechos fundamentales, lo que obliga a los funcionarios a una mayor atención a las personas y a sus circunstancias¹⁰.

Esos dos principios y la economía, se convirtieron en paradigmas de la nueva gestión pública a partir de las últimas décadas del siglo XX. La proyección del primero presupone un condicionamiento especial a los objetivos fijados por ello, que no pueden compararse con los perseguidos en el marco de las organizaciones privadas¹¹.

Otro concepto relacionado es el de efectividad; en el ámbito gerencial ese término es el fundamento del éxito. Mientras la eficiencia se preocupa de hacer bien las cosas, la efectividad atiende a hacer las cosas que corresponden.

En la Administración Pública, permite detectar los criterios relevantes para la resolución de un problema, es decir hacer lo correcto, a diferencia de la eficacia, que implica conseguir los objetivos establecidos y de la eficiencia, que supone realizarlo con la mejor asignación de recursos posibles, a lo que agregamos todo tipo de recursos y medio. “Se construye así, el de efectividad, como principio encaminado a conseguir la sostenibilidad de la Administración, no desde una perspectiva económica, sino social”¹².

Coincidimos con quienes sustentan que, respecto del ejercicio de las funciones públicas, la eficiencia tiene jerarquía constitucional en los países Iberoamericanos, por constituir un valor imprescindible para obtener el bienestar general y la prosperidad del país. Ello, puede apreciarse respecto de la estructura de

¹⁰ Sarría Olcos, Consuelo, *Los principios generales del derecho y el procedimiento administrativo en Colombia*, La Coruña, Junta de Castilla y León, Netbilo, 2008, p. 149, con cita de las Sentencias T-731-98, 559-98 y T-56-94 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹¹ Rastrollo Suárez, Juan José, *La evolución del principio de eficacia y su aplicación en el ámbito de la función pública: la evaluación del desempeño*, Universidad de Salamanca, 2017, Revista General de Derecho Administrativo, 45.

¹² *Ibidem*.

la Administración Pública, desde un punto de vista estático y dinámico, pues por un lado permite saber de qué manera se combinan sus componentes para producir el resultado esperado y por el otro lleva a considerar la actitud del aparato para responder a nuevas necesidades, con acciones adheridas al fin¹³.

c. La *verdad material* es un principio del procedimiento que, al perseguir la verdad de los hechos, a nuestro entender, es una manifestación del principio general de transparencia pública.

La verdad material por oposición al principio de la verdad formal, deriva en que mientras que en el proceso civil el juez en la práctica se constriñe, con ciertas limitaciones, a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver, se encuentra sujeto al principio de la verdad material y debe ajustarse a los hechos¹⁴.

Desde la óptica del procedimiento administrativo, carece de valor que el interesado por conveniencia personal, acepte como real un hecho o circunstancia que no sucedió o que omita mencionar situaciones fácticas que efectivamente se produjeron, pues es la Administración la que debe esclarecerlas y determinar las circunstancias y las condiciones, para luego decidir conforme a ello.

Si la administración no se ajusta a los hechos *materialmente* verdaderos, su acto tendrá un vicio; porque la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes. Por eso, esa decisión no puede depender de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso, la Administración debe ajustarse al principio de la verdad material¹⁵.

De ello se deriva, por ejemplo, que: i) el órgano administrativo está obligado a realizar todas las diligencias probatorias que tiendan a la averiguación de los hechos para luego fundamentar la decisión, prescindiendo de la alegación y demostración por el particular; ii) si los elementos de juicio existentes en la causa resultan insuficientes para demostrar los hechos controvertidos, el organismo administrativo debe arbitrar los medios conducentes para la solución del caso; iii) Resulta una conducta arbitraria de la Administración que no valore adecuadamente la prueba obrante en la causa y no produzca las necesarias para el esclarecimiento de los hechos, contrariando el principio de la verdad objetiva.

¹³ Mata Ismael, *Legalidad y eficiencia en la Administración pública*, en Ensayos de Derecho Administrativo, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 341 y 343.

¹⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 2, Buenos Aires, FDA, 2014, Cap. IX-46-48.

¹⁵ *Ibidem*.

d. Estos tres principios también encuentran sustento en la *buena administración*, que se compone por otros principios generales que impactan en el derecho administrativo: el procedimiento, el acto, los contratos, la función pública, los servicios públicos, la responsabilidad de los funcionarios públicos.

El instrumento internacional que la consagró fue la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (2000).

Su origen se ubica en el sometimiento de la Administración Pública al Derecho, lo que requiere que el aparato administrativo se adecue a los principios generales, entre los que se encuentran, en sentido negativo, el de interdicción de la arbitrariedad y en sentido positivo, los de racionalidad, congruencia y objetividad. Ello abre un compromiso con la mejora de las condiciones de vida de las personas, orientada a facilitar la libertad solidaria de los ciudadanos¹⁶.

Referirse a la buena administración, es aludir a una cantidad de variables sobre lo que se espera de la organización en el marco de las normas constitucionales. Estamos frente a una noción que debe componerse en cada caso, sin que ello impida encontrar parámetros comunes que se conviertan en exigencias concretas para la Administración.

Con esos fundamentos, la Carta Iberoamericana de derechos y derechos del ciudadano en relación a la Administración, aprobada en el año 2013, en el seno del CLAD, vincula a la *buena administración*, derecho fundamental arraigado en la dignidad del hombre, con el criterio de que los asuntos de naturaleza pública deban ser “tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana. En concreto, el derecho fundamental a la buena Administración Pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país”.

Si bien la referida Carta Iberoamericana priorizó la importancia de analizar, mejorar y evaluar la acción de la Administración Pública y los métodos por ella aplicados, esto no implica que los otros poderes estatales se encuentren exentos de cumplir similares principios y objetivos, ya que ellos identifican al actual Estado de Derecho.

En efecto, son los tres poderes estatales que, en el marco de sus competencias, deben propender al cumplimiento de los principios que permitan la satisfacción de los derechos del ciudadano, y que hagan posible la participación, la rendición de cuentas, la igualdad, la transparencia, etc¹⁷.

Es decir que la gestión directa está a cargo de la Administración, pero el

¹⁶ Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, *El Buen Gobierno y buena administración de las instituciones públicas*, Aranzadi, Madrid, 2006, p. 24/25.

¹⁷ Ivanega, Miriam M., *Control Público*, Cap. I, Astrea, Buenos Aires, 2016, Cap. III.

marco constitucional y legal que delimitan sus acciones, y el control judicial sobre éstas, conforman un sistema integrado.

Aquel instrumento internacional tiene una visión dinámica y sistémica en el abordaje de dicho vínculo, que abarca los diversos elementos que componen la Administración, entre ellos: los procedimientos (contables, administrativos, técnicos), los recursos presupuestarios, los servicios tecnológicos, los servidores públicos, los controles y evaluaciones y por supuesto la interacción con el ciudadano.

El Preámbulo expresa que tal derecho adquiere una triple funcionalidad:

i) principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo;

ii) obligación de toda Administración Pública derivada de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho y,

iii) desde la perspectiva de la persona: un genuino y auténtico derecho fundamental, del que se derivan, una serie de derechos concretos, que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas.

3. *Inactividad y razonabilidad de los plazos*

a. Los regímenes normativos suelen establecer mecanismos de defensa frente a la inactividad administrativa, la figura del *silencio* es uno de ellos.

El silencio es la falta u omisión, pasividad ante la petición de un particular. Es la sustitución de la expresión concreta del órgano administrativo por la manifestación abstracta que una norma jurídica previene y de la que deriva una presunción a favor del administrado. La trascendencia de la teoría del silencio administrativo, entonces, reside en que de ella surge determinado valor y significado de la conducta omisiva¹⁸.

La regulación de esta figura puede efectuarse de tres formas: i) estableciendo un principio general de aplicación cada vez que se presente un caso de silencio; ii) determinando específicamente la solución para cada supuesto; iii) incluyendo un sistema combinado fijando un principio de carácter general y a su vez aplicaciones concretas o excepciones¹⁹.

La doctrina coincide en que el silencio en sí mismo es irrelevante, necesitan-

¹⁸ Morón Urbina, Juan Carlos, *Ley de Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 2003, 2ª edición revisada, p. 394.

¹⁹ Comadira, Julio R., *Ley de Procedimientos Administrativos anotada y comentada*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 220.

do el reconocimiento normativo que permita interpretarlo e imputarle cierto efecto jurídico (en sentido positivo o negativo).

El derecho personal de petionar se corresponde con la obligación personal de resolver que pesa sobre la Administración, de lo contrario estaríamos frente a un derecho cuyo ejercicio se extinguiría con la mera presentación formal o reclamo del ciudadano²⁰. El silencio es, por lo tanto, un comportamiento antijurídico.

Si bien excede a estas páginas abordar el sistema legal, es necesario indicar que la Ley 19.549 (LNPA) reconoció el silencio con efectos negativos en el artículo 10, disposición que fue modificada por la Ley 27.742 al incluir algunos supuestos de silencio positivo.

La otra figura prevista en la LNPA, en el artículo 28, es el amparo por mora, acción judicial cuya finalidad es solicitar a un juez que libre orden de pronto despacho para que la Administración resuelva una petición. La Ley 27.742 también modificó esta regulación.

b. En este escenario uno de los principios que se vinculan con la inactividad es el principio del *tiempo razonable*. La demora arbitraria, “irrazonable” en la tramitación de las peticiones concretas de los particulares o en la satisfacción de sus necesidades, es una modalidad de inactividad²¹.

La progresiva degradación de las estructuras y de los mecanismos de gestión y control, que ponen en riesgo el cumplimiento de los fines estatales y que, en lo particular, van tendiendo a que la mora administrativa, pase a convertirse en una “enfermedad crónica” de la gestión.

Los problemas de la lentitud de los trámites y la lesión que ello produce, está presente según GORDILLO, desde tiempo inmemorial en el derecho, pero ha comenzado a preocupar especialmente al tomarse conciencia de que “los Gobiernos toman conciencia de que la atracción de inversiones pasa de forma prioritaria por dotarse de una Administración eficaz.”

El plazo razonable es sustancial a las tutelas judicial y administrativa efectiva. Una y otra han evolucionado y expandido sus efectos a través de las decisiones de la Corte IDH.

La preocupación por la duración de los procedimientos administrativos no es nueva, la sola fijación de plazos, implícitamente, involucra el reconocimiento de que tal actuación, para la que se le pone un plazo, tiene un interés “que tras-

²⁰ Ver Muñoz, Guillermo A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos 27, 1982, p. 69 y sigs.

²¹ Ivanega, Miriam, *El derecho a un plazo razonable*, en Revista Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 3-12.

ciende al del que tiene que cumplirla. Es que la Administración es un ser instrumental, es un ser servicial, sirve con objetividad los intereses generales”. Las dos tendencias que implica el plazo razonable son la que vincula lo razonable al debido proceso, y la que lo relaciona con la buena administración. Por eso, el procedimiento de duración razonable puede ser encarado desde las dos perspectivas que, aunque puedan no ser totalmente coincidentes, no son incompatibles, pues el debido proceso hace a la buena administración. “En otros términos, el debido proceso es uno de los contenidos de la buena administración”²².

Para analizar cuando un plazo es razonable, la Corte IDH²³ propuso cuatro parámetros:

- i) La complejidad del asunto: cada caso presenta caracteres especiales que lo diferencian e inciden, en su tramitación y resolución.
- ii) La actividad procesal de las partes: el comportamiento, colaboración y el impulso de ellas son sustanciales para demostrar que no son la causa de las dilaciones que se produzcan.
- iii) En el caso de los procesos judiciales, el desempeño del órgano judicial competente, es sustancial para determinar si fue un elemento en la demora.
- iv) La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Como ya comentamos, la ponderación de la razonabilidad de los plazos en la tramitación de los procedimientos administrativo, por parte de la CSJN, está presente principalmente en la causa “Losicer”, del año 2012²⁴.

En tal oportunidad, aplicó el plazo razonable en un procedimiento sancio-

²² Durán Martínez, Augusto, *El plazo razonable en el procedimiento administrativo sancionatorio*, Revista de Derecho - Universidad CLAEH - Año I - Número 1-2022, pp. 325-351.

²³ Caso Furlán y Familiares vs. Argentina, Serie C No. 246. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2012. Caso Fornerón e hija vs. Argentina, 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Ver sentencias en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>

²⁴ Fallos 335:1126, Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol.169/05. Un año antes, en Bossi y García S.A. c/ D.G.A. (Fallos 334:1264) vinculado con una multa aplicada en los términos del artículo 954 del Código Aduanero, sostuvo que el procedimiento recursivo originado en la denuncia por la comisión de infracciones en dos despachos aduaneros, que se había prolongado durante más de veintitrés años, era “una situación que excedía todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal por lo que, si se ordenara un reenvío a los efectos de la tramitación de un incidente de prescripción de la acción en la instancia pertinente ello no haría más que continuar dilatando el estado de indefinición en que se ha mantenido al actor, en violación de su derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18 de la Constitución Nacional y 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),

nador tramitado por el Banco Central de la República Argentina, interpretando que los prolongados lapsos de inactividad procesal en ese sumario atribuibles, inequívocamente, a dicha entidad financiera, son el principal motivo de la dilación del procedimiento que tuvo resolución después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura. Es decir que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo es incompatible con el debido proceso, derecho amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵.

En el caso “Bonder” se sigue similar criterio, enmarcándolo en la interpretación de la Corte IDH respecto a la necesidad de examinar la duración del procedimiento administrativo y del proceso judicial de forma conjunta. Esta ha sido la decisión de ese Tribunal Internacional, en el caso “Perrone y Preckel vs. Argentina” del año 2019, en el que concluyó que la duración de ambas etapas había excedido, de manera injustificada, el tiempo razonable en contravención del artículo 8.1 de la Convención Americana, máxime que el trámite de la reclamación administrativa era un presupuesto necesario para acudir a la vía jurisdiccional²⁶.

c. De acuerdo a lo sostenido en el punto anterior, nos encontramos en el marco de la tutela administrativa efectiva, porque la razonabilidad de los plazos en el procedimiento administrativo es medular en la realización de aquella tutela.

Bajo ese contexto se presenta la tutela administrativa efectiva – que forma parte de la buena administración – considerada una garantía, creada a favor del particular para que disponga de los medios necesarios para hacer efectivo el goce de sus derechos²⁷.

En una línea interpretativa similar, se la vincula con un marco de derechos en los procedimientos administrativos, cuya finalidad es “la eficaz defensa de

por lo que corresponde que sea la Corte la que ponga fin a la causa declarando la extinción de la acción penal por prescripción, lo cual torna abstractos los agravios del Fisco Nacional”.

²⁵ Ivanega, Miriam M., *Derechos fundamentales, plazo razonable y administración pública*, en Revista Jurídica Universidad Autónoma de México, 2020, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6187/9.pdf>.

²⁶ Caso Perrone y Preckel vs. Argentina, 8 de octubre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie n°385. Entre otros, el caso “Furlán” ya citado.

²⁷ Canosa Armando, *El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo*, en Procedimiento y Proceso administrativo, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 50.

sus derechos y participación en dicho ámbito”, de ahí que se lo considere derecho-garantía²⁸.

CASSAGNE, entiende que la tutela administrativa efectiva, como la tutela judicial efectiva, representa una mayor amplitud garantística el derecho de defensa, además de potenciar el derecho a la audiencia previa, la prueba y a una decisión fundada. De esta forma, pone en cabeza de las autoridades públicas el deber de organizar el andamiaje jurídico internacional que permita que toda persona pueda en forma efectiva defender sus derechos en el campo administrativo²⁹.

A partir del caso “Baena”³⁰ la Corte IDH confirmó que la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana de Derecho Humanos “Garantías Judiciales” a los procedimientos administrativos, no se limitaba a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que debía extenderse al conjunto de requisitos de las instancias procesales a efectos de que las personas se encontraran en condiciones de defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto del Estado que pudiera afectarlos.

En la República Argentina, el concepto fue introducido por la CSJN en la causa “Astorga Bracht”³¹, oportunidad en la que escindió la tutela administrativa efectiva de la judicial y reconoció en aquélla un nuevo principio sustancial que proyecta sus consecuencias en toda la función administrativa. Sentó una analogía entre los tribunales de justicia con las autoridades administrativas competentes, sentencia con decisión útil (y de allí la noción de acto administrativo definitivo) proceso con procedimiento y los derechos de los particulares litigantes con los administrados.

En definitiva, esa garantía se extiende a todas las vertientes y etapas del procedimiento administrativo, alcanza toda instrumentalización que los órganos públicos quisieran hacer de su función administrativa³².

²⁸ Perrino, Pablo M., *El derecho a la tutela administrativa efectiva*, en *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, pp. 75-94.

²⁹ Cassagne, Juan Carlos, *La tutela judicial efectiva*, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Tratado general de derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2001, T-I, pp. 126-129.

³⁰ Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/10/2008, “Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER – Decreto N° 310/98 s/ amparo Ley 16.986”. En dicho precedente, se negó validez jurídica a una cláusula de un pliego de bases y condiciones para el llamado a concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión de frecuencia modulada, que dispuso que los solicitantes debían presentar un escrito en el cual desistieran total e incondicionalmente de todos los recursos administrativos y judiciales interpuestos contra el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) y la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC).

³² Muñoz (h.), Ricardo Alberto, *La tutela administrativa efectiva*, LA LEY 2012-B, 919.

Insistimos en que el sustrato de aquella tutela impide que “cuestiones de organización interna” puedan convertirse en fundamentos válidos a la hora de no dar respuesta inmediata a las peticiones. La gestión administrativa, definitivamente, debe encontrarse guiada en todo momento por la premisa de tutela efectiva del derecho cuya protección se requiere.

Consecuencia de lo expuesto es que la inactividad, la “no acción”, la mora, la irrazonabilidad de los plazos en un procedimiento administrativo, son manifestación concreta de la violación de la tutela administrativa efectiva.

4. *La reforma de la ley 19.549*

En el marco de las modificaciones introducidas por La ley 27.742 a la LNPA, en esta oportunidad destacamos la incorporación del art. 1 bis que prevé principios del procedimiento, derechos del ciudadano y principios generales del derecho.

Esa disposición en su primer párrafo indica:

“Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración ()”.

La interrelación de cada uno de los principios y la integralidad que representa la buena administración, son ejes interpretativos de potestades públicas y derechos fundamentales presentes en los procedimientos.

En tal contexto, la tutela administrativa efectiva se compone de cuatro derechos:

“a) Tutela administrativa efectiva: los administrados tienen derecho a una tutela administrativa efectiva, que comprende la posibilidad de:

- (i) Derecho a ser oído: de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos o a sus intereses jurídicamente tutelados, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

Cuando fuere exigible por norma de rango legal la realización de una audiencia pública, ésta se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable. Dicho procedimiento podrá ser complementado o sustituido por el mecanismo de consulta pública o el que

resulte más idóneo, técnica o jurídicamente, para el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados y la adopción del acto de que se trate. El contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las autoridades administrativas, sin perjuicio del deber de éstas de considerar las principales cuestiones conducentes allí planteadas, para el dictado de los pertinentes actos³³.

- (ii) 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 prueba 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 ello deberá realizarse bajo el oportuno control de los interesados y sus profesionales, quienes además podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.
- (iii) Derecho a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas la prueba producida, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.
- (iv) Derecho a un plazo razonable: que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.”

Ahora bien, la introducción del derecho al plazo razonable obliga a analizar los supuestos en los cuales podría ser aplicable y por lo tanto invocado por las partes. De ahí que, al ser derecho exigible por los particulares resulta efectivo cuando los plazos no son obligatorios, pues al tener tal carácter (como es el caso de los plazos para interponer recursos y reclamos cuando agotan la vía administrativa) son “fatales” y perentorios y la autoridad administrativa no podía de oficio ni a pedido de parte prorrogarlos³⁴.

Sin perjuicio de estos comentarios, recuérdese que la ley 19.549 aun antes de la modificación incluía el principio de celeridad el que, si bien no ha sido

³³ Gordillo ha sostenido que “El principio de oír al interesado y al público antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia. Es también un importante criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras. Y por qué no, un principio y un deber ético”.

³⁴ Ivanega, Miriam M., *El derecho a un plazo razonable*, ob. cit., pp. 3-12.

definido en esa norma, traduce la idea de prontitud y rapidez en la tramitación; con lo cual la razonabilidad de los plazos debe ser interpretado desde aquel principio.

La citada Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, prevé ese principio a la celeridad “en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable que será el que corresponda de acuerdo con la dotación de personas y de medios materiales disponibles y de acuerdo con el principio de servicio objetivo al interés general, así como en función de las normas establecidas para tal fin”.

Por eso, a partir del artículo 1 bis de la LNPA, el alcance del plazo razonable – de acuerdo a los criterios de la Corte IDH y de la CSJN – debe interpretarse armónicamente con los otros derechos que forman parte de la tutela administrativa efectiva y con los principios de buena fe, transparencia, buena administración, eficacia y eficiencia burocrática.

Ello, sin perjuicio de aseverar que el derecho a un plazo razonable constituye un “deber” de la Administración Pública, lo que implica que ésta tiene la obligación de articular e implementar todas las acciones necesarias para cumplir con aquel, sin que resulte necesario que el ciudadano haga de tal derecho.

5. *En conclusión*

La inactividad administrativa afecta en forma directa al ciudadano. Ello es irrefutable. Las diversas manifestaciones de tal inercia van a incidir en el ejercicio de sus derechos de variadas formas, en las que siempre existirá una premisa común: un deber estatal incumplido.

En ese plano, el reconocimiento del Estado Constitucional de Derecho ha obligado a los países a regular a favor del particular, acciones administrativas y judiciales tendientes a resarcirlo de las consecuencias negativas de la inactividad.

Sin embargo, si bien la normatividad y el control judicial de las omisiones resultan efectivos avances en esta materia, desde las organizaciones públicas no se han respondido a interrogantes, tales como: ¿Cuáles son las causas que generan inactividad administrativa? ¿Qué áreas (organismos, entes, etc.) tienen el mayor porcentaje de incumplimientos?

Éstas son algunas de las incertidumbres que genera la inactividad administrativa, que no suelen ser consideradas por los operadores jurídicos pero que resultan esenciales a efectos de evaluar la efectividad de las normas legales y de los controles.

De acuerdo a lo señalado por GORDILLO, “el arma más fuerte que tiene la administración contra el administrado en el procedimiento administrativo es el silencio, la demora, la inercia, la inexpresividad: Frente a las urgencias empresariales o privadas, el lento pero inexorable transcurso del tiempo sin que se produzcan los necesarios pasos o etapas del procedimiento hacia una resolución final, o sin que luego de ésta se resuelvan los recursos administrativos, produce un efecto profundamente lesivo al derecho del administrado, para el cual no hay solución alguna verdaderamente efectiva”.³⁵

³⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, ob. cit., T.4-XIII-1/2.

LA INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DESPUÉS DE LA LEY DE BASES

POR HÉCTOR A. MAIRAL¹

SUMARIO: 1. Planteo de la cuestión y plan del trabajo, – 2. La noción argentina del acto administrativo y la influencia italiana en su construcción, – 3. La situación bajo el texto de la LPA anterior a la reciente reforma, – 4. La reforma de la LPA por la Ley de Bases, – 5. Acto nulo y acto inexistente, – 6. Acto inexistente y vía de hecho, – 7. Conclusión

La partida de AGUSTÍN GORDILLO a comienzos del año 2024 ha dejado un enorme vacío en el derecho administrativo argentino. Sus amigos y colegas sentimos la pérdida de un referente cuyo espíritu generoso estaba siempre dispuesto a compartir sus ideas y a mencionar en su vasta obra, dándole crédito a sus autores, pensamientos ajenos cuando los encontraba acertados. Amaba al derecho administrativo y, por esa razón, acogía con beneplácito toda construcción – cualquiera fuere su procedencia – que lo mejorara, aceptando incluso corregir sus propias opiniones previas.

Y esa pérdida es doblemente sentida pues ocurrió meses antes de que la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (“la Ley de Bases”)² introdujera importantes cambios en la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) favorables a la defensa de los derechos e intereses de los particulares frente a la administración – verdadero *leit motiv* de la obra de AGUSTÍN – y varios de ellos receptando posiciones que él había sostenido a lo largo de los años³.

En el presente trabajo abordaremos los cambios que coinciden con su opinión acerca de la necesidad de la categoría del acto inexistente en nuestro dere-

¹ Abogado y Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Ex titular de Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de grado y posgrado en la U.B.A., Universidad de San Andrés, Universidad Austral, entre muchas otras.

² Ley 27.742 publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2024.

³ Como la necesidad del dolo del interesado para que sea viable la revocación del acto que le confiere derechos, no bastando al efecto su mero conocimiento del vicio (ver su *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª. ed., 2007, t. 3, ps. VI-18/20); la prohibición a la administración de suspender el acto que no puede revocar (op. cit., ps VI-13/14); y el rechazo de la asimilación de los regímenes del acto administrativo y del contrato del Estado (ob. cit., ps. IV-20/25).

cho, para remediar así situaciones en las cuales las reglas sobre los efectos de los distintos tipos de nulidad no funcionan satisfactoriamente⁴.

Pensamos que la cuestión es apropiada para este homenaje que le brinda la *Asociación Ítalo-Argentina de Profesores de Derecho Administrativo*, pues ella también se ha planteado en Italia a partir de la reforma, por la ley 15/05, de la ley N° 241 del 7 de agosto de 1990. En efecto, en esa reforma se declara nulo al acto viciado por un “defecto absoluto de atribución”⁵, que era uno de los supuestos que la doctrina ofrecía como ejemplo del acto inexistente⁶. Aún más, las hipótesis en las cuales la reciente reforma de la LPA argentina permite argumentar la inexistencia del acto, a saber, la falta de firma o de forma escrita y la contradicción entre una decisión administrativa y una sentencia judicial firme previa, son justamente supuestos que han sido objeto de consideración en el derecho italiano.

Por todo ello, y sin pretender opinar sobre la cuestión en ese derecho, pensamos que los profesores italianos encontrarán puntos de comparación con la discusión del tema en nuestro país, particularmente en lo que respecta a la necesidad de seguir distinguiendo el acto absolutamente nulo del acto inexistente luego de las reformas introducidas en la LPA por la Ley de Bases.

1. Planteo de la cuestión y plan del trabajo

Más allá del juego de palabras acerca de la “existencia del acto inexistente”, la cuestión que se plantea en este trabajo es la siguiente: ¿Existen actos jurídicos provenientes de la administración, o atribuidos a ella, que, por la gravísima irregularidad que exhiben, no pueden ser calificados de “acto administrativo” y carecen totalmente de efectos *ab initio*, carencia que puede ser declarada por el tribunal, incluso de oficio, sin verse limitado por plazo alguno, sea de caducidad o de prescripción?

El plan del presente artículo es el siguiente: En primer lugar, expondremos brevemente la noción argentina de acto administrativo que predomina en la doctrina y la influencia de los administrativistas italianos en su construcción. Luego describiremos la situación anterior a la reforma de la LPA por la Ley de Bases y las opiniones que, bajo el texto de la LPA entonces vigente, se habían suscitado en nuestra doctrina en relación con la categoría del acto inexistente. A continuación, explicaremos los principales cambios que introdujo la Ley de

⁴ *Tratado de Derecho Administrativo*, cit. *supra*, t. 3, ps. XI-22/29.

⁵ Nuevo art. 21 septies, inc. 1, de la Ley 241.

⁶ Ver FRANCESCO CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 5ª. ed., 2012, p. 1400.

Bases que son pertinentes para la cuestión. Seguidamente consideraremos si, en atención a dichos cambios, se refuerza o, por el contrario, desaparece, la necesidad de distinguir el acto nulo del acto inexistente, así como los cambios de jurisprudencia que serían necesarios para eliminar esa necesidad. Por último, compararemos el régimen del acto inexistente con el de la vía de hecho, noción ésta que hemos tomado del derecho francés y que algunos autores juzgan preferible a la de acto inexistente. La conclusión pone fin a este artículo, pero, ciertamente, no a la discusión planteada con respecto al tema que él trata.

2. *La noción argentina del acto administrativo y la influencia italiana en su construcción*

Desde el primer tercio del Siglo XX la doctrina italiana dedicó mucha atención al tema del acto administrativo, tanto o más que la francesa y, ciertamente, que la española. No es de extrañar que nuestros autores, con esa vocación argentina por importar lo que se considera más valioso de la cultura europea (siempre que esté escrito en una lengua fácilmente accesible) y que moviera a comparatistas italianos a calificar de “caleidoscópico” al derecho argentino⁷, siguieran con atención a esa doctrina.

En su libro “El acto administrativo”, MANUEL MARÍA DIEZ cita frecuentemente a RANELLETTI y ZANOBINI, y en los tratados generales de la materia publicados en el segundo tercio del Siglo XX, las menciones a dichos autores y a otros como ALESSI, DE VALLES, FRAGOLA, GIANNINI, LANDI Y POTENZA, ROMANO, SANDULLI y VITTA, son frecuentes, particularmente cuando se trata el tema del acto administrativo⁸.

En este tema, creemos observar una evolución en la doctrina italiana. En su segunda edición, que data de 1906, SANTI ROMANO definía al acto administrativo como “una pronunzia speciale di un’ autorità nell’ esercizio di una funzione amministrativa”⁹. También RANELLETTI proponía una noción amplia al vincularla con la “actividad administrativa”¹⁰.

La conexión entre el acto y la potestad administrativa aparece con ZANOBI-

⁷ ANTONIO GAMBARO y RODOLFO SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* (parte del *Tratato di Diritto Comparato*, dirigido por RODOLFO SACCO, 1996), p. 401.

⁸ Ver HÉCTOR A. MAIRAL, “La influencia italiana en la definición del acto administrativo: los problemas que resultan de no haber seguido más fielmente el modelo”, *Rev. Der. Adm.* N° 111, Mayo-junio 2017.

⁹ SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, 2ª ed., p. 48.

¹⁰ ORESTE RANELLETTI, *Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali*, 7ª ed., Milán, 1945, pág. 3: “una dichiarazione concreta, di volontà, di opinione, di giudizio, di scienza, di un organo ammin-

NI, quien definía al acto administrativo como “cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio, realizada por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa”¹¹. Otros juristas italianos también concordaron con la definición de ZANOBINI¹².

La definición que proponía ZANOBINI es particularmente importante para nosotros pues fue seguida en España por GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, y por GARRIDO FALLA¹³, autores éstos cuya obra ha tenido amplia difusión en nuestro país.

Mención especial merece la opinión de GIANNINI sobre este tema. GIANNINI comenzaba por distinguir el acto administrativo, en sentido amplio, del *provvedimento* administrativo, el acto administrativo “por excelencia”, y definía al *provvedimento* como “el acto mediante el cual la autoridad administrativa dispone, atendiendo al interés público que debe servir, ejercitando su propia potestad y, correlativamente, incidiendo en situaciones subjetivas de los particulares”¹⁴. Como se observa, Giannini también hacía referencia a la presencia de “potestad”, pero agregaba – ya no en la definición – una importante precisión al decir que “dado que las potestades administrativas son atribuidas solo por las normas, cuando la norma calla no hay potestad”¹⁵.

Al pasar al derecho argentino cabe, en primer lugar, una aclaración terminológica: el equivalente italiano de nuestro acto administrativo es, precisamente, el “*provvedimento amministrativo*”, es decir, la decisión de la administración que es apta para modificar la esfera jurídica de un particular sin su consentimiento.

Las definiciones nacionales del acto administrativo siguieron las más tem-

istrativo dello Stato o di altro soggetto di diritto pubblico amministrativo nell’esplicamento dell’attività di amministrazione”.

¹¹ GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, 8ª ed. (1958), p. 243: “Qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell’esercizio di una potestà amministrativa”.

¹² GUIDO LANDI y GIUSEPPE POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 7ª ed. (1983), p. 193; ELIO CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 13ª ed. (2011), p. 518.

¹³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDO GARRIDO FALLA: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, hoy en su 20ª ed., 2022, t. 1, p. 593; FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 11ª ed., 1989, t. 1, p. 384.

¹⁴ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 3ª ed., t. 2, 1993, p. 236 (“l’atto mediante il quale l’autorità amministrativa dispone di ordine all’interesse pubblico di cui è attributaria, esercitando la propria potestà e correlativamente incidendo in situazioni soggettive del privato”). El término “*provvedimento*” también se encuentra en RANELLETTI, quien cita una norma de 1933 que lo utilizaba (op. cit., ps. 8-9).

¹⁵ Ob. cit., t. 2, p. 308: “Siccome le potestà amministrative sono attribuite solo dalla norma, no vi è potestà là dove la norma taccia”.

pranas del derecho italiano en cuanto no exigían la presencia de una potestad administrativa para configurar dicho acto, prefiriendo hacer hincapié en la noción, mucho más amplia, de función administrativa¹⁶.

En este sentido, MARIENHOFF, lo definía como “toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico” y sostenía, seguidamente, que su definición guardaba “cierta similitud” con la propuesta por GIANNINI¹⁷. Sin embargo, como se ha visto, este autor, al igual que ZANOBINI también citado por MARIENHOFF, no hablan de “función administrativa” sino de “potestad administrativa”. Correlativamente, en el derecho italiano se niega la existencia de una potestad administrativa genérica para dictar actos que modifiquen la esfera jurídica de los particulares sin el consentimiento de estos, requiriendo siempre, para ello, la presencia de una ley que haya habilitado previamente la facultad de la administración para efectuar tal modificación¹⁸.

Por ello, las referencias a la “tipicidad” del acto administrativo, frecuentes entre los autores italianos¹⁹, no se encuentran en nuestros autores, quienes parecen aceptar, implícitamente, que la administración posee una potestad genérica para emitir actos administrativos. Ello pese a que la Constitución argentina dice claramente, en su artículo 19, que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, estableciendo claramente el principio de legalidad, que ha sido considerado fundamental en todo Estado de Derecho moderno²⁰.

Sin embargo, a partir de nuestros trabajos, primero sobre el mero pronunciamiento administrativo y luego sobre la noción misma del acto administrativo²¹, en los que pusimos de relieve la importancia del otorgamiento legal de una potestad específica para que pueda existir el acto administrativo, creemos de-

¹⁶ Ver RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5ª. ed., 1955, t. II, p. 3; AGUSTÍN GORDILLO, *El Acto Administrativo*, 1962, p. 77; MANUEL M. DIEZ, *Derecho Administrativo*, 1965, t. II, p. 204.

¹⁷ MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1988, t. II, ps. 260-263.

¹⁸ ALBERTO AZZENA, en el Capítulo sobre el acto administrativo en L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO y F.G. SCOCCA, *Diritto Amministrativo* (1993), t. II, p. 1187.

¹⁹ ELIO CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 13a. ed., 2011, p. 524; CARINGELLA, ob. cit., p. 1344; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE y M. RAMAJOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2º. Ed., 2023, ps. 337-339.

²⁰ KEVIN M. STACK, “An Administrative Jurisprudence: The Rule of Law in the Administrative State”; 115 *Columbia L.R.* 1985 (2015); JURGEN SCHWARTZE, *European Administrative Law*, 1992, ps. 212 y ss.

²¹ HÉCTOR A. MAIRAL, “Los meros pronunciamientos administrativos”, en AA.VV. *Derecho Administrativo – Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, J.C. CASSAGNE, dir., p. 651; y HÉCTOR A. MAIRAL, “Hacia una noción más acotada del acto administrativo”, *Revista RAP*, 2011, N° 1/2.

tectar una inflexión en la doctrina. GORDILLO fue el primero en receptar nuestra opinión, al modificar su definición para incluir la exigencia de que el acto fuera “apto” para producir efectos jurídicos²², y otros destacados autores – sea en la definición del término, sea en la explicación de esa definición – señalan ahora la necesidad de la previa habilitación legal para que el acto pueda afectar negativamente la esfera jurídica del particular²³.

3. *La situación bajo el texto de la LPA anterior a la reciente reforma*

La sanción de la LPA en 1972 significó un cambio fundamental en nuestro derecho administrativo al introducir, por primera vez en jurisdicción nacional²⁴, plazos generales de caducidad tanto para el agotamiento de la vía administrativa como para acceder a la instancia judicial, y exigir tal agotamiento previo para habilitar ese acceso. Si bien dicha ley podría haber sido interpretada más liberalmente, nuestra jurisprudencia lo hizo como si la LPA siguiera el modelo español que sujeta la defensa de los derechos (y no sólo de los intereses) de los particulares frente a la administración a un breve plazo de caducidad²⁵.

De esta manera, la calificación de una determinada conducta estatal como acto administrativo (la LPA no lo definía) tuvo, de allí en más, graves consecuencias: dicho acto devenía firme e inatacable si no era cuestionado dentro del plazo de caducidad, que en ese entonces era de 15 días. Además, gozaba de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad y no procedía su anulación de oficio por el juez.

Pese a tan radical cambio, que otorgaba suma importancia a la calificación de una decisión de la administración como “acto administrativo”, las definiciones respectivas no fueron modificadas de inmediato, y hoy en día muchas de ellas siguen utilizando la referencia a la función administrativa²⁶.

La situación era aún más grave por dos razones. En primer lugar, porque la

²² Ob. cit., t. 3, ps. IV-31/32.

²³ En este sentido, GUIDO S. TAWIL, “El concepto de acto administrativo”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, G.S. TAWIL, dir., 2014, ps. 136-138.

²⁴ Ya existían tales plazos generales en los códigos contencioso administrativos provinciales, pero en jurisdicción nacional nunca se dictó tal código.

²⁵ Este modelo fue introducido en España con la Ley Santamaría de Paredes de 1888 y subsiste hoy día en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998. La doctrina española ha criticado la sujeción de los derechos a un plazo general de caducidad: JUAN A. SANTAMARÍA PASTOR, “El problema de los plazos de caducidad en el recurso contencioso administrativo: ¿Prescripción o caducidad?”; R.A.P. N° 58, p. 185, (1969).

²⁶ Así, JULIO R. COMADIRA y LAURA MONTI, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*

jurisprudencia – basándose en que la LPA no efectuaba distinciones al respecto – aplicó la regla de la caducidad aun frente a un acto viciado de nulidad absoluta²⁷. Más aún: aunque la misma LPA permitía considerar al recurso tardío como “denuncia de ilegitimidad”, la jurisprudencia negó el control judicial del rechazo administrativo de la denuncia de la ilegitimidad, fuera por razones de forma o de fondo²⁸.

Esto último pese a que la LPA contenía (y aun contiene) una regla expresa²⁹, análoga a una norma introducida a fines del siglo pasado en la Ley de Procedimientos Administrativos española³⁰, que obliga a la administración a revocar sus actos nulos de pleno derecho. Pues bien, en España la regla fue interpretada por sus jueces en el sentido de permitir el control judicial del incumplimiento de esa obligación por la administración, y ello aunque el particular no hubiese impugnado el acto dentro del plazo de caducidad aplicable, con lo cual – en la práctica – el vencimiento de dicho plazo carecía, en gran medida, de efectos frente a un acto gravemente viciado³¹. La jurisprudencia argentina nunca interpretó en tal sentido la norma análoga de nuestra LPA.

Y, en segundo lugar, la Justicia también decidió que, si no se impugnaba el acto ilegítimo dentro del plazo de caducidad, se perdía también la acción de indemnización por los daños causados por ese acto ilegítimo³².

De esta manera, un acto absolutamente nulo que afectaba los derechos de un particular, pero no era recurrido en sede administrativa en el plazo de 15 días, devenía, para ese particular, tan firme como una sentencia, y ello aunque hubiera sido emitido sin ninguna intervención suya previa.

Anotada y Comentada, t. I, p. 182; CARLOS F. BALBIN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2010, t. III, p. 3.

²⁷ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, *Giménez Voga c/ Comité Federal de Radiodifusión*, E.D. 97-203.

²⁸ CS, *Gorordo Allaria de Kralj c/ Ministerio de Cultura y Educación*, Fallos 322:73; CNAFed. Contencioso administrativo, Sala I, *Diez c/ Estado Nacional*, LL 1996-C-43; Sala III, *Wolcken c/ Estado Nacional*, ED 133-470.

²⁹ LPA, art. 17 (texto anterior a la reforma): “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa...”. El texto reformado por la Ley de Bases mantuvo sustancialmente la misma regla.

³⁰ Hoy contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de 2015, art. 106, inc. 1.

³¹ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, ob. cit., t. II, p. 665.

³² CS, *Alcántara Díaz Colodrero c/ Banco de la Nación Argentina*, Fallos 319:1476. En Francia, la regla es, en principio, la opuesta: la acción de indemnización subsiste pese a la no impugnación del acto dentro del plazo de caducidad: RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 15^a ed., 2001, t. 1, p. 804.

Fue en tal contexto, y sin perjuicio de calificar ese resultado de “herejía jurídica”³³, en el que GORDILLO sostuvo la necesidad de la categoría de actos “inexistentes” para incluir en ella a los actos administrativos que adolecían de un vicio grosero, y evitar así el escándalo jurídico de ver que tales actos se volvían inmunes a los 15 días de ser notificados si los interesados no los cuestionaban con premura³⁴.

Si bien la LPA no utilizaba el término de “acto inexistente”, GORDILLO fundamentó la necesidad del concepto en las diferencias que encontraba entre el régimen del acto nulo y el del acto inexistente. Así, en el caso del acto nulo, su impugnación estaba sujeta a plazos de caducidad y de prescripción, los jueces no podían declarar de oficio esa nulidad, y el acto nulo que creaba derechos a favor de un particular era estable ya que no podía ser revocado por la administración. Por el contrario, ante un acto inexistente no se aplicaban los plazos de caducidad ni los de prescripción; no cabían ni la presunción de legitimidad³⁵ ni la ejecutoriedad; la inexistencia podía declararse de oficio; y el acto podía ser desconocido por la administración (y, si se quiere, revocado) sin límite de tiempo. Como ejemplo de acto inexistente, además del clásico caso del usurpador, mencionaba al acto dictado con grosera incompetencia como el de un profesor adjunto pretendiendo modificar el plan general de estudios de su facultad.

A ese respecto, la doctrina argentina no fue uniforme. LINARES y DIEZ aceptaron la categoría del acto inexistente³⁶ pero MARIENHOFF la rechazó, subsumiéndola dentro de la noción de vía de hecho, aunque pareciendo restringir esta última noción a la conducta material de la administración que adolece de flagrante ilegalidad³⁷.

La discusión podía parecer meramente terminológica, pero, bajo el texto original de la LPA, tenía una implicancia importante dado que la impugnación de una vía de hecho estaba también sujeta a un plazo de caducidad³⁸.

La Corte Suprema, en el caso *Los Lagos*, mencionó al pasar el concepto de

³³ *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, 10ª ed., 2010, p. VIII-9.

³⁴ *Tratado* cit., t. 3, ps. XI-22/29.

³⁵ Si bien para GORDILLO el acto nulo no gozaba de presunción de legitimidad, la doctrina mayoritaria le reconocía tal presunción (ver FEDERICO CAMPOLIETI, “La presunción de legitimidad del acto administrativo”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, G.S. TAWIL, dir., p. 269) por lo menos cuando el vicio no era manifiesto (así, COMADIRA/MONTI, ob. cit., p. 234 con cita del fallo de la CS en *Pustelnik*, Fallos 293:133)

³⁶ JUAN F. LINARES, “Vía de hecho administrativa y acto inexistente”, L.L. 1982-C-889; DIEZ, ob. cit., t. II, p. 373.

³⁷ *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª. ed. 1988, t. II, ps. 212-216 y 494-496.

³⁸ LPA, art. 25, inc. d) (texto anterior a la reforma por la Ley de Bases).

inexistencia como si fuera análogo a la nulidad absoluta³⁹, pero posteriormente utilizó ese concepto no para proteger derechos de los particulares sino para negárselos: así calificó de “inexistentes” a los contratos celebrados por el Estado sin recurrir a la licitación pública, cuando esta era requerida por el ordenamiento, para rechazar la demanda de pago planteada por los contratistas una vez cumplido el contrato⁴⁰.

Por el contrario, en lo que respecta al delito de desobediencia, no debería haber diferencia entre el acto nulo y el inexistente, dado que el artículo 239 del Código Penal argentino castiga la resistencia a las órdenes de un funcionario público cuando éste haya actuado “en ejercicio legítimo de sus funciones”, lo que no ocurriría si el acto que se pretende imponer al particular es absolutamente nulo o inexistente⁴¹.

4. La reforma de la LPA por la Ley de Bases

La Ley de Bases 27742, sancionada en julio de 2024, introdujo importantes y numerosas reformas a la LPA. Sin embargo, se mantuvo la estructura general de la LPA, así como los dos tipos de nulidad (ahora llamadas nulidad absoluta y nulidad relativa), sin mencionar expresamente a la categoría de acto inexistente. Se mantuvo también la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad, sin excluir de ellas expresamente a los actos afectados por nulidad absoluta o relativa, así como la estabilidad del acto viciado de nulidad absoluta cuando de él han nacido derechos que se estén cumpliendo (o se hayan cumplido totalmente). Por último, continuó en vigor la necesidad – como regla – de agotar la vía administrativa para poder luego acceder a la instancia judicial. Tanto para el agotamiento de la vía administrativa como para acceder a la instancia judicial continuaron en vigencia plazos de caducidad.

Los principales cambios introducidos por la Ley de Bases que se relacionan con el presente trabajo fueron:

- a. se extendieron los plazos de caducidad para agotar la vía administrativa

³⁹ CS, *Ganadera Los Lagos S.A. c/ Gobierno Nacional*, Fallos 190:142. Se trataba de un decreto del Poder Ejecutivo que declaró caducas ventas de inmuebles hechas por el Gobierno Nacional a particulares y ordenó al Registro de la Propiedad cancelar las anotaciones de dominio efectuadas a favor de los adquirentes.

⁴⁰ CS, *Mas Consultores*, Fallos 323:1515; *Ingeniería Omega*, Fallos 323:3924.

⁴¹ De lo contrario, decía SEBASTIÁN SOLER, el gran penalista argentino, se sacrificarían los derechos de los ciudadanos “no en aras de la ley sino de la administración” (*Derecho Penal Argentino*, t. V, p. 120).

- (de 15 a 30 días hábiles administrativos) y para acceder al tribunal judicial (de 90 a 180 días hábiles judiciales)⁴²;
- b. Se establecieron plazos de prescripción para impugnar un acto viciado de nulidad relativa (dos años) o absoluta (diez años)⁴³;
 - c. se expandió la lista de conductas administrativas calificadas de “vías de hecho”⁴⁴;
 - d. se permitió la defensa de la ilegitimidad del acto viciado de nulidad relativa o absoluta, dentro del respectivo plazo de prescripción, aunque quien plantee esa defensa no haya impugnado el acto dentro del plazo de caducidad aplicable⁴⁵;
 - e. se eliminó el plazo de caducidad para impugnar una vía de hecho⁴⁶; y, lo que es más importante para el presente trabajo;
 - f. se dispuso que el acto que carezca de firma o de forma escrita (cuando esta es requerida) “no producirá efectos jurídicos”⁴⁷; y
 - g. que los actos que contraríen o modifiquen lo dispuesto por una sentencia firme, “no producirán efectos jurídicos de ninguna especie”⁴⁸.

Como se observa, la LPA ahora contiene ejemplos de actos inexistentes aunque sin así llamarlos, dado que priva totalmente de efectos jurídicos a los actos carentes de firma o contradictorios con una sentencia firme.

Es obvio que tal carencia de efectos es distinta de la situación que se crea frente al acto absolutamente nulo, pues de lo contrario le hubiera bastado a la LPA disponer que el acto que contraría lo dispuesto por una sentencia firme está viciado de nulidad absoluta.

Los supuestos de actos que, según la LPA en su texto actual, no producen efectos jurídicos, son los mismos que en Italia habían sido considerados, por parte de la doctrina, como ejemplos de actos “inexistentes”: el acto carente de “sottoscrizione” y la actividad administrativa que contradice al “giudicato amministrativo”⁴⁹.

La reforma de la LPA responde así a la crítica que habíamos formulado a la amplitud de las definiciones argentinas del acto administrativo: no se podía negar que la declaración de voluntad de la administración que contraría una

⁴² LPA, arts. 23, inc. d) y 25.

⁴³ LPA, art. 22.

⁴⁴ LPA, art. 9.

⁴⁵ LPA, art. 25 *in fine*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ LPA, art. 8.

⁴⁸ LPA, art. 23, inc. b) iv).

⁴⁹ CARINGELLA, ob. cit., ps. 1399-1400.

sentencia firme había sido dictada en ejercicio de la función administrativa pero, claramente, al así actuar la administración no ha ejercitado ninguna potestad administrativa: ni la Constitución ni ninguna la ley la facultan a alzarse contra una sentencia firme⁵⁰.

La reforma de la LPA crea, entonces, dos categorías de actos inexistentes: los actos materialmente inexistentes (por la falta de firma o forma escrita) y los actos jurídicamente inexistentes por pretender desconocer lo dispuesto por una sentencia firme.

Surge así la pregunta: ¿puede haber otros actos inexistentes, además de los previstos por la ley? O sea, ¿puede haber otras situaciones en las cuales las reglas sobre los efectos del acto absolutamente nulo son insuficientes para dar una respuesta justa?

5. Acto nulo y acto inexistente

La necesidad de distinguir al acto nulo del inexistente también se ha planteado en Italia, por lo menos antes de la reforma de la ley 241/90 en el año 2005 que declaró nulo – y no inexistente – a un acto que evidencia una carencia abstracta de poder, como ocurre ante “el defecto absoluto de atribución”, y también al alzamiento contra una sentencia del juez administrativo⁵¹.

De allí la distinción italiana entre la falta de atribución y la incompetencia. La primera se da cuando la administración carece de la potestad que ha pretendido ejercer. La incompetencia, por el contrario, supone el ejercicio de una potestad atribuida a la administración, pero por un órgano distinto al destinatario de tal atribución. En el primer caso, el acto es inexistente; en el segundo, el acto existe pero está viciado⁵².

Por ello, la doctrina italiana diferenciaba el régimen de la inexistencia con respecto al del acto nulo, diferencias que la reforma de la ley 241 por la ley 15/05 ha reducido pero, al parecer, no eliminado totalmente. En el caso del acto inexistente, se sostenía que la administración no podía ejercer la autotutela, el acto no podía ser objeto de saneamiento, y el particular podía resistirse a su cumplimiento sin cometer delito, consecuencias estas discutibles en el caso del acto nulo, por lo menos antes de dicha reforma.⁵³

⁵⁰ MAIRAL, “Hacia una noción...”, cit. *supra*.

⁵¹ ROBERTO GAROFOLI y GIULIA FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 5ª ed., 2012, ps. 1033 y ss.

⁵² GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit. *supra*, t. 2, p. 242. Sobre la incidencia de la distinción en el reparto jurisdiccional, ver MARIO NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, 3ª. ed., 1983, p. 189.

⁵³ GAROFOLI y FERRARI, ob. cit., ps. 1036-38.

La categoría del acto inexistente también ha sido admitida en Francia y ha merecido profundos estudios⁵⁴. Se incluyen en dicha categoría tanto al acto materialmente inexistente (caso de la deliberación de un consejo municipal que nunca tuvo lugar) como al jurídicamente inexistente (*nul et non avenu*), sanción que corresponde a la decisión de la administración que no puede conectarse con ninguna facultad que le haya sido atribuida⁵⁵, como ocurre cuando la administración ejerce potestades otorgadas otros poderes del Estado⁵⁶.

En nuestro derecho, aun bajo el texto modificado de la LPA, y mientras se mantenga la anterior jurisprudencia, puede sostenerse que el acto viciado de nulidad absoluta produce efectos jurídicos: goza de presunción de legitimidad (al menos en los casos en que la nulidad no es manifiesta) y de ejecutoriedad, no puede ser anulado de oficio por el juez, es estable cuando crea derechos subjetivos y, si no es recurrido dentro de los 30 días de ser notificado al interesado, deviene firme e inimpugnable por el interesado excepto como defensa ante una acción promovida por la administración. Pero, si la acción es promovida por el interesado (caso de una prestación que reclama pero que le fue denegada ilegítimamente), luego de transcurrido el plazo de treinta días para su impugnación administrativa sin haberlo impugnado, no podrá cuestionar la validez del acto ni reclamar por los perjuicios que su ilegitimidad le ocasionó.

Obsérvese el lenguaje de la LPA en lo que respecta a los actos “dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme”. Dispone la ley que ellos “serán impugnables directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia” para luego agregar que, en la medida en que tales actos contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, “no producirán efectos jurídicos de ninguna especie”. Es decir, el interesado no necesitará impugnarlos para privarlos de efecto.

Como se aprecia, el régimen del acto nulo continúa siendo diferente del correspondiente al acto inexistente y de allí que subsista la necesidad de la categoría.

En un meditado trabajo que comenta las reformas al régimen del acto administrativo introducidas a la LPA por la Ley de Bases⁵⁷, los Dres. JUAN CARLOS CASSAGNE y PABLO PERRINO consideran, por una parte, que, en el caso de falta de firma o forma escrita, el acto no habría llegado a nacer (con lo cual parece-

⁵⁴ Tal la tesis de SANDRINE BIAGINI-GIRARD, *L'inexistence en droit administratif*, 2010.

⁵⁵ Ver el comentario al *arret Rosan Girard*, en M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT. P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administratif*, 20^a ed., ps. 465-470.

⁵⁶ JEAN-MARIE AUBY y ROLAND DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, 3^a ed., 1984, t. 1, ps. 901-902; RÉMI ROUQUETTE, *Petit Traité du Procés Administratif*, 7^a ed., 2016, ps. 544-545.

⁵⁷ JUAN C. CASSAGNE y PABLO E. PERRINO, “El acto administrativo en la Ley de Bases”, TR LA LEY AR/DOC/2190/2024.

rían aceptar la inexistencia material), pero que, en el supuesto de contradicción con una sentencia firme, el acto sería absolutamente nulo y, por ende, carente de efectos *ab initio*. Nada nos agradecería más que la jurisprudencia dé la razón a estos distinguidos autores y declare totalmente carentes de efectos *ab initio* a todos los actos absolutamente nulos, con lo cual nos acercaríamos a la situación italiana y disminuiría la necesidad de la categoría del acto inexistente. Pero, mientras ello no ocurra, tendríamos dos tipos de nulidad absoluta: la que le reconoce los efectos que distinguen a esta categoría del régimen del acto inexistente (fundamentalmente, la aplicación de plazos de caducidad a su impugnación), y la que priva totalmente de efectos al acto. En este caso, la diferencia se reduciría al nombre a dar a esta última categoría, o sea a la nulidad más grave⁵⁸.

Por último, cabe recordar la diferencia entre el acto administrativo y el mero pronunciamiento administrativo. El primero es idóneo para modificar la esfera de derechos del particular, mientras que el segundo no produce ese efecto sino que se limita a fijar la posición del Estado ante la situación creada. El mero pronunciamiento administrativo puede ser correcto (así, la negativa de pagar una suma que la administración no adeuda) y aun tener efectos adjetivos (demostrar que ante esa negativa, el agotamiento de la vía administrativa sería un ritualismo inútil), pero no incide en la relación jurídica de fondo y no queda consentido por la falta de impugnación oportuna⁵⁹.

6. Acto inexistente y vía de hecho

La vía de hecho es una construcción del derecho francés para atribuir jurisdicción al tribunal judicial ante conductas materiales o declaraciones de la administración que afectan la libertad o la propiedad privada y están afectadas por una irregularidad gravísima y flagrante⁶⁰. Puede consistir en una acción material (p. ej. la ejecución irregular de un acto regular o irregular) o en un acto jurídico (p. ej. el acto manifiestamente imposible de vincular con una competencia atribuida a la administración).

⁵⁸ Descartamos una tercera hipótesis: la que sujetaría a los plazos de caducidad también la impugnación de los actos que no producen ningún efecto, porque ello iría en contra de la regla que dispone el inciso (b) (iv) del art. 23, LPA: sería un contrasentido desconocer efectos a un acto mientras no ha transcurrido el plazo de caducidad, y reconocerle efectos una vez vencido dicho plazo.

⁵⁹ Ver MAIRAL, "Los meros pronunciamientos administrativos", cit. supra. Conf. CASSAGNE, *Curso*, cit supra, t. I, p. 567.

⁶⁰ Por todos, JEAN WALINE, *Droit Administratif*, 2014, ps. 600-602.

Esta doctrina nació en épocas en que se consideraba que los tribunales judiciales gozaban de mayor independencia que el Consejo de Estado, por lo cual hoy día, en que la independencia de los tribunales administrativos ha sido considerada un “principio fundamental reconocido por la ley de la República”⁶¹, se discute su necesidad⁶².

En Francia, la vía de hecho se superpone parcialmente con el acto inexistente: toda decisión que constituye una vía de hecho debe ser considerada acto inexistente, pero existen vías de hecho que – por consistir en conductas materiales – no cabe calificar de acto jurídico⁶³.

Nuestro derecho ha incorporado la vía de hecho al catálogo de doctrinas europeas que aplica. Ello pese a que no cumple la misma función que en Francia, porque nuestro sistema constitucional no admite el establecimiento de tribunales administrativos de jurisdicción general y, por ende, todas las controversias jurídicas que involucran a la administración se plantean ante los tribunales judiciales, ya sea inicialmente o – según el caso – después de agotada la instancia administrativa.

La LPA contiene un artículo que, bajo el título de “Vías de hecho” incluyó inicialmente, en su artículo 9, a dos supuestos: los comportamientos materiales de la administración lesivos de un derecho o garantías constitucionales, y la ejecución de un acto administrativo mientras estuviere pendiente de resolución un recurso administrativo cuya interposición tuviere, por expresa previsión normativa, efecto suspensivo o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificada tal resolución al interesado.

La reforma de la LPA por la Ley de Bases agregó expresamente dos casos más a su art. 9: la introducción de mecanismos electrónicos o informáticos que imposibiliten conductas que no estén legalmente proscriptas, y la imposición de medidas que, por su naturaleza, exijan la previa intervención judicial, como embargos o allanamientos. Pero, además, al proscribir en su art. 12, la ejecución forzada del acto administrativo sin intervención judicial, salvo en las situaciones excepcionales que el mismo artículo prevé (protección del orden o del dominio público, p. ej.) la reforma de la LPA creó, implícitamente, una nueva categoría de vías de hecho: la ejecución forzada de un acto administrativo fuera de las excepciones enumeradas en dicho artículo.

Por su parte, el nuevo texto del art. 25, LPA ha eliminado el plazo de caducidad para impugnar las vías de hecho y, dentro del plazo de prescripción, per-

⁶¹ Decisión del Consejo Constitucional de fecha 22/7/1980.

⁶² CHARLES DEBBASCH, *Contentieux Administratif*, 3^a. ed., p. 105.

⁶³ *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit. *supra*, p. 467.

mite la defensa de ilegitimidad, tanto frente al acto nulo como al anulable, aunque no se lo haya impugnado dentro del plazo de caducidad correspondiente⁶⁴.

Estas reformas atenúan la diferencia entre el régimen del acto inexistente y las vías de hecho. Sin embargo, puede subsistir la diferencia en lo que respecta a la prescripción.

Transcribamos la norma respectiva: “No habrá plazo para impugnar las vías de hecho administrativas sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción. La falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción.”

La primera parte de la norma parece, *prima facie*, contradictoria, pues luego de proclamar la ausencia de plazo (sin distinguir entre el de caducidad y el de prescripción), menciona, “en lo que corresponda”, a la prescripción.

Una lectura que eliminaría la contradicción sería no aplicar a las vías de hecho la segunda frase de la norma recién transcrita (referente a la defensa de ilegitimidad, la que sería así posible aun después de expirado el plazo de prescripción), y – en el caso de dichas vías – restringir el efecto de la prescripción a la acción de indemnización de los daños que ellas hubieren causado, la que prescribiría, entonces, a los tres años de haberse verificado el daño o quedado expedita la acción⁶⁵. Pero habrá que esperar que la jurisprudencia aplique esta regla para poder afirmarla categóricamente.

Se han reducido, pues, las diferencias entre el acto inexistente y la vía de hecho al desaparecer el plazo de caducidad aplicado a la vía de hecho. Por otra parte, al incluir entre las vías de hecho a las medidas tomadas por la administración “que por su naturaleza exijan la intervención judicial previa”, se permite la interpretación que colocaría a la situación planteada en el caso *Los Lagos* dentro de la categoría de vía de hecho, ya que, claramente, para privar del dominio de inmuebles a un particular sin su consentimiento es necesario que ello se disponga por orden judicial⁶⁶.

Se observa, no obstante, una diferencia de grado entre el atropello jurídico que implica traspasar al Estado la propiedad de un inmueble privado por simple decisión administrativa, y el tomar medidas de aseguramiento o investigación como los embargos o allanamientos. En el primer caso, se inflige al particular un perjuicio patrimonial directo, mientras que en el segundo el perjuicio, en principio, será indirecto (costo de oportunidad ante el congelamiento de activos, por ejemplo).

⁶⁴ LPA, art. 25, *in fine*.

⁶⁵ Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, art. 7.

⁶⁶ Dice el art. 17 de nuestra Constitución que ningún habitante de la Nación puede ser privado de su propiedad “sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

Pero mientras la jurisprudencia no admita la lectura propuesta que – en el caso de las vías de hecho – limita el efecto de la prescripción a la acción de daños, habrá que temer que la alegación de la ilegitimidad de la vía de hecho, tanto por vía de acción como de excepción, también estará sujeta al plazo de prescripción que, ante la gravedad del vicio, será siempre de diez años.

La utilización de la noción de vía de hecho para solucionar las situaciones que suscitan los actos groseramente viciados, presenta los siguientes problemas:

- a. Se trata de una noción nacida en el derecho francés e inextricablemente unida a su sistema de doble jurisdicción, por lo cual su aplicación en el derecho argentino exige una construcción propia que no dependa de las vicisitudes de la relación entre el tribunal judicial y el administrativo que se observan en Francia⁶⁷.
- b. En Francia la noción de la vía de hecho se ha restringido a partir del *arret Bergoend*⁶⁸, en el cual el Tribunal de Conflictos, ante la amplitud con que los tribunales judiciales calificaban conductas administrativas como vías de hecho, restringió la noción a aquellas conductas administrativas que constituyen un ataque grave a la libertad individual o extinguen (y no meramente afectan) el derecho de propiedad del particular sobre un bien determinado (sea ello a través de la ejecución irregular de una decisión aun regular, o de una decisión no susceptible de conectarse con una facultad atribuida a la administración).
- c. En el derecho argentino la noción no es unívoca: para algunos consiste solamente en conductas materiales⁶⁹, para otros puede abarcar también actos emanados de la administración cuando ellos están groseramente viciados, es decir, actos inexistentes como actos administrativos⁷⁰ o, si no se los prefiere llamar así, actos que no merecen la calificación de “acto administrativo”. Si bien se ha eliminado el plazo de caducidad para impugnar la vía de hecho, subsiste la posibilidad de aplicación del plazo de prescripción.

En consecuencia, si nos atenemos a la definición francesa de la vía de hecho, que requiere una grave afectación de la libertad o la extinción de la propiedad privada, pueden existir conductas que no impliquen el ejercicio de una potes-

⁶⁷ Ver la explicación histórica que brinda BENOIT PLESSIX, *Droit administratif général*, 2ª. ed., ps. 513-520.

⁶⁸ TC, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*, 17/7/2013, Rec. 370.

⁶⁹ En este sentido, JUAN C. CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª. ed., t. I, ps. 556-558.

⁷⁰ Así, JUAN F. LINARES, “Vía de hecho administrativa y acto inexistente”, LL 1982-C-889.

tad administrativa pero que no lleguen a constituir una vía de hecho. Y si nos atenemos a las definiciones argentinas que limitan la noción de vía de hecho a comportamientos materiales de la administración, habrá situaciones difíciles de encuadrar en esa noción pero que constituyen claramente actos inexistentes.

Supóngase la siguiente situación: se produce un altercado entre dos funcionarios públicos de igual jerarquía y uno de ellos le comunica al otro que ha sido exonerado y agrega, en el legajo personal de ese otro funcionario, la decisión de exoneración firmada por él mismo pese a que carece totalmente de competencia para disponer tal medida. El funcionario así “exonerado” envía su renuncia al cargo días después, sobre la que no recae ninguna decisión. Pasados más de diez años, ese funcionario “exonerado” intenta volver a la función pública: ¿puede oponerse la exoneración que consta en su legajo como óbice para ello⁷¹? ¿ha quedado saneado el vicio de que adolecía la medida luego de transcurridos diez años?

Llámesese inexistente a tal acto, o dígase que no constituye un acto administrativo, se estará diciendo lo mismo: el acto carece de efectos *ab initio*, sin necesidad de juez que así lo declare o de decisión administrativa que lo revoque

Como se ve, subsisten razones para diferenciar el acto inexistente de la vía de hecho y del acto absolutamente nulo. Mantenemos, por ello, la opinión que expresáramos, en tal sentido, en un trabajo en el que comentamos las modificaciones de la LPA por la Ley de Bases⁷².

7. Conclusión

Concluimos, entonces, que La Ley de Bases reconoce la categoría del acto inexistente al incorporar casos de actos que deben reputarse jurídicamente carentes de efecto *ab initio*. Concluimos, también, que dicha categoría es necesaria antes las diferencias de régimen entre las nociones de acto nulo, vía de hecho y acto inexistente.

Es diferencias pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. Mientras se mantenga la jurisprudencia elaborada en torno al texto de la LPA anterior a su reforma por la Ley de Bases, el acto nulo gozará de presunción de legitimidad (siempre que la nulidad no sea manifiesta) y también de

⁷¹ La exoneración es un impedimento para el ingreso a la función pública mientras la persona no haya sido rehabilitada (art. 5 del Anexo a la Ley Marco de Regulación de Empleo Público 25164).

⁷² HÉCTOR A. MAIRAL y ENRIQUE V. VERAMENDI, “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, L.L. 12/07/2024.

ejecutoriedad (esto último, dentro de las situaciones que, según el art. 12, LPA, autorizan la ejecución forzosa); su impugnación está sujeta a plazos de caducidad; en caso de no haberse impugnado el acto dentro de ese plazo, se habrá perdido también la acción de indemnización por los perjuicios causados por dicho acto; y, por último, la alegación de su ilegitimidad como excepción en un juicio promovido por la administración, será posible dentro del plazo de prescripción de 10 años.

b. Si se admite la calificación de vía de hecho de un acto groseramente viciado, se aplicarán las siguientes reglas: La vía de hecho no debiera gozar de la presunción de legitimidad ni de ejecutoriedad; su impugnación no estará sujeta a plazo de caducidad: será posible impugnar su legitimidad, sea por vía de acción o de excepción, dentro del plazo de prescripción de diez años; y la acción de indemnización sólo se perderá por el transcurso del plazo de prescripción trienal. Subsistirá, eso sí, la duda acerca de si una declaración de voluntad de la administración que no constituya un comportamiento material, podrá ser encuadrada dentro de la noción de vía de hecho. El acto inexistente tampoco gozará de la presunción de legitimidad ni de ejecutoriedad; su impugnación, por vía de acción o de excepción, no estará sujeta a plazo alguno de caducidad o de prescripción, pero la acción de indemnización prescribirá a los tres años de producido el daño o de haber quedado expedita la acción.

En la práctica, la distinción entre el acto viciado de nulidad absoluta, la vía de hecho (si se acepta la noción amplia) y el acto inexistente puede ser demasiado sutil, por lo cual la subsunción de supuestos de vicios groseros dentro de dicha noción amplia de vías de hecho será, por lo general, suficiente para solucionar la mayoría de las situaciones que se presenten.

El acto inexistente quedará, entonces, como herramienta de la jurisprudencia, último remedio ante conductas gravemente ilegítimas que el juez considere que deben ser ignoradas como productoras de efectos jurídicos, y formalmente eliminadas del mundo jurídico por el tribunal, más allá de toda restricción de plazos o de limitaciones procesales.

Con lo que se concluye que AGUSTÍN tenía razón: el acto inexistente todavía existe.

CREACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y PORVENIR DE LOS ENTES REGULADORES

POR CARLOS ENRIQUE MAMBERTI¹

SUMARIO: 1. Propósito, – 2. Punto de partida, – 3. Evolución de los entes, – 4. La supresión de otros entes reguladores, – 5. Supuesta adhesión al modelo de Estados Unidos, – 6. Conclusión

Adhiero con profunda emoción al homenaje del Profesor Doctor AGUSTÍN GORDILLO y agradezco, a quienes lo han organizado, la oportunidad que me han brindado de participar en esta obra.

Su labor científica, enorme, ha inspirado a juspublicistas, operadores jurídicos, legisladores y funcionarios durante muchas generaciones y continuará haciéndolo porque está construida a partir del respeto por la libertad humana.

En nuestra formación, en cada una de nuestras ideas hay una dosis del pensamiento jurídico de AGUSTÍN GORDILLO que, con este sencillo trabajo, trataremos de homenajear y agradecer.

1. *Propósito*

Pocos temas han sido tan profusamente tratados por la doctrina como el de los entes reguladores, especialmente con los creados a partir del proceso de transformación del Estado, puesto en marcha con la sanción de la ley 23.696. Por ello, esta labor no tiene por objeto analizar qué es un ente regulador, cuál es el alcance de sus competencias, si constituye o no un tribunal administrativo u otros aspectos que configuran a esa categoría jurídica, sólo brindaremos nuestra mirada sobre lo que entendemos ha ocurrido con el funcionamiento de los entes reguladores y cuál puede ser su proyección hacia futuro.

2. *Punto de partida*

El 17 de agosto de 1989 el Congreso de la Nación sancionó la ley 23.696 por la cual se declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públi-

¹ Abogado. Profesor Titular Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de la Plata. Profesor de grado y posgrado en la Universidad Nacional de La Plata entre otras universidades.

cos y la situación económica financiera de la Administración Pública nacional, centralizada y descentralizada y de las empresas y sociedades del Estado, entre otros sujetos del sector público. Asimismo, declaró sujetas a privatización o concesión a todas las empresas o sociedades del Estado², delegando en el Poder Ejecutivo la facultad de disponer la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias que obstan a los objetivos de la privatización, o que impidan la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio³.

La ley 23.696 fue el inicio de un cambio radical respecto a la intervención del Estado en la economía, análogo al que ya había comenzado a implementarse en esos años en diferentes países de Europa, mediante el cual se dio abrupto fin al modelo estatista que se había impuesto en Argentina hacia fines de la segunda guerra mundial. Ello, por su quiebra total, producida, entre otras razones, por el déficit crónico de las empresas públicas, la carencia de recursos por parte del Estado para realizar inversiones – problema especialmente grave en la prestación de servicios públicos –, el exceso de personal, procedimientos de contratación ineficientes y poco transparentes, corrupción e ineficacia generalizada. Las empresas prestadoras de servicios públicos eran las que reflejaban más descarnadamente este conjunto de inconvenientes, porque su principal problema económico obedecía al hecho de que los servicios se ofrecían a precios muy bajos, es decir, se hacía política de ingresos a través del desfinanciamiento, endeudamiento y falta de inversión a costa de la calidad y eficiencia de los servicios⁴.

A la sanción de la ley siguió un acelerado proceso de transferencia que adoptó diversas formas, así, en lo concerniente a empresas y establecimientos o haciendas productivas (industriales o comerciales) se enajenaron sus bienes o activos, en cuanto a los servicios y sus respectivas empresas se procedió a su privatización o concesión⁵.

A los fines de este trabajo, cabe clasificar y sistematizar brevemente los métodos referidos para comprender mejor lo que ocurrió con la implementación de la ley 23.696. En efecto, al vocablo privatización se le puede dar un significado político y económico: retiro del Estado de ciertas actividades comerciales, industriales y de servicios, y un significado técnico jurídico, con diferentes per-

² BO 23/8/1989, arts. 1, 8, 9 y anexo I.

³ El art. 10 de la ley 23.696 sintetiza las ideas de desestatización, desmonopolización y desregulación de la actividad económica y de los servicios públicos.

⁴ La modalidad de hacer política de ingresos se retomó en los primeros años del presente siglo.

⁵ Conforme arts. 11 y 15 de la ley 23.696.

files. Bajo esta última perspectiva, puede entenderse como una transferencia de bienes o activos del patrimonio del Estado hacia particulares o como un traslado de actividades o servicios gestionados hasta ese momento por el Estado al sector privado. En el segundo de estos segmentos, puede ocurrir que el traslado vaya seguido o no de la venta de la organización empresaria prestadora del servicio de que se trata (concesión con o sin venta de los activos)⁶ y, a su vez, puede ocurrir que dicho proceso se produzca con el mantenimiento de la titularidad por parte del Estado de la actividad delegando sólo la gestión del servicio⁷ o, que la venta de los activos vaya acompañada de la transferencia o restitución de la titularidad de la actividad al sector privado. En mi opinión esta última es la privatización propiamente dicha o completa. El proceso privatizador utilizó todas las formas antes detalladas.

Por otra parte, el proceso puesto en marcha con la ley 23.696, respecto a los servicios públicos, en algunos casos se instrumentó mediante la expedición de decretos del Poder Ejecutivo nacional y, en otros, mediante la previa sanción de leyes marco por el Congreso de la Nación. Por decreto se privatizaron los servicios de captación y distribución de agua potable en la Ciudad de Buenos Aires y área metropolitana⁸, como así también los servicios telefónicos⁹, los servicios ferroviarios¹⁰ y los servicios postales¹¹ prestados en todo el territorio nacional. Los servicios públicos relacionados con la actividad eléctrica y la industria del gas se privatizaron en orden a las leyes 24065 y 24076 respectivamente¹².

Ahora bien, el proceso de privatización de los servicios públicos fue acompañado por la creación, en cada caso, de un organismo estatal denominado genéricamente por la doctrina “ente regulador”, destinado a controlar y regular la prestación de cada uno de aquéllos. Me apuro a señalar que en el proceso de privatización fueron creados otros organismos de control y regulación de actividades que no encuadran estrictamente en la categoría de servicio público, tales como el Órgano de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires (OCRABA)¹³ o el Organismo Regulador del Sistema

⁶ Por ejemplo, los ferrocarriles fueron dados en concesión sin venta de los activos.

⁷ Una parte de la doctrina argentina denomina *publicatio* al cuadro de situación por el cual el Estado se reserva la titularidad de un servicio o actividad. Cassagne, J.C., “La intervención administrativa”, pág. 38.

⁸ Decreto 999/1992.

⁹ Decretos 731/1989 y 62/1991, entre otros.

¹⁰ Decretos 1141/1991, 2339/1992 y 1836/1993, entre otros.

¹¹ Decreto 214/1992.

¹² BO 16/1/1992 ley 24065 y 12/6/1992 ley 24076.

¹³ Creado por decreto 1994/93.

Nacional de Aeropuertos (ORSNA)¹⁴ cuyas competencias recaían sobre concesionarios y usuarios de obras públicas. Por razones de espacio editorial y por la mayor relevancia jurídica que tienen para este trabajo, el análisis se circunscribe a los entes reguladores de los servicios públicos.

La denominación “ente regulador” provino, en algunos casos, de las normas de creación, pero fue de uso generalizado en la doctrina científica. Ejemplos de esa calificación o denominación normativa son o fueron los entes reguladores de los servicios eléctricos (Ente Nacional Regulador de la Electricidad)¹⁵, gasíferos (Ente Nacional Regulador del Gas)¹⁶ y sanitarios (Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios)¹⁷. Los organismos encargados de regular el transporte ferroviario, el transporte automotor, las telecomunicaciones y los servicios postales se denominaron Comisión Nacional de Transporte Ferroviario¹⁸, Comisión Nacional de Transporte Automotor¹⁹, Comisión Nacional de Telecomunicaciones²⁰ y Comisión Nacional de Correos y Telégrafos²¹, respectivamente.

3. Evolución de los entes

Es importante destacar, que todos los entes reguladores de servicios públicos antes referidos fueron sustituidos o fusionados. Así, en materia de servicios sanitarios, mediante la ley 26.221, el ente original fue sustituido por el Ente Regulador de Agua y Saneamiento²²; respecto al transporte ferroviario y automotor se unificaron los preexistentes mediante decreto 660/96²³ dando paso a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, mientras que los servicios de telecomunicaciones y postales quedaron bajo la órbita de la Comisión Nacional de Comunicaciones, en este caso por disposición del decreto n° 660/1996²⁴, posteriormente, estos dos últimos servicios más los servicios de comunicación audiovisual quedaron bajo el control y la regulación del Ente Na-

¹⁴ Creado por decreto 375/97.

¹⁵ Art. 54 ley 24.065.

¹⁶ Art. 50 ley 24076.

¹⁷ Anexo I ley 23.696 y art. 13 decreto 999/92.

¹⁸ Decreto 1836/93.

¹⁹ Decreto 104/93.

²⁰ Decreto 1185/1990.

²¹ Decreto 214/1992.

²² Art. 4.

²³ Art. 40.

²⁴ Art. 31.

cional de Comunicaciones creado por decreto de necesidad y urgencia n° 267/2015²⁵, correspondiendo aclarar que los servicios de comunicación audiovisual no son calificados por la ley 26.522 como servicio público sino como actividad de interés público²⁶, sin embargo, por el proceso de convergencia tecnológica entre dichos servicios y los de telecomunicaciones²⁷ – destacado en los considerandos del decreto de necesidad y urgencia n° 267/2015 –, se dispuso la unificación referida. Por último, pocos días antes de terminar la redacción de este trabajo, mediante la sanción de la ley 27.742²⁸, se creó el Ente Nacional Regulador del Gas y la Electricidad en reemplazo del Ente Nacional Regulador del Gas y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, creados por el artículo 50 de la ley 24.076 y el artículo 54 de la ley 24.065, respectivamente²⁹.

Se observa, entonces, que ninguno de los entes reguladores de servicios públicos ha tenido continuidad en el tiempo, insinuándose un lento pero continuado proceso de fusión.

4. La supresión de otros entes reguladores

Paralelamente al proceso privatizador, con el propósito informado de suprimir las restricciones impuestas a partir de la crisis de los años 30 al ejercicio de los derechos constitucionales de comerciar, trabajar y ejercer industria lícita, mediante decreto de necesidad y urgencia n° 2284/1991, se dispuso, entre otras múltiples medidas, la disolución de un conjunto de entes reguladores, organismos descentralizados y unidades administrativas³⁰.

El enorme conjunto normativo desregulador contenido en el decreto 2284/1991, dejando de lado la espuria génesis de la norma (fue uno de los decretos de rango legislativo que provocó un gran debate e inspiró la necesidad de su regulación en la reforma constitucional del año 1994) reflejó la filosofía política que inspiró la sanción de la ley 23.696, explicitada en su artículo 10 y concretada – en lo que guarda relación con este trabajo – en la disolución de emblemáticos entes reguladores como la Junta Nacional de Carnes, la Junta Nacional de Granos, la Junta Nacional de la Yerba Mate y otros de iguales

²⁵ BO 4/1/2016.

²⁶ Art. 2.

²⁷ Desde la sanción de la ley 27078, los servicios de telecomunicaciones quedaron comprendidos dentro del régimen de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

²⁸ BO 8/7/2024, denominada Ley de Bases y Punto de Partida para la Libertad de los Argentinos.

²⁹ Art. 161 de la ley 27.742.

³⁰ Arts. 34 y siguientes, anexos I y II del decreto 2284/1991.

competencias y características. Por ello, a primera vista, la creación de los entes reguladores de los servicios públicos podría considerarse como contradictoria con el propósito liminar de privatización y desregulación de la economía argentina. Sin embargo, la aparente contradicción se despeja cuando se analiza la misión o cometido de unos y otros, pues, aunque *a priori* resulte paradójico, considero que el mismo objetivo de darle un nuevo rol al Estado – de regulación para la competencia –, fue el que justificó la creación de los entes reguladores de los servicios públicos³¹.

En este punto, entiendo conveniente dar algunas precisiones sobre la desaparición de unos entes y la irrupción de los nuevos, teniendo en cuenta para ello el objetivo de regulación que inspiró a unos y otros. Es que la regulación (o desregulación) debe analizarse teniendo en cuenta la actividad sobre la que recae y el objetivo que con ella se persigue, pues no es lo mismo regular la agricultura o la industria que los servicios y, aun entre estos últimos, debemos hacer importantes distinciones desde un punto de vista jurídico pues no todos se caracterizan como servicios públicos, en el sentido técnico de la locución.

Así, la potestad reguladora de la Junta Nacional de Granos recaía sobre una actividad de los particulares que operaba en libre competencia (el mercado de granos), con el propósito de mitigar los riesgos de los productores, asegurándoles una renta mediante la compra de granos a precios establecidos y subsidiados por el Estado (precio sostén), que luego éste vendía a los exportadores. Algo semejante ocurría con la Junta Nacional de Carnes, tanto en lo que se refiere a sus atribuciones como a la actividad ganadera, que también se realizaba en competencia³².

En consecuencia, la supresión de las juntas reguladoras tuvo en mira retirar al Estado del comercio de granos y carnes (y de otras actividades productivas reguladas por otros organismos) para restablecer la libre competencia entre todos quienes ejercían esas actividades, de titularidad de los particulares.

Por el contrario, los entes reguladores creados en los años 90 se dotaron de potestades para ordenar y controlar una actividad, el servicio público, hasta ese entonces de titularidad del Estado o de gestión reservada al Estado³³, con el objetivo de devolverla a los particulares para que sea prestada en competencia,

³¹ Ese propósito se puede apreciar en los artículos 2 inciso “b” y “f” y 56 inciso “c” de la ley 24.065, o en los artículos 2 inciso “b” y 52 inciso “d” de la ley 24.076.

³² En el año 1994 destacamos las diferencias indicadas en el texto, ver Mamberti, Carlos Enrique, “Los entes reguladores de los servicios públicos”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, n° 54, pág. 107.

³³ Vgr. art. 4, ley 19798.

cuando ello fuera posible, o de concesionarla cuando no fuera posible o conveniente la existencia de más de un prestador.

5. Supuesta adhesión al modelo de Estados Unidos

Por entonces, la opinión generalizada de la doctrina especializada coincidía en que, para el diseño de los entes reguladores, se había seguido el modelo de las agencias independientes norteamericanas³⁴, categoría jurídica en la que no es pacífica la doctrina de ese país y no existe una norma general que regule su organización y actividad. No obstante lo cual, es posible caracterizar a esas agencias – sintéticamente – por su creación mediante una norma con rango de ley (Enabling Act), que determina qué actividad asume el carácter de *public utility*³⁵, cuál es la misión que la agencia recibe del Congreso y las potestades que éste le delega para regular dicha actividad³⁶.

Contrariamente a esa extendida opinión de la doctrina nacional, el profesor GORDILLO, años después de la concreción del proceso privatizador y de la reforma de la Constitución de 1994 señalaba que la República Argentina debía abandonar, como ya lo había hecho Europa, el modelo continental y que correspondía adoptar el modelo estadounidense, es decir, autoridades independientes para la regulación de los servicios públicos³⁷. El lector podrá estar de acuerdo o no con la opinión de GORDILLO respecto a la conveniencia de adoptar el modelo norteamericano, pero lo que resulta claro de su apreciación, dado que nada ha cambiado hasta la actualidad (ha empeorado en cuanto a la independencia), es que los entes reguladores de los servicios públicos, sea por su diseño normativo, sea por las limitaciones que la Constitución impone y, fundamentalmente, por la cultura política que rige en la República Argentina, no han podido asemejarse a las agencias independientes norteamericanas. Veamos por qué.

En primer término, las Agencias Reguladores Independientes de los Estados Unidos ejercen la actividad de regulación del sector para el cual han sido creadas, entendiéndose por tal, no la actividad de reglamentación general que ejercen los poderes públicos (*police power*), sino una más restringida, que recae

³⁴ Cfr. Cassagne, J.C., “Los nuevos entes reguladores”, REDA N° 14, pág. 485; Mairal, H., “La ideología del servicio público”, REDA N° 14, págs. 397 y 418.

³⁵ La declaración por ley de una actividad como *public utility* supone que queda sujeta a una regulación especial, más intensa que las actividades económicas comunes, y bajo el control de una agencia independiente.

³⁶ Cfr. Moreno Molina, Ángel M., “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, Universidad Carlos III de Madrid, págs. 36 y ss. BOE 1995.

³⁷ Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. XV-1, 4ta. Ed.

sobre un determinado servicio (public utility), que es la regulación económica, aquella cuyo propósito es sustituir la decisión empresarial o del mercado, desempeño que incluye regulaciones sobre la calidad del servicio, la cantidad y los precios de los servicios, como así también las condiciones de acceso a la actividad y la protección de los usuarios. Los objetivos a alcanzar en estos aspectos, que la agencia recibe como misión del Congreso, están contemplados en las leyes que consagran a la actividad como *public utility*.

La potestad de regulación no queda acotada a la producción de actos de alcance general (rulemaking), también se efectiviza por actos individuales (adjudication), mediante los cuales se realiza una tarea de interpretación de las normas que rigen la actividad con claro efecto regulatorio.

En segundo término, puede decirse que las agencias son consideradas independientes, pese a que no existe un criterio unificado, cuando se ubican completamente por fuera de cualquier Departamento (ministerio en el derecho nacional). Es decir, no están sujetas al control de ningún Secretario o del Presidente. También se ha puesto el acento en la necesidad de que los miembros de conducción no puedan ser removidos por el Presidente, salvo en determinados supuestos previamente tasados.

La idea que subyace en el modelo norteamericano es asegurar la constancia y permanencia de una determinada política pública, con independencia de los avatares de los procesos políticos. Así, una agencia dotada de un conocimiento experto, en funcionamiento continuo y ajeno a los requerimientos partidarios de la Administración general es lo que permite el desarrollo de la política de regulación económica, tarea que los Parlamentos, los Jueces y los funcionarios del Poder Ejecutivo no pueden realizar eficazmente por no poseer el conocimiento experto, por las características en que se desarrollan algunas de esas funciones o porque tienen otros múltiples deberes que cumplir.

Por el contrario, en Argentina, los denominados entes reguladores de los servicios públicos no revelan un perfil homogéneo en su creación, competencia y condiciones de funcionamiento. En los albores del proceso privatizador, sólo dos fueron creados por normas con rango de ley: el Ente Nacional Regulador de la Electricidad³⁸ y el Ente Nacional Regulador del Gas³⁹, muchos años después sería creado por ley el Ente Regulador de Agua y Saneamiento⁴⁰ en sustitución del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios⁴¹. Pasó a revistar en situación análoga el Ente Nacional de Comunicaciones creado por decreto de

³⁸ Art. 54 ley 24065.

³⁹ Art. 50 ley 24076.

⁴⁰ Art. 4 ley 26221.

⁴¹ Creado por el art. 13 decreto 999/92.

necesidad y urgencia n° 267/2015⁴² dado el carácter legislativo que la *Constitución* le asigna a esa categoría normativa. Los antecesores de este último y el que opera sobre el Transporte Automotor y Ferroviario⁴³ y también sus antecesores⁴⁴ fueron creados por decretos simples del Poder Ejecutivo.

Si bien la mayoría y los más importantes entes reguladores de los servicios públicos que actualmente existen han sido instaurados por leyes o disposiciones que se asimilan a tales, el proceso de creación muestra diferencias importantes respecto del modelo norteamericano, que impiden sostener la existencia de delegación de potestades reguladoras por parte del Congreso en cabeza de los entes, divergencia sustancial con aquel modelo.

Las leyes 24.065 y 24.076, marcos regulatorios de las actividades eléctrica y gasífera, son las más cercanas al esquema estadounidense, pero un análisis fino de su contenido permite advertir, entre otras cuestiones, que la adjudicación de los títulos habilitantes para la prestación de los respectivos servicios es competencia del Poder Ejecutivo y no del ente regulador⁴⁵ – criterio propiciado por GORDILLO bajo la insignia de que “el que concede no debe controlar”-⁴⁶, como así también que esos entes deben hacer cumplir la ley y su reglamentación, admitiendo directamente la potestad reglamentaria (regulatoria) del Poder Ejecutivo, que a éste le corresponde por disposición del artículo 99 inciso 2° de la Constitución nacional. La que ha ejercido y ejerce en materia de cuadros tarifarios, el aspecto más relevante de la regulación económica de los servicios públicos.

En rigor, la factibilidad de la delegación en el Poder Ejecutivo o en un ente administrativo de potestades que corresponden al Congreso de la Nación abre un complejo debate respecto al ordenamiento constitucional argentino. Desde antiguo, la Corte Suprema de la Nación aceptó lo que se denomina delegación impropia, al señalar que “existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido”⁴⁷. Sin embargo, esa atribución la reconoció en orden a la potestad que la Constitución le confiere al Poder Ejecutivo de expedir los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes⁴⁸, es decir, no por delegación sino en ejercicio

⁴² Art. 1, BO 4/1/2016.

⁴³ Creado por el art. 40 del decreto 660/1996.

⁴⁴ Ver decretos 1836/93, 104/93, 1185/1990 y 214/1992.

⁴⁵ Cfr. art. 50 ley 24065 y art. 4 ley 24076.

⁴⁶ Ob. cit., pág. XV-4.

⁴⁷ Caso “Delfino”, Fallos 148:430.

⁴⁸ Por entonces conferida por el art. 86 inc. 2°, actualmente por el art. 99 inc. 2°.

de una facultad que le es propia. Este cuadro, de gran deferencia hacia el Poder Ejecutivo, se vio desbordado, justamente, durante el proceso de transformación del Estado puesto en ejecución con la ley 23.696⁴⁹ y culminó con la introducción del artículo 76 en la Constitución, que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública y con plazo para su ejercicio. Paradójicamente, este estado de excepción, en el que la República Argentina lamentablemente se desenvuelve casi ininterrumpidamente desde la sanción de la ley 23.696, es del que se vale el Poder Ejecutivo para intervenir los entes reguladores y remover arbitrariamente a sus autoridades.

Ahora bien, por fuera del estado de emergencia, es posible considerar que el Congreso delegue sus competencias directamente en los entes reguladores, creemos que no por la prohibición que claramente impone el artículo 76 de la Constitución y porque el artículo 42, cuando se refiere a los organismos de control, lejos de autorizar algún tipo de delegación determina que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, reservando la potestad normativa o reguladora de esa actividad en el Congreso. En consecuencia, de acuerdo a la Constitución nacional el Poder Ejecutivo es quien expide los reglamentos que faciliten la ejecución de las leyes que sancione el Congreso respecto de los servicios públicos nacionales, pudiendo delegar esa atribución en el Jefe de Gabinete de Ministros⁵⁰. El ente regulador, además de hacer cumplir la ley y su reglamentación, podrá dictar los actos de alcance general complementarios, adecuándose a las referidas normas de rango superior, tal como se prevé en algunas de sus leyes de creación⁵¹.

Desde otro punto de mira, corresponde señalar que los organismos antes referidos fueron caracterizados por sus normas de creación como autárquicos⁵² o descentralizados⁵³. Ambas denominaciones no difieren en su naturaleza jurídica dado que se utilizan en forma indistinta, de hecho la autarquía significa

⁴⁹ El caso “Cocchia” referido a la desregulación portuaria – CSJN Fallos 316:2624 – conjuntamente con los DNU, como ya se dijo en el texto, fueron algunos de los disparadores de las reformas introducidas a la Constitución en el año 1994.

⁵⁰ Arts. 99 inc. 2° y 100 inc. 2° CN.

⁵¹ Art. 56 incisos “a” y “b” de la ley 24.065 o art. 52 incisos “a”, “b” y “c” de la ley 24.076.

⁵² Como autárquicos fueron calificados el Ente Nacional Regulador de la Electricidad – art. 55 ley 24065 –, el Ente Nacional Regulador del Gas – art. 51 ley 24076 –, el Ente Regulador de Agua y Saneamiento – art. 40, Anexo II, ley 26.221 – y el Ente Nacional de Comunicaciones – art. 1 DNU 267/2015-.

⁵³ Como organismo descentralizado fue calificada la Comisión Nacional de Regulación del Transporte – art. 40 decreto 660/1996-.

descentralización administrativa⁵⁴ y, además, en el caso de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte – definida como organismo descentralizado – al establecer el decreto de creación que asume las competencias, facultades, derechos y obligaciones de las entidades que se fusionan es lógico entender que sigue la configuración jurídica de aquellas, como entidades autárquicas⁵⁵.

Ahora bien, aun cuando la descentralización autárquica se caracteriza por la existencia de un ente con personalidad jurídica propia, un patrimonio afectado a los fines de su creación y un fin público⁵⁶, circunstancias por las cuales desaparece entre el ente autárquico y la administración central la relación jerárquica que existe entre los órganos dependientes del Poder Ejecutivo, lejos está ese modelo de asemejarse a las Agencias Reguladoras Independientes del derecho norteamericano. Ello, porque los entes autárquicos integran la administración general que, al momento de iniciarse el proceso de privatización y creación de los entes reguladores, tenía a su cargo el Poder Ejecutivo⁵⁷ y de la cual, actualmente, es el responsable político⁵⁸. Forma de organización administrativa por la que el Presidente o sus ministros ejercen a instancia de parte el control de los actos que emiten los entes autárquicos, a través del recurso de alzada, conforme lo establecen específicamente las leyes de creación de algunos de los entes reguladores⁵⁹ o, implícitamente, cuando esas normas disponen que para su funcionamiento los entes aplicarán la ley 19.549, lo que incluye su reglamentación, que contempla el recurso de alzada contra los actos definitivos de los entes autárquicos⁶⁰.

Coincide la doctrina que el control del Poder Ejecutivo sobre los entes autárquicos contiene la posibilidad de intervenir el ente en casos extremos, esto es, remover a los funcionarios que lo conducen⁶¹ y es justamente en este punto donde la independencia – relativizada por los caracteres jurídicos de la autarquía – de los entes reguladores se ha visto prácticamente suprimida. En mi opinión, ello ha ocurrido por la cultura que impera en la dirigencia política, caracterizada por su afán de alinear en el pensamiento único del líder de turno todas las decisiones de administración y gobierno. Pero, con otra perspectiva, también hay quienes sostienen – no en el plano de la doctrina jurídica – que la

⁵⁴ Cfr. Marienhoff, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 389, 4ta. ed.

⁵⁵ Cfr. art. 3 decreto 104/93 y art. 3 del decreto 1836/1993.

⁵⁶ Ver Marienhoff, M.S., ob. cit, pág. 391.

⁵⁷ Art. 86 inciso 1° de la Constitución de 1853/60.

⁵⁸ Art. 99 inciso 1° de la Constitución de 1994.

⁵⁹ Vgr. el artículo 76 de la ley 24065.

⁶⁰ Art. 94 del decreto 1759/1972 y sus modificatorias.

⁶¹ Ver Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, pág. 93.

regulación económica no puede ser realizada por fuera de la política, dado que cualquier programa de intervención administrativa en la economía es un programa político⁶².

Naturalmente, no parece posible que la regulación económica de los servicios públicos se desarrolle en compartimientos herméticos y separados: ministerios o secretarías de Estado por una parte y entes reguladores por otra, especialmente en la República Argentina, donde la economía se caracteriza por recurrentes procesos inflacionarios y los precios regulados de los servicios públicos juegan un papel decisivo en esos escenarios económicos. Parece ingenuo, entonces, desvincular la actuación de los entes reguladores del contexto político.

Un recorrido en el tiempo nos permite observar que el bien intencionado pensamiento de la doctrina, encabezado por quien homenajeamos en esta obra colectiva, que propicia la existencia de entes sin dependencia del Poder Ejecutivo ni facultades reglamentarias de éste sobre tales entes o sus relaciones con los concesionarios y licenciatarios sujetos a su control,⁶³ ha sido desbaratado por la realidad política que muestra, con toda crudeza, como el Poder Ejecutivo ha intervenido sistemáticamente los órganos de conducción de los entes reguladores de los servicios más sensibles para el desenvolvimiento de la economía, y como las sucesivas declaraciones de emergencia pública realizadas por el Congreso, con fundamento en el artículo 76 de la Constitución nacional, han sido invocadas por el Poder Ejecutivo para remover a los funcionarios a cargo de los órganos de conducción⁶⁴, generalmente protegidos de una desvinculación infundada por las respectivas normas de creación de los entes⁶⁵.

La prolongación en el tiempo de estas situaciones irregulares, es decir, sin la designación de las autoridades de los entes reguladores en los términos establecidos en las referidas normas para asegurar su idoneidad y estabilidad, llevó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V), mediante sentencia de fecha 10 de septiembre de 2009, a acoger la demanda impulsada por una organización no gubernamental para emplazar al

⁶² Vgr.: subsidiar las tarifas de determinado servicio o recomponerlas para que el usuario cubra la totalidad de su costo, son decisiones políticas de primer orden.

⁶³ Cfr. ob. cit. pág. XV-2.

⁶⁴ Entre otros casos, se dispuso por decreto n° 521/2002 la intervención de la Comisión Nacional de Comunicaciones durante el período de vigencia de la ley 25561 de emergencia pública; esta intervención se prorrogó por decretos n° 167/2003 y 1916/2004. Mediante la ley 27541 se declaró – entre otras oportunidades – la emergencia administrativa, tarifaria y energética, facultando al Poder Ejecutivo a intervenir administrativamente al Ente Nacional Regulador de la Electricidad y el Ente Nacional Regulador del Gas.

⁶⁵ Ver art. 59 la ley 24065 y art. 55 de la ley 24076.

Poder Ejecutivo a que dé cumplimiento al procedimiento de selección y designación de los directores del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, de acuerdo a lo que dispone al artículo 58 de la ley 24.065⁶⁶.

Por otra parte, la declaración de emergencia también se invocó en una resolución del Ministerio de Economía de la Nación para privar a los entes reguladores de adoptar cualquier decisión o ejecutar acciones que afecten directa o indirectamente los precios y las tarifas de los servicios públicos sometidos a su ámbito de competencia, ordenando la interrupción de los procesos de revisión tarifaria o cualquier otro mecanismo de fijación de precios y tarifas previstos en las leyes que conforman los marcos regulatorios⁶⁷.

Asimismo, la ley 27.541⁶⁸, que declaró la emergencia administrativa, energética y tarifaria, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de reestructurar las tarifas del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva.

Se aprecia de lo expuesto, que el derrotero de la acción política ha transitado por un camino diametralmente opuesto al espíritu de las leyes marcos regulatorios de los principales servicios – esencialmente los energéticos –, y a los criterios que la doctrina jurídica extraía de esas normas para asimilar a los entes creados en ellas con las agencias independientes norteamericanas, tal vez en exceso de lo que surgía de los propios textos normativos. No así GORDILLO que, a posteriori de ellas y de la reforma constitucional de 1994 afirmaba: “Debemos abandonar, como ya se lo ha hecho en Europa, el antiguo modelo continental. Corresponde en consecuencia adoptar, también en nuestra Constitución, el éxito demostrado por el modelo estadounidense: La Unión Europea exige que los países que la integran tengan autoridades independientes para regular los servicios públicos”⁶⁹. Demostrando, con esa apreciación, que los entes reguladores de los servicios públicos se diferencian completamente de las agencias norteamericanas.

Otras opiniones, muy calificadas, han tratado de rescatar el carácter de autoridad independiente para los entes reguladores de los servicios públicos, señalando su condición de órganos constitucionales de existencia necesaria por estar mencionados en el artículo 42 de la Constitución, asimilando esa condición a la de los municipios que permitió a la Corte Suprema de la Nación decla-

⁶⁶ Sentencia dictada en autos “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c/Estado Nacional”.

⁶⁷ Resolución n° 38/2002. A los entes reguladores les corresponde fijar las bases.

⁶⁸ BO del 23/12/2019.

⁶⁹ Ob. cit. pág. XV-2.

rar, a partir de su necesaria existencia, un régimen de autarquía primero y de autonomía a partir del caso “Rivademar c/Municipalidad de Rosario”^{70 71}.

Nos permitimos discrepar respetuosamente con esa opinión, pues la existencia necesaria de los municipios, además de ser condición para asegurar la autonomía de las provincias⁷², fue considerada por el Supremo Tribunal en orden a diversos factores que no concurren en los organismos previstos en el artículo 42 de la Constitución. De hecho, la reforma constitucional producida en el año 1994, que introdujo estos últimos, confirió autonomía a las municipalidades y creó nuevos órganos de control en el ámbito del Congreso, a los cuales les asignó expresamente autonomía funcional⁷³. Sin embargo, a los organismos de control de los servicios públicos, contemplados en un artículo en el que se consagra detalladamente la protección de consumidores y usuarios, y en el que incluso se prevé la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias en aquéllos, la Constitución no les asignó independencia del Poder Ejecutivo o autonomía funcional, como lo hizo con la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo, omisión que naturalmente no se puede imputar a la imprevisibilidad de la Asamblea Constituyente. De hecho, no los denominó entes reguladores, sino “organismos de control”, de lo cual se infiere una clara delimitación competencial que no puede ser ignorada a la hora de analizar el modelo que ha seguido en la especie la República Argentina.

6. Conclusión

El recorrido que han tenido los entes reguladores de los servicios públicos, desde su irrupción en los años 90 hasta la fecha, marcado por transformaciones y fusiones que evidencian su inestabilidad como instituciones administrativas, así también por intervenciones arbitrarias que se prolongan en el tiempo, una vez más demuestra la enorme distancia que existe entre el ordenamiento jurídico y su efectivo cumplimiento. También refleja la dificultad de adoptar o propiciar modelos que operan satisfactoriamente en otros países pero que chocan con la cultura reinante en el nuestro, el Defensor del Pueblo de la Nación, vacante desde el año 2009, es un patético ejemplo de lo que afirmamos.

⁷⁰ Tesis sostenida por María Graciela Reiriz en “Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos”, en obra colectiva *Temas de Derecho Administrativo*, La Plata, Librería Editora Platense, pág. 205.

⁷¹ Fallos 312:326.

⁷² Art. 5 de la Constitución.

⁷³ Arts. 85 y 86 de la Constitución.

Que prestadores y usuarios de los servicios públicos se encuentren sometidos a las regulaciones de la Administración Central o de un ente o agencia independiente de esta última, es una cuestión que merece y exige un profundo debate por parte de la academia, de las organizaciones no gubernamentales que representan a los usuarios y de la dirigencia política. Otro tanto debería ocurrir con la delegación legislativa y sus eternas declaraciones de emergencia como así también con los decretos de necesidad y urgencia, dado que todos estos temas ponen en vilo el principio de división de poderes, clave de bóveda de la forma republicana de gobierno adoptada por la Nación Argentina.

IL METODO NELLA RICERCA E NELL'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO SECONDO AGUSTIN GORDILLO

FRANCESCO MANGANARO*

SOMMARIO: 1. La scelta del tema – 2. L'esame degli atti e dei documenti. – 3. La norma applicabile al caso concreto. – 4. La decisione creativa. – 5. La redazione dello scritto. – 6. L'insegnamento nella classe attiva e nella classe magistrale. – 7. L'opera di Gordillo nell'evoluzione delle scienze cognitive.

1. *La scelta del tema*

Nella vastissima produzione scientifica del professore Agustín Gordillo, ho scelto di soffermarmi sul Tomo 6 del Trattato di Diritto amministrativo, coordinato da Mabel Daniele, avente ad oggetto *El método en derecho*, pubblicato a Buenos Aires nel 2012, completamente rivisto rispetto alla prima edizione stampata a Madrid nel 1988 ed alla seconda edita nel 2001.

Ciò che colpisce il lettore è l'impegno appassionato con cui Gordillo, forte della sua esperienza accademica, intende individuare un metodo utile per l'insegnamento del diritto pubblico, delineando non solo i necessari approfondimenti scientifici, ma anche i profili semiologici e neurali dell'apprendimento, al fine di indicare i migliori strumenti didattici, necessari per fornire conoscenze e coinvolgere gli studenti nel percorso universitario o in quello successivo alla laurea, propedeutico all'esercizio delle professioni legali.

Ne viene fuori un quadro affascinante e complesso, in cui si rivela non solo il grande scienziato del diritto, ma anche il docente consapevole che la trasmissione del sapere necessita di un metodo, che lungi dall'essere una serie di prescrizioni da rispettare, costituisce un ventaglio di ipotesi applicabili a situazioni diverse, sempre tenendo conto dell'uditorio a cui il discorso giuridico è rivolto¹.

In questo senso i capitoli del volume si dividono secondo i differenti interlocutori, poiché altro è il metodo di insegnamento per gli studenti universitari, altro per coloro che, già laureati, vogliono acquisire capacità professionali.

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria.

¹ Tra i tanti autorevoli contributi sul punto: G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962; C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* (ed. it.), Milano, 1979; J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo* (ed. it.), Bologna, 1968; N. LUHMANN, *Sistemi sociali* (ed. it.), Bologna 1990.

Nell'impostazione di Gordillo, qualunque sia la professione futura degli studenti universitari di Giurisprudenza, «*siempre lo principal o central de su trabajo será resolver, o ayudar a resolver, cosas o problemas concretos*»; in ogni caso essi dovranno scrivere testi giuridici, di diversa natura secondo la professione intrapresa, ma sempre scritti giuridici per la cui compilazione si possono individuare alcune regole specifiche, ovviamente da declinare secondo le varie utilità possibili.

Ci sono metodi di insegnamento e di apprendimento diversi che il docente deve sapere utilizzare in maniera differente secondo la classe che si trova davanti. L'organizzazione sistematica richiede comunque l'analisi di alcuni ambiti, che Gordillo enumera ed esamina nei capitoli successivi al primo: a) *documenti*, b) *testi normativi*, c) *errori*, d) *casi concreti*, e) *classe attiva e classe magistrale*, f) *lavori di gruppo*, g) *esperienze concrete* (Cap. I, Mét I-10)

2. L'esame degli atti e dei documenti

Il secondo capitolo del volume è dedicato all'analisi dei documenti. Per Gordillo «*el estudio de normas o problemas jurídicos se torna abstracto y difícil de seguir y comprender per el alumno, si no tiene en ala mano el objeto documental sobre que versa la discusión*». Per questo il docente deve sottoporre all'attenzione degli studenti il testo da commentare, sia esso una legge o un contratto o una sentenza. È necessario fornire anche un dossier (*carpetas*) in cui si raccolgono gli atti prodromici al provvedimento esaminato o i precedenti giurisprudenziali rispetto ad un atto o ad una sentenza da esaminare. Alla presentazione del tema da parte del docente è opportuno far seguire una fase successiva in cui gli studenti, da soli o in gruppo, siano in grado di proporre argomenti relativi al caso concretamente esaminato.

L'analisi dei testi normativi (Cap. III) è la seconda fase fondamentale, per spiegare agli studenti il modo in cui la norma si applica al caso concreto. A questo proposito, Gordillo enuncia, in modo dettagliato seppure esemplificativo, quali possono essere gli argomenti di discussione sulla norma. Innanzitutto, bisogna capire se la norma è coerente con la Costituzione e se essa proponga una soluzione adeguata al caso concreto, verificando poi la corrispondenza tra il dettato normativo ed il fatto oggetto di analisi. Un esercizio pratico suggerito in questo ambito è quello di creare un gruppo di lavoro che scriva un testo normativo su una materia.

Dall'analisi delle sentenze possono emergere soluzioni controverse o ritenute erranee (Cap. IV). In questo caso il ruolo del docente è quello di discuterne con la classe, portando esempi di altre soluzioni adottate sul caso concreto:

l'importante è che lo studente venga abituato a consultare i codici e le opere giuridiche, aiutandolo a rendersi conto che «*el derecho es una telaraña (trama) de interconexiones y ningún campo puede ser estudiado en forma aislada, sin vincularlo con otras materias*»².

Il lavoro del docente non è, in questo caso, quello di spiegare l'errore del provvedimento o della sentenza, ma quello di accompagnare il ragionamento degli studenti attraverso la preparazione di un questionario in cui si pongono domande relative all'atto esaminato (è conforme a Costituzione? Utilizza tutti gli atti allegati al fascicolo? Poteva applicare al caso concreto una norma diversa?).

Nota realisticamente Gordillo che difficilmente il questionario può essere compilato in aula, poiché richiede una valutazione ed uno studio successivo da parte degli studenti. Perciò, le risposte al questionario dovrebbero essere oggetto di un incontro successivo: da questo esercizio potrebbe sortire la consapevolezza che non vi sia una sola soluzione possibile per il caso concreto. E comunque, il docente non deve dare mai la soluzione "giusta", ma, ove accerti una molteplicità di risposte diverse, dovrebbe proporre nuove e più approfondite domande sul punto critico oggetto di dubbi interpretativi.

3. La norma applicabile al caso concreto

Dal capitolo V al capitolo XV, Gordillo si occupa dell'analisi del caso e dell'applicazione ad esso della norma. La preparazione degli studenti – qualunque sia la professione che vorranno svolgere – richiede sempre *l'analisi del caso* a cui applicare la norma (Cap. V).

Il ragionamento di Gordillo parte da lontano e si fonda sulle più note costruzioni filosofiche dell'ermeneutica. Viene a questo proposito citata la dottrina di San Tommaso d'Aquino, che, richiamando Aristotele, mette in evidenza la base sperimentale della conoscenza umana. Richiamando la teoria di Leibniz, si ricorda che tutte le scienze empiriche attribuiscono al fatto una serie indeterminata di caratteristiche, cosicché la conoscenza non avviene mai in maniera piena ed esaustiva, ma solo per successive approssimazioni.

Per questo anche il giurista dovrà adottare, per la migliore possibile comprensione del caso specifico, tutte le opportunità offerte dalla tecnologia: fotografie, grafici, piani, dati numerici e statistici, ecc³.

² J. M. MILLER, M.A. GELLI, S. CAYUSO, *Constitución y poder político, jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación: control de constitucionalidad, justiciabilidad, jurisdicción*, Buenos Aires, 1987.

³ Oggi Gordillo avrebbe certamente, con la sua curiosità intellettuale, fatto riferimento all'applicazione dell'intelligenza artificiale.

A questo scopo, Gordillo indica un preciso percorso metodologico indicando un dettagliato itinerario: esaminare le prove preesistenti, raccoglierle in un documento, valutare se le prove siano sufficienti, considerare l'opportunità di produrre eventuali nuove prove. Tutte queste operazioni servono sia all'avvocato, come al funzionario amministrativo o al magistrato, cosicché proporlo agli studenti è utile qualunque sia il loro futuro professionale.

L'analisi del caso è sempre relativa al momento temporale in cui lo si esamina, poiché il decorrere del tempo, con le innovazioni che esso comporta, può dare al fatto nuove comprensioni⁴.

Si passa così dalla definizione del caso all'applicazione ad esso della norma (Cap. VI).

Approfondendo il tema della razionalità della decisione, Gordillo ribadisce che in ogni caso non vi è una sola soluzione possibile. Citando Popper⁵, si ricorda che è illusorio cercare una soluzione definitiva, poiché è sempre possibile rinvenire una risposta più consona al caso in oggetto, così che l'unica regola è che non c'è nessuna regola⁶.

Invero, il riferimento al precedente non aiuta ad una corretta applicazione della norma al singolo caso, poiché differenti sono i comportamenti delle parti, il luogo ed il tempo in cui gli eventi si sono svolti.

Nell'analisi del caso, bisogna sempre tener conto di quanto possa essere utile un'eventuale negoziazione per la risoluzione dell'eventuale controversia. Questo profilo, noto alla professione dell'avvocato, deve essere introdotto nella didattica per lo studente, perché valuti se la soluzione da lui ipotizzata possa essere prospettata o possa diventare rimedio alternativo ad un eventuale giudizio.

L'esame di un noto caso giudiziario è la prova di quanto appena detto. Pe-reyra è un testimone di Geova che nel 1979 viene condannato per aver rifiutato di fare il servizio militare, che è contrario alle sue opinioni politico-religiose. Dall'analisi del caso si traggono alcuni principi: la modifica nel tempo del giudizio sul caso per l'evoluzione del contesto sociale; la prevalenza delle norme sovranazionali che tutelano diritti della personalità; il confronto di diritto comparato con altri ordinamenti giuridici (Cap. VII).

⁴ A questo proposito Gordillo cita G. R. CARRIÓ, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, 2003, 45.

⁵ K. POPPER, *La lógica de la investigación científica* (ed. sp.), Madrid, 1962.

⁶ In questo senso, B. N. CARDOZO, *The nature of the judicial process*, New Haven, 1921, ristampa 1952, 166.

4. *La decisione creativa*

L'esperienza dello scienziato giuridico che attinge alle altre discipline per il suo lavoro si esprime in maniera significativa nel capitolo sul procedimento della decisione creativa (Cap. VIII).

Si tratta, invero, di un capitolo che interessa tutti coloro che producono scienza sia esso il diritto o le scienze "dure", nonché la letteratura e le altre arti, perché si esamina il modo di lavorare del cervello nell'elaborazione di argomentazioni e testi scritti, ricorrendo all'ausilio delle scienze neurologiche⁷. Infatti, l'opera giuridica si avvicina al genere letterario, essendo espressione non solo di conoscenza ma anche di passione e sentimento.

Citando ancora gli studi di Popper, Gordillo afferma che l'intensità dell'interesse per un problema aiuta il pensiero creativo: una intuizione nasce dalla conoscenza approfondita del caso, ma è essenzialmente «*un salto nell'immaginazione*»⁸.

Nel pensiero creativo intervengono in sequenza temporale lo studio, la maturazione del pensiero, l'irruzione della idea creativa ed infine l'ulteriore maturazione della ricerca alla luce della nuova intuizione. È necessario un forte impegno di studio e la maturazione di un pensiero perché possa sorgere un'ispirazione imprevista, che, a sua volta, necessita di ulteriore approfondimento.

Non c'è produzione scientifica o letteraria che nasce dal nulla, c'è sempre bisogno di ricerca dei dati e verifiche ricostruttive del reale, perché l'idea nuova non precede magicamente lo studio del problema, ma è conseguenza di un paziente lavoro e di una successiva rielaborazione.

Richiamando studi di neuropsichiatria, Gordillo analizza il diverso ruolo svolto nella ricerca dai due emisferi della mente, descrivendo il percorso dell'immaginazione e dell'approfondimento: solo il lavoro congiunto dei due emisferi consente la creazione di un pensiero nuovo, che rappresenta una produzione "incosciente", nel senso di non voluta.

Per questo, lavorare su un caso, anche quando sembra impossibile trovare una soluzione, è necessario per predisporre la mente a trovarla: in questo sforzo scrivere frequentemente ha un ruolo importante per lo sviluppo delle idee, poiché riflettendo sullo scritto si pensa.

La creatività è un dono per tutti gli esseri umani, ma bisogna avere una motivazione interiore per creare un atto giuridico come anche una poesia, un dipinto, un romanzo (Cap. IX).

⁷ Sul punto: E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto: Una introduzione*, Torino, 2011.

⁸ M. BUNGE, *Intuicion y razon*, Madrid, 1986, 122-123.

Se si è lavorato a lungo su un tema, l'idea fondamentale può manifestarsi in ogni tempo – come testimonia la vita dei grandi artisti – anche e soprattutto durante il sonno o appena svegli: non si tratta di eventi miracolosi, ma spiegabili in neurologia con l'attivazione delle cellule cerebrali (Cap. X).

Artisti e scienziati confermano, inoltre, che per la produzione di un'opera sia necessaria una continua abitudine a scrivere. Citando le testimonianze di musicisti, scrittori e filosofi come Mozart, Kipling o Schopenhauer, Gordillo conferma che, nel corso dell'approfondimento di un tema, si può manifestare un'idea nuova in modo improvviso.

A questa percezione dell'idea innovativa deve seguire «*el dedicarse de inmediato y con plenitude al desarrollo escrito de la idea*» (Cap. X, Mét 3). L'intuizione può essere dispersa, perciò è necessaria annotarla subito pur rinviando ad un momento successivo gli approfondimenti, che ogni autore svolge nei tempi più tranquilli, secondo le sue diverse abitudini: scrivere di notte oppure nella quiete del fine settimana oppure ancora in una silenziosa biblioteca. Annotare per non dimenticare visto che la memoria è limitata.

5. La redazione dello scritto

Nel capitolo XI, Gordillo fornisce consigli per la redazione dello scritto. Per tutti, studenti, funzionari, avvocati «*necesita saber crear y escribir*», perché l'abitudine di scrivere migliora la scrittura.

Uno scritto va sempre rivisto e modificato per dargli maggiore motivazione argomentativa e chiarezza espositiva. Se lo scritto non è urgente, è sempre meglio “farlo riposare” per un certo tempo e riprenderlo successivamente, verificando la sua consistenza. Ovviamente, l'elaborazione dello scritto sarà diversa, quanto ai tempi, se si scrive una memoria per un giudizio o una monografia scientifica.

Lasciare sedimentare uno scritto consente comunque di riguardarlo con calma, facendo autocritica, anche valutando opzioni diverse rispetto a quelle sostenute nello scritto. Pur quando a volte si comincia a scrivere un lavoro con un piano già determinato, sarà sempre comunque necessario rivederlo strada facendo.

Il testo va sempre controllato e rielaborato (Cap. XII).

Seguendo le precise indicazioni di Carrió⁹, Gordillo elenca puntualmente le operazioni necessarie per la rivisitazione del testo: «*a) Ser breve, claro y conciso.*

⁹ G. CARRIÓ, *Como estudiar y argumentar un Caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, 1987, 151.

Usar un estilo llano. b) Describir con la mayor precisión y, en lo posible, sin tecnicismos, el conflicto de intereses en juego. c) No escatimar el punto y aparte, los títulos y los subtítulos. Esto es esencial, pues los títulos nos ayudan a ordenar el material y las ideas, detectar repeticiones, mejorar la secuencia y evolución argumental, visualizar esquemática y globalmente el escrito. d) Presentar ordenadamente los argumentos, distinguiendo cuidadosamente los principales y los subsidiarios y dando el necesario relieve a los primeros... e) Hacer una síntesis de nuestra posición o mejor dos. Una al comienzo, en la que se precisará cuáles son las cosas que nos proponemos demostrar (expresión inicial de intenciones que guía la lectura y facilita la comprensión de nuestra línea argumental.) Otra al final, en la que se resumirá de qué modo creemos haber demostrado lo que nos habíamos propuesto demostrar (expresión final de conclusiones que dará a nuestro escrito la fuerza de un argumento bien armado)¹⁰.

Nella redazione del testo è necessario innanzitutto spiegare in maniera esaudiva i fatti, confutare la tesi contraria attraverso l'argomentazione fondata sulle prove di fatto, lette alla luce delle fonti del diritto, le citazioni di dottrina e giurisprudenza completano il testo.

Nelle ulteriori questioni di metodo (Cap. XIII), Gordillo suggerisce di fare vedere il primo testo scritto ad esperti della materia, ma anche a professori di metodologia della ricerca scientifica. Se si tratta di un test per un corso universitario è opportuno darlo in lettura agli stessi studenti perché «no hay mejor crítico, ni más detallista lector, que un alumno».

Una grande attenzione va data alla redazione delle note, tenendo conto della principale dottrina nella materia. È necessaria sempre una puntuale citazione, soprattutto quando contraddice la nostra opinione, eventualmente spiegando le ragioni del dissenso. Ci vuole molta cura nelle citazioni bibliografiche, perché, ad esempio, sarebbe un grave errore citare un volume in una edizione meno recente rispetto all'ultima pubblicata, dimostrando così di non seguire l'evoluzione della dottrina.

Molto utile si rivela il ricorso alla tecnologia per la redazione dello scritto giuridico, nonché quello stress positivo che ci porta a concludere un lavoro, senza rimandarlo sempre (Cap. 14).

Il libro, una volta pubblicato, va portato personalmente agli amici competenti, ai colleghi, agli alunni per verificare ulteriormente le nostre tesi. E poi, alla fine di un lavoro, ammette Gordillo con estrema lucidità, «se siamo stanchi, abbandoniamo per un po' quella strada e prendiamone un'altra» perché «ci sono

¹⁰ In tal senso anche L. ARAGÓN, *Je n'ai jamais appris à écrire ou les incipit*, Ginevra, 1969, 145, secondo cui la chiave della ogni opera scritta è l'inizio e la fine, ma soprattutto l'inizio, che, come il diapason, dà la giusta intonazione a tutto il resto del lavoro.

sempre nuove strade da seguire, nuove direzioni da cercare, esperienze arricchenti da fare al di fuori dell'ambito della legge».

Infatti, se tutti i percorsi prevedono di pensare qualcosa, scriverlo e correggerlo, si arriva ad un punto in cui «*non abbiamo più nulla da aggiungere o ci siamo stancati ed entriamo nella fase dei rendimenti decrescenti*». È il momento di incontrare studenti ed amici professionisti, che sanno dare nuovo interesse, gusto e passione.

6. *L'insegnamento nella classe attiva e nella classe magistrale*

Terminato l'esame dei primi quattro elementi del metodo (documenti, testi normativi, errori, casi concreti), Gordillo, secondo lo schema iniziale da lui proposto, passa ad illustrare la differenza tra classe attiva e classe magistrale e le dinamiche di gruppo.

La distinzione tra classe magistrale e classe attiva si fonda sul fatto che, nella prima, il docente «*habla sin interrupciones durante toda la hora*», mentre nella classe attiva interroga o dialoga con gli studenti (Cap. 15 - 16). La prima forma può essere utile per comunicare agli studenti appena iscritti ai corsi informazioni sulla materia, ma la seconda forma è necessaria per approfondirla.

Le lezioni nella classe magistrale danno al docente la possibilità di esporre le proprie tesi scientifiche, ma, nello stesso tempo, gli consentono di confrontarsi con la classe al fine di verificarne la fondatezza: per questo il tempo dell'insegnamento non è affatto un tempo sottratto alla ricerca¹¹.

L'insegnamento richiede un piano della attività del corso (cap. XVII), che va redatto in anticipo rispetto all'avvio del corso stesso, meglio se con i propri collaboratori; nello stesso tempo vanno predisposti mezzi di formazione prevedendo in che modo vadano valutati i risultati.

A questo proposito Gordillo offre in maniera dettagliata una serie di consigli pratici, apparentemente superflui, ma invece necessari per un'adeguata docenza.

Prima di tutto è necessaria una buona voce, ma soprattutto saper modularla per non essere monocorde, sia per distinguere le parti del discorso che per sollecitare l'attenzione degli studenti; anche fare delle pause o accelerare la dizione delle parole, secondo quanto necessario, aiuta gli studenti a seguire il discorso. È meglio stare in piedi e muoversi parlando per attrarre l'attenzione degli uditori, senza però pose eccessivamente istrioniche; è opportuno usare ausili visivi come le diapositive; invitare qualche docente o professionista esperto su una

¹¹ K. POPPER, *Búsqueda sin término: una autobiografía intelectual*, Madrid, 2002, 160.

parte del programma di studio; distribuire il piano della lezione e/o il testo della stessa.

Per la classe attiva è necessario un docente esperto che sappia individuare tempi e modi di interlocuzione con gli studenti, cosa che può avvenire in modi assai diversi: sospendere l'esposizione per fare domande agli studenti, chiedere a loro se l'esposizione fatta ha dei difetti o parti non comprensibili, distribuire un questionario di autovalutazione di quanto appreso, proporre alcune dinamiche di gruppo.

In tutti questi casi è necessaria una previa preparazione del docente ed una interlocuzione continua durante la spiegazione in classe, anche al fine di stimolare la partecipazione, ma senza creare apprensione negli studenti¹².

Molti possono essere gli strumenti di coinvolgimento della classe attiva: intervista o tavola rotonda di esperti; esposizione dialogata; piccolo gruppo di discussione; giochi di ruolo; Phillips 66 (sei persone in sei minuti risolvono un problema); il sussurro (tre minuti per risolvere un caso tra quattro persone divise in due gruppi); vortice di idee (proposte libere su un tema); l'acquario (una parte della classe propone una soluzione ed un'altra la valuta).

7. L'opera di Gordillo nell'evoluzione delle scienze cognitive

Le osservazioni di Gordillo sul metodo della ricerca e dell'insegnamento sono effetto di riflessioni e sperimentazioni sul campo, che dimostrano conoscenza delle scienze dell'apprendimento.

Le teorie pedagogiche spiegano, infatti, che scopo della lezione è facilitare l'apprendimento¹³, anzi esso ne è il fine essenziale¹⁴. Si può apprendere anche da soli, perciò l'insegnamento serve a rendere il processo di apprendimento più rapido e migliore qualitativamente e quantitativamente.

L'insegnamento nelle grandi stagioni dell'ellenismo e delle scuole romane poggia sull'autorevolezza dei Maestri che formulano teorie e dottrine che comunicano ai loro discepoli: la *lectio* diventa così il principale modo di trasferimento delle conoscenze¹⁵.

Le scuole medievali del XII secolo, come le Università di Parigi e Bologna,

¹² Secondo J. BLEGER, *Temas de psicología (Entrevista y grupos)*, Buenos Aires, 1972, 74 «sin ansiedad no se aprende, y con mucha tampoco».

¹³ B.F. SKINNER, *The technology of teaching*, New York, 1968 (trad. It., 1970).

¹⁴ D.P. AUSUBEL, *Educational psychology. Acognitive view*, New York, 1968, trad. it., 1978.

¹⁵ M. GRABMANN, *Die Geschichte der Scholastischen Methode*, Friburgo 1909, trad. it., Firenze, 1980.

attingono invece al metodo tramandato dalla Scolastica, fondato sul confronto argomentativo su una *quaestio*, che conduce alla conoscenza attraverso il dialogo e gli studi necessari per risolvere un conflitto intellettuale tra le parti in gioco. Questa modalità di insegnamento si rivela più utile della semplice *lectio* in quanto quest'ultima è solo unidirezionale, mentre la *quaestio* consente una didattica con orientamento euristico, che stimola la ricerca personale.

Tuttavia, ben presto, questa modalità di insegnamento viene superata dal ritorno della *lectio magistri*, che prevede l'esposizione di temi da parte di un docente esperto nei confronti degli allievi.

Dewey, nei suoi studi sulla pedagogia, afferma che la conoscenza parte sempre, all'inizio, dall'esperienza concretamente comprensibile dallo studente, ma l'educazione deve consentirgli di ricostruire e riorganizzare il pensiero proveniente dall'esperienza, creando le condizioni affinché lo studente stesso possa orientarsi nelle successive nuove esperienze¹⁶. Naturalmente in questo processo educativo bisogna tener conto delle esperienze già vissute dagli allievi e successivamente farle sviluppare attraverso il metodo scientifico.

La discussione in tempi più recenti sulle modalità di insegnamento in una scuola di massa rivaluta la lezione, perché è il metodo privilegiato ed efficiente per l'acculturazione di grandi numeri di studenti¹⁷ con un lavoro abbreviato¹⁸.

Il punto serio è *come* fare la lezione. Gordillo, e con lui gran parte della pedagogia, ci ricordano che ci sono diversi modi e strumenti per fare lezione, tutti utilizzabili in un corso di studi, senza un modello predefinito, ma adattabile alle diverse situazioni concrete.

È una lezione utile per tutti coloro che fanno ricerca e ne condividono i frutti con gli studenti.

¹⁶ J. DEWEY, *Logic, the theory of inquiry*, New York, 1938 (trad. it. *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1949).

¹⁷ T.L. GOOD, J.E. BROPHY, *Educational psychology: A realistic approach*, New York, 1990.

¹⁸ R. ARDIGÒ, *La scienza dell'educazione*, Padova, 1893, rist. 2007.

JUSTICIA ADMINISTRATIVA. ESENCIA DEL SISTEMA ARGENTINO

POR CLAUDIA A. M. MILANTA¹

SUMARIO: 1. A modo de introducción conceptual. – 2. Las dos vertientes del modelo universal de la Justicia Administrativa. El sistema argentino. – 3. Algunas referencias comparativas de la evolución de la Justicia Administrativa argentina y de otros sistemas. a) El año 1872 (el paso en Francia de la Justicia retenida a la Justicia delegada). b) Año 1889 (El arrêt Cadot). c) Año 1904 (La ley Maura). d) El año 1932 en Argentina. El Estado es persona demandable y responsable. e) El año 1956 en España. f) Las últimas reformas constitucionales en nuestro país. g) Breve apartado y apuntes sobre el ciclo evolutivo acaecido en Italia. – 4. Repaso de ciertos aspectos relevantes para la comprensión del sistema argentino. a) El control judicial amplio y suficiente como estándar infranqueable. b) El “caso”. “Caso justiciable”, “caso judicial”. c) La independencia del Poder Judicial. – 5. El pensamiento esclarecedor de Gordillo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales. “En la Constitución no hay excepción a la garantía de la defensa en juicio”. Reflexión final.

Con profundo agradecimiento a participar en la iniciativa de la *Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo* (AIAPDA) de homenaje al Profesor AGUSTÍN GORDILLO que me lleva a abordar los principios esenciales de una institución que, orientada por iguales objetivos, presenta algunas diferencias básicas o estructurales – sobre todo en sus líneas evolutivas como en sus respectivos modelos – entre el sistema argentino y, en general, los del derecho continental europeo.

1. *A modo de introducción conceptual*

“La justicia administrativa es una creación jurídica completamente nueva, sin raíces en los grandes fundamentos del Derecho Occidental, el Derecho Romano, el Derecho Germánico, el *ius commune* medieval o moderno, el *common law*, el Derecho Natural y de Gentes. Surge a fines del siglo XVIII, con la Revolución Francesa; se afirma consistentemente en el XIX, conocerá su espectacu-

¹ Profesora Titular de Derecho Administrativo de grado y de posgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; Jueza de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata (desde su fundación en el año 2004), ha sido Docente Titular de la Especialización en Derecho Administrativo – bajo la dirección de María Graciela Reiriz – de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

lar despliegue a lo largo del XX y se nos aparece ahora, al comenzar el siglo XXI, ya virtualmente cerrado, apenas precisado ya de algún retoque último, dispuesto como un modelo universal, como una de las piezas centrales e ineludibles de lo que hoy llamamos Estado de Derecho” (GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo*, con prólogo de AGUSTÍN GORDILLO²).

Si bien la noción de Justicia Administrativa expresa un claro sentido “jurisdiccional” comprensivo de la resolución de contiendas por tribunales imparciales e independientes, sean administrativos o judiciales – lo cual ya entraña una acepción amplia de su concepto, al menos para el derecho argentino –, también ha tenido un alcance más extenso aún, asociado a los medios de defensa o impugnación administrativos³, sobre todo en Italia.

Así, MÁXIMO S. GIANNINI dio una definición de Justicia Administrativa al

² Estas palabras corresponden a las disertaciones que el catedrático realizara en nuestro país en el mes de octubre del año 2000. Una de ellas en la ciudad de La Plata, con motivo de la constitución del fuero contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, cuya entrada en funcionamiento era entonces inminente, mas terminó cumplimentándose varios años después. Civitas, primera edición 2001, pág. 27.

³ Sin perjuicio del diseño judicialista que rige en Argentina, que será la base de nuestros comentarios, el contenido del enunciado Justicia Administrativa no ha sido ni es uniforme y se ha encauzado, en algunos doctrinarios, a un campo más extenso o diferencial del de proceso judicial. Incluso, señalándose la crisis del mismo para significar claramente su objeto.

Así, entre nosotros, Bartolomé Fiorini desarrolla un “concepto institucional” centrado en las garantías jurídicas del administrado en función de los principios de juridicidad. Según el autor, la Justicia Administrativa extiende su ámbito más allá de aquel que los autores franceses denominan “el contencioso administrativo” ... y comprende el estudio de las garantías de la Administración para ser eficaz, justa y también las garantías que debe tener el administrado para asegurar la legalidad y moralidad administrativas y el respeto por sus derechos y sus intereses. No se trata del estudio de los recursos del procedimiento administrativo, pues comprende además de todo el procedimiento, formas de actuaciones, órganos con competencias especiales y el proceso posterior ante los órganos judiciales. ... La justicia administrativa comprende institucionalmente el estudio sistemático, orgánico y procesal de todas las garantías que tiene el administrado para la correcta y justa aplicación de la legalidad por la Administración. *Derecho Administrativo (Segunda edición actualizada)*, Tomo II, Buenos Aires, 1976.

El enfoque de Fiorini pareciera dirigirse principalmente hacia la función administrativa, antes que a integrar el concepto de justicia administrativa incluyendo a la jurisdiccional o judicial; si bien no la desplaza, finaliza diferenciando la justicia administrativa del proceso judicial. Luego, en relación a nuestro sistema judicialista, como a otros establecidos para la solución de litigios administrativos, destaca que actividad jurisdiccional o actividad judicial son siempre idénticas, puesto que muestran estos dos presupuestos: un órgano independiente que dice el derecho ante una contienda entre partes que, con aquél, no tienen ninguna relación de dependencia, *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, 1965, p. 71 y sig.

Juan Francisco Linares destaca el dato esencial de la jurisdicción como función estatal que

decir que es una “locución adoptada primero en Francia, y sucesivamente en Italia, con la cual se designa el complejo de recursos y acciones dirigidos a tutelar al privado contra la Administración Pública”, concepto del que parece desprenderse que no comprende solamente el momento jurisdiccional de impugnación y sería inclusivo de los recursos en vía administrativa. Aunque luego, se ha inclinado el autor hacia un término referido a la solución de controversias entre las administraciones y los administrados⁴. Claro que en ello incide el par-

incluso puede tener la administración y no radica en el órgano que interviene sino en la naturaleza *contenciosa* del asunto a decidir. De allí podría seguirse una noción extensiva hacia los modelos de doble o única jurisdicción e, incluso, sin necesidad de la presencia de tribunales dotados de imparcialidad, a excepción de la jurisdicción confiada al poder judicial, como sucede en nuestro país. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, p. 158 y sigs.

Estas voces tan autorizadas para comprender la temática dejan ver la variedad de matices para su estudio, principalmente en la terminología a ser analizada. Sin embargo, a la hora de adoptar un sentido que se adecue estrictamente a la medida o molde de la Constitución nacional para explicitarla en toda su dimensión, la doctrina de nuestros autores se ha inclinado en seguir una postura apegada a los términos del sistema instituido en la norma fundamental, que es la que también habremos de continuar. En ella, el dato del Poder Judicial como organización que contiene la función de juzgamiento es determinante y sustancial para configurar la concepción de la justicia administrativa, se prefiera o no esta expresión, reconociendo que se trata de una semántica que, por su origen, es necesario despejar de acuerdo a cada sistema. Tal vez por ello se ha ido depurando la terminología inherente a la función judicial en la materia, bajo el concepto de *proceso administrativo* que es utilizado por muchos doctrinarios, entre ellos Gordillo.

Como expresa al respecto Juan Carlos Cassagne en oportunidad de analizar los sistemas procesales latinoamericanos en lo contencioso-administrativo cuya casi totalidad han sido fieles al Sistema Judicialista, el sistema de justicia administrativa, contenciosoadministrativo, derecho procesal administrativo o como se lo quiera denominar convencionalmente, constituye en realidad, un subsistema perteneciente a un sistema que lo engloba. Este no es otro que el denominado separación de poderes, el cual hunde sus raíces históricas en el conocido trabajo de Montesquieu. *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*, Iuris Dictio, Vol. 6, N° 9, 2005.

Se advierte, entonces, que puede no haber uniformidad terminológica pero sí conceptual. De allí los vaivenes que se ven en relación al tema. En esto campea naturalmente la diferencia estructural de los submodelos establecidos para resolver asuntos en materia administrativa, en cuyo contexto la expresión Justicia Administrativa se ha emparentado mayormente con el francés.

⁴ Expresa que la Justicia Administrativa en Italia está compuesta de varias partes entre las que menciona algunos procedimientos administrativos recursivos o contenciosos, además de la jurisdicción administrativa de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado, la jurisdicción ordinaria – judicial – en relación con la administración pública, varias jurisdicciones especiales, entre otros supuestos, *La legislación italiana sobre la Justicia Administrativa*, en Revista Judicial, Costa Rica, Año XV, N° 49, marzo 1990. Ver P. Woobridge, *Examen de los institutos de la Justicia Administrativa Italiana*, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N°58, 1987, p. 43.

ticular régimen jurídico, donde, a distancia del argentino, conviven distintos procedimientos y recursos ante situaciones contenciosas.

Adoptando aquí el sentido jurisdiccional de la expresión, para aproximarnos a las bases esenciales a considerar, con ella se alude a sistemas que presentan distinciones elementales.

Unos se han establecido, bajo la influencia de cuño francés, como de doble o múltiple jurisdicción, separadas, con aptitud decisoria final en cada ámbito.

A diferencia, Argentina, inspirada en la división de poderes de tradición angloamericana de frenos y contrapesos, ha consagrado desde sus orígenes y acorde a su historia y derecho patrio, un sistema de única jurisdicción, la judicial.

Es así que, por sobre la complejidad del análisis de tema en cada país y en sus comparaciones, en líneas generales puede decirse que la Justicia Administrativa enraíza su matriz en la función jurisdiccional que se integrará con la jurisdicción administrativa, la judicial o ambas (en gruesa traza: sistemas del juez administrativo, del juez judicial o mixto). De allí se siguen los modelos de doble o única jurisdicción, o intermedio.

Es un enunciado – Justicia Administrativa – que posibilita la consideración orgánico estructural, el contenido material y su diseño procesal.

Bien entendido que, en Argentina, es utilizada junto a otras – proceso administrativo, derecho procesal administrativo, contencioso administrativo – aludiendo a un inequívoco significado común: el juzgamiento y solución de todas las causas en materia administrativa – o en las que el Estado sea parte – por tribunales pertenecientes al Poder Judicial, únicos que tienen esa atribución decisoria final con autoridad de cosa juzgada.

Desde luego que esa precisión no implica restar valor a la mirada de más amplio cometido, que busca asegurar las garantías de la persona frente al estado, comenzando por las relativas al propio quehacer administrativo y más allá, pues, del tipo de función estatal u órgano que la desarrolle.

Dejando a salvo esta última acepción centrada en la completitud de la defensa del hombre ante el estado sobre todo cuando cumple función administrativa, como otras variables o matices del mayor o menor alcance del concepto, podemos decir que en nuestro país ha ido prevaleciendo una noción más bien estricta de Justicia Administrativa, que conlleva como elementos primordiales: el caso – causa o controversia – sometido a juzgamiento – sea individual o colectivo –, la materia administrativa, de derecho público, – que puede comprender cuestiones constitucionales y, por ende, convencionales – y el juez judicial – tercero imparcial e independiente – que imparte justicia con fuerza de verdad legal a través de una sentencia ejecutable. De allí también se desprende que, en ese sentido, la Justicia Administrativa argentina pertenece a la función judicial,

sin necesidad de calificarla de jurisdiccional, ya que no es posible su asignación, ejercicio, derivación ni desplazamiento a los organismos de otro poder estatal.

Adquiere en tal contexto particular relevancia que en Argentina, además, todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción tienen el deber y la atribución de ejercer el control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas que les corresponde aplicar, dentro de los límites de su competencia material y del caso a resolver, que surge del sistema difuso que para ese cometido establece la Constitución como del principio de supremacía⁵, postulado cuya proyección reviste especial entidad en los litigios de derecho público y administrativo.

Asimismo, la tutela judicial comprende – desde el propio orden constitucional – a derechos e intereses jurídicos individuales y de incidencia colectiva, con todas las particularidades – legitimación, proceso, cautelares, efectos de la sentencia, etc. – que presenta esta amplitud en los asuntos de derecho público, que abren un panorama fructífero en la función judicial a través de la litigación estructural y colectiva.

Entonces, bajo el alcance preciso de la institución se procuran evitar confusiones que alteren la letra y el espíritu de la Constitución y, sobre todo, restricciones a la solución de casos administrativos por el tercero imparcial, donde puedan germinar zonas de reserva, inmunes o exentas de judiciabilidad.

En esa misma senda, la obra de GORDILLO desde la concepción humanística de la defensa ante el Estado, como uno de los pilares centrales de su tratado, refiere que el *proceso administrativo* expresa la función judicial en los casos sobre la materia.

En efecto, conforme sostiene, “razones históricas y políticas han dado a la idea de proceso un significado más alto y valioso que la mera secuencia finalista de actos: le han atribuido el fin específico de decidir una controversia entre partes (litigio) *por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez)* con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada). Es una de las funciones esenciales del Estado de derecho [...] es básico que el acto final del proceso sea un acto judicial [...] la clave es la existencia de una autoridad independiente del poder político e imparcial en la contienda que lo tiene a dicho poder como parte [...] carácter fundamental y tradicional del medio o técnica para la administración de *justicia*”.

Señala asimismo el autor las diferencias entre los conceptos proceso y procedimiento, haciendo eje en los fundamentos que lo llevan a propiciar una acepción restringida al decir que “la tesis amplia acerca de la noción de “proceso” es peligrosa, pues siendo “proceso” sinónimo usual de “juicio”, podría llegar a entenderse, como alguna vez se ha sugerido, que no hay violación de la

⁵ Arts. 31, 43, 75 inc. 22, 108 y sigts, 116, 117 y conces., Constitución Nacional.

defensa en juicio si los derechos de un individuo son definitivamente resueltos por la administración, siempre que ésta haya oído al interesado. Pero, por supuesto, defensa en juicio es algo más que oír al interesado; *es también que haya un juzgador imparcial e independiente*, cualidades éstas que en ningún caso puede reunir la administración. Por esta razón también es conveniente reservar el concepto de proceso y por ende de juicio para el proceso o juicio estrictamente judicial, evitando con esta terminología posibles confusiones como las que se acaban de recordar”⁶.

Hemos tratado de afinar el concepto de Justicia Administrativa, desde la perspectiva que ofrecen los distintos sistemas, sin dejar de ver que los vocablos utilizados pueden generar distintas opiniones, mas todo ello a fin de lograr un significado congruente con nuestra fuente constitucional.

Anotaremos seguidamente cuáles son las bases esenciales de la Justicia Administrativa en Argentina; luego, algunos antecedentes comparativos de la evolución en Francia y España, dedicando un apartado relativo al régimen italiano y, por último, ciertas directrices jurisprudenciales de interés para ilustrar la aplicación del derecho.

En el final, las reflexiones de GORDILLO sobre el tema, en uno de sus fundamentos más preciados, el derecho de defensa.

2. *Las dos vertientes del modelo universal de la Justicia Administrativa. El sistema argentino*⁷

El modelo universal conforme se viene insinuando, se ha desarrollado a través de dos vertientes en dirección al mismo fin constructivo pero que han transitado caminos contrapuestos, desarrollo que sucede una vez definido el proceso de independización de las funciones judiciales y ejecutivas como punto cardinal del principio de división de poderes. Es precisamente la distinta interpretación de este principio la que explica esos dos movimientos contrapuestos

⁶ *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10 edición, Buenos Aires, 2014, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, 1ª edición, Buenos Aires 2014, Sección IV, Capítulo IX.

⁷ En su versión original, una parte de estas reflexiones, ahora ampliadas y actualizadas, conformaron un trabajo especialmente hecho para compartir en la obra colectiva “Derecho Procesal Administrativo” (Buenos Aires, Hammurabi, 2004) dirigida por Juan Carlos Cassagne, el reconocimiento al catedrático español Jesús González Pérez, por sus importantes contribuciones en la materia. Puede destacarse su clásica obra: “Derecho Procesal Administrativo”, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957/1958 como también “Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano”, Ed. Temis, Bogotá, 1985.

que concluirán a su vez en los dos grandes submodelos de la Justicia Administrativa: el francés y el angloamericano.

Como señala claramente BOSCH, luego de hacer referencia al fenómeno universal de la lucha por la independencia de la justicia frente a los poderes omnímodos del príncipe, el movimiento también universal y único tendiente a lograr una verdadera justicia administrativa difiere de ese proceso de independización de la justicia ordinaria, no sólo por la mayor lentitud sino también porque no siempre sigue la misma dirección ni se manifiesta en todos los casos en el propósito de insertar la función jurisdiccional contenciosoadministrativa en los mismos órganos, ya separados del Poder Administrador, que constituyen el Poder Judicial. Esto es lo que ha ocurrido entre nosotros, donde se fue privando a la Administración, progresivamente primero y por un vuelco violento después, de la función de juzgar los litigios de índole administrativa para ir atribuyéndosela, en igual medida, a los tribunales ordinarios que vinieron con el tiempo a integrar el Poder Judicial. En Francia, en cambio, los acontecimientos que jalanan la historia del establecimiento de la justicia administrativa se desarrollan en una dirección diferente: no hacia afuera del poder Administrador sino dentro del mismo⁸.

Más adelante, a través de algunas referencias relacionadas con fechas históricas para el desarrollo del contencioso administrativo – especialmente en Francia y España –, se intentará mostrar (sin abundar en aspectos que son por demás conocidos) que el sistema argentino sentó sus bases constitucionales en forma temprana, definida y coherente y que los obstáculos que han turbado el pleno desarrollo de su vigencia, por lo general, han derivado de transpolar conceptos, doctrinas o instituciones extrañas al prístino plexo fundamental.

El sistema implantado y concretado en la Constitución nacional de 1853/1860 es de neto corte judicialista. Responde a la clásica concepción (para muchos la correcta) del principio de división de poderes entendido como equilibrio de frenos y contrapesos y, en este sentido, tuvo como fuente principal la Constitución de Filadelfia de 1787, que no reprodujo ni calcó mecánicamente. Tal Constitución argentina, que con modificaciones pervive actualmente y en los aspectos que aquí interesan permanece inalterada, fue el resultado del genuino proceso histórico que culminó en un texto propio.

La armónica sistemática constitucional de la Nación no contempló especialmente la justicia administrativa, mas su único encuadre posible lo es dentro del Poder Judicial. En efecto la Carta magna confiere al Poder Judicial el conocimiento y decisión de “todas las causas”, – o “casos” –, incluyendo aquéllas en

⁸ Jorge Tristán Bosch, *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1951, p. 35.

que “la Nación sea parte” (hoy art. 116), establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18), prohíbe la delegación legislativa de funciones judiciales al Poder Ejecutivo (cfr. art. 29) y veda absolutamente al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas (actual art. 109). Ninguna de estas normas, en cuanto así disponen, ha sufrido variantes desde 1853/1860 hasta la actualidad, debiendo tenerse presente la fuerza normativa directa y operativa de esta carta fundamental (art. 31 y concordantes).

Una pieza clave de esta sólida estructura es y ha sido el art. 109 (actual numeración) que no fue tomado de la Constitución norteamericana sino de la chilena de 1833⁹, con algunas diferencias que intensificaron en la nuestra la estricta prohibición consagrada respecto del Poder Ejecutivo. Esta norma armoniza con los antecedentes institucionales previos que indicaban un claro proceso de judicialización de las contiendas contencioso administrativas y es piedra angular de la evolución posterior, al tiempo que explica – entre otras razones – por qué la institución de la Justicia Administrativa argentina no exhibe idéntico alcance al del país del norte.

La prohibición no alcanzó con el mismo énfasis al Poder Legislativo, como ocurría en el precepto fuente (Constitución de Chile) de la citada norma. Mas esto no permite justificar que en tiempos donde la justicia auto-limitara sus competencias constitucionales se desplazara la decisión de reclamos patrimoniales contra el Estado hacia el Congreso bajo el argumento de que a éste incumbía arreglar el pago de la deuda pública.

Europa continental y occidental prohijó bajo la influencia de Francia distintos sistemas de justicia administrativa (con evidente inclinación a la constitución de organizaciones semejantes al Consejo de Estado), rescatando como lo esencial la independencia funcional y especialización del órgano y la efectividad y amplitud del control de la legalidad administrativa. Aunque luego, algunos de esos sistemas, evolucionarían hacia la judicialización.

En Argentina la lucha por la Justicia Administrativa partiendo del pilar constitucional bajo la rigurosa prohibición dirigida hacia el Poder Ejecutivo (que comprende a toda la organización administrativa) ha tenido decididamente otra preocupación. Siendo la independencia funcional un atributo inherente al Poder Judicial – encargado de juzgar todas las causas incluyendo las administrativas –, los desvelos han transitado por hacer efectivo el mandato constitucional y luego procurar la especialización como recaudo de idoneidad.

En este esquema, la aceptación de la constitucionalidad de los tribunales

⁹ En relación a la fuente del art. 109 de la Constitución argentina, Cassagne sostiene que el antecedente se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, ampliar en ob. cit.

administrativos o de funciones jurisdiccionales de órganos de la administración – que empieza a delinear la jurisprudencia nacional tras promediar el siglo XX, en especial a partir del caso “Fernández Arias c/Poggio” resuelto por la C.S.J.N. en el año 1960 – se ha estructurado bajo la condición – entre otras – del “control judicial suficiente”, manteniendo la judicatura – en ejercicio de sus atribuciones de control de constitucionalidad – la decisión final de si, en cada caso, se cumple o no con ese requisito mínimo de validez, lo bastante amplio en su enunciado como para permitir un también intenso examen de la cuestión en cada supuesto. Esto ha hecho que, no obstante la plenitud de juzgamiento de toda controversia que fluye de la Constitución, se califique al nuestro, como sistema “judicialista atemperado”. La cuestión se replantea con la aparición de los entes reguladores de los servicios públicos – en algunos casos dotados de funciones decisorias de diversos tipos de conflictos en la materia – y tal vez, desde otro ángulo, con la irrupción de las denominadas administraciones o autoridades administrativas independientes, categoría en la cual incluso se ha insertado a los aludidos entes. Pero en verdad el diseño constitucional **desconoce** tales funciones jurisdiccionales de la administración y las que puedan considerarse de ese tipo a cargo de órganos o tribunales administrativos han tenido concreción normativa por debajo de la Constitución, en forma asistemática y en materias puntuales y especiales, no existiendo un sistema general de tales características. La “atemperación” del sistema judicialista funciona como una especie de fuga constitucional, casuísticamente, en la medida que supere el examen de constitucionalidad a cargo del propio Poder Judicial y bajo la justificación de razones de eficiencia, simplificación e idoneidad. Pero lo cierto es que no puede afirmarse con acierto que en nuestro país conviven dos órdenes jurisdiccionales (uno administrativo y otro judicial), aún subordinando el primero a la última decisión del segundo.

No es una cuestión dogmática insistir en el sistema constitucional; los dogmas – a veces – son afirmaciones que se reciben como propias sin serlo, se sostienen con base aparente y terminan desorientando el camino.

3. *Algunas referencias comparativas de la evolución de la Justicia Administrativa argentina y de otros sistemas*

Un repaso con algunas referencias comparativas de circunstancias que jalieron la evolución de la Justicia Administrativa, en especial en Francia y España, permiten observar cómo es que la base vernácula del sistema nacional tenía decididamente una orientación propia, coherente con su historia y bien definida.

a. El año 1872 (el paso en Francia de la Justicia retenida a la Justicia delegada)

Tras la revolución y hasta esa fecha, la labor del Consejo de Estado se desarrolló dentro del régimen llamado Justicia retenida, aunque se reconoce que no obstante el carácter consultivo y no decisorio de tal actuación, aquél era raramente desoído por la autoridad gubernativa. Recién se cumple el primer tramo de consistencia de la Justicia Administrativa en el año 1872 en que se pasa a un sistema de Justicia delegada, aunque manteniéndose la intervención del Consejo de Estado en grado de apelación.

Entretanto España no tendría aún definido un sistema al respecto oscilando entre el modelo judicialista y otro de tipo administrativista (Constituciones de Bayona y de Cádiz y leyes de 1845), que fue la característica de la situación de ese país durante el siglo XIX.

En Argentina a la fecha de referencia (1872) hacía ya casi 20 años que regía la Constitución de 1853. También a esa altura de la evolución se habían dictado sus leyes reglamentarias y orgánicas del poder Judicial que atribuían la materia contencioso administrativa al Poder Judicial (leyes 27 de 1862 y 48 de 1863) – ordenamientos que, con reformas, también mantienen hoy su vigencia –.

Entonces se produciría la primera y lamentable distorsión, cuando la jurisprudencia de la CSJN un año más tarde (caso “Seste Seguich” de 1864) declinaba todo ese bagaje jurídico con la doctrina de la indemandabilidad del Estado tomada de precedentes norteamericanos apoyados en el dogma de soberanía del rey a su vez proveniente del sistema inglés. Esa inmunidad que pretendió derivarse de la soberanía es responsable del retraso de casi setenta años en la vigencia efectiva de nuestra Constitución.

Pero ello no implicó abrir una alternativa a favor del sistema de corte francés; sino por el contrario, la autolimitación de la Corte nacional desplazó la resolución de reclamos (demandas) hacia el Congreso de la Nación, que, tras aceptar y ejercer esa competencia durante un tiempo, terminaría por devolverla al Poder Judicial limitándose a “autorizar” a quienes lo solicitaban a demandar al Estado ante los jueces (“venia legislativa”, de igual procedencia que el aludido dogma de soberanía). Bajo tal requisito – que, en todo caso y por creación del Congreso, mejoró la primigenia doctrina judicial de la indemandabilidad – se podía accionar contra el Estado.

En la Provincia de Buenos Aires en ese tiempo se llegaría todavía más lejos. En 1873 su Constitución incluyó una cláusula general confiriendo el conocimiento y decisión de las causas contencioso administrativas en “juicio pleno” y en “única instancia” (esto es, en forma originaria) a un órgano judicial, la Suprema Corte de Justicia. Esa norma rigió hasta el año 1994, en que fue renovada y notablemente mejorada a nivel constitucional la justicia administrativa de esa

provincia, reforma que se pudo concretar en su completa dimensión (entrada en funciones del fuero contencioso administrativo) recién en el año 2003, con visible demora del plazo previsto en la norma superior (1997). Al establecer aquélla el “juicio pleno” y la “instancia originaria” judicial, puso precozmente punto final a los intentos legislativos anteriores que pretendieron dar intervención al Superior Tribunal de la Provincia en grado de “apelación” de las resoluciones del gobierno.

En suma, en tanto Francia daba el primer paso hacia la independencia funcional del Consejo de Estado (Justicia delegada) y España no había definido su modelo, Argentina, tanto a nivel nacional como provincial, había acertado en consolidar la base constitucional con un sistema judicialista que perdura hoy. La realidad vivida entonces en el orden nacional tuvo su causa en la autolimitación judicial y su instrumento en principios ajenos a nuestras instituciones e incongruentes con ellas.

b. Año 1889 (El arrêt Cadot)

Otra fecha que marca historia en la evolución del contencioso administrativo francés es el año 1889 – arrêt Cadot –, punto en que se supera el carácter de apelación de la intervención del Consejo de Estado y con ello, el de la “primera instancia” administrativa previa. Adquiere plenitud la función jurisdiccional, ahora sí, independizada en toda su dimensión de la administración activa, aunque alcanzaba entonces sólo al Consejo de Estado.

En España, entretanto, se había dado un paso con el dictado de la Ley de 1888 – conocida como ley Santamaría de Paredes –, mas no se lograba entonces la precisión de un modelo, otorgándose la función decisoria a un Tribunal Mixto – integrado por jueces y por funcionarios administrativos –. La ventaja que pudo significar en ese estado el reemplazo del “sistema de lista” por una “cláusula general” vino a encontrar su límite en la legitimación restringida al derecho subjetivo, a lo que cabe agregar las severas restricciones en la ejecutoriedad de los pronunciamientos, así como la exclusión de los actos discrecionales y de gobierno.

En ese tiempo la Provincia de Buenos Aires terminó de perfeccionar su Constitución. La enmienda del año 1889 incorporó dos aspectos destacables y sumamente progresistas en las causas contencioso administrativas: el acceso a la vía por “retardación” y la “ejecutoriedad de las sentencias de condena”. De ahí que, más tarde, cuando se adoptara como modelo para redactar su primer Código Procesal en la materia al de Santamaría de Paredes, las normas dirigidas a efectivizar los mandatos judiciales contra el Estado sentarían una diferencia fundamental entre ambos.

La nación continuaba sumergida en el régimen de la “venia legislativa” que recién iba a comenzar a superar a partir del año 1900.

c. Año 1904 (La ley Maura)

Este es el punto temporal en el cual España define la judicialización de la Justicia Administrativa (Ley Maura) a nivel del Tribunal Supremo, no de los tribunales provinciales. Seguía en pie la ley de 1888 que estaría destinada a regir hasta 1956.

Para entonces, en nuestro país, ya se había dictado en el orden nacional la ley 3952 (del año 1900) de Demandas contra la Nación. Estableció la demandabilidad del Estado – en acciones civiles y cuando actuaba como persona jurídica – sin “venia legislativa” pero exigiendo en su reemplazo la “previa reclamación administrativa”. Aquella autorización del Congreso iba a perdurar para los juicios contra el Estado en su carácter de poder público o de persona de derecho público. Al tiempo que dispuso el carácter declarativo de las sentencias de condena contra el Estado nacional (que la jurisprudencia se iba a encargar de flexibilizar). Esta ley representa una yuxtaposición de influencias ajenas al derecho vernáculo. Por un lado, la doble personalidad del Estado – de origen francés – y, por el otro, la incorporación a su texto de la “venia legislativa” a la que antes se aludió.

La doble personalidad del Estado en Francia servía para discernir la apertura de una de las dos jurisdicciones (judicial o administrativa). Entre nosotros sólo significó obstaculizar la justiciabilidad del Estado cuando actuaba como persona de derecho público, ámbito donde se siguió exigiendo el previo trámite ante el Congreso. Además de las dificultades interpretativas para delimitar uno y otro campo de actuación. Por lo demás, el Estado argentino ha sido concebido en la Carta Magna como sujeto público con una única personalidad.

En la Provincia de Buenos Aires a la fecha de referencia estaba pronto a dar a luz el primer Código Contencioso Administrativo (Código Varela). Tomándose como fuente el de Santamaría de Paredes como ya se dijo, se sancionaría en el año 1905 para entrar a regir en 1906. Este ordenamiento, con similares limitaciones a su modelo, delimitó el texto constitucional (que mencionaba derechos e intereses) al exigir la titularidad de un “derecho administrativo preexistente” como requisito de legitimación, noción también transpolada del modelo continental europeo de la cual se va a tardar en salir 90 años en esta Provincia. El proceso se organizó sobre la base de la existencia del “acto administrativo previo” y excluyéndose a los “discrecionales”. El Código Varela se distingue de su fuente por su régimen de ejecución de las sentencias contra el Estado – de avanzada en ese tiempo –, donde se coloca la fuerza del mandato judicial por sobre encima, incluso, de cualquier ley que lo prohíba.

La teoría de las “situaciones jurídicas administrativas” que distingue el derecho subjetivo, el interés legítimo y el simple interés, no tenía manera de acomodarse con acierto a nuestras instituciones. En Italia – país al que se atribuye esa clasificación – tuvo el sentido de diferenciar la competencia entre sus dos jurisdicciones (la protección de derechos en la instancia judicial ordinaria; la protección de intereses en la instancia jurisdiccional administrativa). A su turno, en Francia, tales situaciones definían la legitimación de los distintos recursos contencioso administrativos – plena jurisdicción y exceso de poder –. En cambio, entre nosotros, al encontrarse marginado, el interés legítimo quedó desprotegido de toda vía judicial y sólo habilitaría a su titular a ser parte en un procedimiento ante la administración, cuya legislación general tendría concreción recién a partir del año 1970.

d. El año 1932 en Argentina. El Estado es persona demandable y responsable

En esa fecha se modificó la ley 3952 (mediante ley 11.634), cerrándose el ciclo iniciado en 1930 y aceptándose ahora la demandabilidad del Estado sin autorización del Congreso tanto en su carácter de persona jurídica como de persona de derecho público. En ambos casos, previa reclamación administrativa, privilegio renunciable y exceptuado en numerosos supuestos, según la interpretación jurisprudencial.

Reconociéndose a nivel legislativo y jurisprudencial que el Estado es una persona y por lo tanto centro de imputación y de responsabilidad, también se superó la doctrina pretoriana de la irresponsabilidad del Estado (en el año 1933, a partir del caso “Devoto”, resuelto por la CSJN) que había marchado paralela a la de la indemandabilidad y también sobre el soporte de la doble personalidad.

Así las cosas, una vez aceptado que el Estado es sujeto demandable cualquiera fuese el ámbito donde ha desplegado su actuación (público o privado), comenzó a despuntar la especialización del fuero contencioso administrativo en el orden nacional, con la característica, de entrada, de descentralización y doble instancia, la primera unipersonal y la segunda a cargo de la Cámara de Apelaciones. Es así que se asignó a una de las Salas de la Cámara Federal de la Capital competencia para los asuntos contencioso administrativos (ley 12.967) y más tarde, se atribuía esa materia a juzgados de primera instancia (ley 13.278) continuando en esa línea la evolución hasta la actualidad.

La década del 40 se abriría con generosa acogida hacia el modelo francés, esta vez para extender los horizontes de la justiciabilidad con la recepción, a través de algunos Códigos provinciales, de los procesos llamados objetivos, de

anulación o por exceso de poder y lográndose así la apertura de la vía contencioso administrativa judicial a los intereses legítimos. Pero siempre dentro del sistema judicialista. Este movimiento que se inicia legislativamente con el Código de la Provincia de Córdoba del año 1941 va a terminar de incorporar terminología propia del contencioso francés. En cambio la Nación y algunas Provincias, entre la que se cuenta Buenos Aires, se mantuvieron entonces apegadas al derecho subjetivo, como principio de legitimación.

La doctrina de las situaciones administrativas vino a tornar híbrido y complejo aquello que la Constitución había establecido en forma diáfana y clara cuando utilizó de entrada la palabra “caso” – luego la de “causas” – para definir la función judicial. Si el caso o causa es el choque, conflicto o controversia de derechos o intereses, sin más aditamento, la exigencia de una determinada situación y su calificación material venían a restringir su alcance.

Tal vez podríamos decir que en este aspecto es donde nuestro país ha tenido, al menos comparando el sistema nacional y el de la provincia de Buenos Aires, un retraso notable con respecto a Europa continental, cualquiera fuere el sistema que tomemos como referencia. Como veremos, España logró destruir, en 1956, la restricción de la ley de 1888, cuando entre nosotros a esa altura se había ganado terreno en algunas provincias, pero distaba de ser un avance sistemático.

e. El año 1956 en España

Con la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 se afianza en España la judicialización que, según su doctrina, fue definitiva a partir de entonces. La nueva sistemática logró ampliar decididamente la legitimación – derechos e intereses – sin encorsetarlas en los tipos recursivos del sistema francés. Aunque mantuvo la limitación respecto de los actos políticos, eliminó la de los discrecionales y supo organizar el proceso sobre la base del concepto de pretensiones, aunque conservando en gran medida la concepción de justicia revisora.

Ese cuerpo legislativo que pudo destrabar algunos obstáculos semejantes a los que afectarían a la justicia provincial y nacional tuvo gran recepción doctrinaria en nuestro medio; mas, la jurisprudencia siguió la senda estricta que venía trazando.

En el orden nacional, había fracasado hacía unos años la sanción del Código en la materia (la ley 13.511 del año 1948 había sido vetada por el Poder Ejecutivo), ordenamiento específico que nunca había tenido ni tampoco tendrá. El régimen procesal civil y comercial fue y lo sigue siendo en gran medida la normativa de aplicación, sin perjuicio de la gran cantidad de disposiciones especia-

les que fueron estableciendo, con diversos matices, la impugnación judicial de actos administrativos a través de los impropriadamente llamados “recursos”. Con ello se ha significado un ámbito de revisión judicial limitado a los contornos de tales previsiones normativas especiales. El estrecho marco cognoscitivo pretende justificar la voz recurso. Mas esta palabra, asociada en la ciencia procesal a las distintas instancias dentro del mismo proceso o, desde otra mira, al típico sistema contencioso francés, no permitía componer una trama armónica a la justicia administrativa. El concepto de justicia revisora parecía encontrar andamiaje en esta legislación.

Sin duda que el decreto ley 19.549 de 1972¹⁰ representa para la Nación un significativo cambio. Excede en mucho su denominación de Procedimiento Administrativo y vino a cubrir algunos de los vacíos derivados de la falta del Código Procesal en la materia. A este fin, incluyó un Título dedicado a la impugnación judicial de los actos administrativos, consagrando así ese enunciado como principio general tanto respecto de los actos de alcance particular como de los de alcance general, bajo requisitos atinentes a las vías administrativas previas y, en su caso, al plazo (más amplio que los previstos en general en los ordenamientos provinciales). La judiciabilidad de tales actos no va a quedar encerrada en los regímenes especiales, sin perjuicio de la subsistencia de muchos de ellos. También se incorporó, por primera vez en el derecho argentino, la protección “judicial” de los administrados frente al retardo o inactividad en el procedimiento administrativo a través de la acción de amparo por mora. Se mantuvo el reclamo administrativo previo para demandar a la Nación pero recogándose las numerosas excepciones jurisprudenciales o de normas especiales, privándose así al requisito, prácticamente, de operatividad, aunque este aspecto tuvo modificaciones posteriores en la norma.

No pasará mucho tiempo para que España se diera una estructura fundamental, entre otros aspectos, para la Justicia Administrativa. La Constitución de 1978 y en ella consagrada la tutela judicial efectiva y el control judicial de la legalidad administrativa (arts. 24 y 106), ha sido la base de una labor constructiva de doctrina, jurisprudencia y legislación, como la última Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998.

f. Las últimas reformas constitucionales en nuestro país

Entre nosotros, el episodio de mayor relevancia en su proyección actual se concreta a través de las reformas constitucionales de 1994 – de la Nación y de

¹⁰ Sigue vigente a la fecha, con algunas modificaciones en especial una muy reciente, a través de la denominada Ley de Bases que reformó numerosas leyes del país.

la Provincia de Buenos Aires –. Sólo ellas han logrado poner en vilo algunos mitos y restricciones que se venían encadenando.

En el orden nacional, siempre sobre las bases ya comentadas de la defensa en juicio y la organización de los poderes y sus funciones, se amplía el catálogo de protección con el reconocimiento de nuevos derechos y garantías (art. 36 y sigts.) se consagra ahora expresamente la tutela judicial de las situaciones de carácter colectivo – derechos de incidencia colectiva – (art. 43 y conchs.) echándose por tierra todo andamiaje restrictivo del acceso a la justicia. Al tiempo que se hace explícita la garantía del amparo (art. 43) que ya existía en la jurisprudencia y en la legislación. Adquieren jerarquía constitucional expresa las normas supranacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22), que ahora constituyen fundamento habitual en los pronunciamientos judiciales. Y se establece la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129), con lo se constituyó un nuevo espacio para la Justicia Administrativa, con su fuero local que pudo organizarse rápidamente y ya está en pleno funcionamiento.

Pero será la Provincia de Buenos Aires la que va generar en el terreno específico de la Justicia Administrativa la reforma de mayor entidad. La Constitución de 1994 consigue reemplazar el antiguo modelo con principios renovadores en torno a todos los elementos constitutivos, para dar nacimiento a un ámbito de plena judiciabilidad de los “casos” originados en la “actuación” y “omisión” – despojando de sustento la estructura montada sólo en el acto administrativo y en el derecho subjetivo – de cualquier sujeto público o privado en el ejercicio de “funciones administrativas”, derogándose la atribución de la competencia originaria en la materia a la Corte para conferirla a un fuero especializado y descentralizado (arts. 163, 161, 166, 215, 217). Normas que aparecen insertadas en un marco de protección de los intereses en general – individuales y colectivos – contra tales comportamientos positivos e inactividades (arts. 20, 55 y conchs.), donde se destaca como principio esencial el acceso a la justicia y la tutela judicial continua y efectiva, en tiempo razonable (art. 15).

Este repaso demuestra que la base constitucional de la Justicia Administrativa argentina siempre fue la misma. Consagrada en 1853 y perfeccionada en 1994. Y también que han sido enormes las dificultades de su plenitud y la lucha por ella continúa.

g. Breve apartado y apuntes sobre el ciclo evolutivo acaecido en Italia

Tal como se ha puesto de relieve, el sistema argentino de única jurisdicción, judicial, ha reposado siempre en el anclaje constitucional originario y vernáculo de 1853/1860 fortalecido más aún con la trascendente reforma de 1994.

Los antecedentes que miramos del derecho italiano, en esta materia, nos muestran – en cambio – un sistema de doble jurisdicción – con alguna similitud del modelo francés – que se vino gestando tempranamente y se fue conformando – con sus pausas – hasta la actualidad. Empero, parece necesario destacar que mientras la variable del régimen dual francés radica en la naturaleza pública o privada propia de la doble personalidad estatal (derecho público-derecho privado; actos de autoridad-actos de gestión; falta de servicio-falta personal, entre otros), la del italiano se encuentra en la diferente situación jurídica lesionada, derecho subjetivo e interés legítimo. En ambos, de todos modos, se pudo advertir las dificultades de distribución o asignación a cada ámbito, en función de los mencionados criterios.

Antes de la unificación de Italia (concretada en 1861), podía percibirse el germen de un incipiente doble ámbito – judicial y administrativo – aunque bajo pautas de escasa garantía que terminaron decantando en la legislación de 1865 que dispuso la abolición del contencioso administrativo (en verdad a cargo de órganos o funcionarios de administración activa), asignando al juez ordinario las controversias sobre los derechos subjetivos ante el Estado; ello, no obstante, con implicancias reñidas con la tutela de los ciudadanos, debido a la ausencia de cobertura en la primera – judicial – de los asuntos que se entendían propios de la segunda – administrativa –. Cabe tener presente como se dijo que el núcleo del sistema se ha desarrollado desde sus albores sobre la distinción de las situaciones jurídicas que ya entonces podía ser advertida. En particular, de los derechos subjetivos e intereses, siendo los primeros de la órbita del poder judicial – con las limitaciones de aspectos inherentes a la administración – y los segundos de la jurisdicción administrativa.

Así, con la abolición del contencioso administrativo de 1865 se sembraron las bases del sistema dual, que más tarde se iría afianzando.

Restablecida luego en 1889 la jurisdicción administrativa – comenzando por una nueva sección -IV- del Consejo de Estado amén de las Juntas Provinciales Administrativas – se entiende que es a partir de entonces que se da vida a un sistema de doble jurisdicción.

La Constitución italiana de 1948 instituyó los principios superiores del proceso justo (art. 111) con la imparcialidad del juez – siendo importante en el caso de los jueces administrativos (Tribunales Regionales y Consejo de Estado) la independencia garantizada a través del control del Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa – la igualdad de las partes y la duración razonable del juicio. Consolidó el sistema dual consagrando al lado de los derechos subjetivos a los intereses “legítimos” susceptibles de plena tutela jurisdiccional administrativa.

El progreso ulterior de la Justicia Administrativa se fue proyectando a tra-

vés de distintas normas hasta darse un paso trascendente con el dictado del primer ordenamiento sistemático sobre la materia.

Así, la sanción del Código Procesal Administrativo del año 2010 – a 120 años de la institución del juez y proceso administrativo – tuvo la virtud de brindar unidad a la dispersión y, con ello, un sistema preceptivo necesario para garantizar adecuadamente la tutela de las situaciones jurídicas.

Si anotamos datos comparables en tal línea progresiva con Argentina, podemos ver, una vez más, que nuestro sistema judicial se estableció en sus fuentes constitucionales muy precozmente con la Carta Magna de 1853/1860. Desde entonces la lucha por su plena concreción tuvo que enfrentar principalmente criterios jurisprudenciales restrictivos que llevaron, incluso, a la necesidad de que el Congreso dictara leyes en amparo de la demandabilidad del Estado (del año 1900 y su reforma de 1932) que surge de norma superior, que la Corte no acertaba en reconocer. No hubo dudas ni retrocesos sobre el modelo judicial único, confiado a los tribunales ordinarios (aún con la especialización de los fueros respectivos), cuya inteligencia es esencial para garantizar la protección de todos los intereses por el tribunal imparcial e independiente, en una nación que no posee doble jurisdicción y cuya Constitución desconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración.

4. *Repaso de ciertos aspectos relevantes para la comprensión del sistema argentino*

a. **El control judicial amplio y suficiente como estándar infranqueable. A propósito del eventual ejercicio de funciones jurisdiccionales por órganos no pertenecientes al Poder Judicial**

Damos paso a un esbozo de la jurisprudencia nacional que, con base en los casos presentados a partir de normas inferiores a la Constitución que establecieran ámbitos decisorios – especiales, no sistémicos, dispersos – por fuera de la justicia, se expidiera tras realizar el escrutinio de validez.

Proviamente y volviendo sobre la terminología, adelantamos que la noción de *control judicial* acuñada por la jurisprudencia y seguida o utilizada comúnmente por parte de la doctrina, es susceptible de ser analizada y aún reemplazada por la más genuina de *juzgamiento de casos* que expresa mejor la esencia de su contenido e incluso deviene superadora de otros vocablos como *judiciabilidad del estado o de la administración*, frecuentes en esta materia.

Retomando el tema en comentario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido desde antiguo las atribuciones jurisdiccionales de los órga-

nos administrativas destinadas a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, empero, ha condicionado la legitimidad de tales atribuciones a la circunstancia de que el pronunciamiento emanado de esos órganos quedara sujeto a un *control judicial suficiente*, a fin de impedir el ejercicio de un poder absolutamente discrecional sustraído a toda especie de revisión judicial (Fallos: 244:548; 247:344 y 646; 248:501; 253:485; 283:318; 301:1217; 303:1409; 311:50; entre muchos).

En esa inteligencia, también ha dicho y sostenido que el criterio para fijar el alcance de ese control no depende de reglas generales u omnicomprensivas sino de las modalidades de cada situación jurídica, pues la medida de la revisión judicial requerida debe resultar de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre las que pueden mencionarse – a título de ejemplo – la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, lo que obliga a examinar en cada caso sus aspectos específicos (Fallos: 244:548; 247:646; 253:485; 156:188; 301:287; 311:334; 313:433, entre otros).

Después de tratar la cuestión en numerosos antecedentes, el tribunal destacó que el *control judicial suficiente* exige el reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recursos ante los jueces ordinarios y la negación de la potestad de dictar resoluciones administrativas finales sobre los hechos y el derecho controvertido, a la vez que puso de relieve que la mera facultad de deducir el recurso extraordinario por inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisfacía las exigencias del art. 18 de la Constitución Nacional, pues si bien es cierto que esta disposición no requiere multiplicidad de instancias, impone al menos – según ha sido uniformemente resuelto – una instancia judicial (Fallos: 244:548; 247:646; 305:129; 310:2159, entre otros).

Luego, en línea con tales postulados y con ocasión de tratar aspectos de la denominada *jurisdicción primaria* de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados, ha dicho el mismo tribunal, que: *El otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1933 (v. Jorge Tristán Bosch: "Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública", Víctor Zavalía Editor, 1951; págs. 55 a 64, y 160) prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales* ("Ángel Estrada y Cía. S.A." sent. del 5-4-05, considerando 12). Después del enunciado fundamental, y subordinado a él, agregó que: *Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares*

*hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a **control judicial amplio y suficiente** (consid. cit.).*

La doctrina del *control judicial suficiente*, cuyo rumbo se ha ido trazando al pulso del examen de la casuística ofrecida por normas legislativas y reglamentarias. Desde el famoso fallo “Fernández Arias c/Poggio”¹¹ – que declaró la inconstitucionalidad de las recordadas Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales – hasta el caso “Ángel Estrada”, y dentro de una base común y continua, es perceptible la mayor intensidad de la reserva judicial que en el último se propicia, expresada ahora bajo el enunciado del *control judicial amplio y suficiente*.

El control judicial suficiente – que se informa en mantener la supremacía del Estado de Derecho respecto al Poder Judicial y su función – se erige así en un principio general de interpretación constitucional, que ha permitido afrontar las dificultades generadas por una realidad compleja, y preservar al mismo tiempo el diseño de la división de poderes y los derechos garantizados por la ley fundamental.

Doctrina que alcanza a cualquier especie que signifique limitar, en mayor o menor medida, la intervención del Poder Judicial en la decisión de conflictos o controversias, se trate de los ocurridos entre particulares o entre éstos y las autoridades públicas, como también cualquiera que fuere el órgano erigido para resolverlos. Aunque su relevancia primaria se advierte en relación a los temas que comprometen al estado, en especial, en sus funciones administrativas.

b. El “caso”. “Caso judicial”, “caso judicial”. Continuidad sobre el tema desde la perspectiva de las cuestiones sometidas a decisión del tribunal de justicia. Puede existir alguna clase de asuntos que, por su índole, naturaleza o contenido, resulten apartados del conocimiento y decisión del poder judicial.

La respuesta es contundente. En el diseño y texto enunciado de la Constitución argentina, no aparece alguna clase de asuntos o cuestiones que permitan ser apartadas del conocimiento y decisión judicial, siempre, naturalmente, que exista el “caso” que abre esta función.

Para expresarlo en las palabras con que habla la norma fuente, corresponde

¹¹ Fallos 247:646.

a los tribunales de justicia “*el conocimiento y decisión de todas las causas*” (art. 116 CN).

Dicho en otros términos, las conocidas como “cuestiones políticas no justiciables” u otras expresiones similares o semejantes, no tienen apoyatura ninguna en las palabras ni en el espíritu de la Carta fundamental.

Ahora bien, mencionaremos algunos fallos de la CSJN que tienen relevancia para comprender lo sinuoso que resulta, en el plano de la realidad donde se mueven los temas denominados “políticos”, “institucionales”, “de interés público”, “administrativos”, “discrecionales”, en gran medida de la esfera competencial de la justicia administrativa (aunque pueden a veces corresponder a otros fueros o tribunales), adoptar soluciones desde el poder judicial, que impliquen juzgar las actuaciones u omisiones de los otros poderes de la nación, en particular el Ejecutivo, sobre todo cuando se trata del despliegue de la función estatal de directa repercusión en el ejercicio y desarrollo de las políticas públicas o gubernativas¹².

Sólo aludiremos y de modo general a unos pocos y la reflexión que nos merecen desde el punto de análisis que estamos planteando.

Algunos fallos de interés en nuestro país.

La Corte ha hecho eje en la configuración del “caso”, como base fundamental del ejercicio de la función judicial, descartando intervenir en asuntos que no revestían a su criterio carácter contencioso propio de una contienda judicial que enfrentara intereses contrapuestos. Aunque, los parámetros establecidos para esa determinación, en numerosas ocasiones, ingresan en la “índole” de la cuestión, como se puede apreciar de las formulaciones elaboradas a su respecto.

Para comenzar, el alto tribunal define, de acuerdo a su inveterada doctrina, los “casos justiciables”, cuando concurren dos recaudos: por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes-adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial¹³. En verdad la expresión caso judicial pareciera insinuar, sutilmente, la de “casos” que no lo serían debido a la cuestión sometida a juzgamiento. El desarrollo pretoriano es por demás ilustrativo de asuntos de pertenencia privativa de las competencias de los otros poderes estatales que quedarían, salvo excepciones y por principio, desplazados de su concepto.

¹² V. especialmente la obra de Inés D’Argenio, *La Justicia Administrativa Argentina. Nueva Jurisprudencia*, con Prólogo de Agustín Gordillo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006.

¹³ CSJN Fallos 342:917.

Por brindar unos pocos ejemplos del “caso”, su comportamiento en los fallos donde fuera analizado, mencionaremos los siguientes precedentes.

Ante el planteo realizado durante la pandemia por la Presidencia del Senado de la Nación mediante una acción declarativa de certeza a fin de despejar por vía judicial el estado de incertidumbre acerca de la validez de sesionar por medios virtuales o remotas, el alto tribunal consideró a la presentación de carácter meramente “consultivo” impropia de la función judicial¹⁴, tratándose de una cuestión reglamentaria del cuerpo; el estándar para decidir de ese modo se sustentó en la “inexistencia del caso” debido a que el planteo sometido a la justicia se hallaba en la esfera de atribuciones privativas del Poder Legislativo y en su ámbito de competencia resolver. Se puede visualizar que, en ese antecedente, aparecía desdibujada la condición de “intereses jurídicos contrapuestos” que se requiere para la conformación de la contienda susceptible de abrir la función judicial. Es que la falta de certeza se invocaba desde el seno interno de la Cámara de Senadores, ponderándose además que la Constitución no regula la modalidad de las sesiones. No obstante, la Corte efectuó una reseña de su jurisprudencia relativa a los casos no judiciales – básicamente relativos a la incumbencia exclusiva de los otros poderes de la Nación – y de la doctrina llamada de “deferencia” hacia los mismos, como a las excepciones a ese principio acuñado pretorianamente.

Más recientemente, observó similar ausencia de caso ante los cuestionamientos realizados, según entendió, de modo genérico (en un supuesto) y sin acreditarse legitimación necesaria – en tanto titularidad de un interés jurídico suficiente – (en otro proceso), al decreto de necesidad y urgencia (DNU) dictado por el Poder Ejecutivo en diciembre de 2023, ni bien asumido el nuevo y actual gobierno nacional, por el que se declaró el estado de emergencia de amplio alcance y se dispusieron en ejercicio de atribuciones legislativas numerosas medidas – en variadas materias – para conjurarla¹⁵. En uno de los juicios, era una Provincia quien dedujo acción declarativa de certeza y, en el otro, un ciudadano junto a una asociación civil, que promovieron acción de amparo. Remarcó en este último la existencia de un caso judicial como precondition de la intervención de los tribunales en nuestro sistema constitucional y que el interés que lo define ha de ser diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos.

Esos tres fallos mostraron la abstención de la CSJN. En el primero, por

¹⁴ CSJN “*Fernández de Kirchner, Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/Acción Declarativa de Certeza*”, sent. 24-4-2020.

¹⁵ CSJN “*La Rioja, Provincia de c/Estado Nacional s/Acción Declarativa de Certeza*”, sent. 16-4-2024; “*Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/Estado Nacional s/amparo...*”, sent. 16-4-2024.

ausencia del requisito de controversia entre intereses distintos (la presentación sólo involucraba al Senado de la Nación); en el segundo, por tratarse de un planteo genérico sin precisión del agravio ni del interés propio de la provincia, antes que ausencia de posiciones contrapuestas (entre la Provincia y la Nación); en el último, por falta de legitimación de la parte actora que también refleja la inexistencia de un interés protegido para abrir la función judicial, diferenciado del resto de los ciudadanos. Este panorama es tan sólo una muestra del entendimiento con el que la Corte ha venido analizando el tema.

En cambio, cuando un decreto de semejante linaje (DNU) dictado por el entonces Presidente de la Nación – en épocas de la crisis sanitaria por COVID-19 – en ejercicio de facultad legislativa disponiendo medidas excepcionales de suspensión de la presencialidad escolar, fuera puesto en tela de juicio por un gobierno local (de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) por considerarlo lesivo de esa autonomía constitucional al extender a su jurisdicción el alcance de la norma, la Corte nacional, no solamente entendió que el caso era idóneo para abrir la vía judicial, sino que ingresó al fondo del asunto cuando, incluso, se encontraba agotada la vigencia de la preceptiva. Descalificó la validez en su aplicación a la jurisdicción local¹⁶ porque “vulnera atribuciones y potestades propias de la autonomía política reconocida por la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” a pesar de que el agravio se había tornado abstracto al encontrarse vencido el breve plazo de la mencionada restricción. Es decir, en este litigio, a diferencia de los comentados, no sólo juzgó el caso, sino que lo hizo una vez vencido el breve lapso de la medida establecida y controvertida, por entender que un pronunciamiento sobre la cuestión no se había vuelto inoficioso ante la eventualidad de una nueva situación similar, a fin de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional¹⁷.

El caso, entonces, en la doctrina de la CSJN, presenta un perfil de análisis según la perspectiva que resulta de los intereses en conflicto, sumado ello a la cuestión que ventila la causa, si es que puede encuadrar en el género de competencias privativas de los poderes del gobierno.

Hemos aludido a que la expresión “casos no judiciales”, entendida como limitativa de la tutela judicial por la naturaleza, índole o carácter de la materia en discusión, si existen intereses encontrados y legitimación que los contenga, no se compadece con la letra y el espíritu de la Constitución.

¹⁶ Si bien no declaró la inconstitucionalidad pues a la fecha del fallo se encontraba agotada la vigencia de la medida en ciernes.

¹⁷ CSJN “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado Nacional (Poder ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sent. 4-5-2021.

c. La independencia del Poder Judicial

En el plano estructural de suma trascendencia para la división de poderes y en relación al tema que nos ocupa, parece oportuno mencionar el fallo dictado por la CSJN¹⁸ con motivo de una ley puesta en crisis a través de la impugnación y declarada inconstitucional por el máximo tribunal argentino, relacionada con la independencia e imparcialidad de la justicia con motivo de la integración del Consejo de la Magistratura, instituido por el art. 114 de la Constitución.

En lo sustancial, la norma legal había dispuesto modificaciones en la conformación de ese organismo y en la selección de los integrantes de varios estamentos que lo componen, en particular, el de los jueces, cuyos representantes hasta el momento surgidos de los propios estamentos, pasaban a serlo de las elecciones directas y generales.

En cuanto aquí queremos resaltar acerca de la independencia del Poder Judicial, la Corte la analiza a través de dos ejes. Uno de ellos, la propia institución del Consejo de la Magistratura creado por la Constitución de 1994 para, efectivamente, preservar esa independencia, con un mecanismo de selección de los jueces en función de la idoneidad. Por el otro, la integración del organismo, con representantes de estamentos – entre ellos de los jueces – que, en lugar de provenir del estamento y en su representación, con la ley cuestionada, debían serlo por sufragio universal que obligaría a los jueces aspirantes, a participar de la política, en la contienda electoral.

La sentencia, por ello, dejó sin efecto la convocatoria electoral para los miembros del Consejo de la Magistratura, pues la ley cuestionada – en cuanto modificó la integración del organismo y estableció la elección directa por sufragio universal de los representantes de jueces, abogados, académicos y científicos –, se sostuvo, no es compatible con la Constitución.

Hizo mérito la Corte del principio de supremacía constitucional y, en su esfera, del control confiado a sus estrados para defenderlo. Efectuó un panorama de numerosos precedentes donde había ejercitado esa importante función, ante casos ocurridos, con la subsiguiente declaración de invalidez constitucional.

5. *El pensamiento esclarecedor de Gordillo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales. “En la Constitución no hay excepción a la garantía de la defensa en juicio”*¹⁹

GORDILLO ha amalgamado a través del recorrido de todos los temas de derecho en su tratado, y otras obras y trabajos, además de sus muchas conferen-

¹⁸ CSJN “Rizzo, Jorge Gabriel s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo”, sent. 18-6-2013.

¹⁹ *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10 edición, Buenos Aires, 2014, *Tratado de*

cias y diálogos, la profundidad de sus estudios con el lenguaje accesible para su comprensión, haciendo eje en el hombre y su libertad.

Así en relación a la Justicia Administrativa, finalmente, luego de abordar toda su problemática e instituciones, centró su verdadero sentido en el orden jurídico superior en el tronco común del derecho de defensa en juicio asegurando que, en su virtud, se pueden despejar y analizar todos los restantes valladares, obstáculos y contramarchas, muchas veces regresivas, de criterios que empujan a ese derecho a replegarse de su natural plenitud. Este camino permite ver claramente que nuestra Constitución, como nos enseña, consagra que el derecho de defensa en juicio es inviolable y esto significa que no tiene reservas. Caen entonces los dogmas de las cuestiones que por su naturaleza podrían tener el calificativo de no justiciable u otros escrúpulos.

Como expresa GORDILLO frente a la cuestión de la justiciabilidad del Estado, o bien concretamente de ciertos actos que no serían susceptible de revisión judicial, el eje central o la raíz del tema radica en que el derecho de defensa en juicio de la persona y de los derechos es *inviolable* según la Constitución (art. 18), en su lectura incluso primigenia (1853) como así también el Anteproyecto de Alberdi (art. 19). Inviolable significa “sin excepciones” de modo que, toda vez que exista el caso, se abre la función judicial sin que puedan recortarse el acceso y la tutela en razón de la materia, de la supuesta índole de la cuestión o del acto estatal de que se trate.

Nada mejor que “escuchar” directamente sus palabras.

Dice el autor, “nuestro sistema constitucional y supraconstitucional exige que los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial al menos en la cual ventilar sus reclamos. Es un aspecto del requisito de la defensa en juicio, establecido en el art. 18 de la Constitución, con el alcance de que ‘es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos’, cuyo desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia. Esa garantía constitucional no es exceptuada en norma expresa constitucional ni supraconstitucional alguna. Algunos fallos confieren facultades amplias al Poder Ejecutivo, niegan acceso a la justicia por no haber caso, tratarse de un amparo, etc., pero nunca afirman que el acto del Poder Ejecutivo está exento de revisión judicial en la Constitución nacional. Si la regla general es que debe haber defensa en juicio de la persona y de los derechos, una excepción a tal regla debe interpretarse restrictivamente y al menos figurar expresamente contemplada en las normas. No existiendo esa expresa excepción constitucional sino sólo vagas referencias a otras cuestiones, vanos son todos los esfuerzos de autoridad que

quieran forzar un texto constitucional hacia el significado de que contenga en algún caso una excepción clara al principio general. Tampoco en el derecho supranacional, sólo hallaremos la condena por violación a la garantía de acceso irrestricto a la justicia”.

“El principio es que debe haber adecuada y suficiente ‘defensa en juicio de la persona y de los derechos’; una excepción, por ende, debe decir que ‘respecto a determinada facultad del PE, no es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos’; no gastemos la vista, no está. Si el problema debatido es ‘revisibilidad jurisdiccional’, no es acertado sostener que la pretendida excepción esté hablando de fortísimas facultades del Poder Ejecutivo pero no mencione para nada la revisión judicial. Es el caso del art. 23 de la Constitución, que faculta al PE a adoptar diversas medidas durante el estado de sitio, pero que en momento alguno expresa que ellas están exentas de revisión judicial; al contrario, aclara explícitamente que no por ello puede el PE aplicar penas. La atribución que se le otorga no es la de ejercer funciones de los jueces, ni la de dictar actos que no sean atacables ante los jueces; si el PE pudiera dictar actos no revisables por un tribunal, ello equivaldría a que su acto tendría la misma fuerza normativa que una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, en el sentido de que un juez no podría alterarla. No lo leerá el dogmático en parte alguna de la Constitución. Corresponde así partir de la aseveración de que siempre debe haber oportunidad de ocurrir a una instancia judicial en procura de justicia, contra los actos del PE y demás órganos administrativos. La constitución lo prevé en dos partes: en el art. 18 le dice al individuo que su garantía de la defensa judicial es inviolable; en el art. 109 le dice al PE que él no puede ejercer funciones judiciales. Los dos sujetos que se enfrentan en la relación planteada por el ‘acto de gobierno’ están contemplados en la Constitución, que a ambos les dice lo mismo: A uno que siempre podrá ir a la justicia, al otro que nunca podrá ejercer funciones de la justicia ”

“Además, la constitución le dice al PJ en el art. 116 que él tendrá jurisdicción en todas las causas en que la Nación sea parte, o que versen sobre puntos regidos por esta Constitución. La Constitución *quiere* que el PJ intervenga en todo asunto en que la Nación sea parte o verse sobre la Constitución; que el individuo y las asociaciones tengan *siempre* acceso al órgano judicial para defender su persona y sus derechos particulares o colectivos; que el PE *nunca* pueda actuar en sustitución del órgano judicial”.

“La fórmula constitucional no tiene fisuras y son improponibles las tesis que intentan eludirla con artificios semánticos. No cabe sino la leal interpretación de la Constitución. Pretender que de ella pueda desprenderse fundamento alguno para la privación de justicia es absurdo”.

“Es metajurídico invocar que sería ‘una grave intromisión’, ‘una anomalía’,

‘una intervención en materia política’, etc., pues la Constitución en ninguna parte las enuncia, sino que se pronuncia por *la solución favorable al control judicial de toda actividad del Poder Ejecutivo*”.

El derecho de defensa en juicio es “irreductible” en el sistema constitucional.

LA LEY DE BASES Y LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

POR NATALIA VICTORIA MORTIER¹

SUMARIO: 1. Palabras introductorias y agradecimiento, – 2. Más ausencias, – 3. El principio general, – 4. La administración frente al acto favorable nulo, – 5. La acción de lesividad luego de la ley de bases: administración y administrado en litigio, – 6. Primeras impresiones de un nuevo sistema

1. *Palabras introductorias y agradecimiento*

La idea de este homenaje se gestó en medio de un verdadero cambio de era en el derecho administrativo argentino.

A fines de diciembre de 2023 el nuevo gobierno de Javier Milei llegó al poder embanderado en las reglas del equilibrio fiscal, Estado mínimo, privatización de empresas públicas, dolarización y eliminación del banco central, desregulación económica e intervención mínima del estado en la economía. De esta manera, se desempolvó el viejo texto de la ley de reforma del estado del ex presidente Carlos S. Menem y se guardó en el cajón el viejo decreto ley de abastecimiento (una vez más) y numerosas normas de intervención del estado en la economía.

En este marco, con fecha 21 de diciembre se publicó en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia 70/2023 que dispuso a través de sus más de 360 artículos la modificación más importante hasta entonces en toda la historia de la democracia.

Así, se derogaron más de cincuenta leyes, y se modificaron muchísimas otras, entre ellas cabe citar por su trascendencia al código civil, código aduanero, código aeronáutico, la ley de sociedades, la de obras sociales, de contrato de trabajo, de negociación colectiva y asociaciones sindicales, y de propiedad automotor.²

La profundidad de la reforma, así como la diversidad de los temas sobre los

¹ Abogada. Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (tesis en elaboración). Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones (U.B.A.). Profesora Regular Adjunta de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Mediante el decreto 70 del 20 de diciembre de 23 se derogaron 9 leyes en materia de *regulación económica*, la de promoción comercial, la del observatorio de precios, la ley de locación de inmuebles con fines turísticos, la ley de góndolas, la de mercados mayoristas, la ley de abasteci-

que producía importantes modificaciones generó no pocos cuestionamientos

miento, la ley de compra argentino, la ley de pasta celulosa y papel para diarios y la ley de actividad comercial de supermercados.

Se hicieron dos modificaciones importantes en la ley de tarjetas de crédito y en la ley de warrats, y se derogó la obligación de depósito del judicial en el banco nación.

En cuanto a la *reforma del Estado* se modificaron la *ley de sociedades comerciales* en lo relativo a la participación estatal en empresas y la ley de control del sector público 24.156; y se derogaron 5 decretos-leyes: de sociedades de economía mixta, de empresas del estado, de compra nacional, de haberes jubilatorios, de sociedades del estado, y se reformó profundamente la ley de reforma del Estado 23.696 en lo referente a la propiedad participada y en la derogación de la necesidad de venia del Congreso Nacional para declarar una empresa estatal como “*sujeta a privatización*”.

En materia de *empleo* se derogaron 3 leyes de empleo privado y se modificaron varias leyes de gran relevancia como la ley del contrato de trabajo, la ley de convenciones colectivas de trabajo, la ley de asociaciones sindicales, la ley de trabajo agrario, la ley de teletrabajo y la de negociación colectiva.

En cuanto al *comercio exterior*, se derogó la ley de prohibición de importación de mercaderías y se modificó vastamente el *Código Aduanero*.

En el sector de la *bioeconomía* se derogaron 17 normas, entre ellas, la ley de limitación de extranjeros en la posesión de tierras rurales, varias leyes relativas a la vitivinicultura, la ley que regulaba el azúcar, la ley de olivicultura, la ley de algodón, de yerba mate, la de promoción industrial, la de sanidad animal y se modifica el Instituto Nacional de Yerba mate.

Específicamente con relación a la *minería y energía* se derogaron 7 normas y se modifica la ley 27.424 de fomento a la generación distribuida de energía eléctrica renovable integrada la Red eléctrica.

En lo referente al *transporte aerocomercial* se derogaron 3 normas y se produjeron profundas modificaciones al *Código Aeronáutico*. Asimismo, se modificó la ley de rescate, autorizándose la cesión parcial o total del paquete accionario de Aerolíneas Argentinas y Austral, y de sus empresas controladas a los empleados en las respectivas empresas de conformidad con el programa de propiedad participada.

Se derogó la *ley de locación de inmuebles* y varios artículos del *Código Civil y Comercial* y se modificaron otros tantos, en los que se destaca la posibilidad de pactar obligaciones en moneda que no sea de curso legal del país y su respectiva obligación de cancelación en dicha moneda, sin que el juez pueda autorizar la modificación de la moneda.

En cuanto al *sistema de salud* se derogaron las leyes de asistencia financiera para la investigación y producción de medicamentos y el decreto que establecía un tope para el aumento de las obras sociales y medicinas preparadas. A su vez, se modificaron la ley del régimen de trazabilidad y verificación de los productos de salud, se la ley de recetas electrónicas, de medicamentos genéricos y de actividad farmacéutica, así como el derecho de opción de cambio de obra social.

En cuanto a *comunicación* se produjeron dos importantes modificaciones en la ley de servicios de comunicación audiovisual y en la ley de Argentina Digital; en el primer caso se eliminaron restricciones en cuanto a la multiplicidad de titularidad de licencias de servicios y en la segunda ley se incorporó la radiodifusión por suscripción de acuerdo al protocolo IPTV y el registro de facilidades de sistemas satelitales de comunicaciones y su prestación en forma libre.

Asimismo, se modificó la *ley de deportes* y nuevamente la ley de sociedades comerciales en cuanto a las posibilidades de las *asociaciones y entidades sin fines de lucro* de participar en contra-

en cuanto a la vía excepcional a la que se había echado mano y si se verificaban efectivamente los presupuestos de necesidad y urgencia exigidos en la Constitución nacional para su procedencia. Su análisis constitucional excede el objeto de este trabajo, así como el ulterior trámite dado al decreto en el marco de la ley 26.122.³

A los pocos meses del DNU y en un hecho jurídico también sin precedentes se modificaron 22 de 32 artículos del hasta entonces decreto ley de procedimientos administrativos 19.549/72 (“LPA”) en uno de los títulos de la *ley de bases y puntos de partida para la organización de los argentinos* N° 27.742, que con 267 artículos produce otra trascendental transformación del derecho público federal.

Esta ley, publicada en el boletín oficial el 8 de julio de 2024, declara la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año y se delegan en el poder ejecutivo las facultades vinculadas a materias determinadas de administración y de emergencia, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases que la ley establece en el artículo 2^o⁴.

Asimismo, faculta al poder ejecutivo a disponer, en relación con los órganos u organismos de la administración central o descentralizada: la modificación o eliminación de las competencias, funciones o responsabilidades dispuestas legalmente cuyo mantenimiento resulte innecesario; y la reorganización, modificación o transformación de su estructura jurídica, centralización, fusión, escisión, disolución total o parcial, o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos.⁵

tos asociativos o en formar parte de sociedades anónimas e incluso en transformarse en sociedades civiles y comerciales con una mayoría especial.

Finalmente, se derogaron 3 leyes en materia de turismo (reglamentación hotelera, el régimen de tiempos compartidos y la actividad de los agentes de viajes) y se modificó la normativa del registro automotor, el decreto ley 6582/58.

³ El 14 de marzo de 2024 el Senado de la Nación rechazó el DNU y lo remitió a Diputados para su tratamiento. A la fecha no se ha expedido, de modo que la norma continúa vigente (art. 24 ley 26.122).

⁴ a) Mejorar el funcionamiento del Estado para lograr una gestión pública transparente, ágil, eficiente, eficaz y de calidad en la atención del bien común; b) reducir el sobredimensionamiento de la estructura estatal a fin de disminuir el déficit, transparentar el gasto y equilibrar las cuentas públicas; y c) asegurar el efectivo control interno de la administración pública nacional con el objeto de garantizar la transparencia en la administración de las finanzas públicas.

⁵ Se excluyen las universidades nacionales, los órganos u organismos del Poder Judicial, Poder Legislativo y el Ministerio Público y todos los entes que de ellos dependan; asimismo dispone que el Poder Ejecutivo no podrá disponer la disolución de determinados organismos.

Declara sujetas a privatización a varias empresas y se modifica la ley de reforma del estado 23.696, establece la renegociación de contratos públicos. En el capítulo cuatro se modifica la ley de empleo público, y en los subsiguientes se establece la regularización laboral en el sector privado, se modifica la ley de contrato de trabajo, la ley de empleo y la ley de trabajo agrario. Se modifican también la ley de hidrocarburos y la ley corta, la ley 27.007 y las leyes 24.076 y 24.065 de gas natural y energía eléctrica, disponiéndose la unificación de los entes reguladores.

En el título séptimo se establece el régimen de incentivos para las grandes inversiones conocido como RIGI, y mediante el título ocho se establecen beneficios impositivos en modificación a la ley 24.674.

Por último, en el título nueve se invita a las provincias y a la ciudad autónoma de Buenos Aires a dictar las normas que resulten necesarias para el establecimiento de los procedimientos congruentes con los propósitos de la ley.

Con el dictado de la ley de bases quedaron atrás apasionantes e inolvidables debates auspiciados por el maestro GORDILLO en las clases de la especialización, en los seminarios, publicaciones que impulsaba e incluso a través de ricos intercambios mediante correo electrónico. GORDILLO insistía en que se debía corregir en el lenguaje de los abogados algunos resabios autoritarios de los gobiernos de facto: la entonces terminología oficial de llamar Ley a lo que no eran sino decretos leyes.⁶ Algunos alumnos muy brillantes formulaban sólidas defensas a la postura contraria, y así se gestó la idea del suplemento especial de La Ley de septiembre de 2006, que recoge varios de los puntos sobre los que el profesor llevaba la discusión académica que por cierto no quedó agotada⁷.

Además, hay que decirlo, muchas de las modificaciones introducidas en la LPA receptan ideas sostenidas desde hace más de 40 años por el maestro GORDILLO. Muchas todavía quedaron en el camino.

A los pocos días de emitido el DNU y cuando más necesitábamos su pala-

⁶ GORDILLO, AGUSTÍN, *El Método en el Derecho*, Capítulo I y en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 6, FDA, Buenos Aires, 2012.

⁷ Cabe recordar en este sentido, GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” LL, 2006-F, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en LL, Suplemento Administrativo 2006 (diciembre), pp. 59-61; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza),” en Res Publica Argentina, 2007-1, Buenos Aires, RAP, pp. 93-119; GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Contratos administrativos, lenguaje y realidad”, LL, 2004-C, 1535; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: Otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolietti”, en Res Publica Argentina, 2007-1, Buenos Aires, RAP, pp. 83-90. Todos en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 7, El derecho administrativo en la práctica, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013.

bra, se produjo la desaparición física de AGUSTÍN. Con él perdíamos su brillante criterio, su claridad, su agudeza y sus herramientas que tan generosamente transmitía para poder interpretar este nuevo derecho administrativo que asomaba en nuestro sistema federal.

En la elección de este tema para el homenaje quise retomar el primer tema sobre el que publiqué, justamente una nota a fallo impulsada por el Doctor GORDILLO en el primer curso de la Carrera de especialización en derecho administrativo y administración pública de la UBA, allá por el año 2001 y que me valió la aprobación de la materia.⁸

Mi profundo agradecimiento al profesor GORDILLO por incitarnos a pensar, conminarnos a publicar, enseñarnos a trabajar el derecho con un método y por el legado transmitido de la pasión por la docencia.

2. Más ausencias

La acción de lesividad es uno de los temas ausentes en la ley 27.742⁹. Una vez más se dejó pasar la oportunidad para regular el instituto, aunque pueden extraerse algunas pinceladas de luz a partir de ciertas limitaciones a las prerrogativas que constituyen verdaderas garantías frente a la potestad revocatoria.

La necesidad de regulación de la vía procesal de lesividad, tal como lo han hecho varias provincias a través de sus códigos contenciosos provinciales¹⁰, fue varias veces señalada, y este vacío normativo ha generado no pocos debates en cuanto a sus requisitos procesales, no sólo en nuestra doctrina sino también a través de las diferentes posturas adoptadas a lo largo del tiempo, tanto por la Corte Suprema como por la Procuración del Tesoro de la Nación¹¹.

Se trata de una cuestión de importancia en nuestra rama del derecho que, más que la preservación de la juridicidad de la administración, hace al resguar-

⁸ MORTIER NATALIA, “El ‘status jurídico’ y el artículo 17 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, en Suplemento de Derecho Administrativo, 2002-D, p. 740, La Ley, Buenos Aires.

⁹ Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos, BO 8/7/2024.

¹⁰ Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Córdoba, Mendoza, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Chaco, Tucumán.

¹¹ Ampliar en SILVA TAMAYO, GUSTAVO, “Algunas reflexiones sobre las limitaciones a la revocación de actos en sede administrativa (A propósito de un reciente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación)”, DPI, Diario Administrativo Nro. 245, 16.07.2019 y en el meduloso trabajo “El acto administrativo en la jurisprudencia de la PTN”, Revista Broquel n°18, PTN, 31 octubre, 2021; y en COMADIRA, FERNANDO GABRIEL, “Dictamen PTN 307:167. El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad”, RAP, año 41, nro. 486 (marzo 2019).

do del estado de derecho, al alcance de los derechos acordados a los particulares al amparo de una potestad que muchas veces ha sido ejercida con intensidad e irrazonabilidad por parte del estado, muchas veces por parte de un estado con resabios autoritarios¹².

Como ha afirmado el maestro GORDILLO, la revocabilidad o irrevocabilidad en sede administrativa del acto que confiere o reconoce derechos subjetivos ha sido planteada como cuestión axiológica y política, *“para algunos autores se trata de ‘un pensamiento netamente liberal, que [...] ha dado además la adecuada protección de los derechos constitucionales en juego’; ‘un justo valladar a la discrecionalidad de la Administración Pública’. Para otros autores, al contrario, era en su momento un esquema ‘injustificadamente individualista’. La segunda opinión, publicada por primera vez en 1981, tal vez hubiera merecido una reevaluación al haber cambiado posteriormente los parámetros entonces existentes en la sociedad... en general el modelo liberal vigente desde la reforma del Estado, con más la consagración de los derechos humanos enfatizada desde la Constitución de 1994 En este nuevo sistema jurídico no parece excesivo o injustificado individualismo la protección de los individuos y la seguridad jurídica de sus derechos frente al poder, más allá de que anhelemos un pleno Estado de Bienestar cuando ello sea materialmente posible, lo cual es cuestión diversa.”*¹³

La ley de bases, sin embargo y con matices, mantiene un esquema en el que prevalece el interés por el resguardo de la potestad pública más que del derecho de propiedad del particular. La cuestión es especialmente grave cuando se trata de personas en situación de hipervulnerabilidad.

3. *El principio general*

Existe un principio general de conservación de los actos y una regla de interpretación constitucional que consagra la presunción de validez de los actos estatales¹⁴, de tal modo que toda ley se considera constitucional, toda sentencia se considera válida y todo acto de la Administración se considera legal¹⁵. En este

¹² Ver el indispensable trabajo de D'ARGENIO INÉS “Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario” en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*; año 08, nro. 41, UNLP, año 2011.

¹³ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Introducción, pág. 22, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 9ª ed., 2007.

¹⁴ Del mismo modo en que lo hace la Ley de procedimiento administrativo italiana 241 del año 1990.

¹⁵ FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, p. 292, La Ley, Buenos Aires, 1968.

entendimiento, la presunción de legitimidad es una presunción de regularidad, de validez¹⁶, es decir, conformidad con el ordenamiento jurídico vigente que le resulta aplicable al acto¹⁷.

La doctrina y jurisprudencia se han dividido entre quienes reconocen al acto nulo presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, y quienes sólo reconocen lo primero o sólo el segundo carácter¹⁸. GORDILLO afirma que es irrazonable otorgar ejecutoriedad a un acto manifiestamente nulo, de modo que sostiene que el principio general en estos casos es que el recurso suspende los efectos del acto.

La Corte Suprema en el caso Pustelnik¹⁹ (1975) señaló que el acto irregular que ostenta un grave error de derecho carecía de presunción de legitimidad.

La ley de bases nada prevé al respecto y ningún acto escapa al principio de ejecutoriedad y al efecto no suspensivo de los recursos, con excepción del acto inexistente, que merece un análisis particular a tenor de la reforma.

En nuestro sistema jurídico toda nulidad requiere declaración judicial. De tal modo, cuanto mayor sea la restricción de la potestad revocatoria, mayor compatibilidad habrá con el resguardo de las garantías individuales y con el mandato constitucional de la división de poderes.

Al iniciar el Capítulo VI del Tomo III de su tratado, *“Estabilidad e impugnabilidad”*, el profesor destaca que *“mientras que algunos autores han enunciado como una característica más del acto administrativo su revocabilidad, en el sentido de que la administración podría en todo momento y sin limitación dejarlo sin efecto, el derecho administrativo argentino ha evolucionado en sentido inverso, a punto tal que en su estado actual consideramos que puede señalarse precisamente una característica inversa para el acto administrativo: Su estabilidad. En suma, la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa... Pero conviene no olvidar que su base es constitucional y proviene de la seguridad jurídica a favor de los derechos de los individuos frente al poder público.”* En la misma línea doctrinaria el maestro refiere a las posturas de MARIENHOFF y LINARES.

La ley de bases modifica el sistema de los artículos 17 y 18 y unifica el siste-

¹⁶ Conf. DROMI, JOSÉ ROBERTO, “Presunción de legitimidad”, en AAVV, *Acto y procedimiento administrativo*, p. 80, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

¹⁷ La circunstancia que determina la validez de un acto administrativo consiste en la correspondencia de éste con el derecho objetivo vigente al momento de su dictado, ésta es la esencia del principio de legalidad de la actividad administrativa, como lo destaca la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes: 126:27; 203:47).

¹⁸ Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, capítulos V y VI, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 9ª ed., 2007.

¹⁹ CSJN, Fallos, 293: 133.

ma en la protección del acto favorable que se encuentre notificado, sin requerir que se encuentre firme y consentido como lo hacía hasta ahora en función de la modificación otrora introducida por el decreto ley 21.686/77. El maestro insistía en que debían superarse viejas exigencias de fallos y autores que no han sido sino fuente de confusiones y que deben ser resumidas en un único requisito de que el acto esté notificado.²⁰

Por ello, GORDILLO criticaba la fórmula hoy derogada por resultar asistemática, contraria al principio que prohíbe la *reformatio in pejus* y que forzaba al particular a no discutir un acto que le otorgaba un derecho para que pueda alcanzar la estabilidad y no verse amenazado por un futuro funcionario.

Por otro lado, la ley de bases consolida el sistema de “Almagro” y se unifica en el dolo como único supuesto de revocación en sede administrativa, lo que tiene varias consecuencias.

Se supera con la exigencia del dolo el viejo “conocimiento del vicio” de la anterior previsión que enérgicamente criticaba el maestro, quien exigía colusión, corrupción, connivencia dolosa en vez de mero conocimiento.

Tenemos entonces un sistema que obliga a la administración la revocación de actos administrativos favorables que se estén cumpliendo o ya cumplidos siempre que exista dolo del administrado. Entonces también es posible concluir que la revocación en todos los casos será por ilegitimidad.

En todo el resto de los casos deberá incoarse la acción de lesividad.

Como conclusión, podemos afirmar entonces que hoy la ley de bases obliga al estado a incoar la acción judicial de nulidad de su propio acto administrativo (lesividad) a fin de despojar al particular de los derechos previamente concedidos y en ejecución o cumplidos, con una sola excepción: que hubiera habido dolo del particular. En efecto, sólo en casos de dolo el estado puede revocar en sede administrativa un acto favorable al particular; por ende si no hay dolo deberá iniciar acción de lesividad.

Entonces, debemos preguntarnos si es lógico admitir que sea la administración quien analice la configuración del dolo, si para esta declaración se requiere un procedimiento previo y por último, si ello resulta compatible con las reglas del estado de derecho.

4. La administración frente al acto favorable nulo

Ya hemos explicado que en este caso la administración deberá revocar en sede administrativa el acto notificado del que surjan derechos subjetivos en

²⁰ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, cap. VI-12, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 9ª ed., 2007.

cumplimiento o con objeto cumplido únicamente si hubo dolo. Además, deberá revocar en cualquier caso el acto administrativo favorable nulo o anulable con efectos futuros.

Fuera de estos casos, la administración no tendrá más remedio que acudir al juez, tanto para derribarlos del mundo jurídico cuanto para suspender sus efectos, es decir, la ejecución de un acto favorable.

El artículo 17 en su nueva redacción dispone que no podrán suspenderse los efectos de los actos administrativos afectados de nulidad absoluta en los mismos supuestos en los que no se admita la revocación administrativa. Asimismo, prevé que el acto regular no puede ser suspendido una vez notificado.

Esta cláusula viene a hacer un indudable aporte a la seguridad jurídica y los principios del estado de derecho ya que, hasta hoy, era moneda corriente que previo a iniciar la acción de lesividad la administración suspendiera los efectos del acto administrativo “sospechado de nulidad” y así “congelara” los derechos otorgados mediante aquél. De este modo se evitaba que el acto administrativo adquiriera la firmeza que en el viejo sistema constituía una verdadera valla para la potestad revocatoria.

Como nos enseñaba el maestro GORDILLO, esta práctica lograba que se produjera la consecuencia que la norma precisamente quería evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior; lo que *“es eminentemente peligroso en un país como el nuestro en que cada administración demoniza a la anterior, y utiliza una inexistente potestad revocatoria para castigar al antes beneficiado y hacer público escarnio con ello, sin acudir a la justicia. La administración debe pedir la anulación en sede judicial, si considera que el acto es inválido, y nada le impide pedir judicialmente, como medida cautelar, la suspensión del acto. No se trata de que la administración quede inerme frente a eventuales actos nulos de sus predecesores, sino que se presente como corresponde ante la justicia para pedir la cesación o suspensión de sus efectos.”*

A pesar de las críticas de GORDILLO a esta práctica administrativa, gran parte de la doctrina y jurisprudencia admitieron hasta hoy la potestad de la administración de suspender los efectos del acto no firme. Las posturas básicamente se dividían en tres grandes grupos, quienes entendían que el artículo 17 de la LPA vedaba a la administración suspender los efectos aún pendientes de los actos administrativos sin que medie declaración judicial²¹, quienes aceptaban la suspensión administrativa pero sólo transitoriamente y quienes sostenían que la *“potestad de restablecimiento de la legalidad”* era *“inherente”* a la administración y encontraba cauce en las atribuciones que emergían del artículo 12 de la LPA.

²¹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, cap. VI-14, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 9ª ed., 2007.

Esta última postura fue sabiamente criticada por AGUSTÍN GORDILLO, quien destacó que la prohibición de suspender el **acto estable favorable** – el que confiere derechos a los particulares en el anterior sistema – debe ser distinguida de la obligación de suspender el **acto de gravamen** – el que impone deberes o sanciones, p. ej. una multa – cuando se invocare fundadamente una nulidad absoluta. Este último es el supuesto previsto por el artículo 12 de la LPA, también con nueva redacción, vale añadir.

Afirma el maestro con claridad que “[n]o hay solamente una categoría ‘suspensión del acto administrativo’, sino dos supuestos bien diferenciados: a) Suspensión del acto que confiere derechos, que está prohibida por el art. 17 y b) suspensión del acto que impone cargas o deberes al individuo, que constituye entonces un deber de la administración cuando existe nulidad absoluta. En virtud de lo expuesto, los efectos favorables o prestaciones originadas por el acto que hayan tenido comienzo de ejecución, no pueden ser interrumpidos por la administración, sea por revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto.”²²

Desde esta perspectiva, fuera de los casos previstos en el artículo 12 no es posible admitir facultades inherentes de la administración para privar de efectos un acto administrativo pues este acto sería un nuevo *acto de gravamen* que requiere sea dictado en ejercicio de potestades expresas. Ciertamente, el acto de gravamen no puede ser emitido en ejercicio de potestades inherentes.

La Corte Suprema ha tenido una jurisprudencia oscilante en cuanto a la admisión de las facultades de la administración de suspender los efectos del acto²³, e incluso en varios precedentes ha aceptado únicamente la suspensión transitoria de los efectos de aquél, pendulaciones que también se observan del estudio de los precedentes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

En efecto, antes del año 2006, la PTN había considerado factible esta posibilidad²⁴. En el año 2006 modificó su criterio²⁵ y rechazó hasta 2018 la posibilidad de que la administración suspendiera los efectos del acto²⁶. En ese año y hasta el año 2021 volvió a admitirlo mediante dictamen IF-2021-18545425-APN-PTN²⁷ del 3/3/2021.²⁸

²² GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, cap. VI-14, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 9ª ed., 2007.

²³ Son interesantes los hechos del caso que precedieron el pronunciamiento de la Corte en autos “Miragaya”, Fallos, 326: 3316.

²⁴ Dictámenes 156:273; 164:15; 164:17; 168:523; 218:217; 246:125; entre otros.

²⁵ Dictámenes 259:011.

²⁶ Dictámenes 307:167.

²⁷ Expediente 28870/2017 “Fernández Cristina Elisabeth c/ Ministerio de Desarrollo Social y otros s/ nulidad del acto administrativo”.

²⁸ Ver un meduloso análisis de las posturas del órgano asesor en COMADIRA, FERNANDO GA-

Me interesa destacar que en ciertos aspectos la ley 27.742 revitaliza el rol del juez en el control de la administración pública, expresando verdaderas “zonas de reserva” del poder judicial.

Este saludable principio se advierte no solo de la expresa imposibilidad de la administración de suspender sin intervención judicial los actos que ella misma reputa lesivos (art. 17), sino también de la nueva redacción del artículo 9 que refiere a las vías de hecho, en tanto consagra la expresa prohibición “*de imponer por sí medidas que por su naturaleza exijan la intervención judicial previa, tales como embargos, allanamientos u otras de similares características sobre el domicilio o los bienes de los particulares.*” (art. 9 d).

En síntesis y congruentemente con la génesis constitucional del sistema de división de poderes, y tal como nos enseñó el maestro, hoy corresponde a un magistrado o magistrada decidir la suspensión de efectos del acto administrativo favorable mediante una medida cautelar accesoria a un proceso judicial (de lesividad) que debe promover la administración.²⁹

5. *La acción de lesividad luego de la ley de bases: administración y administrado en litigio*

La acción de lesividad es aquella demanda contencioso administrativa que entabla el Estado con el objeto de que se declare judicialmente la nulidad de un acto administrativo.

Calificada doctrina la ha conceptualizado como “*aquella que sólo puede ser esgrimida por la Administración Pública para reclamar la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos que no puede revocar en su sede por hallarse vedada esa facultad en las leyes respectivas*”³⁰.

El fundamento constitucional de la acción de lesividad – única vía posible para erradicar el acto administrativo del mundo jurídico, cuando se dan las condiciones impositivas de la revisión de oficio –, está apoyado en un trípode constituido por el respeto al debido proceso, al derecho de propiedad y al principio de división de poderes³¹.

BRIEL, “*Dictamen PTN 307:167. El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad*”, RAP, año 41, nro. 486 (marzo 2019) -https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Comadira_-_Dictamen_PTN_307-167_Vf.pdf.

²⁹ Artículo ley 26.584 a la que expresamente remite la LPA.

³⁰ GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 604.

³¹ STJ de Chubut, en autos “Korn, Enrique Alejandro c. Pcia. del Chubut s/Demanda de

Como dijimos, hoy la ley obliga a la administración a la interposición de la acción judicial para obtener la nulidad de todos los actos administrativos regulares o irregulares que generaron derechos en vías de cumplimiento o agotaron su objeto, salvo que hubiera existido dolo, en cuyo caso podrá anular el acto administrativo en sede administrativa.

En otras palabras, la administración, frente al acto nulo *favorable* debe *revocarlo por ilegitimidad*³² en su propia sede siempre que hubiera habido dolo. A su vez, podrá revocar el acto con efectos futuros.

En todos los demás supuestos deberá recurrir al juez incluso para suspender los efectos de ese acto, para lo que cuenta con un único plazo: el de prescripción. Y para que la revocación sea resorte judicial es irrelevante que el acto favorable hubiera adquirido firmeza, lo que prevalece es la previa constitución de un derecho en favor del particular, lo que ocurre como vimos – en todos los casos – con la notificación del acto.

Con dudoso equilibrio entre potestades y prerrogativas, a fin de impugnar judicialmente un acto administrativo por nulidad, el particular deberá primero agotar la vía administrativa para lo cual cuenta con un fugaz plazo de 30 días para *recurrir administrativamente* el acto, de lo contrario éste adquirirá firmeza.³³ Esta firmeza implica en los hechos cosa juzgada administrativa y judicial ya que el particular no podrá luego impugnar judicialmente el acto administrativo.

En sede judicial, el administrado deberá animarse a una verdadera carrera de postas ya que en el brevísimo plazo de 30 días antes mencionado debe *agotar la vía administrativa* para luego, en el austero plazo de 180 días iniciar la *acción judicial de impugnación de acto administrativo*. En los hechos, la prescripción de su acción se produce a los 30 días de notificado del acto administrativo.

En cuanto al plazo de prescripción aplicable a la acción de nulidad cuando la entabla el Estado (acción de lesividad), hasta el dictado de la ley de bases gran parte de la doctrina y jurisprudencia habían entendido que la administración podía solicitar *sine die* la anulación judicial de su propio acto al amparo del anterior artículo 1047 del Código Civil, actual artículo 387 del Código Civil y Comercial Unificado.

De modo que teníamos un sistema legal en el que por “razones de seguridad

Nulidad de Decreto 1600/95”, sentencia del 4/10/00, SAIJ Sumario Q0010445.

³² En Argentina un gran sector de la doctrina prefiere emplear el vocablo “anulación” para el supuesto en que el Estado deja sin efecto un acto por razones de *ilegitimidad*, reservando el término “revocación” para los casos en que lo hace por razones de *oportunidad, mérito y conveniencia*. Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, capítulo VI, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 9ª ed., 2007.

³³ Luego, tampoco podrá impugnar judicialmente el acto en los términos del artículo 23 inc. a) de la LPA.

jurídica”, el acto debe ser recurrido por el *administrado* en un plazo fugaz independientemente de la entidad de vicios que lo afecte; mientras que, por razones de orden e interés público *el Estado debe* pedir judicialmente la anulación del acto en cualquier momento porque el acto afectado de nulidad absoluta es imprescriptible³⁴.

La *obligación* de interponer la acción de lesividad ha sido resaltada por la Procuración del Tesoro de la Nación, que ha señalado que frente al acto administrativo irregular firme y consentido que generó derechos subjetivos en cumplimiento, la Administración no puede dejar subsistente tal irregularidad, y debe pedir su anulación judicialmente³⁵. La doctrina también afirma que la promoción de la acción es “un deber de cumplimiento inexcusable que incumbe a la autoridad administrativa” ya que “no es lógico ni axiológicamente concebible que la Administración pueda válidamente decidir, expresa o tácitamente (en este caso por simple inercia) la no impugnación judicial de un acto administrativo ‘irregular’, dejando subsistente, de ese modo, los ilícitos efectos producidos por dicho acto”.³⁶

Volviendo al plazo de prescripción, hasta hoy y ante la falta de norma de derecho público que regule el instituto, los plazos de prescripción del Código Civil y Comercial – sea que se lo considere derecho privado o derecho común – resultaban aplicables a las relaciones de derecho administrativo federal, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de la materia. Volveré sobre este punto, hoy saldado por la ley de bases.

El nuevo texto del código civil y comercial incorporó expresamente al original de Vélez³⁷ la imposibilidad de sanear el acto por prescripción, lo que ya prestigiosa doctrina nacional³⁸ había propiciado aun cuando ningún texto expreso había declarado imprescriptible a la acción de nulidad. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en reiteradas oportunida-

³⁴ CSJN, “Los Lagos”, 1941, Fallos, 190: 142.

³⁵ PTN, Dictámenes: 183:275; 200:133; 205:128; 92:170; 170:155; 207:517; 182:170; 206:141.

³⁶ COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1981, págs. 153 a 155.

³⁷ El artículo 1047 del antiguo CC señalaba que: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

³⁸ Entre ellos, GORDILLO y HUTCHINSON, quienes fueron durante tantos años parte de maravillosos encuentros de profesores ítaloargentinos de derecho administrativo en el marco de las jornadas organizadas por la AIAPDA.

des, de igual modo que la nulidad absoluta y la absoluta y manifiesta son imprescriptibles para la Procuración del Tesoro.³⁹

Prestigiosa doctrina como el maestro FIORINI sostenía que cuando un acto administrativo vulneraba intereses públicos, el mismo no podía legalizar adquisiciones como si fueran derechos particulares por medio de la prescripción, ello con fundamento en el orden público y la protección de bienes indisponibles.⁴⁰ En esta línea AGUSTÍN también ha opinado que frente al acto gravemente nulo **la acción y el recurso administrativo debieran considerarse imprescriptibles**.⁴¹

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el profesor GORDILLO sostenía que la imprescriptibilidad debía ser para ambas partes: administración y administrado.

Por el contrario, repugna a un Estado Convencional de Derecho que un acto administrativo sea inimpugnabile administrativa ni judicialmente luego de transcurridos 30 días para el administrado; mientras que la impugnación judicial del mismo acto (lesividad) resulte para la administración imprescriptible.

A partir de esta conclusión, admitir que el acto administrativo resulta judicialmente impugnabile por el Estado *ad eternum* atenta contra razones de igualdad, justicia y de seguridad jurídica, contraria el principio general de conservación de los actos y afecta la razonable equivalencia entre administración y administrado y afecta el contenido de su derecho de propiedad pues será titular de un derecho debilitado, que en cualquier momento puede ponerse en tela de juicio en pleito.

Sin embargo, previo al dictado de la ley de bases, la prescripción en el derecho administrativo se ha integrado por las previsiones del Código Civil de Vélez – primero – y del Código Civil y Comercial después. Con relación a la aplicación directa del plazo de imprescriptibilidad del artículo 387 CCyC⁴² a las cuestiones de derecho administrativo, ya antes de la modificación efectuada por la ley de bases hemos señalado que existía una incompatibilidad de fuentes que

³⁹ PTN, Dictamen N°73/1993.

⁴⁰ FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho Administrativo*, segunda ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 589.

⁴¹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, cap. VIII-9, 10ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2010; y en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, F.D.A., 2016.

⁴² Art. 387 CCC: “Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. **No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción**” (mi énfasis).

impedían aplicar dicha estipulación a las nulidades administrativas⁴³. Al respecto, quisiera agregar que con un texto ligeramente diferente al de su antecesora⁴⁴, la cláusula civil dispone que la nulidad absoluta puede alegarse por todos los interesados, “excepto por la parte que invoque la propia torpeza⁴⁵ para lograr un provecho”. Ese sería justamente el supuesto que tornaba inaplicable el sistema civil en forma directa, sin discriminaciones ni adaptaciones que se adecuen a la naturaleza administrativa del plazo. En definitiva, la analogía con que debe aplicarse el derecho civil al régimen de nulidades del acto administrativo resultaba un obstáculo a fin de considerar imprescriptible la acción de lesividad del acto firme que ha generado derechos subjetivos.⁴⁶

Aun así, la jurisprudencia y doctrina se movieron hasta aquí sobre las hipótesis de imprescriptibilidad (artículo 387), plazo genérico y residual de 5 años (artículo 2560) y plazo de 2 años (Artículo 2562).

Tras este sinuoso camino, por fin la ley 27.742 establece un plazo de prescripción de naturaleza administrativa (federal) al que deberá atenerse la administración como un límite infranqueable a la potestad pública de desbaratar derechos acordados en beneficio del interés público superior.

Recobra así vigencia y vitalidad aquella regla de la Corte que en 1936 afirmó que “el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden incommovibles” ya que “de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible”⁴⁷.

De esta forma hoy la administración cuenta con un plazo de 10 años o 2 años, a los fines de incoar la acción contencioso administrativa, según se trate de un acto irregular o regular. Ese plazo deberá contarse desde el dictado del acto viciado. También desde producido el silencio en el caso del acto administrativo “presunto”, emanado del silencio positivo y no desde la emisión del certificado, autorización o registración que derive de dicho silencio.

Dentro de este plazo de prescripción la administración deberá tanto (i) revocarlo en su sede si puede, o (ii) iniciar la acción judicial de lesividad si no puede.⁴⁸

⁴³ MORTIER, NATALIA, “La acción de lesividad en el nuevo orden jurídico”, en la revista “*Nuove Autonomie. Rivista quadrimestrale di Diritto Pubblico*”, Anno XXV, Nro. 2/2017, ISSN 1122-228x, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017.

⁴⁴ “[p]uede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

⁴⁵ *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

⁴⁶ En autos “Miragaya”, Fallos, 326: 3316, la Corte aplicó la regla de los derechos subjetivos futuros para admitir la revocación en sede administrativa.

⁴⁷ CSJN, Carman de Cantón, 1936, Fallos, 175: 371.

⁴⁸ El artículo 22 prevé que el plazo de prescripción para solicitar la declaración judicial de

Sin embargo, teniendo en cuenta que, como antes vimos, la administración únicamente podrá revocar en su sede el acto *el acto favorable* viciado de dolo, en todos los casos de potestad revocatoria en sede administrativa estaremos ante un acto irregular y en consecuencia la potestad revocatoria prescribirá siempre a los 10 años.

La única excepción de dos años se aplicará a los actos afectados de nulidad relativa que generen efectos en el futuro.

Por otro lado, fuera de los casos en que *debe* ejercer la potestad revocatoria en su sede, la administración incoará judicialmente la acción de lesividad. ¿Cuáles son el resto de los casos? Pues bien, según el sistema de la ley quedan sometidos al juez tanto la lesividad de los actos nulos (salvo dolo) como de los anulables que generen derechos subjetivos que se estén cumpliendo o de objeto cumplido.

6. *Primeras impresiones de un nuevo sistema*

Como vimos la ley 27.742 contiene un modesto avance en materia de limitaciones a las potestades de la Administración de privar de consecuencias jurídicas a sus actos administrativos favorables y por ende, aunque pequeñísimo, un triunfo en la tensión de prerrogativas públicas versus derechos de los particulares.

Tanto a través de la competencia judicial exclusiva para la suspensión administrativa del acto favorable, como de la prohibición de accionar *in eternum* en “pos de la legalidad” la ley de bases pone un límite al avance del Estado sobre el dominio del particular.

Estas reglas se inscriben en un nuevo sistema en el que rigen los hoy nominados principios de juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración (nuevo art. 1 bis); la buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos (art. 1° inciso c).

Es importante destacar que la garantía de la tutela administrativa efectiva contenida en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Tratado IDH) llegó treinta años tarde a la ley de procedimientos administrativos. Ya antes de ahora, la Corte Suprema en el precedente Astorga Bratch⁴⁹ ya había destacado las condiciones de vigencia de dicha garantía en el Sistema

nulidad de un acto administrativo de alcance particular será de diez (10) años en caso de nulidad absoluta y de dos (2) años en caso de nulidad relativa, desde notificado el acto.

⁴⁹ CSJN, 2004, Fallos, 327: 4185; ver también “Flores” (Fallos, 346: 12).

Americano de Derechos Humanos, a partir del estándar interpretativo contenido principalmente en dos decisiones de la Corte IDH – “Tribunal Constitucional vs. Perú” y “Baena Ricardo y otros vs. Panamá” –⁵⁰. La regla de la tutela administrativa efectiva fue reiterada por la Corte, entre otros casos, en 2012 mediante directa aplicación del artículo 8º del Pacto (CADH) en el caso “Losicer”⁵¹.

Será interesante analizar cómo la jurisprudencia federal aplicará estos principios a través de la práctica forense en los años venideros. Los reparos constitucionales que se observan en el caso de admitir que la administración determine con efectos ejecutorios la existencia del dolo del particular serán materia de análisis por los tribunales en cada caso concreto.

Asimismo, en caso de admitirse que sea la administración (y no la magistratura judicial) quien evalúe el dolo, es indudable que tal aspecto habrá de definirse en un procedimiento específico, con previa intervención del administrado con patrocinio jurídico obligatorio e inexcusable, plena prueba y razonable apreciación de la misma en la motivación del acto (tutela administrativa efectiva).

En el caso de que la administración concluya en que no existe dolo, dicho procedimiento debería culminar con la declaración de lesividad en sede administrativa del acto, que ordene interponer la demanda judicial.

La falta de previsión de la acción de lesividad en la ley de bases – y en especial, de la previa declaración de lesividad – impide consumir en forma expresa el sistema de tutela administrativa efectiva que propone el nuevo texto legal en defensa de los derechos de los particulares y de esta manera completar la regulación de la cuestión de un modo coherente e integrado, sin dejar tantos aspectos librados a la interpretación en cada caso concreto, lo que destiñe el principio de seguridad jurídica.

Como lo ha dicho el maestro “[e]s infrecuente invocar la seguridad jurídica a favor de los derechos y garantías de los individuos; es más común que se lo haga a favor del acto administrativo. La seguridad es para el funcionario, para el Estado, como razón de Estado...”⁵².

⁵⁰ “Baena vs Panamá”, del 2 de febrero de 2001; en la misma línea “Ivcher Bronstein vs. Perú”, del 6 de febrero del mismo año; “López Leone vs. Honduras” del 5 de octubre de 2015 y “Flor Freire vs Ecuador” del 31 de agosto de 2016; entre muchos otros. Criterio que, como se ha visto, fue recogido por la Corte Suprema de Justicia a partir del fallo “Astorga Bracht” (Fallos, 327: 4185) y “Flores” (Fallos, 346: 12).

⁵¹ CSJN, 2012, Fallos, 335: 1126.

⁵² GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Introducción, pág. 22, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 9ª ed., 2007.

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES¹

POR MIGUEL H. E. OROZ²

SUMARIO. 1. Preliminar. 2. La importancia de la justicia administrativa. 3. La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires. 4. Un comienzo prometedor que luego se fue desvaneciendo. 5. Algunos inconvenientes centrales. 6. Veinte años después. 6.I. Cuestiones que se deben corregir. 6.II. La involución normativa. 6.III. Las dificultades estructurales. 7. Epílogo.

1. *Preliminar*

El tema escogido, para homenajear a uno de los grandes Maestros del Derecho Administrativo que ha dado nuestro país, encuentra dos puntos de conexión central con los queridos colegas y amigos italianos, y que justifican sobradamente su elección. El primero de ellos, es que cuando se difundió la noticia que nuestra Provincia – que forma parte de una Nación con un esquema federal de articulación de competencias propias, delegadas y concurrentes – había sancionado un Código Procesal Administrativo moderno y de avanzada, generó la curiosidad de estudiosos de otras latitudes, a punto tal que contó con la presencia de profesores extranjeros que estaban interesados en analizar y observar el fenómeno que estaba aconteciendo. En ese contexto, apareció el Profesor ARÍSTIDE POLICE que, por gestiones de AGUSTÍN GORDILLO y un poco fruto de las coincidencias, con el patrocinio del Profesor CARLOS BOTASSI arribó a la ciudad de La Plata, donde fue muy bienvenido y asistido para conocer de cerca el tema

¹ Al lector italiano, recordamos que la República Argentina, que adoptó para su organización jurídico política, la forma republicana y federal, está conformada por 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las cuales se rigen por sus propias instituciones, poseen competencias reservadas y su propio sistema de administración de justicia, y se rigen por sus propios códigos procesales en la materia. La Provincia de Buenos Aires, es la más importante y en términos cuantitativos, posee los índices más altos de litigiosidad.

² Abogado por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), donde es docente de grado y posgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; docente de posgrado en la Universidad Católica de La Plata (UCALP); docente y ex Director de la Carrera de Especialización en Derecho Público Provincial y Municipal, dictada en el marco de las actividades de la Escuela de Abogados de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires (E.D.A.B.A.).

objeto de estudio, que luego fue extraordinariamente reflejado en dos trabajos de su autoría, y que son cita obligada.³

En ese contacto diario, ameno y que fluía sin dificultades – ya que la cultura italiana, en una ciudad como La Plata, se respira y se encuentra a la vuelta de la esquina – empezó a germinar la idea de hacer, armar algo que involucre tanto a Profesores de nuestro país como de Italia. Fue entonces que, en el año 2004, y dando el puntapié inicial de todo lo que vendrá después, se organizó con gran suceso, la Primera Jornada Italo Argentina de Derecho Administrativo⁴, para marcar el nacimiento de un encuentro que, ampliando su convocatoria, profundizando y afianzando lazos de camaradería y amistad, con el devenir del tiempo, mantuvo su continuidad y hoy va camino a la XII^o edición. Ámbito en el cual, siempre formó parte de los ejes temáticos, una mirada especial sobre la justicia administrativa (en nuestras latitudes, denominado el contencioso administrativo).

Luego con el entusiasmo en crecimiento, se concretó la institucionalización de la iniciativa, y en el marco de las Terceras Jornadas Ítalo Argentinas de Derecho Administrativo desarrolladas en la ciudad de Mar del Plata en el año 2007⁵, se suscribió el Acta que dio nacimiento a la Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo (AIAPDA), donde el Profesor AGUSTÍN GORDILLO, fue uno de sus miembros fundadores. Por lo tanto, hablar de la justicia administrativa, el proceso administrativo y la realidad que lo condiciona, de la Asociación Italo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo (AIAPDA) como de las Jornadas Ítalo Argentinas de Derecho Administrativo, implica reconocer la incidencia que el homenajeado ha tenido en su estudio, nacimiento y formación, y de algún modo significar la trascendencia, estatura y dimensión de su figura, en su condición de referente del mundo del derecho de habla hispana.

2. *La importancia de la justicia administrativa*

Uno de los grandes aportes efectuados por el Profesor AGUSTÍN GORDILLO⁶ reside en la idea de establecer y reafirmar los confines propios del objeto del

³ Police, Aristide, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Giuffrè, Milán, 2002; en igual sentido, “Il processo amministrativo in Argentina”, JA 2002-IV-1485.

⁴ Organizadas por el Instituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “La Sapienza” y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

⁵ Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

⁶ Desarrollado actualmente en el Capítulo V, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2013.

Derecho Administrativo como disciplina de estudio, al señalar que en el mismo se comprende a la **función administrativa y la protección judicial contra el ejercicio de la misma**.

Así refiere que “el estudio del ejercicio de la función administrativa es comprensivo no sólo del quién ejerce la función, sino también del cómo y con qué fundamento, con qué medios y fundamentalmente hasta dónde, con qué limitaciones se la ejerce”⁷. Asimismo, destaca que, además “existen razones de otra índole que justifican aislar a uno de esos elementos y elevarlo a la categoría de caracterización conceptual de la materia. Nos referimos a los límites de la actividad administrativa y dentro de estos especialmente a la protección judicial del particular frente a la administración y los que ejercen poder económico de carácter monopólico”⁸. En tal sentido, “uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo es así la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa; si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho y por lo tanto su diferenciación con las normas administrativas totalitarias”⁹.

Expresado en otras palabras, “el problema central de esta materia no es la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc.), sino su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. El derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y, en definitiva, de la libertad humana. Su protección contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa y del poder en general debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades. Debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y, en cambio, dársele una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado, entre el individuo y el poder”¹⁰.

En definitiva, “no habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa”¹¹.

⁷ Gordillo, Agustín A., Capítulo V, punto 1 *in fine*, ob. cit.

⁸ Gordillo, Agustín A., Capítulo V, punto 2, ob. cit.

⁹ Gordillo, Agustín A., Capítulo V, punto 2, ob. cit.

¹⁰ Gordillo, Agustín A., Capítulo V, punto 2, ob. cit.

¹¹ Gordillo, Agustín A., Capítulo V, punto 3, ob. cit.

3. *La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires*

Si bien es cierto que en la tarea de proponer y redactar todo el andamiaje normativo constitucional y legal que más tarde desembocó en la creación del denominado nuevo Fuero Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, no tuvo una directa participación, sí podemos destacar que el Dr. AGUSTÍN GORDILLO fue un gran impulsor en el reclamo constante y sostenido, sobre la efectiva implementación y puesta en funcionamiento del mismo.

Desde la pluma¹², la oratoria¹³ o apoyando a los jóvenes como a los ya consagrados entusiastas¹⁴, una y otra vez destacó la importancia de comprender por qué razón no se debe descuidar este aspecto, pues no se trata de una mera cuestión ritual o procedimental vinculada únicamente a las formas o maneras de actuación ante el poder judicial, sino de algo sustancialmente diferente. Con agudeza siempre insistió sobre un punto central, “cuando hablamos del contenido de la protección judicial no nos referimos exclusivamente a la *teoría de las acciones*, sino a la manera en que el sistema judicial influye o debe influir sobre el derecho de fondo”¹⁵.

Es decir, el modo y el sentido de cómo se resuelven los casos llevados a conocimiento de los órganos jurisdiccionales especializados – sin desconocer que muchas veces están condicionados por las normas orgánicas y procesales –, en la mayoría de los supuestos, indudablemente, está determinado por el papel

¹² Gordillo, Agustín A., “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” ED, 30-XI-01. Editado y reproducido en la Revista de Estudios de Derecho Público, REDEp, Querétaro, FUNDap, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2001-1, número especial a cargo de Nava Negrete, Alfonso y otros (coord.), *Justicia administrativa en México y en Iberoamérica*, pp. 205-226.

También reproducido en AA.VV., *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, tomo II, Derecho Administrativo, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 2383-2404; con modificaciones, bajo el título “Administrar sin justicia,” en la RAP Provincia de Buenos Aires, 2003, año 1, número 1, pp. 11-25.

¹³ En la ciudad de La Plata, todos recordamos aquel día del año 2001 donde pronunció fuertes y firmes palabras, frente a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en pleno, con sus integrantes sentados en la primera fila del Auditorio. De igual tenor, la Conferencia inaugural sobre “La estructura del fuero. Conformación del mapa judicial. Reflexiones”, en el “Encuentro Provincial de Jóvenes Abogados”, Jornadas sobre el nuevo fuero procesal administrativo bonaerense, desarrolladas el 25 y 26 de junio del año 2004 en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.

¹⁴ Fue un pilar fundamental para crear un espacio de intercambio y difusión de ideas, con pretensiones de renovar el estatus quo. Así participó en la suscripción del Acta Compromiso para constituir la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (A.B.D.A.) de la cual posteriormente, una vez formalizada, fue integrante del Consejo Consultivo Honorario.

¹⁵ Capítulo V, punto 3.5, ob. cit.

que asumen los Jueces a la hora de efectuar el escrutinio de juridicidad, donde en muchas ocasiones bajo el amparo de razones estrictamente normativas hacen prevalecer cortapisas formales evitando ocuparse de resolver el tema de fondo – sin siquiera analizarse la razonabilidad o validez constitucional de la restricción – o directamente, porque en algunas parcelas, no se puede disimular que son proclives a ciertas visiones e interpretaciones manifiestamente “*pro fisco*” renunciando deliberadamente a cumplir el rol al cual están llamados.

Sin embargo, aceptando estas consecuencias no queridas, y valorando la delicada misión a la cual estaban convocados, también se ocupó de defender y apoyar la tarea de los Magistrados encargados de poner en movimiento la maquinaria judicial del naciente fuero, que desde el inicio, como consecuencia de las restricciones presupuestarias deliberadas y la carencia de personal e infraestructura suficiente acorde al creciente nivel de causas que ingresaban, se encontraron con numerosas dificultades operativas¹⁶; asimismo de contribuir a la difusión de esta nueva experiencia¹⁷ como a resaltar positivamente la puesta en funcionamiento de la justicia administrativa y con ello la entrada en vigencia de la flamante legislación procesal en la materia¹⁸.

¹⁶ Gordillo, Agustín A., “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires”, RAP-Provincia de Buenos Aires, abril 2004, año II, N° 13, pp. 7-12.

¹⁷ Codirigiendo junto al Profesor Juan Carlos Cassagne y bajo la Coordinación de Carlos A. Botassi, la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, AAVV, Editora Platense en su primera (2000) y segunda (2004) edición, para luego dejar la posta de la Dirección en manos de Carlos A. Botassi y la coordinación de Miguel H. E. Oroz, en ocasión de la última y tercera edición (2011). También, en el Suplemento de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, a su cargo, publicando centenares de colaboraciones de diversos autores. Una compilación completa de ello puede verse en Suplemento Extraordinario Administrativo 75° Aniversario (Agustín Gordillo Director), Noviembre de 2010, Repertorio de Doctrinas Revista Jurídica La Ley (1936-2010).

¹⁸ “En suma, más que un homenaje a una persona determinada, creo que este acto es una celebración conjunta de tener el Código puesto en marcha y los juzgados funcionando, sabiendo todo lo que costó y todo lo que seguirá costando, pero sabiendo más aún que el esfuerzo realmente valió y valdrá la pena, siempre, así como vale la pena luchar por la vida, por la libertad, por la verdad, por la democracia, por tantos valores más de la persona humana en sociedad, todo lo cual requiere como dato indispensable el contar con justicia”, palabras emitidas en el marco del IV° Congreso de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (A.B.D.A.), que se desarrolló en la ciudad de Dolores, Provincia de Buenos Aires, los días 23 y 24 de noviembre del año 2007, en Homenaje al Dr. Agustín Gordillo, en reconocimiento a su ineludible gestión para la instalación de la Justicia Administrativa en la Provincia de Buenos Aires.

El discurso íntegro, titulado “Celebrando la justicia procesal administrativa”, puede verse en Revista Derecho Administrativo, Año 2 N° 3 / 4, Septiembre 2007 - Diciembre 2008 (Miguel H. E. Oroz Director), pp. 27 a 34, Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, La Plata 2008.

4. *Un comienzo prometedor que luego se fue desvaneciendo*

El inicio auspicioso junto a las esperanzas de un cambio profundo que por largos años se esperó, luego de una incansable lucha para exigir y lograr su implementación efectiva¹⁹, con el correr del tiempo comenzó a mostrar sus fisuras.

¹⁹ La lucha por la puesta en funcionamiento y efectiva vigencia del nuevo fuero y código procesal administrativo, comprometió la participación de varios sectores de la sociedad, principalmente la actividad de la colegiación provincial, los docentes, académicos, e integrantes de los claustros universitarios, abogados de la matrícula, integrantes del poder judicial, incluyendo a los propios jueces designados, como a los miembros de la administración pública provincial y municipal. Y una vez que comenzó sus actividades la justicia administrativa, se advirtió la necesidad de acometer el estudio y abordaje de una nueva realidad, que se presentó con un cambio sustancial en sus viejas estructuras y puso al descubierto, problemáticas desconocidas hasta entonces.

Todo ese trabajo, inicialmente se vio reflejado y volcado en diversos eventos académicos, que comenzó a institucionalizarse a nivel de convocatoria masiva y dirigida al interior de la Provincia de Buenos Aires, en el “Encuentro Provincial de Jóvenes Abogados”, desarrollado en La Plata, los días 24 y 25 de junio del año 2004. Fue tan grande el éxito y el reclamo para continuar con dicha línea de trabajo, que seguidamente y de inmediato, se organizó el “Primer Congreso de Derecho Procesal Administrativo Bonaerense”, en Zárate y Campana, los días 03 y 04 de diciembre del año 2004. Con la intención de mejorar lo hecho hasta ese momento, nació la idea de agruparse y formar una entidad que albergue a todos quienes quisieran continuar en la senda trazada, y al respecto se suscribió un Acta compromiso para constituir la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, que por diversas circunstancias no pudo materializarse en los tiempos fijados.

El día 14/12/05, se llevó a cabo una reunión en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, en el Edificio Reforma (ex Jockey Club), sito en calle 48 entre 6 y 7 de la ciudad de La Plata, donde finalmente se dio nacimiento y constituyó, la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (A.B.D.A.), y con ello se cristalizó una antigua aspiración. Se trató de un hecho histórico sin precedentes en la vida institucional de la Provincia de Buenos Aires, y que se enroló en la lucha permanente por la defensa de los valores democráticos y un Estado de Derecho más justo y equitativo, y sometido plenamente a la legalidad. En el Estatuto, que rigió la vida institucional de la entidad, se establecieron como principios rectores de esta asociación, la vigencia del Estado de Derecho, el sostenimiento y fortalecimiento de la democracia, la promoción de políticas públicas activas y la intervención positiva del Estado en el logro de una igualdad efectiva, el sostenimiento de los valores de equidad social y solidaridad, la vigencia de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y de los derechos fundamentales, tanto individuales como humanos, políticos, sociales y de tercera generación.

Por otra parte, la promoción y fortalecimiento de las herramientas constitucionales de control del poder político (justicia administrativa, defensor del pueblo, tribunal social de responsabilidad política), la participación social en el control y gestión de los intereses del Estado y la sociedad, la lucha contra la corrupción y la observancia plena de la juridicidad en el ejercicio del poder público. Asimismo, lograr la concepción y vigencia de un Derecho Administrativo Argentino en el marco de la plena vigencia del Estado de Derecho y del sistema republicano consagrado por la Constitución Nacional. Contó entre sus miembros asociados, a abogados, jueces, funcionarios de la Administración y el poder judicial, público en general, profesionales de distintas

Algunos problemas iniciales, comenzaron a visualizarse y, en muchos terrenos significaron borrar con el codo lo que se había escrito con la mano. Hasta el momento no hemos podido establecer si ello fue fruto de la casualidad, la intencionalidad o la falta de una correcta determinación originaria de los alcances y las proyecciones reales del enunciado constitucional²⁰, que claramente afincó el criterio delimitador de la configuración del caso administrativo y por ende la competencia material de la justicia especializada, en “la acción u omisión en el ejercicio de la función administrativa”, prescindiendo así de la condición jurídica del sujeto, la naturaleza del derecho aplicable o el tipo de proceso o andarivel procesal en el cual se canalice la pretensión.

Sin pretender agotar el listado de todo lo que lenta y paulatinamente fue aconteciendo y que terminó mellando las aspiraciones iniciales, una primera cuestión que se presentó fue la relativa a la ultra actividad del régimen procesal derogado y con ello la cesación de la competencia en aquellos casos que por legislación especial se encontraban adjudicados a la justicia en lo Civil y Comercial²¹, donde contradictoriamente no se aplicó igual solución para aquellos supuestos que objetivamente sí aparece comprometida la función administrativa pero leyes especiales anteriores a la reforma constitucional y procesal – pese a que fueron derogadas expresamente²² – los excluye del fuero administrativo. Es el caso de los mal llamados recursos directos, hoy desparramados bajo un esquema revisor retrógrado, en diferentes fueros (civil y comercial; laboral; penal) donde la decisión del Juez de grado o el Tribunal colegiado que actúa en única instancia, inaudita parte, sin bilateralizar ni respetar el contradictorio – sólo se limita a pedir las actuaciones administrativas para confirmar o revocar –, cierra definitivamente el debate, aun cuando exista cuestión constitucional federal.

Luego, vino la deformación jurisprudencial del Código Procesal y algunas reformas legales. En ese camino, un aspecto para subrayar fue la exclusión in-

disciplinas humanísticas y sociales. Se garantizó estatutariamente, la participación en los órganos de gobierno, de ciudadanos y habitantes del interior de la Provincia de Buenos Aires, que no residían en la ciudad capital, La Plata. En definitiva, se trató de la creación de un novedoso y originario emprendimiento, que generó un espacio distinto y diferente a lo existente, y llamó a la participación amplia y plural de todos aquellos interesados en construir, una sociedad más abierta y democrática.

²⁰ Artículo 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

²¹ El efecto de la doctrina “Nosenzo” (SCBA, del 11/03/2004; causa B-67.744). Ver Oroz, Miguel H. E., “Las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y derogatorias en el nuevo Código Procesal Administrativo bonaerense”, p. 742 y ss., en *El nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, AAVV (Carlos A. Botassi, Director; Miguel H. E. Oroz, Coordinador), Tercera Edición ampliada y corregida, Editora Platense, La Plata 2011.

²² Conf. art. 84 in fine, ley 12.008 y sus modificaciones.

debida de aquellos casos propios y la inclusión forzada de supuestos ajenos al fuero administrativo, generalmente poniendo el acento en razones de conveniencia o por entender que no sería irrazonable dar prevalencia al derecho aplicable o clase de proceso asignado para el conocimiento y resolución de una determinada cuestión, validando normativa de inferior jerarquía a la Constitución provincial, aunque no se encuentre o en su defecto, sí esté comprometida la función administrativa, a la cual reitero, equívocamente se le reconoce un carácter contingente más no definitorio²³.

Se siguió con la imposibilidad de reconducir²⁴; la amplificación desmedida de la competencia revisora de los órganos jurisdiccionales de alzada, en materias donde normativamente está previsto el carácter inapelable²⁵ o limitado el

²³ El estado de esta cuestión, le hemos expuesto en Oroz, Miguel H. E., “La competencia material del Fuero Administrativo y su reglamentación legal en la jurisprudencia de la SCBA”, Tomo I, pp. 203 a 372, en la obra colectiva *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La Justicia administrativa* (AAVV, Diego P. Isabella, Director), Ediciones RAP, Buenos Aires 2010; “La competencia del fuero administrativo en la impugnación de las Ordenanzas Municipales. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”, publicado en *Revista Derecho Administrativo*, p. 119 a 131, Año 3 N° 5/6, Enero 2009-Octubre 2011 (Miguel H. E. Oroz, Director), Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (A.B.D.A.), La Plata, 2011; “La materia tributaria en la jurisprudencia del fuero administrativo bonaerense. Evaluación y análisis crítico” (AAVV, Oroz, Miguel H. E., Director), Editora Platense, La Plata, 2015; “Régimen de infracciones en materia de lealtad comercial. Competencia del fuero administrativo bonaerense”, *Suplemento Derecho Administrativo y Tributario de la Provincia de Buenos Aires* (Miguel H. E. Oroz, Director), elDial.com - DC27BF, publicado el 01/07/2019.

Las implicancias de aquello que solapadamente se fue forjando tras bambalinas a lo largo de los años, y que mayorías circunstanciales actualmente permitieron imponer el criterio, del mismo autor, ver “Proceso administrativo bonaerense. Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional”. Nota a fallo, SCBA, causa B-75.663, del 23/11/2020, “Morera, Daniela Iris y otro c/ Estado de la Provincia de Buenos Aires s/ Materia a categorizar. Conflicto de competencia art. 7° inc. 1° ley 12.008”, en *Revista Derecho Administrativo*, N° 136, Julio - Agosto 2021, p. 285 y ss.; “Impugnación directa de las Ordenanzas Municipales. Breves reflexiones a propósito del caso *Blasi*”, publicado en *Suplemento Derecho Administrativo y Tributario de la Provincia de Buenos Aires* (Miguel H. E. Oroz, Director), elDial.com biblioteca jurídica online, Editorial Albremática (www.eldial.com), del 09/08/2023. Cita: elDial - DC327A.

²⁴ El estado de esta cuestión, puede verse en Bastons, Jorge L. y Eliades, Analía, “La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero Contencioso Administrativo bonaerense. Aportes para una teoría de la impregnación”, en la obra colectiva *Derecho Público para administrativistas*, p. 767 (Jorge L. Bastons, Director), Editora Platense, La Plata, 2008.

²⁵ A modo de ejemplo, la resolución que establece el tipo de trámite; la sentencia definitiva en el amparo por mora. Las consecuencias negativas de esta última cuestión, la anticipamos en el año 2004. El derrotero seguido puede verse en Oroz, Miguel H. E., *El amparo por mora. Régimen procesal. La interpretación jurisprudencial*, pp. 151 y ss., Editora Platense, La Plata, 2017. Diecio-

catálogo de supuestos que toleran su impugnación²⁶; la declaración de constitucionalidad del sistema de costas por su orden en cuestiones previsionales y empleo público²⁷, la fijación de los plazos de prescripción más extensos sólo a favor del Estado²⁸, la aplicación directa del CPCC para resolver el tema de las costas en el ámbito de los recursos extraordinarios locales²⁹, el desconocimiento de normas de derecho común relativas a los derechos de usuarios y consumidores, para hacer prevalecer normas locales más restrictivas.³⁰

cho (18) años después, apareció una disidencia, intentando sin éxito, cambiar el rumbo equivocado, al caerse en la cuenta de todos los problemas que trajo la acumulación de causas en esta materia, cuando era evitable. Ver CCALP, causa N° 36.034, del 01/06/2023, “Colotta, Silvina c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo por mora”.

²⁶ Tal como acontece en materia de amparo (art. 16 de la ley 13.928 y sus modificaciones).

²⁷ SCBA, causa A-68.850, del 18/03/09, “Saravia, Andrés F. y otros c/ Municipalidad del Partido de General Pueyrredón s/ Amparo por mora”; causa A-68.835, del 15/04/09, “Bonanno, Norma Luján y otros c/ Dirección General de Cultura y Educación - Provincia de Buenos Aires s/ Proceso sumario de ilegitimidad”; causa A-68.418, del 15/04/09, “Asenjo, Daniel Horacio y otros c/ Dirección General de Cultura y Educación. Provincia de Buenos Aires s/ Proceso sumario de ilegitimidad”. El efecto práctico se tradujo en la reducción inmediata y sustancial del universo de casos, que anteriormente se llevaban al Superior Tribunal.

²⁸ SCBA, causa C-96.165, del 17/06/09, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Pascual, José s/ Apremio”. Aquí se exigió a un beneficiario del Instituto de Previsión Social, la devolución de sumas de dinero, cobradas indebidamente. Ratificando la jurisprudencia del tribunal, se aplicó el plazo de diez años. Sin embargo, cuando el reclamo lo articuló el beneficiario hacia la Caja Previsional, la solución fue diametralmente opuesta. En el antecedente del 09/02/05, causa “T., J. L. c/ Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contenciosa administrativa”, se rechazó la demanda promovida por un abogado contra la Caja Previsional de los Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde se había solicitado la anulación de las resoluciones administrativas que habían declarado prescriptos los haberes jubilatorios devengados desde el 19/03/95 al 28/12/98. Se sostuvo que los plazos generales de prescripción del Código Civil no regían para el pago de haberes pensionarios a cargo de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, por cuanto ante la ausencia de normas sobre la materia en la ley local 6716 y su modificatoria, ley 11.625, debía utilizarse el método de interpretación analógico, aplicándose el régimen previsional de la provincia y las leyes de jubilaciones para los diferentes sectores profesionales, que fijan el mismo plazo de prescripción, que van de un año – antes de la solicitud de la prestación – a dos años – después de la solicitud del beneficio-.

²⁹ Desplazando al CPA – ley 12008 y sus modificatorias –, tanto para aplicarlas al recurrente vencido – criterio objetivo de la derrota –, SCBA, causa A-68.914, del 22/12/08, “Larrauri, Oscar Mario contra Ministerio de Economía-Instituto de Previsión Social. Amparo por mora”, o eximirlo por encontrar mérito para ello, SCBA causa A-68.782, del 22/12/08, “Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires c/ M. H. M. s/ Acción disciplinaria”.

³⁰ CCALP, causa N° 5815, del 23/08/07, “Municipalidad de Bahía Blanca c/ Compañía de Ómnibus La Bahiense SRL y otros s/ Medida cautelar autónoma o anticipada. Recurso de Queja”; causa N° 9007, del 30/04/09, “López Brusa Lucrecia c/ IOMA s/ Acción sumarísima ley

Luego, como consecuencia del intento frustrado de modificar el régimen normativo³¹, la admisión del efecto suspensivo en materia cautelar, neutralizando la posibilidad de su ejecución y dejando en letra muerta el carácter tuitivo de las mismas³²; la declaración oficiosa de la caducidad de instancia³³ – aunque posteriormente corregido en la instancia extraordinaria³⁴; el intento de auto restringirse para admitir la doctrina de la deferencia³⁵; la prohibición de recusar sin causa³⁶;

24240. Recurso de queja”. Al declararse la competencia del fuero administrativo, se cae en el error de sostener que el juicio sumarísimo se aplica por la remisión del art. 77 del CPA, cuando en rigor, ello viene impuesto por la ley nacional, que exige tramitar estas cuestiones por el carril más abreviado. Claro, que dicha interpretación no es casual. Se busca evitar lo relativo al efecto del recurso de apelación, que de acuerdo al CPCC es no suspensivo. Una vez más, el criterio “pro fisco” llevado a límites insospechados.

³¹ Proyecto gestado en las sombras, que por la reacción temprana de los ámbitos académicos y la colegiación – en aquel entonces mucho más combativa que en la actualidad donde pese a la gravedad de la situación actual, aún no se ha pronunciado públicamente –, dejaron al descubierto dicha iniciativa, que finalmente no pudo prosperar. El detalle completo de todos los antecedentes, que la historia oficial se ocupa de esconder y que aparece raramente mencionado cuando se hace una descripción de la corta historia del fuero, pueden verse en Oroz, Miguel H. E., “Un nuevo atropello al Estado de Derecho. Algunas anotaciones en torno del proyecto de reformas en materia de medidas cautelares en el ámbito bonaerense”, LL 2004-F-1232 a 1245; también en “Proyecto del Ejecutivo provincial para la modificación del sistema general de medidas cautelares”, JA 2004-IV-951.

³² Una visión crítica del asunto, en Oroz, Miguel H. E., “La apelación de las medidas cautelares en el proceso administrativo bonaerense. Admisión del efecto suspensivo. Una sombría y reprobable doctrina judicial”, nota a fallo de la CCALP, causa N° 9568, del 13/08/09, “Consejo Superior del Colegio de Abogados de Buenos Aires c/ Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión anulatoria. Recurso de queja”, en LL 2009-F-491 a 495.

³³ Señalamos el error, en Oroz, Miguel H. E., “Declaración oficiosa de la caducidad de instancia en el proceso administrativo bonaerense. Una solución disvaliosa y claramente contra legem”. Nota a fallo, CCAMdP, del 29/06/10, “García Héctor Vicente c/ Tribunal Fiscal de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión anulatoria”, LL 2010-F-138 a 143.

³⁴ SCBA, causa A-72.324, del 26/10/2016, “Oleaginosa Moreno Hnos. c/ Municipalidad de Necochea s/ Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”.

³⁵ Oroz, Miguel H. E., “Nuevamente sobre el abogado del Estado y el anticipo previsional. La doctrina de la deferencia: un peligroso comodín”. Nota a fallo, CCAMdP, causa N° 3161, del 19/06/2012, “Bouzas, María Silvia c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Pretensión declarativa de certeza”, en LL 2012-E-496.

³⁶ Oroz, Miguel H. E., “La recusación sin expresión de causa en el proceso administrativo bonaerense. Las puertas abiertas para el desplazamiento de los Jueces que incomodan al poder”. Nota a fallo CCALP, del 28/06/07, “Aguas del Gran Buenos Aires S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ Pretensión anulatoria”, publicado en Revista Lexis Nexis Buenos Aires, mes de julio, N° 7/2008, pp. 773 a 777.

Lo anunciado, con el correr de los acontecimientos, encontró recepción y se expandió con carácter general. En el proceso administrativo, por regla resulta improcedente la recusación sin

luz verde a las cautelares administrativas³⁷; la distorsión en la integración de las

causa. Conf. SCBA, B-72.538, del 17/04/2013, “Defensor Oficial de Responsabilidad Juvenil s/ Diligencia preliminar. Conflicto de competencia art. 7º inc. 1º ley 12.008”.

³⁷ Ver Oroz, Miguel H. E., “La inconstitucionalidad de las cautelares administrativas en materia tributaria. Su incidencia sobre las legislaciones locales”. Nota a fallo, CSJN, del 15/06/2010, causa A.910.XXXVII, “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal”, LL 2010-E-322 a 326. Posteriormente, nos encargamos de llamar la atención en “La convalidación de las cautelares administrativas. Un inquietante criterio jurisprudencial”, (Columna de opinión), publicada el 28/05/2015, disponible en <http://derecho-administrativo-debates.blogspot.com.ar/>.

Si bien todavía no existe un pronunciamiento expreso en tal sentido, “teniendo en cuenta las sentencias emitidas recientemente por la Suprema Corte provincial (causas I-68.092, “Ramírez” y A-73.895, “Bravo”; ambas del 09/05/2023), cada vez quedan menos argumentos para mantener la subsistencia en nuestro régimen jurídico, de delegaciones que ponen indebidamente en manos de las autoridades administrativas, atribuciones privativas de la faena judicial. Actuaciones administrativas que ordenan, ejecutan y traban medidas cautelares en las condiciones denunciadas, son improcedentes en atención a su manifiesta inconstitucionalidad.

Corresponde mencionar, que conforme lo establece el actual art. 16 del Decreto Ley 7543/69, “el Fiscal de Estado podrá desistir de los juicios, o no iniciar la respectiva acción, cuando el importe del capital reclamable fuere inferior a veinte (20) sueldos del salario mensual mínimo vigente para el personal administrativo de la Administración Pública. En tales casos – léase cuantía económica del crédito –, o cuando se ignorase el domicilio del deudor, o no se conociese la existencia de bienes en la Provincia, el Fiscal de Estado podrá disponer el embargo de bienes del deudor o su inhibición general de bienes, anotando la medida precautoria y sus renovaciones en el Registro de la Propiedad o en el que correspondiere, por el plazo que autoricen las leyes vigentes. El capital a computar para el ejercicio de la facultad otorgada, será el original del crédito.

La normativa referenciada otorga amplias facultades a la autoridad administrativa prescindiendo de la intervención judicial. En tal sentido, es imprescindible recordar, que según dispone expresamente el art. 109 de la C.N., aplicable por extensión y en argumentación a fortiori a todas las autoridades administrativas provinciales y municipales (arts. 1, 5, 29, 123 C.N.; arts. 1, 11, 15, 46, 57, 160, 190 CPBA), está vedado al poder administrador el ejercicio de funciones jurisdiccionales a fin de conservar la vigencia del juez natural, asegurando la defensa de las personas y sus derechos como de su patrimonio, ante jueces independientes. Prohibición que opera frente a la iniciativa de las autoridades administrativas y se extiende para el caso de la delegación realizada por el legislador, pues ello encuentra un valladar infranqueable en el art. 29 de la C.N. (ídem arts. 3, 45 y 57 CPBA). La disposición constitucional que niega al Presidente de la República el ejercicio de funciones judiciales o el derecho de conocer en causas pendientes o de restablecer las fenecidas responde al propósito de poner a cubierto a los habitantes de los abusos del gobierno y al de marcar la línea divisoria de los tres poderes que lo integran (Fallos: 149: 175).

El citado dispositivo legal, contiene una inadmisibles delegación en favor de una autoridad administrativa, como lo es el Fiscal de Estado, de competencias propias de la esencia de la función judicial, pues al permitir que por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, pueda disponer embargos e inhibiciones, introduce una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que ni siquiera es informado de las medidas que una de las partes adopta sobre la persona y el patrimonio de un tercero.

normas del CPCC al proceso administrativo – art. 77 del CPA³⁸; la desnaturaliza-

No sólo violenta el principio constitucional de la división de poderes sino que además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio consagrados en los textos constitucionales como en los Pactos internacionales incorporados con tal jerarquía.

La verificación de la concurrencia de los requisitos específicos para la procedencia de las medidas cautelares como son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, como la evaluación de su proporcionalidad de acuerdo a las circunstancias fácticas de la causa, no son realizadas por un tercero imparcial sino por la propia acreedora, que no tiene obligación de aguardar la conformidad del juez para avanzar sobre la persona y el patrimonio del presunto deudor. No resulta admisible que a la hora de establecer procedimientos destinados a garantizar la normal y expedita percepción de la renta pública, se recurra a instrumentos que quebrantan el orden constitucional. Es que la mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno – por más loable que este sea – en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional (Fallos: 333:935).

Las disposiciones constitucionales locales, no solo impiden que la administración se arrogue atribuciones privativas del poder judicial bajo pena de nulidad absoluta, sino además prohíben categóricamente que el legislador se las sustraiga a este último para ponerlas en manos de la autoridad administrativa (arts. 3 y 45 CPBA). El carácter inviolable de la propiedad, solo admite de su privación mediante sentencia fundada en ley (art. 31 CPBA) y toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado (art. 57 CPBA)". Conf. Oroz, Miguel H. E., "Cautelares administrativas: final anunciado", Diario El Día, La Plata, Suplemento Economía Dominical, columna Enfoques Tributarios, del 09/07/2023, p. 4.

³⁸ Es importante advertir que dicha regla de remisión, fue completamente desnaturalizada en su aplicación práctica. Por ejemplo, cuando para la pretensión declarativa (art. 12 inciso 4 del CPA), en materia de apelación y plazos, se dispuso la aplicación de las disposiciones del CPA y no del CPCC. A nadie puede escapar, que lo buscado intencionalmente fue la neutralización de la ejecución de la sentencia favorable y se obligó a interponer y fundar en un mismo acto el recurso, cuando las normas del rito civil disponen todo lo contrario. Así, se declaró inadmisibile el recurso, que no obstante estar concedido en relación por el a quo, no fue fundado en el acto de su articulación. Ver CCALP, causa N° 975, del 30/03/06, "Frigorífico La Estrella SA c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión declarativa de certeza"; causa N° 3228, del 07/09/06, "Cámara Comercial e Industrial de Bolívar c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Economía. Subsecretaría de Ingresos Públicos. Rentas- s/ Acción meramente declarativa".

Por otro lado, si bien se ha utilizado el plazo más amplio del CPA, bajo la pseudo argumentación de la necesidad de unificar el sistema recursivo para dar certeza a los litigantes, en el fondo se persiguió imponer como regla general el efecto suspensivo. En tal sentido, CCALP, causa N° 1913, del 20/07/06, "Fernández, María C. y otros c/ Intendente Municipal de Bragado s/ Contencioso administrativo. Pretensión de cese de vía de hecho". En la misma línea, cuando se pre-

ción del sistema de asignación de la competencia material en lo relativo al amparo³⁹, desconociendo que el 99,9 % de los casos que se canalizan por este andarivel encierran siempre el enjuiciamiento del obrar u omitir en función administrativa⁴⁰;

texto de garantizar la doble instancia, por aplicación del CPCC se declaró apelable la sentencia definitiva en el amparo por mora, no obstante estar previsto contra la misma, únicamente el recurso de reposición (art. 76 inciso 4 in fine del CPA). También, CCALP, del 10/08/2004, “Gallo, Guillermo G. c/ Ministerio de Economía (IPS.) s/ Amparo por mora.” Se regresa a lo mismo de siempre, al declararse apelable, esto trae consigo el efecto suspensivo. Ver la crítica efectuada, al anotar el pronunciamiento, en Oroz, Miguel H. E., “La sentencia definitiva en el amparo por mora finalmente es apelable”, JA 2004-IV-191.

En lo referente a los recursos extraordinarios (art. 60 del CPA) si bien se aclara, “aplicándose en lo pertinente”, en materia de costas, por conducto de la remisión referenciada y sin reparar en esta previsión, prevaleció el principio objetivo de la derrota, desplazando al de costas por su orden. Conf. SCBA, causa A-68.914, del 22/12/08, “Larrauri, Oscar Mario c/ Ministerio de Economía - Instituto de Previsión Social s/ Amparo por mora”. También se han aplicado las normas del CPCC, para eximir de las costas, por encontrarse mérito para ello. Conf. SCBA, causa A-68782, del 22/12/08, “Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires c/ M., H. M. s/ Acción disciplinaria”.

El CPA, no regula el proceso sumarísimo, pero ello no impide que en razón de la naturaleza de la pretensión, el derecho vulnerado o la forma en cómo se manifieste el agravio que motiva el juicio, el Juez fije para su trámite, sustanciarlo por sus normas, en los mismos términos y alcances del CPCC, pero cuando así lo resolvieron los jueces de grado, la alzada indebidamente, dejó en letra muerta lo dispuesto en el art. 321 in fine del CPCC que dispone el carácter *irrecurrible* de la resolución que fija el tipo de trámite, considerando apelable a la misma y con ello, reservarse la posibilidad de desarticular las ventajas que otorga dicho trámite abreviado, especialmente las ventajas del efecto no suspensivo de la apelación en materia cautelar y sentencia definitiva. Conf. CCALP, causa N° 9806, del 06/10/09, “Fundación para la defensa y control del animal comunitario c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Medida autosatisfactiva. Recurso de Queja”.

³⁹ La asignación, es independiente de la materia. SCBA, Ac 106432, I del 11/03/09, “Ríos, Carlos A.”; Ac. 107607, I del 24/06/09, “C.N. s/ Amparo. Inc. de comp.”; B-70056, I del 06/05/09, “Madero, José”; B-70167, I del 05/08/09, “Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 de La Plata”; B-70651, del 18/11/09, “Lizziero Marcelo J. y otros”. También ver Resoluciones SCBA N° 1.358/06, 1.794/06 y 957/09, que reglamentan lo relativo al sorteo. La constitucionalidad de esta normativa fue declarada en SCBA, B-70167, I del 05/08/09, “Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 de La Plata c/ Juzgado Contencioso Administrativo N° 3 de La Plata”, en autos “P., R. H. c/ IOMA s/ Amparo s/ Cuestión de competencia art. 7, ley 12.008”; B-70651, del 18/11/09, “Lizziero Marcelo J. y otros c/ Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo. Conflicto de competencia art. 7° inciso 1° ley 12.008”.

⁴⁰ Fuimos advirtiendo todas estas cuestiones. Remitimos a Oroz, Miguel H. E., “Régimen procesal del amparo. Necesidad de su modificación. El Anteproyecto de ley, generado en el ámbito de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (A.B.D.A.)”, publicado en Revista Derecho Administrativo, pp. 69 a 101, Año 2 N° 3/4 Septiembre 2007-Diciembre 2008, Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (A.B.D.A.), La Plata. 2008; “El amparo contra la autoridad pública: una visión crítica de su situación actual en la Provincia de Buenos Aires. Propuesta para su reforma”, LL 2008-D-1095 a 1104.

el incorrecto deslinde del proceso administrativo con la acción originaria de inconstitucionalidad⁴¹; entre muchas otras.

5. *Algunos inconvenientes centrales*

Mientras todo esto sucedía, a la par se fueron introduciendo algunos cambios. Si bien son innegables los beneficios que ha traído la apertura del fuero administrativo, al facilitar el acceso a sectores que antiguamente quedaban desplazados por los costos y las distancias, no es menos cierto que todo lo bueno no puede reducirse a ello. Se trataría de una mirada muy sesgada de la realidad. La dinámica del fuero administrativo, actualmente cuenta con numerosos inconvenientes, sobre los cuales se viene haciendo una escasa referencia, o en su caso, directamente se soslaya toda mención.

Aún no se logra conjurar el problema central: la enorme demora en finiquitar todas las causas residuales en la SCBA; superar el cuello de botella existente en la actualidad con las causas del nuevo fuero que le llegan por vía de los recursos extraordinarios o la respectiva queja por su denegación; la repetición en los planteos de competencia que obligan a una sustanciación innecesaria, en temas sobre los cuales existe una doctrina consolidada del tribunal y que sin embargo las instancias de grado insisten en inaplicarla; el incumplimiento generalizado de los plazos para dictar sentencia, situación que comprende a un número importante de órganos jurisdiccionales – con algunas excepciones –, incluyendo a las Cámaras de Apelaciones regionales y al Superior Tribunal.

El origen del atraso y la acumulación gradual, encuentra su causa principal en las marchas y contramarchas en poner un punto final a la validez constitucional de las leyes que otorgaron competencia directa a la alzada en materia disciplinaria de los colegios o consejos profesionales, impugnación de cargos del Tribunal de Cuentas y decisiones provenientes del Tribunal Fiscal (principalmente en relación a las numerosas causas que correspondía radicar ante la Cámara platense, cuya importancia por calidad y cantidad nadie puede desconocer).

La falta de una solución expresa en el Código procesal administrativo sobre

Por más de veinte (20) años, pacíficamente las Cámaras de Apelaciones, aceptaron actuar como órgano revisor. Sin embargo, el caudal de trabajo y una alegada inconstitucionalidad sobreveniente por afectarse la garantía del juez natural – a nuestro juicio inexistente –, dio lugar a la rebelión. Ver CCASnM, del 20/02/2024, causa N° 11.394, “A., R. D.L. A. c/ IOMA s/ Amparo”.

⁴¹ Oroz, Miguel H. E., “Las cuestiones constitucionales en la materia tributaria. Distintas vías para su discusión y principales problemáticas que se plantean”, publicado el 21/10/2016, en elDial.com - DC220E.

la transición en materia sancionatoria de los Colegios o Consejos profesionales, a diferencia de lo que sí aconteció en relación a las causas radicadas ante la instancia originaria de la Suprema Corte en las restantes materias, generó la remisión en masa de todos los expedientes existentes en la Sala Especial en lo Civil y Comercial – aún de aquellos que contaban con el llamamiento de autos para sentencia firme y consentido – hacia el fuero contencioso administrativo, que negándose a receptorlos, dio origen al conflicto negativo de competencia resuelto por el alto Tribunal, en marzo del 2004.

Claro que como el criterio no fue del agrado de algunos sectores – especialmente de la colegiación provincial – quienes a nuestro juicio estaban incursos en un gravísimo error – no solo conceptual sino inclusive sobre la concepción de un sistema de enjuiciamiento del obrar en función administrativa –, presionaron hasta obtener la sanción de las leyes 13.325 y 13.329, cuya validez constitucional fue inmediatamente puesta en tela de juicio, incluso oficiosamente por la alzada platense, dejando de este modo en el limbo jurídico un importante número de causas. Fue más grave el remedio que la enfermedad.

Similar panorama se presentó con la ley 13.405, en tanto al modificar el art. 2 de la ley 12.074, amplió la competencia en instancia originaria de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo en lo relativo a la impugnación de decisiones del Tribunal Fiscal y del Tribunal de Cuentas.

A continuación, de modo inconsulto sorprendiendo a propios y extraños, la legislatura provincial se despachó con la modificación del régimen de costas. A través de la ley 14.437, se rediseñó el esquema vigente por entonces, con la introducción del principio objetivo de la derrota, con la inocultable finalidad de desalentar la litigación responsable, porque es innegable que ante un panorama donde el índice revocatorio a favor del Estado era muy alto, difícilmente alguien que se sintiera con cierto derecho a discutir una decisión de la autoridad – especialmente el ciudadano o habitante común, no el gran empresario que tiene espaldas para ello –, en el futuro tomara la decisión de hacerlo⁴². De modo complementario, y siguiendo una objetable y defectuosa técnica legislativa, a través de la ley 15.006 suturó el drenaje de fondos por la condena en costas sistemática en áreas con un alto porcentaje de demandabilidad.⁴³

⁴² Remitimos a lo dicho en Oroz, Miguel H. E., “Recepción del principio objetivo de la derrota. Un *engaña pichanga*” (columna de opinión), publicada el 12/02/2013, disponible en <http://derecho-administrativo-debates.blogspot.com.ar/>; “El nuevo régimen de costas en el proceso administrativo bonaerense”, JA 2013-III-1361.

⁴³ Los verdaderos motivos de esta iniciativa y las críticas de las cuales la reforma era objeto, lo contamos con detalle, en Oroz, Miguel H. E., “La fijación de nuevos mínimos arancelarios en el juicio de apremio, el amparo y el amparo por mora. A propósito de las reformas introducidas por la ley 15.016”, elDial.com - DC24F7, en Suplemento Derecho Administrativo y Tributario de

6. *Veinte años después*⁴⁴

El Fuero en lo Contencioso Administrativo, luego de dos décadas de su puesta en funcionamiento, junto a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal de la materia, fue pasando por diversos estadios hasta sufrir una caída estrepitosa. Pese a lo preocupante de la situación, no se habla del tema en los numerosos encuentros y jornadas académicas que se vienen desarrollando con motivo de esta celebración. Las descripciones que allí se hacen, son más bien propias de un mundo de fantasía y no de la cruda realidad por la cual estamos atravesando.

Las instituciones involucradas en la cuestión, son cautas, demasiado conservadoras y hasta exageradamente cuidadosas de poner en el debate público esta problemática. Por el contrario, con cierta timidez se murmura por lo bajo y sin levantar demasiado la voz.

En el Departamento Judicial de La Plata, donde se encuentra el órgano jurisdiccional colegiado de alzada más importante de la Provincia, se encuentra inmerso en una profunda crisis, agravado por el generalizado y elevado nivel de atraso en el que está incurso, al no fallar los asuntos llevados a su conocimiento. Se incumple la regla constitucional donde se impone que “las causas deben resolverse en tiempo razonable, y donde las dilaciones indebidas cuando son reiteradas, constituyen falta grave” (art. 15 de la CPBA).

Desconocemos qué intereses ocultos pueden existir, pero estando en vigencia la ley 15.400 que ante el pedido expreso del máximo Tribunal provincial, amplió el órgano de alzada, no se encuentran explicaciones de por qué motivo

la Provincia de Buenos Aires (Miguel H. E. Oroz, Director), elDial.com, biblioteca jurídica online, Editorial Albremática (www.eldial.com), del 17/04/2018; “Amparo por mora. Régimen de costas y retribución profesional. A propósito del límite previsto en la ley 15.016”, nota a fallo, SCBA, causa A. 76.543, del 26/05/2021, “C., D. A. c/ Ministerio de Desarrollo Humano y Trabajo s/ Amparo por mora. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley”, elDial.com - DC2E7E, publicado el 13/08/2021.

⁴⁴ En esta Capítulo, reproducimos parcialmente expresiones que con ligeras modificaciones de estilo, expusimos recientemente en Oroz, Miguel H. E., “A casi veinte años del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Provincia de Buenos Aires. Disneylandia y la película que nadie está mirando”, en Palabras del Derecho, espacio dedicado al aporte, discusión y crítica de la actualidad jurídica, publicado el 07/05/2023. Disponible en <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4264/A-casi-veinte-anos-del-Fuero-en-lo-Contencioso-Administrativo-y-Tributario-de-la-Provincia-de-Buenos-Aires>; “A casi veinte años del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Provincia de Buenos Aires. Segunda parte: La alzada platense al borde del abismo y la Abogacía local sigue mutis por el foro”, en Palabras del Derecho, espacio dedicado al aporte, discusión y crítica de la actualidad jurídica, publicado el 05/07/2023. Disponible en <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4376/A-casi-veinte-anos-del-Fuero-en-lo-Contencioso-Administrativo-y-Tributario-de-la-Provincia-de-Buenos-Aires---Segunda-parte>.

o razón se sigue sin nombrar a los Jueces que integrarán la nueva Sala, para producir una inmediata reasignación de la numerosa cantidad de expedientes que esperan ser resueltos.

Se suma el hecho que, también en dicho ámbito territorial, tres de los cuatro juzgados de primera instancia, no tienen Jueces Titulares, uno de ellos fue asignado a una Jueza Suplente y los otros dos, con Magistrados subrogantes. Solo uno, posee el cargo ocupado por una Jueza que llegó mediante Concurso.

Esto representa una situación evidentemente anormal que debe regularizarse. Los concursos para cubrir vacantes que la Constitución y la ley obligan a realizar no se culminan con la premura que las circunstancias del caso exigen, y esto requiere una respuesta en lo inmediato. Por ejemplo, la definición de lo que debe acontecer con el Concurso para cubrir el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata, donde ninguno de los ternados escogidos por el Poder Ejecutivo y puestos a consideración su Pliego en más de una ocasión, nunca se logró el acuerdo del Senado, y la situación, desde el año 2013, se encuentra sin resolverse.

Tampoco puede soslayarse que en los Juzgados N° 1 y 3, deben cubrirse los cargos con Jueces designados por Concurso, y no convertir en definitivas, soluciones que por definición y por ley solo deben ser transitorias. Es decir, el departamento judicial más significativo, en cantidad y calidad de los asuntos que tramita y resuelve en esta materia, se encuentra totalmente desarticulado, descalabrado, y lo que se avecina para el mismo no es para nada alentador, mientras muchos hacen su juego y otros con responsabilidades en esta parcela, miran para otro lado.

Tampoco se advierte una conducta proactiva ni se conoce ninguna declaración o comunicación pública oficial de carácter institucional de los colegiados del ramo denunciando la situación, la inacción se extiende tanto a los de la Toga como a los del Martillo y la Dama Vendada. Sabemos que, al integrar el Consejo de la Magistratura, puede requerirse cierta prudencia, pero esto ya pasó de castaño a oscuro y el silencio en estos casos, no parece ser la mejor opción, porque pinta más a cierta complicidad por omisión que a otra cosa.

6. I. *Cuestiones que se deben corregir*

También encontramos otras cuestiones conducentes, que no se pueden dejar de mencionar. Sin pretender agotar la larga lista de puntos que integran la misma, y señalando solo algunas, empezando por la cabeza o el órgano rector del sistema de administración de justicia provincial, se observa y se requiere lo siguiente:

- a) No se informa cuántos juicios residuales tiene y cuántos por vía apelada extraordinaria le llegan;
- b) No hay precisiones sobre los plazos para resolver, que se hacen eternos, especialmente cuando los expedientes le son devueltos por la Corte Nacional revocados y en un Tribunal con solo tres miembros, es necesario integrarlo parcial o íntegramente con miembros de la Casación;
- c) Ausencia de unificación de criterios en procesos donde se enjuician actos de la autoridad pública, por ejemplo, la preclusión en la acción originaria de inconstitucionalidad opera de modo diferente sin que exista una explicación objetiva y fundada de por qué ante fenómenos iguales, se otorgan soluciones diametralmente opuestas;
- d) Necesidad de reconfigurar la resolución de los conflictos de competencia, y de algún modo a través de la creación de un protocolo de actuación vinculante para las instancias de grado, fundado en razones de economía y celeridad procesal, evitar el enorme dispendio de actividad en aquellos temas donde existe un criterio consolidado;
- e) Hacerse eco de la queja generalizada de los restantes fueros que les toca intervenir en los amparos y de los resultados poco esperados, cuando en su gran mayoría, los mismos son articulados contra actuaciones de la autoridad pública o los sujetos sustitutos delegados en el ejercicio de la función administrativa, eliminando el doble estándar de la competencia universal para el juez de grado y de la competencia centrífuga que atiende a la materia cuando es necesaria la intervención por la vía apelada ordinaria;
- f) Debe eliminarse el absurdo de disociar las cuestiones, donde en un mismo amparo, según sea la naturaleza de la decisión impugnada o el tema a resolver, puede ir a un órgano de alzada diferente;
- g) Se requiere una mayor transparencia y publicidad en el sorteo y circulación de los expedientes, permitiendo que las partes y sus abogados puedan conocer con precisión y certeza tal información – tal como sucede en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-;
- h) Hay que retomar la difusión de su doctrina legal y sus sentencias en el Boletín INFOJUBA u otro medio creado a sus efectos – emular la tarea que al respecto realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con Notas y Suplementos-;
- i) Corresponde resolver en tiempos razonables las causas residuales y de la competencia transitoria, y especialmente las llegadas por la vía extraordinaria en materia expropiatoria donde un juicio no puede durar 25 años tal como se advirtió en U.N.I.R.E.C. – causa C. 108.722, del 16/02/2023-;

- j) Aplicar y respetar el régimen de la ley de Jueces Suplentes – desde el inicio observamos su flagrante incumplimiento –, tarea que además no puede delegar en ningún caso en las Cámaras de Apelación, lo que implica además, mantener actualizado y accesible para su fácil consulta, el Registro de Magistrados Suplentes – el listado disponible data del año 2020 y se desconoce si sigue o no vigente-;
- k) Encarar un estudio serio que prescinda de un dato de superintendencia, como es la carátula de los expedientes, y atienda a la naturaleza de los conflictos, para establecer estadísticas más reales;
- l) Regular y completar – dentro de los límites constitucionales y legales de su ámbito funcional – el instituto de la pérdida la jurisdicción teniendo en cuenta el nuevo enunciado constitucional previsto en el art. 15 de la CPBA;
- ll) Fijar una definición en relación al Fuero de Ejecuciones Tributarias y su ausencia de implementación, donde la responsabilidad principal está a su cargo;
- m) Para los trámites administrativos y demás cuestiones de Superintendencia, permitir a las partes y sus letrados, el uso del expediente electrónico o digital, con acceso ilimitado al mismo, pudiendo ser consultado sin restricciones;
- n) Monitorear de modo permanente, el cumplimiento del régimen de publicidad de los procesos colectivos;
- ñ) Formular precisiones sobre el momento y a qué efectos debe intervenir el Ministerio Público Fiscal, dando cumplimiento a la Resolución SCBA N° 1.578/21 en determinadas causas tramitadas ante el fuero contencioso administrativo, porque es caótico lo que está sucediendo a nivel procedimental;
- o) Condensar pautas y criterios de actuación a la hora de constituir y tramitar un proceso de clase o colectivo, regulando estas cuestiones mediante el instrumento formal adecuado hasta tanto el legislador local subsane la omisión de reglamentar un marco general integral en la materia;
- p) Adecuar el régimen de notificaciones electrónicas, corrigiendo los criterios que subsisten del régimen anterior que no contemplaron la utilización de las tecnologías de la información y comunicación y generan problemas interpretativos sobre cuando queda realizado el acto de comunicación y como consecuencia de ello perfeccionada la notificación (días y horarios en que se libra la cédula y la necesidad de contar o no con habilitación a tales efectos, etc.);
- q) Evitar la expansión del criterio delimitador de la configuración de la

contienda administrativa, contrariando el eje rector previsto expresamente en el texto constitucional, dando indebidamente prevalencia a la naturaleza del derecho aplicable con prescindencia de la función jurídica estatal implicada en la generación del caso;

- r) Impedir las consecuencias que conlleva la recalificación de la relación jurídica sustancial al momento de fallar el fondo, en tanto signifique la imposición de nuevas normas procesales más gravosas que las que rigieron la sustanciación del trámite, de modo imprevisto y sobreviniente (es lo que acontece con lo relativo al art. 29 de la ley 13.133);
- s) Efectuar un correcto deslinde entre la acción originaria de inconstitucionalidad y el contencioso administrativo, corrigiendo el rumbo jurisprudencial actual;
- t) Cambiar el criterio que sostiene el carácter excluyente de la vía originaria, a la hora de impugnar en forma directa un reglamento con fundamento en la contradicción o violación de la Constitución local, imponiendo la solución más gravosa e ignorando una reinterpretación funcional a la luz de la reforma constitucional y la prevalencia del carácter opcional que en todo caso ello debería revestir para el interesado;
- u) Abandonar la ultra actividad del esquema legal y reglamentario anterior a la reforma, que por distintas vías anacrónicas e incompatibles con el nuevo esquema de enjuiciamiento pleno de la función administrativa, a través de un sistema revisor – mal llamados recursos directos –, permite sustraer un numeroso e importante catálogo de supuestos que pertenecen constitucionalmente al Fuero en lo Contencioso Administrativo, agravado por la disfuncional y retrógrada interpretación jurisprudencial de la Suprema Corte provincial – que para idénticos supuestos fácticos otorga soluciones diametralmente opuestas, como sucede con la redargución de falsedad de las actas –, donde la violación de los postulados de la tutela judicial efectiva que tantas veces invocó para justificar una ampliación forzada del enunciado constitucional, que generan numerosos reglamentos, decretos leyes y leyes, parece no preocuparle. Con absoluta prescindencia de la función jurídica comprometida, se echó mano al criterio de la naturaleza del derecho aplicable o el tipo de andarivel procesal por el cual debía tramitar el asunto, como elementos de inclusión o exclusión. Otro evidente error.

Pasando revista sobre lo que sucede en las instancias ordinarias, y dejando a salvo que, la realidad en el interior bonaerense en muchos aspectos es bien distinta a lo que ocurre en su Capital, además de la falta de integración de varios juzgados y una Cámara de Apelación – debido a que los Concursos están en

veremos –, se advierte con carácter general, una preocupante deformación jurisprudencial del Código Procesal Administrativo, tal como sucede:

- a) En todo lo relativo a los supuestos incluidos y excluidos que conforman la materia de conocimiento y resolución;
- b) El desconocimiento del carácter enunciativo no taxativo de las pretensiones y que en todo caso lo que importa ante todo es la existencia del caso y que se encuentre precisado con claridad lo que se requiere, sin necesidad de forzar o encasillar lo pretendido, en la nómina que prevé el art. 12 del CPA para así imponer requisitos de admisibilidad que a priori no son exigibles;
- c) La inadecuada comprensión de la incidencia del planteo de las cuestiones constitucionales y como esto incide en la prescindencia de ciertos recaudos de admisibilidad de pretensiones asociadas y que quedan subordinadas y hasta en algunos supuestos desplazadas; una inadecuada comprensión de cómo quedó la figura del coadyuvante y las diversas modalidades de intervención de los terceros;
- d) Una deficiente constitución de los procesos de clase o colectivos y por ello, la fijación de las normas del trámite; inconsistencias en materia de legitimación, confundiendo en muchos casos la condición de parte con la de interesado, dando prevalencia a restricciones legales previas a la reforma constitucional;
- e) Errónea aplicación del instituto del silencio; limitación de los supuestos de configuración de las vías de hecho, quedando atados a citas del derecho y la doctrina extranjera, donde la noción respondió a otra realidad; la prevalencia de requisitos de admisibilidad previsto en la legislación especial, que distorsiona el régimen general del CPA – especialmente pago previo y plazos-;
- f) La desnaturalización del régimen cautelar cuando se asigna a la apelación el efecto suspensivo en determinados supuestos; la posibilidad de plantear defensas al contestar la demanda cuando corresponde reconvenir (la llamada lesividad indirecta, violando la estabilidad y dejando abierta la posibilidad de ejercer la potestad revocatoria eternamente, y si bien es cierto que hay un antídoto para neutralizarla, el justiciable no siempre lo advierte);
- g) Los inconvenientes en la determinación de la reanudación de plazos para contestar la demanda cuando se opusieron excepciones – pese a que existe criterio de la SCBA, aunque no sea el mejor-;
- h) La multiplicidad de criterios sobre el régimen recursivo derivado de las normas del trámite asignado a la sustanciación, según la clase o tipo de pretensión postulada;

- i) La amplificación de los supuestos objeto de apelación aun cuando la ley aplicable disponga lo contrario (por ejemplo, lo que sucede con la resolución que fija el tipo de trámite; la sentencia definitiva en el amparo por mora; el catálogo limitado de la ley de amparo; lo relativo a la ejecución de sentencia, entre otros supuestos);
- j) Incorrecta interpretación del régimen de ejecución de sentencias y específicamente, como debe funcionar la previsión del art. 64 del CPA que posibilita por vía incidental – sin necesidad de un nuevo juicio – discutir los actos dictados como consecuencia del contenido de condena;
- k) Una limitación indebida – pues existe disposición legal en contrario – en el reconocimiento de los haberes caídos o devengados en los casos de la anulación total o parcial de la sanción disciplinaria en materia de empleo público;
- l) El impedimento de la acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones en el proceso especial destinado a las actuaciones de los Colegios o Consejos Profesionales y sus Cajas previsionales;
- ll) Una incorrecta articulación o integración de las normas del CPCC en el proceso administrativo, entre muchas otras.
- m) De igual manera, observamos con asombro, lo poco valorada que está la autoridad de un Magistrado. El permanente desconocimiento de una orden judicial por parte de ignotos y circunstanciales funcionarios – frente a contenidos de condena que son simples de satisfacer –, y las interminables vueltas que se deben dar para que finalmente se resuelva la aplicación de astreintes, que en la mayoría de los casos, por su insignificante cuantía, son una invitación a seguir incumpliendo e incluso se deja correr sin fundamento jurídico alguno, que además al incumplidor lo defiende el Fiscal de Estado, que recurre todo lo que se le ponga enfrente, cuando de ninguna manera está legitimado ni cuenta con personería o facultades legales o convencionales de representación a tales fines.

6. II. *La involución normativa*

En cuanto a los cambios legislativos, corresponde mencionar la reciente modificación del régimen general de ejecución de sentencias contra el Estado, introducida por los arts. 70 y 71 de la ley 15.394, que deroga sin mencionarlo, una parte sustancial del Código Procesal Administrativo, y sobre lo cual se observa un silencio ensordecedor. Los colegiados y la judicatura, mutis por el foro. Recién tibiamente algo se dijo en un reciente encuentro académico, aunque faltó la sinceridad esperada, cuando la honestidad intelectual es requerida. Si

bien se aludió al tema, se escondió el fin último perseguido, que de antemano todos olfateamos: se planteará para todo y las Cámaras de Apelación rápidamente se encargarán de aclarar que una resolución sobre el punto es apelable, con lo cual nuevamente se entrará en el terreno de la discusión e indefinición eterna, sine die, licuando todo clase de acreencias en un escenario inflacionario. Si ya es difícil hacer cumplir una sentencia, no se necesita mucha imaginación para saber qué sucederá de ahora en adelante.

Los férreos defensores de la “tutela judicial efectiva”, se quedaron sin palabras y vienen guardando un llamativo silencio al respecto, pese a la extrema gravedad del asunto. Quizá sea producto de que este agregado en la ley de leyes fue de último momento, pergeñado en la clandestinidad entre gallos y medianoche. Recién nos enteramos con el hecho consumado, en el brindis de Fin de Año.

El llamado “incidente de impacto fiscal”, que según afirman sus creadores, será de carácter excepcional, encuentra su antecedente en la Constitución de Colombia. Sin embargo, parece que la tentación fue tan irresistible, que le dieron un alcance que allá no tiene y ya veremos como el devenir de los acontecimientos demostrará que su utilización será indiscriminada y que seguramente se invocará para no pagar, entre otras deudas, las numerosas indemnizaciones por expropiaciones que a lo largo del tiempo varias administraciones fueron acumulando, y que por ahora cuentan con la ayuda de los Supremos, que están sentados – según cifras extraoficiales pero bastante aproximadas – en alrededor de noventa expedientes de alto voltaje – sumando los propios de la Secretaría Civil y los que ahora van subiendo por la vía del Contencioso por el desplazamiento de la competencia material –, situación creada por el chicaneos eterno y el tiempo que la jurisdicción se toma para finiquitar estos asuntos. El derecho de propiedad, hace rato que viene siendo bien pisoteado en este país y la justicia cuando llega – si es que ello sucede, porque se desfallece en el intento –, lo hace demasiado tarde. Brinda un servicio caro y extremadamente lento, especialmente en esta parcela donde lograr cobrar la indemnización supera ampliamente los veinte (20) años.

6. III. *Las dificultades estructurales*

Finalmente, y realizando un corte parcial de las dificultades denunciadas, agregamos la ausencia de estadísticas sobre el índice de litigiosidad clasificada por rubros o materias, la determinación de las causas principales por las cuales se lleva a juicio al Estado y a los sujetos sustitutos delegados cuando actúan u omiten en función administrativa; una cuantificación de eventuales pasivos – entre los principales aspectos – que permitan realizar con certeza un diagnósti-

co aproximado, para medir en términos de eficiencia y eficacia, cómo viene realmente funcionando el sistema descentralizado de administración de justicia en el Fuero Contencioso Administrativo.

Sólo tenemos visiones fragmentarias, parciales, lo cual obstaculiza y dificulta la formulación de una política pública integral que razonablemente tienda a corregir las disfuncionalidades generadas en estos veinte (20) años, que ya empiezan a poner la situación barranca abajo, y que no vemos con claridad si esto solo está ocurriendo porque es una consecuencia no querida o por el contrario, forma parte de una decisión o simplemente sucede por ignorancia o desconocimiento de la realidad.

Reiteramos nuestra preocupación sobre la situación de colapso y desintegración por el que atraviesa el fuero contencioso administrativo, especialmente en el Departamento Judicial de La Plata – y que se empieza a manifestar en otros espacios, tal como lo puso de manifiesto la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín al declarar la inconstitucionalidad del art. 17 bis de la ley 13.928 y sus modificatorias –, ámbito territorial donde se encuentra concentrada la mayor cantidad de juicios de ésta naturaleza de toda la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, exigir que los colegiados del ramo (Abogados y Magistrados), emitan alguna declaración pública sobre este cuadro de situación realmente preocupante y además que la Suprema Corte provincial ponga definitivamente en funcionamiento la nueva Sala creada por la ley 15.400.

También petitionamos que el órgano rector del sistema de administración de justicia cese en su violación del Régimen legal de Jueces Suplentes y que se transparente y actualice el Registro de los inscriptos en el mismo; que el Consejo de la Magistratura impulse con la celeridad que las circunstancias requieren, la realización de los respectivos concursos, para cubrir las vacantes existentes y que el Poder Ejecutivo defina de una buena vez la situación de los Juzgados que no poseen Jueces Titulares, y en particular, los que tienen concursos abiertos sin conclusiones.

La Cámara de Apelación platense, ya está inmersa en una profunda crisis por el enorme atraso que arrastra con la sustanciación y resolución de otros expedientes, que no se agotan en los propios de la competencia apelada, sino además se extiende a todos aquellos que interviene en instancia originaria, que si algún día se realizare una investigación a fondo, más de uno no podrá dar ningún tipo de explicación de qué sucedió al respecto, especialmente con las causas relativas a la impugnación de decisiones del Honorable Tribunal de Cuentas – representan un número sustancial, especialmente importantes por las sumas siderales de los cargos deudores y las multas aplicadas que la cronoterapia se está encargando de licuar aceleradamente – y que su letargo por el momento tiene tranquila a la política y mientras se evite pisar el hormiguero, todo

se mantendrá en un conveniente equilibrio, que se puede esfumar ante el mínimo paso en falso.

Por lo tanto, y más allá de la objetable reforma que tiende a crear un nuevo privilegio al Estado, y que incluso para los procesos colectivos pone la obligación de pago en un campo de indefinición absoluta, pues no establece parámetros temporales razonables y objetivos – ya que todo quedará diferido a lo que se resuelva en el llamado incidente de impacto financiero que su planteo y sustanciación enerva la ejecución –, el problema central sigue siendo la mora judicial y la ausencia de un Plan General que tienda a atacarla de lleno y busque en el corto y mediano plazo, vencer el atraso.

La ausencia de respuesta por parte de la Suprema Corte provincial, a esta acuciante situación, es llamativa, pues ya cuenta con el instrumento legal que ella misma diseñó, para empezar a dar un principio de solución a la problemática descripta y sin embargo en el horizonte cercano, no se ve ninguna novedad al respecto. Téngase presente que la puesta en funcionamiento de la nueva Sala de la Cámara de Apelación platense, depende pura y exclusivamente de su propia decisión.

Por ello resultan sorprendentes y fuera de foco las recientes expresiones expuestas en la Resolución N° 1.342/23 emitida el 15/06/2023, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien requirió la culminación de los procesos de designación de los magistrados correspondientes a la Sala 2 de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata, cuando para ello – insisto, según la solución que diseñó el propio Tribunal y el legislador le votó – se estableció la posibilidad de ponerla en funcionamiento inmediatamente y por un plazo máximo de hasta treinta (30) meses contados desde la entrada en vigencia de la ley 15.400.

Se contempló expresamente que la misma “se integre transitoriamente por la Suprema Corte, con jueces suplentes correspondientes al fuero contencioso administrativo” (conf. art. 5). Basta con echar mano en la aplicación del régimen específico, y designar del listado de Magistrados Suplentes a quiénes fueron los favorecidos por la Diosa Fortuna, evitando ponerlos con el dedo como ha sucedido en muchos casos. Claro que para eso hace falta voluntad en querer hacerlo, transparentando el sistema, dando a conocer previamente quiénes están inscriptos en el mentado Registro, convocar y realizar el exigido acto público a tales fines (art. 6 de la ley 13.837 y sus modificatorias).

7. *Epílogo*

En esta ocasión tan especial, donde se reúnen un número importante de colaboraciones de distinto calibre y tenor, para homenajear a quien ha sido uno

de los grandes exponentes de nuestra disciplina y que ha influido de manera notable en distintas generaciones de abogados tanto en su fase formación como en la etapa de la actuación en el ejercicio de la actividad profesional o de la función pública, es indispensable recordar su lucha por la defensa de aquel ideal donde se resalta que “el juez tiene la misión de hacer respetar la Constitución por encima y a pesar del legislador y del administrador, pues las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos*”⁴⁵.

Es allí, en ese contexto, donde intentamos exponer públicamente el estado actual de deterioro progresivo que ha venido sufriendo la novel justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires y que de no tomarse acciones en lo inmediato, se entrará en un enorme retroceso institucional que inevitablemente redundará en menos control, más proliferación de la ilegalidad y culminará en algo más peligroso, como es el abuso del poder constante sin consecuencias de ninguna naturaleza⁴⁶.

Al decir del Maestro, “el pueblo se equivoca si cree que con reformas constitucionales o legislativas arregla los problemas del control del poder público: Es él mismo quien día a día debe ejercer ese control sobre todos quienes ejercen funciones públicas de cualquier naturaleza. Si cada uno de nosotros no hace lo que la tutela de nuestros derechos indica, entonces sobre nosotros recaerán las consecuencias de la falta de control suficiente, adecuado y oportuno del poder público. Las hegemonías autoritarias no vienen solas, las llamamos nosotros mismos cuando nos permitimos no tener un sistema de control efectivo del poder o preferiblemente de fractura del poder para que nadie más pueda nunca reunirlo todo en una sola persona”⁴⁷.

⁴⁵ Gordillo, Agustín A., Capítulo V, punto 3.4, ob. cit.

⁴⁶ Máxime, si se abren puertas que luego serán difíciles de cerrar. Remitimos a Oroz, Miguel H. E., “Los DNU en la Provincia de Buenos Aires y las proyecciones del caso Fe: el zorro en el gallinero”, en Palabras del Derecho, Blog dedicado al aporte, discusión y crítica de la actualidad jurídica, 06/06/2021. Disponible en <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2702>.

⁴⁷ Gordillo, Agustín A., Capítulo V, punto 3.5, ob. cit.

L'AVVOCATO AMMINISTRATIVISTA ED *EL METODO EN DERECHO* LA LEZIONE DI AGUSTÍN GORDILLO NELL'AMMINISTRAZIONE DELLA COMPLESSITÀ

ARISTIDE POLICE

SOMMARIO: 1. La lezione di Agustín Gordillo sul ministero dell'Avvocato. – 2. L'Avvocato amministrativista e la confusione delle lingue nel diritto amministrativo. – 3. Dall'età delle certezze alla stagione della mutante complessità. – 4. Complessità, semplificazione e ruolo dell'Avvocato amministrativista. – 5. L'auspicio al ritorno alla divisione dei poteri ed alla professionalità specialistica nella professione.

1. *La lezione di Agustín Gordillo sul ministero dell'Avvocato*

Per far memoria di Agustín Gordillo, una figura esemplare d'Uomo ed un faro nell'Accademia e nella professione per la mia generazione (e per varie altre prima e dopo di me), ho pensato giusto riprendere alcune riflessioni sul ruolo dell'Avvocato amministrativista che avevamo avviato nel primo incontro che ebbi con lui nella sua bella casa di Buenos Aires nell'autunno del 2001, in occasione del quale mi fece dono anche di un prezioso piccolo volume nel quale molte di quelle idee erano state raccolte¹.

Nel suo insegnamento accademico nei gloriosi Atenei Nazionali di Buenos Aires e di La Plata, così come nella sua vivace e garbata militanza nelle Aule della Giustizia o nei Tribunali internazionali e sopranazionali, Agustín Gordillo è uno dei modelli più significativi di questa esperienza professionale, un'esperienza coltivata con il fiorire della Giustizia nei confronti delle pubbliche Amministrazioni nel suo Paese (grazie alla evoluzione e alla rinnovata codificazione delle norme sul *Contencioso Administrativo*, con il superamento del sistema scaturito dallo storico *Codigo Varela* nello scorso secolo²), un impegno poi continuato sino alla fine dei suoi giorni con immutato entusiasmo e pari disincanto,

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università LUISS.

¹ Un tema che il Maestro aveva illustrato con vivida sagacia in un fortunato piccolo volume A. GORDILLO, *El metodo en derecho*, Cívitas, Madrid, 1988 (4^a rist. Madrid, Cívitas, 2001) e poi ripubblicato come Libro I del tomo VI del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 2^a ed., FDA, Buenos Aires, 2012.

² Su cui sia consentito un rinvio ad A. POLICE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Giuffrè, Milano, 2002.

in una stagione meno fiorente (per il Paese, ancor prima che) per la Giustizia amministrativa.

La lezione del Prof. Gordillo, una lezione di stile personale, di rigore e sobrietà nel ministero di Professore e di Difensore, di profondità dell'analisi giuridica ma anche di coraggiosa militanza in difesa degli ideali democratici nelle diverse stagioni che ha vissuto l'ordinamento della Nazione Argentina, costituisce un patrimonio prezioso per edificare su solide basi la figura attuale dell'Avvocato amministrativista. Una figura che deve essere considerata nell'ambito della più generale esigenza di semplificazione amministrativa sempre più avvertita nell'attuale dibattito politico ed istituzionale.

2. *L'Avvocato amministrativista e la confusione delle lingue nel diritto amministrativo*

Come è ben evidente oramai anche nel dibattito non specialistico, fra gli ostacoli alla modernizzazione ed allo sviluppo economico – ed il discorso vale sia per il nostro Paese, sia per l'Argentina – si collocano, in una posizione non secondaria, la complessità dei processi decisionali pubblici e l'assenza di stabilità e certezza dell'*output* di tali processi decisionali. La complessità dei procedimenti amministrativi e l'instabilità dei provvedimenti assunti dalle pubbliche Amministrazioni concorrono a disegnare un quadro che non può dirsi certo incoraggiante per i cittadini e le imprese che quotidianamente devono dialogare con i pubblici poteri nell'esercizio delle loro libertà e della loro autonomia negoziale³. È in questo contesto che il ruolo dell'Avvocato amministrativista deve trovare il suo spazio, il suo compito, si potrebbe dire quasi la sua missione.

Se infatti l'Avvocato amministrativista nasce sul finire dell'Ottocento come figura professionale che esercitava il ministero di Difensore dei privati nei giudizi di legittimità avverso atti e provvedimenti amministrativi illegittimi innanzi ad un giudice speciale in Italia (la IV Sezione del Consiglio di Stato), ordinario nell'ordinamento Argentino, ovvero nei giudizi di responsabilità contabile (innanzi alla Corte dei conti del Regno d'Italia o dei giudici ordinari nella *República Argentina*), dopo un secolo di consolidata tradizione si deve riconoscere come tale figura sia stata caratterizzata da una significativa trasformazione ed abbia assistito ad un significativo arricchimento e ad una importante diversificazione del suo ruolo e della sua missione.

³ Devo l'immagine del dialogo con il potere alla penna del mio Maestro, F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1990, 25 e, più di recente, *passim* nel ponderoso studio monografico, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.

In Italia, dal 1889 anno in cui con la legge Crispi si diede avvio nel nostro Paese alla stagione della Giustizia amministrativa (o se si vuole dal 1862, anno in cui venne istituita la Corte dei conti del Regno d'Italia), la figura dell'Avvocato amministrativista ha sempre coinciso con quella del Difensore specializzato in una particolare tipologia di giudizi ed ha trovato la sua dimensione principale se non unica nell'esercizio più tradizionale del patrocinio processuale. Ciò del resto ha consentito l'emersione di figure di professionisti autorevoli e qualificate (quasi leggendarie⁴) che ha consentito il formarsi di un ristretto Foro specializzato di *élite*, un Foro cresciuto nel numero solo con l'istituzione di Giudici amministrativi di primo grado (nel 1971 i Tribunali amministrativi regionali e nel 1992 le Sezioni regionali della Corte dei conti).

Ma anche a causa della fioritura della giustizia di primo grado e del moltiplicarsi dei professionisti specializzati, si avviò una stagione diversa per il diritto amministrativo nel nostro Paese, parafrasando le parole di un grande giurista italiano, *l'Età della complessità*⁵.

Dagli anni Settanta del Novecento in avanti, infatti, in diversi ambiti del nostro Ordinamento costituzionale ed amministrativo si è assistito ad un processo di moltiplicazione delle Istituzioni, di frammentazione delle competenze, di diversificazione dei controlli e di accrescimento dei circuiti di responsabilità che, al netto delle buone intenzioni e delle spinte sociali e politiche che li hanno generati, hanno dato alimento inesauribile a quella che oggi conosciamo come l'Amministrazione della complessità.

Questo inesauribile processo di ardita articolazione (e stratificazione) di un edificio istituzionale complesso, come nella biblica immagine della torre di Babele o in quella dantesca⁶, ha inevitabilmente prodotto un processo di moltiplica-

⁴ Si pensi a Leopoldo Piccardi, Antonio Sorrentino, Enrico Guicciardi, per un ricordo si veda M.E. SCHINAIA, *Il processo amministrativo e l'Avvocato amministrativista*, ora nel sito istituzionale della Giustizia Amministrativa, www.giustiziaamministrativa.it.

⁵ Come è ovvio ci si riferisce a N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

⁶ Non è questo il luogo per soffermarsi su Babele, come ci ricorda V. TRUIJEN, nella omonima voce della *Enciclopedia Dantesca Treccani*, vol. I, Ist. Enc. Italiana, Roma 1970, un'etimologia popolare del nome Babele ("confusione") serviva mirabilmente a spiegare la costruzione della torre come l'origine della confusione delle lingue umane; tuttavia è provato (v. P. TOYNBEE, *Dante's obligations to the 'Magna derivationes' of Ugucione da Pisa*, in *Romania*, XXVI [1897] 537-554) che per Babel, come per l'etimologia di molti nomi ebraici, Dante attingesse alle *Magna derivationes* di Ugucione. In Pg XII 34 Dante riprende la spiegazione biblica della torre di Babele simbolo dell'orgoglio umano (Sennaar del v. 36 è infatti un altro nome biblico della Babilonia). Parimenti, in VE I VI 5 e VII 4-6, Dante riprende il racconto e aggiunge (VI 5) che i soli Ebrei hanno conservato la lingua di Adamo, sicché la lingua ebraica è la lingua santa per eccellenza. In VII 4-6, nella pittoresca descrizione dei lavori di costruzione della torre, è possibile vedere all'opera i costruttori medievali. In I VIII 3-6, Dante allude al fatto che al principio della

zione e confusione delle lingue nel diritto pubblico in genere e nel diritto amministrativo in specie. Non occorre certo ricordare, quanto all'Italia, come alla fine degli anni Cinquanta, con la sottoscrizione del Trattato di Roma, nascevano le Istituzioni comunitarie e con esse gli apparati burocratici europei e la frammentazione delle competenze amministrative riservate alle istituzioni europee. Negli anni Settanta si avviava in Italia la stagione del Regionalismo e con le Regioni si moltiplicavano le amministrazioni pubbliche territoriali e si frazionavano ulteriormente le competenze. Negli anni Novanta poi, con la crisi dell'Amministrazione centrale dello Stato, si avviava la stagione delle c.d. Amministrazioni Indipendenti, anche qui con moltiplicazione di uffici e duplicazione di competenze.

Allo stesso modo in Argentina la complessità è stata alimentata dal succedersi di opzioni istituzionali molto diverse nelle diverse stagioni che hanno connotato il sistema di governo di quel Paese nella seconda parte del Novecento (e nel primo ventennio di questo nuovo Secolo), in uno con il consolidarsi delle funzioni di Governo e della Legislazione provinciale. Una complessità aggravata in Argentina dalla "sovrascrittura", sull'ordito istituzionale, di un vero e proprio "*parasistema amministrativo*", che in sostanza si è posto come una Amministrazione parallela e rispetto alla quale le amare riflessioni di Agustín Gordillo sono illuminanti⁷.

Ebbene, questa moltiplicazione di Istituzioni, in uno con la moltiplicazione delle sedi giudiziarie e del relativo contenzioso hanno prodotto negli ultimi venticinque anni una situazione di grave incertezza e complessità.

È così che il Diritto amministrativo e con esso i professionisti che di questo diritto sono specialisti si sono inevitabilmente trasformati da mezzo di garanzia contro gli arbitri del pubblico potere (a mezzo della garanzia giurisdizionale) a strumento di necessaria semplificazione (non necessariamente attraverso il percorso e l'ausilio della funzione giurisdizionale). È per questo che, nel tratteggiare il ruolo dell'Avvocato amministrativista (ma lo stesso vale per il professore di diritto amministrativo, per il buon amministratore pubblico, per il giudice amministrativo o ordinario avveduto e saggio), occorre avere piena evidenza e di-

'confusione' di B. si determinarono i tre idiomi fondamentali, da cui comincia la differenziazione progressiva. Della torre di Babele Dante farà parlare ancora Adamo nella 'ritrattazione' di Pd XXVI 124 ss.: La lingua ch'io parlai fu tutta spenta/ innanzi che a l'ovra inconsumabile / fosse la gente di Nembròt attenta:/ ché nullo effetto mai ragionabile, / per lo piacere uman che rinovella / seguendo il cielo, sempre fu durabile (cfr. anche IfXXXI 77-78).

⁷ Così A. GORDILLO, *La Administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Civitas, Madrid, 1982 (rist. Madrid, Civitas, 1997) e poi ripubblicato come Libro I del tomo VI del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 1^a ed., FDA, Buenos Aires, 2012. Pubblicato anche in lingua italiana, *La amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, con introduzione di F. BENVENUTI, Giuffrè, Milano, 1987.

sincantata consapevolezza delle difficoltà derivanti dal contesto ordinamentale e dalla sua complessità⁸.

Di questo è ben consapevole Agustín Gordillo che segnala come il mestiere dell'Avvocato non è certo "*hacer papeles*", la sua funzione sociale è quella di dar corpo con lo scritto (e con la parola) ad un'opera intellettuale che incide in modo significativo sul corpo sociale, non meno di quanto incida il costruire strade, ponti, cose concrete, "*hacer cosas*"⁹. Quale che sia il tipo di professione che svolga nelle Istituzioni, nella Giurisdizione, nel libero Foro, "*siempre lo principal o central de su trabajo será resolver, o ayudar a resolver, casos o problemas concretos*"¹⁰.

Ciò è ancor più vero alla luce dei recenti interventi legislativi italiani che, incamminandosi sul sentiero percorso nell'ultimo ventennio, affastella in alcuni testi normativi una pluralità di disposizioni cui si riconosce come unico denominatore comune la funzione di semplificazione della complessità ordinamentale. E lo stesso dicasi dei processi di riforma che in modo particolare in questo periodo il Congresso della Nazione Argentina sta inaugurando sulla spinta di un disegno politico estremo di liberalizzazione, privatizzazione e destrutturazione delle già deboli Istituzioni di *welfare*.

Non è certo il gusto per gli ossimori che porta a dare esordio ad un approfondimento sul contributo dell'Avvocato amministrativista alla semplificazione amministrativa partendo dalle complessità di sistema. Si vuole evitare – grazie a questa preliminare avvertenza – che si possa giungere a conclusioni amare come quelle, non senza ragione, avanzate in dottrina circa la inutilità degli interventi di semplificazione¹¹ ed estendere questa conclusione – e questa volta a torto – con riguardo al ruolo degli Avvocati amministrativisti (o dei Giudici amministrativi)¹².

⁸ Una complessità su cui si interrogava già G. CORSO, *Perché la complessità?*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 325 ss. e di cui si dà piena evidenza nel volume collettaneo *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2010 e ancor prima la ricerca FORMEZ, *Semplificazione amministrativa e cittadini: le soddisfazioni; le attese, le proposte*, Roma, 2007.

⁹ Così A. GORDILLO, *El metodo en derecho*, cit., p. 24.

¹⁰ Così sempre A. GORDILLO, *El metodo en derecho*, cit., già a p. 23.

¹¹ Si veda ad esempio M. CLARICH, *Semplificare per finta*, in *www.ilsole24ore.com*, maggio 2005. Sul tema, più in dettaglio, il lavoro a cura di G. VESPERINI, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Giuffrè, Milano, 2006 e lo studio monografico di S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga: semplificazione amministrativa e competitività del sistema Italia*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹² Posizione che si manifesta anche autorevolmente nel dibattito politico con una certa frequenza. Si vedano ad esempio R(omano) PRODI, *Abolire Tare Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, in *Il Messaggero*, *Il Mattino*, e *Il Gazzettino* dell'11 agosto 2013; idee riprese da M(atteo) RENZI, *Servizio Pubblico*, trasmissione televisiva sul canale La7, 8 novembre 2013, "*Abolire*

In questa occasione di approfondimento, sembra utile invece dare giusta evidenza e riconoscere il rilievo e la significatività di alcuni istituti di semplificazione¹³ che hanno visto la luce grazie all'opera del legislatore¹⁴ ma che devono trovare negli operatori del diritto difesa e garanzia di attuazione, da qui il ruolo dell'Avvocato amministrativista.

Occorre ricordare come questo straordinario impegno di semplificazione è corso su di un duplice binario¹⁵. Una semplificazione che in sostanza ha una doppia declinazione: quella amministrativa e quella legislativa.

Per semplificazione amministrativa si intende la semplificazione quanto alle forme di esercizio del potere ed alle inutili duplicazioni o stratificazioni di fasi procedurali attribuite peraltro a sfere competenziali distinte (o imputabili ad Amministrazioni distinte) per la soluzione del medesimo "problema amministrativo"¹⁶; a tale forma di semplificazione si riconduce quindi anche l'opera di disboscamento delle stesse norme attributive di poteri e di funzioni amministrative non necessari e che possono quindi essere abrogate con l'intento di restituire più ampio margine di gioco alla sfera di libertà e di autonomia dei cittadini e delle imprese.

Per semplificazione normativa, invece, si intende l'opera di raccolta, codificazione, razionalizzazione e chiarificazione di una legislazione spesso oscura¹⁷, stratificata e di incera lettura. L'intento è quello di porre rimedio alla ipertrofia normativa e, con essa, alle difficoltà ed ai costi derivanti dall'interpretazione ed applicazione quotidiana di tali norme¹⁸.

lire il Tar e la giustizia amministrativa unificando le giurisdizioni significa recuperare due punti di Pil". Dibattito ripreso anche nell'agosto 2017, da un lato si vedano i rilievi di M(atteo) RENZI, *Avanti. Perché l'Italia non si ferma*, Feltrinelli, Milano, 2017; dall'altro lato, si veda la lettera al Direttore di G. NAPOLITANO, *La giustizia amministrativa non è la vera anomalia*, in *Corriere della Sera*, 7 agosto 2017.

¹³ Si veda F. PATRONI GRIFFI, *La semplificazione amministrativa nel decennio 1997-2007*, Atti del convegno internazionale Il sistema amministrativo a dieci anni dalla riforma Bassanini, Roma, gennaio 2008, in www.semplicizzazione normativa.it.

¹⁴ Si veda sul punto la testimonianza di L. CARBONE, *L'esperienza "taglialeggi" a metà del suo cammino*, in www.semplicizzazione normativa.it.

¹⁵ Binari che non necessariamente corrono senza interferenze reciproche. Sul punto si veda F. MERUSI, *La semplificazione problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 335 ss.

¹⁶ Si veda, in merito, per tutti, G. VESPERINI, *Semplificazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, 5479 ss. ed anche Id., *Il governo della semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 266 ss.

¹⁷ Per usare le parole di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 205 ss.

¹⁸ Si veda, in merito ai diversi profili della semplificazione normativa in Italia, A. CELOTTO e

Queste due declinazioni della semplificazione rappresentano due paralleli e talvolta connessi processi evolutivi che dagli anni Novanta dello scorso secolo in poi, hanno profondamente inciso sull'evoluzione del nostro diritto amministrativo e sul ruolo e sulla missione dell'Avvocato amministrativista.

Molto meno significativa è stata invece nei fatti un'importante ed ulteriore declinazione della semplificazione, la semplificazione ed accelerazione delle forme di tutela giustiziale e lo sviluppo di efficienti sistemi alternativi (alla giurisdizione) per la risoluzione delle controversie con la pubblica Amministrazione. Nonostante l'importante contributo dottrinario in tema¹⁹, infatti, continua a dominare nelle scelte del legislatore e nel dibattito politico che le alimenta una "cultura del sospetto" nei confronti delle forme di giustizia arbitrale che non consentono un efficace rafforzamento di questo ulteriore strumento di semplificazione.

Ma anche rispetto a tali scelte di semplificazione, dall'Avvocato ci si aspetterà un lavoro "creativo", in tutti casi – avverte Gordillo – ci si aspetterà "una personalità sagace, che sappia percepire adeguatamente i fatti e proporre soluzioni innovative e adatte (oltre che conformi alle previsioni del diritto vigente) ai casi e ai problemi che gli si presentano di tempo in tempo"²⁰.

3. Dall'età delle certezze alla stagione della mutante complessità

Non può non ricordarsi – talvolta con non poco rimpianto – come fino agli anni Novanta del secolo passato questa esigenza di semplificazione non fosse

C. MEOLI, voce *Semplificazione normativa (diritto pubblico)*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, Agg., UTET, Torino, 2008, 9 ss.; V. VINCENZI, *Semplificazione della legislazione e "taglia-leggi"*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, 771 ss.; R. VIRIGLIO, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Napoli, 2007; N. LUPO, "Dal regolamento alla legge": *semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Diritto e società*, 2006, 399 ss.; P. CARNEVALE, *Qualità della legge e politiche di semplificazione normativa fra istanze del mondo economico e risposte del legislatore*, relazione al Convegno su "Legge ed economia", 2006; P. CARNEVALE, *Le politiche sulla legislazione: codificazione e semplificazione*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa oggi*, Napoli, 2007, 56 ss.; F. SORRENTINO, *Dai testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 261 ss.; M.A. SANDULLI (a cura di) *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè, Milano, 2005.

¹⁹ I contributi, anche monografici, sono molto numerosi. Si rinvia per tutti allo studio di M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in www.giustizia-amministrativa.it, il testo riproduce con modifiche e aggiornamenti la relazione dal titolo Giurisdizione amministrativa e rimedi alternativi, presentata al 60° Convegno di studi amministrativi Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese, Varenna, 18-20 settembre 2014, ora in *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, Giuffrè, Milano, 2015, 389 ss.

²⁰ Così A. GORDILLO, *El metodo en derecho*, cit., p. 24 e s., T.d.A.

affatto avvertita. Come molti ricorderanno, il diritto amministrativo italiano e l'esercizio delle pubbliche funzioni era affidato a poche e stabili norme e viceversa ad un corpo molto solido di principi e di regole guidate dalla saggezza dei giudici amministrativi.

Nelle diverse stagioni e nelle diverse generazioni di giuristi del secolo scorso, erano riconoscibili e riconosciuti uno o al massimo due testi manualistici in tutto il Paese. Dai volumi di Guido Zanobini²¹ alle diverse edizioni del volume (e poi dei due tomi) del Manuale di Aldo M. Sandulli²². Essi facevano riferimento ad un consolidato e stabile *corpus* di principi e regole che se qualche pecca aveva era forse quello della noiosa continuità e sostanziale immutabilità.

Non diversa era la stabilità del diritto e dell'insegnamento del diritto amministrativo argentino in cui dominava incontrastata l'autorità di Rafael Bielsa e del suo *Tratado de Derecho Administrativo* inizialmente pubblicato in tre volumi nella edizione del 1955 (evoluzione di *Derecho Administrativo y legislación administrativa argentina*, nelle tre edizioni del 1921, 1929 e 1938)²³.

Ora questa evidente, tranquillizzante, stabilità del quadro normativo e la conseguente sostanziale certezza nei punti di riferimento giuridici è andata smarrita. Essa è andata smarrita in Italia proprio nel 1990 nel momento in cui si è avviato un processo di instabilità che ha riguardato sicuramente il Paese nel suo complesso: i poteri pubblici, il potere giudiziario, l'economia e l'intero corpo sociale. Un processo a mio avviso involutivo, ma questa è una valutazione evidentemente atecnica ed un giudizio di valore e lo si prenda quindi per quanto vale; una involuzione destabilizzante che ha creato un processo di destabilizzazione del quadro normativo e di ripensamento continuo da parte del legislatore.

Questo continuo ed incessante processo di ripensamento del legislatore parlamentare e di quello delegato si sono ripercossi con inevitabile pregiudizio sia sull'interprete, sia sull'amministrazione, sia sulle sfere di responsabilità degli agenti pubblici, sia sugli organi giurisdizionali chiamati alla verifica della legittimità e della correttezza dell'agire delle pubbliche amministrazioni e dei suoi

²¹ Il riferimento è a G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, nei suoi cinque volumi dalla prima edizione Giuffrè, Milano, 1935, fino alla sesta edizione Giuffrè, Milano 1957-1958.

²² Il riferimento è a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, dalla prima edizione pubblicata a Napoli nel 1952, fino ai due volumi dell'ultima edizione curata dall'Autore (XV), Jovene, Napoli, 1989. Sul rilievo di quest'opera per la scienza giuridica italiana si veda E. CASERTA, *Il Manuale di diritto amministrativo di Aldo M. Sandulli*, in Aldo M. Sandulli (1915-1984). *Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Giuffrè, Milano, 2004, 17 ss., ed ivi anche i lavori di Alb. ROMANO, Aldo M. Sandulli amministrativista, 277 ss. e di G. BERTI, Aldo M. Sandulli amministrativista e il suo tempo, 289 ss.

²³ Lavoro oggi pubblicato in una 7^a edizione "attualizzata", La Ley, Buenos Aires, 2017.

agenti, riproponendosi così al legislatore ed alimentando un circolo vizioso il cui moto pare sempre più vorticoso ed inarrestabile. Un processo involutivo che ha inevitabilmente generato una esigenza sempre più avvertita di semplificazione.

In realtà se poniamo mente al momento storico in cui questi fatti si sono sviluppati, quella che viene definita come stagione della semplificazione amministrativa²⁴ appare piuttosto una stagione di mutante e vischiosa complessità, e pare difficile smentire questa impressione a fronte di una realtà che si è inevitabilmente complicata per fenomeni in parte esterni all'ordinamento giuridico, in parte alimentati dallo stesso ordinamento giuridico che aveva perduto i capisaldi del suo proprio ordinario funzionamento e l'ancoraggio forte ai suoi principi costituzionali.

Nel 1990, quando finalmente viene approvata la legge n. 241, si percepiva nella dottrina e nella comunità degli studiosi l'attesa di una nuova era di legalità e trasparenza nell'amministrazione, per rievocare le parole di Silvio Spaventa di "giustizia nell'amministrazione"²⁵; quella legge avrebbe dovuto costituire il coronamento o se si vuole la sintesi di un lungo processo di distillazione di principi e regole dell'agire amministrativo negli alambicchi della Giustizia amministrativa, dopo la maturazione del mosto nel grande tino della Costituzione Italiana. L'affermazione di fasi procedurali ordinate e semplici, con una valorizzazione degli apporti partecipativi degli amministrati e della responsabilità dei funzionari (sia attraverso l'individuazione dei responsabili dei procedimenti, sia con il rafforzamento e la ridefinizione del ruolo e dei poteri della giurisdizione contabile).

La realtà però, come spesso accade, non ha dato soddisfazione alle attese e le ha mandate per gran parte deluse. L'evoluzione legislativa degli anni Novanta infatti è andata di pari passo con una trasformazione politica ed economica del Paese che, lungi dall'aver prodotto effetti di semplificazione, ha determinato effetti di incremento ed esasperazione della complessità. E che questo rilievo non sia soltanto il frutto di una valutazione di fenomeni storico-politici, ma tragga piena evidenza dalle concrete disposizioni legislative approvate con intento di semplificazione, basta prendere ad esempio una sola disposizione normativa.

Per dimostrare quest'affermazione che altrimenti potrebbe sembrare estemporanea o estremizzante è sufficiente far richiamo alla disposizione legislativa in

²⁴ Molto meno la semplificazione legislativa.

²⁵ Il riferimento è al *Discorso del Commendatore Silvio Spaventa letto la sera maggio 1880 nella sala dell'Associazione costituzionale di Bergamo*, ora nel volume S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione ed altri scritti*, a cura dell'Istituto Studi Filosofici, Napoli, 2006, 17 ss.

materia di conferenza di servizi. L'evoluzione che ha subito la disciplina del più classico degli istituti di semplificazione amministrativa e cioè la conferenza dei servizi è riprova evidente di quanto si afferma²⁶.

Quella norma pensata nell'agosto del 1990 sulla scorta dei lavori della Commissione Nigro è una classica norma che "non trova pace", per rievocare la classica poesia napoletana "*Io vulesse trovà pace*" di Eduardo de Filippo²⁷. Ecco, la norma sulla conferenza di servizi è una classica norma che non trova pace. In ogni legislatura essa è sottoposta a continui e ripetuti ripensamenti²⁸. Ma un discorso analogo potrebbe farsi con riferimento all'istituto della Denuncia (poi Dichiarazione, poi Segnalazione certificata) di inizio di attività²⁹.

²⁶ Sul punto si veda D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002 e, successivamente Id., *Note in tema di conferenza di servizi, semplificazione, operazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 583 ss.

²⁷ Poesia del 1948.

²⁸ Non è questa la sede per soffermarsi sul punto, ma ci si riferisce all'evoluzione subita dall'art. 14 della legge n. 241/1990 alle modifiche ed integrazioni apportate dalle leggi nn.: 537/1993, 273/1995, 340/2000, 127/1997, 15/2005, 69/2009, 122/2010, con gli articoli 14 bis, ter, quater e quinquies fino alle modifiche apportate con il D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 127, in attuazione dell'art. 2 della l. 7 agosto 2015, n. 124.

Per un commento in dottrina dell'evoluzione normativa in materia si vedano da ultimo, tra gli altri, D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, in *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Annuario AIPDA 2016, ES, Napoli, 2017; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, Commento agli artt.: 14 e ss. della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli), 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2017, E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in *L'azione amministrativa*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Giappichelli, Torino, 2016 e V. LOPILATO, *La conferenza di servizi*, in *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge n. 124 del 2015 (Madia) e ai decreti attuativi* (a cura di B.G. Mattarella et al.), Giuffrè, Milano, 2017.

²⁹ Di cui la dottrina in successione si è occupata. Si vedano L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Cedam, Padova, 1996; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Giuffrè, Milano, 2000; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. n. 241 del 1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Cedam, Padova, 2001; P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2005; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Giappichelli, Torino, 2008; A. POLICE, *Contributo allo studio delle Dichiarazioni di inizio di attività e della loro natura giuridica*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 17 ss. ed anche in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I mobili confini della separazione di poteri* (a cura di A. Vignudelli), Milano, 2009, 305 ss.

Da ultimo F. DORO, *SCIA e DIA. Denuncia, dichiarazione e segnalazione certificata di inizio attività dopo il DL 78/2010*, Cedam, Padova, 2010 e N. PAOLANTONIO e W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio di attività*, Commento all'art. 19 della legge n. del 1990 e s.m.i., in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli), cit., 750 ss.

Ciò accade ed è imputabile all'incapacità degli uffici legislativi che propongono questi mutamenti? Non lo si crede certo. Si deve ritenere viceversa che questo tentativo nobile del legislatore, e per esso dei suoi tecnici, di migliorare il quadro normativo e di semplificare l'amministrazione nella complessità, sia spesso inutile tentativo a fronte di problemi che non hanno la loro origine e la loro causa negli strumenti giuridici e che, conseguentemente, molto difficilmente possono trovare soluzione a mezzo del diritto e della semplificazione degli strumenti giuridici (salvo che si ponga mano ad un significativo processo di disbosco istituzionale, che solo una seria riforma costituzionale potrebbe in realtà consentire)³⁰.

Per converso si ritiene che l'opera degli Avvocati amministrativisti, nel loro quotidiano colloquio con le Amministrazioni pubbliche e con i Giudici possa assolvere nei fatti ad una funzione di semplificazione, sia in un'opera di facilitazione nella emersione e documentazione delle circostanze di fatto che connotano il c.d. "problema amministrativo", sia nella rappresentazione delle possibili soluzioni giuridiche che consentano alle Amministrazioni procedenti la migliore composizione possibile fra gli interessi pubblici e quelli privati, anche con l'obiettivo di eliminare preventivamente il rischio ed il costo di possibili conflitti giurisdizionali.

Di questo è ben consapevole il Maestro che onoriamo, che dedicò pagine fondamentali al metodo che l'Avvocato deve seguire per giungere a questo risultato. In particolare, nel quinto capitolo del suo *El Metodo en Derecho* si evidenzia la importanza della "analisi del caso", o per meglio dire la importanza dei fatti e delle circostanze fattuali nella definizione del caso, operazione che si confronta sia con le difficoltà di ricostruzione del fatto, sia con l'onere di trovare la necessaria evidenza (o la prova) dei fatti³¹.

Nel sesto capitolo, poi, Agustín Gordillo segnala come una volta ricostruito il fatto si debba procedere alla definizione della regola giuridica applicabile³², ricorrendo all'opera di Franco Gaetano Scoca, si potrebbe dire la ricostruzione della fattispecie precettiva³³.

³⁰ Opera che in questa legislatura che volge al termine è stata avviata con molto impegno e serio approfondimento senza trovare utile esito. Per un quadro storico del dibattito si veda *Per una Democrazia migliore*, Relazione finale e documentazione, Commissione per le riforme costituzionali presieduta da G. Quagliariello, Presidenza dei Ministri, Roma, 2013. E, in dottrina, al di fuori del dibattito politico referendario, il volume a cura di F.S. MARINI e G. SCACCIA, *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, ES, Napoli, 2016.

³¹ Così A. GORDILLO, *El metodo en derecho*, cit., p. 67 e ss., in particolare p. 72.

³² Così sempre A. GORDILLO, *El metodo en derecho*, cit., p. 81 e ss.

³³ Così F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Università di Perugia, Città di Castello, 1979, p. 247 e ss. Quella "regola del caso" su cui è maturata poi la riflessione di

Un insegnamento quello di Gordillo che si sviluppa su un piano perfettamente complementare alla riflessione di Scoca di qualche anno precedente sul metodo per affrontare “l’esperienza giuridica nella sua complessità” partendo dalla “giuridicità del fatto”³⁴.

4. *Complessità, semplificazione e ruolo dell’Avvocato amministrativista*

Non si vuole certo negare che le operazioni di semplificazione rimesse alla modifica dei testi legislativi, e con esse anche gli interventi di semplificazione legislativa, siano operazioni che producono un risultato evidente ed immediato. Proprio l’opera di codificazione ne è testimonianza, si guardi come si opera meglio dal punto di vista concreto avendo a disposizione dei Codici o dei testi unici piuttosto che una congerie disordinata di norme di epoche diverse.

Si guardi ad esempio cosa è accaduto con il Codice dei contratti pubblici che, al di là dei miglioramenti sempre possibili, sono testi normativi che per la loro completezza e tendenziale esaustività assicurano stabilità di conoscenza del diritto applicabile e quindi una stabilità del corpus normativo applicabile nelle interpretazioni consequenziali.

Per non dire del positivo effetto della codificazione delle norme del processo amministrativo che, con tutti i loro limiti e con tutte le loro lacune (tutte suscettibili di miglioramenti in favore di soluzioni tecnicoprocessuali più accettabili e condivise) è però un risultato straordinario di stabilità, certezza, garanzia del trattamento eguale ed imparziale di chi domanda giustizia³⁵ o di chi partecipa ad una gara pubblica se si fa riferimento al Codice dei contratti.

La semplificazione amministrativa, viceversa, è una semplificazione che non raccoglie successi, non assicura soddisfazione alla reale esigenza di semplificazione e conseguentemente non trova stabilità ed è sottoposta a continue evoluzioni.

Occorre allora domandarsi perché ciò accade.

E nel tentare di dare una risposta a questo interrogativo sovviene evidente un *vulnus* che non risiede nella qualità delle politiche di semplificazione e tantomeno nella qualità delle soluzioni tecniche che il legislatore consegna alle

M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: “la regola del caso”*, in *Dir. amm.*, 2000, 131 ss.

³⁴ Così F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 1 e ss.

³⁵ Su meriti e sui limiti del Codice del processo amministrativo si veda per tutti F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *Giustamm.it, Giustizia amministrativa. Rivista internet di diritto pubblico*, n. 2-2011.

pagine della *Gazzetta Ufficiale*. Si tratta di un *vulnus* che rende impossibile la semplificazione auspicata ed anche a volte confusamente declinata da giuristi e studiosi nella loro pur apprezzabile produzione scientifica.

Il *vulnus* che non consente una reale semplificazione sta, a mio avviso, in un ormai oscurata percezione del preciso perimetro degli ambiti di attribuzione dei poteri. O, se la si vuole leggere in termini forse un po' antichi, nello sfilacciamento sempre più evidente dell'ordito, della trama propria di ogni ordinamento giuridico: la precisa demarcazione e la chiara separazione dei diversi poteri pubblici³⁶. La semplificazione amministrativa nel nostro Paese, molto diversamente dalla semplificazione legislativa di cui viceversa utilmente si parla, soffre di un limite che non consente risultati apprezzabili derivante dal tramonto, dal totale oblio, del principio cardine dello stato liberale di diritto costruito sulla separazione dei poteri.

La separazione dei poteri, come è noto, è andata tramontando in conseguenza ed a causa di ragioni storiche che tutti conoscono e che molti ancora ricordano come vicende di cronaca. La crisi di questo principio non è che una delle facce del complesso prisma della crisi che ha afflitto il nostro Paese e che è deflagrata nei primi anni Novanta. Essa è stata generata dalla sopravvalutazione necessitata dell'esercizio della funzione giudiziaria, una vera e propria funzione di supplenza dell'ordine giudiziario in quegli anni (e non solo in quelli) di cui molto si è detto anche in dottrina. Si è parlato, come è molto ben noto, di supplenza della funzione giudiziaria rispetto a quella propria dell'esecutiva amministrazione in ragione della scarsa considerazione collettiva della qualità complessiva dell'agire dei pubblici poteri.

Rispetto a questo problema, storico si potrebbe dire, per l'essere oramai trascorsi oltre trent'anni, l'attività sostitutiva di un potere dello Stato o se si vuole di un ordine, è continuata in modo sempre più incisivo. Non si dubita che essa sia stata animata dalle migliori intenzioni sia chiaro, ma deve del pari esser chiaro che tale cristallizzata supplenza (perdendo il suo carattere straordinario ed eccezionale) non ha consentito negli anni successivi di restituire alla funzione amministrativa quella sua sfera riservata quella che un tempo gli studiosi chiamavano riserva di amministrazione³⁷.

Quella riserva di amministrazione è il campo di gioco, per usare l'espressione tedesca, che definisce la discrezionalità amministrativa il campo di gioco del pubblico potere. Con il tramonto della riserva di amministrazione, i pubblici

³⁶ Troppo evidente è il riferimento a quella idea fondante degli Stati nascenti dalle rivoluzioni borghesi che trova sua teorizzazione più chiara nell'opera di Charles-L. de Secondat, barone de La Brède et de Montesquieu, *L'esprit des lois*.

³⁷ Sul punto si veda D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996.

poteri, la funzione pubblica oggi non hanno più un campo di gioco, non ha più un campo di gioco in cui possa giocare perché evidentemente in questo campo di gioco, non tanto le regole, ma la presenza debordante di alcune funzioni di controllo giurisdizionali determinano un effetto di blocco.

A questo punto ci si potrebbe porre l'interrogativo del perché si parli di questi temi in un intervento dedicato alla semplificazione ed al ruolo dell'Avvocato amministrativista in essa. Ove non fosse auto evidente, la ragione risiede nel fatto che a fronte di tale effetto di blocco la semplificazione si rende impossibile senza l'intervento di professionalità specifiche che offrano professionalmente sicurezza e tutela a fronte del rischio.

Se infatti semplificare implica ridurre le sfere di imputazione della responsabilità, eliminare fasi procedimentali, concentrare il potere decisionale e quindi concentrare la responsabilità della funzione delle scelte in capo ad un unico soggetto (piuttosto che ad un numero ampio ed indistinto di soggetti) questo processo comporta un incremento del rischio della responsabilità degli agenti pubblici ed è visto come un non sostenibile costo da parte di dirigenti e funzionari pubblici che tale costo sarebbero chiamati in solitudine a sostenere.

Cosa accade, in altri termini, in un contesto storico nel quale in virtù dell'accrescimento delle sfere e dei rischi connessi alla responsabilità dei pubblici agenti – si badi si pensa al funzionario onesto perché i pubblici agenti sono generalmente persone molto rispettose della legge – il rispetto delle norme non tutela il pubblico agente dai rischi enormi che egli assume rispetto alle decisioni che comportano particolari costi per la collettività e particolari impieghi di risorse pubbliche.

Ebbene, il timore di assunzioni di responsabilità eccessive rispetto alla motivazione professionale propria di ogni pubblico dipendente genera, sul versante della semplificazione (o della complicazione amministrativa), la richiesta di inevitabile condivisione delle scelte da parte di una sfera più ampia di funzionari ed in generale di centri di imputazione, l'esigenza di moltiplicazione e di ripetizione di fasi deliberative o di momenti decisionali diversi per dare soluzione al medesimo problema amministrativo per usare quella bella espressione di Franco Ledda³⁸, ma anche di Agustín Gordillo, che parla della importanza della soluzione del "problema" amministrativo³⁹.

Semplificare significa che ogni problema amministrativo abbia un suo solutore ed è evidente che se si riesce a semplificare ciò comporta che il risolutore

³⁸ Il riferimento è a F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in Atti del XXX° Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 1984, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Giuffrè, Milano, 1987, ora in F. LEDDA, *Scritti Giuridici*, Cedam, Padova, 2002.

³⁹ Così A. GORDILLO, *El metodo en derecho*, cit., p. 121.

sia unico responsabile dalla soluzione. Nel momento in cui per assenza di garanzia da riserva dell'amministrazione chi è chiamato in solitudine a risolvere il problema si trova circondato da arbitri, controllori e giudici che verificano la sua responsabilità (e mai i suoi meriti, si badi) non può fare altro che richiedere verifiche aggiuntive, condividere le scelte e gli approfondimenti che effettua per diminuire il rischio e ridurre la sfera di responsabilità⁴⁰, se non addirittura abdicare all'esercizio della funzione e consegnare l'esercizio dell'amministrazione allo strumento legislativo⁴¹. L'Avvocato amministrativista ha oggi il compito di fronteggiare queste difficoltà, dare assicurazione e tutela alle parti private e a quelle pubbliche, rispetto all'incremento del rischio e delle responsabilità.

Un compito che era ben chiaro ad Agustín Gordillo, che non solo segnalava il suo ruolo nella funzione "creativa" per la risoluzione dei conflitti, ma che ha costruito una vera e propria teoria delle forme e degli strumenti per stimolare la creatività e per consolidare l'idea creativa che possa costituire il rimedio alla soluzione del problema⁴².

5. *L'auspicio al ritorno alla divisione dei poteri ed alla professionalità specialistica nella professione*

Ma anche l'intervento dell'Avvocato amministrativista ha i suoi non superabili limiti. È possibile infatti semplificare a mezzo di una competente e seria opera di *advisory* assumendo al contempo ed in parte il peso della responsabilità, ma si tratta di interventi inevitabilmente occasionali e non strutturali.

Senza modifiche strutturali ed istituzionali significative, impossibile diventa restituire semplicità (e quindi efficacia) all'azione amministrativa se non si ritorna ad un equilibrio giusto, un equilibrio fisiologico quanto al rapporto fra poteri e alla divisione dei poteri.

Dovrebbe esser chiaro, infatti, che l'accrescimento dell'ambito delle responsabilità individuali del pubblico funzionario rispetto alle decisioni che assume a seguito della spinta derivante dalla semplificazione, produce l'effetto inevitabile (la contropinta) alla riduzione di tale rischio grazie al procurato

⁴⁰ Si veda sul punto C. BARBATI, *Semplificazioni e processi decisionali nei sistemi multilivello*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 435 ss.

⁴¹ Si veda l'approfondimento di S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁴² Così sempre A. GORDILLO, *El metodo en derecho*, cit., cap. VI *Las etapas del la decision creativa del caso*, p. 99 e ss.

appesantimento dei processi decisionali a fini della loro più estesa condivisione, e ciò tanto più quando tali decisioni comportano conseguenze sul patrimonio erariale se non addirittura sulla finanza pubblica. Avremo quindi sempre un legislatore che spinge verso la semplificazione e un funzionario pubblico che immediatamente reagisce con la interposizione in fasi procedurali di condivisione della responsabilità.

È una dinamica socio-economica inevitabile perché se la responsabilità costituisce un modo per allocare i rischi derivanti da determinate condotte è evidente che l'effetto, sul piano burocratico, sul piano dei procedimenti, sul piano del tempo dei procedimenti e quindi del tempo di risoluzione dei problemi amministrativi non può che essere negativo.

Rispetto alle speranze degli anni Novanta dello scorso secolo, le prospettive di apertura alla semplicità e le aspettative per una primavera della semplificazione sono andate profondamente deluse⁴³, ma badate sono state deluse non per un vizio intrinseco alle regole che disciplinano l'esercizio del potere e delle funzioni, né per incapacità del legislatore o dei tecnici che assistono il legislatore nella faticosa opera di legiferare.

L'ostacolo è derivato dalla mancata restituzione degli ambiti di riserva delle competenze e delle responsabilità delle amministrazioni⁴⁴. Il pensiero corre a taluni eccessi del giudice ordinario ed alla costante (pur meritoria) opera dei giudici contabili. Si è prodotto, infatti, un effetto di deterrenza che è stato sicuramente un effetto bloccante la semplificazione amministrativa⁴⁵. È solo da una riacquisita consapevolezza di questi problemi che gli itinerari della semplificazione potranno essere meno tortuosi e coloro che vi si incamminano potranno nutrire senza illusione la speranza di raggiungere, pur faticosamente, la meta.

Lungo questo percorso, l'esempio ed il magistero scientifico, civile e profes-

⁴³ Sul punto si veda F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 447 ss.

⁴⁴ Senza dire dei limiti propri dei paradigmi disciplinari, come segnalato da L. R. PERFETTI, *Il permanere dei paradigmi disciplinari e le difficoltà della semplificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 457 ss.

⁴⁵ Molto meno si può attribuire la responsabilità di tale blocco ai giudici amministrativi nella configurazione dei loro tradizionali poteri giurisdizionali.

Anche in quell'ambito giurisdizionale, tuttavia, alcuni interventi legislativi recenti tendono a trasformare la natura della giurisdizione. Per fortuna si tratta di norme isolate (e tuttavia significative). Prevedere per esempio nella materia dei contratti pubblici che il giudice amministrativo debba erogare sanzioni significa trasformare la funzione anche di questo giudice e far sì che anche il giudice amministrativo diventi giudice della responsabilità; per non dire delle norme relative alla c.d. *Class action* pubblica che trasformano i rimedi giurisdizionali in una funzione sanzionatoria delle inefficienze dei singoli.

sionale del Prof. Gordillo ci saranno di perenne soccorso e conforto e di questo gli saremo sempre grati; così come gli saremo grati per la sua ospitale amicizia. Molti ricorderanno una radiosa giornata di sole nel suo *Campo*, un gustoso *Asado*, qualche giro di tango, una cavalcata nella *Pampa húmeda*: che Agustín possa goderne ancor oggi nelle preterite del Cielo!

IL RUOLO DEL GIUDICE NEL PENSIERO DI AGUSTÍN GORDILLO

ELENA QUADRI*

SOMMARIO: 1. Indipendenza e imparzialità: i valori dello status di giudice. – 2. La garanzia dell'imparzialità e dell'indipendenza. – 3. Il tribunale amministrativo e le funzioni svolte in passato presso l'Accademia di diritto pubblico europeo e il consiglio di amministrazione. – 4. Perché non tribunali arbitrali? – 5. Una terza via?

1. *Indipendenza e imparzialità: i valori dello status di giudice*

Nel pensiero di Agustín Gordillo¹ l'accesso alla giustizia è uno dei valori universali del diritto amministrativo, e ciò risulta comprovato anche dalla costituzione dell'Unione Europea, risultato di lunghi anni di intenso lavoro di cooperazione tra le istituzioni europee e gli Stati membri e di consultazione con la società, che dimostra come su tale valore ci sia perfetto accordo tra il mondo continentale e quello del *common law*, non essendoci distinzioni tra giurisdizioni per fornire tale accesso, dal momento che tutte sono imparziali e indipendenti.

L'accesso alla giustizia costituisce un valore di portata globale, correlato alla certezza del diritto e alla razionalità economica.

Sebbene tale valore sia più sostanziale e avanzato negli Stati democratici, lo stesso esiste in senso procedurale anche negli Stati falliti e corrotti e nelle economie di frontiera.

L'accesso alla giustizia è un valore procedurale di rilevanza globale, anche se

* Consigliere di Stato.

¹ A. GORDILLO, *Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 27, n. 83 (1-2014), pp. 43-54, secondo cui: "La Giustizia è un bene supremo. Le scelte che derivano dall'esercizio del potere giudiziario modificano per sempre la vita delle persone. A tal proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata più volte sul contenuto e sui limiti del diritto di accesso a un giudice. Essa ha, pertanto, affermato, che il diritto ad un processo equo contempla il diritto di accesso a un giudice; che simile diritto implica l'obbligo di adottare una decisione definitiva e vincolante in ordine a tutti gli aspetti rilevanti della controversia; che esso può subire limitazioni, sia giuridiche che materiali, legate, tra l'altro, alla previsione di termini procedurali, di forme di garanzia delle spese processuali, di misure a tutela dei minori e degli inabili; che tali limitazioni non devono, tuttavia, essere tali da pregiudicare irrimediabilmente l'essenza del diritto ad un processo equo; che esse devono essere previste dall'ordinamento, perseguire un fine pubblico legittimo e presentare un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e i fini perseguiti".

la sua attuazione in concreto può variare in modo significativo da contesto a contesto.

Si manifesta in diverse varianti, come la giustizia naturale, l'equità, il sostanziale giusto processo di legge, la ragionevolezza, la proporzionalità, a seconda del paese o della lingua. In Argentina si parla di ragionevolezza, di divieto di arbitrarietà, e anche di giusto processo di legge sia nella procedura che nella sostanza.

In ogni caso, l'accesso alla giustizia, per poter effettivamente costituire un valore significativo nel diritto amministrativo globale, deve corrispondere a una nozione più ampia di giustizia sostanziale e di equità, che può essere raggiunta solo quando c'è rispetto dello "Stato di diritto" e una corrispondente certezza nel processo decisionale in diritto pubblico. Senza di esso, l'accesso alla giustizia rimarrà come un processo avulso, astratto, solo sulla carta.

Per Gordillo, l'effettivo esercizio del giusto processo come garanzia di accesso a una giustizia ragionevolmente tempestiva, effettiva ed efficiente, incontra diverse difficoltà.

Le problematiche che minano la validità del giusto processo equivalgono a una negazione dello Stato di diritto. Ad esempio, la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo ha condannato l'Argentina per il costo attuale e potenziale di un'azione legale contro lo Stato; effettivamente, minaccia l'accesso alla giustizia, come rimedio giurisdizionale semplice e rapido, fissando un tasso di giustizia esorbitante, anche quando in termini aritmetici è proporzionale all'importo della domanda², se costituisce un ostacolo alla possibilità di ricorrere alla giustizia. È solo un piccolo esempio di uno dei tanti effetti di un'amministrazione della giustizia insufficiente, al di sotto dei livelli razionali, che deve essere corretta per garantire effettivamente una società libera.

Il problema principale, ovviamente, nasce dai poteri politici, sia esecutivi che legislativi, che sono riluttanti a riconoscere un considerevole aumento dell'importanza della giustizia.

La giustizia deve allora, con forza, ripensare sé stessa di fronte alla mancanza di volontà politica di rafforzarla.

Nell'illustrazione delle qualità del giudice, il Maestro sembra, poi, fornire autorevole testimonianza della propria esperienza. Invero, egli è stato giudice della Corte Amministrativa dell'Organizzazione Europea di Diritto Pubblico, nonché presidente dei Tribunali Amministrativi del BID e dell'OEA, e anche giudice presso i tribunali amministrativi del FMI, dell'ONU e dell'OIL.

² Si pensi alla problematica del contributo unificato, in particolare nelle controversie in tema di appalti pubblici, e al dibattito che ne è scaturito in Italia, soprattutto in ordine alla possibile limitazione del diritto di difesa in giudizio, in violazione dell'art. 24 della Costituzione.

Il primo valore dello status di giudice è costituito, per Gordillo, dall'imparzialità.

Imparzialità vuol dire che il giudice è sostanzialmente disinteressato all'esito della controversia che deve decidere, se esso va a vantaggio di una o dell'altra parte, non dovendo avere alcun impatto sui suoi interessi personali. La sua unica preoccupazione deve essere quella di decidere il caso in base al merito, come presentato davanti al tribunale, compito non facile, ma che deve essere affrontato sempre con terzietà.

L'altro requisito per poter accedere allo status di giudice è quello dell'indipendenza.

Un reale accesso alla giustizia può ottenersi solo se i giudici non subiscono condizionamenti da nessuno, soprattutto da chi è al potere. Ciò comporta, dunque, un ulteriore divieto, anch'esso legato all'imparzialità: i giudici non devono ascoltare argomenti diversi da quelli debitamente presentati in aula, e devono evitare qualsiasi altra presentazione o suggerimento, da chiunque provenga, in particolare dall'Amministrazione interessata.

Imparzialità e indipendenza sono quindi valori strettamente connessi, e risultano garantiti anche dalla collegialità.

I tribunali che decidono in forma collegiale arrivano, infatti, a prendere decisioni che rappresentano sempre un compromesso tra le diverse personalità e i diversi punti di vista dei singoli membri.

Il dibattito e, quindi, il compromesso, che rappresentano l'ordinarietà nell'ambito degli organi collegiali, garantiscono, dunque, decisioni mediate e ponderate e rafforzano l'indipendenza e l'imparzialità del giudice.

2. La garanzia dell'imparzialità e dell'indipendenza

Per Gordillo, i tribunali amministrativi internazionali, come l'ILOAT (International Labor Organization Administrative Tribunal), forniscono un utile esempio delle diverse modalità di garanzia dell'imparzialità e dell'indipendenza dei loro giudici: generalmente le diverse qualifiche sono limitate per un determinato numero di anni, così come sono stati introdotti limiti di età per l'esercizio delle diverse funzioni, che durante la carica si susseguono, con regolari rinnovi. Inoltre, costituisce una regola opportuna quella di nominare giudici di diverse regioni e nazionalità, per assicurare diversi background, meno familiarità tra i membri del tribunale e quindi, indirettamente, il necessario distacco dai casi sottoposti alla sua giurisdizione.

Inoltre, i loro membri sono solitamente scelti da un gruppo di soggetti vicini al pensionamento, che non hanno, quindi, prospettive e aspettative focalizza-

te sull'avanzamento della loro carriera, sia nei propri paesi che in altre organizzazioni internazionali, e che vorrebbero lasciare l'eredità di un buon nome, non macchiato dalla mancanza di imparzialità o indipendenza nell'adempimento dei loro pubblici doveri di giudizio.

Un'altra caratteristica che assicura la loro imparzialità è la pubblicità delle loro decisioni, in quanto la trasparenza fa parte del procedimento giurisdizionale.

La necessaria pubblicità dei casi sottoposti al giudizio dei tribunali amministrativi internazionali, con la dovuta attenzione alla privacy delle persone coinvolte nei contenziosi, permette ulteriori risultati: innanzitutto, essendo le decisioni del tribunale pubbliche, è sempre assicurato il controllo sociale dei giudici, e le decisioni sono soggette a un attento esame sia all'interno dell'organizzazione giurisdizionale che all'esterno, mediante la stampa, i siti web, o i commenti accademici nelle riviste giuridiche, fornendo un notevole ausilio alla pubblicità anche dell'evoluzione della giurisprudenza, oltre che della sua coerenza e logicità.

Inoltre, il controllo sociale è efficace anche per garantire una sorta di controlli ed equilibri³, talvolta anche mediante modifiche allo statuto del tribunale, che esprimono il desiderio dell'organo di migliorare le modalità di organizzazione o svolgimento dei compiti dello stesso (come ad esempio avvenuto presso l'OASAT, il Tribunale amministrativo dell'Organizzazione degli Stati americani, presso l'IMFAT, il Tribunale amministrativo del Fondo monetario internazionale, e l'UNAT, il Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite).

Lo scambio di informazioni tra membri dei diversi tribunali amministrativi internazionali, in occasione di conferenze internazionali, oltre a costituire uno strumento di conoscenza, rinforza molto il senso di appartenenza ad una professione caratterizzata da imparzialità e indipendenza. I giudici internazionali partecipano ogni volta che è possibile a questi eventi, in quanto non solo permettono l'interazione tra i giudici di diversi tribunali, sia nel dibattito plenario che in conversazioni private, ma consentono anche di imparare dall'esperienza degli altri, sia da quella positiva che da quella negativa, ma sempre importante da conoscere.

Interscambio, controllo sociale e controlli e contrappesi costituiscono, quindi, tutti mezzi per favorire l'imparzialità e l'indipendenza del giudice.

³ A. GORDILLO, *The Administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making - The Case of Discrimination*, in: *European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen*, vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L'internationalisation du droit public*, London, Esperia, 2006, pp. 289-312; *European Review of Public Law / Revue Européenne de Droit Public*, vol. 18, No. 1, spring / printemps 2006, London, Esperia, 2006, pp. 289-312.

Il Maestro descrive, poi, la propria esperienza presso l'IDBAT, il cui statuto non permette a coloro che vi hanno assunto la funzione di giudice di assumere incarichi o accettare contratti con l'amministrazione per almeno due anni dalla fine del servizio presso il Tribunale.

Secondo Gordillo, ciò costituisce il modo più efficace per assicurare l'imparzialità e l'indipendenza, perché nulla il giudice può fare per trarre beneficio dall'amministrazione in relazione a tale potenziale impiego o lavoro. Se si dovesse estendere questa regola ai singoli paesi, nessuno di coloro che hanno ricoperto la funzione di giudice presso un tribunale indipendente potrebbe lavorare per il governo dopo aver lasciato la magistratura.

3. Il tribunale amministrativo e le funzioni svolte in passato presso l'Accademia di diritto pubblico europeo e il consiglio di amministrazione

Presso l'EPLO tutte e tre le possibili funzioni che possono essere ricoperte (nell'Accademia di diritto pubblico europeo, nel consiglio di amministrazione e nel tribunale amministrativo) non sono retribuite, non essendoci, dunque, alcun collegamento economico tra le stesse. Ad un sommario esame potrebbe sembrare, quindi, che non vi sia alcun conflitto tra l'aver precedentemente fatto parte del consiglio di amministrazione onorario dell'Accademia europea di diritto pubblico, e l'indipendenza e l'imparzialità di un membro del tribunale amministrativo. Ma la questione dovrebbe essere aperta al dibattito, secondo Gordillo, non potendo essere sostenuta una posizione definitiva in materia. Si tratta di una decisione politica sull'interpretazione giuridica che dovrebbe forse presupporre la partecipazione di tutti i membri interessati dell'EPLO.

È possibile ricoprire allo stesso tempo la funzione di membro del consiglio di amministrazione e del tribunale amministrativo? Se si tiene conto del fatto che il consiglio di amministrazione tratta solo questioni politiche e non di amministrazione attiva, e che solo gli Stati membri pieni godono del diritto di voto in tutti i casi, potrebbe essere prudente tenere separate le due funzioni, come precauzione supplementare, in modo da non dover esprimere un giudizio e allo stesso tempo dover votare nel consiglio di amministrazione.

La questione richiede, comunque, ulteriori approfondimenti, potendo, forse, essere sufficiente considerare la possibilità di concedere un'aspettativa automatica dalle funzioni di membro del consiglio di amministrazione a qualsiasi membro della Corte, mentre si esplica la funzione di giudice, per dissipare ogni ragionevole timore di perdita di indipendenza o di imparzialità. Tuttavia, bisogna riconoscere che il problema risiede nella percezione da parte del pubblico: nel caso in cui vi sia una ragionevole percezione di pregiudizio nell'esercizio

della funzione, allora si dovrebbero considerare soluzioni più radicali, come l'irrevocabile abbandono della posizione in seno al consiglio di amministrazione per mantenere la qualità di membro del tribunale amministrativo, opzione che presuppone, comunque, un attivo dibattito e un opportuno approfondimento.

4. *Perché non tribunali arbitrali?*

Gordillo illustra come i tribunali arbitrali locali argentini siano soggetti alla legge locale e siano contraddistinti dai valori dell'indipendenza e dell'imparzialità, oltre che dalla riservatezza dei procedimenti svolti, seppur parzialmente corretti dalla Corte internazionale di arbitrato e dal controllo ICC del procedimento, oltre che dal successivo controllo giudiziario da parte dei tribunali nazionali. Tuttavia, per il Maestro vi è il rischio che le decisioni dei diversi tribunali arbitrali non siano coerenti tra loro. Inoltre, quando una delle parti è un'organizzazione internazionale, non sembra opportuno ricorrere a metodi di risoluzione dei conflitti alternativi alla giurisdizione. Pertanto, a suo avviso, non costituirebbe una soluzione percorribile la scelta di utilizzare i tribunali arbitrali al posto dei tribunali amministrativi.

5. *Una terza via?*

Si potrebbe prendere in considerazione una terza via, quella di nominare giudici che provengono da altri tribunali amministrativi internazionali, ma non facenti parte dell'EPLO, in considerazione del divieto di farne parte. Essi dovrebbero ricevere una retribuzione, nonché il pagamento delle spese di viaggio, a differenza dei membri dell'EPLO, in modo da poter garantire una indiscussa imparzialità e indipendenza dalla struttura organizzativa. L'unico problema è l'onerosità di tale soluzione.

Tutte queste alternative, e anche altre, sono state necessariamente prese in considerazione prima di decidere di adottare l'attuale sistema. Ma il dibattito non è chiuso, e le possibili alternative dovrebbero continuare ad essere discusse a fondo.

L'esperienza di altri tribunali amministrativi internazionali ha dimostrato la loro conformità ai principi di indipendenza e imparzialità e, in considerazione dell'esperienza di Gordillo, questo è anche il caso del tribunale amministrativo dell'EPLO, pur con le citate riserve.

Esperienza, pubblicità, controllo sociale, controlli e contrappesi: tutto que-

sto potrebbe sembrare una mera discussione accademica, senza implicazioni concrete, ma in realtà tali questioni costituiscono temi di altissima rilevanza per la reale comprensione di ciò che deve contraddistinguere la funzione giurisdizionale.

Abstract

Nel pensiero di Agustín Gordillo, la struttura dei tribunali amministrativi internazionali, la loro reputazione e le prestazioni degli stessi sono fortemente influenzati da due principi chiave relativi allo status dei giudici: imparzialità e indipendenza.

Imparzialità vuol dire che il giudice è materialmente disinteressato al risultato del caso che deve decidere; indipendenza significa che i giudici non prendono ordini da nessuno, soprattutto da coloro che esercitano il potere. Inoltre, non devono ascoltare argomenti diversi da quelli debitamente presentati in tribunale, e non devono accettare presentazioni o suggerimenti di parte da chiunque, in particolare dall'amministrazione.

Esistono diversi meccanismi, controlli e contrappesi attraverso i quali l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici che siedono nei tribunali amministrativi internazionali possono essere protette: termini limitati e/o non sequenziali di permanenza in carica, selezione da parte di soggetti che si avvicinano alla fine della loro carriera, maggiore controllo sociale/pubblico delle norme procedurali. Tutto ciò ha contribuito a perseguire l'obiettivo di proteggere e di garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici di molti tribunali amministrativi internazionali in modo soddisfacente, ma, per il Maestro, condizioni più rigorose, come ad esempio l'assenza di qualsiasi rapporto, passato o presente, tra i giudici e l'amministrazione, o la provenienza dei giudici da altri tribunali amministrativi internazionali, che non hanno mai svolto alcun altro ruolo o servizio presso l'amministrazione, renderebbero il loro rispetto incontestabile.

L'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA SECONDO AUGUSTÍN GORDILLO

MARGHERITA RAMAJOLI*

SOMMARIO: 1. La necessaria trans-disciplinarietà. – 2. Sistema e parasistema. – 3. La crisi permanente. – 4. Le linee di tendenza. – 5. Per concludere: lo spirito di immaginazione.

1. *La necessaria trans-disciplinarietà*

Augustín Gordillo, nella sua immensa produzione scientifica, ha affrontato anche il tema dell'intervento pubblico nell'economia. Lo ha fatto con la consueta maestria e con uno stile chiaro e diretto, aiutandoci con le sue teorie a comprendere le dinamiche non solo argentine, ma anche internazionali e, per riflesso, italiane.

Le tendenze, passate, presenti e future, nell'intervento pubblico dell'economia vengono individuate con un metodo che merita qualche precisazione, perché su questo aspetto – come su tanti altri – il lascito di Gordillo è prezioso. La riflessione in materia non vede l'illustre Autore arroccato nel suo splendido isolamento di giurista, riprendendo la famosa espressione di Norberto Bobbio¹. L'approccio seguito nella ricerca mette in discussione i percorsi tradizionali di creazione della conoscenza, perché un tema complesso come quello dell'intervento pubblico nell'economia viene affrontato non considerando la sola prospettiva giuridica, bensì allargando lo sguardo oltre i confini del sapere settoriale.

In questa logica Gordillo utilizza anche competenze diverse rispetto a quelle strettamente giuridiche, consegna teorie, metodi e lessici fondati sul previo abbattimento delle barriere disciplinari e mostra, in virtù della sua cultura enciclopedica e della sua costante tensione di tipo trattatistico, di “fare sistema” tra saperi diversi per affrontare un problema di vasta portata, come quello relativo ai caratteri dell'intervento pubblico nell'economia. Viene qui in rilievo non tanto l'inter-disciplinarietà, quanto piuttosto la trans-disciplinarietà o la complementarità, dal momento che è l'unione o l'aggregazione degli approcci a consentire una visione articolata e piena del fenomeno amministrativo².

* Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano.

¹ N. BOBBIO, *Benedetto Croce. A dieci anni dalla morte*, in *Belfagor*, 1962, 621 ss., 621.

² Sulla distinzione tra inter-disciplinarietà e trans-disciplinarietà cfr. F. CORTESE, *Diritto am-*

Antidoto alla concezione frammentata del sapere, la trans-disciplinarietà permette, come è stato acutamente osservato, “di far emergere dal confronto tra discipline anche profondamente diverse per oggetto e metodo di indagine, l’esistenza di quei dati che fanno giunzione o snodo fra le stesse e dalla cui rilevanza e considerazione è dato pervenire alla individuazione di ciò che accomuna le conoscenze e ciò che le supera”³. Si tratta di un “processo indispensabile per una concezione non atomistica della realtà, composta sì da monadi (a salvaguardia della specificità dei saperi), ma quali elementi di un sistema armonico e comunque dialogico”⁴.

Gordillo è profondamente conscio che il giurista debba fare i conti con un’amministrazione che opera in una società molto complessa nelle sue strutture e in rapida e continua trasformazione. Questa condizione impone di non arrestarsi alle categorie formali della tradizione, oppure all’esame di singole leggi o decisioni giurisprudenziali, ma di estendere l’osservazione all’intera esperienza amministrativa, cogliendo il legame tra diritto amministrativo, amministrazione e realtà. Non è un caso che forte sia stato il legame tra Augustín Gordillo e Feliciano Benvenuti, le cui opere scientifiche sono sempre state parimenti animate dall’intento di valorizzare l’effettività della vita amministrativa, di recuperare la dimensione pluralistica e conflittuale del diritto amministrativo, di analizzare un largo spettro di elementi, non necessariamente normativi, e di attingere agli studi di scienza dell’amministrazione⁵.

Nel campo particolare dell’intervento pubblico dell’economia il ragionamento giuridico si dipana non tributando rilievo esclusivo ai tre tradizionali formanti, quello normativo, quello giurisprudenziale e infine quello dottrinale, bensì prendendo in considerazione la bilancia dei pagamenti, il prodotto interno lordo, il reddito pro capite, la distribuzione della ricchezza, la situazione di indebitamento, la recessione, l’iperinflazione, lo squilibrio dei conti fiscali, la disoccupazione, i valori di cambio depressi, i cali della produzione, la povertà e l’indigenza, ma anche le grandi siccità, gli aumenti del prezzo delle materie prime e i flussi migratori che accumulano richieste di servizi sociali non facilmente soddisfatte.

ministrativo e altri saperi: nuove opportunità per la scienza dell’amministrazione?, in F. BIONDI e R. SACCHI (a cura di), *Dialogo transdisciplinare e identità del giurista*, Milano, Giuffrè, 2023, 81 ss., 103.

³ M. SPASIANO, *Il diritto amministrativo nell’era della transdisciplinarietà*, in *Dir. e soc.*, 2021, 657 ss., 659-660.

⁴ M. SPASIANO, *Il diritto amministrativo*, cit., 660.

⁵ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1950, 9 ss.; ID., *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, 1957, 149 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, 1571 ss.

Il pensiero giuridico è sempre e necessariamente una combinazione di teoria e pratica e dai giuristi si attendono risposte a domande concrete⁶. Di qui l'attenzione che Gordillo riserva alle “determinanti economiche e finanziarie” del diritto amministrativo, all'effettivo funzionamento delle istituzioni, alle sue disfunzioni, alle sue criticità, alla storia, alla tecnologia e anche agli aspetti psicologici dell'agire umano. Unicamente in questa maniera è possibile spostare il baricentro dall'architettura formale dei poteri a flussi normativi di genesi extra-giuridica. Il punto è meritevole di qualche ulteriore riflessione, visto che conduce al cuore della teorica di Gordillo.

2. Sistema e parasistema

La tesi più nota di Gordillo è data dal riconoscimento dell'esistenza “nelle Società sotto-sviluppate o in via di sviluppo dell'America Latina (di) un importante parasistema economico, amministrativo, sociale e giuridico che funziona in stretta relazione e connessione con il sistema economico e giuridico”⁷. Questo parasistema è rinvenibile pure nei nostri ordinamenti occidentali, caratterizzati ugualmente da una dualità tra Governo e Paese, tra alto e basso, tra amministrazione e società.

Ciò porta alla coesistenza di due distinti sistemi, il primo etero-imposto, il secondo auto-amministrantesi, il primo facente perno su una classe politica, il secondo sull'individuo e la società. Gordillo denuncia la profonda discrasia tra i due sistemi, la rincorre in tutti i possibili settori d'intervento pubblico e ne sottolinea le conseguenze. Ancora una volta torna il legame con Feliciano Benvenuti, che infatti ha scritto l'*Introduzione* della traduzione italiana del volume *L'Amministrazione parallela* di Gordillo. Precisa Benvenuti che il tema dell'amministrazione parallela è stimolante per il giurista, dal momento che “sconvolge la sua abituale impostazione mentale tesa a separare nettamente ciò che è giuridico e ciò che è antiggiuridico, condannando il secondo a difesa del primo considerato come un valore indiscutibile”⁸.

Gordillo mostra con acutezza che “nessun sistema in realtà può sussistere se non ha l'appoggio incisivo e attivo di tutta la Comunità”, lamentando in tutti i

⁶ A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri “saperi”*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 865 ss.

⁷ La citazione è tratta dalla versione italiana di A. GORDILLO, *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, e, più precisamente, da *L'Amministrazione parallela. Il “parasistema” giuridico-amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987, p. V.

⁸ F. BENVENUTI, *L'Amministrazione parallela. Introduzione*, ora in *Scritti giuridici*, V, cit., 3961 ss., 3962.

nostri ordinamenti moderni l'assenza di un efficiente anello di congiunzione tra governo e società, idoneo a scongiurare lo scollamento tra sistema, da un lato, e parasistema o sistema parallelo, dall'altro⁹.

Con specifico riguardo all'intervento pubblico nell'economia la tesi dell'amministrazione parallela tende ad assumere una coloritura particolare. Gordillo parte dalla premessa secondo cui in Argentina l'interventismo regolatore dello Stato nell'economia, concepito come controllo degli squilibri sociali ed economici, nella pratica è stato ben lungi dall'essere sempre efficace o addirittura sensato¹⁰. Questa sottolineata inefficacia o insensatezza ha prodotto una conseguenza rilevante proprio dal punto di vista sistematico. L'assenza di consenso sociale sul buon funzionamento del sistema normativo ha portato inesorabilmente alla sua mancata osservanza e, al tempo stesso, alla generazione di regole spontanee di comportamento sociale, non solo da parte degli individui ma addirittura anche della stessa amministrazione pubblica¹¹. Il fenomeno descritto viene paragonato a quello che in alcune società tribali viene chiamato "non diritto dello Stato" (*derecho no estatal* o *non state law*) e che appunto viene definito come "*parasistema jurídico y administrativo*".

Secondo Gordillo esiste una particolare simbiosi tra alcune regole amministrative o giuridiche che vengono rispettate e altre regole di comportamento umano che vengono rispettate ma che non sono accettate dalla norma scritta o addirittura la trasgrediscono completamente.

In questa maniera determinare quale comportamento ci si aspetti dallo Stato non è più una questione di analisi della norma giuridica, ma un misto di analisi sociologica e normativa. Allo stesso modo la stessa struttura amministrativa formale non corrisponde a quella effettivamente funzionante¹².

Quando esistono così tante differenze tra la norma e la realtà non si può più parlare di semplice non conformità al sistema, ma bisogna pensare all'esistenza

⁹ A. GORDILLO, *La administración paralela*, cit.

¹⁰ "Aquel intervencionismo regulador del Estado en la economía, concebido como control de desequilibrios sociales y económicos, en la práctica distaba de ser siempre no ya eficaz sino incluso sensato" (A. GORDILLO, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio*, in *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, Capítulo VIII, Buenos Aires, 2017, 91 ss., 95).

¹¹ "La inexistencia de consenso social acerca de la bondad del funcionamiento del sistema regulatorio, lleva inexorablemente a su falta de cumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social, no solamente de los particulares sino también de la propia administración pública" (A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 95).

¹² "Determinar cuál es la conducta esperada por el Estado no es ya cuestión de análisis de la norma jurídica, sino una mixtura de análisis sociológico y normativo. Del mismo modo ... la propia estructura administrativa formal no responde a aquella que efectivamente funciona" (A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 96).

di un sistema parallelo e di un'amministrazione parallela. Come già accennato, questo fenomeno del parallelismo riguarda società sia già sviluppate, sia in via di sviluppo, nelle quali però le ricadute risultano maggiormente drammatiche. Infatti, in queste società il sistema parallelo si accompagna anche alla crisi della sicurezza personale, sul versante vuoi della prevenzione, vuoi della repressione, con uno Stato che non solo non è riuscito a garantire la sicurezza, ma la ha sistematicamente trasgredita¹³.

3. *La crisi permanente*

L'individuazione di un sistema parallelo anche in campo economico viene compiuta non in via astratta e teorica, ma partendo dai fatti e dalla concretezza del reale. Il dipinto tratteggiato da Gordillo dell'Argentina dagli anni Settanta del secolo scorso al primo Ventennio del XXI secolo mostra un Paese che ha commesso molti atti di irrazionalità economica, dovuti a ragioni sia endogene, sia esogene. Il continuo passaggio da vecchie a nuove emergenze fa dire efficacemente all'Autore: "*ahora ya no "parece" la emergencia permanente: lo es*", dal momento che "*No logramos aprender de nuestros propios fracasos*"¹⁴.

Questa emergenza permanente si esprime in varie maniere concrete, sulle quali s'intrattiene l'Autore, con il suo sguardo sempre rivolto alla realtà: defianziamenti, riduzione dei salari, squilibri fiscali, trasferimento degli investimenti omessi dallo Stato a costo dei canoni di utenza, default, confisca parziale dei depositi bancari e dei mutui ipotecari, intervento unilaterale del governo in quasi tutti i contratti finanziari e privati, fuga di capitali¹⁵.

Non solo. Vi sono spese nascoste che da sempre incrementano la spesa pubblica, come nel caso di lavori pubblici appaltati a prezzi aberranti; spese super-

¹³ "*En este sistema y normatividad paralelas debe computarse también la crisis que tuvo en nuestro país la seguridad personal, tanto desde el ángulo de la subversión como de la represión. El Estado que debía tutelar la seguridad no solamente no la aseguraba sino que la transgredía sistemáticamente. 12 Aún luego de un cuarto de siglo de democracia, todavía es frecuente que los delitos sean cometidos por la policía, de acuerdo a las noticias diarias que proporcionan los periódicos*"; così A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 96, che cita a tal riguardo J. NELSON, *En tiempo de oscuridad 1976/1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001.

¹⁴ A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, rispettivamente 106 e 101. Cfr. anche J. C. CRIVELLI e E. SUSANA, *Estado argentino: la emergencia permanente*, RAP, 264: 19, Buenos Aires, 2000.

¹⁵ A. GORDILLO, *Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina*, e *Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality*, in *Values in Global Administrative Law*, 2011, ora anche in *Il diritto dell'economia*, 2014, 12 ss.

flue e ingiustificate; spese sociali gonfiate¹⁶. La gestione di numerosi servizi sociali che vanno dall'istruzione alla sanità, dalla previdenza sociale alla infanzia, vede le proprie risorse progressivamente limitate. Da un lato, vi è una domanda sociale di razionalità nell'uso di tali risorse, così come una crescente indignazione per la corruzione, con i costi che quest'ultima comporta; dall'altro, un ritorno a concezioni meno generose della società verso i suoi esseri più deboli¹⁷.

Crisi di tal fatta si sono manifestate in ogni continente e anche in ogni paese, sia pure con caratteristiche e storie diverse. In questo contesto drammatico le emergenze sono invocate dai governi che con le loro misure provocano ancora più emergenze, in una spirale discendente e accelerata¹⁸.

L'impatto delle crisi economiche sul diritto è chiaro: il precario equilibrio tra autorità e libertà viene a pendere tutto a favore dell'autorità; più un governo è disordinato, più crea emergenze e più ha poteri¹⁹. Il paradigma è quello da tempo tratteggiato da Santi Romano che fa della necessità una fonte del diritto ed è chiaro nel sostenere che "è legittimo tutto ciò e soltanto ciò che è necessario, senza pretendere di fissare in astratto ciò che può essere o può non essere necessario"²⁰.

Tuttavia, questo paradigma non dovrebbe mai evadere dal limite dell'eccezionalità, non potendo per sua natura divenire strumento ordinario di amministrazione. L'eccezione non dovrebbe sostituirsi alla regola, avendo la pretesa di essere essa medesima la regola generale. Si sovverte il sistema quando l'eccezione, da regola a sé stessa, tende a diventare il surrogato della regola di cui è l'eccezione²¹.

4. *Le linee di tendenza*

Gordillo, dopo avere guardato al passato e al presente, volge lo sguardo al futuro, che definisce "ormai prevedibile" ("*El futuro ahora previsible*")²². La

¹⁶ A. GORDILLO, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo*, cit., 105.

¹⁷ A. GORDILLO, *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; ID., *L'amministrazione parallela*, cit.

¹⁸ A. GORDILLO, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo*, cit., 92.

¹⁹ Così H. MAIRAL, *El impacto de la crisis económica en el derecho*, in *Doctrina Pública*, XXVI-2, 239 ss.

²⁰ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, V ed., 1940, 307.

²¹ In tema cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, ESI, 2011, vol. I, 735 ss.

²² A. GORDILLO, 1995-2095, *Cien años de derecho administrativo*, in *Revista Jurídica de Cataluña*, número extraordinario, Barcelona, 1997, 61 ss.

domanda che si pone non è tanto dove saremo tra cento anni, bensì in quale direzione ci stiamo muovendo²³.

La premessa è che “un mercato libero senza intervento non può esistere, né esiste di fatto”, ma l'intervento pubblico “di per sé non garantisce nulla, perché dipende da come viene concretamente attuato”. Esso può favorire oppure danneggiare i produttori o i consumatori, ma anche può, per inettitudine o corruzione, persino danneggiare entrambi allo stesso tempo²⁴.

La giustificazione ultima dell'intervento dello Stato nell'economia e nella società viene ravvisata nel raggiungimento del bene comune. Più nello specifico tre sono le funzioni assolte dalla regolazione: garantire il diritto a che i lavoratori possano godere dei frutti del loro lavoro (*derechos de propiedad*); ordinare e stimolare il corretto esercizio dei diritti individuali e, in particolare, dei diritti economici (*principio de legalidad*); correggere le disuguaglianze tramite l'adozione di disposizioni e misure che rendono il mercato equo e concorrenziale, a parità di condizioni²⁵.

Secondo Gordillo non è corretto individuare una dicotomia tra regolazione economica e regolazione sociale. Infatti, tutta la regolamentazione sociale ha effetti economici, come pure tutta la regolamentazione economica ha effetti sociali. Se si colpisce l'ambiente per produrre energia a basso costo, questa decisione oggi è economicamente conveniente, ma non lo è socialmente, mentre domani sarà sconveniente socialmente ed economicamente²⁶.

Non solo il piano economico e il piano sociale sono strettamente connessi, ma torna prepotente anche il tema della trans-disciplinarietà, perché “*hablar del derecho de los próximos años supone hablar de la sociedad y la cultura o los hábitos sociales del siglo XXI: ellos son los que marcarán el rumbo legislativo y*

²³ “*La pregunta real no es dónde estaremos dentro de cien años, sino en qué dirección estamos ahora dando qué pasos*” (A. GORDILLO, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo*, cit., 107).

²⁴ “*Un mercado libre sin intervención no puede existir, ni existe de hecho; pero la intervención en sí no garantiza nada, pues depende de cómo efectivamente se haga: Puede tanto favorecer como perjudicar, sea a los productores o a los consumidores; puede por ineptitud o corrupción hasta perjudicarlos a ambos al mismo tiempo*” (A. GORDILLO, *La regulación económica y social*, in *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, 2014, 297 ss., 298).

²⁵ L'Autore si riferisce qui alle tesi di G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, Madrid, Comares, 1999, 115.

²⁶ A. GORDILLO, *La regulación económica y social*, cit., 304, che prosegue precisando che “*Si la regulación de tutela del ambiente es excesiva y prohíbe de hecho la actividad económica, ello tendrá ventajas para el ambiente y desventajas en lo inmediato para la economía; y mañana la ecuación será diferente*”.

jurisdiccional”²⁷. Come ogni processo, sarà un’evoluzione lenta, non un salto di qualità e risulterà così interdipendente da fattori economici e sociali che sarà “*una aventura del espíritu*” provare a immaginare cosa potrà accadere in un futuro in cui non ci saremo più.

Afferma Gordillo che il primo problema quando ci si interroga su come saranno la legge, lo Stato e l’amministrazione nei prossimi anni è che non si sa esattamente a quale legge, a quale Stato e amministrazione fare riferimento. Nondimeno è possibile individuare alcune linee di tendenza, che trascendono l’ambito nazionale argentino per proiettarsi in una dimensione più vasta. Con un *caveat*. L’emersione delle preannunciate linee di tendenza deve però fare i conti con la storicità e la relatività dei fenomeni giuridici, con la conseguenza che la riflessione è esplicitamente riconosciuta come temporanea e deperibile (“*perecedera*”).

a) La prima tendenza delineata è la progressiva creazione di organismi sovranazionali, di norme sovranazionali, di giustizia sovranazionale, con una simultanea propensione contraria verso la decentralizzazione o la regionalizzazione del potere all’interno di ciascun ordinamento. Il processo è accompagnato anche dal crescente sviluppo di organizzazioni non governative ed entità giuridiche private o pubbliche non statali che svolgono attività di interesse pubblico ma senza far parte di alcuna organizzazione statale²⁸.

Lo Stato nazionale classico è così sottoposto a tensioni opposte, che lo rendono quasi un sicuro perdente (“*seguro perdedor*”): perde potere per mano degli enti regionali e locali, perde potere per mano degli organismi sovranazionali e infine perde potere per mano di organizzazioni non governative²⁹.

Tuttavia, nessuno di questi fenomeni è giudicato come negativo. Al contrario, si ritiene opportuno che il potere sia frantumato, che esistano più centri di potere, così che ci siano sempre meno possibilità che un singolo soggetto si impadronisca di tutto il potere³⁰. Con questa affermazione Gordillo coglie con

²⁷ A. GORDILLO, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo*, cit., 107.

²⁸ A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 109.

²⁹ “*Pierde poder a mano de las regiones estatales internas, pierde poder a manos de la comunidad estatal supranacional, pierde poder a manos de organizaciones no gubernamentales*” (A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 109).

³⁰ “*Es bueno, al contrario, que el poder se fracture, que haya múltiples centros de poder, para que existan cada vez menos posibilidades de que alguien, uno sólo, se adueñe de todo el poder*”; così A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 109, il quale prosegue affermando che “*No una única Corte Suprema que resuelva todo y esté muy cerca del poder central, sino una Corte Suprema, un Consejo de la Magistratura, un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, uno o más Defensores del Pueblo u ombudsmen, Fiscales independientes del poder político, mayor cantidad de jueces en todos los niveles*”.

chiarezza e precisione la vera essenza del principio di separazione dei poteri dello Stato, che resta impermeabile al trascorrere del tempo e ai differenti contesti politici. Infatti, la teoria della separazione dei poteri trova il suo fondamento logico nella garanzia delle libertà e dei diritti dei cittadini, perché il dispotismo non coincide tanto con l'abuso del potere, quanto piuttosto con la sua concentrazione nelle mani di un unico soggetto³¹. Per non smarrire il senso ultimo della separazione dei poteri a nessuno degli organi o complessi di organi deve essere consentito di prevaricare sugli altri e pertanto di smentire quel paradigma almeno tendenzialmente paritario senza il quale il principio della separazione non si realizza³².

b) Aumentano le autorità indipendenti di regolazione, cui vengono affidate anche funzioni para-giurisdizionali, in via alternativa rispetto alla tutela elargita tradizionalmente dal giudice³³. Allo scollamento tra i tempi dell'economia e i tempi della giustizia si cerca di porre rimedio con questi peculiari strumenti di risoluzione delle controversie (*ADR-Alternative Dispute Resolution*), che sono contraddistinti da tecnicità, da tempi più rapidi, costi più contenuti, nonché da un tipo di tutela modulata sulle specificità delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere.

Se poi si considera che le controversie interessate sono prevalentemente bagatellari, la funzione assolta dai rimedi alternativi è molto simile a quella svolta dalle azioni di classe. Essa consiste nel fare emergere un contenzioso latente che altrimenti non avrebbe modo di manifestarsi a causa della sproporzione tra il modico valore della singola controversia e le spese per adire la tutela giurisdizionale, anche se va tenuta presente l'importante differenza per cui le azioni di classe presidiano interessi strettamente seriali.

Nel caso dei settori regolati le ADR svolgono un'ulteriore, specifica, funzione. Esse consentono ai cittadini e alle imprese di disporre di un quadro certo e prevedibile di disciplina, a tutela del loro affidamento. Questo risultato è ottenibile proprio grazie al principio di concentrazione dell'attività di regolazione e dell'attività di risoluzione alternativa delle controversie in capo al medesimo soggetto³⁴.

Del resto, la logica delle ADR ben si sposa con quella della regolazione,

³¹ F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 25 ss., spec. 29 ss.; M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007, 9 ss.

³² M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto*, Milano, 2023, 71 ss.

³³ A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 109-110.

³⁴ In tema cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 6 ss.

condividendone la filosofia di fondo. L'attività regolatoria complessivamente considerata e la specifica attività di soluzione alternativa dei conflitti sono manifestazioni concrete di una medesima logica giuridica in quanto contribuiscono a delineare un nuovo tipo di diritto riferibile ad un'autorità *ad hoc* qualificata dalla sua spiccata indipendenza, contrassegnato da flessibilità e partecipazione da parte degli interessati, in settori specifici che richiedono rapidità di cambiamento³⁵.

c) Un'ulteriore linea di tendenza è data dalla crescente consapevolezza della limitazione delle risorse naturali non rinnovabili. Questa contezza porta con sé nuove normative e nuove amministrazioni deputate alla loro tutela³⁶.

In realtà, con riferimento alla tematica ambientale Gordillo fa emergere una divergenza tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo. I paesi sviluppati risultano essere maggiormente consapevoli delle problematiche legate all'ambiente e ai cambiamenti climatici e pertanto hanno iniziato con successo a invertire la tendenza distruttiva. Spia di questo mutato atteggiamento è nell'ordinamento italiano la recente approvazione dell'inserimento di un espresso riferimento alla tutela dell'ambiente nel quadro dei principi fondamentali del testo costituzionale, avvenuta con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che ha introdotto un comma 3 all'art. 9 della Costituzione in cui si prevede che la Repubblica «*tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*». Analoga consapevolezza non si ritrova nei paesi ancora in via di sviluppo, i quali, a detta di Gordillo, nutrono il segreto desiderio di depredare il proprio ambiente, per vedere se paradossalmente questa condotta possa essere la chiave del loro sviluppo³⁷.

Con sguardo lungimirante l'Autore reputa che "l'internazionalizzazione" della questione ambientale sia l'unico modo corretto per affrontare la stessa³⁸.

³⁵ Sui caratteri della regolazione cfr. B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 5 ss.; sull'esistenza di rapporti di durata come condizione per l'intervento degli strumenti alternativi cfr. R. CAPONI, *La mediazione civile un anno dopo: questioni vecchie e nuove*, in *Foro it.*, 2011, 195 ss.

³⁶ A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 115.

³⁷ "El problema es que son los países desarrollados, que ya habían depredado su medio ambiente antes de ahora, los que más tienen conciencia del problema y han comenzado a revertir exitosamente la tendencia destructiva. Los países no desarrollados, en cambio, tienen un secreto deseo de depredar su propio ambiente, para ver si esa es la clave del desarrollo" (A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 115).

³⁸ "La internacionalización del problema es la única forma de encarar la cuestión. Está ocurrien-

La legislazione nazionale non si rivela lo strumento più idoneo, poiché la dimensione delle questioni impone interventi a livello sovranazionale. Non a caso il cambiamento climatico è stato definito un problema di diritto pubblico universale³⁹. Torna qui un altro dei temi cari a Gordillo, quello del diritto amministrativo che si svolge in uno spazio aperto internazionale, in un'arena pubblica all'interno di una governance globale, e della conseguente portata internazionale e sovranazionale del diritto pubblico.

5. Per concludere: lo spirito di immaginazione

Secondo Gordillo, abbandonarsi all'immaginazione del futuro rischia però di essere un esercizio sterile, perché non offre neppure la consolazione che tra cento anni qualcuno ci leggerà per verificare il nostro errore oppure per sostenere la nostra congettura. Questa mancanza è dovuta al vertiginoso e progressivo aumento della quantità di informazioni disponibili, che renderà sempre più necessario selezionarne alcune e scartarne altre. Ben diversa sarà la situazione rispetto a quella che noi abbiamo finora vissuto. Infatti se oggi molti libri del passato "ci raggiungono" fino al presente, pochi libri del presente "raggiungeranno" chi vivrà nel futuro. L'Autore si dice praticamente certo che le sue opere non saranno in nessuna biblioteca tra un secolo e anche qualora ci fossero nessuno si prenderà la briga di leggerle⁴⁰.

Solo su questo specifico punto ci si permette di smentire Gordillo. Come è stato ben osservato, Gordillo è stato un giurista rivoluzionario, un brillante interprete delle realtà di tempi diversi, un uomo pieno di nuove idee e un centro di unione per coloro che hanno concezioni diverse all'interno della comunità giuridica⁴¹. Un giurista che ha vissuto l'esperienza devastante della dittatura e l'ha vissuta "con animo sereno, con l'animo attento dello scienziato"⁴². Se per oltre sessanta anni, il suo pensiero, il suo ingegno e le sue opere hanno ispirato molti di noi e questo non solo in America Latina, il suo lascito continuerà a illuminare gli impervi sentieri degli studiosi del diritto.

do con los recursos comunes de la humanidad, como los fondos marinos y la pesca en altamar" (A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 115).

³⁹ B. TONOLETTI, *Il cambiamento climatico come problema di diritto pubblico universale*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 37 ss.

⁴⁰ A. GORDILLO, *op. ult. cit.*, 113.

⁴¹ I.A. DAMSKY, *Agustín Gordillo sadly passed away*, in <https://www1.epllo.int/newsitem/1559>.

⁴² F. BENVENUTI, *L'Amministrazione parallela*, *cit.*, 3965.

LA RECIENTE REFORMA AL SISTEMA RECURSIVO. UN NUEVO DIÁLOGO CON AGUSTÍN GORDILLO

POR MARIO REJTMAN FARAH¹

SUMARIO: 1. Breve semblanza de Agustín Gordillo, – 2. Su preocupación por un Derecho Administrativo global, – 3. Agustín Gordillo, un pensamiento inquieto e innovador, – 4. Un nuevo diálogo con Agustín Gordillo, – 5. Las recientes reformas al procedimiento administrativo, – 6. Un nuevo diálogo con el Maestro, – 7. Algunas cuestiones puntuales de la reforma – o no reforma – del procedimiento administrativo, – 8. Avances, – 9. Una reflexión final

1. Breve semblanza de Agustín Gordillo

Es un verdadero honor la posibilidad de participar en esta publicación, en homenaje a AGUSTÍN GORDILLO, impulsada por su tan apreciado amigo de la *Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli*, MARIO SPASIANO.

Como lo mencioné alguna vez, AGUSTÍN fue siempre una mente inquieta y en efervescencia. Si algo lo caracterizó es que su pensamiento y los principios que signaron su vasta producción académica, fueron siempre aspectos inescindibles de su dimensión humana. Es allí, entre otras razones, donde tal vez pueda encontrarse una de las claves que explica la perdurabilidad y la vigencia de sus ideas.

Respondió con su obra a las grandes preguntas del Derecho Administrativo.

AGUSTÍN fue siempre para mí una guía orientadora, aún en el plano personal. Puedo decir lo que él mismo mencionó de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA². Era un arquetipo con quien podíamos debatir y discrepar, como si fuéramos iguales.

Lo conocí personalmente después que fuera cesanteado, sin sumario previo, durante el gobierno militar de 1976, en su cargo de Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UBA. Acudió entonces a la Justicia la que revocó la nula separación y ordenó su inmediata reincorporación. Prefirió, sin embargo,

¹ Doctor en Derecho. Profesor Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Profesor Regular Adjunto – cátedra del Dr. AGUSTÍN GORDILLO – y ex Profesor Titular interino de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dicta clases de Posgrado en diversas universidades nacionales.

² Ver AGUSTÍN GORDILLO, Prólogo a *Problemas Del Derecho Público Al Comienzo De Siglo. Conferencias en Argentina*, Madrid, Civitas, 2001.

recuperada la democracia, presentarse a un concurso público de antecedentes y oposición, a través del cual fue designado en el mismo cargo. Ello fue una muestra más de su integridad y su respeto irrestricto por el control judicial de la actividad administrativa.

Años más tarde obtuvo, también por concurso, el cargo de Profesor Titular de Derechos Humanos, en la misma Facultad.

A la hora de conformar su cátedra de pregrado tuvo en claro que ella debía estar integrada por profesores que conocieran al Derecho Administrativo como activos operadores de la disciplina, desde diferentes perspectivas y visiones que permitieran enriquecer la visión del conjunto. Curiosamente todos los que la conformamos inicialmente ejercíamos nuestra profesión en algún ámbito de actuación profesional estatal. Para él “ *la profesión es lo que enseña los problemas reales y de eso trata la vida*”³.

Para AGUSTÍN enseñar era [M]ás *que transmitir información dar elementos para aprender, para pensar, resolver problemas, encarar situaciones nuevas. Diseñarles el problema, el caso y luego que hagan lo que puedan, busquen en los libros, en los hechos, en la realidad, en su corazón, en el cerebro, en donde quieran. A su vez, una de las cosas en las que más fracasa la gente es en la percepción de los hechos*⁴.

Idea que había plasmado, con absoluta convicción, en su obra *El Método en Derecho*⁵ donde señaló que el objetivo central que tiene que plantearse el docente que enseña Derecho, es que *éste sólo se concreta, sólo toma vida y cuerpo final, a través precisamente de su aplicación a un caso concreto*. Para él la norma era sólo un *pedacito* del Derecho⁶. Imprescindible conocerla, pero no suficiente⁷.

Su vida fue un fiel reflejo de sus ideas. AGUSTÍN GORDILLO era un maestro del Derecho, pero también de la vida. O como lo mencioné ya en el prólogo al tomo 10 de su Tratado⁸ tal vez deba corregirme. Era un maestro de vida, que el Derecho en parte refleja.

³ AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. A mi padre: “Éste soy yo” (Carl Rogers) - Diálogos con Agustín Gordillo*, Libro II, AGUSTÍN GORDILLO - MARIO REJTMAN FARAH, Tomo 10, Buenos Aires, FDA, 2ª ed., 2017.

⁴ *Tratado...* ob. cit., Tomo 10, Libro II, Secc. II, Cap. VI, D-14.

⁵ Entre otras múltiples ocasiones, reafirmó esta idea en el Tomo 6 de su *Tratado...*, ob. cit., *El método en derecho - La administración paralela*, 2ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012.

⁶ *Tratado...*, ob. cit., Tomo 10, Libro II, Secc. II, Cap. VI, D-18

⁷ En similar sentido ver ALEJANDRO NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, págs. 18, 22, 37 y 61 quien entendió que *...el ordenamiento es sólo una parte del Derecho* (pág. 18), que *cuando hay discordancia entre la realidad y la ley, es ésta la que cede* (pág. 37) y que *las cosas no funcionan realmente en el surco literal de las normas* (pág. 61).

⁸ Ver cita precedente.

Cuando fue designado, años más tarde, Profesor titular emérito por la Facultad de Derecho de la UBA continuó impulsando la formación académica a través entonces de la Dirección del Doctorado.

Con la recuperación de la democracia en Argentina, en diciembre de 1983, se le propuso integrar el Directorio del Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP). Lo que aceptó, en tanto fuera *ad honorem*. Tuve el privilegio de acompañarlo y compartir con él similares funciones. Fue su impronta la que quedó plasmada, con la pasión que lo caracterizaba, en el diseño y puesta en marcha del Curso de Formación del prestigioso Cuerpo de Administradores Gubernamentales.

Tuve, por otra parte, el privilegio que me confiara la Dirección de las actualizaciones de algunos de los tomos que integran su Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Pude indagar, además, en algunos aspectos de su vida y su carrera profesional o académica, los que quedaron reflejados en el Tomo 10 de la misma obra⁹. Expuso allí experiencias, acontecimientos y vivencias destacadas de su vida. Fue para mí una manera más de entenderlo, desde una perspectiva diferente y profundizar en su mirada de la realidad y de la profesión.

En ocasión de preparar mi prueba de oposición para un concurso, nos reunimos varias horas en su casa en las que me dio sugerencias, me hizo comentarios o me propuso ideas sobre el tema que me disponía yo desarrollar. Su vocación por la formación docente no se limitaba, como se ve, y así lo demostró a través de los años, a las actividades formales como titular de cátedra.

Interactuó con los grandes exponentes del Derecho Administrativo argentino. Su vínculo, prolongado en el tiempo, con JORGE TRISTÁN BOSCH, es una evidencia de ello. A MANUEL MARÍA DIEZ le dedicó su primer libro. Editó, a través de la Fundación de Derecho Administrativo y por iniciativa de su autor, el último libro de JUAN FRANCISCO LINARES, *Los sistemas dogmáticos del derecho administrativo*¹⁰. Admiraba a sus maestros y sin duda también ellos lo admiraban, reconociendo su talento. Lo mismo sucedió con RAFAEL BIELSA, titular entonces del *Curso de Docencia Libre en Derecho Administrativo* donde comenzó su actividad docente, apenas recibido de abogado¹¹. AGUSTÍN consideró a BIELSA como *un furibundo defensor de las libertades públicas*¹².

⁹ *Tratado...*, ob. cit., Tomo 10, Libro II, Secc. II.

¹⁰ Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1984.

¹¹ Valga la ocasión para mencionar que se graduó con poco más de 20 años. Y se doctoró en Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires antes de cumplir los 22 años con una calificación de Sobresaliente.

¹² *Tratado...*, ob. cit., Tomo 10, Libro II, Secc. II, Capítulo 5.

Sólo algunas pinceladas de una personalidad extraordinaria que en tantos nos dejó una marca indeleble.

2. *Su preocupación por un Derecho Administrativo global*

Una manifestación de la trascendencia e influencia de su pensamiento en el derecho europeo fueron las propuestas que recibió tanto de ALEJANDRO NIETO como de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA para incluir comentarios, notas y glosas en sus libros. Ellas se plasmaron tanto en *Las limitaciones del conocimiento jurídico*¹³, del primero como en el *Curso de Derecho Administrativo* del segundo¹⁴. La pertenencia como uno de sus fundadores a la *Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo* lo enorgullecía y no dudaba en traducir ello en gestos con los que la ratificaba.

Marcó un hito al insistir en la necesidad de un exhaustivo control también internacional de la actividad administrativa, objeto constante de preocupación a lo largo de toda su obra. Control que para él estaba *destinado, sobre todo, a impedir, prevenir o remediar* cualquier violación de los derechos individuales a través de actos administrativos. Incluyendo como fuera dicho, el control internacional¹⁵, al que le dedicó particular atención¹⁶.

Incluyó en su definición del derecho administrativo a “*la protección judicial*

¹³ ALEJANDRO NIETO - AGUSTÍN GORDILLO, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

¹⁴ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, 5ª edición, La Ley, 1989.

¹⁵ GORDILLO integró 6 tribunales administrativos internacionales (BID, OEA, FMI, ONU, OIT, OEDP). Parte de su experiencia allí la refleja en el *Tratado...*, ob. cit., Tomo 10, Libro II, Cap. IX. Desempeñó también en el ámbito internacional, entre otros cargos, el de Miembro del Directorio y del Honorary Board del European Law Center (el que creó en el año 2007 la beca Agustín Gordillo para estudiantes latinoamericanos), Académico Correspondiente de la Academia de Doctores de Barcelona, Profesor asociado de la Universidad de Bolonia, Profesor visitante de la Universidad Castilla La Mancha, Profesor Honorario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Santafé de Bogotá, Colombia, Profesor Honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Profesor Honorario de la Universidad Externado de Colombia, Miembro Correspondiente de la Academia de Jurisprudencia de Colombia, Presidente Honorario de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, Madrid).

¹⁶ Entre otros en AGUSTÍN GORDILLO, *El control internacional de la administración*, Buenos Aires, Rap, 2020. Ver asimismo la referencia al tema en ROBERTO BERIZONCE, *Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, en CARLOS BOTASSI (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor AGUSTÍN A. GORDILLO*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 19-21 y JORGE SÁENZ, *Gordillo, la función administrativa y la democracia*, en la misma obra.

*existente contra ésta: Una de las notas diferenciales entre el derecho administrativo totalitario y el del Estado de Derecho, consiste en que este último considera esencial la protección judicial del particular frente al ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa, dando una especial protección al individuo para compensar así las amplias atribuciones que se otorgan a la administración, y remarcando el necesario control sobre la actividad administrativa, sin dejar zonas o actos excluidos del mismo*¹⁷.

3. Agustín Gordillo, un pensamiento inquieto e innovador

AGUSTÍN GORDILLO vio cuestiones y dimensiones fundamentales del Derecho Administrativo antes que muchos de nosotros. Profundizaba su estudio con la rigurosidad que lo caracterizaba. Así sucedió, entre otros temas, con el fenómeno de la globalización y su impacto en la regulación administrativa global¹⁸.

Como lo mencioné en el prólogo al Tomo I de su Tratado, para él ni las normas, ni las sentencias judiciales o la doctrina son meros productos técnicos, supuestamente neutrales u objetivos. Jamás se limitó a efectuar una suerte de autopsia de las normas o a reproducir soluciones aparentemente consagradas. Su espíritu crítico lo llevó siempre a descongelar al Derecho, desenmascarando discursos jurídicos que pudieran haber contribuido a su cristalización o esterilización. También a seguir atentamente las transformaciones del Derecho Administrativo, sin convertirse jamás en observador pasivo de esa realidad¹⁹.

¹⁷ *Tratado ...*, ob. cit., Cap V, V-28.

¹⁸ AGUSTÍN GORDILLO, *Hacia la unidad del orden jurídico mundial, Tratado...*, ob. cit., T. II *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2012, Cap. XXII. También “*Los valores en el derecho administrativo global, Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality*”, en Anthony Gordon A, Jean-Bernard Auby, John Morison y Tom Zwart (ed.), *Values in global administrative law*, Hart, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), 2011. Ese trabajo, como lo menciona GORDILLO, reconoce dos versiones previas de igual título en RPA 2009-1: 47-87 y III Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Monterrey, México, 2009; también ver traducción y resumen de la versión original completa en *The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making - The Case of Discrimination*, en *European Public Law Series, Bibliothèque de Droit Public Européen*, Vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law, L'Internationalisation du Droit Public*, Esperia, Londres, 2006, reproducido en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, Vol. 18, N° 1, Esperia, Londres. Reproducido en *International Administrative Tribunals and the Rule of Law, World Bank Administrative Tribunal American Society of International Law, Joint Colloquium*, Washington D.C., 27 de marzo de 2007.

¹⁹ Como tuve ocasión de mencionarlo en AGUSTÍN A. GORDILLO - MARIO REJTMAN FARAH (Director) en el *Tratado...*, T. 1, *Parte general*, ob. cit., prólogo.

Profundizó así, con marcado interés, en el pensamiento de POPPER y en el de los más destacados exponentes de los *critical legal studies*, como DUNCAN KENNEDY, BENJAMÍN CARDOZO o FÉLIX COHEN²⁰.

El actual Procurador del Tesoro de la Nación lo despidió diciendo de él que había fallecido *un eximio jurista y máximo referente del derecho administrativo del país*. En su edición del 10 de enero 2024 el diario La Nación tituló la nota dando cuenta de su fallecimiento mencionando que [M]urió el jurista Agustín Gordillo, *maestro del derecho administrativo*.

4. Un nuevo diálogo con Agustín Gordillo

Dialogué con AGUSTÍN GORDILLO desde el primer día que lo conocí personalmente. Tales diálogos se extendieron por más de 40 años. Algunos de ellos más personales, como una suerte de reflejo de su historia de vida, pueden verse, como ya lo mencioné, en los Libros I y II del Tomo 10 de su Tratado.

En esta oportunidad surge la posibilidad de continuar con aquel enriquecedor vínculo, dialogando, pero con su obra. Me referiré así a algunas impresiones y conclusiones relacionadas con las recientes modificaciones introducidas al procedimiento administrativo regulado por la ley 19.549 (LNPA) a través del Capítulo III de la ley 27.742. Intentaré a partir de aquellas dialogar con el pensamiento de AGUSTÍN reflejado en su Tratado, anterior por cierto a la sanción de dicha ley.

Esta suerte de juego dialéctico no refleja en consecuencia sus opiniones respecto a las modificaciones al sistema recursivo, aquí mencionadas. Será sólo un intento de mi parte por dar continuidad a aquellas conversaciones que mantuvimos personalmente.

5. Las recientes reformas al procedimiento administrativo

Mientras oscilaba entre el optimismo por algunos puntuales cambios introducidos en el procedimiento administrativo por la ley 27.742 (denominada por

²⁰ Como lo menciona María Eva Miljiker los *critical legal studies* postulan una crítica al derecho y a la educación legal como instituciones que legitiman las injusticias sociales, y denuncia que el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son. Se trata de un movimiento académico, cuyos orígenes pueden remontarse a las luchas sociales de los años '60 en los Estados Unidos. Ampliar, entre otras referencias de la autora, en *Tratado...*, ob. cit, Tomo 7, *El derecho administrativo en la práctica*, Marcelo A. Bruno dos Santos, Director, "¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico", Sección I, Cap III.

el Poder Ejecutivo al momento de enviarla al Congreso como *Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos*) regulado por la Ley 19.549, y cierta desazón por no ver incorporados otros que a mi juicio eran sustanciales, el colega GUILLERMO SCHEIBLER me invitó a participar en esta obra. Para ello expondré opiniones personales respecto sólo a algunas de las cuestiones derivadas del actual sistema y a ellas les seguirán párrafos del *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas* de AGUSTÍN GORDILLO, aunque por cierto no referidos a la norma sino al tema en cada caso mencionado.

6. Un nuevo diálogo con el Maestro

Conforme mi criterio, ciertas reformas introducidas a la ley de Procedimientos Administrativos 19.549 (indistintamente LNPA) por la ley 27.742, Cap. III, sumadas a la no modificación de diversas regulaciones preexistentes en la ley 19.549, no constituyen un progreso en la materia. Fue una oportunidad perdida en relación a la necesidad, no satisfecha, de introducir reformas estructurales que impulsaran cambios sistémicos en el sistema procedimental.

Alguna vez me ocupé de poner de relieve la existencia de lo que constituía un Derecho Administrativo en retirada²¹. En otras ocasiones me referí al desencuentro entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) y el actuar administrativo²². Numerosos autores mencionan el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo.

En esta oportunidad a dichas calificaciones agregaría una más: la debilidad que en ocasiones presenta nuestra disciplina para resguardar los derechos de las personas frente a la obligación de promover la tutela administrativa y judicial de los particulares y evitar la a-sincronía entre el derecho escrito y el derecho practicado. Especialmente en lo que se refiere a la protección de aquellos en situaciones de vulnerabilidad²³.

Opto aquí por referirme solo a algunos aspectos del Capítulo III de la ley 27.742, u otros no modificados sustancialmente de la ley 19.549, los que, a mi

²¹ Ver así entre otros trabajos MARIO REJTMAN FARAH, “¿Un derecho administrativo en retirada?”, *Estudios de Derecho Público* pp. 251-269.

²² MARIO REJTMAN FARAH, “Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas”, publicado originariamente en *Suplemento Derecho Administrativo*, LL 2010. Luego reproducido en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado ...*, ob. cit., Tomo 7.

²³ Ampliar en MARIO REJTMAN FARAH, “Diálogos entre el derecho administrativo y la vulnerabilidad social”, *Revista de Derecho Administrativo* (Juan C. Cassagne, Director), Abeledo Perrot, Marzo - abril 2022.

juicio, no impulsan ni contribuyen a hacer efectivo aquellos derechos. Esto a pesar de que la ley incorpora expresamente como un principio esencial del procedimiento el de la tutela administrativa efectiva ampliando asimismo esta garantía a los derechos o intereses jurídicamente tutelados.

7. *Algunas cuestiones puntuales de la reforma – o no reforma – del procedimiento administrativo*

Veamos ciertas cuestiones derivadas de la ley 27.742 u otras que ella mantuvo ya previstas en la ley 19.549.

Opto por seleccionar un conjunto de ellas que, entre otras y a mi criterio, no satisfacen los principios de tutela administrativa y tutela judicial efectiva hacia los particulares cuyos derechos o intereses están jurídicamente tutelados. Dada la naturaleza de este trabajo lejos estoy de agotar el tratamiento del tema.

7.1. Las audiencias públicas

Una de las previsiones de la ley, que traduce a mi criterio un retroceso, es exigir exclusivamente la celebración de una audiencia pública previa sólo cuando una norma de rango legal la imponga como obligatoria²⁴.

A esta limitación – esto es que dicho procedimiento debe venir exigido por una norma de rango legal – se le suma la posibilidad que confiere la ley a la Administración de sustituirla por una consulta pública u otro procedimiento similar.

La consulta pública no puede asimilarse ni reemplaza a una audiencia pública en la que existe debate, posibilidades de refutaciones, réplicas, intercambio entre los asistentes, etc.

Prever su celebración sólo cuando lo exija una norma de rango legal, traduce además una lesión a la tutela administrativa efectiva, en particular al derecho de los afectados por un acto administrativo de alcance general, a ser oídos en

²⁴ Conforme art. 25 del Cap. III de la ley que incorpora a la ley 19549 el art. 1 bis, apartado a) punto i: “...Cuando fuere exigible por norma de rango legal la realización de una audiencia pública, ésta se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable. Dicho procedimiento podrá ser complementado o sustituido por el mecanismo de consulta pública o el que resulte más idóneo, técnica o jurídicamente, para el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados y la adopción del acto de que se trate. El contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las autoridades administrativas, sin perjuicio del deber de éstas de considerar las principales cuestiones conducentes allí planteadas, para el dictado de los pertinentes actos...”.

forma efectiva y adecuada atentando ello contra el principio de buen gobierno. También a mi juicio se lesiona dicha tutela cuando el procedimiento de audiencia pública, como contempla la ley 27.742, puede ser sustituido discrecionalmente por la Administración.

No puede ser potestativo oír previamente a los potenciales afectados a través de una audiencia pública y reemplazar este procedimiento por otro mecanismo consultivo²⁵.

Es innegable el extraordinario desarrollo que ha tenido la potestad reglamentaria de la Administración Pública, lo que ha provocado un laberíntico sistema de disposiciones, con frecuencia de difícil acceso que ni siquiera promueve la seguridad jurídica. Por lo que bien se ha dicho que este fenómeno constituye una paradoja si se tiene en cuenta que la seguridad es uno de los postulados básicos de cualquier sistema normativo.

Calificada doctrina se ha referido con insistencia al riesgoso crecimiento expansivo de la potestad normativa de la Administración Pública. El problema se agudiza a poco que observemos que muchas de esas normas reglamentarias son dictadas por órganos de segundo grado.

La celebración del procedimiento previo de audiencia pública fortalece los principios previstos en el procedimiento administrativo y contribuye a combatir lo que se ha dado en llamar *la captura regulatoria* por parte de sectores que pueden llegar a presionar para proteger sus intereses. Cuestión que a veces a pocos preocupa²⁶.

Acudo al pensamiento de AGUSTÍN GORDILLO, quien respecto a las audiencias públicas señala que [L]a *garantía de oír al interesado (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados), antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses es un principio clásico del derecho constitucional y administrativo. Desde hace siglos es un principio jurídico casi siempre reconocido como tal, pero también frecuentemente incumplido. La historia registra, también, inúmeros ejemplos de decisiones de la más alta importancia política que fueron anuladas por falta de audiencia previa. Desde hace ya muchos años el derecho contemporáneo muestra una creciente evolución del alcance de este principio jurídico, que ha comenzado en forma sistemática a comprender también la emisión de normas generales Esa extensión del principio de la audiencia indivi-*

²⁵ Conforme lo garantizan el art. 18 de la Constitución Nacional y el 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁶ Puede ampliarse la cuestión en MARIO REJTMAN FARAH, "El procedimiento de audiencia pública", en HÉCTOR POZO GOWLAND (Director), *Tratado de Procedimiento Administrativo*, Tomo IV, Cap. X, Buenos Aires, La Ley, 2012.

dual al principio de la audiencia pública ha comenzado primero en el derecho anglosajón, pero es ya de naturaleza universal. En el derecho inglés se fundamenta en el principio de justicia natural que también informa la garantía de defensa en el caso particular y en el derecho estadounidense en la garantía del debido proceso legal que nuestra propia Constitución e interpretación constitucional también han recibido. En otras palabras, es ya un principio al menos teórico suficientemente reconocido que también debe cumplirse la audiencia, esta vez con el público, antes de emitir normas jurídicas administrativas e incluso legislativas de carácter general, o antes de aprobar proyectos de gran importancia o impacto sobre el medio ambiente o la comunidad. Se trata pues, en este segundo supuesto, de la audiencia pública, que integra como parte de la garantía clásica de audiencia previa, la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo.

Pero la administración sostiene que si existe más de un medio para el cumplimiento del mandato constitucional, la elección entre una u otra alternativa corresponde a ella. Los ciudadanos debemos tomar noticia de esta constante reticencia de toda y cualquier autoridad pública local a permitir la participación de los administrados y la sociedad misma en el debate de las decisiones públicas, y no debemos apoyar esos resortes que en definitiva son autoritarios y hegemónicos. Dicho de otra manera, el fundamento práctico del requisito de la audiencia pública o privada dentro de la garantía del debido proceso es múltiple. Sirve a) al interés público de que no se produzcan actos ilegítimos, b) al interés de los particulares de poder influir con sus argumentos y pruebas antes de la toma de una decisión determinada y sirve también, empíricamente, c) a las autoridades públicas para disminuir posibles errores de hecho o de derecho en sus decisiones para mayor eficacia y consenso de sus acciones en la comunidad, y para evitar reacciones imprevistas de la comunidad en contra de una determinada acción administrativa; d) al sistema democrático para impedir la concentración excesiva del poder en una autoridad hegemónica como hemos visto tantas veces en nuestra historia²⁷.

7.2. El principio de gratuidad

La gratuidad del procedimiento, impuesta ahora por la nueva ley como una regla general nos obliga a interpretar que este principio, ahora positivizado, prevalece sobre previsiones que exigen, por ejemplo, el pago de una garantía previa para impugnar algunos actos precontractuales en materia de contratos administrativos. Nos pronunciamos en anteriores ocasiones respecto a la inconstitucionalidad de tal exigencia. Por otra parte, el art. 3 bis de la reglamen-

²⁷ *Tratado...*, ob. cit., Cap XI, Tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*.

tación²⁸ reafirma el principio de gratuidad y crea excepciones que tampoco se vinculan con el pago previo para impugnar.

La realidad nos indica que no siempre este criterio rector ha funcionado así.

Respecto a ello AGUSTÍN GORDILLO señaló que *[E]n la práctica, en comparación con el proceso judicial, asume gran importancia la ausencia de costas en el procedimiento administrativo, que en muchos casos se identifica casi totalmente con un principio de gratuidad. En este aspecto se ha producido una evolución que va desde a) una originaria negación de la procedencia de la condena en costas a la administración que resuelve favorablemente el recurso, con la imposición al recurrente triunfante del pago del sellado de actuación, b) siguiendo con la supresión del sellado de actuación. Cabe preguntarse si podrá llegar la etapa final c) en que la administración pague al interesado los gastos en que haya incurrido, pero sin imponerle costas en caso de perder el recurso: ésta sería la gratuidad integral*²⁹.

Consideró asimismo que *[P]ese a la flagrante violación al principio de defensa en juicio, a principios y normas que regulan al procedimiento administrativo en general y al de selección del contratista público en particular y a la ausencia total de potestad legal o reglamentaria que habilite a hacerlo, ha sido práctica habitual exigir como requisito previo para recurrir actos pre-contractuales la constitución de una garantía de impugnación. Esta exigencia viola claramente el principio de legalidad al que la CSJN hiciera reiterada referencia y en el que pusiera especial énfasis*³⁰.

7.3. La vista en materia recursiva

Al regular el instituto de la vista, la ley 27.742 mantiene la criticable solución de la LNPA, lesionando a la tutela administrativa y judicial efectiva. Prevé así que, en caso que fuere necesario hacer uso de este derecho a fin de presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos administrativos, o promover acciones o recursos judiciales, la solicitud de vista producirá la suspensión de todos los plazos.

De ello se desprende que se contabiliza el tiempo cumplido con anterioridad al pedido y que aquel, después de tomada la referida vista, se reanuda por el lapso que falta. A nuestro juicio una solución protectora de una tutela administrativa efectiva sería aquella que contemple que el pedido de vista interrump

²⁸ Decreto n° 713/2024.

²⁹ *Tratado...*, ob. cit., Tomo 2, Cap. 9.

³⁰ *Tratado...*, ob. cit., Tomo 7, Cap. XXVII.

pe los plazos, lo que provocaría en forma expresa que aquellos volvieran a computarse a partir del plazo para tomarla.

No podemos dejar de señalar que en la mayoría de los casos y atento que la interposición de un recurso no suspende en principio la ejecución del acto, los mayores interesados en evitar una eventual dilación parecerían ser los afectados, con interés en que su impugnación sea resuelta con la mayor celeridad posible.

AGUSTÍN GORDILLO entendió que [P]or aplicación del principio del art. 1º, inc. e), ap. 9º, que los términos se “reinician” al cesar la suspensión con motivo de la caducidad de las actuaciones, consideramos que el término para recurrir no continúa corriendo contando el tiempo ya transcurrido antes del pedido de vista, sino que empieza a correr de nuevo, íntegramente, a partir del momento en que concluye el término concedido para la vista conforme a estas disposiciones. Si bien distamos de sugerir esta conducta a los administrados que se encuentran a tiempo de computar el plazo de la manera más desfavorable, quienes harán bien en evitar estas disquisiciones e interponer el recurso en el modo más estricto de computar los plazos, lo cierto es que en buenos principios lo expuesto respecto a la remisión es la forma más armónica de interpretar esta norma [...] el particular tenía, tiene y tendrá acceso irrestricto al expediente y que por ello le mantiene la vista concedida de pleno derecho por la norma, pero no le asigna en cambio al pedido – reiterativo y obstaculizante – efecto suspensivo de todos los términos procedimentales, sino sólo de los términos para recurrir. Ello, como es sabido, no tiene por ahora efectos suspensivos del acto a impugnarse y no afecta por lo tanto su ejecutoriedad y obligatoriedad³¹.

7.4. El carácter no suspensivo de la ejecutoriedad del acto frente a la interposición de un recurso administrativo

La ley reitera en lo sustancial lo previsto por la ley 19.549 respecto al carácter no suspensivo de la ejecución del acto como consecuencia de la interposición de un recurso administrativo, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Sólo que ahora faculta – en modo alguno obliga – a suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta.

Me pregunto si la solución que mejor se compatibiliza con los principios de buena administración y de buena fe no es la de prever frente a aquellas situacio-

³¹ *Tratado ...*, op. cit., Tomo 4, Cap. IV.

nes, la solución inversa: como regla la suspensión de la ejecutoriedad, salvo decisión expresa en sentido contrario a dictarse una vez interpuesto el respectivo recurso. Ello permitiría fortalecer la legalidad de la actividad administrativa pero además la responsabilización de los funcionarios quienes, adoptando tal resolución, deberían por decisión fundada disponer la ejecución luego de interpuesto un recurso administrativo.

Es por otra parte la solución que adoptan otras legislaciones (por ej. la ley alemana en su art. 9). La suspensión en estos casos tan específicos – razones de interés público, alegación fundada de una nulidad o el mayor perjuicio que ocasiona la ejecución – son de carácter tan excepcional que ameritan que el funcionario que suscribió el acto impugnado insista luego de interpuesto el recurso, en su ejecución.

Señaló GORDILLO que *[E]ste criterio administrativo que admite sin más y por puras razones teóricas, sin sustento alguno de derecho positivo, la no suspensión del acto administrativo impugnado por recurso, es errado. En nuestra opinión, que hemos desarrollado con extensión en otro lugar, siguiendo a Juan Francisco Linares, la interposición de un recurso administrativo suspende los efectos del acto impugnado, salvo resolución expresa en sentido contrario de una autoridad administrativa competente. (Que puede serlo a nuestro juicio tanto la misma autoridad que dictó el acto impugnado como el superior jerárquico, sin importar la naturaleza del recurso interpuesto.) Dicha resolución expresa deberá ser para cada caso concreto, y fundada y razonablemente justificada. De este modo se invierte el principio tradicional: Hasta ahora se dice que el recurso en principio no suspende la ejecución del acto, pero que por decisión fundada la administración puede suspenderlo; ahora se propone el criterio de que el recurso en principio suspende la ejecución del acto, pero que la administración por decisión fundada puede no obstante ejecutarlo. Como se advierte, en nada se disminuyen las facultades de la administración para ejecutar de todos modos su acto; pero se evita en cambio un irrazonable agravio a los derechos de los individuos³².*

7.5. El reclamo administrativo previo. El agotamiento de la vía administrativa

La ley prevé que el reclamo administrativo previo no es necesario si media una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo en un ritualismo inútil.

En una sustancial cantidad de casos, la mayoría, la interposición de estos

³² *Tratado...*, ob. cit., Tomo 3, Cap. V y Cap. XIII.

reclamos no tiene resultado favorable. Sólo provoca inútiles dilaciones y escollos a la tutela judicial efectiva.

La ley también mantiene, al menos como principio general, la obligación de, a través de los recursos administrativos pertinentes, agotar la vía administrativa como condición necesaria para impugnar luego judicialmente un acto administrativo.

Exigirla como recaudo previo a la interposición de una acción judicial ordinaria transforma el paso previo de la vía recursiva en una trampa o carrera de obstáculos para acceder luego a la jurisdicción, al ser impuesta como condición para abrir las puertas de los tribunales.

La realidad indica que los recursos administrativos no han conllevado, en nuestro sistema procedimental, a un autocontrol de la Administración Pública ni han servido para que, como regla general, la Administración corrija sus actos, liberando de trabajo a la Justicia, en resguardo de la legalidad del obrar estatal.

La ley 27.742 en su Cap. III, no modifica esta exigencia la que lesiona, conforme mi parecer, las garantías de acceso a la justicia. Aun cuando a nuestro juicio debería haberse suprimido la exigencia del agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de un recurso o la obligación de formular un reclamo previo, la ley podría haber considerado que es una potestad del afectado presentarlo o no, esto es contar con un régimen recursivo o reclamatorio facultativo u opcional, pero no obligatorio.

El tema no es novedoso. Calificada doctrina se ha expedido respecto al debilitamiento del derecho al control judicial que se deriva del actual sistema propiciando, en el mejor de los casos, que los recursos administrativos sean potestativos. Algunos hemos sostenido incluso que el sistema recursivo es un mero privilegio de la Administración.

Respecto al tema AGUSTÍN GORDILLO señaló, [H]ay una particularidad en diversos países, entre ellos el nuestro, que contribuye a darle al recurso administrativo "otro aspecto menos halagüeño: El de un auténtico privilegio de la Administración y, correlativamente el de una carga efectiva del administrado" para acceder a la tutela judicial. Hasta puede ser un riesgo y un peligro si se admite, como en teoría se lo hace entre nosotros, la *reformatio in pejus*; en España, en cambio, unánimemente se la rechaza. Cuando la tutela judicial es efectiva, el recurso administrativo es un trámite molesto que se desearía poder evitar. Cuando el control judicial no funciona, el recurso administrativo se transforma en el único remedio disponible. En cualquier caso, es el precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial, unas horcas caudinas incompatibles con la garantía de pronto acceso a la instancia judicial. Por ello la respuesta provisoria que la doctrina contemporánea postula es que resulta una irrazonable restricción del acceso a la justicia. Ello, por ser innecesarios para la administración, que de rutina no los

resuelve; por transformar “los fugacísimos plazos de interposición de los recursos en plazos de prescripción de los derechos sustantivos;” por ser una carga injustificable, demorar el acceso a la justicia y de hecho desanimar dicho acceso, etc. Se trata de un tema en el que conviene evitar todo dogmatismo jurídico o formulismo rígido”.

8. Avances

Existen, tal como fuera mencionado, avances diversos en ciertas normas vinculadas al procedimiento administrativo.

Así por ejemplo la importante previsión que, con buen criterio, admite la promoción de la demanda en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración y algunas otras soluciones vinculadas a esta institución y al silencio positivo.

También es un avance el abandono de una categorización ajena a nuestro sistema como lo era distinguir entre derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples. La ley, con buen criterio, se refiere ahora a derechos o intereses jurídicamente tutelados. Un significativo progreso.

En materia de contratos la ley adopta ahora el mismo criterio al que habíamos adherido en anterior oportunidad³³, en el sentido que los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato administrativo, son impugnables judicialmente desde la extinción de aquel, sin perjuicio de la aplicación de las normas que correspondan sobre prescripción. Al efecto no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial.

Al igual que en los temas anteriores me limito a mencionar estos como modificaciones positivas de la nueva ley.

9. Una reflexión final

El procedimiento administrativo es el que permite o impide el acceso a la justicia.

En el balance final del Cap. III de la ley 27.742, sea por existencia de nuevas respuestas jurídicas o por el mantenimiento de otras disvaliosas ya reguladas por la ley 19.549, es posible afirmar que no existe una tendencia para evitar que

³³ Ampliar en MARIO REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

se perpetúe el *statu quo* e, incluso, que la nueva ley representa un retroceso en la búsqueda de una efectiva tutela judicial.

Hoy el acceso a la Justicia es desigual y no podría dejar de serlo en una sociedad intrínsecamente desigual. Porque dicho acceso es un espejo de la desigualdad.

El desafío que nos cabe es ser impulsores de un cambio estructural en el procedimiento administrativo o resignarnos a mantener cierto *statu quo*, lo que en definitiva constituye un retroceso.

La respuesta a este reto la encontramos también en la obra de AGUSTÍN GORDILLO.

Para él [U] *no de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo es así la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa, si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho y por lo tanto su diferenciación con las normas administrativas totalitarias*³⁴.

Es lo que lo llevó a sostener como un punto medular de su visión que [D] *ebe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y, en cambio, dársele una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado, entre el individuo y el poder*³⁵.

Lo resumió al afirmar que *No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa*³⁶.

³⁴ *Tratado...*, ob. cit., Tomo 1, Cap. III, pág. III-5.

³⁵ Ver nota precedente.

³⁶ Ver nota precedente, Cap. 3, pág. III-6.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

POR MARÍA JULIA RICHERO¹

SUMARIO: 1. Introducción, – 2. Concepto y fundamento, – 3. La motivación en los órganos colegiados, – 4. Conclusión

1. *Introducción*²

El fallecimiento del profesor AGUSTÍN GORDILLO significa una pérdida profunda no solo para el ámbito del Derecho Administrativo, sino también para todos aquellos que tuvimos el privilegio de conocerlo personalmente.

¹ Abogada, Universidad Nacional de La Plata. Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Profesora Adjunta de Derecho Administrativo I en la UNLP, Profesora en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo en la UNLP y docente grado y de posgrado de Universidad del Este (La Plata) y Universidad Católica de La Plata.

² La scomparsa del professor Agustín Gordillo rappresenta una perdita profonda non solo per il campo del Diritto Amministrativo, ma anche per tutti coloro che abbiamo avuto il privilegio di conoscerlo personalmente.

Agustín non era solo un giurista brillante, la cui opera monumentale – condivisa con tutti attraverso la sua Fondazione – ha illuminato generazioni di avvocati e accademici, ma anche una persona vicina, generosa e impegnata con i suoi studenti e colleghi.

L'influenza accademica e persino personale di Agustín ha rappresentato per me una sorta di guida orientativa per oltre 40 anni. Da studente universitario leggevo le sue opere nella Biblioteca della Facoltà di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università Nazionale di La Plata (UNLP), durante il mio post-laurea in diritto amministrativo ho potuto accedervi, occupando un posto di privilegio nella mia biblioteca e oggi, attraverso la cattedra, sono accessibili digitalmente a tutti gli studenti.

Ricordo la sua capacità unica di rendere accessibili le complessità giuridiche con una chiarezza e semplicità che solo un vero maestro poteva raggiungere. Sempre disposto a condividere le sue conoscenze, la sua umanità e il suo entusiasmo per il Diritto hanno ispirato chiunque lo circondasse.

La sua presenza era imponente, ma allo stesso tempo umile; non smetteva mai di ascoltare e imparare, pur essendo una delle menti più influenti del Diritto Amministrativo Globale.

Ho impresse nella mia mente le sue presenze nelle varie Giornate Italo-Argentine di Diritto Amministrativo, seduto ad ascoltarci attentamente, per poi, la sera, condividere lunghe conversazioni.

Con la sua mancanza, non abbiamo perso solo un autore straordinario, ma anche un essere umano eccezionale, il cui esempio e insegnamenti resteranno presenti in tutti coloro che, come me, hanno avuto la fortuna di imparare da lui e di essere accompagnati lungo il proprio percorso.

AGUSTÍN no solo era un jurista brillante, cuya obra monumental – que compartió con todos a través de su Fundación de Derecho Administrativo³ – iluminó a generaciones de abogados y académicos, sino también una persona cercana, generosa y comprometida con sus alumnos y colegas.

La influencia académica e incluso personal de AGUSTÍN constituyeron en mí una suerte de guía orientadora durante más de 40 años. Siendo estudiante de grado leía sus obras en la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, durante el posgrado en derecho administrativo pude acceder a ellas, ocupando un lugar de privilegio en mi biblioteca y hoy a través de la cátedra se hacen accesibles digitalmente para todos los alumnos,

Recuerdo su capacidad única de hacer accesibles las complejidades jurídicas con una claridad y sencillez que solo un verdadero maestro podía lograr. Siempre dispuesto a compartir sus conocimientos, su calidez humana y su entusiasmo por el Derecho inspiraron a quienes lo rodeábamos.

Su presencia era imponente, pero al mismo tiempo humilde; nunca dejaba de escuchar y aprender, aun siendo una de las mentes más influyentes del Derecho Administrativo Global.

Están en mis recuerdos su presencia en las distintas *Jornadas Ítalo Argentinas de Derecho Administrativo* sentado escuchándonos atentamente, para luego a la noche compartir extensas charlas.

Con su partida, no solo perdemos a un autor extraordinario, sino también a un ser humano excepcional, cuyo ejemplo y enseñanzas seguirán presentes en todos aquellos que, como yo, tuvimos la fortuna de aprender de él y que nos acompañara en nuestro camino.

2. Concepto y fundamento

Antes de comenzar a desarrollar el tema de la motivación de los órganos colegiados deseo efectuar algunas consideraciones generales en torno al concepto de motivación de los actos administrativos en general.

Considero que la motivación de los actos administrativos es un tema central en nuestra materia, ya que mediante este elemento se garantiza la transparencia, la legalidad y la legitimidad de las decisiones adoptadas por los órganos del Estado. La motivación aparece, así como un componente sin duda trascendente para toda la actuación estatal.

El fundamento de la motivación se encuentra en nuestra forma republicana

³ www.gordillo.com

de gobierno, que consagra nuestra Constitución Nacional en su artículo 1°,⁴ lo que implica la publicidad de los actos de gobierno, que permite que los habitantes del país conozcan no sólo la acción que lleva a cabo el Estado, sino también porqué así actúa.

En primer lugar, una adecuada motivación permite que los ciudadanos comprendan las razones detrás de una resolución, lo que refuerza la confianza en las instituciones públicas y asegura que las decisiones no sean arbitrarias. Además, al fundamentar los actos administrativos, se asegura el respeto al principio de legalidad, que exige que toda acción de la administración esté justificada en hechos comprobados y en el marco normativo aplicable.

Por otro lado, una correcta motivación permite el control judicial efectivo, ya que los tribunales pueden evaluar si las decisiones fueron adoptadas en forma razonable, justa y conforme a derecho. En definitiva, la motivación no solo protege los derechos de los administrados, sino que también fortalece el estado de derecho, promoviendo una administración pública más justa y responsable.

Precisamente, la motivación, que ha tenido tanto en el ámbito del Derecho comparado como en el nacional un destino diverso, hoy en día abocó a tomar una entidad tal que llegó a configurarse como una de las notas esenciales para rotular que la actuación estatal pueda enmarcarse y rotularse como propia de un verdadero Estado de Derecho.

En Italia, antes de la sanción de la Ley 241, del 17 de agosto de 1990, no existía, como principio, la exigencia de la motivación de los actos administrativos, y menos, entre éstos, de los reglamentos; sin perjuicio de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Consejo de Estado consideraban que debían motivarse tanto los actos que afectaban a los administrados como los actos denominados “discrecionales”.

En doctrina el Prof. ROMANO-TASSONE reconstruye la teoría de la motivación sobre tres problemas esenciales, ellos son: a) aquel que establece el deber de motivar, b) cuáles son los requisitos de la motivación, y c) cómo debe ser exteriorizada.⁵

Por su parte, el Profesor SCARCIGLIA,⁶ desarrolla distintas tendencias doctrinarias respecto a la consideración de la motivación de los actos administrativos, entre ellas aquella que entiende a la motivación como un elemento formal del

⁴ “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución”.

⁵ Romano-Tassone, Antonio *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987, pp. 36 y ss.

⁶ Scarciglia, Roberto, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999, pp. 41 y ss.

acto; otra que la considera como un elemento esencial del acto o como corolario del principio de transparencia.

Dicho autor también refiere a la motivación como un discurso justificativo ya que la teoría sustancialista de la motivación está fundada en estudios sobre la valoración objetiva de los procesos de conocimiento a través de la revalorización de los principios de la lógica en la argumentación jurídica. Y en consecuencia la motivación fue así definida como un discurso justificativo de una decisión y como tal no puede traducirse en una representación del iter decisonal porque se consideraba imposible reproducir a posteriori la voluntad de la autoridad decisoria, sin perjuicio de lo cual se proporcionan una serie de argumentos que la justifican. Menciona que se debe al Profesor ROMANO-TASSONE una amplia elaboración de esta teoría aplicada al discurso de la motivación, seguida entonces por la doctrina administrativista italiana.

En cuanto al derecho positivo en Italia como se mencionó, la ley 241/90 impone como principio en el texto actual del artículo 3°, apartado 1) “la necesidad de motivar toda resolución administrativa, incluidas aquellas relativas a la organización administrativa, al desarrollo de los concursos públicos y al personal, salvo los supuestos previstos en el párrafo 2. La motivación deberá indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión de la Administración, de acuerdo con el resultado de la instrucción. 2) No requieren motivación los reglamentos (atti normativi) y los actos de contenido general. 3) Si el fundamento (ragione) de la decisión resulta de otro acuerdo de la Administración al que se remite dicha decisión, deberá indicarse y ponerse de manifiesto junto a la comunicación de esta última, por mandato de la presente ley, también el acuerdo al que se remite.”

En España, la Ley de Procedimientos Administrativos española de 1958, hacía referencia a la motivación como “sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho”, de los actos que limitaran derechos subjetivos, los que resolvieran recursos, los que se apartaran de precedentes o del dictamen consultivo previo, o cuando lo dispusiera una norma, y los que suspendieran actos objeto de recurso.

Por su parte, la Ley N° 30/1992 – con la modificación de la Ley 4/99-, elabora una enumeración de supuestos en los que la motivación es obligatoria. El apartado 1 del artículo 54 de la ley de 1992 prescribe que “serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. b) los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje. c) los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. d) los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera

que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas [] en esta Ley. e) los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos. f) los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”. A su vez, el apartado 2 establece que “La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

En doctrina, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA expresa que “motivar el acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar en primer término los hechos cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica y en segundo lugar a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”. La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo. La motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.⁷

Resulta interesante la postura del Prof. FERNANDO PABLO, quien expresa que para lograr que el derecho administrativo siga funcionando como muro frente a la arbitrariedad, se deberá tener en cuenta las bases constitucionales, en una nueva consideración de la motivación del acto administrativo. Así, la inserción del tema en un más complejo problema de la existencia de un principio de rango constitucional que exija la justificación de los actos de los poderes públicos (art. 120 CE), el examen del nuevo sentido que presenta el procedimiento administrativo y las directrices de objetividad y publicidad (arts. 103 y 105 CE), así como la afirmación expresa de la necesidad de justificación de la actuación de la Administración respecto de sus fines (impuesta por el art. 106 CE) y la relevancia del tema respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión (art. 24 CE).⁸

En nuestro país, como bien señala el Profesor COVIELLO⁹, tanto antes como

⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 8va. Edición Civitas Madrid, reimpresión 1998, pp. 556 y ss.

⁸ Fernando Pablo, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Editorial Tecnos Madrid 1993, pp. 37 y ss.

⁹ Coviello, Pedro José Jorge, “*La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales*” en *El control de la actividad estatal*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016, pp. 130 y ss.

después de la sanción del Decreto-Ley 7647/70 y de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 del año 1972, se ha puesto énfasis en señalar la necesidad de motivar los actos con fundamento bien sea en la forma republicana de gobierno (BIELSA); en el régimen democrático o como elemento de la legitimidad del acto y de la “juridicidad” y “razonabilidad” de las relaciones jurídicas (FIORINI), con quien coincidía ESCOLA; como “índice de su legalidad” (DIEZ), o exigencia de una conducta racional en un Estado de Derecho (GORDILLO). MARIENHOFF había expuesto que la motivación “tiende a poner de manifiesto la ‘juridicidad’ del acto emitido”, alejando “todo atisbo de arbitrariedad”; CASSAGNE, de su lado, firme en su postura de la necesidad de motivar todos los actos, salvo excepciones, lo sustentaba en la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales, pensamiento que coincide HUTCHINSON; mientras que COMADIRA, en la misma línea que BIELSA, lo sustentó en los principios republicanos que imponen a la Administración a dar cuenta de sus actos.

Por su parte, el maestro GORDILLO señala que antiguamente empleábamos principalmente el vocablo “motivación”, pero la crítica que le formulara su amigo ALBERTO RAMÓN REAL lo ha llevado a entender que el vocablo “motivación” es débil y poco dice para nuestra cultura jurídica. El maestro considera que corresponde hablar de “*fundamentación*” en la esperanza de que se entienda y aplique como el necesario razonamiento lógico que une a los hechos del caso con la decisión que en él se adopta.¹⁰

La motivación, como requisito esencial del acto administrativo, se encuentra definida en el artículo 108 de la ley de procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires, decreto ley 7647/70. Establece que todo acto administrativo final deberá ser motivado y contendrá una relación de hechos y fundamentos de derecho cuando a) decida sobre derechos subjetivos; b) resuelva recursos; c) se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

Por su parte, en el Artículo 7^o¹¹ de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos (L.P.A.), cuyo inciso e) establece que el acto “deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo”; esto es, “b) Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”.

¹⁰ Gordillo, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 8° ed., 2004, Capítulo X-14.

¹¹ Artículo sustituido por art. 27 de la Ley N° 27.742, B.O. 8/7/2024. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

Teniendo en cuenta los distintos textos legales mencionados, puede decirse, inicialmente, que la motivación es la expresión concreta de las razones que inducen a emitir el acto y la consignación de la causa – hechos y antecedentes que a la misma sirvan – y del derecho aplicable, y debe constar por escrito conforme la regla del artículo 8 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, que prescribe que los actos administrativos se manifestarán expresamente y por escrito.

Como enseñara el Prof. GORDILLO la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos¹².

Algunos autores han señalado que requerir la motivación explícita como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal. Ya que se trata de una exigencia que – por imperio legal – es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad de la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del Estado de derecho y del sistema republicano de gobierno.¹³

En cuanto a los actos fundados en parte en facultades discrecionales no habría casi forma de controlarlos si no se exigiera una fundamentación suficiente y adecuada, pues ello equipararía a la existente discrecionalidad como sinónimo de arbitrariedad. El acto discrecional inmotivado es lo mismo que decir “lo hago porque quiero”, “porque sí”, eso es demasiado absurdo y autoritario como para admitirlo en un estado de derecho. No cumpliendo este requisito la utilización de frases de compromiso o cliché referidas vagamente al interés público, a necesidades del servicio, el buen orden de la comunidad, el bien común.¹⁴

Con relación a la ubicación de la motivación no sólo se ha localizado la misma en los considerandos del acto, sino también en actuaciones anteriores o posteriores al dictado del acto. Estas dos últimas clases de motivación no pueden hallar sostén en nuestro ordenamiento, ya que la motivación anterior “*in*

¹² Gordillo, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., Tomo III, Capítulo X-13.

¹³ Sacristán, Estela, “La motivación como requisito esencial del acto administrativo”, en *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2002, pág. 65-92.

¹⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., Tomo III, Capítulo X-17.

aliunde” no garantiza el conocimiento de las razones por las que se dicta el acto (salvo que el dictamen, informe, vista, integre el acto y se notifiquen con el acto). En el caso de las actuaciones posteriores (caso del informe del art. 8 de la ley de Amparo – 16.986-) sería imposible porque implicaría aceptar el saneamiento de un acto nulo de nulidad absoluta.¹⁵

3. *La motivación en los órganos colegiados*

Cuando nos referimos a órgano colegiado, el mismo tiene que estar conformado por al menos tres personas o más personas a las que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control y cuya creación sea constitucional o legal. Las decisiones se adoptan mediante la deliberación y el voto, donde cada miembro tiene la posibilidad de expresar su opinión y contribuir al resultado final.

Los caracteres de los mismos son: a) Pluralidad de miembros: Un órgano colegiado se caracteriza por estar compuesto por más de una persona, lo que implica la coexistencia de diversas perspectivas; b) Decisiones conjuntas: Las resoluciones del órgano no dependen de un solo individuo, sino de un proceso colectivo donde se busca llegar a un acuerdo o decisión mayoritaria; c) Deliberación: Existe un proceso de discusión previa antes de la adopción de decisiones, asegurando que las opiniones de los miembros sean escuchadas y consideradas; d) Vinculación de las decisiones: Las decisiones adoptadas por el órgano colegiado tienen carácter vinculante para todos sus miembros y para la entidad o institución que representan.

En cuanto a los órganos colegiados, su particular conformación estructural no debiera justificar la omisión de fundar sus decisiones. Conviene destacar que en los órganos colegiados la formación de la voluntad sigue un complejo procedimiento que los distingue de los órganos unipersonales y el derecho regula no solo un producto final sino también dicho procedimiento, si notan hasta el punto de que las resoluciones de estos pueden resultar nulas o anulables por vicios durante la fase de integración que repercute en sus decisiones.

Con respecto a la motivación del procedimiento de los órganos colegiados se ha expresado que “La exteriorización de las razones que fundamentan las deliberaciones del órgano colegiado, aunque pueda formularse ‘per relationem’, debe realizarse por el órgano deliberante y no puede ser sustituida por las acciones y votos emitidos por los miembros del órgano, ni puede deducirse a partir de operaciones difíciles e inciertas de reconstrucción lógica de las razones

¹⁵ Sacristán, Estela, “La motivación...”, ob. cit., pág. 79.

en las que se basa la deliberación, es decir, a través de una referencia incierta a las opiniones expresadas por los miembros individuales de la junta/del colegio. [] Asimismo, la exteriorización de los motivos de una medida, aunque pueda formularse ‘per relationem’, debe ser realizada por el órgano deliberante, y no puede ser sustituida por la reconstrucción de los motivos que pudieron haber motivado la emisión del acto, confiada al intérprete sobre la base de los elementos documentales que surjan del procedimiento.”¹⁶

La Suprema Corte Bonaerense con cita del Profesor SCARCIGLIA ha mencionado que “Es posible que, dada su conformación, en el supuesto de los órganos colegiados se presente con mayor asiduidad que en otros supuestos la motivación per relationem (conf. Scarciglia, cit., ps. 284-5). Pero fuera de ello, ese tipo de estructura administrativa nada posee que afecte la obligatoriedad de fundar sus decisiones. Tal estructura pluripersonal, su forma de deliberación y la formación de voluntad por votación y mayorías, inciden en expresión de sus actos, aun cuando no conllevan, como obligada consecuencia, la dispensa del cumplimiento de los elementos de validez de su actuar.”¹⁷

En dicho pronunciamiento también ha expresado que: “Se ha sostenido en doctrina, refiriéndose a los recaudos de expresión de la voluntad administrativa de los cuerpos colegiados, que ‘... el contenido mínimo y necesario del acta (de la sesión del órgano colegiado en que se adopta la decisión administrativa) comprende la motivación de los actos colegiales ... y no es diferente ... de la de los actos emanados de órganos unipersonales...’ (cfr. Carbonell Porras, E., ‘Los órganos colegiados’, Madrid, 1999, ps. 228 y ss.) añadiéndose que ‘... (esta) conclusión es aplicable a los procedimientos selectivos de personal ... La motivación de la propuesta ... se exige con independencia de la naturaleza colegiada o unipersonal del órgano, pues en la hipótesis de que el componente fuera unipersonal motivaría de la misma forma. Por eso los problemas del control de la decisión administrativa no derivan de la naturaleza colegiada del órgano’ (ob. y ps. cit.; en igual sentido, postulando la plena exigencia de motivación de las

¹⁶ Scarciglia, Roberto, *La motivazione dell’atto amministrativo*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, pp. 284/285. “L’esternazione dei motivi osti a base della deliberazione dell’organo collegiale, anche se formulabile ob relationem, deve essere effettuata dall’organo deliberante e non può essere sostituita dalle azioni e dai voti resi dai componenti dell’organo, né tanto meno si può desumere in base a difficili ed incerte operazioni di ricostruzioni logica delle ragioni sulle quali si fonda la deliberazione, attraverso, cioè, un incerto rinvio alle opinioni espresse dai singoli componenti del collegio. [...] Analogamente, l’esternazione dei motivi di un provvedimento, pur se formulabile ob relationem, va effettuata dall’organo deliberante, e non può essere sostituita dalla ricostruzione dei motivi che possono aver condotto all’emanazione dell’atto, affidata all’interprete sulla scorta degli elementi documentali emergenti dal procedimento”.

¹⁷ SCBA B:62.241, “Zarlenga”, sent. 27-12-2002.

propuestas de órganos colegiados para la designación de magistrados se ha expedido, recientemente, Bacigalupo Saggese, M.: 'En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados', en R.E.D.A., Madrid, 2000, n° 107, p. 407 y ss.)".

Podrá decirse de ciertos órganos colegiados, que la regularidad de sus decisiones surge, en modo principal, del acatamiento de los recaudos inherentes a la convocatoria regular y a la expresión de las mayorías debidas en cada caso. Por lo que disiento con cierta doctrina en que el contenido mínimo y necesaria del acta comprende la motivación del órgano colegial. Entiendo que existe una ineludible carga de valoración, que ha de ser expresada y pública, a fin de poder constatar que una determinada selección no ha sido animada por razones de discriminación política, racial, religiosa, sexual, etc., si el órgano colegiado no motiva sus decisiones.

Dada la disparidad de regulaciones normativas de cada órgano concreto, una teoría general solo puede hacer alusión a sus trámites esenciales. En cuanto a los trámites, como dijera, el primero es el de la convocatoria y fijación del orden del día; el segundo trámite la deliberación; el tercero la votación o adopción de acuerdos; el cuarto y último trámite el de proclamación y documentación de los acuerdos, que suele confiarse al secretario del órgano mediante el levantamiento del acta correspondiente, que debe contener todo lo sucedido en la sesión y la opinión de cada uno de los integrantes del órgano colegiado, ya que su voluntad se exterioriza mediante decisiones adoptadas en un ámbito deliberativo y mediante votos individuales de sus miembros, en el momento preciso de la deliberación.

Por ello deben existir ciertos recaudos formales mínimos que se deben cumplir para que las decisiones de tales órganos sean válidas, tales como la convocatoria previa, la fijación del orden del día con anticipación, la reunión del quórum de asistencia, el tratamiento exclusivo de los temas fijados en el orden del día, y finalmente, la reunión del quórum de votación.

Tales reglas son de indiscutible relevancia jurídica en la medida que su inobservancia constituye un vicio del procedimiento que se traslada con todos sus efectos al acto final. Así lo ha expresado la Corte Suprema en los autos "González Lima": "Por otra parte, teniendo en cuenta que en el sub iudice la decisión la adoptó un órgano colegiado, también es preciso recordar que la 'peculiar conformación' de este tipo de órganos trae aparejada una especial forma de adoptar sus decisiones y, por lo tanto, 'una particular manera de fundarlas'. Esta se lleva a cabo, en éste como en cualquier cuerpo colegiado que exterioriza su voluntad mediante decisiones adoptadas en un ámbito deliberativo y mediante votos individuales de sus miembros en el momento preciso de la deliberación. En tal sentido, destaco que en el caso los requisitos formales del proce-

dimiento de elaboración de la voluntad de los órganos colegiados se encuentran cumplidos, la sesión fue convocada previamente, el orden del día se fijó y se reunió el quórum de asistencia y votación.”¹⁸

Algunos supuestos especiales de órganos colegiados, a nivel nacional o provincial, que deben motivar sus decisiones son los siguientes.

a. Las decisiones de los Concursos docentes

No existen dudas que cuando un órgano es colegiado el deber de motivar sería el mismo, lo que varía en muchos casos es la modalidad de la toma de decisión, ya que normalmente existe un debate previo que por lo general se vuelca en un acta, en donde deben constar las opiniones de todos los participantes, la votación y el resultado.

La motivación de las decisiones en los concursos docentes universitarios es esencial para asegurar procesos de selección basados en los principios de objetividad, igualdad de oportunidades y transparencia, brindando mayor confianza a los participantes y a la comunidad académica en general.

La CSJN ha expresado que “ Los órganos colegiados adoptan decisiones por mayoría, previa deliberación y votación, en la forma que establezcan las normas correspondientes. Por lo general, los acuerdos verbales de las autoridades se hacen constar en un acta, labrada por el secretario, quien además se ocupa de notificar las decisiones, y estas constancias que se realizan por escrito resultan suficientes para cumplir con el requisito de motivación del acto.”¹⁹

En esta temática es doctrina reiterada de la CSJN que ha establecido que los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente, no admite revisión judicial, por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la Universidad, salvo en aquellos casos en que los actos administrativos impugnados sean manifiestamente arbitrarios (doctrina de Fallos: 314:1234, considerando 7º, y sus citas). En consecuencia, examina sólo si la sentencia apelada constituyó un legítimo control de la legalidad y de la razonabilidad de los actos cuestionados.²⁰

El algún precedente el Superior Tribunal “ desestima el vicio de falta de fundamentación por cuanto la cámara a quo trató de manera escueta pero contundente – considerando VIII del fallo apelado – los agravios presentados por el doctor Loñ contra los aspectos formales y sustanciales del dictamen que esta-

¹⁸ Fallos, 329: 4577.

¹⁹ Fallos, 327: 4944.

²⁰ Fallos, 326: 2374.

bleció el orden de mérito de los concursantes. Cabe destacar que tal dictamen fue compartido por los tres miembros del jurado, cuya designación no fue impugnada en la oportunidad administrativa debida. En cuanto al agravio por haber soslayado graves irregularidades del procedimiento, el actor reitera su discrepancia con los criterios de valoración seguidos, según los cuales el jurado habría sustentado su decisión esencialmente en los resultados de la prueba de oposición, soslayando la trayectoria y las publicaciones de los postulantes. Es evidente que el recurrente concibe la revisión judicial con un alcance que llevaría a los jueces a sustituir los criterios del jurado y a interferir en ámbitos típicamente académicos, comprendidos en el marco de la autonomía de las universidades”²¹.

La Corte Suprema en un concurso docente para cubrir siete cargos de profesores titulares hizo lugar al recurso de Queja interpuesto por la actora que ocupó el puesto décimo en el orden de mérito expresando que: “ el jurado omitió la aplicación de los dispuesto en los arts. 32 y 33 del Reglamento de Concursos que exigen el examen minucioso de los antecedentes y aptitudes de los aspirantes, estableciendo, asimismo, la obligatoriedad de fundar el dictamen, que también deberá contener la valoración detallada de los antecedentes y títulos, publicaciones, trabajos científicos y profesionales, entrevista personal, prueba de oposición, así como el orden de mérito para los cargos objeto del concurso.:”²²

Sin perjuicio de lo resuelto en la causa “Piaggi”, en la causa “González Lima”²³ la CS ha expresado: “ la peculiar conformación del órgano trae aparejada una especial forma de adoptar sus decisiones y, por lo tanto, una particular manera de fundarlas. Ésta se lleva a cabo, en éste como en cualquier cuerpo colegiado que exterioriza su voluntad mediante decisiones adoptadas en un ámbito deliberativo y mediante votos individuales de sus miembros en el momento preciso de la deliberación. En tal sentido, destacó que los requisitos formales del procedimiento de elaboración de la voluntad de los órganos colegiados se encuentran cumplidos, la sesión fue convocada previamente, el orden del día se fijó y se reunió el quórum de asistencia y votación. []

Estas deliberaciones, que quedan asentadas en las versiones taquigráficas de cada reunión del Consejo Académico, resultan suficientes, a mi modo de ver, para cumplir con el requisito de motivación, cuya supuesta falta fue el argumento principal en el que el actor basó su recurso. Cada consejero fundó, en la medida de su postura, la votación que creyó conveniente y ahí reside su libertad

²¹ Fallos, 326: 2374.

²² Fallos, 327: 2683, “Piaggi”, sent. 29/06/2004.

²³ Fallos, 329: 4577, “González Lima”, sent. 31/10/2006.

de opinión y votación como en la de todo órgano colegiado donde las decisiones se toman por mayorías. Asimismo, no se le puede inculcar a un consejero que tome una postura u otra, pues es facultad de ellos deliberar y votar según sus convicciones”. Por ello, considero que las críticas que realiza el apelante acerca de la falta de motivación no pueden ser admitidas. A lo que cabe agregar que, objetivamente, aquél no obtuvo los dos tercios de votos reglamentarios que se requieren para la designación de profesor (art. 22 del Estatuto), y que los actos impugnados contienen – aunque de un modo particular – las razones que llevaron a dictarlos y que dejaron sin efecto el concurso de referencia, impidiendo que el actor acceda al cargo que aspiraba (v. sentencia de V.E. del 16 de noviembre de 2004, in re D. 550 L. XXXVI, ‘Dr. Caiella interpone rec. directo art. 32 ley 24.521 c/ Resolución del H. Cons. Sup. de la U.N.L.P.’).

En otro caso del año 2010²⁴, la CSJN confirmó un pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba que anuló decisiones del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba, dictadas en el trámite de un concurso para proveer tres cargos de profesor (titular, asociado y adjunto) para la cátedra “Política Económica Argentina”.

Con fundamento en el dictamen de la Procuradora Dra. LAURA MONTI, consideró que los actos administrativos impugnados son ilegítimos y que el dictamen del jurado carece de motivación, circunstancia que lo descalifica como el acto de evaluación y juicio previsto normativamente como antecedente de la designación de profesores universitarios. En tal sentido recordó que el acto de evaluación debe exponer los factores o variables que se tomaron en cuenta para discernir sobre los antecedentes y méritos de los postulantes. La importancia de este requisito también se advierte cuando se repara en el Reglamento para la provisión de cátedras que contiene previsiones expresas sobre la forma y el modo en que el jurado debe realizar su tarea, extremos que la cámara consideró que no se cumplieron en el caso.

Por último, entiendo que es oportuno mencionar el criterio seguido por el Profesor Doctor PEDRO COVIELLO, en su carácter de juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, en los autos “Huber, Elena c/ UBA-Resol. N° 1.228/2003” (17-8-2006), cuando dice: “[...] 12) Que el sub lite trata de una de las cuestiones más delicadas para un juez, como es la evaluación judicial de lo actuado por las autoridades académicas en un concurso universitario. En tal sentido, reiterando conceptos vertidos en otras oportunidades, no puede olvidarse que la actuación de un jurado académico comporta el ejercicio de potestades discrecionales, donde juega la pericia de sus integrantes, que, por principio, el juez no posee, por lo que, también por

²⁴ Fallos, 314: 625, “Gonzalez Villar”.

principio, es necesario que el juicio de dichos expertos sea seguido en sede judicial, salvo ilegalidad o arbitrariedad”.

“Mientras que en la evaluación académica la palabra la tienen los expertos, en la ponderación de la validez de lo actuado, en cuanto a la observancia de las formas y a la sustancia jurídica de lo decidido por el órgano universitario, el experto es el juez. Por ello es que en esta materia, con sus especiales características discrecionales, es donde más exigible aparece la necesidad de motivar en forma acentuada la decisión adoptada, conforme a los antecedentes de lo actuado. No en vano, como se vio en el considerando precedente, la normativa académica impone, con distintas palabras, la ‘fundada’ decisión, en su detalle, minuciosidad y expresión. En definitiva, el ordenamiento de la Universidad Nacional de Buenos Aires impone un conjunto de exigencias que eviten la arbitrariedad. Por ello, el reglamento contempla la impugnación del dictamen ‘por defectos de forma o procedimiento, así como por manifiesta arbitrariedad’ (Art. 35), como también de la propuesta del decano respectivo (Art. 36, último párrafo)”.

b. Las decisiones del Consejo de la Magistratura

El artículo 175 de la Constitución Provincial, incorporado en 1994, establece el Consejo de la Magistratura como un organismo constitucional²⁵, describiendo el texto constitucional la composición y las funciones básicas, no formando parte del poder judicial, y en consecuencia no está subordinado ni a la Suprema Corte bonaerense, ni al Poder Legislativo o Ejecutivo, aunque se integre con representantes de estos.

²⁵ Artículo 175 C. Pcial.: Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el procurador y el subprocurador general, serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros. Los demás jueces e integrantes del Ministerio Público serán designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública. Será función indelegable del Consejo de la Magistratura seleccionar los postulantes mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación. Se privilegiará la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos. El Consejo de la Magistratura se compondrá, equilibradamente, con representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la Provincia. El Consejo de la Magistratura se conformará con un mínimo de quince miembros. Con carácter consultivo, y por departamento judicial, lo integrarán jueces y abogados; así como personalidades académicas especializadas. La ley determinará sus demás atribuciones, regulará su funcionamiento y la periodicidad de los mandatos.

A diferencia de lo establecido en la órbita federal en el artículo 114 de la Constitución Nacional²⁶, el Consejo provincial únicamente tiene asignada la función indelegable de seleccionar los candidatos (terna) para cargos judiciales, a excepción los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador y el Subprocurador general, que son designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros.

Según el artículo 175 del texto constitucional, el procedimiento de selección de magistrados debe desenvolverse observando precisos recaudos concernientes al órgano competente (quien selecciona y eleva las ternas es el Consejo de la Magistratura), a la publicidad de la actuación, y, por fin, al modo de selección, que ha de practicarse ineludiblemente bajo aquel procedimiento y de acuerdo con criterios objetivos y predeterminados de evaluación.

De acuerdo con la normativa reglamentaria, Ley N° 11.868 y sus modificaciones 12.892, 13.553, 14.305 y 15.058, establece que el Consejo está formado por cuatro estamentos, a saber: cuatro (4) consejeros titulares del Poder Ejecutivo; cuatro (4) consejeros de los Colegios de la Abogacía provincial, seis (6) miembros de la Legislatura y, finalmente, cuatro (4) miembros del Poder Judicial, entre los que forma parte y preside al organismo, el miembro de la Suprema Corte. Es decir, por dieciocho (18) miembros. Los miembros del Consejo, a excepción del consejero representante de la Suprema Corte de Justicia, permanecerán en sus cargos durante cuatro (4) años, con renovación parcial cada bienio. Una vez constituido se sortearán por estamento los miembros que deban cesar en el primer período.

En cuanto al aspecto funcional, el Consejo de la Magistratura despliega una actividad materialmente administrativa (arg. art. 166, párr. final, Const. prov.). Se trata de una labor que lleva consigo la exigencia de motivación carga tam-

²⁶ Art. 114 C.N.: El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores; 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores; 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia; 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados; 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente; 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

bién establecida en otras esferas del quehacer estatal como presupuesto de la actuación válida del poder público (arts. 168 y 171, Const. prov.).

Las distintas instancias que tienen lugar en el concurso público, de selección²⁷ son: a) Inscripción de los aspirantes en el PODA (Portal Digital de Aspirantes) y RIA (Registro Integral de Antecedentes)²⁸; b) Convocatoria; c) Postulación del aspirante a la convocatoria; d) Examen de oposición (evaluación escrita y oral²⁹); e) Evaluación psicológica y/o psiquiátrica, f) Entrevista individual; g) Análisis de los antecedentes académicos y profesionales de los concursantes; h) Orden de mérito provisorio y definitivo; i) Selección por parte de los miembros del Consejo de la Magistratura de la terna³⁰; j) Remisión de la terna

²⁷ Conforme lo señalado en la causa B 62.241 “Zarlenga”, sent. 27/12/2002, se menciona que: “...La fase de selección se desarrolla sobre un universo amplio, inicialmente indeterminado, de postulantes que concurren con igual derecho (arg. art. 16 CN) a competir para acceder a la función concursada. Conforme al texto constitucional (art. 175, Const. prov.) ha de desenvolverse observando precisos recaudos concernientes al órgano competente (quien selecciona y eleva las ternas es el Consejo de la Magistratura, órgano al que le está vedado delegar el ejercicio de esa atribución), a la publicidad de la actuación, y, por fin, al modo de selección. Esta, en efecto, debe practicarse de acuerdo con criterios objetivos y predeterminados de evaluación, según reza la norma citada...”.

²⁸ Reglamento aplicable para el registro integral de antecedentes de aspirantes a la Magistratura y al Ministerio Público (RIA) y el Portal Digital de Aspirantes (PODA), con las modificaciones efectuadas por la Resolución N° 2801/2022.

²⁹ Ley 15.478, art. 1°: Prorrógase por el término de dos (2) años la Ley N° 15.316, que suspende por dos (2) años la exigencia del examen oral y la doble convocatoria anual a examen de oposición para cubrir vacantes –contenidas en los artículos 25 y 26 de la Ley N° 11.868 – Consejo de la Magistratura – a partir de su vencimiento” (B.O. 04-01-2024).

³⁰ En el artículo 28 de la ley se establece el procedimiento a seguir en la elaboración del orden de mérito y la terna (texto según Ley 15.058): Procedimiento ulterior. Orden de mérito. Cuando deba definirse una terna para cubrir las vacantes que se produzcan en órganos de igual jerarquía y competencia material en el ámbito de las regiones definidas en la Ley N° 13.837 y modificatorias, el Consejo evaluará los antecedentes, la actividad profesional cumplida, y el desempeño del postulante en los cursos dictados por la Escuela Judicial, procediendo a calificarlos conforme las pautas que se fijarán por vía reglamentaria. Ello se hará respecto de los diversos aspirantes que hayan aprobado los exámenes escrito y oral para el órgano correspondiente, y que opten por una vacante de esa naturaleza en dicha región. Luego, el Consejo entrevistará personalmente a cada uno de los concursantes con la finalidad de apreciar su idoneidad, solvencia moral, equilibrio, madurez, conocimiento de la realidad, sentido común, coherencia, creatividad, independencia de criterio, imparcialidad, equidad, apego al trabajo, capacidad de liderazgo, vocación de servicio, compromiso con el cambio, con los intereses de la comunidad, el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos. Durante ese acto el entrevistado deberá responder a las preguntas que a tal efecto formulen los miembros permanentes o consultivos del Consejo. De todo lo expuesto se dejará constancia mediante video filmación y acta correspondiente. Finalizadas las entrevistas, el Consejo podrá disponer alguna diligencia excepcional para

al Ejecutivo.³¹ El Consejo de la Magistratura, como hemos referenciado, no puede elegir libremente a los integrantes de la terna que debe remitir al Poder Ejecutivo, sino que debe llevar adelante un procedimiento previsto constitucionalmente tendiente a seleccionar a las personas con mayor idoneidad técnica y moral y que, además, sean respetuosas de las instituciones democráticas y de los derechos humanos.

Asimismo, se deben considerar las pautas internacionales para la selección de los magistrados³². De esta forma, el principio 10 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura establece que “(l)as personas se-

mejor proveer, que no hubiera podido disponer o concretar con anterioridad, que se evacuará dentro de los cinco (5) días.

En función del resultado de los exámenes escritos y oral, la calificación de los antecedentes, los cursos dictados por la Escuela Judicial, la actividad profesional, y las entrevistas, el Consejo respetando los principios de objetividad, igualdad de oportunidades y transparencia procederá a emitir un orden de mérito de los postulantes, dentro de los treinta (30) días desde la culminación de las entrevistas. Formulado el mismo, durante el plazo de quince (15) días podrán efectuarse aquellas impugnaciones que se prevean en la reglamentación que, a tales efectos, dictará el Consejo. Para resolver dichas impugnaciones el Consejo contará con un plazo de quince (15) días. Una vez resuelto el orden de mérito definitivo, el Consejo contara con treinta (30) días corridos para emitir decisión acerca de la integración de las ternas previstas en el párrafo primero. Para emitir su terna vinculante será necesario el voto de los dos tercios de los consejeros Titulares presentes.

Las asociaciones civiles sin fines de lucro con inscripción en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires y cuyo objeto social exclusivo tengan vinculación con el mejoramiento del servicio de Justicia, la Asociación Judicial Bonaerense y los Colegios de Magistrados y Funcionarios, podrán hacer llegar su opinión al Consejo sobre las condiciones de los postulantes.

³¹ Estas etapas se encuentran referenciadas en la causa B 62.241 “Zarlenga”, sent. 27/12/2002: “...La Constitución de la Provincia de Buenos Aires atribuye al Consejo de la Magistratura la competencia (“indelegable” a tenor del Art. 175, Const. Pcial.) para seleccionar a los postulantes a jueces e integrantes del Ministerio Público y elevar las pertinentes ternas vinculantes al Gobernador. El Consejo cumple un papel trascendente en el procedimiento de designación de magistrados, verdadero complejo de actos de diferentes poderes públicos que confluyen en el ejercicio de competencias diferenciadas. Tal procedimiento, como es sabido, exhibe tres fases características: (i) la selección mediante concursos (que incluye la evaluación de todos los postulantes) y la determinación de las ternas integradas por quienes reúnan las mejores condiciones de idoneidad para aspirar a los cargos; (ii) la elección del magistrado propuesto para acceder a la función concursada que el Poder Ejecutivo escoge dentro de las ternas que le han sido remitidas; (iii) el acuerdo del Senado a la propuesta remitida por el titular de la Administración. Dicho procedimiento se perfecciona con la ulterior designación y la toma de posesión del cargo, previo juramento del aspirante ante esta Corte o la autoridad competente (Arts. 179, Const. Pcial.; 32 inc. “g”, Ley n° 5.827 y sus modificatorias; 11 y concs. Ley n° 12.061 con sus reformas)”.

³² Ver <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>.

leccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las cualificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país que se trate no se considerará discriminatorio”.

Además, corresponde resaltar el voto del presidente del Consejo de la Magistratura Dr. DANIEL SORIA en el acta de sesión N° 1149 del 10 de julio del 2024, en el cual al votar distintas ternas señala el trabajo del Consejo en evaluar posibles reformas a algunas de las normas centrales que organizan el procedimiento de selección de aspirantes a las magistraturas judiciales, propiciando la modificación de los artículos 25 a 29 de la ley 11.868. Considera que con dichas reformas se busca: a) consolidar la preponderancia tanto de la territorialidad como del conocimiento en concreto del oficio inherente al cargo concursado; b) se procura sustituir en lo posible las convocatorias masivas por la primacía del cargo vacante; c) se tiende a perfeccionar el encaje entre obras llevado a cabo (y a desplegarse en cada llamado) y los principios rectores de la juridicidad en los procedimientos de selección.³³

Una definición normal en todo concurso de antecedentes y oposición, cuanto menos, obliga a exponer o dar a conocer el detalle explicativo de la ponderación efectuada por el Consejo de la Magistratura. De lo contrario, sería imposible determinar si la terna se corresponde con un análisis circunstanciado de los méritos y condiciones de idoneidad de los concursantes o si ha sido fruto del azar, el capricho, la irreflexión o de cualquier otro propósito (ley 11.688, art. 28, Resol. CM 1614, art. 23).

En función de lo mencionado precedentemente, considero que el Consejo está obligado a motivar la decisión (terna), esto es, debe fundamentar las razones, con las particularidades del caso, como requisito para la legítima emisión del acto administrativo y su posterior comunicación al Poder Ejecutivo.³⁴

En tal sentido se ha expresado que “Exigir que las ternas se expresen en un acto fundado, con respeto a las bases del concurso, no importa esmerilar las

³³ Afirma que se intenta con ello acuñar una fórmula que morigere el árbitro contingente auto asignado por el Consejo en algunas normas reglamentarias (v. gr. los arts. 5 y 6 del Reglamento complementario. Res. CM 3313/2023) que dictadas en otro contexto todavía se encuentran en vigor.

³⁴ Doctrina vigente causa B 62.241, “Zarlenga”, sentencia del 27/12/2002 y causa A - 73-919, “Zarlenga” sentencia del 25/03/2022 Juez Dr. Soria (MI).

competencias del Consejo de la Magistratura sino encuadrarlas en su objeto constitucional. Su cumplimiento permite constatar que esas competencias efectivamente se han ejercido, lo que conlleva verificar la presencia (y pertinencia) de la justificación de la decisión valorativa. Deben exponerse en concreto los motivos inspiradores de la decisión adoptada a la luz de un examen riguroso de los antecedentes, las pruebas escritas, las entrevistas y los demás elementos de juicio determinantes de los méritos acreditados por cada concursante, de acuerdo con los criterios objetivos predeterminados de evaluación establecidos o que deben regir un procedimiento de selección de cargos críticos vitalicios de la índole de una magistratura judicial”.

En idéntico sentido se ha manifestado la CCont.adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, en fecha 24 de Julio de 2008 en autos “Buricca” en el cual hace lugar a la medida cautelar solicitada por la actora en el sentido que “ la parte demandada se abstenga de recibir juramento o compromiso de quien se halla ubicado en el noveno lugar del orden de mérito definitivo. Ello, sin perjuicio de que se reciba normalmente el juramento o compromiso de los otros ocho concursantes y, a su vez, de la potestad del Consejo de la Magistratura de designar interinamente a resultas de lo que se resuelva en definitiva en este juicio”.

Por último, dos pronunciamientos de la CCALP continúan con la doctrina de la SCBA en la causa “Zarlenga”. En el primero de ellos³⁵, el actor peticiona conocer los motivos de la decisión del Consejo que declara desiertos tres concursos en los que ha participado (acta n° 941), aspecto que reitera con relación a la decisión plasmada en el acta n° 948 que rechaza el recurso del Sr. Sastre con fundamento en el hecho que no habría contado con el voto favorable de al menos dos tercios de los consejeros presentes, a fin de efectuar una propuesta al Poder Ejecutivo.

En el voto de la Dra. MILANTA se expresa que: “La motivación es un requisito esencial del acto administrativo y se vincula a la garantía del debido proceso en cuanto exige una decisión fundada (art 8 CIDH, 18 CN, art. 108 Ley 7647/70) y hace a la transparencia del obrar de la Administración. A su vez destaca que la CIDH en el caso “CASA NINA VS. PERÚ”, sentencia de 24 de noviembre de 2020 en cuanto al deber de motivación manifestó “ que en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos y que es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías

³⁵ CCALP, 29264, “Sastre, Laureano”, sent. 13/07/2023.

del debido proceso legal. Al respecto, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”. Y agregó que “ que en cuanto al deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática ” y que “ por tanto las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad ”.

En el segundo pronunciamiento³⁶ la cámara decide el recurso de apelación, con fundamento en la nueva sentencia dictada por la SCBA en la causa B:62.241 “Zarlenga” (ante la denuncia de incumplimiento de la anterior realizada por el actor), en fecha del 29-XII-2009.

El voto del Dr. SPACAROTEL manifiesta que tal como lo sostuviera la SCBA en causa B. 62.241 “Zarlenga”, sent. 29-XII-2009, que la decisión del Consejo de la Magistratura cuya nulidad se pretende deviene ajustada a derecho toda vez que no se ha evidenciado que el Consejo se haya apartado del bloque de legalidad que demarca y delimita su actuación (arts. 175, Constitución Provincial, ley 11.868 y su reglamentación) ni se ha advertido arbitrariedad o vicios en el procedimiento.

En tal sentido ha expresado que “ las decisiones del Consejo son susceptibles de control judicial solo en casos excepcionales y en tanto lo que sea objeto de cuestionamiento no se trate de temas referidos a su competencia específica (también puede verse Gustavo D. Spacarotel, ‘El principio de legalidad y los alcances del control judicial’, en La Ley Administrativo, Suplemento del 16 de febrero de 2006, págs. 39 y sigtes.). De acuerdo a ello, y solo a modo de ejemplo: no se haya autorizado el Poder Judicial a enmendar las calificaciones discernidas a los postulantes en razón de sus respectivos exámenes, ni puede tampoco juzgarlos criterios por los cuales los consejeros han seleccionado a ciertos y determinados aspirantes en detrimento de otro u otros, ya que cualquiera de esas labores son propias y específicas del Consejo. En cambio, los tribunales pueden (y deben, según el caso), verificar que las decisiones que se tomen hayan

³⁶ CCALP, 20001, “Mortara, Héctor Mariano”, sentencia 11/05/2021.

sido debidamente justificadas o motivadas, haciendo operar las normas que fueran aplicables, y siempre con arreglo a elementales principios de razonabilidad”. En el mismo sentido ha dicho “ que ciertamente no atañe el Poder Judicial evaluar y calificar los antecedentes y exámenes de oposición de los postulantes a ocupar cargos de jueces e integrantes del Ministerio Público, ni elevar ternas al Poder Ejecutivo para efectuar las designaciones, porque la Constitución ha atribuido tales facultades, en grado de exclusividad, al órgano específico creado al efecto. En suma no se trata de que la materia no sea justiciable – tema abordado de algún modo en la primera cuestión – sino de que, en este caso, la cuestión planteada en la demanda está fuera de la competencia revisora del Poder Judicial respecto de los actos del Consejo de la Magistratura, porque aquél no puede sustituir la ponderación que es inherente a la función que en forma privativa y exclusiva le ha atribuido la Constitución. Y, naturalmente, no sería posible abordar la cuestión propuesta por la actora sin avanzar en esa esfera, aun cuando la eventual decisión se limitara a revocar el acto como ella pretende (SCBA causa I causa B. 60.418, ‘Guridi’ sent. 28-9-1999 y causa ‘Riusech’ sent. 16-II-99).”

c. Las decisiones de la Junta Electoral en la Provincia de Buenos Aires

La Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires no constituye un tribunal de justicia, pues es ajena al Poder Judicial (art. 63, Constitución provincial) y por tanto no cumple cometidos jurisdiccionales, sino que despliega funciones de índole administrativa (art. 166 in fine, Const. prov.).³⁷

Es un organismo clave en la organización y supervisión de los procesos elec-

³⁷ SCBA LP Q 76086, “Paccini”, RSI-341-19 I 07/08/2019, Juez Dr. SORIA (SD): “...De allí que su actuación u omisión es pasible de ser enjuiciada en el marco de lo prescripto por la mentada norma constitucional, en concordancia con el art. 15 de la Constitución de la Provincia. Conclusión que implica, de un lado, descartar la procedencia del recurso extraordinario previsto en el art. 161 inc. 3 ap. ‘a’ de la constitución para controvertir sus resoluciones, en tanto esa vía sólo es pertinente cuando se impugnan pronunciamientos de un ‘tribunal de justicia’ (art. 278, CPCC); y, de otro, interpretar que, en lo relativo a la actividad normal de la Junta Electoral, ajena al calendario electoral, compete a los tribunales contencioso administrativos conocer y decidir por vía de las pretensiones previstas en el ordenamiento procesal pertinente, de las causas que involucren el obrar lesivo que se adjudique a dicho cuerpo (arts. 166, in fine, Const. prov.; 1, 12 y concs., ley 12.008; 1 y concs., ley 12.074 con sus respectivas reformas). Ello, sin perjuicio de la competencia que cualquier juez o tribunal de primera instancia podrán ejercer si el caso se articula válidamente por medio de amparo (arts. 20 inc. 2, Const. prov.; 1 y concs., ley 13.928) por estar comprometido un caso urgente que suponga un atentado o afectación manifiestamente ilegítimos o arbitrarios de derechos, principios o libertades constitucionales”.

torales en la provincia más grande y poblada de Argentina. Este cuerpo tiene como funciones esenciales garantizar la transparencia, legalidad y legitimidad de las elecciones, además de velar por el cumplimiento de las normas establecidas en la legislación electoral. Su labor abarca la validación de candidaturas, la fiscalización de los comicios, y la proclamación de los resultados, siendo un actor esencial en la preservación de la confianza pública en el sistema democrático.³⁸

En el caso de la Junta Electoral, esta es un organismo previsto en el artículo 62 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires integrado por los presidentes de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de 3 Cámaras de Apelación del Departamento Judicial La Plata, bajo la presidencia del primero.³⁹ En caso de impedimento serán reemplazados por sus sustitutos legales.

Cabe aclarar que desde la creación de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de dicha ciudad a través de la ley 12.074 y su puesta en funcionamiento en el año 2004, existen cuatro Cámaras de Apelación en la capital provincial (art. 12, inc. b], ley 5827): las Cámaras Primera y Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal y la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata. La existencia de cuatro cámaras con sólo tres presidentes habilitados para integrar la Junta Electoral llevó hace años a la alzada en lo contencioso administrativo a requerir a la SCBA la incorporación de su presidente en el citado órgano. El planteo dio lugar al dictado de una acordada reglamentaria por parte de la Suprema Corte que básicamente determinó que los presidentes de las cámaras en lo civil y comercial roten anualmente para permitir la integración de la Junta con los titulares de los órganos de alzada de los tres fueros (civil, contencioso administrativo y penal)⁴⁰.

³⁸ Giannini, Leandro, “La impugnación judicial de las decisiones de la Junta Electoral en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Derecho Público, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019-II, pp. 739-760.

³⁹ Art. 62 CPBA: “*Habrará una Junta Electoral permanente, integrada por los presidentes de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de tres Cámaras de Apelación del Departamento de la Capital, que funcionará en el local de la Legislatura, bajo la presidencia del primero. En caso de impedimento serán reemplazados por sus sustitutos legales*”.

Por su parte, el art. 63 CPBA prescribe: “*Corresponderá a la Junta Electoral: 1. Formar y depurar el registro de electores. 2. Designar y remover los electores encargados de recibir los sufragios. 3. Realizar los escrutinios, sin perjuicio de lo que disponga la Legislatura en el caso de resolver la simultaneidad de las elecciones nacionales y provinciales. 4. Juzgar de la validez de las elecciones. 5. Diplomar a los legisladores, municipales y consejeros escolares, quienes, con esa credencial, quedarán habilitados para ejercer sus respectivos mandatos. Estas atribuciones y las demás que le acuerde la Legislatura, serán ejercidas con sujeción al procedimiento que determine la ley*”.

⁴⁰ SCBA, Ac. 2302, del 20/12/2006, que dispone: “*Artículo 1º) Regúlese la forma de participación en la Junta Electoral de la Provincia de los presidentes de las distintas Cámaras de Apelación*”.

El dilema fundamental que enfrenta este diseño es el de la revisión judicial de las decisiones adoptadas por este organismo constitucional. Siendo que sus atribuciones, pueden comprometer seriamente el ejercicio de los derechos políticos en la Provincia de Buenos Aires, la decisión final que ella adopte, al no provenir de un órgano estable del Poder Judicial, debe ser susceptible de revisión judicial suficiente, de conformidad con la tradicional doctrina general sentada por la CSJN en el *leading case* “Fernández Arias”⁴¹ y, en materia específicamente electoral, por la Corte IDH en el caso “Yatama”.⁴²

De esta forma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en “Yatama”, “Castañeda Gutman” como en “López Mendoza”, ha afirmado que el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real de ejercerlos. Asimismo, en el Informe 98/03 de la Comisión, se resalta que las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos que garantizan los derechos políticos deben ser interpretadas y aplicadas de manera que se dé efecto significativo al ejercicio de la democracia representativa. A su vez en “Castañeda Gutman”, la Corte resaltó que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos.⁴³

En una primera etapa, la Suprema Corte bonaerense sostuvo que las decisiones de la Junta Electoral provincial no resultaban revisables judicialmente, ni por vía de los recursos extraordinarios, ni a través de la acción contencioso-ad-

con asiento en la Capital. Artículo 2º) Los presidentes de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata integrarán la Junta Electoral de la Provincia en forma rotativa anual, por períodos que darán comienzo el 1º de marzo de cada año. Artículo 3º) En el caso de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata, el presidente de dicho tribunal integrará la Junta Electoral de la Provincia durante el lapso anual correspondiente al ejercicio de dicha función. Artículo 4º) En el caso de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de La Plata integrará la Junta Electoral el magistrado que ejerza aquella función”.

⁴¹ CSJN, “Fernández Arias c/ Poggio”, Fallos, 247: 646.

⁴² CIDH, Caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia de 23 de junio de 2005. El Tribunal sostuvo: “...las decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral, por más que tengan atribuidas funciones materialmente jurisdiccionales reconocidas en la constitución (en el caso, se trataba de la impugnación dirigida contra una decisión del Consejo Supremo Electoral, órgano máximo del Poder Electoral autónomo previsto en la Constitución Política de Nicaragua), deben ser susceptibles de revisión judicial...”.

⁴³ SCBA LP Q 72700, “Marcó”, I 06/08/2013, Juez Dr. De Lazzari (OP) y SCBA LP Q 72701, “Martín J. F. Villena y Esteban Castiglia”, I 06/08/2013, Juez Dr. De Lazzari (OP).

ministrativa, como tampoco por medio de la acción de amparo⁴⁴. Debemos considerar también que constituye una doctrina tradicional del Superior tribunal la creación por vía pretoriana de recursos no contemplados en la Constitución provincial.

En una segunda etapa, comienza durante las elecciones del año 2007, cuando se presentaron los primeros casos de excepción por vía del recurso extraordinario⁴⁵, en los cuales por mayoría se admitió la revisión de las decisiones de la Junta Electoral, considerando en general que frente a la necesidad constitucional y convencional de revisar judicialmente cualquier decisión administrativa que afecte un derecho y ante la falta de una vía idónea establecida para enjuiciar esta clase de resoluciones, correspondía atender la urgencia admitiendo los recursos deducidos, pese a no provenir, como lo exige la Constitución provincial, de un tribunal de justicia (art. 161, Const. Pcial.)⁴⁶.

Esta doctrina pareció limitarse en precedentes posteriores a situaciones caracterizadas por la “urgencia” y por “la índole de los derechos involucrados”,

⁴⁴ SCBA LP B 66401 “Risez”, I 03/09/2003, Juez Dr. Salas (MA). En dicha causa el Dr. Soria en su voto en minoría sostuvo que: “*La Junta Electoral, al no constituir un tribunal de justicia, no integra al Poder Judicial (art. 63, Constitución de la Provincia). No cumple cometidos jurisdiccionales sino despliega funciones de índole administrativa (art. 166 in fine, Constitución Provincial). Por tanto, y teniendo en cuenta que esta Corte ha señalado recientemente que la citada cláusula del art. 166 de la Constitución goza de plena operatividad en todo lo atinente a la definición material del contencioso administrativo y de sus contenidos estructurales, cabe concluir que la actuación u omisión del citado órgano electoral resulta pasible de ser enjuiciada en el marco de lo prescripto por la mentada norma constitucional, en concordancia con el art. 15 de la Constitución de la Provincia.*”

⁴⁵ A modo de ejemplo ver las causas a) Ac. 102.434, “Apoderado del MO.PO.BO, Apoderado del MID y Apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. contra H. Junta Electoral Pcia. Buenos Aires. Recurso de queja”, res. del 17/10/2007; b) 102.513, “Tunessi”, res. del 23/10/2007; c) Ac. 102.573, “Molina”, res. del 26/10/2007 y d) Q 71.714, “Agrupación Ciudadana San Isidro”, res. de 12/10/2011; e) A 69.395, “Scioli”, sent. 22/10/2007.

⁴⁶ Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia. Artículo 161: *La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: 1) Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada. 2) Conoce y resuelve originaria y exclusivamente en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia y en las que se susciten entre los tribunales de justicia con motivo de su jurisdicción respectiva. 3) Conoce y resuelve en grado de apelación: a - De la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de justicia en última instancia, funden su sentencia sobre la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos; b - De la nulidad argüida contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los tribunales de justicia, cuando se alegue violación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de esta Constitución. 4) Nombra y remueve directamente los secretarios y empleados del tribunal, y a propuesta de los jueces de primera instancia, funcionarios del Ministerio Público y jueces de Paz, el personal de sus respectivas dependencias.*

pero en su mayoría dependía la procedencia de la revisión en la presencia de cuestiones constitucionales directamente involucradas.⁴⁷

En una tercera etapa, allá para las elecciones del 2019, pasó a ser mayoritaria la posición que hasta entonces sostenían – con algunas variantes – los Dres. SORIA, NEGRI⁴⁸ y KOGAN, basada en la revisabilidad de las decisiones de la Junta Electoral ante los tribunales de primera instancia, con particular hincapié en la necesidad de contar con un mecanismo ágil y expeditivo a dichos efectos en virtud de la premura que imponen los comicios, nota que el primero de los citados magistrados considerara compatible con la celeridad propia del proceso de amparo⁴⁹.

Una cuestión central que surge en el funcionamiento de la Junta Electoral de Buenos Aires es la motivación de sus decisiones, y como mencionáramos previamente, el concepto “motivación” refiere a la obligación de los órganos administrativos de fundamentar sus resoluciones, de manera que estas no solo sean correctas en el fondo, sino también transparentes y comprensibles para los ciudadanos. En el caso de la Junta Electoral, la motivación de sus decisiones cobra especial relevancia dado que las decisiones en materia electoral pueden impactar directamente en los derechos políticos de los candidatos y electores.

En este sentido, la motivación de las decisiones de la Junta Electoral tiene un doble propósito: por un lado, garantizar que las decisiones se ajusten al marco legal, y por otro, asegurar que las partes involucradas comprendan las razones detrás de las resoluciones adoptadas, promoviendo así la transparencia y la confianza pública. Un ejemplo común de decisiones que deben estar debidamente motivadas incluye la impugnación de candidaturas, la invalidación de listas, o la anulación de votos. En todos estos casos, la Junta Electoral tiene la

⁴⁷ Ver voto Dr. De Lazzari en causas SCBA Q. 70.501, del 30/03/2010, “Alianza Unión Pro s/Oficialización de listas” y SCBA, causa Ac 102434, 17/10/2007, “Apoderado del MO.PO.BO”.

⁴⁸ SCBA, causa Ac 102434, “Apoderado del MO.PO.BO”, del 17/10/2007, en su voto el Dr. Negri expresó: “*Cualquier eventual vulneración a un derecho que pudiera requerir su corrección judicial en alguno de los órdenes de la vida cotidiana, encuentra su juez natural en las instancias ordinarias del Poder Judicial, empezando por la primera de ellas (arts. 15, Constitución provincial; 18, Constitución nacional y concs.). De considerar ésta la situación, los peticionarios de autos han escogido mal la vía al ocurrir directamente ante esta Suprema Corte, soslayando carriles procesales y la proposición de remedios efectivos, que en la legislación interna alcanzan para satisfacer las exigencias que en el mismo sentido contienen Pactos y Tratados Internacionales*”.

⁴⁹ Por su parte la Dra. Kogan en la misma causa 102434 “Apoderado del MO.PO.BO” expresó: “*Compete en primer término a los tribunales inferiores conocer y decidir por vía de las pretensiones previstas en el ordenamiento procesal vigente de la actuación – en el ejercicio de función administrativa – llevada a cabo por la Junta Electoral. Ello sin perjuicio de la competencia que cualquier juez o tribunal de primera instancia podrán ejercer si el caso se articula válidamente por medio de amparo*”.

obligación de justificar sus actos con base en los preceptos legales aplicables y en los hechos probados, de modo que no se generen sospechas de arbitrariedad.

En varios pronunciamientos, la SCBA anuló las decisiones de la Junta electoral al advertir que el proceder de la Junta electoral partidaria se encuentra reñido con los principios de transparencia y autenticidad que rigen en materia electoral, no habiendo la Junta electoral provincial motivado suficientemente su decisión al no convalidar la oficialización de las listas de precandidatos a nivel local por ser extemporánea su presentación.

La mayoría del Superior Tribunal expresó que “ Tal motivación, frente a la entidad de los derechos fundamentales puestos en juego en el procedimiento, entiende el Tribunal que resulta insuficiente. Esta Suprema Corte ha consolidado una clara doctrina en punto a la necesidad de que todos los órganos de la Administración, entre los que cabe incluir, no obstante, sus específicas funciones fijadas en la Constitución y en las leyes en la materia propia de su incumbencia, a la Junta Electoral de la Provincia, motiven adecuadamente sus decisiones. Como se ha dicho desde el precedente ‘Zarlenga’ (causa B 62.241, sent. de 27-XII-2002) y se ha reiterado en numerosas ocasiones (ver, por todas, causa B 64.685, ‘Rodríguez’, sent. de 18-IV-2012), la obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del iter lógico seguido por la autoridad para justificar el acto administrativo de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar (art. 108, Decreto ley 7647/70) y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1º, C.N.; 1º Const. Pcial.) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público”.⁵⁰

Asimismo, ha manifestado en otro pronunciamiento que: “ Se ha resuelto también que, si bien es cierto que la observancia de este requisito esencial no puede desvincularse del alcance de las potestades atribuidas a la autoridad administrativa por el ordenamiento (doct. C.S.J.N., Fallos 308:132), no lo es menos que su modo de concreción depende en cada caso del contenido de la atribución involucrada y, por ende, del objeto del acto que la ejercita o expresa. En otros términos, el recaudo de suficiente motivación debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (C.S.J.N., Fallos 324: 1860; doct. causas B 58.914, ‘Carballo’, sent. de 18-V-2005 y B 57.732, ‘Lagoa’, sent. de 20-VIII-2008, entre otras). La

⁵⁰ SCBA LP Q 72700, “Marcó, María Julia y otros c/Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires s/Recurso de queja por denegación de recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, sentencia del 06/08/2013.

exigencia de adecuada fundamentación no busca establecer formas por las formas mismas, sino preservar valores sustantivos. Aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y desde el punto de vista del particular o administrado traduce una pretensión fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que se pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifican el dictado de la decisión (conforme doctrina causa B. 65.796, ‘Deyherabehere de Shearer’, sent. del 3-IX-2008)”⁵¹.

Conforme lo expresado, la adecuada motivación de las decisiones de la Junta Electoral no solo es una exigencia jurídica, sino también una condición para el fortalecimiento de la legitimidad democrática. La transparencia en la motivación de los actos administrativos es un requisito que genera confianza en los actores políticos y en la ciudadanía en general, reduciendo la posibilidad de conflictos electorales y facilitando la aceptación de los resultados. Además, una motivación sólida permite que las decisiones sean susceptibles de ser revisadas por tribunales superiores, en caso de que una parte afectada considere que se ha vulnerado algún derecho.

Sin embargo, la motivación de las decisiones de la Junta Electoral no está exenta de desafíos. En primer lugar, se enfrenta al dilema de lograr un equilibrio entre la necesidad de ofrecer resoluciones rápidas y eficientes en el contexto de plazos electorales ajustados, y la obligación de fundamentar exhaustivamente sus decisiones. La presión del tiempo puede, en ocasiones, llevar a que la motivación sea más formal que sustancial, limitando la capacidad de explicar de manera detallada las razones que sustentan las decisiones.

Por otro lado, otro desafío que enfrenta la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires es la independencia de sus decisiones, ya que se trata de un órgano con componentes políticos y judiciales, y puede estar expuesta a presiones externas. Esto subraya la importancia de que la motivación de sus resoluciones sea clara y convincente, para evitar cualquier percepción de parcialidad o influencia indebida.

En resumen, la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires desempeña un rol fundamental en la administración de justicia electoral, y la motivación de sus decisiones es un aspecto crucial para asegurar la transparencia, la legalidad y la confianza en el sistema electoral. Las decisiones bien motivadas permiten a los ciudadanos y actores políticos comprender el fundamento de las resolucio-

⁵¹ SCBA Q. 72.701, “Martín J. F. Villena y Esteban Castiglia contra junta electoral de la provincia de Buenos Aires sobre recurso de queja por denegación de recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, sent. 06/08/2013.

nes y garantizan que estas se ajusten a los principios de legalidad y razonabilidad. La Junta enfrenta el desafío constante de equilibrar la rapidez de sus resoluciones con la profundidad y claridad en la motivación, asegurando la legitimidad de sus actos y contribuyendo al fortalecimiento del sistema democrático en la provincia.

4. *Conclusión*

A modo de conclusión, podemos aseverar que la motivación de los actos como requisito esencial y sin perjuicio de estar previsto en las distintas normas de procedimiento, constituye una exigencia no solo de racionalidad sino también de constitucionalidad de la decisión administrativa. Es una exigencia sustentada en el régimen republicano y en los valores que inspiraran al constituyente.

El dar cuenta de las razones por las que se decide no significa sino manifestación del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno, esto es, de darlos a conocer, oportuna e íntegramente. En función de ello, las razones de lo resuelto deben aparecer con absoluta transparencia.

Así, como el magistrado debe fundar la sentencia que dicta e incluso el legislador expone los motivos de la ley que sanciona, con mayor razón la administración debe expresar las razones de las decisiones que adopta.

Con frecuencia, como mencioné anteriormente, se esgrimen argumentos que pueden resultar válidos en una sociedad cuyas instituciones se caracterizan por una transparencia republicana y donde los funcionarios y gobernantes tienen como único objetivo respetar la legalidad en la selección de los más aptos.

Sin embargo, cuando surgen sombras de duda que impiden demostrar ante la sociedad dicha transparencia y juridicidad, la motivación de los actos administrativos se presenta como el mejor remedio para, al menos inicialmente, evidenciar que la actuación de los órganos responsables ha cumplido con esos principios republicanos.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y DEL MEDIO AMBIENTE EN EL SIGLO XXI

POR GUILLERMO F. RIZZI¹

SUMARIO: 1. Introducción. Los DESCAs y su evolución en Argentina desde 1960. – 2. Las deudas y desafíos que afronta la administración pública en el Siglo XXI. – 3. La búsqueda del derecho a un nivel de vida adecuado. – 4. Hechos disruptivos y posrealidad. – 5. Rol debido de la administración pública en una sociedad interconectada. – 6. A modo de colofón.

PALABRAS CLAVE: administración pública – nivel de vida adecuado – pobreza extrema – avances tecnológicos – brecha digital – posrealidad

1. *Introducción. Los DESCAs y su evolución en Argentina desde 1960*

El 8 de enero de 2024 se fue de este plano el reconocido jurista argentino Don AGUSTÍN GORDILLO, un adelantado, quien ya en la década de 1960 escribía sobre los “Principios de Derecho Internacional Público”, abordando sus principios fundamentales al analizar temas como la soberanía de los Estados, los tratados internacionales, la responsabilidad internacional, entre otros. Analizaremos aquí, brevemente para cumplir con el propósito estipulado, algunos ejes de investigación comenzando por un repaso de fallos de la Corte federal que consideramos emblemáticos porque, siempre desde nuestra visión, son los que abrieron paso a la plena judicabilidad² de los Derechos, Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante DESCAs) y, en función de ello, destacaremos su especial impacto en el acceso efectivo a la administración pública argentina. Serán fuente, esperamos, de la defensa de los particulares a la luz de las nuevas limitaciones que aparecen en el horizonte de la llamada cuarta revolución, la tecnológica.

En toda introducción a cualquier obra cuyo deseo sea nada menos que ho-

¹ Abogado y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Docente de grado y posgrado en universidades de Argentina y Ecuador. Secretario 2023-2027 de la Asociación Italo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo.

² Decimos judicabilidad y no justiciabilidad pues no siempre los designios judiciales tienen que ver con el valor Justicia, así lo vemos cuando tantas veces las discusiones en los tribunales quedan sujetas a cuestiones de legitimación y/o improponibilidad de las demandas.

menajear al Maestro AGUSTÍN GORDILLO, el escribiente realizará un primer esfuerzo por centrarse en algún aspecto de su gran obra, la que es verdaderamente inmensa y que, a través de su conocido *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, recorre casi todos los temas de nuestra disciplina. Por lo tanto, y efectuando un inacabado repaso de su labor, recuperaremos sus preocupaciones reveladas en el Tomo 11, “Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo” y en el Libro II, del Tomo 6, “La administración paralela”, cuya primera edición data de 1982.

Es que ya desde aquella época GORDILLO expresaba sus preocupaciones sobre los parasistemas administrativos, exponiendo en blanco sobre negro y con su particular visión el nexo de la negación de la realidad en el derecho y paraderecho, sosteniendo que existe un derecho escrito y oficial, extenso, complejo, minucioso, que todo el mundo sabe que no todo se cumple y que tampoco está todo concebido para ser cumplido, que tiene por fin dar una imagen que todos deseamos imaginarnos y está luego el derecho real, no escrito pero no menos oficial, que es el que todos sabemos que realmente se cumple y conforme al cual debemos manejarnos³.

En el trasluz de ese parafraseo, nos manejamos con la preocupación que nos genera esta nueva huida del derecho administrativo que propone la nueva administración de la gestión de la cosa pública en Argentina, al menos desde diciembre de 2023 donde observamos un agotador “curso e ricorso”, tan bien estampado en la obra del Maestro cuando investigó los esquemas institucionales internacionales, donde en 1981 ya lo preocupaban los problemas del control de la administración pública en América Latina, la cuestión del control social de la administración pública y de las empresas públicas, incluso sobre la figura del ombudsman. Sobre la necesidad de planificación, desde 1973, o sus punzantes estudios sobre las Empresas del Estado, desde 1966⁴. A hoy, las denodadas críticas irreflexivas sobre el Estado elefantiásico permiten una visión paralela que revela al Estado conscientemente ausente como el paradigma de la gestión eficiente⁵ y hacen que, más pronto que tarde, se lo extrañe profundamente.

Antes de continuar, debemos destacar que nuestra elección de fallos obedece, no solo a la discreción de quien elige, sino también al consenso general que

³ Gordillo, Agustín, Tomo 6, Libro II, Capítulo III. *El por qué del parasistema administrativo*, 2. El nexo de la negación de la realidad en el derecho y paraderecho, AP-III-3, disponible en https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap3.pdf.

⁴ Gordillo, Agustín, Tomo 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, Secciones II, III y IV, disponible en <https://www.gordillo.com/tomo11.php>.

⁵ Que podría ser replanteada hoy como una reversión de la Sección V, Después de la reforma del Estado, en un ahora cercano (?) 1998.

existe sobre los mismos, en tal sentido hay muchos otros que no se interpelan porque ya de arranque resultan bastante controvertidos, por nombrar solo dos de ellos señalamos los muy recientes “CSJ 4956/2015/RH1, Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”⁶, de claro tinte cultural (pero también religioso), del 23 de agosto de 2022; o el conocido como “Masacre de Napalpí”⁷ del cual el 19 de julio de 2024 se cumplieron cien años, donde la Corte Suprema revocó una sentencia que ordenaba al Estado Nacional indemnizar a la asociación actora, debido a que se consideró que la Asociación Comunitaria Colonia La Matanza no había acreditado tener la representación del pueblo de la etnia Toba⁸. Es de destacar también que intentamos seguir la manda de GORDILLO, cuando decía que los fallos deben ser solamente bien referenciados en un artículo, pues resulta común que el interesado vaya luego a descubrirlos.

Desde el fallo “Martín y Cía. Ltda. S.A.”⁹, antes de la sanción de los Pactos de Derecho Internacional Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC, para este último) en 1966, la Corte federal daba primacía al art. 31 de la Constitución Nacional¹⁰, adoptando la idea que establecía que Leyes y Tratados son igualmente calificados por el Congreso¹¹.

Esto cambia recién en 1992¹². En Argentina, a partir de la reforma constitu-

⁶ Ante el contexto fáctico y normativo descripto, se puede afirmar que la Provincia de Mendoza, al contemplar las conmemoraciones y actividades cuestionadas no tiene por objetivo imponer actos de culto o prácticas en una determinada fe, sino celebrar dos fechas destacadas por su importancia histórica y su significado secular, arraigado en la tradición y en la cultura local, procurando, de este modo, afianzar la existencia de una comunidad provincial y manteniendo inculme el principio de neutralidad religiosa del Estado (v. consid. 6).

⁷ CSJN, “Asociación Comunitaria ‘La Matanza’ c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ daños y perjuicios”, sent. del 2-XI-2023.

⁸ En esta materia sensible como es la – falta de – legitimación colectiva, como dato adicional recordamos que hace más de 15 años no hay Defensor del Pueblo de la Nación Argentina.

⁹ Fallos, 246: 303, de 1960.

¹⁰ Artículo 31: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

¹¹ Antes de 1969 – Viena – donde se sostuvo que los Tratados se interpretan de buena fe, pero además no pueden ser igualados a las leyes si su proceso de formación y/o sanción es diferente, ya que requiere mayorías calificadas por el número para la sanción.

¹² CSJN, “Ekmekdján”, Fallos, 315: 1492, del 7/6/1992, sobre libertad de expresión – derecho a réplica –, se reconoce prioridad al Derecho Internacional sobre el derecho interno. Así, el Poder Judicial puede generar responsabilidad internacional al Estado (hoy, art. 75, inc. 22, párr

cional de 1994, también es necesario conocer los Tratados que se van incorporando a la Constitución mediante las leyes que así lo dispongan, como fue por ejemplo el caso de la Convención por la Desaparición Forzada de Personas y de Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad. Es importante señalarlo ya que los Tratados incorporados no aparecerán en el texto constitucional (ver art. 75 inc. 22¹³), por lo que podría decirse que hemos pasado de una Constitución originalmente con contenidos rígidos a una más flexible, tanto que no alcanza con ser leída o interpretada de acuerdo solo a la letra de sus artículos, sino que hay que acercarse a estos Tratados que la van nutriendo a medida que pasan los años.

El poder judicial argentino se hizo cargo de reconocer, interpretar y aplicar tales cambios cuando, a partir de 1995, dictó fallos de vital importancia para el reconocimiento de derechos como “Girolodi”¹⁴, estipulando la exigencia de la doble instancia y comenzando a agregar frases claramente “foráneas” para la época, como “en las condiciones de su vigencia”, o refiriéndose a los Tratados como “con jerarquía superior a las leyes”. Esto último particularmente en el caso “Bramajo”¹⁵, donde destaca que la “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, rigiendo “en las condiciones de su vigencia”¹⁶ esto es, tal como la Convención rige efectivamente en el ámbito internacional y con-

2° de la CN); “Fibraca”, Fallos, 316: 1669, del 7/7/1993; y “Cafés La Virginia”, Fallos, 317: 1282, del 13/10/1994, donde se pone en juego la prelación.

¹³ Artículo 75: Corresponde al Congreso: (...) Inciso 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

¹⁴ Fallos, 318: 514, del 7/4/1995, de naturaleza penal.

¹⁵ Fallos, 319: 1840, del 12/9/1996.

¹⁶ CN, art. 75, inc. 22, párr. 2°.

siderando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. O sea que ya no puede existir una interpretación literal de los Tratados, desvinculada de su incorporación a la Carta Magna Argentina¹⁷.

Más adelante, en lo que podría destacarse como el primer hito frente a la directa aplicación de los DESC por los tribunales argentinos, la Corte Suprema dictó el recordado fallo “Asociación Benghalensis”¹⁸, donde se utilizaron conceptos de legitimación amplia, derecho a la salud en materia de personas que debían acceder a la medicación de HIV (los llamados “cócteles” por aquella época), destacando además que los derechos económicos, sociales y culturales sí son justiciables, por lo que se rompe con la lógica de los “derechos caros”. Luego en “Campodónico de Beviacqua”¹⁹, en el mismo año, se resuelve un caso individual (frente a un problema de enfermedad medular y la necesidad de acceder a determinados medicamentos), pero fue muy importante pues la Corte agrega la idea de acceder al derecho de que se trate “hasta el máximo de los recursos disponibles”, con cita del art. 10.3 del PIDESC.

Los fallos antes señalados revisten una especial importancia en este país, pues fueron dictados por una Corte federal cuya integración había sido catalogada como “de las mayorías automáticas”, por su clara adscripción al poder ejecutivo de la época. Ya con una nueva Corte integrada a partir de 2003 se dicta el fallo “Hagelin, Ragnar”²⁰, donde el Máximo Tribunal aplica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dando paso a una serie de causas de naturaleza penal con sentido de reparación de las barbaridades cometidas durante la última dictadura cívico militar en Argentina, y pueden destacarse fallos como “Arancibia Clavel”²¹ sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad incluso cuando se afecte la cosa juzgada, esto debido a la aplicación del *ius cogens*, o “Aquino”²² de naturaleza laboral,

¹⁷ Ver “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus”, Fallos, 321: 3555, del 22/12/1998.

¹⁸ Fallos, 323: 1339, del 1/6/2000, legitimación amplia, salud, los DESC sí son justiciables, se rompe con la lógica de los “derechos caros”. Al mismo deben sumarse tanto “Hospital Británico”, Fallos, 324: 754, del 31/3/2001, que fue una especie de “rebote” de “Benghalensis”, donde se reclama la inconstitucionalidad de la ley 24.754 por violar el art. 17 de la CN – derecho de propiedad – en materia de acceso a la medicina prepaga y el Plan Médico Obligatorio (ver en especial el considerando 5, por el fundamento de las prepagas y el 16 por la crítica de la Corte al fundamento de la Cámara Federal); y la causa “Etcheverry” con OMINT, que es una individual del mismo día.

¹⁹ Fallos, 323: 3229, del 24/10/2000.

²⁰ Fallos, 326: 3268, del 8/9/2003.

²¹ Fallos, 327: 3312, del 24/8/2004.

²² Fallos, 327: 3753, del 21/9/2004.

que declara inconstitucional las limitaciones establecidas en la Ley de Riesgos del Trabajo, 24557. Ya en “Espósito”²³, se avanza sobre obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, sobre prescripción de la acción penal, aplicando “Bulacio”²⁴ de la Corte Interamericana, del 18 de septiembre de 2003, que incluso dejaba de lado el principio de cosa juzgada y “Verbitsky”²⁵, un hábeas corpus colectivo sobre la situación carcelaria en la provincia de Buenos Aires que, entre otras cosas y en lo que aquí interesa destacar, provoca la creación – para su seguimiento – de la Subsecretaría de DDHH de la Suprema Corte provincial en materia penal y agrega la idea de que existe responsabilidad del estado federal aunque los hechos sucedan en una provincia. Resulta un tema interesante para el análisis de los cambios que pueden producir las sentencias en materia de administración pública, sin violar el principio de división de poderes tan caro a un sistema constitucional como el argentino, netamente federal.

En el fallo “Simón”²⁶, la Corte Suprema nacional cambia la idea de “guía” respecto de las decisiones de la Corte IDH – que traía desde “Giroldi” – para aportar la postura de “imprescindible pauta”²⁷, hasta “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado”²⁸, donde ya destaca el rol del Poder Judicial ante la responsabilidad internacional, en cuanto al sistema jurídico de la justicia penal juvenil, donde decide dejar establecido que la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son “normas de ineludible consideración”. En “Mazzeo”²⁹, se comienza a agregar la idea del “Control de Convencionalidad” entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana de DDHH, aplicando “Almonacid Arellano” de la Corte IDH, del 26 de septiembre de 2006, también muy importante para destacar el valor del *ius cogens*. Se trataba la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del indulto sobre crímenes de lesa humanidad. La Corte Suprema federal declaraba, hace alrededor de veinte años, que las obligaciones internacionales de investigar y enjuiciar este tipo de delitos se encuen-

²³ Fallos, 327: 5668, del 23/12/2004.

²⁴ Ver https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf.

²⁵ Fallos, 328: 1146, del 3/5/2005, un primer fallo que recientemente ha sido ampliado, en 2021.

²⁶ Fallos, 328: 2056, del 14/6/2005.

²⁷ Fallos, 328: 3399, del 20/09/2005, ver asimismo “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo”, que incluye como requisito el cumplimiento del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiriéndose a la doble instancia.

²⁸ Fallos, 328: 4343, del 7/12/2005.

²⁹ Fallos, 330: 3248, del 13/07/2007.

tran por encima de los principios de “cosa juzgada” e incluso del “*ne bis in idem*”.

Luego, resulta de importancia señalar una serie de fallos del Máximo Tribunal como “Rodríguez Karina” conocido como “La Matera”³⁰ donde – aun declarando su propia incompetencia –, a través de la concesión de una medida cautelar colectiva, ordenó la urgente alimentación de algunas familias en situación de absoluta vulnerabilidad. La mega causa “Mendoza”³¹, donde se discute la ampliación de la legitimación en materia ambiental, se manda a tramitar en primera instancia, separando las cuestiones patrimoniales de las consideradas puramente vinculadas a los DESCAs y vemos nuevamente el “rebote”, al que hacíamos referencia más arriba en cuanto a la organización interna de la Suprema Corte provincial, ahora en las administraciones públicas municipales, provincial y nacional, ordenando la creación de un ente encargado de llevar adelante los trabajos ordenados por el juez, que es conocido como “Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo”³². Un año más tarde dictaría el fallo “Defensor del Pueblo contra provincia del Chaco”³³, donde a través también de la ampliación de legitimación se hace un análisis sobre las necesidades básicas de un pueblo originario frente a demandas vinculadas al derecho a la salud, agua y alimentación.

Ya en el conocido fallo “Halabi”³⁴, a través del análisis de una llamada “ley espía”, se produce una nueva ampliación de la legitimación, mediante la implementación de audiencias frente a la Corte, estudios comparativos sobre la acción de clase, la participación en juicio de figuras como el “*amicus curiae*”, y demás clasificaciones, para poner luego un justo límite en la causa “Thomas”³⁵, donde se acota la legitimación respecto a los legisladores que pretendían poner en discusión judicial la ley de medios de comunicación 26.522, que había sido votada por el Congreso federal. En “Q.C.”³⁶, la Corte toma en consideración el derecho a una vivienda digna para personas en condiciones de vulnerabilidad absoluta y, mediante un – criticado – análisis sobre el concepto de operatividad derivada o “atenuada”, dispuso la concesión del derecho y dejó para la discusión doctrinaria nuevas ideas sobre derechos operativos y programáticos. En “Rodríguez Pereyra”³⁷, ordena a los tribunales inferiores que declaren la in-

³⁰ Fallos, 329: 553, del 07/03/2006.

³¹ Fallos, 329: 2316, del 20/6/2006.

³² Ver <https://www.acumar.gob.ar/>.

³³ Fallos, 330: 4134, del 18/9/2007.

³⁴ Fallos, 332: 111, del 24/2/2009.

³⁵ Fallos, 333: 1023, del 15/6/2010.

³⁶ Fallos, 335: 452, del 24/04/2012.

³⁷ Fallos, R. 401. XLIII. daños y perjuicios, del 27/11/2012.

constitucionalidad sobreviniente aun de oficio, mientras que en “Escobar”³⁸ pone límites a la legitimación del asesor tutelar en los casos de desalojo y en “Carranza Latrubese”³⁹ otorga singular valor a las recomendaciones de la Comisión IDH.

En “ATE”⁴⁰ avanza sobre el principio de progresividad en las relaciones laborales, incluso en etapas de emergencia, considerando especialmente el impacto sobre estos derechos de la vigencia de los Tratados Internacionales y de la OIT; mientras que en “P.L. con IOMA”⁴¹ confirma una sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires, que concedía judicialmente el acceso efectivo, mediante traslados gratuitos para personas con discapacidad, a los derechos vinculados a la educación y su amplia cobertura por parte de las obras sociales. También, frente al silencio respecto a las sentencias exhortativas al Poder Legislativo desde “Halabi” en adelante, dicta el fallo “Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión”⁴² que ordena crear un registro de acciones colectivas en el ámbito de la Corte.

Sin dudas desde 1995 – e incluso mediante hitos previos desde 1992 – hasta 2015, la interpretación de los Tratados por los órganos competentes ha dado sobradas muestras de compromiso⁴³. Debe hacerse una referencia al control judicial de las políticas públicas, por ejemplo en los casos “Verbitsky” o “Mendoza”, hasta fallos como “Kersich con ABSA”⁴⁴ con sus manifestaciones respecto al derecho humano al agua, en clave colectiva. En muchos de estos casos judiciales los temas que se ponen en juego no superan el hecho de ser casi todos individuales, en su mayoría aun hoy no son colectivos propiamente dichos y a veces ni siquiera solucionan el caso sino que resuelven, después de años de juicio, alguna cuestión de competencia, por lo que tampoco hay, en consecuencia, ejemplos vinculados a una tutela diferenciada y se mantiene la necesidad de plantear litigios estructurales para el control judicial de las políticas públicas. Se

³⁸ Fallos, CSJ 213/2010 (46-E), “Escobar, Silvina y otros s/ inf. Art. 181, inc. 1° C.P.”, del 1/8/2013.

³⁹ Fallos, C.568.XLIV., del 6/8/2013.

⁴⁰ Fallos, A.598, del 18/6/2013.

⁴¹ Fallos, P.876, del 19/3/2014.

⁴² Fallos, M.114523, del 14/9/2014.

⁴³ El reconocido fallo “F., A.L. s/medida autosatisfactiva”, del 13 de marzo de 2012, donde trata el aborto no punible a la luz de pronunciamientos de organismos constitucionales. O el impacto de la causa “Furlán” en la Corte IDH por sus recomendaciones a la proactividad de los jueces, la responsabilidad del estado y la necesidad de indemnizaciones justas frente al art. 19 de la CN y su principio alterum non laedere, aunque el fundamento original de la responsabilidad del estado estaría en el art. 15 de la CN (indemnización por esclavitud) que aun sobrevive a las reformas constitucionales desde 1853.

⁴⁴ Fallos, K.42.XLIX, del 2/12/2014.

“invisibiliza al pobre”, destinatario esencial de las políticas que hoy parecen diseñadas para aquellos que aun pueden cumplir el rol de acreedor o deudor y en ese espacio es donde debe rescatarse el papel del juez de primera instancia que, desde la trinchera, es el primer actor destinado por el sistema judicial a dirimir los casos con fuerza de verdad legal. Cuanto más cerca del concepto de justicia aquella solución legal, más cerca a su vez del fortalecimiento del sistema democrático.

Al mismo tiempo, no podemos silenciar nuestro temor respecto a cuán frágil es el avance y cercano está, permanentemente, el retroceso del Máximo Tribunal sobre los sistemas de protección de los derechos humanos. Ello quedó claro en el periodo de 2015 a 2018, donde se avanzó con fallos como “Fontevicchia” (que trajo nuevamente la decimonónica discusión “monismo vs. dualismo”); “Schifrin” (un paso atrás en precedentes, más allá del propio fallo “Fayt”); “Villamil” (el concepto de lesa humanidad no aplica a las indemnizaciones); “Muiña” (la aplicación del llamado “2x1” – dos años computables de prisión sobre cada año de prisión efectiva – incluso sobre casos de lesa humanidad); “Lopez” (apertura del caso federal frente a cuestiones de índole procesal vedadas – por regla – al recurso extraordinario federal, como las costas, para luego imponerlas al trabajador)⁴⁵.

2. Las deudas y desafíos que afronta la administración pública en el Siglo XXI

Las administraciones públicas afrontan en el Siglo actual un sinnúmero de deudas y desafíos. Resumiendo en extremo, así surge de un mínimo estudio de las condiciones de acceso efectivo a la Justicia, en clave de justiciabilidad de los DESCAs, por ejemplo en materia de comunicaciones con los habitantes donde rigen, tanto a nivel nacional como en la provincia, decretos leyes de la etapa dictatorial emitidos entre 1970 y 1972, que cuentan hoy con muy pocas e insuficientes modificaciones en pos del efectivo acceso a los habitantes. El decreto ley de 1972 número 19.549 organiza la recepción de los reclamos y/o solicitudes de los “administrados” ante la administración pública nacional, se trata de un conglomerado de disposiciones procedimentales y procesales mezcladas que son aún difíciles de explicar ante los estudiantes que se acercan a nuestra

⁴⁵ Sin embargo, es loable destacar que luego aparecieron fallos, tanto en clave individual como “Caldeiro” (2020) o “Bergerot” (2021) y en clave colectiva como “Etcheverry” (2021) donde, a través de más que interesantes análisis, se hacen estudios sobre vulnerabilidad y consolidación de deudas en etapa de ejecución de sentencias individuales y responsabilidad del Estado por omisión legislativa, en materia de derecho del trabajo y la salud.

materia. Tras decirles que no deben confundir procedimiento con proceso, debemos explicarles a los educandos que, en 2024, aún no existe un código procesal administrativo a nivel federal, ni siquiera en alguna etapa larval, por lo que deberemos guiarnos a través del código procesal federal en lo civil y comercial para llevar las causas judiciales. En esa inteligencia, no nos parece demasiado relevante, aunque algunos autores disientan, la reciente sanción de la llamada “Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos”, número 27.742 que adopta la legislación vigente 19.549, proponiendo cambios que en su gran mayoría ya habían sido incorporados por la jurisprudencia de la Corte federal, como fuente del Derecho. De todos modos, dejando ello sentado, no es parte de la propuesta de este trabajo avanzar sobre su estudio pormenorizado.

Por fuera de la educación, la falta de acceso efectivo a la Justicia (decíamos, no solo al poder judicial, sino a la judiciabilidad de los DESCAs en el Siglo XXI) hace que afrontemos desafíos pendientes del Siglo XX a través de tímidos avances en materia de audiencias y participación pública en la toma de decisiones, junto al principio precautorio para la protección del medio ambiente. Así, en materia DESCAs, aparecen a su vez los conceptos de vulnerabilidad extrema, hipervulnerabilidad – usuarios y consumidores – y crecimiento de la pobreza a los que, pospandemia, se les debe sumar la problemática vinculada a las barreras tecnológicas para el acceso de personas mayores y/o en estado de vulnerabilidad, a los derechos reconocidos en la Constitución. En conclusión, no hay manera de afrontar estos desafíos sin el reconocimiento específico de una igualdad real de oportunidades⁴⁶ a través de un Estado activo, que garantice la prestación directa y accesible de los derechos. Concretamente que impulse acciones y medidas positivas⁴⁷ de niños⁴⁸, mujeres⁴⁹, adultos mayores⁵⁰ y personas con capacidades especiales⁵¹.

3. La búsqueda del derecho a un nivel de vida adecuado

Decíamos más arriba que, mediante la reforma de 1994, se incorporaron al

⁴⁶ Ver inc. 19, art. 75 de la CN.

⁴⁷ Ver inc. 23, art. 75 de la CN.

⁴⁸ Ver Ley 26.061.

⁴⁹ Ver Ley 26.485.

⁵⁰ Ver Ley 27.360.

⁵¹ Ver Ley 27.044.

derecho argentino los Tratados⁵² y Declaraciones⁵³ de Derechos Humanos indivisibles⁵⁴ e interdependientes, culminando con la divisibilidad por generaciones de derechos y que gozan entonces de una jerarquía constitucional. El principio de interdependencia asegura – por supuesto – no sólo el goce de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, sino también de los derechos civiles y políticos.

El derecho a un nivel de vida adecuado se encuentra reconocido por el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁵ y el Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁶. Este último, en lo que nos interesa, reconoce el derecho a toda persona, y ello incluye aunque no está limitado solo a ellos, a una alimentación adecuada, vestido, vivienda y, en resumen, una mejora continua de las condiciones de existencia. También crea una obligación de las partes a que trabajen juntos para eliminar el hambre en el mundo.

El derecho a una alimentación adecuada debe orientarse hacia “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada. Esto debe ser accesible a todos, lo que implica una obligación de proporcionar programas especiales para los grupos vulnerables. El derecho a una alimentación adecuada implica también un derecho al agua.

⁵² Ver la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley N° 23.054); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley N° 23.313); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley N° 23.313); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Decreto Ley 6286/1956); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ley 17.722); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles Inhumanos o Degradantes (Ley 23.338); la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), con atención permanente a todos aquellos Tratados que, como decíamos anteriormente, se van sumando.

⁵³ Ver la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁵⁴ Fallos, 336: 672; Considerando 7°.

⁵⁵ Artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad...”.

⁵⁶ Artículo 11: “1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento; (...).”.

El derecho a una vivienda digna y adecuada es “el derecho a vivir en algún lugar de la seguridad, la paz y la dignidad”. Se requiere una infraestructura básica adecuada y todo ello a un coste razonable. Las Partes en estos Tratados deben garantizar la seguridad de la tenencia y que el acceso sea libre de discriminación. Los desalojos forzosos, definidos como la retirada permanente o temporal en contra de su voluntad de individuos, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, sin acceso a formas adecuadas de protección jurídica o de otra índole, constituyen una violación del Pacto.

Incluimos una breve digresión, pues entendemos que frente a la legislación imperante en materia administrativa, absolutamente antigua, hasta se podría analizar el impacto en la función administrativa de la llamada “constitucionalización del derecho privado” argentino, a través de la incorporación de la figura del mandato preventivo. Es que el deber de prevención es uno de los temas más trascendentales que el nuevo Código Civil y Comercial ha incorporado a nuestra normativa desde agosto de 2015 y debido al mismo nos queda claro que en la actualidad la mejor manera de reparar un daño es que el mismo no se produzca⁵⁷ y consiste en adoptar toda medida que evite lesionar en sede administrativa la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes.

El principio de progresividad, a su vez, promueve la operatividad y desarrollo progresivo de los derechos fundamentales así como evita la regresividad de las medidas que hayan sido adoptadas. Su vigencia impone que cualquier medida regresiva deba ser plenamente justificada y armonice con el cuidado de los derechos amparados por el PIDESC⁵⁸, por lo que entendemos que este mandato preventivo adquiere plena operatividad a través de la tutela administrativa efectiva⁵⁹ que garantiza la eficacia de la defensa de los derechos fundamentales en sede administrativa.

Volviendo, la aplicación analógica de la acción preventiva⁶⁰ podría evitar el ilícito convencional en la actividad administrativa y con ella se garantizaría la

⁵⁷ Para no extendernos, invitamos al lector a ver el art. 1710, CCCN argentino, y subsiguientes y concordantes. El primero establece claramente el deber de prevención del daño cuando dice que “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo.”

⁵⁸ Fallos, 336: 672, Considerando 9°.

⁵⁹ Canosa, Armando N., “La tutela administrativa efectiva y las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, REDA N° 94. pp. 3-20.

⁶⁰ Ver arts. 1711, 1712 y 1713 CCCN.

necesidad de un control judicial suficiente y amplio de la Administración Pública, logrando consolidar a su vez un control constructivo de convencionalidad que supere la idea de la inaplicabilidad de la ley y nos conduzca al ejercicio de una competencia administrativa enderezada a una interpretación conforme que dialogue con todas las fuentes del derecho⁶¹.

Concluyendo, en la búsqueda de mejorar la comunicación, real y efectiva, con los habitantes del país, uno de los primeros y mayores desafíos será establecer y consolidar un nuevo procedimiento administrativo, de garantías⁶², que adopte la tutela administrativa efectiva⁶³ interpretando el artículo 8 de la CADH⁶⁴ para que, conforme a ello, se pueda lograr para todos/as el derecho a

⁶¹ Ver arts. 1, 2 y 3 del CCCN.

⁶² El procedimiento administrativo de garantías es el que trasciende el debido proceso legal y adopta la tutela administrativa efectiva, asegurando un acceso efectivo de la persona vulnerable. Un debido proceso legal que asegure un trámite oportuno del expediente, fortalecido por la notificación electrónica, audiencia remota, carga dinámica de la prueba y, si es necesario, un patrocinio letrado. Todas cuestiones que son solo atisbos en la nueva legislación propuesta por la Ley “Bases...”.

⁶³ Canda, Fabián Omar, “Principios convencionales del procedimiento administrativo: el principio de tutela administrativa efectiva. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional”, ED Suplemento administrativo del 7 de octubre de 2015, pp. 732-747.

⁶⁴ CADH, Artículo 8: “Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal ser público salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

un nivel de vida adecuado⁶⁵. Y, por supuesto, será de primordial importancia modernizarlo.

4. *Hechos disruptivos y posrealidad*

Hoy podemos aseverar que la pandemia es un hecho disruptivo que ha derramado un contexto de crisis sanitaria, social, económica y financiera a nivel mundial y, a poco que repasamos el estallido de este drama de proporciones bíblicas, tendremos que agregar la cuestión cultural, no exenta – por supuesto – de novedades tecnológicas inimaginables, como la aparición con toda su fuerza – y dudas⁶⁶ – de la llamada inteligencia artificial⁶⁷.

Hace varios años, en nuestra exposición en la Universidad de Guadalajara, México, comenzamos a expresar preocupación por la necesidad de tender a una revisión de los sistemas vinculados a los procedimientos administrativos, pues los nuevos retos de la administración pública no podrían prescindir del estudio de las llamadas “sociedades líquidas”, así para nosotros la llamada posmodernidad iba a dar lugar a una posverdad que a su vez daría paso a la posrealidad⁶⁸.

Por ello, retomando antiguos estudios, decimos que cuando se hablaba de nueva normalidad nosotros preferíamos referirnos a la idea de una nueva realidad. En su primera acepción⁶⁹ aquello real es lo que tiene existencia objetiva, que a su vez se vincula con lo que ocurre verdaderamente. Desde nuestro propio idioma notamos entonces una ligazón indisimulable entre los conceptos realidad y verdad, si allí agregamos la fluidez del cambio aparecerá el concepto de posrealidad⁷⁰.

⁶⁵ Gordillo, Agustín Alberto et al, *Derechos Humanos*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, Cap. I-2, decía que “...el funcionamiento normal de la democracia política, cuando ocurre, no ha garantizado automáticamente, ni podía quizás haberlo hecho, una paralela y consecuente democratización de la administración, un respeto generalizado de las libertades públicas y derechos individuales, sea por la administración o por los particulares entre sí, ni la vigencia interna de los tratados suscriptos solemnemente ante la comunidad internacional”. Así de grande es el desafío.

⁶⁶ Ver <https://www.eldia.com/nota/2023-4-1-1-48-52-italia-bloqueo-el-chatgpt-por-el-uso-de-datos-el-mundo>.

⁶⁷ Ver <https://chat.openai.com/auth/login>.

⁶⁸ Ampliar en nuestro trabajo “Los retos de la administración pública frente a la pos realidad”, disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/view/ReDeA%202018/ReDeA%20Verano%202018>, a partir de página 155, posrealidad hoy atravesada claramente por el llamado “lawfare”.

⁶⁹ Ver <https://dle.rae.es/real?m=form>.

⁷⁰ Gordillo, en su obra “Introducción al Derecho”, se pregunta cual es el impacto que tiene

En tal contexto hay algo que no cambiará, es el contacto con la administración pública porque continuará siendo permanente, incluso quizá se agigante ante la necesidad de ayuda y el consabido crecimiento del Estado, al menos en sus funciones sociales y sobre todo sanitarias, muy a pesar de los nuevos – viejos – vientos que soplan con fuerza desde fines de 2023, pero con indisimulables errores de concepto. Es que es innegable que estamos frente a una materia que fluye desde el acta de nacimiento hasta la de defunción y porque en ese trajín de vida, es muy posible que si no tenemos un accidente, una mala relación laboral o un divorcio, jamás concurramos a la sede judicial.

Siguiendo a BOTASSI⁷¹ el Derecho Administrativo, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser pensado como un derecho de inclusión⁷² y no solo como un derecho de prevención y eventualmente reparación de los abusos o arbitrariedades estatales. Será clave entonces interpretar al procedimiento administrativo como aquel vínculo con la administración que no presenta intereses contrapuestos entre partes contendientes, dado que ésta y los particulares coadyuvan mutuamente con la finalidad de llegar a la verdad jurídica objetiva. Así es como antes nos referimos a la comunicación de la administración pública con los habitantes de un país determinado, aludimos a la figura del “habitante” pues a nuestro entender es superadora del concepto de “ciudadano”, a la luz de la persecución mundial de los migrantes.

En nuestra especialidad algunos autores⁷³ apuestan a la desmitificación del Derecho Administrativo⁷⁴, advirtiendo que se ha tratado hasta ahora de un de-

en la realidad saber derecho. Dice: “‘Saber’ Derecho significaba que nunca estaba seguro de nada, que nunca sabía si tenía o no derecho a algo en una situación determinada, salvo las cosas demasiado obvias para las cuales tampoco hace falta haber estudiado Derecho”.

⁷¹ Botassi, Carlos A., “Las relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo”, Revista Argentina de Derecho Público, IJ Editores, disponible en <https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=223>.

⁷² Dice Balbín que el Derecho Administrativo partió de un concepto de Estado mínimo. Así, categorías dogmáticas tales como los actos administrativos, los derechos individuales – básicamente la libertad y la propiedad – y la idea del “administrado” reflejan claramente ese criterio. Por el contrario, el Estado Social y Democrático exige completarlos y – quizás – reemplazarlos por otros, tales como los reglamentos y los convenios, los derechos sociales, los procedimientos participativos y las personas activas. Ya no es posible estudiar las funciones estatales administrativas prescindiendo de los derechos fundamentales. Balbín, Carlos F., “Un Derecho Administrativo para la inclusión social”, Revista La Ley, 28/05/2014, 1, cita online: AR/DOC/1250/2014.

⁷³ Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, “La deconstrucción del derecho administrativo argentino”, Ed. Lajouane, año 2009, aclaran que “La función del derecho administrativo no es garantizar el *statu quo*, sino el hacer efectivos los derechos reconocidos por nuestra ley fundamental al ciudadano”.

⁷⁴ Balbín, cit., sostiene que el Derecho Administrativo no debe “... analizarse desde el poder

recho “estadocéntrico” que viene a justificar las prerrogativas gubernamentales consintiendo sus abusos. BOTASSI y OROZ señalan que este tipo de Estado viene en retirada y “se afianza un Derecho antropocéntrico preocupado por las vicisitudes cotidianas de los seres humanos que habitan en los expedientes, expuestos a los rigores cada vez más inescrupulosos de los detentadores del poder político y económico⁷⁵”.

Como dijimos más arriba, en Argentina rige desde 2015 un nuevo Código Civil y Comercial cuyo artículo 1° trata sobre las fuentes y su aplicación, estableciendo que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.” Y el artículo 2°, en cuanto a la interpretación establece que la ley “debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento⁷⁶.”

Nuestra materia se ha caracterizado, en poco más de doscientos años de desarrollo, por negarse a las definiciones cerradas y consensuadas. El propio sistema constitucional se impone a la hora de garantizar los Derechos Humanos de cada habitante, ya que ese es el principal fin de la conformación del Estado, promover el bienestar general y, nos permitimos agregar, evitar las interpretaciones equívocas⁷⁷. Quien estudia el derecho administrativo de un Estado So-

y sus prerrogativas sino desde los derechos fundamentales y estos últimos no sólo como límites de aquél sino como justificación del propio poder”. En esa inteligencia consta de una etapa clásica que se corresponde con un Estado formal y democrático de derecho, limitándose a exigir respeto por los derechos negativos, o sea la vida, la libertad y la propiedad. En consecuencia sólo necesita un Estado mínimo. Y una etapa moderna, que corresponde al Estado constitucional y social de derecho, debiendo garantizar los derechos económicos y sociales. Para ello, necesita de un Estado fuerte y presente, que asegure no sólo la libertad sino también el principio de igualdad”.

⁷⁵ Botassi, Carlos A. y Oroz, Miguel H. E., *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 2ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 2011, p. 16.

⁷⁶ Sostenemos que no podremos analizar ninguna realidad que atraviesa la necesidad de imponer límites a la propiedad privada, a la locomoción y muchas más derivaciones prácticas, sin observar esta norma y su máxima expresión que es la Carta Magna, no solo a través de los clásicos y decimonónicos artículos 16, 17 o 18, sino junto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que los integra desde 1994 a través del artículo 75 incisos 22 y 23, comprometiendo en última instancia la Responsabilidad Internacional del Estado.

⁷⁷ Rizzi, Guillermo F., “La potestad expropiatoria y un enfoque social en el ámbito de la

cial y Democrático de Derecho, no solo observa un fenómeno de raigambre netamente local, lo que hace además al federalismo en un país como Argentina, sino que se obliga a que toda definición de interés público se encuentre necesaria y obligatoriamente vinculada a una perspectiva de Derechos Humanos. Esto es importante pues, como señala Sacristán⁷⁸, la Constitución Nacional no menciona en ningún espacio la expresión “interés público”.

Pero insistimos con las miradas sobre la pandemia, primero porque no podemos decir que terminó, ya que ha dejado “mucha tela para cortar”, y segundo porque ha sido generadora de crisis y como escuchamos hasta el hartazgo, un mundo en crisis busca oportunidades. La pandemia ha supuesto un enorme reto para la Humanidad, acarreando numerosos y profundos cambios en el mundo, con impactos que abarcan desde alteraciones en los vínculos familiares y laborales hasta graves crisis económicas.

Es por ello que sostenemos que no puede obviarse de ningún estudio sobre transformación de las pautas o estructuras administrativas, el análisis sobre la modernización digital para impulsar gobiernos más ágiles, abiertos e innovadores, que se apoyen en las nuevas tecnologías y la inteligencia de datos y fomenten mejoras en la eficiencia de las administraciones y en la calidad de los servicios a los ciudadanos. Los estados enfrentaron esta crisis con niveles científicos y tecnologías muy potentes, pero es claro que en ningún caso estaban preparados para los desafíos que han surgido en materia de salud y economía. Solo como ejemplo podemos destacar que desde los primeros picos de la pandemia en marzo de 2020, se crearon un número significativo de aplicaciones ya fuera para la investigación médica, el rastreo de personas contagiadas o para informar sobre la enfermedad a los ciudadanos.

ARJUN SENGUPTA, experto independiente del Consejo de Derechos Humanos, en cuestión de Derechos Humanos⁷⁹ y de extrema pobreza, ha precisado que ésta última podría ser definida por un conjunto de factores, como escasez de ingresos, falta de desarrollo humano (*human development*) y exclusión social. La característica de la “exclusión social” pone de manifiesto la importancia

Provincia de Buenos Aires”, disponible en https://www.eldial.com/nuevo/tcd-detalle.asp?id=13370&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=11/09/2020&indice=doctrina&suple=Administrativo del 11 de septiembre de 2020.

⁷⁸ Sacristán, Estela B.; “El concepto de interés público en la ley 26.854”, Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853, 23/05/2013, 145.

⁷⁹ Ampliar en Sengupta, A., “Extreme Poverty and Human Rights: A Mission Report on the United States”, United Nations - Human Rights Council & the Centre for Development and Human Rights, 11/02/05, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=961230. (E/CN.4/2005/49).

del aspecto relacional así como el de la marginación social que sufren esas personas, y que puede ser una causa o la consecuencia misma de esta pobreza.

La extrema pobreza es una situación donde la persona que la padece se encuentra incapaz de gozar de sus derechos más elementales⁸⁰, es una violación de la dignidad humana y en ciertos casos constituye una amenaza para el derecho a la vida⁸¹. A nadie le gusta enfrentarse a esta realidad, sin embargo es necesario que nuestra actitud evolucione para ver detrás del “pobre” a una persona digna de ser respetada en la integridad de sus derechos⁸².

5. Rol debido de la administración pública en una sociedad interconectada

Mientras el mundo antiguo, analógico y obsoleto es empujado hacia la digitalización de los procedimientos y procesos, de la academia, de las relaciones inter personales, o del teletrabajo⁸³, en los países emergentes no podemos dejar de considerar la cuestión de la brecha digital⁸⁴.

Este problema no se reduce al rango de banda ancha⁸⁵ sino al acceso propiamente dicho por parte de las personas en su totalidad a un servicio que, en algunos Estados como el argentino, ha sido declarado tempranamente como

⁸⁰ Hemos escuchado decir que el pobre es aquel que solo vive para no morir.

⁸¹ Ver la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Extrema Pobreza, del 18 de diciembre de 1992, disponible en <http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r134.htm> (A/RES/47/134).

⁸² ONG, Franciscans International, “Derechos Humanos, Pobreza y Pobreza Extrema: La Posición de Franciscans International”, marzo de 2007, pp. 2-4., disponible en www.franciscans-international.org

⁸³ Ley 27.555, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>.

⁸⁴ Ampliar en nuestro trabajo “Los retos de la administración pública frente a la posrealidad”, disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/view/ReDeA%202018/ReDeA%20Verano%202018>; o en Sorgi Rosenthal, Marina y Germani, María Luján, “El acceso a las TICs como derecho humano: Comentario al Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690/2020”, publicado en *La Ley - Suplemento Administrativo*, número 8, octubre 2020.

⁸⁵ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, define “brecha digital” como la distancia existente entre los diferentes niveles socioeconómicos al momento de poder acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación así como al uso de Internet, provocando diferencia no solo entre regiones, sino también dentro de cada país; concepto tomado de Carbonell, José/Carbonell, Miguel, “El acceso a Internet como Derecho Humano”, en Vega Gómez, Juan (coord.), *Temas Selectos de Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jimenez*, UNAM, 2014, fuente: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3647/8.pdf>.

servicio público con el objetivo principal de garantizarlo⁸⁶, ello más allá que la nueva legislación⁸⁷ lo haya derogado pues, más temprano que tarde, confiamos en que no podrá taparse el Sol con la mano.

La introducción de nuevas tecnologías en la sociedad no generará cambios automáticos, en razón de que los distintos usos derivados de su implementación se sujetan a una combinación de fuerzas sociales y tecnológicas, para que ellas puedan desarrollarse es importante observar previamente las cuestiones sociales circundantes. Suponen, además, elementos que se han considerado característicos de una nueva revolución industrial, más bien tecnológica, que conlleva necesariamente un cambio de paradigmas.

De acuerdo con KLAUS SCHWAB⁸⁸, fundador del Foro Económico Mundial, la Primera Revolución Industrial usó agua y vapor para mecanizar la producción, la Segunda Revolución Industrial empleó la energía eléctrica para incentivar la producción en masa y la Tercera Revolución Industrial utilizó la ciencia y la tecnología para automatizar la producción. Sin embargo, este autor cree que emerge una Cuarta Revolución Industrial, que se construye sobre los fundamentos de la tercera, pero que se distingue por una fusión tecnológica que desdibuja las barreras existentes entre las esferas física, digital y biológica.

La llamada Cuarta Revolución Industrial es única en su alcance porque no se agota en la creación de máquinas y sistemas inteligentes y conectados, sino que permite avances en ámbitos que van “desde la secuenciación genética hasta la nanotecnología, y de las energías renovables hasta la computación cuántica⁸⁹”. A la luz de las problemáticas que se observan actualmente, es innegable que este tipo de innovaciones tecnológicas son tan revolucionarias que imponen no solo un cambio profundo y sistémico a nivel global, sino una rediscusión con la visión puesta en hacia dónde vamos como Humanidad.

Estos cambios e innovaciones obviamente no escapan a las administraciones públicas, pues todo requerimiento del habitante debe ser atendido de ma-

⁸⁶ Ver Decreto N° 690/20 publicado en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233932/20200822>, el cual modificó diversos artículos de la Ley 27.078 de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, siendo avalado por la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo y su validez declarada por la Cámara de Senadores de la Nación según orden del día N° 124, 24-VIII-20, el dictamen de Comisión <https://www.senado.gob.ar/upload/34898.pdf> y Resolución N° 95/2020 (B.O. 7-IX-20), esquema que, a su vez, acaba de ser derogado por art. 3° del Decreto N° 302/2024, B.O. 10-IV-2024.

⁸⁷ Ver art. 3° del Decreto N° 302/2024, B.O. 10-IV-2024.

⁸⁸ Ver en https://es.weforum.org/about/klaus-schwab?DAG=3&gclid=Cj0KCQjw_r6hBhDdARIsAMIDhV_eyyiduZ-ZJ7wchIo019PP9C5rRm7ElqW1cBKIZBmjffgSxakwv3AaAm5zE-ALw_wcB.

⁸⁹ Ver en <https://coggle.it/diagram/YW3yddACK3i0ZuHx/t/la-cuarta-revolucion-industrial>.

nera oportuna y eficaz y esto implica garantizar el acceso a herramientas digitales, por ejemplo a través de la automatización de los procedimientos pero, a su vez, el desafío es no dejar de ofrecer una “voz real” en la mesa de entradas. Es que como este tipo de tecnologías suelen ser complejas y disruptivas, es importante dejar señalado que el inconveniente más habitual en la relación entre la administración pública y los habitantes, en el marco de la llamada “Cuarta Revolución Industrial”, es la brecha digital que provoca un acceso real totalmente limitado a los propios productores de contenido, por ejemplo, pueden observarse grandes avances en materia de contrataciones electrónicas que tendrán un muy reducido impacto en la vida real de las personas en situación de vulnerabilidad. El acceso a las herramientas digitales es cada vez más limitado e inequitativamente repartido entre los distintos países del mundo, resultando en una marginación de comunidades que tiende a aumentar en la medida que se presta una mayor cantidad de servicios en línea.

La brecha de alfabetización en tecnologías emergentes acentúa las desigualdades económicas y sociales, no verlo implica generar más pobreza estructural.

Pretender que se pueden prestar servicios públicos, como educación o salud, de manera remota es refugiarse en pretensos mundos ideales de los que estamos a años luz y estos son apenas algunos retos que, a título enunciativo, sintetizan el rol de las administraciones públicas en un mundo interconectado, por lo que debemos estar preparados, desde la realidad y sobre todo desde la sinceridad, para entender que hay que estudiar estas nuevas tecnologías a la luz de la garantía del derecho a la buena administración y a partir de ahí verificar que tan viable puede ser hablar de un derecho a la buena administración electrónica.

Por supuesto que este es un tema en sí mismo, por lo que no vamos a desarrollarlo en este momento pero no podemos dejar de señalarlo pues caeríamos en el mismo error que criticamos, hablar solamente de derecho olvidando hacer referencia a los derechos.

6. *A modo de colofón*

Estos escenarios nos dejan varias sensaciones.

Es innegable que estamos ante nuevos (viejos) vientos que, cual canto de sirenas, hoy vuelven a aparecer prometiendo soluciones individuales a los problemas colectivos. La experiencia debería indicarnos que si los síntomas son iguales a los de antaño, las mismas recetas aplicadas anteriormente no van a dar mejores resultados.

Nos animamos a insistir pues con la necesidad de pensar, o repensar si fuera

necesario, un Estado cuyas funciones estén orientadas a la producción de bienestar general, si así no se hace será aún más difícil el cometido constitucional de afianzar la Justicia.

En razón de ello es el propio Estado, como garante de los derechos fundamentales, el que debe actuar asegurándolos ya que convencionalmente no deben admitirse restricciones, ni siquiera en situaciones de excepción, en especial en cuanto al principio *pro homine*⁹⁰, para no apartarse de los elementos interpretativos que rigen en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

También nos queda la impronta de que nos encaminamos hacia un nuevo derecho administrativo que, quizá como algunos esperamos, se vea más humanizado e inclusivo⁹¹. Cuál será la función del Derecho frente a la posrealidad – o nueva realidad –, es la cuestión⁹².

DAMSKY habla desde los derechos⁹³ para vincularnos a la visibilización de otredades, pues debemos asumir compromisos permanentes de trabajo, crítica y divulgación de estos temas para poder decir que estamos en el camino correcto, no olvidemos que, como recordaba AGUSTÍN, “un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso⁹⁴”.

⁹⁰ Ver el art. 29, CADH.

⁹¹ Ampliar esta idea en Caputi-Rizzi, “El enfoque de derechos humanos y de género en el caso de las mujeres en situación de detención. Nota al fallo de la CSJN en el *habeas corpus* de las Internas de la Unidad 31”, publicado en el Sup. Const. 2020 (mayo), 22/05/2020, 6, cita online: AR/DOC/1278/2020.

⁹² Rudolf von Ihering, 1872, “La lucha por el Derecho”, web: <http://www.alestuariodelplata.com.ar/Ihering.pdf>, donde entendía al Derecho como la herramienta civilizada de una lucha social, que es “la lucha por el Estado de Derecho, la lucha por los derechos”.

⁹³ Damsky, Isaac Augusto, *Desde los Derechos: aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil*, 1ª ed., Rap, 2019.

⁹⁴ Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte general, Cap. I-45.

LA MODERNIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

ANNA ROMEO*

SOMMARIO: 1. Il problema della modernizzazione della pubblica amministrazione: una questione culturale. – 2. Modernizzazione e attività amministrativa: luci e ombre dell'applicazione dei sistemi informatici di intelligenza artificiale. – 3. Modernizzazione e organizzazione amministrativa: problemi vecchi e nuovi. – 4. Amministrazione e società: modernizzazione e buona amministrazione.

1. *Il problema della modernizzazione della pubblica amministrazione: una questione culturale*

In un interessante – e quanto mai attuale – lavoro del 2007 dal titolo “*La modernización de la administración pública*”¹, il Maestro Agustín Gordillo acutamente rilevava che “*Venimos de distintas experiencias acumuladas de tratar de mejorar y modernizar la administración pública y siempre restan tareas por hacer. Voy a mencionar aquí algunas de las que hoy se presentan como deseables. La primera que es quizás la más difícil, la más costosa, porque se refiere al tema de la administración y la sociedad y, dentro de eso, la educación y la informática*”.

Con tali affermazioni il Maestro tracciava le linee secondo cui avrebbe dovuto essere configurato lo sviluppo dell'amministrazione pubblica, quello della formazione dei funzionari e quello dell'informatizzazione. Temi, questi, che, come noto, sono al centro dell'odierno dibattito.

Il pensiero del Maestro, nella sua forte attualità, aiuta a comprendere i percorsi da seguire in un processo di modernizzazione della pubblica amministrazione che appare oggi come un problema centrale e spinoso che occorre, senza indugi e con convinzione, affrontare. Un problema che si pone sotto i due aspetti già enucleati da Agustín Gordillo nel contributo da cui queste brevi riflessioni prendono spunto vale a dire tanto con riguardo alle competenze che i funzionari sono oggi chiamati a possedere, quanto con riguardo al profilo – sempre più dirompente – dell'impiego delle tecnologie informatiche negli sviluppi più recenti dati dall'intelligenza artificiale.

Si tratta di problemi complessi che investono tanto le modalità di organiz-

* Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina.

¹ Il contributo è pubblicato in *AÍDA. Giornale dell'Associazione Internazionale di Diritto Amministrativo*, opera n. 1, Messico, gennaio-giugno 2007, pp. 153-171.

zazione quanto quelle di azione della pubblica amministrazione, le une – come evidente – strettamente intrecciate alle altre².

Non vi è dubbio, invero, che, attesa l'elevata complessità del contesto di riferimento, l'esercizio delle competenze sconta la difficoltà di muoversi entro una cornice informativa non sempre compiuta, la quale rappresenta il presupposto indispensabile per la formazione di un volere amministrativo consapevole ed orientato ad una scelta che costituisca non già una qualsiasi soluzione del problema ma l'opzione più conveniente in relazione a quest'ultimo e maggiormente apprezzabile, nella vicenda concreta, in ordine al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

In questa direzione, analizzando la situazione italiana, il punto di partenza non può che essere rappresentato dal superamento della decisa burocratizzazione in cui versa l'assetto della pubblica amministrazione e che costituisce la fonte di un significativo rallentamento dell'azione amministrativa e di un aggravamento delle relazioni tra gli uffici il quale finisce, come è naturale, per ripercuotersi sui cittadini.

Andare alla ricerca delle cause di tale situazione è, evidentemente, operazione preliminare alla soluzione della questione. Ma non è un compito semplice, essendo i fattori determinanti di tale stato di cose alquanto diversi, di complessa individuazione e non riconducibili ad un unico ordine di ragioni.

Ci sono, certamente, aspetti riconducibili alla normazione, il cui carattere sempre più articolato esige un urgente intervento di semplificazione; accanto a questi, profili afferenti all'organizzazione, che si rivela troppo ponderosa e, come tale, necessitante di misure tese ad alleggerirla; infine – ma non secondariamente – vicende attinenti alla stessa pervasività del pubblico a fronte del

² Rilevava Nigro come “fra l'amministrazione come organizzazione e l'amministrazione come attività, vi sono strettissimi nessi” (M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (Organizzazione giuridica dell')*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, II, Roma, 1988, ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1985) e che organizzazione e attività non sono “due fenomeni distinti, ma due aspetti dello stesso fenomeno. La organizzazione, qualunque organizzazione non si contrappone all'attività, ma è il momento della predisposizione, coordinamento, razionalizzazione ed anche di inizio dell'attività. Si realizza così una sorta di contiguità, anzi di continuità fra organizzazione e attività per cui diventa difficile porre concretamente il confine fra di esse. Molti fatti possono venir considerati sia in chiave di organizzazione sia in chiave di attività. Tipico è il procedimento amministrativo che, da una parte, è attività o forma di attività; dall'altra ed insieme, è coordinazione (azione coordinata) di uffici (cioè, di competenze, di interessi), quindi organizzazione. Questa continuità fra organizzazione e attività è tanto più avvertibile oggi che forme organizzative emergono continuamente nel seno delle attività e si disciolgono in essa per far fronte alle mutevoli esigenze di una realtà instabile” (M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (Organizzazione giuridica dell')*, cit., 1985-1986).

quale può talora rivelarsi utile una politica tesa a favorire strumenti di privatizzazione o liberalizzazione.

L'individuazione delle specifiche cause, se pure importante al fine della determinazione dei rimedi, rischia, tuttavia, di trascurare la questione principale sottesa al necessario processo di rinnovamento e modernizzazione della pubblica amministrazione. Una questione che pare doversi rinvenire – come puntualmente individuato dal Maestro – in una questione di carattere culturale che investe tanto lo Stato-apparato tanto la società e che non è questione sorta in tempi recenti ma una questione che “viene da lontano”.

Nel contributo sopra indicato, rileva, infatti, il Maestro che “*El problema de la modernización es así una cuestión de la sociedad y de la administración e incluye a los más altos funcionarios – no hablemos de los estratos medios o bajos – y nosotros somos parte de una sociedad que tiene que estar luchando constantemente contra el arcaísmo que le viene de lejos*”³.

Questo cosa comporta?

Anche sul punto, sono illuminanti le considerazioni del Maestro allorché, con chiarezza, osserva che “*Todo esto requiere de una mente distinta, hay que readaptar – se y esto también lo debe hacer la administración pública a la par de la sociedad. El Estado tiene que realizar una inversión constante destinada a la modernización de la tecnología en la administración pública y en la educación, ya que necesita de las dos cosas, porque esto se debe dar tanto en la sociedad como en el Estado. Evidentemente, la gente que trabaja e ingresa constantemente en la administración pública tiene que venir de una sociedad en la cual haya un buen nivel tecnológico*”⁴.

Molto probabilmente, dunque, il fattore che riveste un ruolo centrale in qualunque approccio al tema è quello culturale, che, come tale, si riversa sul modo di esercizio della funzione pubblica da parte di funzionari il cui riferimento non è più l'autolegittimazione pubblica del potere, ma il risultato di servizio.

Senza poter approfondire questo aspetto, ci si limita a rilevare come, a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso, si sia assistito ad una profonda trasformazione dell'organizzazione amministrativa italiana cui, tuttavia, non si è accompagnato un adeguato cambiamento del profilo culturale.

I tradizionali criteri di riferimento della funzione pubblica sono stati sostituiti dall'attenzione al risultato⁵, alla produttività, alla performance, i quali,

³ *La modernización de la administración pública*, cit., 155.

⁴ *La modernización de la administración pública*, cit., 157.

⁵ Nell'abbondante letteratura sull'amministrazione di risultato, si veda, in particolare, ROMANO TASSONE A., *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II,

però, non hanno consentito al funzionario pubblico di individuare il senso della sua legittimazione e del suo ruolo di esecutore di precetti normativi tesi a realizzare, secondo l'indicazione costituzionale, il pieno sviluppo della persona umana.

Ne è conseguito un appesantimento della prassi burocratica e una acritica adesione a procedure che, al contrario, attesa la complessità prima evidenziata, richiedono che il corpo di norme che disciplina la regolazione degli uffici e l'azione degli stessi si conformi attraverso (e sia mediato dal) l'esperienza e sensibilità dei funzionari medesimi.

Ed è, dunque, dai funzionari, dalle loro competenze, dal loro sapere e dal modo col quale essi trasformano questo sapere in potere – soprattutto, potere decisionale – che bisogna muovere per impostare su basi concrete ogni disegno di trasformazione e modernizzazione dell'amministrazione⁶.

2. *Modernizzazione e attività amministrativa: luci e ombre dell'applicazione dei sistemi informatici di intelligenza artificiale*

Il problema delle competenze individuato dal Maestro si intreccia con un altro rilevante profilo che, pure, Egli individua come fattore essenziale nella ri-

Napoli, 2001, 821 ss.; SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 79 ss.; SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; IANNOTTA L. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003; CORSO G., *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002, "Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione"*, Milano, 2003, 131; CASSESE S., *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; SPASIANO M.R., *Organizzazione e risultato amministrativo*, in IMMORDINO M. - POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004, 342 ss.; ROMANO TASSONE A., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Annuario AIPDA 2006 "Analisi economica e diritto amministrativo"*, Milano, 2007, 233 ss. Da ultimo, SPASIANO M.R., *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei Contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *www.federalismi.it*, 2024, 9, il quale rileva come «il risultato permaneva al di fuori della legalità, escluso (invero solo apparentemente) dalla considerazione delle norme attributive di poteri pubblici. Esso poteva al più costituire parametro di valutazione delle *performance* di funzionari o di strutture organizzative, per valutarne qualità e rendimento, giammai per sindacare la legittimità della loro azione» (*ivi*, 208).

⁶ In particolare, nella Strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2024-206 – che definisce le azioni strategiche in quattro settori (ricerca, pubblica amministrazione, imprese e formazione) – si legge che «oltre alle azioni più tecniche sarà essenziale attuare azioni di "affiancamento" – con una attenta e autorevole regia – che, tenendo conto delle competenze e conoscenze ancor non capillarmente diffuse nella Pubblica Amministrazione, sappiano promuovere un fruttuoso utilizzo dell'IA e sappiano incanalare azioni di procurement e sviluppo di soluzioni, valorizzando il loro riuso e la condivisione di buone pratiche».

flessione sull'ammodernamento dell'amministrazione, vale a dire quello che emerge allorché ci si sposti dalla prospettiva tradizionale e si consideri quella diversa impostazione che, invece, appare dispiegarsi per effetto dell'impiego dei sistemi informatici o – diremmo in una prospettiva più “moderna” – di intelligenza artificiale⁷.

Osserva, infatti, Agustín Gordillo che “*la modernización pasa por la educación. En educación hoy en día, lo principal – no lo único, pero sí lo principal – es la inversión en tecnología in – formática. Sin tecnología de la información, sin acceso a Internet, sin dominio propio en internet, sin manejo de la computación, no hay educación posible, no hay desarrollo posible*”⁸.

Come noto, i sistemi di intelligenza artificiale sono caratterizzati dall'automaticità dell'operare rispetto ad un “problema” definito dall'intervento dell'uomo che procede all'immissione dei dati ed all'individuazione, quindi, delle istruzioni occorrenti per la sua soluzione sul presupposto della capacità dell'algoritmo matematico di fornire una risposta immediata e puntuale, nonché, in ipotesi di algoritmi complessi, di individuare nuove relazioni tra i dati e nuove modalità di conoscenza⁹.

Si tratta, dunque, di processi conoscitivi e decisionali che, laddove applica-

⁷ Cfr. GALETTA D.U. - CORVALAN J.G., *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *www.federalismi.it*, 2019, 3, 2, ove si afferma che «Nel XX secolo, l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) ha modellato una combinazione asimmetrica fra tre paradigmi della Pubblica Amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al classico modello di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall'utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere. La Pubblica Amministrazione 2.0, che incorpora computer, processori di testo, stampante e fax. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a migrare grazie all'uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network. Attualmente la Pubblica Amministrazione si trova, tuttavia, già in una quarta fase di evoluzione. Questa quarta fase è collegata alla c.d. Quarta Rivoluzione Industriale ed ha come minimo comun denominatore un alto grado di automazione e di interconnessione».

⁸ *La modernización de la administración pública*, cit., 154.

⁹ Cfr. VIOLA L., *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *www.federalismi.it*, 2018; PICOZZA E., *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019; AVANZINI G., *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; CIVITARESE MATTEUCCI S., “*Umano troppo umano*”. *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2019; MUSSELLI L., *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Media Laws*, 2020; SIMONCINI A., *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in CAVALLO PERIN R., GALETTA D.U. (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020; GIORDANO R. - PANZAROLA A. - POLICE A. - PREZIOSI S. - PROTO M. (a cura di), *Il diritto nell'era digitale – persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022.

ti all'azione amministrativa, ne determinano una significativa trasformazione e pongono, di conseguenza, l'esigenza di interrogarsi sull'adeguatezza di limiti e garanzie attualmente previsti per modalità di agire amministrativo del tutto differenti. Il loro impiego impone, cioè di chiarire se, in assenza di specifiche prescrizioni normative, costituisca libera scelta dell'amministrazione l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale o se, a fronte di determinate ipotesi, materie o momenti dell'azione amministrativa, l'intervento umano non è sostituibile da analisi e modalità elettroniche.

Attesa la vastità e le molteplici e complesse implicazioni, non è consentito, nella presente sede, esaminare, con completezza, un tema pur fondamentale per i moderni sviluppi dell'azione amministrativa. Sia consentito, tuttavia, evidenziare, sommariamente, come siano proprio le recenti tendenze dell'azione amministrativa a confermare quanto appena rilevato, vale a dire l'imprescindibilità dell'automazione di alcuni momenti della vicenda procedimentale e di alcuni profili rilevanti per la decisione amministrativa, nell'ambito dell'istruttoria ovvero anche di una fase di un procedimento più ampio.

L'automazione, l'uso di algoritmi, se pure all'origine ha riguardato, in prevalenza, aspetti di natura strettamente vincolata di tale azione, oggi pare estesa anche all'accertamento di fatti complessi rispetto alla cui verifica l'utilizzo dei moderni strumenti che impiegano algoritmi di calcolo, laddove inquadrabile come processo logico razionale osservante di regole e limiti, assume una valenza differente ed autonoma.

E se rapportiamo tale nuova modalità dell'azione amministrativa alla definizione delle competenze che i funzionari devono possedere, ci accorgiamo che la predeterminazione dell'azione amministrativa risente della necessità di un tale corredo di conoscenze umane in quanto essa è realizzata attraverso la definizione delle istruzioni matematiche, le quali, a tale stregua, circoscrivono l'ampiezza dello spazio valutativo rimesso dalla norma all'interprete.

Gli algoritmi di calcolo appaiono, invero, funzionali a consentire una predeterminazione dell'azione amministrativa nella misura in cui permettono di guidare una autonoma valutazione dei fatti in relazione alle modalità di selezione, inserimento e sistemazione degli stessi nonché della valenza che il singolo dato riveste all'interno di tali processi¹⁰. Non si trascuri, appunto, il fatto che, in

¹⁰ Cfr. FALCONE M., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss., il quale, in particolare, rileva che l'impiego dei *big data* nel momento istruttorio «ha la capacità di produrre una conoscenza autonoma ed adeguata dei fatti e delle situazioni a fronte dell'esplosione degli stimoli informativi, di ricercare un'idea di verità oggettiva, [...] collegata alla conoscenza effettiva delle cose, al tentativo di comprendere i fenomeni come sono» (*ivi*, 617).

quest'ottica, la progettazione dell'algoritmo e la sua traduzione nel linguaggio informatico valgono implicitamente a consentire una elaborazione delle categorie medesime e non già l'inquadramento in categorie predefinite dei dati-fatti.

In particolare, atteso che l'analisi algoritmica presuppone una scomposizione del fatto complesso in una pluralità di elementi semplici che l'algoritmo è capace di valutare, il processo decisionale che di essa si avvale si articola in un frazionamento della realtà che, se da un lato vale a semplificarla, dall'altro la riconduce ad una serie determinata di passaggi che si sostanziano nell'analisi dei dati rilevanti per l'individuazione di quello che viene individuato come «problema» amministrativo e che funge da presupposto per la prefigurazione di un risultato finale e per la sua traduzione in linguaggio matematico e, dunque, informatico¹¹.

Tale momento del processo decisionale diventa, entro questa diversa cornice, particolarmente rilevante attesa l'incidenza ed il peculiare valore che vengono a rivestire la selezione della formula e la sua determinazione e trascrizione. Occorre, infatti, considerare che, in ragione della potenza di calcolo dei sistemi informatici che sono in grado di analizzare *data set* sempre più ampi, gli algoritmi di calcolo consentono di conoscere e valutare una enorme mole di dati e di informazioni quali si rinvergono nei fatti complessi, permettendone una valutazione contestuale che meglio si presta ad una decisione amministrativa concretamente attenta ed aderente alla complessità del reale.

Da questo punto di vista, considerata l'analisi algoritmica quale strumento di conoscenza che consente una acquisizione rapida e contestuale di un numero consistente di informazioni che costituiscono il presupposto fattuale dell'azione amministrativa, è d'uopo altresì ritenere che essa si presti ad unificare e standardizzare su scala più o meno ampia le operazioni di cognizione, valutazione e decisione demandate ai funzionari e che, dunque, l'analisi algoritmica divenga, a tale stregua, il codice per decidere automaticamente.

¹¹ Rileva MASUCCI A., *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative complesse*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 1117, che «Quanto più individuale e complesso è un fatto, tanto più grande è il rischio della inadeguatezza della anticipazione operata dell'algoritmo. Il crescente grado di complessità delle decisioni amministrative consente sempre meno una loro adeguata predeterminazione nella programmazione algoritmica. La programmazione è incapace di gestire l'eccezionale. In sintesi, quanto più è indeterminato la norma da applicare o complessa la realtà sulla quale l'algoritmo deve operare, tanto più è necessario l'intervento dell'uomo. Né per evitare questi problemi e tener conto di tutte le possibili situazioni particolari è possibile prospettare il ricorso a programmi che prevedono un ventaglio indeterminato di ipotesi specifiche. Si tratterebbe di un'ipotesi impossibile e contraria alla stessa logica di economicità e celerità alla quale si ispira la informatizzazione delle decisioni».

D'altra parte, l'impiego di *big data* e di algoritmi predittivi bene si presta a far parte del corredo operativo del moderno funzionario, ove si consideri che essi consentono una comprensione anticipata degli eventi futuri, sì da consentire una opportuna prevenzione di comportamenti devianti ed anormali oppure l'adozione di indirizzi e programmi quanto più rispondenti ai bisogni dei cittadini sino a fornire raccomandazioni idonee a giustificare una scelta.

Proprio in tali fattispecie, l'algoritmo di calcolo mostra la sua valenza, rivestendo esso una capacità di valutazione autonoma dei fatti che si rivela particolarmente significativa nell'esplicazione di un ruolo di indirizzo e condizionamento dell'attività amministrativa. In questo senso, l'autonomia dell'algoritmo rispetto alla norma ed all'azione umana che lo ha creato appare potenziato dal *machine learning*, dall'intelligenza artificiale e dall'uso di *big data* considerata l'idoneità di questi strumenti ad offrire soluzioni non previste ovvero non rispondenti ad una logica causale.

In altri termini, occorre considerare la possibilità di uno scostamento tra il risultato algoritmico e quello ricercato dal funzionario e, dunque, tra la volontà umana che lo ha concepito e l'algoritmo, anche quello più semplice, che, pertanto, assume una valenza autonoma.

Se, infatti, l'analisi algoritmica apporta benefici alla enucleazione della scelta, essa, per altro verso, rischia di limitarla: la scelta delle istruzioni e del problema posta a monte dal decidente può, infatti, risultare condizionata dalla macchina: una pluralità di elementi, intrinseci ed estrinseci, possono, invero, incidere sul funzionamento della sequenza algoritmica come inizialmente definita, con conseguente possibile determinazione di risultati diversi da quelli attesi. La scelta che ne deriva non può, pertanto, essere delineata come decisione autonoma del soggetto pubblico ma alla stregua di una co-decisione.

Volgendo, allora, lo sguardo al piano dei diversi tipi di decisione che l'amministrazione può assumere, giova rilevare come le possibilità, ancora in gran parte forse inesplorate, che l'evoluzione dell'intelligenza artificiale offre sono considerate suscettibili di applicazioni inedite anche alle attività discrezionali dell'amministrazione attesa la capacità degli algoritmi di nuova generazione di simulare la capacità di decisione umana e, addirittura, di superarne le potenzialità.

L'applicazione di tale schema operativo alle decisioni amministrative ha indotto, infatti, a ritenere che, attesa la progressiva riduzione dell'ambito della discrezionalità, anche le scelte propriamente discrezionali possano essere compiute mediante una procedura algoritmica: l'ambito di possibile automazione è, invero, suscettibile di ampliamento a fronte di un'azione amministrativa sempre più limitata da regole di condotta molto puntuali, in cui l'esercizio del potere

resta definito entro criteri prestabiliti, oltre che dalla legge, da atti amministrativi generali, linee guida, atti regolatori¹².

Gli aspetti ora solo accennati mettono in evidenza luci ed ombre di una modernizzazione dell'amministrazione fondata sulle tecnologie informatiche e sugli esiti più evoluti delle stesse che scaturiscono dall'intelligenza artificiale: l'impiego di quest'ultima alle decisioni discrezionali non è scevro da difficoltà in ordine alle relative modalità operative, date dal fatto che in esse l'intervento umano resta circoscritto alla posizione del problema mentre la soluzione dello stesso è devoluta in toto all'algoritmo che individua quella più adeguata mediante processi cognitivi autonomi, addirittura non intellegibili e non prevedibili.

Ed allora, se l'evoluzione delle modalità di azione del soggetto pubblico che da tali linee evolutive sembra doversi desumere resta segnata da meccanismi di scelta che non lasciano residuare in capo all'amministrazione alcun margine di intervento se non soltanto a monte, si tratta di riflettere sulla compatibilità di un siffatto processo di modernizzazione dell'amministrazione con il principio di legalità e con i tradizionali principi dell'azione amministrativa, tanto più ove si tenga presente la difficoltà di riprodurre nel processo conoscitivo governato dall'intelligenza artificiale gli ordini di valori connaturati all'intelligenza umana e che presidiano l'attività di ponderazione dei diversi interessi in gioco.

Ma – a conferma dell'intimo nesso con il problema della formazione del personale sopra delineato – si tratta anche di adeguare la macchina amministrativa ad una tale trasformazione nella consapevolezza della necessità di maturare competenze idonee a governare le procedure automatizzate nelle diverse modalità in cui queste si possono sostanziare. Da questo punto di vista, la Strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2024-2026 è consapevole del fatto che “Si tratta di un processo molto elaborato, che dovrà basarsi preliminarmente sulla definizione di apposite linee guida indirizzate verso l'utilizzo di piattaforme sviluppate in Italia e orientate verso la realizzazione di progetti che promuovano: (i) la totale aderenza alle normative nazionali e dell'Unione Europea in termini di gestione delle classi di rischio e relativi adempimenti, con particolare riferimento alla tutela dei dati personali; (ii) la consapevolezza delle esigenze dettate dalle strategie nazionali e riconducibili allo sviluppo di tecnologie in settori altamente critici quali, ad esempio, energia e difesa, intelligence; (iii) la definizione di iniziative finalizzate alla formazione del personale che possano consentire

¹² In senso contrario, tuttavia, è stato osservato come l'autovincolo costituisca un limite che arriva ad escludere gli ambiti di discrezionalità la quale perderebbe i suoi tratti caratterizzanti per essere stata consumata già con la posizione dell'autovincolo medesimo: diventerebbe oggetto di automazione un'attività che non è più discrezionale.

di innalzare il livello delle competenze degli utenti su soluzioni tecnologiche avanzate e verticalizzate sullo sviluppo di processi certificabili, scalabili e condivisibili a livello nazionale”.

3. *Modernizzazione e organizzazione amministrativa: problemi vecchi e nuovi*

L'accoglimento di una tale prospettiva di trasformazione dell'amministrazione pubblica che si orienta nella direzione di valorizzare l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale getta una nuova luce sulla cd. amministrazione di risultato che, per tale via, pare ricevere ulteriore conferma e sostegno.

Se, invero, l'ampiezza delle possibilità applicative dei nuovi sistemi riguarda profili pre-istruttori, istruttori e decisori come prima evidenziato, consegue ulteriore impulso l'idea, appunto, di amministrazione che si configura come volta al compimento non di un qualunque risultato ma di quell'esito che costituisce un'efficace realizzazione dell'interesse pubblico concreto, in ossequio a quel principio di economicità che comporta una valutazione degli strumenti più idonei col minor impiego di risorse in riguardo ai profili economici, strutturali e temporali.

Le possibilità applicative che i nuovi sistemi consentono non involgono, invero, soltanto i profili ora detti, ma altresì quelli organizzativi, ove si consideri che l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale con riguardo all'azione amministrativa, all'attività di orientamento ed indirizzo della stessa attiene al potere di autoorganizzazione dell'amministrazione, quale disciplina del medesimo potere che le è attribuito dall'ordinamento e che si sostanzia in disposizioni prelettive che l'amministrazione pone a se stessa.

Ed è in questa prospettiva che è stata colta l'essenza delle nuove frontiere dell'agire amministrativo, allorché la scelta dell'utilizzo di sistemi elettronici di elaborazione è stata intesa quale opzione metodologica ai fini dello svolgimento del procedimento amministrativo “che si presenta alternativa rispetto a quella tradizionale della materiale acquisizione al procedimento caso per caso di tutti gli elementi decisivi ai fini dell'assunzione della scelta finale, e, pertanto, la decisione al riguardo dell'amministrazione assume essenzialmente una valenza di tipo organizzativo dell'attività amministrativa stessa”¹³.

La rilevanza del profilo organizzativo e dell'incidenza delle nuove frontiere tecnologiche anche su tale aspetto è evidenziato dal Maestro allorché afferma che “*Si se trata del gobernador no va a poder fisicamente contestar todos los e-mails porque tampoco él decide personalmente todo lo que firma, si es que lo*

¹³ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 14 febbraio 2017 n. 3769.

*firma físicamente y no utiliza la *délégation de signature*. Quien haya pasado por cualquier lugar de decisión sabe que la firma es un acto automático y, a veces, no se alcanza ni a leer qué es lo que se firma porque se confía en la organización. También hay delegación, desde luego, en el ámbito del poder judicial.*

*Si se eligió mal a la organización o no se la supo controlar, se pierde, porque colocó (uno mismo o el delegado de firma) la firma mal, pero uno siempre es el responsable. Uno coloca (o deja que coloquen) la firma en una organización y es el responsable de que las cosas salgan bien (o mal). Puede ser que tenga una máquina o una organización que conteste e-mails que requieren un poco más de reflexión. Pero nunca se van a salvar de contestar los e-mails y ponerlos en Internet”.*¹⁴

In altri termini, le moderne modalità operative dell'amministrazione, quand'anche incidenti sullo svolgimento dell'azione amministrativa nel senso sopra esposto, lasciano inalterati i problemi e le questioni relativi all'organizzazione ed alla responsabilità dei funzionari agenti. Sono problemi e questioni che scaturiscono dal fatto che, specialmente nelle organizzazioni di dimensioni medio-grandi, le scelte decisionali non sono riconducibili alle preferenze di un singolo ma costituiscono il risultato di complesse procedure, formali e informali, caratterizzate dalla presenza di un elevato numero di soggetti, ognuno dei quali partecipa alla formazione di detta volontà. Nell'ambito delle organizzazioni, quindi, la decisione si configura come “costrutto” idoneo ad esternare il volere dell'ente e non tanto quello dei singoli agenti.

Si consideri poi la tendenza dell'agire organizzato a “costruire” socialmente il rischio sulla base dell'esperienza pregressa e del contesto percettivo, assunti come fattori capaci di bilanciare il difetto di cognizioni scientifiche confortanti.

Ne consegue che – come può bene rilevarsi dalle affermazioni del Maestro – in un contesto decisionale individuato come avente natura iterativa e ricorsiva, non vi è spazio per una responsabilità monosoggettiva o plurisoggettiva, configurandosi all'uopo meglio rispondente ai caratteri di siffatto processo formativo della decisione una responsabilità collettiva articolata come responsabilità plurisoggettiva delle singole persone fisiche ed, insieme, responsabilità diretta dell'organizzazione complessa quale centro autonomo di imputazione.

Del resto, l'esigenza di riportare l'attenzione sul comportamento concretizzantesi in un complesso di attività intese all'adozione o esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi è stato da tempo sottolineato in materia di risarcimento del danno ove si è ritenuto opportuno ricondurre la colpa non già a valutazioni di natura soggettiva ed individualizzata bensì ad elementi oggettivi quali l'esigibilità della condotta richiesta all'agente in rapporto a parametri nor-

¹⁴ *La modernización de la administración pública*, cit., 160.

mativi attinenti alle modalità dell'azione ed all'incidenza sulla sfera giuridica e patrimoniale del danneggiato.

Nel rapportare, dunque, con riguardo alle organizzazioni complesse, il profilo soggettivo alla complessiva struttura dell'ente, il comportamento colpevole dell'amministrazione si correla ed è individuato in relazione al "contesto in cui si sviluppa l'azione amministrativa". Col che, quindi, resta confermata quell'intima connessione tra organizzazione e azione che non è possibile trascurare in ogni riflessione sul processo di modernizzazione dell'amministrazione.

4. *Amministrazione e società: modernizzazione e buona amministrazione*

Il cerchio si chiude considerando un ulteriore aspetto, vale a dire l'intima connessione tra amministrazione e società, nonché, conseguentemente, il controllo – rilevante e condizionante – che quest'ultima esercita sulla prima.

Se, in particolare, volgiamo lo sguardo all'organizzazione amministrativa italiana, ci accorgiamo come essa sia stata fortemente sensibile ai mutamenti della società e, "interiorizzando le contraddizioni dello sviluppo" e governando "in un certo senso le retrovie", abbia svolto una funzione riequilibratrice rispetto alle notevoli modificazioni che intervenivano. Tale aspetto è importante in quanto, come da molti condiviso, la qualità delle istituzioni è di primaria rilevanza per la crescita di un sistema.

La costruzione di una società della conoscenza per far fronte alle problematiche derivanti dalla globalizzazione – cui già la strategia "Europa 2020"¹⁵ ha dato grande enfasi e che viene ripresa dalla strategia "Europa 2030"¹⁶ – scorge

¹⁵ La risposta europea alle sfide della globalizzazione, dei cambiamenti demografici ed a quelli indotti dalla società della conoscenza si è concretizzata nella cd. strategia di Lisbona, con la quale si è inteso delineare le misure volte a creare una condizione di maggiore competitività e dinamicità. Gli obiettivi individuati sono stati solo parzialmente raggiunti, suggerendo così all'Europa, anche in ragione della crisi in atto, la formulazione della «Strategia 2020» (Comunicazione della Commissione Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, Com (2010) 2020) che, pertanto, succede a quella elaborata a Lisbona e ne condivide taluni profili. In particolare, nell'elaborare un progetto per l'economia sociale di mercato europea nel prossimo decennio, individua tre obiettivi prioritari: una crescita intelligente mediante lo sviluppo di un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; una crescita sostenibile, attraverso la realizzazione di un'economia a basse emissioni inquinanti, competitiva ed efficiente sotto il profilo dell'utilizzo delle risorse; una crescita inclusiva con lo sviluppo di un'economia ad alto tasso di occupazione che agevoli la coesione sociale e territoriale.

¹⁶ Nella Relazione al Consiglio Europeo del gruppo di riflessione sul futuro dell'UE 2030. Viene, infatti, rilevato che «Il capitale umano è lo strumento strategico fondamentale per il successo nell'economia globale. Eppure l'Europa ha perso molto terreno nella corsa all'economia

proprio nel capitale umano un elemento determinante per lo sviluppo e l'innovazione, individuando la Risoluzione sul seguito della strategia di Lisbona¹⁷ tra i principali obiettivi da realizzare in detta prospettiva proprio l'elaborazione di maggiori occasioni educative e lavorative per i giovani e la promozione di una cittadinanza attiva mediante l'inclusione sociale e la solidarietà per questi ultimi¹⁸.

In quest'ottica, il potenziamento, la condivisione e la circolazione della conoscenza, specie se trasfusa nel sistema amministrativo e produttivo mediante l'impiego dei risultati, può contribuire, proprio per l'osmosi tra amministrazio-

della conoscenza, e per recuperare, si impone uno sforzo coordinato. Gli Stati membri devono mobilitare le risorse che hanno deciso di investire in R&S, con il contributo del settore privato, e riformare tutti gli aspetti dell'istruzione, formazione professionale inclusa. L'Unione deve inoltre intervenire con i propri strumenti di bilancio riveduti, sfruttando meglio nel contempo la Banca europea per gli investimenti e il Fondo europeo per gli investimenti. Dobbiamo infine vagliare la possibilità di introdurre nuove fonti di gettito, ad esempio attraverso l'imposizione di una tassa sul CO2» (p. 5). E ancora «Dobbiamo concentrarci soprattutto sulla creazione di crescita e di occupazione; tuttavia, non posti di lavoro qualsiasi, bensì posti adatti alla società della conoscenza e non una crescita qualsiasi, bensì una crescita sostenibile che non sia qualificata dal solo PIL. Il futuro dell'Europa è in questa chiave di lettura» (p. 20).

¹⁷ Sul presupposto che «la conoscenza, l'innovazione e il dinamismo commerciale sono fondamentali per creare nuove possibilità di crescita, stimolare la concorrenza e definire nuove e più efficaci modalità per affrontare problemi comuni quali le malattie o i cambiamenti climatici. Numerose industrie della conoscenza dell'Unione hanno risentito pesantemente delle attuali condizioni e l'industria nel suo insieme viene intralciata da un contesto normativo complesso e incompleto. Le imprese non investono a sufficienza nei settori della conoscenza e dell'innovazione. Il proposto brevetto comunitario – pietra angolare dell'impegno dell'Unione nel cammino dell'innovazione – potrebbe presto diventare realtà», la Risoluzione sul seguito della strategia di Lisbona n. 308 (2003/c 308/08), pubblicata sulla GU.U.E. n. 308 del 18 dicembre 2003, era stata chiara nel richiamare gli Stati ad un maggiore impegno in tale direzione, affermando che «Nonostante i vincoli che gravano attualmente sui bilanci nazionali, gli Stati del SEE dovrebbero creare le condizioni per un maggiore investimento pubblico e privato nei settori dell'educazione, della ricerca e dell'economia fondata sulla conoscenza, elementi essenziali per una crescita a medio e lungo termine. Occorrono quindi incentivi fiscali e regolamentari ed un ambiente competitivo per assicurare che la spesa privata segua dette priorità. Gettare dei ponti tra conoscenza e mercato e creare un contesto propizio all'innovazione: questa è la nuova sfida per la competitività. Affinché le imprese dell'Unione possano trarre profitto dalle nuove opportunità, creare posti di lavoro e stimolare la crescita, è necessario un approccio più coordinato e coerente».

¹⁸ È significativo che la strategia europea sopra richiamata assegni un ruolo non secondario al profilo, ampio ed inclusivo, delle città intelligenti che tali sono allorché la crescita economica sostenibile e la loro vivibilità è sostenuta da investimenti nel capitale umano e sociale, in infrastrutture di comunicazione di prima e seconda generazione (trasporti e ICT), in tecnologie multimediali della comunicazione nei servizi per i cittadini che creano maggiore partecipazione alla gestione delle stesse.

ne e società prima detta, alla trasformazione e modernizzazione dell'amministrazione.

Le riflessioni del Maestro sul tema muovono, infatti, dall'interrogativo sul rapporto tra amministrazione e società. Si chiede il Maestro che *“Cabe preguntarse: ¿Puede haber una administración moderna en una sociedad arcaica? O vice-versa. Es evidente que hay una relación directa. Si la sociedad es arcaica, la administración no puede ser moderna. Todo esfuerzo que tienda a modernizar la administración pública no puede olvidarse de la modernización de la sociedad misma, y la modernización pasa por la educación”*¹⁹.

Ed ancora, *“El control social que tanto disgusta a los funcionarios públicos arcaicos, como el control mediático, es una cosa muy positiva y que le sirve a la administración para modernizarse. Cuando la sociedad pone los ojos encima de la administración, ésta mejora. No hay peor cosa que una administración sobre la cual la sociedad no ha puesto los ojos. Es el llamado control social. Una administración sin control social no funciona tan bien como una sociedad con control social”*²⁰.

Come può inverarsi un autentico rapporto tra amministrazione e società e realizzarsi il controllo sociale sull'amministrazione?

Al riguardo, l'esperienza italiana ha cercato forme organizzative tese ad inglobare nello Stato aspetti consistenti di società, tentando di realizzare un'adeguata composizione di tale esigenza con quella – non meno di rilevante – di conservazione delle caratteristiche fondamentali che contraddistinguevano il modello italiano.

In questa direzione, ci si è resi conto che se, nel moderno contesto ordinamentale democratico, plurale è la società e in senso pluralistico si connota, altresì, l'amministrazione, occorre guardare proprio alla società come momento di sintesi e di unità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa che da essa risulta in una certa misura incisa.

Significative, in tal senso, le osservazioni di Mario Nigro il quale rilevava come, sul presupposto ora detto, “la scelta amministrativa non è più monopolio dell'elemento burocratico, ma diventa prodotto di questo e dell'elemento partecipativo. La cooperazione fra i due elementi si realizza in vari modi, ma il modo più diffuso e più raffinato (e maggiormente rilevante per la trasformazione del procedimento) è quello secondo il quale l'apporto consociativo si esprime e si manifesta nella stessa elaborazione della scelta e, più precisamente, nella (partecipazione) alla predisposizione del materiale di essa attraverso soprattutto l'esibizione di interessi e di fatti che vanno raccolti, definiti, comparati e

¹⁹ *La modernización de la administración pública*, cit., 154.

²⁰ *La modernización de la administración pública*, cit., 161.

composti in un quadro di prevalenza o di coesistenza, dalla quale, soltanto, la scelta amministrativa legittimamente scaturisce. Vi è dunque una vera e propria spartizione della potestà amministrativa fra il formale titolare burocratico e la pluralità dei consociati. Non solo i giuristi, ma anche gli storici hanno colto nello stato contemporaneo questa condizione di coesistenza di due principi così antitetici – il principio burocratico e il principio partecipativo – che è il frutto della evoluzione della realtà contemporanea dello Stato di diritto in senso sociale-pluralistico ed esprime il tentativo, storicamente non nuovo, di comporre un mutevole e ragionevole equilibrio fra concentrazione del potere e suo dissolvimento nella società”²¹.

Si tratta, dunque, di definire strumenti che valorizzino il ruolo della società ed il controllo che essa svolge sull’amministrazione nelle sedi in cui il potere si trasforma in atto, nei processi di formazione delle scelte amministrative che oggi, come già accennato appaiono sempre più governati dall’inarrestabile sopravvento dell’intelligenza artificiale.

E, tuttavia, se, pure, l’impiego dell’intelligenza artificiale non è certo eludibile, una conveniente (e prudente) applicazione al sistema amministrativo nei suoi diversi profili, (considerate le innegabili conseguenze positive che esso produce sul piano dell’efficienza dell’azione pubblica), richiede un ripensamento delle tradizionali categorie nella prospettiva di un aggiornamento delle garanzie rispetto all’esercizio di un potere che, sebbene certamente ormai lontano da quell’impronta prettamente volontaristica delle origini, si mostra proiettato in una dimensione automatizzata che, comunque, non sembra possa prescindere dalla rilevanza della persona umana e dal complesso di valori fondamentali e imprescindibili di cui esso è portatrice.

Qualunque processo di modernizzazione dell’amministrazione, dunque, non può trascurare questo aspetto, non può, cioè, accantonare la considerazione dell’uomo e della società in cui esso trova espressione, non può trascurare la ricerca di un rapporto sinergico tra questi e l’amministrazione. Ne deriverebbe un beneficio tanto per la prima che per la seconda: un modello di azione che si fonda un rapporto reale ed effettivo tra amministrazione e società consente, infatti, all’amministrazione una adeguata interpretazione dei bisogni della società stessa e la definizione di modalità di intervento più rispondenti agli interessi che essa esprime ed insieme, l’amministrazione viene sgravata di talune funzioni talora svolte con scarsi risultati ed il conseguimento di una maggiore efficienza interna dei funzionari e del grado di soddisfazione dei cittadini-uten-

²¹ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, cit., 2046.

ti. In altri termini, una realizzazione del diritto ad una buona amministrazione che deve rappresentare il principio ispiratore di ogni processo di modernizzazione che si voglia intraprendere.

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E L'AMMINISTRAZIONE COME FUNZIONE DI GOVERNO

ALDO SANDULLI*

SOMMARIO: 1. L'amministrazione come funzione di governo in Italia. – 2. La riserva di procedimento amministrativo. – 3. Il principio del risultato nei contratti pubblici. – 4. Il *golden power*. – 5. Il futuro del procedimento amministrativo tra *project management* e intelligenza artificiale.

1. *L'amministrazione come funzione di governo*

Il Prof. Agustín Gordillo, nel suo noto *Tratado de Derecho Administrativo* (tomi I e IV)¹, ha dato un contributo importante alla disciplina del procedimento amministrativo, sul piano tecnico giuridico, sia sul versante sistematico sia su quello esegetico-interpretativo.

Anche in Italia, il tema del procedimento amministrativo è di particolare rilievo sotto il profilo della disciplina dell'azione delle pubbliche amministrazioni.

Nell'ordinamento giuridico italiano, la costruzione della teoria del procedimento, a partire dal secondo dopoguerra, è collegata strettamente all'assetto costituzional-democratico. Il procedimento amministrativo è inteso, pertanto, non soltanto quale luogo formale dell'esercizio del potere amministrativo, ma anche per il modo con il quale il potere pubblico è considerato la sostanza dello statuto costituzionale della pubblica amministrazione. In pratica, attraverso il procedimento amministrativo, l'amministrazione pubblica opera in funzione di governo.

Ci si intende qui fermare, nel poco spazio a disposizione, proprio sullo statuto costituzionale della pubblica amministrazione, soprattutto per la parte relativa al procedimento e all'attività discrezionale dell'agire amministrativo. Il rapporto tra Costituzione e amministrazione è di particolare rilievo attualmente in Italia, in un periodo di trasformazioni nel quale sta divenendo sempre più difficile orientarsi.

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università LUISS.

¹ A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 8a edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017, IX.1 ss.; tomo 4, *El procedimiento administrativo*, 11° edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2016, 59 ss.

Come è stato di recente rilevato, «Lo statuto della pubblica amministrazione come azione di governo (ormai divenuto statuto costituzionale) ruota intorno alla dottrina del procedimento, come il luogo nel quale si valutano, nel concreto, gli interessi plurimi, pubblici, e privati (e collettivi) spesso contrapposti, secondo i principi della ragionevolezza, della proporzionalità, dell'imparzialità in senso stretto (cioè dei principi che reggono l'esercizio della discrezionalità), con la partecipazione dei soggetti portatori degli interessi stessi. Il procedimento è la forma necessaria dell'azione amministrativa, segnatamente dell'azione amministrativa a carattere puntuale, laddove si traduce in un atto produttivo di effetti in capo a situazioni protette di soggetti terzi, ai quali si apre la via della tutela giurisdizionale»².

Si vuole provare a ragionare sullo statuto costituzionale dell'esercizio del potere amministrativo in forma procedimentale, per verificare il rapporto con i principi costituzionali dell'amministrazione, con la legislazione in funzione sostitutiva del procedimento amministrativo, con la prefigurazione di una fattispecie procedimentale a elevata densità politica. Attraverso tre esempi si intende mettere in luce che lo statuto costituzionale è attualmente in movimento.

Si concluderà chiedendosi se il procedimento amministrativo sia destinato ancora a lungo a essere la forma principe della funzione amministrativa di esercizio del potere.

Questo perché il procedimento amministrativo ha assunto una posizione centrale nello statuto della pubblica amministrazione in un periodo relativamente recente, verso la metà del XX secolo, quando è iniziato il processo di "democratizzazione" della funzione amministrativa, per cui il suo radicamento non è temporalmente profondo, anche se lo è ormai quanto a sostanza teorica e densità di concrete ricadute.

Ma non può essere escluso *a priori* che la situazione possa ulteriormente cambiare nell'arco di qualche decennio (o anche in tempi più brevi), eventualmente anche a seguito di processi derivanti da altre scienze umane o causati dai mutamenti prodotti dall'innovazione tecnologica.

2. La riserva di procedimento amministrativo

Il primo tema che è stato sviluppato negli ultimi anni nel nostro ordinamento giuridico è quello della riserva di procedimento amministrativo e, cioè,

² V. CERULLI IRELLI, *Verso nuovi assetti del potere amministrativo e della tutela delle situazioni protette*, in Id., *Costituzione e Amministrazione*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2024, 149 ss.

dell'esistenza di un'area riservata all'azione amministrativa in forma procedimentale, non suscettibile di essere invasa neppure dal legislatore.

Si tratterebbe dell'ennesima prova della perdita di rilievo del primato della legge, già abbondantemente intaccato su più fronti.

È noto che non è prevista una riserva di amministrazione in Costituzione, nonostante che la scienza giuridica abbia riflettuto anche con studi di rilievo.

Tuttavia, la sentenza della Corte costituzionale n. 116/2020, estensore il Pres. Giancarlo Coraggio³, ha prospettato l'esistenza di una riserva di amministrazione flessibile o di procedimento amministrativo, in un'ipotesi relativa all'adozione di un programma operativo straordinario regionale, adottato con legge-provvedimento anziché seguendo la specifica procedura amministrativa.

Il punto di partenza è che il procedimento è il luogo privilegiato di emersione degli interessi e di espressione dei principi di efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza dell'azione amministrativa. Il procedimento è quindi la forma e la sostanza del potere amministrativo⁴: la procedura non è un mero orpello formale, ma è essa stessa parte sostanziale delle modalità di esercizio del potere pubblico. Se viene depurato della forma procedimentale, il potere è come se si trasferisse direttamente al momento conclusivo, dell'adozione dell'atto; ma il potere amministrativo non è mero atto, è percorso, perché ha bisogno di progredire verso la conclusione attraverso un tragitto nel quale si rappresentano gli interessi e si realizza la democrazia procedimentale. Sicché, per il corretto esercizio del potere amministrativo si potrebbe giungere addirittura ad affermare che è più rilevante l'istruttoria procedimentale rispetto all'atto formale conclusivo della procedura.

Per valutare la ragionevolezza della legge-provvedimento occorre appurare se l'oggetto della legificazione riguardi «una materia ragionevolmente inquadrabile tra quelle *naturaliter* amministrative». Si afferma, pertanto, l'esistenza di materie che sono naturalmente ed essenzialmente amministrative e che, quindi, per converso, non possono essere legislative. Ciò significa che lo spazio di azione della legge, che è sempre stato considerato pressoché illimitato nel nostro ordinamento, quantomeno nella capacità di incisione e di esternazione del potere amministrativo, conosce oggi una significativa limitazione in relazione alla capacità di sostituirsi a tale potere. Pur in assenza di una espressa riserva di amministrazione, si richiede al legislatore di verificare preliminarmente se la norma di legge non vada a incidere indebitamente su una materia che sia per natura da esplicare attraverso un procedimento amministrativo, essendo, da un

³ Sentenza della Corte costituzionale 23 giugno 2020, n. 116.

⁴ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

lato, necessaria la decantazione degli interessi compresenti e l'assicurazione delle garanzie che sono propriamente collegate all'azione amministrativa e, dall'altro, non potendosi sottrarre il destinatario dell'azione amministrativa al giudice naturale individuato dalla legge.

Ne deriva che il procedimento amministrativo sarebbe connotato da sue proprie forme di garanzia, anche giurisdizionale, per cui il titolare del potere amministrativo conosce una serie di limitazioni, alle quali fanno da contraltare le necessarie garanzie procedimentali e giurisdizionali che vanno assicurate ai soggetti che dal potere subiscono effetti pregiudizievoli, accanto a talune prerogative legate alla naturale elasticità dell'azione amministrativa, tra le quali spicca il potere di autotutela quale fisiologica risposta alle necessità di riesame.

Alla rigidità del potere legislativo si oppone l'elasticità del potere amministrativo, che è idoneo ad adattarsi al caso concreto e alle cangianti vicende puntuali, mobili nel tempo e, che, quindi, richiedono una capacità di perseguire costantemente l'interesse pubblico e la soluzione, di volta in volta, proporzionata. Ciò che viene meno, nel traslare dall'elasticità amministrativa alla rigidità legislativa, è la ricerca della composizione tra gli interessi emersi, che è carattere tipico dell'esercizio discrezionale del potere.

Si instaura, di fatto, in tal modo, una regola di non fungibilità del mezzo di esercizio del potere per il perseguimento del fine. L'emanazione di una legge in luogo del provvedimento amministrativo per consentire al potere pubblico di risolvere questioni che si rivelano di complicata o rischiosa soluzione davanti al giudice naturale rappresenta una evidente forma di sviamento di potere: distoglie dal naturale esercizio del potere giurisdizionale ordinario o amministrativo, con le sue peculiari modalità di garanzia, e impedisce l'esercizio del potere amministrativo, con la conseguente elastica capacità di adattamento e di composizione degli interessi.

La sentenza della Consulta è stata oggetto di critiche, ma solleva un tema importante, che è quello della dimensione costituzionale, ai sensi dell'art. 97 Cost., della forma propria della funzione amministrativa, sicché il percorso con il quale si esercita il potere è da considerare rilevante almeno quanto, se non di più, dell'esercizio del potere stesso.

3. Il principio del risultato nei contratti pubblici

La dimensione costituzionale dell'agire discrezionale la si ritrova in una recente disposizione, l'art. 1 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), che indica il principio del risultato quale principio su cui si basa l'intera disci-

plina dei contratti pubblici⁵, sia per quanto riguarda l'aggiudicazione sia per quanto attiene all'esecuzione del contratto. Il che, tra l'altro, conferma la dimensione chiaramente unitaria del fenomeno contrattuale pubblico, per cui emerge in modo indubitabile che la fase dell'affidamento e quella dell'esecuzione del contratto vanno lette assieme, in modo unitario, con la conseguenza che i principi del risultato e della fiducia finiscono per coprire entrambi i versanti, pubblicistico e privatistico.

Uno tra i caratteri che potrebbero essere considerati più rilevanti nella declinazione del principio del risultato compiuta dall'art. 1 del Codice potrebbe essere il fatto che il legislatore lo ha costruito quale *principio sproporzionante*, per cui esso opera in partenza uno sproporzionamento tra interessi, condizionando l'interprete, e spingendo decisamente nella direzione del buon andamento rispetto a quella dell'imparzialità oggettiva.

Ora, è noto come imparzialità e buon andamento, nell'art. 97 Cost., sono principi flessibili, volutamente imprecisi e complementari tra loro. Il carattere più rilevante dei due principi è proprio che essi vivono in simbiosi: sono in equilibrio tra loro e, anzi, sono appoggiati l'un l'altro e si sostengono a vicenda.

Cosa accade, quindi, se si altera questo equilibrio? Cosa accade se si spinge in direzione dell'uno proprio nel momento in cui l'amministrazione esercita l'azione discrezionale e individua la regola del caso concreto?

L'art. 1, comma 3, del Codice delinea uno stretto legame tra risultato e buon andamento. Il successivo comma stabilisce che l'esercizio del potere discrezionale e l'individuazione della regola del caso concreto devono avere come principale punto di riferimento il risultato. Se ne potrebbe evincere uno sbilanciamento nella direzione del buon andamento, con conseguente sproporzionamento a monte di quel reciproco scaricamento di forze tra imparzialità e buon andamento.

Da questa *impasse* si può uscire soltanto attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata del principio del risultato, nel senso di risultato-legittimità⁶, che viene ricondotto nel giusto alveo dell'art. 97 Cost. dal filtro della proporzionalità dell'azione amministrativa discrezionale, principio che è all'incrocio tra imparzialità e buon andamento.

⁵ Sul principio del risultato nel Codice dei contratti pubblici (art. 1 del d.lgs. n. 36/2023), sia consentito rinviare ad A. SANDULLI, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, 2024, 349 ss.

⁶ M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 11 ss. Si v. già M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

4. *Il golden power*

L'ultimo punto che si intende toccare è quello del confine tra l'atto politico e l'atto di alta amministrazione e, in ordine a quest'ultimo, quale possa essere l'intensità del sindacato giurisdizionale, in presenza di elevata discrezionalità pura.

Ci si vuole fermare sul caso più rilevante degli ultimi anni, quello del *golden power* (o *foreign direct investment screening*, nella formulazione di diritto dell'Unione Europea dell'istituto) ossia del potere speciale del Governo di vietare o condizionare operazioni economiche che siano in contrasto con l'interesse nazionale e la sicurezza nazionale⁷.

Come è noto, il procedimento *golden power* è ormai codificato in dettaglio e contempla una fase istruttoria puramente amministrativa, svolta presso il Gruppo di coordinamento che opera in Presidenza del Consiglio dei ministri. A questa, però, si accompagna una fase decisionale che si conclude con un provvedimento del Consiglio dei ministri e che è caratterizzata da densità politica talvolta assai consistente, spesso condizionata da attività di intelligence e da esigenze di segretezza o riservatezza della dinamica procedimentale.

L'istituto è ancora da approfondire sul piano giuridico, anche se iniziano a esserci studi di un certo spessore teorico⁸. Sussistono dubbi se l'operatore economico che adempie all'obbligo di notifica sia titolare di un interesse pretensivo oppure oppositivo. Non è chiaro quali possano essere i modi di tutela dei terzi. Non è ancora stato ben approfondito quali siano gli effetti dell'esercizio del potere speciale (che, tra l'altro, può avere contenuti diversi: di divieto, prescrittivi, condizionali): se, cioè, gli effetti siano autorizzativi, di controllo, espropriativi o di altro tipo.

Il tema di maggior rilievo è certamente quello della natura del provvedimento *golden power*. Si può escludere che l'esercizio di poteri speciali del governo sia un atto politico. Ciò si ricava dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo. Se il provvedimento è sindacabile non si tratta di atto politico.

Resta il dubbio, invece, su quale sia la qualità e l'intensità del sindacato giurisdizionale di atto di alta amministrazione sotto il profilo organico, spesso ad alto contenuto di discrezionalità pura sul piano sostanziale.

La forte dilatazione della discrezionalità a causa di ragioni di carattere politico, si sostiene, comporta l'esercizio, da parte del giudice, di un sindacato de-

⁷ A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743 ss.

⁸ Da ultimo, *Golden power*, a cura di R. CHIEPPA, C.D. PIRO, R. TUCCILLO, Roma, La Tribuna, 2024.

bole, limitato, ai soli profili di stretta legittimità, non suscettibile di scendere in profondità in relazione all'esercizio del potere discrezionale. Nell'ipotesi del *golden power*, invece, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea sul caso ungherese *Xella* pare aprire alla possibilità di un sindacato giurisdizionale qualitativamente più approfondito, che possa spingersi sino al vaglio della proporzionalità dell'azione amministrativa esercitata⁹.

Quest'ultima potrebbe essere considerata la soluzione preferibile, anche se, in talune ipotesi, qualche problema applicativo potrebbe sorgere, soprattutto nei casi in cui la decisione finale sia effettiva influenzata, in modo consistente, da fattori metagiuridici (ad esempio, geopolitici) o da elementi di carattere tecnico-industriale, restringendo gli spazi di sindacabilità giurisdizionale.

In definitiva, il caso del *golden power* è proprio agli estremi confini dello statuto costituzionale dell'amministrazione: è certamente amministrazione in funzione di governo sul piano procedimentale, ma con un sensibile spostamento sul piano della densità politica e dell'alta discrezionalità per la fase di decisione.

5. Il futuro del procedimento amministrativo tra project management e intelligenza artificiale

Si può concludere richiamando quanto ricordato all'inizio.

Occorre porre attenzione, oggi, sia all'influenza, soprattutto a seguito del Next Generation EU, delle tecniche del *project management* sull'agire amministrativo, e sia alla sempre maggiore rilevanza delle nuove tecnologie sull'azione dei pubblici poteri¹⁰.

Ancora non è dato sapere quanto questi condizionamenti potranno impattare sull'attuale statuto costituzionale delle pubbliche amministrazioni, ma quello che si può dire è che questi nuovi percorsi non paiono mode di passaggio, ma sembrano destinati a produrre effetti nel medio-lungo termine.

Per cui l'amministrazione in funzione di governo in forma di procedimento potrebbe subire delle trasformazioni, i cui contenuti al momento sono difficili da prevedere.

⁹ Si tratta della sentenza della Corte di giustizia UE, Seconda sezione, 13 luglio 2023, Causa 106/22, *Xella Magyarország*. Per un commento, A. SANDULLI, *Corte di giustizia dell'Unione europea, libertà di stabilimento, limiti al golden power*, in *Riv. reg. mercati*, 2023, 355 ss.

¹⁰ A. SANDULLI, *Potere e procedimento amministrativo*, in *Enc. dir. - I tematici*, vol. V, *Potere e Costituzione*, diretto da M. CARTABIA e M. RUOTOLO, Milano, Giuffrè, 2023, 543 ss.

LA TUTELA CAUTELARE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: ALLA RICERCA DI UN SISTEMA UNITARIO

MARIA ALESSANDRA SANDULLI* e FLAMINIA APERIO BELLA**1

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impostazione della tutela cautelare nel c.p.a. – 3. La progressiva affermazione dell'atipicità della tutela cautelare. – 4. Terreni di frizione tra atipicità, strumentalità e non irreversibilità: la cauzione, la controversa portata della regola sul superamento dell'esame da avvocato e l'uso improprio della definizione del giudizio in forma semplificata in esito alla fase cautelare. – 5. Segue, il caso del c.d. *remand*. – 6. La riduzione della tutela cautelare nelle materie di particolare interesse economico e socio-politico. – 7. Segue: i limiti alla tutela cautelare nel contenzioso sui contratti pubblici. – 8. Segue: i limiti alla tutela cautelare nelle controversie relative agli interventi finanziati con le speciali risorse del PNRR. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L'attenzione prestata da Agustín A. Gordillo alla tutela giurisdizionale², e, in particolare, a quella di urgenza, ci ha indotte ad onorarlo con uno scritto che si concentra su alcune criticità del nostro sistema processuale amministrativo, legate – principalmente – a due aspetti.

Da un canto, prendendo le mosse dall'impostazione generale della tutela cautelare nel c.p.a., l'attenzione sarà concentrata sulle relative applicazioni giurisprudenziali a quasi 15 anni dalla sua entrata in vigore al fine di evidenziare la difficoltà di conciliare il carattere interinale e strumentale della fase cautelare rispetto al giudizio di merito – su cui la legge processuale ha particolarmente insistito, in recepimento di puntuali e stringenti criteri della legge delega nel senso della inidoneità della pronuncia cautelare a dare un assetto definitivo ai rapporti in contesa – con la tendenza giurisprudenziale a escogitare soluzioni creative finalizzate ad assicurare la vitalità dell'istituto, anche per adattarlo a un

* Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre.

** Professoressa Associata di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre.

¹ Benché il lavoro sia il frutto di una riflessione comune e indivisa, i parr. 1, 6-8 sono attribuibili a M.A. Sandulli e i parr. 2-5 sono attribuibili a F. Aperio Bella, il par. conclusivo è condiviso tra le Autrici.

² *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 451-79 (capítulo 13) LA TUTELA JUDICIAL.

modello processuale non più rivolto esclusivamente all'atto, ma oggi dichiaratamente orientato a investire l'intero rapporto amministrativo cui esso accede, in un'ottica di soddisfazione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio (su cui i parr. 2-5).

Sotto un secondo versante, osservando le evoluzioni subite dalla tutela cautelare su atti di particolare rilevanza economica, politica e sociale (come quelli inerenti alla formazione e al funzionamento degli organi degli enti locali, alle speciali misure di protezione nei confronti dei collaboratori e testimoni di giustizia, alla realizzazione di opere pubbliche, ma, soprattutto, all'affidamento dei contratti pubblici, nonché, da ultimo, al settore – ancora più ampio – degli interventi finanziati – in tutto o in parte – con i fondi del cd PNRR), le criticità sono ricollegabili a recenti interventi di riforma improntati a una logica che, seguendo un malinteso criterio di priorità delle tempistiche di raggiungimento del “risultato” prefisso, finiscono per sovrapporlo a quello del raggiungimento del “buon” risultato e ai canoni di legittimità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dalla nostra Costituzione e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (su cui i parr. 6 ss.). Invero, determinando una intollerabile regressione delle fondamentali conquiste di civiltà giuridica realizzate nel secolo precedente, negli ultimi decenni si è fatta ingiustamente strada l'idea che gli strumenti di tutela che l'ordinamento ha gradualmente riconosciuto agli amministrati nei confronti del potere pubblico, costituirebbero a ben vedere un inopportuno ostacolo allo sviluppo – prima – e alla ripresa – poi – dell'economia, favorendone o aggravandone la crisi³.

Così, se, dal primo punto di osservazione, la tutela cautelare pare “contesa” tra le sue due anime, quella di mezzo di conservazione della *res integra* in un'ottica di mera “cristallizzazione” della situazione all'esame del giudice nelle more di una decisione di merito destinata a riassorbirne ogni effetto, e quella di mezzo con il quale – nonostante gli opportuni correttivi imposti dal Codice – la tutela viene spesso concretamente conseguita, sotto il secondo versante, il legislatore, facendo il cammino all'inverso, è andato progressivamente limitando la portata della tutela cautelare e quella degli effetti della tutela caducatoria, indebolendo proprio gli strumenti che, come è noto, costituiscono la forza – e la stessa ragion d'essere – della giustizia amministrativa. Tali ultime riforme, peraltro, sono state accompagnate da misure “deflattive” del contenzioso (come l'aumento del contributo unificato per le spese di giustizia e la drastica riduzione dei termini di decadenza per la proposizione di alcune azioni) e ha irragionevol-

³ Mi sia consentito rinviare ai rilievi critici svolti in M.A. SANDULLI, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in L. ANTONINI (a cura di) *La domanda inevasa: Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016.

mente compreso i tempi del processo e della relativa definizione, a intuibile scapito dei principi di adeguatezza dell'istruttoria e della motivazione. Come da più parti sottolineato⁴, tale modo di ragionare è particolarmente pernicioso, in quanto non tiene conto del fatto che un efficace sistema di tutela giurisdizionale nei confronti del potere pubblico è l'unico modo per garantire l'effettivo rispetto e l'effettiva attuazione dei principi di legalità e di buon andamento dell'azione amministrativa garantiti dall'art. 97 della nostra Costituzione (e dall'art. 41 della CDFUE). Se si "spuntano" gli strumenti preordinati a impedire che gli atti – o i silenzi – illegittimi delle pp.aa. producano effetti, e se, soprattutto, si elimina – o si limita – il potere-dovere del giudice amministrativo di assicurare "la giustizia nell'amministrazione", rispondendo al ruolo affidato al Consiglio di Stato dall'art. 100 della stessa Carta costituzionale⁵, è inutile parlare di norme sostanziali e di buon andamento e legalità, perché è purtroppo noto che porre un precetto senza costruire un sistema per assicurarne l'osservanza equivale di fatto a non parlo.

Nel medesimo ordine di idee si colloca, del resto, la riflessione del Nostro sulla fallacia di una politica riformatrice del ruolo dello Stato mirata al supporto dell'attività privata, alla crescita degli investimenti esteri, alla promozione della concorrenza, ecc. ove non accompagnata dalla garanzia di mezzi idonei alla difesa d'urgenza delle posizioni soggettive violate (A. Gordillo, 560). Nel criticare quella parte giurisprudenza che individuava nel principio di sicurezza giuridica un preteso fondamento giustificativo delle limitazioni della tutela cau-

⁴ Tra i contributi più recenti, G. CORSO, F. FRANCIARIO, G. GRECO, M.A. SANDULLI, A. TRAVI, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, e le Relazioni e gli Interventi al convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo-AIPDA sul tema "Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti", tenuto in forma di webinar il 29.4.2020 e visibile sul sito dell'Associazione e in Giustiziainsieme.it, 2020; nonché M.A. SANDULLI, *Le problematiche della giustizia amministrativa del Terzo Millennio*, in Ceridap.eu, 2023; F. FRANCIARIO, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Questione Giustizia*, 2021, 1; G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020; e le conclusioni di L. MARUOTTI, Presidente in carica del Consiglio di Stato, e di M.A. SANDULLI alle *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa 2023*, su *Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione*", nell'omonimo volume a cura di F. FRANCIARIO e M.A. SANDULLI, Napoli, 2023.

⁵ M.A. SANDULLI, *Introduzione* al volume *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Napoli, 2024 e ivi ulteriori richiami. Merita però dar conto che, nella sent. n. 11/2024, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sostenuto una lettura riduttiva della disposizione, circoscrivendola alla funzione formalmente consultiva (ancorché sostanzialmente assimilabile a quella giurisdizionale) svolta del Consiglio di Stato nel procedimento per la decisione (con decreto del Presidente della Repubblica) sul ricorso amministrativo straordinario ex art. 8 ss. d.P.R. n. 1199/1971.

telare contro gli atti della p.a. (Corte Suprema di Santa Fe, 1996) l'Autore che oggi celebriamo denuncia condivisibilmente l'aporia cui tale ragionamento conduce: in termini opposti è proprio la negazione della tutela d'urgenza che lascia spazio all'arbitrio, favorendo, in ultima analisi, la corruzione (A. Gordillo, 561).

I controlli, amministrativi e giurisdizionali, e le misure conseguentemente adottate dai titolari del relativo potere, sono – quindi – uno strumento indispensabile per il corretto funzionamento del sistema, sicché, se il giudice amministrativo si trova di fronte a un atto o a un comportamento illegittimo, deve potere sollecitamente intervenire per impedire che esso produca effetti e, se lo fa, non può essere stigmatizzato per aver “fermato” l'azione amministrativa e, con essa, rallentato la macchina economica, e, men che meno, può essere intimidito, come pure è ciclicamente accaduto, dalla prospettiva di essere radicalmente eliminato⁶. Un siffatto atteggiamento è in frontale contrasto con uno Stato di diritto, nel quale, all'opposto, chi deve essere stigmatizzato è soltanto

⁶ È emblematico di questa posizione l'articolo pubblicato dall'ex Presidente Romano Prodi su tre importanti quotidiani nazionali, nel quale si lamentava che il ricorso ai giudici amministrativi fosse “*diventato un fatto normale ogni volta in cui si procede a un appalto o che sia pronunciato l'esito di un concorso pubblico o una qualsivoglia decisione che abbia un significato economico. Il tutto senza sostanziali limiti al ricorso. Il quale blocca regolarmente e per anni gli investimenti infrastrutturali, ferma per periodi quasi indefiniti i concorsi universitari e viene usato per scopi che il buon senso ritiene del tutto estranei a un'efficace difesa dei diritti*”, sottolineando che “*Con la giustizia amministrativa si è persino bloccato l'insegnamento in lingua inglese al Politecnico di Milano e si ferma regolarmente l'assegnazione degli acquisti pubblici decisi da un organo dello Stato come la Consip, che è stato creato proprio per fornire una sicura garanzia nel delicato campo degli acquisti della Pubblica amministrazione*”. Conseguentemente, si osservava che “*Il ricorso al Tar è diventato un comodo e poco costoso strumento di blocco contro ogni decisione che non fa comodo, penetrando ormai in ogni aspetto della vita del Paese. La conseguenza è che, in presenza di un'eterna incertezza, i capitali e le energie umane fuggono dall'Italia verso luoghi nei quali quest'incertezza non esiste*”. Il pur illustre A., che, onestamente, precisava di non essere un giurista, ma che, evidentemente, trascurava il dettato della nostra Costituzione (laddove, all'art. 113, inequivocabilmente recita che “*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*”), lanciava pertanto un improvido appello per “*essere aiutato a fare in modo che i ricorsi siano ammessi nei rari casi in cui conviene che siano ammessi (cinque o dieci per cento dei casi rispetto a oggi?), che siano accompagnati dalle opportune garanzie finanziarie, che i ricorsi dichiarati infondati provochino le logiche conseguenze negative a chi li ha sollevati e che siano decisi nei tempi coerenti con l'obiettivo di non legare le gambe all'Italia*”. La critica al sistema della giustizia amministrativa trovava a ben vedere un precedente nel provocatorio articolo, intitolato significativamente “*Consiglio di Stato da buttare*”, pubblicato il 9 febbraio 1997 sul quotidiano “La Repubblica” dal suo direttore emerito Eugenio Scalfari, cui aveva giustamente replicato l'allora consigliere Filippo Patroni Griffi (nella qualità di segretario dell'As-

l'autore del comportamento antiggiuridico e non anche chi, nel doveroso esercizio del potere di controllo, si sia adoperato per impedire che tale comportamento produca effetti.

La posizione sopra criticata è tanto più irragionevole quando si considera che, al contempo, il legislatore istituisce nuove Autorità di vigilanza e riconosce nuovi poteri di legittimazione pubblica all'impugnazione⁷.

2. L'impostazione della tutela cautelare nel c.p.a.

Restringendo l'analisi alla tutela cautelare, occorre in primo luogo sinteticamente ricordare che il nostro codice processuale amministrativo (approvato con d.lgs. n. 104 del 2010) dedica – correttamente – particolare attenzione a questo strumento⁸.

L'entrata in vigore del Codice ha segnato il riconoscimento della centralità

socializzazione magistrati del Consiglio di Stato) poi presidente del Consiglio di Stato e attualmente Giudice della Corte costituzionale.

⁷ S. TRANQUILLI, *Legittimazione a ricorrere*, ne *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, cit.

⁸ La letteratura nazionale in argomento è sterminata. Limitando a qualche indicazione bibliografica essenziale, tra i contributi monografici si vedano E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della Pubblica amministrazione*, Milano, 1991; M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996; D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutela cautelare*, Padova, 2002; e, dopo l'entrata in vigore del Codice: R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010. Tra i contributi non monografici, oltre a M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004; ID., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2009, 20; ID., *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.-TAR*, 2009; ID., *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4; M. ANDREIS, *Tutela cautelare (processo amministrativo)*, in *Il diritto. Enc. giur.*, Milano, 2008, XVI, 282 ss.; C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1, 91 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 934 ss.; ID., *Sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato*, in *Noviss. Dig. it.*, App., VII, Torino, 1987, 459; F. CINTIOLI, *Ottemperanza e prospettive del rito cautelare*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 1123 ss.; E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646 ss.; F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, in *DP AMM*, 2003, 856 ss.; M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, 5/2017; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati*, nota a Cons. St., V 5.8.1941, n. 516, in *Foro amm.*, 1941; ID., *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, 1, 1297 ss.; A. POLICE, *La tutela cautelare di primo*

della tutela cautelare (cui esso dedica ben otto articoli), nonché il passaggio dalla frammentazione della legislazione previgente a una disciplina organica, in cui la fase cautelare trova declinazione tanto nella forma tipica di misura d'urgenza resa all'esito di procedimenti in sede collegiale (art. 55 c.p.a.) e in sede monocratica (sia in corso di causa ex art. 56 c.p.a. che *ante causam* ex art. 61 c.p.a.), sia nella forma peculiare di definizione anticipata del giudizio nel merito (ex art. 60 c.p.a.). Nel Codice trovano poi completa disciplina i mezzi per ottenere l'esecuzione dell'ordine cautelare (art. 57 c.p.a.) oppure rimettere in discussione la decisione cautelare stessa, in forma di revoca e modifica (art. 58 c.p.a.) o di impugnazione (art. 62 c.p.a.).

Lo spazio riservato all'istituto si spiega in ragione del legame che astringe il principio della effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost. e oggi anche 47 della CDFUE nonché 6 e 13 CEDU) e la disponibilità di strumenti che consentano di evitare che il tempo del processo vada a danno di chi ha ragione, rendendo la pronuncia di merito *de facto* inutile per il ricorrente. Proprio alla stregua di questo principio, la tutela cautelare nel processo amministrativo è stata in più occasioni ritenuta indefettibile dalla Corte costituzionale, che, negli ultimi decenni del secolo scorso, ha ripetutamente sancito l'incostituzionalità delle disposizioni intervenute a depotenziare la sospensione cautelare, vuoi limitandola a vizi specifici (cfr. art. 13 l. 22.10.1971, n. 865, che limitava la sospensione dei provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione d'urgenza e di espropriazione ai soli casi di errore grave ed evidente nell'individuazione degli immobili o delle persone dei proprietari⁹), vuoi limitandone l'efficacia nel tempo (cfr. art. 5 l. 3.1.1978, n. 1, con cui l'efficacia delle ordinanze di sospensione in materia di esecuzione di opere pubbliche veniva limitata a 6 mesi¹⁰), vuoi ancora escludendola del tutto in taluni settori (cfr. art. 7

grado, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO, Padova, 2015, 477 ss.; S. RAIMONDI, *La tutela cautelare nel giudizio amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2014; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2491; A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, Agg. 2011; ID., *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 1, 168 ss.; G. TROPEA, *La domanda cautelare, l'azione di ottemperanza e quella avverso il silenzio nel sistema del codice del processo amministrativo: per un inquadramento sistematico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. VILLATA, *La Corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 619 ss. Per più ampi riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *La domanda cautelare*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, cit., 445 ss.

⁹ Corte cost. n. 284 del 1974.

¹⁰ Corte cost. n. 8 del 1982.

d.l. 2.5.1974, n. 115, conv. nella l. 27.6.1974, n. 247, che impediva la sospensione ex art. 13, comma 4, l. n. 865/1971 nei casi nei quali il procedimento espropriativo era disposto nei confronti dei proprietari risultanti dagli atti catastali¹¹). La giurisprudenza successiva, collocandosi sullo stesso tracciato, ne ha ricavato in termini più generali che il legislatore non può precludere al g.a. l'emanazione delle ordinanze cautelari idonee ad evitare che la durata del processo vada a danno del ricorrente, stante “*il carattere essenziale della procedura cautelare e l'intima compenetrazione della stessa con il processo di merito*”, senza che possa trovare cittadinanza “*l'esclusione o la limitazione del potere cautelare con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato*” (C. cost., n. 249/1996).

Se le riferite pronunce si riferivano a un modello di giudizio amministrativo basato – allora esclusivamente – sull'azione di annullamento del provvedimento, rispetto al quale sostenere il carattere “*connaturale*” del potere di sospensione rispetto a quello di annullamento (così C. cost., n. 284/1974, con motivazione richiamata nella sent. n. 227/1975 e argomentazioni sostanzialmente riprese in C. cost. n. 8/1982) pareva un ragionamento a rime obbligate alla luce dell'esecutorietà che connota i provvedimenti oggetto di quel tipo di processo (e dunque della relativa capacità frustrare – anche – irrimediabilmente le pretese di parte ricorrente in assenza di un intervento tempestivo del g.a.), può aggiungersi che la rilevanza della tutela cautelare è stata financo accentuata in tempi più recenti, quando l'apertura all'atipicità delle azioni esperibili innanzi al g.a. ha contribuito a fare della fase cautelare la sede di massima espressione della funzione “*conformativa*” del g.a. quale garante della giustizia “*nell'amministrazione*” (ex art. 100 Cost.), vedendolo, in tale veste, adoperarsi con sollecitudine non soltanto a “*bloccare*” l'efficacia dei provvedimenti illegittimi evitando la consumazione di violazioni, ma anche a indirizzare l'operato dell'amministrazione, correggendo tempestivamente condotte sviate dal perseguimento dell'interesse pubblico¹².

Si allude, *in primis*, al c.d. *remand*, con cui il giudice cautelare instaura un vero e proprio dialogo con la p.a., invitandola a correggere il proprio operato alla luce delle censure ritenute *prima facie* fondate o, più semplicemente, a orientare il riesercizio del proprio potere decisionale nella direzione indicata dal giudice. Si tratta di una tecnica cautelare atipica, che pone una serie di questioni interpretative di ampio respiro su cui si tornerà *infra*, e che, ai fini delle presenti considerazioni, conferma il rilievo della fase cautelare nel giudizio amministrativo, non solo quale mezzo di conservazione della *res integra*, ma anche

¹¹ Corte cost. n. 227 del 1975.

¹² M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2009, 20.

quale mezzo con cui – nonostante gli opportuni correttivi imposti dal Codice – la tutela viene spesso concretamente conseguita.

3. *La progressiva affermazione dell'atipicità della tutela cautelare*

Costituisce un dato oggi condiviso che all'atipicità delle azioni¹³ corrisponde, specularmente, quella delle misure cautelari ottenibili dal g.a. In particolare, poiché, come visto, il potere cautelare non sopporta (*rectius*, non dovrebbe sopportare) limitazioni, tali misure si adattano alle azioni processuali esperibili e l'art. 55, co. 1, c.p.a. dispone che al g.a. possono essere richieste tutte le misure “che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”. Merita sottolineare che il superamento della visione che individuava nella sospensione dell'atto impugnato (c.d. “sospensiva”) l'unica misura cautelare ottenibile nel processo amministrativo ha precorso l'apertura ordinamentale all'atipicità delle azioni, tant'è che l'atipicità della tutela cautelare è stata affermata già nella l. n. 205 del 2000, mentre quella delle azioni avrebbe trovato riconoscimento solo nel Codice del 2010. Tale “fuga in avanti” della disciplina della tutela cautelare si spiega, ancora una volta, alla luce del ruolo che riveste la tutela d'urgenza nel processo amministrativo, circostanza che ha favorito un atteggiamento particolarmente “coraggioso” della giurisprudenza che, sin dagli albori, ha escogitato soluzioni creative per preservarne la vitalità. Si tratta di un connotato che si rintraccia anche nel sistema processuale argentino, incentrato – quanto meno in origine – sull'impugnazione degli atti amministrativi, come confermato dalle considerazioni dell'Autore che oggi celebriamo sulla “*creación pretoriana*” della tutela cautelare autonoma e innovativa in quell'ordinamento (Gordillo, 565).

Tornando alle evoluzioni del diritto nostrano, superato il problema della tutela cautelare avverso i cc.dd. atti negativi (provvedimenti che non comportano una limitazione di una posizione giuridica preesistente, ma si limitano a negare l'ampliamento richiesto), attraverso l'elaborazione della distinzione tra atti negativi in senso proprio e atti negativi con effetti positivi (come il diniego di rinnovo di una concessione oppure la mancata ammissione ad un esame o concorso) e l'ammissione della sospensione tramite soluzioni originali come l'ammissione “con riserva”¹⁴, la giurisprudenza ha poi aperto la strada a misure

¹³ Su cui v. Cons. St., ad. plen., 29.7.2011, n. 15 e, in dottrina, da ultimo, anche per ulteriori richiami, M.R. SPASIANO, *Le azioni proponibili in sede di cognizione. Considerazioni introduttive*, ne *Il giudizio amministrativo*, cit., cap. VI, 1.

¹⁴ Cons. St., ad. plen., 8.10.1982, n. 17.

cautelari radicalmente atipiche come le già menzionate “ordinanze propulsive” (c.d. *remand* cautelare), con cui il g.a. ordina alla p.a. di riesercitare il proprio potere nel rispetto delle indicazioni fornite in ordinanza, anche solo riesaminando la questione controversa alla luce delle censure ritenute *prima facie* fondate, o addirittura misure cautelari di tipo positivo o sostitutivo, in cui il potere cautelare atipico può consentire di definire completamente la portata conformativa della pronuncia cautelare, “sostituendo” l’amministrazione a fronte di attività vincolata o in cui non residuino margini di discrezionalità.

Se è vero che l’ampliamento in via pretoria dell’armamentario cautelare a disposizione del g.a. ha trovato una valida sponda tanto nella giurisprudenza costituzionale (C. cost., n. 190/1985) che in quella eurounitaria (cfr. i casi *Factortame* del 1990, in C-213/89 e *Zuckerfabrick* del 1991, in C-143/88 e poi, specialmente, il caso *Atlanta* del 1995, in C-465/93), mosse, la prima, dall’esigenza di assicurare parità di trattamento cautelare ai diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del g.a., e la seconda dall’esigenza di evitare che l’attuazione piena del diritto UE – già comunitario – potesse essere ostacolata dall’assenza, negli ordinamenti nazionali, di istituti che consentissero ai giudici di offrire una piena tutela cautelare, mediante l’adozione di qualsiasi provvedimento provvisorio, anche a contenuto positivo o ingiuntivo (con approdi estesi, per il tramite del principio costituzionale di uguaglianza, a posizioni di rilevanza meramente interna da Cons. St., ad. plen., ord. 30.3.2000, n. 1), gli esiti cui la piena affermazione dell’atipicità della tutela cautelare ha condotto sono il frutto di un’evoluzione tutta interna alla giurisprudenza amministrativa, il cui epilogo è segnato dall’entrata in vigore della già menzionata l. n. 205 del 2000, che, riformando l’art. 21 della allora vigente l. n. 1034/1971 ricalcando in larga parte l’art. 700 c.p.c., è stata mutuata nel Codice (cfr. art. 55, co. 1, c.p.a.).

4. *Terreni di frizione tra atipicità, strumentalità e non irreversibilità: la cauzione, la controversa portata della regola sul superamento dell’esame da avvocato e l’uso improprio della definizione del giudizio in forma semplificata in esito alla fase cautelare*

La strumentalità della fase cautelare rispetto al giudizio di merito è enfatizzata da varie disposizioni codicistiche, che, come anticipato in premessa, hanno recepito puntuali e stringenti criteri della legge delega (cfr. art. 44, co., 2, lett. f), l. n. 69/2009). Basti citare, a titolo di esempio, la regola che collega la stessa procedibilità dell’istanza cautelare (come anche la sopravvivenza degli effetti della misura cautelare concessa *ante causam*) all’effettiva coltivazione del giudi-

zio nel merito (artt. 55, co. 4 e 61, co. 5 c.p.a.)¹⁵ o, ancora, la disposizione che eleva la sollecita fissazione della data della discussione del ricorso nel merito – disposta con ordinanza – a peculiare misura cautelare (che diviene la regola nel rito speciale comune a determinate materie ai sensi dell’art. 119, co. 3 c.p.a., su cui v. *amplius* parr. 6 ss.) codificata dal c.p.a. in recepimento di una prassi invalsa nelle aule di udienza: nel caso in cui “*le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito*” il ricorrente otterrà, non già una misura d’urgenza, bensì una “contrazione” dei tempi ordinari di definizione della causa (cfr. art. 55, co. 10 c.p.a.).

La stretta connessione tra cautela e merito si pone in continuità logica con la richiamata funzione ordinamentale assoluta dal g.a., che, per assicurare la giustizia “*nell’amministrazione*” (art. 100 Cost.), deve essere in condizione di indizzarne l’operato all’esito di una cognizione piena, senza che una regolamentazione di interessi dettata da ragioni di urgenza possa produrre effetti *ad libitum*. Nella stessa logica, la strumentalità implica che l’area coperta dalla misura d’urgenza non dovrebbe essere più estesa di quella che la decisione conclusiva del giudizio di merito potrebbe di per sé assicurare, e che, conseguentemente, tale misura non dovrebbe poter produrre effetti irreversibili, ossia insuscettibili di essere “assorbiti” dalla decisione definitiva.

Fermo quanto detto in linea di principio, la necessaria correlazione tra azione principale e azione cautelare, imposta dalla regola della strumentalità e dai relativi corollari (incidentalità, interinalità, rapporto di continenza tra misura cautelare e decisione di merito ecc.) non va esente da deroghe e temperamenti.

Una prima vistosa deroga si rinviene nello stesso dettato codicistico, che contempla espressamente l’eventualità che la decisione sulla domanda cautelare produca “*effetti irreversibili*”, ciò che consente al Collegio, ove la domanda non attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale, di subordinare la concessione o il diniego della misura richiesta alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione (art. 55, co. 2). La circostanza che la misura cautelare possa produrre effetti irreversibili parrebbe a prima vista inconciliabile con i già visti corollari della strumentalità rispetto al giudizio di merito. In quest’ordine di idee una parte della dottrina ha letto la previsione in parola (già presente nel previgente art. 21 co. 8 l. n. 1034/1971 nel testo modificato dall’art. 3 della l. n. 205/2000), come un avvicinamento della tutela cautelare nel processo amministrativo al modello civilistico, ove, come noto, la misura cautelare è svincolata dalla fase a cognizione piena, potendo produrre effetti a prescindere dalla relativa instaurazione e financo sopravvive-

¹⁵ In argomento vedi già M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, cit., *passim*.

re all'estinzione del giudizio (cfr. art. 669-*octies*, commi 6 e 8 c.p.c.). Una diversa (e in definitiva prevalente) opinione, tuttavia, ha escluso simili implicazioni sistematiche, evidenziando che l'irreversibilità atterrebbe non tanto alla permanenza degli effetti della misura cautelare oltre l'esito del giudizio di merito, né a una loro incidenza sull'assetto d'interessi controverso in misura tale da rendere inutile la definizione stessa del giudizio, bensì alle conseguenze dell'esecuzione della misura anticipatoria eventualmente disposta. L'irrimediabilità dell'effetto troverebbe, pertanto, nella cauzione uno strumento di compensazione nel caso in cui l'esito del giudizio di merito non confermi la decisione cautelare¹⁶. Per portare un esempio concreto, senza dover attingere a casi di tutela atipica – ove, come si vedrà *infra*, il problema dell'irreversibilità degli effetti è stato avvertito in modo più evidente –, basti pensare alla cautela richiesta nei confronti di un provvedimento che vieti lo svolgimento di un'attività stagionale o che si esaurisce in un evento unico¹⁷. Si tratta di casi in cui la subordinazione della concessione o diniego della misura cautelare richiesta alla prestazione della cauzione vale a compensare gli effetti provocati dalla misura medesima, senza far venir meno l'interesse a coltivare il giudizio nel merito.

Un secondo punto di rottura assai significativo rispetto ai tradizionali connotati della tutela cautelare si rinviene nella legislazione speciale in materia di abilitazione all'esercizio della professione forense, che, nel quadro di un intervento legislativo d'urgenza “*per assicurare la funzionalità di settori della pubblica amministrazione*” (art. 4, co. 2-*bis*, d.l. 30.6.2005, n. 115, conv. nella l. n. 168), ha reso esplicitamente irreversibile l'effetto del superamento delle prove (scritte e orali) dell'esame d'avvocato svolte in esito a un provvedimento giurisdizionale, pure cautelare. La disposizione, pur privando sostanzialmente la p.a. del diritto di difendersi in sede di merito, ha superato il vaglio di l.c. (previa precisazione della relativa inapplicabilità ai concorsi pubblici), in considerazione della ragionevole dissimmetria tra tutele giustificata dall'art. 113 Cost. (posto a tutela del cittadino contro gli atti della p.a. e non a tutela di quest'ultima) e, soprattutto, in considerazione del fatto che l'interesse pubblico all'accertamento dell'idoneità del candidato di cui la p.a. è portatrice risulta comunque garantito dal sistema delineato dalla norma in parola (C. cost., n. 108 del 2009). La medesima disposizione, nondimeno, riceve tutt'oggi interpretazioni contraddittorie in ordine alla relativa applicabilità al di fuori del contesto del contenzioso

¹⁶ C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 91.

¹⁷ Per ulteriori esempi di “sospensiva” dagli effetti irreversibili cfr. A. SIGISMONDI, *La tutela cautelare con effetti irreversibili*, in P. CERBO, G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI (a cura di), *Amministrare e giudicare*, Napoli, 2022, 159 ss.

sull'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense. Così, se una parte giurisprudenza ha avuto occasione di perimetrarne la portata, da un canto, negandone l'applicazione quando il ricorso tenda a contestare un'esclusione per mancanza dei requisiti¹⁸, dall'altro, affermandone rigorosamente la natura eccezionale, con conseguente non predicabilità di una estensione analogica¹⁹, in senso opposto si è espresso l'orientamento che ha fatto riferimento all'art. 4 co. 2-*bis* d.l. n. 115/2005 conv. in l. n. 168/2005 per ritenere consolidato il risultato conseguito dallo studente escluso dai test di selezione per l'accesso a un corso di laurea a numero chiuso che abbia nel frattempo superato gli esami del primo anno di corso frequentato, considerando questi ultimi come titolo conseguito²⁰. Altre pronunce, infine, non ritengono applicabile la disposizione specifica, ma giustificano il risultato sul presupposto del principio di tutela dell'affidamento del quale l'art. 4 co. 2-*bis* d.l. n. 115/2005 conv. in l. n. 168/2005 sarebbe espressione: si è così ritenuto applicabile il principio a un caso di annullamento dell'ammissione al corso di laurea disposto in appello e ciò al fine di evitare lo sconvolgimento e la caducazione del percorso universitario giunto quasi al termine in esecuzione della decisione reiettiva del primo giudice non oggetto di istanza di sospensione ad opera della parte pubblica²¹. L'accettabilità di queste letture estensive deve, però, essere valutata con assoluto rigore, specialmente ove si consideri che non tutte le fattispecie sono sovrapponibili e quindi non a tutte risulta applicabile la logica che ha permeato il giudizio della Corte: in tanto la fase cautelare può consentire di conseguire risultati irreversibili, in quanto l'interesse pubblico all'accertamento dell'idoneità del candidato risulti comunque garantito e "assorbito" da fasi della procedura rieditate o proseguite su ordine cautelare del g.a.

Discorso a parte merita la disposizione codicistica che, generalizzando una misura già introdotta nel 1997 per i giudizi sulle procedure di affidamento di contratti pubblici (v. parr. 6 ss.), consente al Collegio, nella camera di consiglio destinata alla trattazione dell'istanza cautelare, di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata. Come noto, tale definizione "anticipata" del merito è possibile a condizione che *i*) siano rispettati i termini "a difesa" per la trattazione della domanda cautelare, *ii*) sia accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, *iii*) siano sentite le parti costituite e *iv*) nessuna delle parti dichiarari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamen-

¹⁸ Cons. St., VI, 15.2.2012, n. 769.

¹⁹ Per tutti Cons. St., ad. plen., 28.1.2015, n. 1.

²⁰ Cons. St., VI, 6.5.2014, n. 2298.

²¹ Cons. St., VI, 16.4.2018, n. 2268.

to di competenza o di giurisdizione (art. 60 c.p.a.). Al ricorrere delle anzidette condizioni, la fase cautelare “si converte” nella decisione del ricorso.

L’istituto, peraltro, non sembra estraneo al sistema processuale argentino, ove, nell’ambito di una più generale tendenza giurisprudenziale a sottrarre enfasi alle tecniche cautelari tradizionali (il Nostro parla, in proposito, di una *tendencia jurisdiccional a “desenfatar” el amparo*²²), si colloca anche l’istituto della definizione “anticipata” del giudizio nel merito, che però, risultando prefigurato in specifici ambiti, pare rivestire una rilevanza episodica nel sistema in parola (Gordillo, 568).

Nell’ordinamento italiano, invece, l’istituto assume portata generale e risponde all’esigenza di favorire la tempestiva definizione del merito del giudizio anche in sostituzione delle misure cautelari, a condizione che sia realizzato il principio del contraddittorio e sia consentito alle parti l’esercizio del diritto di difesa. Ferme le perplessità che destano le prassi giurisprudenziali dirette a valutare con “leggerezza” le condizioni che aprono la strada alla sollecita definizione del merito (*in primis* in ordine al requisito di “*senti[re] sul punto le parti costituite*”)²³, ciò che preme evidenziare, ai fini delle presente considerazioni, sono le criticità che solleva l’apertura (secondo alcuni generalizzata), alla sentenza “*in forma semplificata*”, ossia a una sentenza la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo

²² A. GORDILLO, 556.

²³ Sull’onere di sentire le parti costituite e sulla completezza dell’istruttoria, vedi l’orientamento che ha precisato che non costituisce causa ostativa all’adozione di una sentenza in forma semplificata ex art. 60 la mancata presenza dei difensori delle parti alla camera di consiglio “*occorrendo solo verificare la completezza del contraddittorio e la completezza dell’istruttoria ed accertare che le parti (anche se non presenti) non abbiano esposto ragioni ostative alla definizione del giudizio in relazione alla possibilità di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione. Si ammette, pertanto, che se il difensore non è presente alla camera di consiglio, la riserva di proporre ricorso incidentale (o motivi aggiunti o regolamento di competenza) è ostativa anche se formulata in memoria (o in ricorso)*” (Cons. St., V, 15.1.2018, n. 178). In punto, in senso critico v. già M.A. SANDULLI, *Procedimento cautelare*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di) *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 483 ss., spec. 524. Non mancano, in materia, orientamenti giurisprudenziali più attenti ai concreti limiti applicativi dell’istituto. Così, nell’ipotesi in cui la parte rinunci alla domanda cautelare – possibilità indirettamente riconosciuta dall’art. 71, co. 5, c.p.a. che, nel disciplinare i termini minimi di comunicazione del decreto di fissazione udienza, dà rilievo alla “*rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare*” – viene opportunamente preclusa al giudice l’applicazione dell’art. 60 c.p.a., poiché verrebbe meno “*il presupposto della decisione della domanda cautelare, sedes materiae individuata dal legislatore quale unica ed eccezionale deroga all’udienza di discussione. L’aver – il TAR – deciso definitivamente la causa senza celebrazione dell’udienza di discussione costituisce una compromissione del diritto di difesa ed è motivo di annullamento della sentenza, con conseguente rinvio della causa al giudice di primo grado*” (Cons. St., IV, 5.6.2012, n. 3317; *contra* V, 28.7.2015, n. 3718).

ovvero, se del caso, a un precedente conforme (art. 74 c.p.a.). Ebbene, in termini generali, un simile “alleggerimento” dell’onere giudiziario di motivare la sentenza è ammesso solo nel caso in cui il giudice ravvisi la “*manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso*” (art. 74, cit.), ossia in presenza di precisi indici di immediata e pronta definizione della controversia (in punto di rito o di merito). Nondimeno, alcuni interpreti hanno ritenuto non necessaria la ricorrenza dei riferiti indici nei casi in cui la definizione anticipata del merito “*in forma semplificata*” avvenga in esito alla trattazione cautelare²⁴.

Tale prospettiva apre a un ulteriore possibile terreno di frizione: se la “conversione” della fase cautelare nella definizione immediata del giudizio parrebbe rispettosa, quantomeno formalmente, della regola della strumentalità della fase cautelare rispetto a quella di merito, appare evidente che la funzione costituzionalmente assegnata al g.a. di assicurare la giustizia “*nell’amministrazione*” (ossia di indirizzare in modo definitivo e consapevole l’operato della p.a.), risulta frustrata da una motivazione carente e non adeguatamente ponderata. Come si vedrà *infra*, il problema è vieppiù avvertito nei settori di rilevanza strategica in cui la motivazione “*in forma semplificata*” è prevista come regola ed è testualmente svincolata dalla ricorrenza di indici di immediata e pronta definizione della controversia.

5. *Segue, il caso del c.d. remand*

Il terreno di maggiore frizione tra la strumentalità delle misure cautelari e la relativa atipicità emerge quando vengono in rilievo misure “propulsive” atipiche.

In virtù del già evidenziato carattere “interinale” delle misure cautelari, l’esecuzione della ordinanza di sospensione di un provvedimento negativo non dovrebbe, a rigore, comportare l’improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse o la cessazione della materia del contendere (a seconda che il nuovo atto sia sfavorevole o favorevole all’istante), trattandosi di determinazione adottata non spontaneamente, ma in doverosa esecuzione dell’ordine cautelare e in via meramente provvisoria fino alla pubblicazione della sentenza di merito. Del resto, solo la decisione sulle spese, per espressa previsione del Codice, conserva efficacia anche dopo il provvedimento che definisce il giudizio (salva diversa statuizione espressa nella sentenza di merito, ex art. 57 c.p.a.),

²⁴ In questo senso R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, spec. 346, *contra* M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, cit.

mentre tutti gli altri pronunciamenti cautelari dovrebbero, per loro natura, essere assorbiti dalla decisione di merito.

Senonché tale assunto, se può attagliarsi al caso di misure cautelari di tipo positivo o sostitutorio, il cui ambito di attuazione è completamente definito dalla portata conformativa della statuizione cautelare²⁵, continua a dare adito a problemi applicativi di rilievo in caso di c.d. *remand* cautelare, il cui contenuto ordinatorio risulta inevitabilmente più “povero”, lasciando un margine di manovra residuo variabile in capo alla p.a. in sede di eliminazione dei vizi (sostanziali o formali) riconosciuti *prima facie* fondati. Con specifico riferimento alla tecnica dell’*“accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame”*, infatti, se il fatto che sia l’amministrazione a definire i contenuti del provvedimento all’esito del riesame, e non il giudice a stabilirne direttamente gli effetti in relazione alla pretesa cautelare del ricorrente, consente indubbiamente di rispettare la separazione tra funzione amministrativa e giurisdizionale, lascia scoperto il nodo di stabilire se il nuovo atto costituisca espressione di un genuino (ri)esercizio del potere oppure di una mera attività esecutiva della pronuncia cautelare, con ciò che ne discende in ordine alla verifica della compatibilità delle misure propulsive con il carattere interinale e strumentale della tutela cautelare. In argomento, si registrano sensibilità differenti nel modo di esercitare il potere di rinvio e, parallelamente, nell’interpretare le conseguenze dell’esecuzione dell’ordine da parte dell’amministrazione e del correlato riesercizio del potere. A fronte di un orientamento che escludeva in radice che l’atto emesso in esecuzione del *remand* potesse determinare la cessazione della materia del contendere o la sopravvenuta carenza di interesse, risolvendosi in una soluzione contraria ai limiti della tutela cautelare e per di più lesiva sia degli interessi dell’originario ricorrente (che si vedrebbe preclusa l’opzione di chiedere il risarcimento del danno conseguente alla emanazione del provvedimento di cui sia stato ritualmente e fondatamente dedotta l’illegittimità), sia della stessa p.a. (privata della possibilità di beneficiare di una sentenza reiettiva, con reviviscenza degli effetti dell’atto sospeso in sede cautelare)²⁶, la giurisprudenza maggioritaria si è progressivamente allineata nell’affermare che il *proprium* del c.d. *remand* risiederebbe nel *“rimettere in gioco l’assetto degli interessi definito con l’atto impugnato, restituendo alla pubblica amministrazione l’intero potere decisionale iniziale, senza pregiudicarne il risultato finale”*²⁷, sicché l’atto adottato in relativo ossequio produrrebbe sempre, pur se assunto in dichiarata esecuzione dell’ordinanza cautelare, una nuova espressione dell’esercizio della funzione ammini-

²⁵ Cons. St., IV, 9.1.2001, n. 253.

²⁶ Cfr. Cons. St., VI, 20.1.2011, n. 396.

²⁷ *Ex multis*, TAR Lazio, Roma, II-bis, 7.4.2014, n. 3758.

strativa, con conseguente declaratoria di cessata materia del contendere o di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso originario, a seconda dell'esito del nuovo provvedimento, trasferendosi l'interesse del ricorso su quest'ultimo²⁸. Senza poter abbracciare soluzioni aprioristiche²⁹, sembra che la risposta vada ricercata in un'attenta disamina del contenuto ordinatorio della decisione cautelare e nel carattere vincolato o discrezionale dell'attività su cui incide: solo se l'ordine di riesame, oltre a imporre l'ossequio di regole fissate dal giudice, lasci spazio all'applicazione di regole legali e quindi a un genuino ri-esercizio del potere, questo aspetto, non essendo coperto dalla statuizione cautelare, determinerà improcedibilità o cessazione della materia del contendere nei confronti del vecchio provvedimento, imponendo – se sfavorevole – l'impugnazione del nuovo provvedimento con motivi aggiunti (bastando, altrimenti, la contestazione in sede di ottemperanza)³⁰.

Al di là della soluzione alla specifica questione prospettata, osservando l'applicazione concreta dell'istituto, non mancano casi in cui l'ordine di riesame venga proiettato oltre la riconsiderazione del provvedimento impugnato, vuoi per farne strumento di consumazione del potere amministrativo nell'ottica di soddisfazione della pretesa sostanziale dedotta dal ricorrente, vuoi per tenere conto di circostanze di fatto sopravvenute nella pendenza del processo. Nel primo senso, il c.d. *remand* cautelare si presta ad essere utilizzato come strumento per sollecitare "l'esaurimento della discrezionalità" della p.a., con conseguente accrescimento della portata conformativa della decisione del g.a. e sua idoneità a soddisfare la pretesa sostanziale dedotta in giudizio³¹. Nel secondo senso, è esemplare il contenzioso sul diniego del permesso di soggiorno, in cui il *remand* è stato per lungo tempo utilizzato quale strumento per verificare l'attualità dei rilievi mossi dalla p.a. alla luce delle sopravvenienze di fatto³², fino a

²⁸ Ad es. Cons. St., V, 5.12.2014, n. 6014; TAR Lazio, Roma, I-bis, 20.1.2017, n. 1067.

²⁹ Cfr. infatti ad es. Cons. St., IV, 15.9.2006 n. 5396; TAR Lombardia, Milano, I, 17.5.2013, n. 1326; più di recente TAR Campania, Napoli, V, 9.6.2021, n. 3909, che, pur inserendosi nel filone che riconosce al *remand* l'effetto di rimettere integralmente nelle mani della p.a. il potere di ri-pronunciarsi alla luce dei vizi illustrati nel ricorso e ritenuti *prima facie* fondati, fanno salvo il caso in cui il nuovo provvedimento sia "meramente confermativo del precedente", così disconoscendo un netto automatismo tra esecuzione del *remand* cautelare e difetto di interesse alla coltivazione del ricorso originario.

³⁰ In questo senso TAR Lazio, Roma, II-ter, n. 10574/2014.

³¹ Per un esempio, TAR Puglia, Lecce, I, 7.2.2002, n. 842, su cui la nota di G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo*, in *Urb. e App.*, n. 6/2002. In argomento, si v. oggi M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018 e, in riferimento agli atti che seguono la formazione del silenzio assenso, M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 1/2022, 11 ss.

³² In questo solco si colloca lo strumento della c.d. "tutela cautelare monitorata" o "messa

quando il Consiglio di Stato ha arginato tale pratica sulla scorta dell'affermazione che le sopravvenienze favorevoli al cittadino straniero non avrebbero potuto essere esaminate *per saltum* dal TAR, ma, ai sensi di legge, andavano valutate in sede di riesame da parte dell'amministrazione³³.

A dimostrazione del fatto che neppure l'affinamento della tecnica del c.d. *remand* ha sopito la frizione tra principi contrastanti, meritano di essere menzionate alcune recenti proposte di "revisione" in chiave critica dell'istituto.

In un primo filone si collocano gli orientamenti che, vuoi offrendo una diversa lettura del rapporto tra sopravvenienza generata dall'ordine di riesame e successivo giudizio di merito (sempre necessario) vuoi, più direttamente, propugnando il ricorso a strumenti alternativi al c.d. *remand*, escogitano soluzioni per contemperare le due caratteristiche della cautela nel processo amministrativo: l'atipicità – conquista irrinunciabile in un'ottica di effettività della tutela giurisdizionale – e la strumentalità rispetto al giudizio di merito.

In funzione di una più rapida definizione della controversia, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, nel primo senso si collocano le voci che hanno proposto, a fronte di un "*accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame*", di considerare travolto il primo atto, ormai sostituito dalla stessa p.a. con una autonoma, pur se indotta, manifestazione volitiva, consentendo comunque di giungere alla decisione nel merito³⁴. La soluzione proposta, che presuppone una sorta di "sostituzione automatica" dell'atto oggetto del processo, pur non essendo estranea ad altri ordinamenti³⁵ si scontra, però, con la rigidità del regime impugnatorio che continua a connotare il processo amministrativo italiano. Nel secondo senso si colloca la lettura che, muovendo

alla prova nella pendenza del ricorso" elaborato da alcuni giudici di primo grado in materia di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, sulla scorta di una certa lettura dell'art. 5, co. 5, d.lgs. n. 286/1998 che avrebbe consentito, in tesi, di tener conto anche in sede processuale di ogni sopravvenienza che consentisse il rilascio del permesso, anche se non comunicata all'amministrazione o intervenuta dopo l'adozione del provvedimento impugnato.

³³ Cons. St., III, 9.5.2016, n. 1855; Id., 22.2.2017, n. 843. Al di fuori della materia dell'immigrazione, si può citare il caso della decisione che, a fronte dell'impugnazione di un provvedimento di decadenza dell'autorizzazione all'ampliamento e recupero ambientale di una cava per asserite inadempienze del beneficiario, ordina il riesame al fine di tenere in considerazione l'impegno manifestato in corso di causa dalle parti ad addivenire ad una soluzione bonaria delle questioni sollevate (TAR Umbria, ord. 27.10.2016, n. 153, su cui Cons. St., IV, 29.4.2022, n. 3397).

³⁴ R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Federalismi.it*, n. 19/2015.

³⁵ Cfr. ad es. *Conseil d'État*, V e VI, 15.10.2018, n. 414375, su cui sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Il tempo del processo sull'atto ai tempi del processo sul rapporto. Questioni e tendenze del processo amministrativo tra Italia, Francia e Germania – I. Decorrenza del termine di impugnazione e ruolo della motivazione dell'atto amministrativo*, Napoli, 2023, 160 ss.

dalla considerazione che i provvedimenti (ordinanze o decreti) cautelari propulsivi, pur se emanati “*nell'intento di ridurre il danno subito, finiscono col peggiorare la situazione*” in caso di esito discorde del giudizio di merito³⁶, ha indicato come preferibile l'opzione, ove ne ricorrano i presupposti, della definizione del giudizio in forma semplificata già in esito alla trattazione cautelare *ex art. 60 c.p.a.* Secondo questa lettura, una motivata pronuncia, idonea a passare in giudicato, consentirebbe infatti alla p.a. di rilevare il vizio dell'atto impugnato e, di conseguenza, di adeguare alle statuizioni del giudice le sue ulteriori determinazioni, evitando gli effetti dirompenti conseguenti a decisioni di merito che contraddicano la decisione cautelare propulsiva *medio tempore* eseguita. Si tratta di una soluzione capace di “tenere insieme” i diversi valori in gioco solo a condizione che ricorrano i presupposti per una decisione in forma semplificata e, evidentemente, solo a condizione che la motivazione di tale decisione, pur sintetica, assolva effettivamente il compito che le è proprio (sulle criticità del ricorso alla sentenza in forma semplificata vedi *supra* par. 3 e *ampius infra*, parr. 6 e ss.).

Discorso a parte merita l'orientamento che ha recentemente messo in dubbio la compatibilità “sul piano dogmatico” della misura in parola con la fase cautelare e – più in generale – con il sistema processuale, alla luce del menzionato orientamento maggioritario che riconosce all'ordinanza di *remand* l'idoneità a definire il giudizio, salva presentazione di motivi aggiunti. Muovendo dalla constatazione che il giudice dovrebbe decidere il giudizio solo con la sentenza, l'orientamento in parola mette in discussione che il giudice medesimo sarebbe munito del “*potere di (obbligare le parti a) far cessare la materia controversa (circa uno specifico provvedimento) con una mera pronuncia ordinatoria e cautelare*”³⁷. A fronte delle perplessità “dogmatiche” e “di sistema” che lo strumento del *remand*, nella relativa applicazione pratica, solleverebbe, si prospettano due alternative ermeneutiche: la prima consiste nel considerare il *remand* alla stregua di un suggerimento non coercibile (soluzione, questa, che a detta dello stesso Giudice, rischia di non garantire alcuna tutela effettiva); la seconda, invece, consiste nel ritenere che, al netto dell'ipotesi in cui l'amministrazione si esprima con spontanea volizione definitiva, gli effetti della rideterminazione assunta *iussu iudicis* sarebbero destinati alla caducazione con la decisione della

³⁶ L. MARUOTTI, *Riflessioni sui poteri conformativi del giudice amministrativo, esercitabili quando la sentenza respinga il ricorso, dopo l'emanazione di pronunce cautelari propulsive o di 'ammissione con riserva'*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018.

³⁷ CGARS, sez. giur., decr. 27.1.2024, n. 38, ripresa da Id., ordd. 10.9.2024, n. 310 e 15.10.2024, n. 346.

causa nel merito³⁸. Al di là della suggestività della terminologia utilizzata, ciò che l'orientamento in analisi propugna sembra essere un ritorno all'orientamento originario, a riprova dei confini "mobili" delle elaborazioni giurisprudenziali nella materia in analisi.

Pare significativa, in tale contesto, la peculiare regolamentazione della tutela cautelare nei giudizi amministrativi accelerati in materia di PNRR, che, nell'enfatizzare in varie modalità la strumentalità della fase cautelare rispetto al giudizio di merito, da celebrarsi in tempi molto stretti in ossequio alle esigenze di celerità imposte dal rispetto delle scadenze di Piano, prevede che, nel caso in cui l'udienza di merito non si svolga entro i termini previsti, "la misura cautelare perde efficacia, anche qualora sia diretta a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione" (d.l. 16.6.22, n. 68, conv. nella l. n. 108).

Per concludere sul punto, la tecnica cautelare atipica del *remand*, se, da un lato, nell'ottica del giudizio "sul rapporto", concorre apprezzabilmente ad esaurire la discrezionalità dell'amministrazione, consentendo di giungere all'accertamento della spettanza del bene della vita, si misura con la circostanza che ogni provvedimento che venga assunto a giudizio già instaurato dall'amministrazione resistente (spontaneamente o "iussu iudicis", a seguito di *remand*) genera una sopravvenienza provvedimentale che pone le parti interessate innanzi all'annosa questione del se e come rimodulare la propria contestazione, sobbarcandosene i costi. In altri termini, paiono ancora numerosi i limiti frapposti all'applicabilità della logica di giudizio "sul rapporto" in un processo che resta di carattere prevalentemente impugnatorio (cfr. *in primis* l'art. 34, co. 2, che preclude al g.a. di conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento) e che soggiace a configurazioni molto diverse a seconda che vengono in rilievo interessi legittimi oppositivi o pretensivi, sicché in tanto le soluzioni giurisprudenziale escogitate dalla giurisprudenza "pretoria" del g.a. meritano di essere accolte con favore, in quanto non si traducano in un ingiusto aggravio dei "costi" e "gli oneri" per gli amministrati. Giustizia della decisione ed effettività della tutela, in ultima analisi, sono obiettivi che andrebbero perseguiti all'interno del processo e del sistema di regole che lo disciplina.

³⁸ La constatazione che nessuna di queste alternative è concretamente seguita dalla giurisprudenza – tacciata di porre il *remand* cautelare "fuori sistema" – ha spinto l'orientamento in analisi, nei casi concretamente decisi, a respingere l'istanza (cfr. CGARS, sez. giur., decr. n. 38/2024, e ordd. nn. 310 e 346/2024 citt.).

6. *La riduzione della tutela cautelare nelle materie di particolare interesse economico e socio-politico*

Alle riferite criticità di carattere generale si aggiungono, come anticipato, quelle derivanti dalla tendenza a ridurre la tutela cautelare nelle materie di particolare interesse economico, sociale e politico. Il sacrificio delle tutele giurisdizionali in nome delle esigenze economiche prende in realtà l'avvio dall'art. 19, commi 2 e 3, del d.l. 25.3.1997, n. 67 (recante *Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione*), conv. con mod. nella l. 23.5.1997, n. 135, che, verosimilmente sull'onda dell'articolo di Scalfari ricordato alla nota 6, coniava regole processuali speciali per i giudizi di impugnazione degli atti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e di attività e procedure connesse, introducendo la tipizzazione di un nuovo modello di sentenza (definitiva del giudizio) in forma abbreviata (antesignano della attuale sentenza in "forma semplificata" ex art. 60 c.p.a.), sia per la motivazione, sia per i termini di deposito e pubblicazione del dispositivo (sette giorni), sia perché emessa in sede di trattazione in camera di consiglio della domanda cautelare, nonché alcuni espedienti processuali di riduzione di termini (operanti anche per la proposizione del ricorso introduttivo), di condanna alle spese del processo cautelare e di appello immediato dopo la pubblicazione del dispositivo della sentenza. La novella, come prevedibile, dava adito a dubbi di l.c.³⁹, che la Corte costituzionale ritenne tuttavia infondati con la sentenza n. 427 del 9.4.1999.

Il percorso di indebolimento degli strumenti di tutela in forma specifica nei confronti della p.a. era ormai avviato e la già citata l. n. 205 del 2000, nel riformare la l. n. 1034 del 1971, istitutiva dei TAR, mentre, in linea con le indicazioni delle istituzioni europee, introdusse in via generalizzata la tutela cautelare monocratica, anche *ante causam*, per ragioni di estrema gravità e urgenza, e istituzionalizzò l'azione di esecuzione delle pronunce cautelari e l'azione di risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi, se pure abrogò il citato art. 19 d.l. 67 del 1997, costruì, all'art. 23-*bis*, un "rito speciale" accelerato comune ad alcune materie di particolare interesse economico, sociale e politico⁴⁰,

³⁹ Su cui v. M. SINISI, *La disciplina della decisione in forma semplificata, la garanzia del contraddittorio e il giusto processo. Profili di dubbia legittimità*, nota a TAR Liguria, I, 7 2.2008, n. 162, in *Foro amm.* - TAR, 2008, 2.

⁴⁰ Nello specifico, la norma si riferiva ai "giudizi aventi ad oggetto: a) i provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse; b) i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti, nonché quelli relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alle predette opere; c) i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed ese-

che interveniva in modo significativo sui presupposti per la concessione delle misure cautelari. In particolare, la novella individuò come misura cautelare ordinaria la sollecita fissazione dell'udienza di trattazione del merito, limitando l'adozione di misure cautelari vere e proprie alle ipotesi di estrema gravità e urgenza. In altri termini, nelle materie elencate dall'art. 23-*bis*, il presupposto per la cautela interinale era lo stesso che, nelle altre materie, legittimava la decisione monocratica, anche *ante causam*, nelle more della camera di consiglio.

Il modello è stato confermato dall'art. 119 c.p.a., ma l'elenco delle materie è stato, negli anni, notevolmente ampliato⁴¹ – fino a ricomprendere, in forza del

cuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti; d) i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti; e) i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142; f) i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400; g) i provvedimenti di scioglimento degli enti locali e quelli connessi concernenti la formazione e il funzionamento degli organi”.

⁴¹ In particolare, il “rito abbreviato comune a particolari materie” si applica ora “nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a:

a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture nonché i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti;

b) i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti;

c) i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali;

c-bis) i provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni;

d) i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri;

e) i provvedimenti di scioglimento degli organi di governo degli enti locali e quelli connessi, che riguardano la loro formazione e il loro funzionamento;

f) i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate all'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità e i provvedimenti di espropriazione delle invenzioni adottati ai sensi del codice della proprietà industriale;

g) i provvedimenti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive;

b) le ordinanze adottate in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e i consequenziali provvedimenti commissariali;

i) il rapporto di lavoro del personale dei servizi di informazione per la sicurezza, ai sensi dell'articolo 22, della legge 3 agosto 2007, n. 124;

l) le controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione in materia di impianti di generazione di energia elettrica di cui al decreto legge 7 febbraio

rinvio operativi dall'art. 12-*bis* del d.l. n. 68/2022, inserito – “a gamba tesa” e con la formula “blindata” dell’approvazione a “fiducia” in un testo avente tutt’altro oggetto – in sede di conversione nella l. n. 108, anche quelle attinenti “*qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR*”⁴² –, in ragione della particolare rilevanza degli interessi in gioco, il cui celere soddisfacimento è ritenuto tale da giustifi-

2002, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2002, n. 55, comprese quelle concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonché quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti;

m) i provvedimenti della commissione centrale per la definizione e applicazione delle speciali misure di protezione, recanti applicazione, modifica e revoca delle speciali misure di protezione nei confronti dei collaboratori e testimoni di giustizia;

m-bis) le controversie aventi per oggetto i provvedimenti dell’Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale di cui alla lettera *b)* del comma 2 dell’articolo 37 della legge 4 giugno 2010, n. 96, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego;

m-ter) i provvedimenti dell’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua istituita dall’articolo 10, comma 11, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106;

m-quater) le azioni individuali e collettive avverso le discriminazioni di genere in ambito lavorativo, previste dall’articolo 36 e seguenti del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 198, quando entrano, ai sensi del citato decreto, nella giurisdizione del giudice amministrativo;

m-quinquies) gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all’articolo 16 del regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015.

m-sexies) i provvedimenti di espulsione dello straniero adottati dal Ministro dell’interno ai sensi degli articoli 9, comma 10, primo periodo, e 13, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e quelli adottati ai sensi dell’articolo 3 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155.

m-septies) l’autorizzazione unica di cui agli articoli 52-*bis* e seguenti del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, per le infrastrutture lineari energetiche, quali i gasdotti, gli elettrodotti, gli oleodotti e le reti di trasporto di fluidi termici, ivi inclusi le opere, gli impianti e i servizi accessori connessi o funzionali all’esercizio degli stessi, i gasdotti e gli oleodotti necessari per la coltivazione e lo stoccaggio degli idrocarburi, nonché rispetto agli atti riferiti a tali infrastrutture inerenti alla valutazione ambientale strategica, alla verifica di assoggettabilità e alla valutazione di impatto ambientale e a tutti i provvedimenti, di competenza statale o regionale, indicati dall’articolo 27 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, nonché agli atti che definiscono l’intesa Stato-regione;

m-octies) i provvedimenti che si assumono lesivi di diritti sindacali del singolo militare o dell’associazione professionale a carattere sindacale tra militari che lo rappresenta”.

⁴² Per una più immediata percezione dell’ampiezza dell’ambito applicativo coperto dalla novella, si segnala che il Piano è articolato in sette missioni: digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; coesione e inclusione; salute e RePowerEU.

care la creazione di una “corsia preferenziale” rispetto ai ricorsi ordinari (su cui v. *amplius infra*, al par. 8)⁴³.

In particolare, al di là della tutela cautelare, in questi giudizi, ai sensi dell’art. 119, co. 2, tutti i termini processuali ordinari, tranne (salvo che per il “contenzioso contratti” disciplinato dagli artt. 120 ss., in cui, come si dirà subito *infra*, la regola ha portata generale) quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti⁴⁴, sono ridotti alla metà⁴⁵.

In parallelo, sulla scia del menzionato art. 19 d.l. n. 69 del 1997, il legislatore portava avanti la strada dell’accelerazione della realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità, in nome della quale introduceva ulteriori limiti alla tutela giurisdizionale.

Nel dicembre 2001, con la l. n. 443 (meglio nota come “legge obiettivo”), il Parlamento delegò così il Governo a emanare norme dirette a favorire “*la realizzazione delle infrastrutture pubbliche e private e [de]gli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese*”, indicando tra i principi e criteri direttivi, la “*previsione, dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica*” e la “*restrizione, per tutti gli interessi patrimoniali, della tutela cautelare al pagamento di una provvisionale*”. Si assestava così un duro colpo alla tutela in forma specifica e conformativa che pure costituiscono, come detto, il punto di forza e la ragion d’essere del g.a.⁴⁶.

7. Segue: i limiti alla tutela cautelare nel contenzioso sui contratti pubblici

La norma non ebbe immediato seguito, ma spianò la strada al regime iper-speciale dei giudizi sull’affidamento dei contratti pubblici, che il nostro sistema affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, al quale, salve le deroghe stabilite dall’art. 125 c.p.a., spetta altresì pronunciarsi sugli ef-

⁴³ In dottrina, da ultimo, G.A. GIUFFRÈ, *Il rito abbreviato comune a determinate materie* (artt. 119 c.p.a. e norme PNRR), in *Il giudizio amministrativo*. cit. cap. XII, 3.

⁴⁴ L’eccezione non copre quindi i termini per le impugnazioni dinanzi al g.a. né quelli per la riassunzione del giudizio e per la riproposizione delle istanze di fissazione all’esito della comunicazione del venir meno delle cause di sospensione dello stesso.

⁴⁵ Sulla *ratio* dell’art. 119 sull’ambito applicativo e sui criteri che, conseguentemente, devono guidarne l’applicazione in caso di incertezza in ordine al relativo ambito, v. Cons. St., ad. plen., 9.8.2012, n. 32.

⁴⁶ Rinvio, per più specifiche considerazioni critiche, a M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all’incertezza del diritto*, in *Rass. Parlamentare*, n. 1 del 2003.

fetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio (artt. 121 e 122).

È difatti, qualche anno dopo, l'art. 246 del (primo) Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), riprendendo il modello tracciato nel 2001, introdusse un regime iper-speciale per i giudizi amministrativi relativi alle procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi c.d. strategici e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, imponendo l'obbligatoria fissazione dell'udienza di merito entro quarantacinque giorni dalla data di deposito del ricorso e, per quanto qui più specificamente interessa, nel fare esplicito riferimento alla necessità di operare in sede cautelare un attento bilanciamento dei diversi interessi, affermava l'aprioristica "preminenza" dell'interesse nazionale alla realizzazione dell'opera rispetto a quello del ricorrente alla tutela cautelare, imponendo per l'effetto un maggiore rigore e uno specifico onere di motivazione sulle ragioni che, nonostante tale presunzione di preminenza, giustifichino, nel pur doveroso bilanciamento, l'eventuale adozione di misure cautelari. In aggiunta, disponeva che *"la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente"*. La novella, come sin da subito denunciato⁴⁷, creava delicati problemi di compatibilità costituzionale e comunitaria in rapporto, tanto al diritto di difesa e al giusto processo, quanto all'interesse generale alla concorrenza (primario valore costituzionale e comunitario).

In questo contesto interveniva, a "far ben sperare" in un mutamento di rotta, la Direttiva 2007/66/CE del Parlamento e del Consiglio dell'allora Comunità europea, emanata al dichiarato fine di rafforzare le garanzie previste dalle Direttive nn. 1989/665 e 1992/13 in modo da assicurare il rispetto delle Direttive sostanziali adottate in materia di appalti pubblici nel 2004. Sin dai *considerando*, la Direttiva sottolinea infatti con nettezza l'esigenza che gli Stati membri assicurino meccanismi di tutela idonei a evitare che le violazioni del diritto sostanziale producano i loro effetti e, quindi, impone loro di garantire agli operatori economici lesi una tutela immediata e sostanziale, di tipo sospensivo e caducatorio, attraverso un sistema che impedisce al committente di procedere alla stipula e all'esecuzione del contratto (con evidente pregiudizio anche per l'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente) prima che tali operatori abbiano avuto la concreta possibilità di conoscere e di rappresentare un giudice (*cognita causa*, ovvero con l'opportuno supporto dei propri consulenti legali e

⁴⁷ Anche su queste disposizioni, rinvio alle considerazioni critiche svolte in *"La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici note a margine degli articoli 244-246 del Codice de Li-se"*, in *Federalismi it.*, 2006.

tecnic) le violazioni eventualmente commesse nel corso della procedura e di ottenere una pronuncia almeno cautelare sul proprio ricorso, configurando appositi periodi di sospensione procedimentale e processuale per la stipula del contratto (c.d. *standstill periods*) e precisando che la regola dell'inefficacia del contratto all'esito dell'annullamento (o della sospensione cautelare) dell'aggiudicazione ha valenza assoluta e generale e può essere derogata in via eccezionale soltanto dall'organo indipendente di ricorso, quando, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rilevi che il rispetto delle esigenze imperative connesse a un interesse generale (che possono essere rappresentate da interessi economici soltanto se, in circostanze eccezionali, la privazione di tali effetti condurrebbe a conseguenze sproporzionate, ma comunque mai per interessi economici legati al contratto in questione) impone che gli effetti del contratto siano mantenuti (*considerando* 22-24 e art. 2-*quinquies*).

Nondimeno, nella scia della legge obiettivo, l'art. 20 del d.l. n. 185/2008, convertito nella l. n. 2/2009 (recante "*Norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo*") configurò un'ulteriore compressione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti degli atti amministrativi finalizzati alla realizzazione di tali progetti (la cui determinazione veniva peraltro rimessa ad appositi decreti governativi o regionali), laddove, oltre a contrarre i termini a difesa e ad affermare la sostanziale intangibilità degli esiti dell'affidamento (per effetto di misure cautelari o caducatorie) in caso di stipula del contratto⁴⁸, escludeva l'applicabilità dello *standstill period* previsto dall'art. 11 del codice contrattuale, in tal modo sostanzialmente incentivando la corsa all'affidamento diretto, aggravata dall'introduzione di limiti posti alla stessa tutela risarcitoria (inizialmente addirittura quantitativi)⁴⁹.

La tutela cautelare in tale particolarissimo settore, anche per effetto dell'attenzione riservatagli dalla giurisprudenza e dalle istituzioni euro-unitarie, era stata, prima delle più recenti riforme, oggetto di importanti interventi rafforzativi. In ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁰, essa aveva fatto, così,

⁴⁸ Specificando che "*Le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, e, in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente*".

⁴⁹ Sui dubbi di compatibilità costituzionale e comunitaria suscitati dalla nuova disciplina e per una più specifica analisi della Direttiva 2007/66, rinvio per brevità a M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti in giustamm.it e federalismi.it*, 2009.

⁵⁰ M.A. SANDULLI, *La giustizia cautelare sugli interessi legittimi "apre" all'art. 700 c.p.c.?*, in *Giust. civ.*, 1998, 235 ss.

significativamente da apripista all'introduzione della decisione cautelare *ante causam* e di quella interinale monocratica di estrema urgenza oggi garantite dagli artt. 56 e 61 c.p.a. (v. *supra* par. 2). Inoltre, in attuazione della richiamata direttiva 2007/66/CE, il d.lgs. n. 53/2010 (con disposizioni poi trasfuse nel c.p.a.), ha previsto anche nel nostro sistema il cd *standstill period* processuale, in base al quale l'impugnazione dell'aggiudicazione, corredata da istanza cautelare, ne determina l'effetto sospensivo automatico⁵¹, precludendo la stipula del contratto nelle more della decisione sulla suddetta istanza. La misura, ripresa, ma limitata ai contratti "sopra soglia", nel codice dei contratti pubblici del 2016, è stata confermata nell'art. 18 d.lgs. n. 36/2023, approvativo del nuovissimo codice contrattuale, che però ne vede ulteriormente ridotta la valenza per effetto dell'innalzamento della "soglia" che ne definisce l'ambito di applicazione.

Ed invero – mentre l'art. 125 c.p.a. (anche nel testo originario) confermava i limiti di tutela rispetto agli atti concernenti gli impianti produttivi di rilevanza strategica, imponendo al giudice cautelare di tenere conto, ai fini della pronuncia, "*delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*" e di valutare l'irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, comparando comunque il suo interesse "*con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*" – a partire dal 2014 (d.l. n. 90, conv. nella l. n. 114), il legislatore, quasi in consonanza con il surrichiamato atteggiamento critico espresso nei confronti delle pronunce del g.a. incidenti sulle attività di interesse pubblico (v. *supra*, alla nota 6), trascurando i *considerando* della suddetta Direttiva (e in evidente distonia con l'attribuzione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e all'Autorità Nazionale Anti Corruzione di uno speciale potere di legittimazione ad agire dinanzi al g.a. nell'interesse – rispettivamente – della tutela della concorrenza e della legge in generale), è progressivamente intervenuto, in via generale, in senso ulteriormente riduttivo della – già limitata – tutela soprassessoria ammessa dall'art. 119, co. 3 e 4, c.p.a. per le controversie in materie di particolare rilevanza economica, politica e sociale, inserendo (con la richiamata riforma del 2014) nell'art. 120 c.p.a. un co. 8-*bis* e un co. 8-*ter*, (ora co. 9 e 10), che hanno, rispettivamente, introdotto il potere del giudice di imporre il versamento di una cauzione e imposto allo stesso di "*tenere conto nella decisione cautelare*" di quanto previsto dagli artt. 121, co. 1, e 122 dello stesso codice per la dichiarazione (o meno) di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato, generalizzando altresì

⁵¹ A questi (soli) fini, il c.p.a. fa onere all'interessato di notificare il ricorso anche presso la sede dell'amministrazione (anche quando essa sia difesa *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato, cui il ricorso deve essere quindi prioritariamente notificato a pena di inammissibilità).

l'obbligo di considerare le “*esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione*”. La formula è sostanzialmente (e pericolosamente) sovrapponibile a quella prevista (originariamente in via eccezionale) dall'art. 125, co. 2, confinando, almeno in linea teorica, la pur primaria e imprescindibile modalità di tutela rappresentata dall'annullamento dell'aggiudicazione a ipotesi molto particolari, quasi eccezionali, perché, nel decidere sull'istanza, il g.a. dovrebbe sempre tenere conto del “*preminente interesse generale all'esecuzione del contratto*” o delle “*esigenze imperative connesse a tale interesse*”, senza però considerare che, come anticipato nella *Premessa*, l'interesse generale non può essere – ed evidentemente non è – quello all'esecuzione di qualsivoglia contratto, ma piuttosto, necessariamente, pena il contrasto con i principi costituzionali ed euro-unitari che informano l'azione amministrativa, quello all'esecuzione di un “buon” contratto, ovvero di un contratto stipulato con un soggetto “moralmente” e professionalmente “affidabile” (che sia, cioè, in possesso dei prescritti requisiti di onorabilità professionale, tecnico-professionali e finanziari) e che abbia presentato un'offerta che sia possibilmente “migliore” sotto il profilo del rapporto qualità-prezzo, o, quanto meno, garantisca una prestazione di livello adeguato, non soltanto per la realizzazione di opere, ma anche per la prestazione di servizi e forniture.

Le denunciate criticità sono aggravate dal fatto che, come detto, elevando le soglie al di sotto delle quali non sono imposte specifiche procedure selettive, il legislatore ha altresì escluso l'applicabilità dell'effetto sospensivo automatico prodotto dalla presentazione del ricorso nelle more della decisione cautelare.

L'ottica iper-acceleratoria del rito contratti (che comporta anche la dimidiazione dei termini di impugnazione degli atti amministrativi) coinvolge anche la fase decisoria, prevedendone l'accorpamento, di regola, a quella cautelare. Il co. 5 dell'art. 120, dispone infatti che, se le parti richiedono congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso, compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa, il giudizio è di norma definito, anche in deroga a quanto disposto dall'art. 74, co. 1, primo periodo (riscontro della manifesta fondatezza ovvero manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso), in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60, ove ne ricorrano i presupposti (essenzialmente, di completezza del contraddittorio e dell'apparato documentale). Anche se, nei fatti, i giudici non seguono – a mio avviso, opportunamente – questa regola, merita, per completezza del quadro, segnalare che il medesimo comma 5 dispone che, in mancanza dell'istanza cautelare, il giudizio è comunque definito con sentenza in forma semplificata a una udienza “fissata d'ufficio” (e, qui, un'ulteriore deroga rispetto alla regola che impone la presentazione di un'istanza di fissazione), da tenersi entro 45 giorni dalla sca-

denza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e nel rispetto dei termini (rispettivamente, 20, 15 e 10 giorni “liberi” da calcolare a ritroso dalla data dell’udienza) per il deposito dei documenti e delle memorie, dandone immediato avviso alle parti. Come ripetutamente segnalato⁵², si tratta di tempistiche assolutamente incongrue con la – normale – complessità e rilevanza delle questioni trattate e, dunque, con una difesa tecnica approfondita e con una decisione adottata effettivamente *cognita causa*. Cui si aggiunge la frequenza di azioni intrecciate dei vari concorrenti⁵³. Ed è evidentemente insufficiente a superare tali criticità (di cui il legislatore ha mostrato di avere coscienza, ma ha solo in apparenza offerto soluzione) la previsione, nell’ultimo periodo, che “*in caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito è rinviata, con l’ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l’integrazione del contraddittorio o il rinvio per l’esigenza di rispetto dei termini a difesa, a una udienza da tenersi non oltre 30 giorni*” (un termine che, se riferito all’ordinanza, è all’evidenza incompatibile con le garanzie di difesa, anche incidentali, dei nuovi contraddittori e di norma inidoneo a chiudere, e spesso addirittura ad avviare, qualsivoglia verifica tecnica e certamente inidoneo a predisporre difese sulla stessa)⁵⁴.

8. *Segue: i limiti alla tutela cautelare nelle controversie relative agli interventi finanziati con le speciali risorse del PNRR*

Il colpo più grave al potere cautelare è stato però inferto dal già richiamato art. 12-*bis* del d.l. n. 68/2022, conv. nella l. n. 108, per i giudizi relativi ad atti

⁵² V. da ultimo, M.A. SANDULLI, *Il contenzioso sui contratti pubblici*, in *Portale IUS*, 2023.

⁵³ Cfr. S. TRANQUILLI, *Il rapporto tra ricorso principale e incidentale, ne Il giudizio amministrativo*, cit.

⁵⁴ La contrazione delle tempistiche investe anche il deposito delle sentenze. A tale riguardo, il co. 11 dell’art. 120 dispone che il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro 15 giorni (contro gli ordinari 45 stabiliti dall’art. 89 c.p.a.) dall’udienza di discussione. Si tratta, però, in ogni caso di un termine meramente ordinatorio, la cui violazione è priva di effetti concreti. Inoltre, stranamente, si riferisce soltanto alla sentenza con cui è definito il giudizio: restano quindi, illogicamente, fuori le ordinanze (istruttorie e di rinvio alla Corte costituzionale o alla CGUE) e le sentenze parziali. Si aggiunge, peraltro, che “*quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa*”, nel termine sopraindicato il giudice è tenuto soltanto a pubblicare il “dispositivo” (contro il quale, come per gli altri giudizi relativi alle materie indicate nell’art. 119 c.p.a., il co. 12 prevede che la parte possa proporre immediatamente appello), con specifica indicazione delle domande eventualmente accolte e delle misure per darvi attuazione, mentre il termine di deposito della sentenza slitta a 30 giorni dall’udienza.

attuativi del PNRR. Dopo aver esteso l'applicazione delle disposizioni super-speciali previste dal citato art. 125 c.p.a. a quelli relativi alle misure per far fronte alla pandemia da Covid-19 e alle correlate esigenze di ripresa (artt. 2 e 4 d.l. n. 76/2020, conv. nella l. 120/2020, e art. 48 d.l. 77/2021, conv. nella l. 108/2021), il legislatore ha invero, come anticipato, previsto speciali norme acceleratorie del processo amministrativo anche per i “*giudizi che riguardano le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione delle opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e le relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento*”, nonché (con una formula che desta evidente incertezza) “*in qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR*”⁵⁵.

In particolare, oltre a estendere ai relativi giudizi la dimidiazione dei termini processuali prevista dall'art. 119, co. 2, c.p.a., l'art. 12-*bis* d.l. n. 68/2022 (v. *supra*), ha disposto che, in tali giudizi, qualora accolga l'istanza cautelare, il TAR deve, con la medesima ordinanza, fissare la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di 30 giorni dal relativo deposito, “*disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti*”; e che, in caso di rigetto della suddetta istanza, ove il Consiglio di Stato riformi in appello l'ordinanza reiettiva, deve trasmettere la pronuncia al TAR perché questo fissi l'udienza di merito con le indicate (strettissime) tempistiche. L'obbligo di accelerazione – che, diversamente da quanto disposto dal co. 3 dell'art. 119 c.p.a, sembra prescindere dal previo accertamento della completezza del contraddittorio e dalla relativa integrazione, né richiede la sussistenza di *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* – ha coinvolto anche i giudizi già avviati, per i quali il co. 8 ha imposto l'anticipazione dell'udienza.

Inoltre, la disposizione aggiunge che, nel caso in cui l'udienza di merito non si svolga entro i termini sopra indicati, la misura cautelare perde efficacia, anche qualora sia diretta a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della p.a. e, per di più, impone al giudice un “espresso” obbligo motivazionale “*nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito (...) sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR*”.

⁵⁵ Sulle criticità del regime introdotto dall'art. 12-*bis* d.l. n. 68/2022, oltre agli AA, richiamati da G.A. GIUFFRÈ, *Il rito abbreviato*, cit. v. da ultimo, D. PROFILI, *Pnrr e risolti sul processo amministrativo: aspetti problematici*, in *Il diritto amministrativo*, Rivista on line, novembre 2024.

9. *Considerazioni conclusive*

L'analisi delle evoluzioni della tutela cautelare nel processo amministrativo è stata condotta su due versanti, quello della disciplina "generale" e quello delle materie di particolare interesse economico e socio-politico. Le tematiche selezionate in questi due ambiti, pur non potendo – evidentemente – fornire un quadro completo della disciplina, restituiscono due visioni differenti e per certi versi opposte sulla tutela cautelare nel processo amministrativo.

Osservata in termini generali, la tutela cautelare conferma di essere, anche a seguito dell'entrata in vigore del Codice, uno dei terreni su cui giurisprudenza amministrativa si esercita in modo più intenso al fine di estendere l'effettività della tutela, soprattutto a favore degli interessi legittimi pretensivi. Ne risulta confermata l'impostazione dei redattori del Codice processuale, secondo cui quest'ultimo non avrebbe rappresentato la fine di un percorso caratterizzato dall'apporto fondamentale della giurisprudenza pretoria, bensì un "nuovo inizio", in cui la giurisprudenza, favorita dalle "maglie larghe" delle disposizioni codicistiche e guidata dal "faro" del principio di effettività della tutela, oggi declinato anche alla luce del diritto europeo (art. 1 c.p.a.), avrebbe potuto continuare a muoversi.

Il "movimento" della giurisprudenza, nei campi di maggiore frizione tra i cardini dell'atipicità, strumentalità e non irreversibilità delle misure cautelari, si dimostra, nondimeno, ondulatorio, diviso tra fughe in avanti e battute di arresto. L'ambiguità dell'approccio italiano alla tutela cautelare in questi ambiti pare riflettere, in ultima analisi, l'ambiguità più generale di un sistema processuale rivolto al rapporto, ma saldamente ancorato all'atto e finisce con il condurre – anche oltre gli ambiti in cui ciò sia espressamente consentito – a fare della tutela cautelare la sede di definizione della controversia.

Sotto il secondo versante, quando vengono in rilievo interessi pubblici qualificati, si registra un crescente disfavore verso la tutela cautelare, in seno al quale potrebbe rintracciarsi, in termini inversi a quanto appena esposto, uno spostamento del baricentro verso il giudizio di merito. I settori presi in preminente considerazione in questo scritto, quello del contenzioso sugli atti diretti all'affidamento dei contratti pubblici e quello – ancora più ampio – degli interventi finanziati – in tutto o in parte – con i fondi del c.d. PNRR, sono emblematici esempi di una tendenza legislativa a seguire un malinteso criterio di priorità delle tempistiche di raggiungimento del "risultato" prefisso, così finendo per sovrapporlo a quello del raggiungimento del "buon" risultato e ai canoni di legittimità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dalla nostra Costituzione e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. In questi ambiti, il cammino intrapreso dal legislatore verso la limitazione della portata

della tutela cautelare e degli effetti della tutela caducatoria finisce con l'indebolire proprio gli strumenti che costituiscono la forza – e la stessa ragion d'essere – della giustizia amministrativa.

Il punto di unificazione tra queste due prospettive può essere rintracciato nel ruolo che la Costituzione assegna alla giurisdizione del giudice amministrativo, da una parte, affermandone il carattere soggettivo negli artt. 24, 103 e 113, co. 1, dall'altra, sancendo il principio di legalità e quello della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, co. 2, Cost.). Ne discende, da un canto, che la giurisprudenza dovrebbe perseguire gli obiettivi della giustizia della decisione e dell'effettività della tutela all'interno del processo e del sistema di regole che lo disciplina rispettando, *in primis*, le domande di parte, dall'altro, che il giudice, quale esso sia, dovrebbe essere chiamato ad applicare la legge, non a fare mediazione tra interessi. A maggior ragione non dovrebbe essere chiamato a perseguire l'interesse pubblico specifico, che è l'interesse di cui è portatrice una parte.

La materia della tutela cautelare, nelle sue evoluzioni interpretative e di diritto positivo, continua, pertanto ad offrire, in Italia come in Argentina, un formidabile punto di osservazione sull'*ubi consistam* del processo amministrativo.

GORDILLO, LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA NUEVA REFORMA A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

POR GUILLERMO SCHEIBLER¹

SUMARIO: 1. Gracias Maestro, – 2. Agustín Gordillo, pionero de la participación ciudadana en el Derecho Administrativo argentino, – 3. La realidad jurídica que trajo la reforma constitucional de 1994, – 4. La situación de la Ley de Procedimientos Administrativos en materia de participación ciudadana al momento de la reforma introducida en 2024 por la ley 27.742, – 5. ¿Qué novedades aporta en la materia la ley 27.742 (y su reglamentación)?, – 6. Conclusiones

1. *Gracias Maestro*

Imposible no comenzar estas breves líneas con un agradecimiento personal a AGUSTÍN GORDILLO. Imposible no haber pasado por sus clases, haberse desempeñado en su cátedra o compartido los distintos ámbitos académicos en los que generosamente participaba sin haber sentido el impacto indeleble de sus enseñanzas. Imposible pensarse a uno mismo sin la influencia de su visión del Derecho. Maestro como pocos, intenso, polémico incluso. No escatimaba esfuerzos para impulsar a sus alumnos o discípulos a pensar y repensar los temas una y otra vez. A plantearse nuevos desafíos laborales o académicos, en los que se ofrecía a colaborar o aconsejar, más allá del paso por las aulas. En mi caso fue generoso – en exceso – en el elogio público cuando lo consideró justo respecto de alguna decisión que me hubiese tocado adoptar en mi rol de juez contencioso administrativo. Pero también sincero en la crítica fundada – en privado – cuando disintió con alguna sentencia que estimó equivocada o inoportuna. En la clase, en el consejo o en la crítica siempre fue una persona que obligaba a reflexionar, a ver los problemas desde otros puntos de vista. Con él se fue para muchos de nosotros una referencia ineludible en el modo de pensar no sólo el Derecho Administrativo, sino el Derecho en general. Como siempre se dice en

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires), Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la U.B.A (tesis en elaboración). Integra la carrera docente de dicha Facultad ininterrumpidamente desde 1995. Ex integrante de la Cátedra de Derecho Administrativo del Dr. Agustín Gordillo. En la actualidad se desempeña como Profesor Regular Adjunto de Derecho Administrativo. Docente de posgrado en diversas universidades. Presidente de la Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo (2023-2027).

estos casos – porque es cierto – nos queda su obra, sus enseñanzas, y la marca que dejó en nuestra forma de analizar y encarar un caso.

2. *Agustín Gordillo, pionero de la participación ciudadana en el Derecho Administrativo argentino*

Este trabajo se acotará a un aspecto puntual de su pensamiento y su relación con la reciente reforma introducida en la Ley de Procedimiento Administrativo argentina por la ley 27.742.

Indudablemente la vasta obra de AGUSTÍN GORDILLO se caracteriza por su consecuente esfuerzo en enseñar un Derecho Administrativo que se alinee y subordine a la Constitución y resulte la guía de funcionamiento de un Estado democrático y respetuoso de los derechos humanos y las libertades individuales. Lo que podría parecer una obviedad para el lector europeo no necesariamente lo ha sido durante demasiado tiempo en nuestro país por diversas razones relacionadas fundamentalmente con sus avatares institucionales² y el arraigo de doctrinas con resabios autoritarios en el ámbito de nuestra disciplina³.

² Principalmente por la sucesión de interrupciones del orden democrático constitucional materializadas a través de golpes de Estado durante el siglo XX (seis golpes de estado entre 1930 y 1976, que incluyeron el salvaje bombardeo aéreo de la Plaza de Mayo y la matanza de civiles en junio de 1955 y la desaparición forzada de alrededor de 30.000 personas entre 1976 y 1983). Por esto mismo no es un hecho menor resaltar esta característica de la obra de Agustín GORDILLO que comenzó a temprana edad a principios de los años '60.

³ Ya sea basadas en doctrina extranjera proveniente de países que en esos momentos poseían gobiernos dictatoriales (España 1939-1975 o Italia 1922-1945). O también de adaptaciones del tradicional sistema administrativo francés al medio argentino sin las debidas consideraciones del distinto sistema de división de poderes existente en ambos países, lo que derivó en muchos casos en la indebida atribución de facultades a la Administración que excedían los límites impuestos por la Constitución Argentina de 1853/60. En las apasionadas palabras de la siempre querida – ¡y extrañada! – Inés D'ARGENIO, la idea de un Derecho Administrativo abierto a la opinión ciudadana y menos autoritario “puede resultarles pura poesía. Asidos como están a un sistema administrativo autoritario que ya lleva más de dos siglos de vigencia – y que surgió como hijo dilecto de la modernidad configurada sobre la base de un Estado fuerte que planifica sobre la sociedad sin requerirle consenso alguno, constituido como República única e indivisible en la Constitución de Francia en miras al interés extrasocial, trascendente y preestablecido de la defensa nacional – la mera posibilidad de reflexionar acerca de un sistema de organización diferente [...] les resulta como mínimo ‘molesta’: un sacudón innecesario al ‘diván imperial’ en el que descansan, que serviría sólo para satisfacer algún desequilibrio ‘anarquista’ de quienes postulamos la traslación a nuestra disciplina de estas profundas reflexiones” (D'ARGENIO, Inés, *La Administración Pública - Crisis del sistema autoritario*, La Plata, LEP, 2012).

Diversos son los ejes principales que atraviesan esa idea central⁴, tales como – entre muchos otros – su conceptualización de las funciones del Estado, su crítica a la noción de acto de gobierno, institucional o “cuestión política no justiciable”, la subordinación al sistema supranacional de derechos humanos y el énfasis en la necesidad de un control judicial eficaz y oportuno del ejercicio de la función administrativa.

Queremos detenernos en esta oportunidad sin embargo en otra faceta de esta constante preocupación por aportar a la construcción de un poder estatal controlado, democrático y deferente de los derechos individuales y colectivos. Nos referimos a la noción de *participación* que tempranamente desarrollara GORDILLO en nuestro país y que atraviesa transversalmente su idea y concepción del Derecho Administrativo.

A tal fin entenderemos por “participación administrativa” aquella intervención del particular en el ejercicio de diversos aspectos de la función administrativa en aquellos casos que no se centra necesariamente en la defensa de un derecho subjetivo o interés exclusivamente propio. Es decir, cuando el administrado actúa a título de ciudadano, simple afectado por el interés general o integrante de determinados colectivos más específicos, pero siempre genéricos (vecino, usuario, profesional, comerciante, habitante de determinado ambiente, etc.).⁵ En tales supuestos se pretende “romper el monopolio interpretativo de lo que es el interés público” – tradicionalmente en exclusivo a cargo de la Administración – y abrir ese procedimiento decisorio a la intervención de la opinión ciudadana.⁶ Es, como afirmaba GORDILLO citando a RIVERO, “el clásico principio de que ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder”.⁷

En momentos – 1973 – en que la idea de democracia liberal prevista en la

⁴ Detallados, por ejemplo, en el prólogo de Jorge A. Sáenz a los cuatro primeros tomos del *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas* de Agustín GORDILLO (disponible en forma libre y gratuita en www.GORDILLO.com) y D'ARGENIO, Inés A., “Diez postulados de la obra de Agustín GORDILLO”, palabras pronunciadas en el homenaje al Profesor Agustín GORDILLO celebrado en el marco del IV Congreso de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo en noviembre de 2007 y publicadas en la Revista [áDA Ciudad N°3, septiembre de 2010. Éste último trabajo de la queridísima Inés D'ARGENIO integra esta obra colectiva, con la expresa autorización y beneplácito de su hija, Ana Redkwa.

⁵ En este sentido se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

⁶ REIRIZ, María Graciela (2005), “La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires Vol. 2004*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.

⁷ GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas - Tomo 2*, Cap. XI, Buenos Aires, FDA, 10 ed., 2014.

Constitución estaba lejos de ser unánimemente valorada en nuestro país⁸ GORDILLO planteó que la noción de participación no pretende sustituir a la democracia representativa sino revitalizarla a través de formas y cauces que permitan corregir sus deficiencias y aportar al sistema político una dosis real de participación de la que en buena medida carece. Y, más aún, sostuvo que “si el objetivo último del desarrollo social es la realización del hombre como persona, entonces él no puede ser un mero objeto o destinatario de un desarrollo paternalista que le es dado por un poder omnisciente, en cuyas decisiones él no participa; al contrario, para ser coherentes con aquel objetivo debemos tomar al hombre como sujeto activo de su propio proceso de cambio, y ello implica necesariamente su participación en ese proceso”.

A la idea medular de la “fractura del poder” en distintos órganos estatales⁹ como modo de garantizar la libertad que GORDILLO defendió siempre con énfasis, le agregaba como un reaseguro extra diversos mecanismos de participación ciudadana. Esto es, de alguna manera, pensaba que al control que los diversos espacios estatales deben realizar entre sí, cabía insertar diversos modos de participación de sujetos “extra Administración” (los ciudadanos) para generar mejores condiciones para un correcto funcionamiento del sistema institucional y los consensos necesarios para el adecuado desenvolvimiento de un gobierno democrático.

Al importante desarrollo que dedicó a la cuestión en su libro *“Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio”*¹⁰ de 1973, se sumó un despliegue más sistemático en su *Tratado*. La primera edición de su primer tomo vio la luz en abril de 1974 y desde esas páginas GORDILLO auguraba un “Derecho Administrativo del Futuro” en el que “*el pueblo administrativo debe participar en la decisión administrativa misma*”, proponía “comisiones mixtas” en diversos ámbitos, comisiones administrativas paritarias, la necesaria reafirmación del debido proceso a través de audiencias y discusión públicas y la multiplicación de técnicas consultivas, tanto a los sectores interesados como el público en general, y hasta gestión tripartita de los servicios públicos¹¹ por parte de la Administración, los usuarios o administrados y el personal del ente o servicio administrativo en cuestión.

En aquellos tiempos convulsionados – con un gobierno democrático en un

⁸ GORDILLO, Agustín, *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1973.

⁹ Lo que incluyó luego de la reforma constitucional de 1994 a las denominadas “autoridades administrativas independientes”, el Ministerio Público, etc.

¹⁰ Obra adelantada décadas a su tiempo, no sólo en materia de participación, sino también en ciertas temáticas específicas de libertades individuales.

¹¹ En aquellos tiempos monopolizados por el Estado.

cada vez más violento conflicto interno, bandas paramilitares secuestrando y asesinando y un golpe de estado en ciernes – encontraba ahí la clave para construir un Estado democrático en lo cotidiano, no sólo en lo macro de las elecciones cada dos años. Al menos en esa época, era el único tratadista que trataba estas cuestiones con ese énfasis y enfoque. La fractura del poder, el control del estado, la participación como una herramienta más de democratización, fractura y control.

3. *La realidad jurídica que trajo la reforma constitucional de 1994*

Tras la reforma constitucional de 1994, GORDILLO encaró la 2° edición de su Tratado actualizando la obra para ponerla a tono con los nuevos tiempos, la nueva jurisprudencia y las numerosas modificaciones constitucionales y legales operadas desde aquella lejana primera edición¹² de 1974 que contó con numerosas reimpressiones.

Allí introdujo a la sistematización actualizada de su Tratado muchas de las ideas que venía exponiendo en otras obras¹³ entre las que destaca la necesidad de dar cumplimiento al “derecho a ser oído” en el procedimiento previo al dictado de actos administrativos que afecten al ambiente o a derechos de incidencia colectiva en general.¹⁴

Esto es, trasladar la tradicional y fundante garantía del debido proceso contenida en el artículo 18 de la Constitución de 1853/60 al ámbito de los nuevos derechos previstos por el constituyente en 1994, fundamentalmente en los nuevos artículos 41, 42¹⁵ y 43.¹⁶

Para ello postuló la raigambre constitucional implícita¹⁷ o explícita¹⁸ del

¹² Vale destacar que muchas de las novedades legales y jurisprudenciales en la materia operadas desde 1983 en adelante se enderezaron en el sentido que su obra señalaba desde mucho antes.

¹³ Por ejemplo, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982 o *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudio de Administración Local, 1984.

¹⁴ Ver *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 3, Capítulo IV-13, Buenos Aires, FDA, 2011.

¹⁵ Ante la privatización de los servicios públicos operada a comienzos de los años '90, se instauró la figura de organismos de control como autoridades administrativas independientes y la “necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios”.

¹⁶ Derechos ambientales, de usuarios y consumidores y consagración de la categoría de “derechos de incidencia colectiva” como supuesto de legitimación para litigar contra el Estado (u otros particulares) y, como consecuencia, para actuar también en el procedimiento administrativo.

¹⁷ En nuestro sistema nacional. Aunque ya constituye una obligación explícita a nivel federal en algunos regímenes legales (vg. leyes 24.065, 24.076 y ley 25.675).

¹⁸ Por ejemplo en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

“principio de la audiencia pública”¹⁹ como instrumento concreto para poder materializar esta garantía en situaciones en que los potenciales legitimados constituyen un número indeterminado de personas.

4. *La situación de la Ley de Procedimientos Administrativos en materia de participación ciudadana al momento de la reforma introducida en 2024 por la ley 27.742*²⁰

A más de cuarenta años del regreso a la democracia y treinta de la reforma constitucional de 1994 la principal ley que debe regir en gran parte el modo en que la Administración se desenvuelve, toma sus decisiones y se relaciona con la ciudadanía no había casi sufrido modificaciones desde su sanción en 1972 por parte de un gobierno militar. Ni la recuperación democrática continuada desde 1983 ni las importantes instituciones jurídicas incorporadas al texto constitucional en 1994²¹ parecían hacer mella en su articulado.

En efecto, más allá de los avances en la jurisprudencia y lo afirmado por la doctrina, en concreto el sistema del texto de la “ley” 19.549 y su reglamentación seguía limitando la legitimación para recurrir o accionar a los portadores de “derechos subjetivos e intereses legítimos” y no preveía en su articulado mención alguna a ningún mecanismo de participación ciudadana en el procedimiento administrativo, la denominada “participación administrativa”²².

Esto sucedía a pesar de que la normativa del más alto nivel y la jurisprudencia de los principales tribunales nacionales y supranacionales daban recepción y protección creciente a este derecho a “participar”.

En efecto, recordemos que conforme corresponde a la moderna república

¹⁹ Ver *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 2, Capítulo XI; Buenos Aires, FDA, 2014.

²⁰ La ley 27.742 fue aprobada en junio de 2024. Denominada por el actual Gobierno Nacional como “Ley de Bases y Puntos de partida para la Libertad de los argentinos”, contiene 238 artículos y modifica, complementa o deroga diversos aspectos de otras 38 leyes de temas muy diversos (entre ellos la Ley de Procedimiento Administrativo).

²¹ Artículos 37, 39, 40, 41, 42, 43, 75 inc. 22, entre otros.

²² Ver GORDILLO, Agustín; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1973; USLENGHI, Alejandro J. y GATTI, Walter O., “Aportes para un teoría de la participación administrativa”, *Revista RAP* N°162 (1992); COMADIRA, Julio Rodolfo, “El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas), Buenos Aires, EDA, 2005-400; REIRIZ, María Graciela (2005), “La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires Vol. 2004*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, entre muchos otros.

democrática, la Constitución Nacional garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular (art. 37), a la vez que reconoce aquellos otros no enumerados que nacen del mismo principio y de la forma republicana de gobierno (art. 33).

Tales derechos no se limitan a la emisión periódica del sufragio en las elecciones de representantes y autoridades ejecutivas, sino que comprenden el derecho a participar “*directamente*” en la “*dirección de los asuntos públicos*” (art. 21, Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos tratados con jerarquía constitucional desde 1994 en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional).

En efecto, “[l]a participación ciudadana en la gestión pública es consustancial a la democracia. Los principios democráticos de la representación política *deben complementarse con mecanismos de participación de la ciudadanía en la gestión pública*, que permitan expandir y profundizar la democracia y su gobernabilidad”²³.

Con similar orientación se ha sostenido desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que el ciudadano “quiere algo más que ser bien gobernado, quiere gobernar. En la estructura del gobierno de la sociedad tradicional el sufragio se reducía al derecho a ser bien gobernado. En la estructura del gobierno de la sociedad actual adquiere una dimensión nueva y se convierte en el derecho a gobernar y ser bien gobernado. El advenimiento de la democracia contemporánea ofrece una perspectiva no prevista por el constitucionalismo clásico y obligará a reconocer a toda persona, legalmente capacitada, el derecho a tomar parte directamente en el gobierno de su país, mediante el referéndum *o cualquier otro medio de consulta o participación popular*. Es decir, no sólo el derecho a intervenir en la elección de sus representantes sino a participar en la actividad gubernativa”.²⁴

Nuestro tribunal supremo también ha destacado más recientemente la vigencia e importancia de este derecho en numerosos precedentes afirmando que “[f]undamentalmente la democracia consiste en la habilidad de los individuos de participar efectivamente en la toma de decisiones que los afecten”²⁵.

En la misma inteligencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos

²³ Punto 3 de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en Estoril, Portugal, 2009, el destacado no es original.

²⁴ Del voto en disidencia del Dr. CARLOS S. FAYT en CSJN “*Baeza*”, 1984, Fallos 306:1125, el destacado no es original.

²⁵ CSJN, “ADC”, 2012, Fallos: 335:2393; CSJN “CEPIS”, 2016, Fallos 339:1077, entre otros.

resolvió que “[l]a participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, *así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa*.”²⁶ El mismo Tribunal, recordó en otra ocasión que “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo [es] una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”.²⁷

5. ¿Qué novedades aporta en la materia la ley 27.742 (y su reglamentación)?

Una primera (y siempre provisoria) lectura de las reformas introducidas al régimen de procedimiento administrativo en materia de participación ciudadana nos permite señalar la existencia de incorporaciones que nos parecen acertadas, disposiciones que nos generan preocupación o incertidumbre y también, alguna sorpresa en la reglamentación. Intentaremos repasarlas en ese orden y finalizar con alguna conclusión a modo de balance transitorio.

a. Aciertos

Podemos señalar cuatro factores que, en principio, *nos* parecen aciertos o elementos que actualizan y ponen un poco más a tono al régimen procedimental con la normativa de jerarquía superior ya vigente hace décadas en el país y por lo tanto implican una superación respecto de la situación anterior. Los reseñaremos brevemente.

i. Adopción de algunos principios “amigables” a la participación

En efecto, el artículo 1° bis que detalla los principios del procedimiento administrativo agrega algunos nuevos – sin detallar su contenido, es cierto – a los ya “tradicionales”. En este punto, nos parece pertinente mencionar los principios de transparencia, tutela administrativa efectiva, buena administración y razonabilidad. De la interpretación conjunta de ellos es posible derivar – o al menos intentarlo – la necesidad de incluir ciertos aspectos del factor participa-

²⁶ Corte IDH, “Yatama”, 23 de junio de 2005.

²⁷ Corte IDH, “Reyes”, 19 de septiembre de 2006.

tivo entre las características del procedimiento administrativo de una Administración democrática.

ii. Adopción de una fórmula amplia de legitimación compatible con el art. 43 de la CN

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia ya habían interpretado que la recepción constitucional de los derechos de incidencia colectiva en el artículo 43 implicaba necesariamente su traslación al ámbito de las materias regidas por la ley del procedimiento administrativo y su reglamentación, la “ley” y su reglamento seguían limitando en su texto la legitimación activa a los portadores de “derechos subjetivos o intereses legítimos”. En este sentido la nueva fórmula que adopta tanto la ley como su reglamento – “derecho o interés jurídicamente tutelado” – indudablemente debe interpretarse como inclusiva de los derechos de incidencia colectiva reconocidos por el constituyente en 1994.

iii. Previsión expresa de los mecanismos de participación ciudadana

Ahora sí, tras más de cuarenta años de democracia y treinta años de la última reforma constitucional, la “ley” 19.549 contiene institutos que permiten – en ciertos casos – ejercer el “derecho a participar en los asuntos públicos” en situaciones que involucran decisiones de la Administración en asuntos que trascienden lo meramente individual. La mención explícita en los arts. 1 bis y 8 bis a la audiencia pública, consulta pública u otros equivalentes, que permitan la participación de interesados con carácter previo al dictado de un acto, más allá de los portadores de derechos subjetivos. Su inclusión (el supuesto el art. 1 bis) se da en el marco del “derecho a ser oído”, lo nos conduce a recordar el planteo que siempre formulaba el recordado AGUSTÍN GORDILLO, quien sostenía desde la reforma de 1994 que respecto de los derechos de incidencia colectiva regía igualmente la garantía constitucional del artículo 18, que debía materializarse también en tales casos, a su criterio, mediante la realización de audiencias públicas.²⁸

Sentado lo expuesto, podemos señalar que la ley hace referencia a dos supuestos diferentes en ambos artículos. En el primero de ellos (1 bis), dentro del acápite referido al “derecho a ser oído”, se refiere a los casos en que “por una

²⁸ GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas - Tomo 2*, Cap. XI, Buenos Aires, FDA, 10 ed., 2014.

norma de rango legal” fuere exigible la realización de una “audiencia pública”, esto es, un modo específicamente determinado de participación ciudadana que posee una reglamentación y características específicas.²⁹ Volveremos más adelante sobre este artículo.

El segundo supuesto (art. 8 bis) se refiere a aquellos supuestos en que “la ley exija la participación de usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos” – pareciera que se trata de situaciones en que la ley respectiva no define un modo específico en que esa participación debe llevarse a cabo – y prescribe que tendrá lugar a través de un procedimiento de consulta pública y que “cuando así lo ameriten las circunstancias”³⁰ también podrá optarse por “la celebración de una audiencia pública no vinculante”.

iv. Otorgamiento de “rango legal” a ciertas garantías y recaudos que deben reunir los métodos participativos

Quizás el aspecto más relevante en la materia que nos trae la reforma a la “ley” 19.549 esté dado por la consagración legal de una serie de requisitos que obligatoriamente deberán tenerse en cuenta³¹, cualquiera sea el mecanismo participativo que en definitiva se utilice para materializar el “derecho a ser oído” del art. 18 CN en casos de derechos o intereses que excedan la esfera individual. Se trata así del establecimiento en la Ley de Procedimientos Administrativos de un *standard mínimo legal para cualquier mecanismo participativo* que – en orden a los principios de buena fe y confianza legítima, entre otros – no podrían ser obviados por los entes y órganos que se desempeñen en su ámbito de aplicación.

Sistematizando entonces las previsiones de ambos artículos (1 bis y 8 bis) todo mecanismo participativo deberá por expreso mandato legal:

- perseguir el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados (art. 1° bis). Esto es, no es posible pensarlos, reglamentarlos o ejecutarlos como *el mero cumplimiento de una formalidad*.
- obligar a las autoridades administrativas a “considerar fundadamente” las principales cuestiones conducentes allí planteadas (art. 1° bis y art. 8 bis).

²⁹ Previstas en el Anexo I del decreto 1172/PEN/2003, aplicable en principio a todas audiencias públicas que se realicen en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

³⁰ “Justificando la decisión en razones de economía, sencillez y celeridad”.

³¹ Muchos ya previstos en los anexos del decreto 1172/PEN/2003, pero ahora con rango legal.

Por lo que la motivación del acto o reglamento que en definitiva se dicte no podría válidamente eludir la mención a las eventuales objeciones, apoyos, solicitudes de modificación, etc. que se hayan planteado y las razones detalladas de por qué se las adopta o desecha.

- resguardar el acceso a la información adecuada, veraz e imparcial (art. 8 bis), obviamente con carácter previo a la realización del mecanismo participativo y con una antelación razonable para su estudio por parte de los interesados. Todo ello, en sintonía con lo previsto en el artículo 1° de la ley 27.275 (Derecho de Acceso a la Información Pública)³² y otras normas supranacionales.³³ brindar a los interesados la posibilidad de exponer sus opiniones con la amplitud necesaria dentro de plazos razonables (art. 8 bis).

b. Incertidumbres

Detallamos hasta aquí los que consideramos – en una lectura optimista – aspectos positivos que la reforma ha introducido en materia de participación ciudadana. Corresponde ahora exponer las dudas o incertidumbres que nos plantean algunas previsiones de los mismos artículos (1 bis y 8 bis).

i. ¿Es reemplazable la audiencia pública prevista legalmente?

Como ya mencionamos el supuesto previsto en el inciso a), apartado (i) – “derecho a ser oído” – del artículo 1 bis refiere a aquellos casos en que “por norma de rango legal” sea exigible realizar una audiencia pública, precisando que se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable³⁴ y, agregamos, como mínimo también respetando los recaudos legales que sintetizamos previamente.

Ahora, bien las dudas surgen cuando a continuación la norma establece que “dicho procedimiento podrá ser complementado o *sustituido* por el mecanismo de consulta pública o el que resulte más idóneo, técnica o jurídicamente, para el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados y la adop-

³² Artículo 1°: *Objeto*. La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública [...]

³³ Artículo 13 de la CADH (entre otros) en los términos en que fue interpretado por la Corte IDH en el caso “Reyes”, 19 de septiembre de 2006, entre otros.

³⁴ Como ya expusimos, en principio, el Anexo I del decreto 1172/PEN/2003.

ción del acto de que se trate”. Es decir, ¿podría la autoridad administrativa competente en el caso concreto dejar de lado la obligatoriedad de realizar una audiencia pública como mecanismo para materializar el “derecho a ser oído” prevista expresamente en leyes anteriores de temática específica?³⁵

Anticipamos nuestra opinión negativa, en tanto tales leyes anteriores continúen vigentes. No pareciera resultar válida pues una suerte de “autorización” a los órganos administrativos para apartarse de sus previsiones según su criterio.

A ello resulta relevante agregar que el instituto de la audiencia pública – con todas las limitaciones que pueda tener – reúne una serie de garantías y recaudos de transparencia que se encuentran ausentes en los mecanismos aludidos por la norma³⁶. Nos referimos a la publicidad amplia y formalizada de su convocatoria, el registro de participantes, la posibilidad de asistir como orador o mero público, acceder al expediente respectivo, etc.³⁷

Por tal razón estimamos que se dificulta la posibilidad de reemplazar válidamente en estos casos la instancia legal de la audiencia pública por “comentarios o aportes que se suman a una web”, “encuestas”, “reuniones con vecinos”, “focus groups”, consultas con actores posiblemente no identificados y de contenido no registrado u otros métodos que no reúnan una serie de garantías de un procedimiento formalizado, adecuada publicidad y transparencia sin afectar el principio de no regresividad que rige en la materia.

ii. ¿Y la materia ambiental?

Como ya señalamos el nuevo artículo 8 bis contempla aquellos casos en que la ley exige algún tipo de participación previa al dictado de un acto o reglamento pero no especifica a través de qué instituto debe materializarse. Sin embargo, tal previsión se focaliza expresamente en una materia determinada, como es la de “usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos”.

Ante ese recorte temático, cabe interrogarse qué sucede con otra de las materias en que la participación ciudadana resulta inescindible de la actuación de la Administración por mandato supranacional y legal expreso. Nos referimos a la materia ambiental (art. 41 CN).

³⁵ Como por ejemplo las leyes 24.076 (Marco Regulatorio del Gas), 24.065 (Régimen de la Energía Eléctrica) o 23.879 (Represas y Obras Hidráulicas).

³⁶ Ver por ejemplo, en <https://consultapublica.argentina.gob.ar> (consultado el 4/11/2024) las pautas que rigen la “consulta pública”.

³⁷ Ver Anexo I del decreto 1172/PEN/2003.

En efecto, ¿no debieran considerarse incluidos en los términos de este artículo aquellos supuestos en que la ley – o incluso normas de jerarquía superior – exige también participación o consulta pública sin explicitar un método específico? Nos referimos, por poner sólo unos pocos ejemplos, a la Ley de Política Ambiental Nacional (de presupuestos mínimos para una gestión ambiental sustentable, 25.675), la Ley de Presupuestos Mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático global (27.520) o las provisiones del Acuerdo de Escazú (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública, y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, aprobado por ley 27.566).

Estimamos que la falta de mención expresa de la cuestión ambiental³⁸ no exime a la Administración de cumplir los recaudos que detallamos en el apartado anterior (punto III.d.) – previstos en los artículos 1 bis y 8 bis – en los mecanismos que utilice para cumplir las exigencias participativas previstas en las normas mencionadas en el párrafo anterior (entre otras relativas a la cuestión de los derechos previstos en el art. 41 de la Constitución nacional).

iii. El derecho de acceso a la información pública (ley 27.275)

La nueva redacción del artículo 1° de la Ley de Procedimiento Administrativo se refiere exclusivamente – y con más detalle que la versión anterior – al ámbito de aplicación de sus disposiciones. En lo que aquí nos interesa, el nuevo inciso “c” precisa que “no se aplicará a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias” y que los entes mencionados – así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional – se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. Agrega que el Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.³⁹

³⁸ Probablemente involuntaria y producto del intenso trámite legislativo de una ley tan abarcativa como la 27.742.

³⁹ Se ha afirmado que “puede ser éste el caso de la aplicación de la Ley 27.275 de Informa-

En este punto, conviene recordar que la ley 27.275, incluye entre los “sujetos obligados a suministrar información pública” a “las empresas y sociedades del Estado que abarcan a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”.

Estimamos que el basamento supranacional del derecho de acceso a la información pública⁴⁰ no debería permitir considerar la existencia de algún tipo de modificación a la situación prevista respecto de estas formas organizativas por la ley 27.275⁴¹.

c. Sorpresa

La última cuestión que nos interesa señalar en esta breve primera aproximación al análisis de las reformas introducidas en la materia por la ley 27.742 constituye una verdadera rareza, al menos en nuestro medio y se encuentra inserta en su reglamentación.

Como resulta habitual en nuestra legislación, los mecanismos de participación tienen carácter *no vinculante*. Esto es, allí no se decide, ni lo que se opine – por más que se incline en forma mayoritaria hacia alguna dirección determinada – obliga en modo alguno a la Administración a resolver en tal sentido. Como sostiene GORDILLO respecto de la audiencia pública “en ella el público se limita a defender sus derechos pero no tiene voto en la decisión administrativa que se adopte con posterioridad; la importancia de la audiencia pública es material pues en ella quedará demostrado el sustento fáctico, o carencia de él, de la decisión a adoptarse”.⁴² En el mismo sentido, el propio nuevo artículo 1 bis, en su párrafo respectivo, se encarga de recordar que “el contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las autoridades administrativas”.

Por tales razones resulta particularmente llamativo el modo en que quedó

ción Pública [ver su art. 7, incs. g) y l]” (MAIRAL, Héctor y VERAMENDI, Enrique; *La reforma de la ley de procedimientos administrativos*, TR LALEY AR/DOC/1777/2024).

⁴⁰ Que ya mencionamos y que entre cuyas reglas básicas se encuentra aquella que sostiene que resulta información pública toda aquella que se relacione de algún modo con la gestión de fondos públicos.

⁴¹ Siempre con arreglo, claro está, a las excepciones que la propia ley 27.275 contiene.

⁴² GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas - Tomo 2*, Cap. XI, Buenos Aires, FDA, 10ed., 2014.

redactado el nuevo artículo 64 bis del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Allí se establece que “el procedimiento de consulta pública previsto en el artículo 8 bis de la Ley de Procedimientos Administrativos *no será vinculante*”. Hasta aquí ninguna novedad y sólo podría parecer aclarar – un poco de modo redundante – lo que sí figuraba en el párrafo respectivo del artículo 1 bis de la ley, pero no en el artículo 8 bis que sólo lo mencionaba expresamente respecto de la posibilidad [alternativa de otros procedimientos de consulta pública] de convocar a “audiencia pública no vinculante”.

Lo curioso se encuentra en la última parte del artículo 64 bis, que plantea una excepción a la regla general en estos términos: “*salvo que una ley, un reglamento o el acto de convocatoria establezcan expresamente lo contrario.*”

Esto es, que se prevé la posibilidad de la existencia de mecanismos de “consulta pública” **con carácter vinculante** para la Administración, ya sea por ley, por reglamento, o incluso por el mero acto de convocatoria de la autoridad competente.

En primer lugar, recordemos que en principio en nuestro régimen jurídico el único instrumento participativo con carácter vinculante es el establecido en el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución nacional⁴³, que dispone estrictos requisitos de publicidad y nivel de participación en su ley reglamentaria⁴⁴ y que sólo puede ser convocado por el Congreso de la Nación.⁴⁵

Otra cuestión que merece comentario reside en que, al contrario de toda lógica, se establece ese posible “carácter vinculante” para el mecanismo participativo que contiene menores recaudos y garantías de transparencia y publicidad, por lo que es más posible que pueda llevarse a cabo “fuera del alcance de los radares” de la atención pública, prensa, sectores interesados en la materia de la sociedad civil, etc.

⁴³ Art. 40: El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática [...]

⁴⁴ Ver ley 25.432. El voto es obligatorio (art. 3°) y la consulta popular vinculante será “válida y eficaz” siempre y cuando haya participado como mínimo el 35% de todo el cuerpo electoral de la Nación (art. 4°). Además, el texto íntegro del proyecto sometido a consulta debe ser publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina, en el diario de mayor circulación de cada una de las provincias y en los dos diarios de mayor circulación del país. Y, asimismo, una vez dictada la convocatoria, todos los puntos sometidos a consulta popular deberán difundirse en forma clara y objetiva, por medios gráficos, radiales y televisivos (art. 10°). Entre otros recaudos establecidos en dicha ley.

⁴⁵ Claramente no se trata de un supuesto de “participación administrativa”, sino de otra forma de participación ciudadana. Sin embargo, estimamos pertinente traerlo a colación a los fines comparativos con la reglamentación en comentario.

En este punto es fundamental recordar que una de las razones que se suelen esgrimir para desaconsejar otorgar carácter vinculante a los mecanismos participativos⁴⁶, tiene que ver con la posibilidad de que no reflejan necesariamente la “voluntad general” o “el interés común”, sino el de determinados grupos de interés con mayor poder de movilización, influencia, llegada a resortes estratégicos, información de la existencia o convocatoria de ese mecanismo de consulta pública, etc.

Siguiendo esta línea argumentativa no podemos dejar de advertir que: a) la norma en comentario prevé la posibilidad de asignar ese efecto vinculante por vía de reglamento o incluso del simple acto de convocatoria al procedimiento de consulta, b) el artículo 8 bis (reglamentado por el 64 bis) refiere a aquellos supuestos en que se exija la “participación de usuarios y consumidores **en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos**” y c) como afirmaba aquel brillante profesor italiano “en muchas ocasiones el fracaso sistemático de las regulaciones podría provenir más que nada de la poca transparencia del proceso regulatorio, que se encuentra expuesto a sufrir la intromisión de grupos de presión (es por esto que se habla de ‘captura del reglamento o del regulador’) o tiempo atrás se hablaba de ‘relación de clientela’ entre Administración reguladora y empresas.⁴⁷

La suma de lo expuesto nos lleva a concluir que – en caso de ser viable⁴⁸ y concretarse esta posibilidad de dar “efecto vinculante” al resultado de un procedimiento de consulta pública⁴⁹ ni más ni menos que en “cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos”, tal convocatoria debería ser realizada **como mínimo** con los agravados recaudos de transparencia, difusión y publicidad que hoy prevé el Anexo I del decreto 1172-PEN-2003. Todo ello a fin de asegurar la participación de la máxima pluralidad de actores y/o intereses diversos involucrados en la temática y el conocimiento público de las diferentes posiciones y argumentos expuestos para, de este modo, intentar despejar cualquier tipo de duda o suspicacia a su respecto.

⁴⁶ A excepción de aquellos del tipo del contemplado en el primer párrafo del art. 40 de la Constitución nacional.

⁴⁷ ROMANO TASSONE, Antonio; “Los ‘fracasos’ de la Administración democrática: Entre fracasos del Estado y fracasos de la democracia”, publicado en Revista [áDA Ciudad N°3, Septiembre 2010, disponible en www.adaciudad.com.ar

⁴⁸ Si no media norma constitucional o legal que lo autorice ¿un órgano de la Administración – dado el carácter obligatorio e improrrogable de su competencia – podría renunciar a ser quién define cuál será el objeto de una decisión y “auto-obligarse” a que se enderece hacia lo indicado por terceros ajenos a las estructuras del Estado?

⁴⁹ Sobre todo si se lo realiza por reglamento o mero acto de convocatoria.

6. Conclusiones

Como ya expusimos la reforma contiene en la materia algunos elementos que estimamos valiosos y otros que pueden generar algunas dudas e incertidumbres.

A modo de una síntesis de estas primeras reflexiones podríamos concluir que:

- a. En aquellos supuestos de leyes especiales que prevén la obligatoriedad de realizar audiencias públicas, éstas no podrían ser “sustituidas” a voluntad de la Administración por mecanismos que ofrezcan menos garantías de difusión, transparencia y publicidad.
- b. Los “otros métodos” de participación que eventualmente se utilicen deberán contar – además de los recaudos que surgen de los arts. 1bis y 8bis –, con suficientes requisitos de publicidad en la convocatoria, registro de participantes y opiniones, acceso al expediente y otras que derivan de los “flamantes” principios de “transparencia” y “buena fe”. De modo tal que pueda materializarse la participación de quien así lo desee, constatarse la efectiva realización de la consulta, su contenido, etc.
- c. Las normas de materia ambiental que prevean también la participación previa a la decisión administrativa sin explicitar un método determinado, deben considerarse incluidas en los recaudos que prevén los arts. 1 bis y 8 bis.
- d. La omisión de estos procedimientos participativos cuando son normativamente requeridos, o el incumplimiento grave de algunos de los recaudos que a su respecto consagraron los artículos 1 bis y 8 bis, deberían considerarse incursos en el vicio contenido en el inciso b), apartado iv) del artículo 14 reformado (“omisión de audiencia previa del interesado” o “grave violación del procedimiento aplicable”) y derivar en la “nulidad absoluta e insanable del acto administrativo dictado.

En 1982 GORDILLO afirmaba que “no existe consenso acerca de la conveniencia de introducir mayores mecanismos de participación, y sin embargo tales mecanismos son a su vez indispensables para provocar consenso y adhesión en la ciudadanía sobre el sistema. Nos hallamos pues en un círculo vicioso de inexistencia de consenso aún sobre la necesidad de que haya mecanismos que generen consenso.”⁵⁰ Hoy en día, si bien se advierte que se han reunido las mayorías necesarias para consagrar constitucional y legalmente – ahora incluso en la propia Ley de Procedimientos Administrativos – algunas formas de estos institutos participativos, ese consenso no parece haberse derramado hacia la *praxis*, es decir, demasiado más allá de la formalidad normativa.

⁵⁰ *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982

Más lejos aún en el tiempo, pero en palabras que no prescriben y mantienen – lamentablemente – cierta carga de aspiración utópica, el Maestro GORDILLO destacaba cuáles eran los principales requisitos actitudinales que requería una participación genuina y eficaz. Por parte de la Administración “la accesibilidad a las sugerencias y a las críticas, la falta de convicción mesiánica de que se está haciendo lo justo, el deseo de compartir decisiones sin desligarse de responsabilidades por las decisiones que se adopten, la actitud abierta para motivar a los individuos y a los grupos a acercarse a expresar sus opiniones sintiendo que ellas van a ser escuchadas, la convicción de la necesidad de dar explicaciones acerca de los motivos y los fines por lo que se está haciendo algo, la receptividad sincera y amable a las críticas, la predisposición de ánimo para cambiar la decisión más firme si se le prueba que no es la más acertada.” Por parte de los ciudadanos, el deseo de participar, aunque la falla más frecuentemente se encuentra en los gobernantes que en los gobernados. Habrá falta de interés de la población cuando se la convoca “a la ejecución de algo que ya estaba decidido por el gobernante, pero no participación en la creación, en la decisión, en la imaginación y conformación de aquello que luego se quería hacer. Aquel tipo de ‘participación’, claro está, fracasará siempre”.⁵¹

La importante reforma operada sobre la Ley de Procedimiento Administrativo mediante la ley 27.742 es reciente. Tal como siempre sucede será menester dejar pasar el tiempo para apreciar el efecto de sus disposiciones. El modo en que son aplicadas e interpretadas por la Administración y por la Justicia, determinará en definitiva si han significado o no un avance efectivo en la materia.

⁵¹ GORDILLO, Agustín, *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1973.

NOTE MINIME SULL'INTERESSE LEGITTIMO E IL DIRITTO POSITIVO ARGENTINO

FRANCO GAETANO SCOCA*

1. È convincimento diffuso tra i teorici argentini che l'interesse legittimo, che in precedenza aveva consistenza di figura di diritto positivo, sia stato espulso dal sistema in forza della nuova legge sul procedimento amministrativo¹.

La Ley 19.549, Ley de procedimiento administrativo, entrata in vigore nel 2024, stabilisce, all'art. 23 che “*el administrado cuyos derechos o sus intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados podrá*” impugnare “*judicialmente*” gli atti amministrativi. La disposizione non utilizza la espressione verbale “*interés legítimo*”; tuttavia utilizza una espressione che può essere equivalente, ove si consideri che l'interesse legittimo è, appunto, un interesse giuridicamente protetto (e tutelato).

L'elemento rilevante è che, secondo la legge argentina gli atti amministrativi possono essere impugnati non solo da chi sia titolare di diritti soggettivi ma anche dai titolari di altri interessi giuridicamente rilevanti.

La dottrina giuridica argentina sembra orientata nel senso di negare che l'interesse legittimo sia la sola figura, o una delle figure, di interessi giuridicamente protetti. Né sono in grado di intervenire in questo dibattito che verte sul significato che la locuzione legislativa citata assume nella esperienza giuridica argentina.

Per cui devo prendere per esatta la tesi secondo la quale gli interessi legittimi non rientrino tra le situazioni soggettive che legittimano alla impugnazione degli atti amministrativi; o, meglio, che l'espressione “*intereses jurídicamente tutelados*” non si riferisce agli interessi legittimi.

2. Che l'impugnazione degli atti amministrativi non abbia come (possibile) base di legittimazione la violazione di interessi legittimi non è di certo una tesi audace; è anzi, sul piano del diritto comparato, la tesi più diffusa, anche negli ordinamenti che, come quello italiano, conoscono un doppio ordine giurisdizionale, con un giudice vocato esclusivamente a decidere le controversie con la pubblica amministrazione.

* Professore Emerito di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

¹ In questo senso si esprime Mario Spasiano, *Interés legítimo en el pensamiento de Agustín A. Gordillo*, richiamando, oltre la “profezia” di Agustín Gordillo, le tesi recentissime di Héctor A. Mairal e Enrique V. Veramendi.

Il fatto è che in nessun ordinamento che io conosca l'interesse legittimo svolge un ruolo determinante in sede processuale; in particolare con riferimento al criterio di riparto della giurisdizione tra i due ordini di giudici. Non lo è in Francia, non lo è in Germania; non lo è in Spagna; tanto meno lo è nel Regno Unito.

Nessuna meraviglia, quindi, che non lo sia nemmeno in Argentina, dove, per il sistema unitario della giurisdizione, non può avere un ruolo come criterio di riparto e può non averlo nemmeno come presupposto (o fatto) di legittimazione.

In Italia la necessità di elaborare la nozione di interesse legittimo è dipesa dal particolare criterio di riparto della giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo. Per ragioni storiche che in questa sede è inutile rammentare, si è passati, nel corso del XIX secolo da un sistema a giurisdizione unica ad un sistema di doppia giurisdizione; il primo e più risalente centrato sulla tutela dei soli diritti soggettivi, il secondo allargato alla tutela di interessi che non erano (né potevano essere) riconosciuti come diritti soggettivi.

L'introduzione del sistema di doppia giurisdizione, con la creazione del giudice amministrativo e l'affermazione in diritto positivo del criterio di riparto fondato sulle situazioni soggettive, ha costretto la giurisprudenza e la dottrina italiane ad approfondire l'essenza e la natura della situazione soggettiva che consentiva (e consente) ai soggetti privati di rivolgersi al giudice amministrativo: situazione soggettiva che necessariamente doveva essere diversa dal diritto soggettivo, la cui titolarità comportava la giurisdizione dell'altro giudice, il giudice ordinario. Donde l'approfondimento di una nozione di interesse giuridicamente protetto, diverso dal diritto soggettivo, che ha preso la denominazione di interesse legittimo.

La dottrina italiana ha seguito varie strade, volta a volta ipotizzando protezioni giuridiche di interessi dirette o indirette, o verso soluzioni processuali o sostanziali, proponendo un ventaglio estremamente vario di definizioni di questa (nuova) situazione soggettiva, sovente tuttavia negandone l'esistenza. Come ora avviene in Argentina.

La dottrina comparata, pur negando in modo quasi universale la figura dell'interesse legittimo, ha tuttavia avvertito che possano sussistere situazioni soggettive diverse dal diritto soggettivo: in Francia si è iniziato a parlare di diritto alla legittimità, espressione che copre la tutelabilità di interessi che non sono diritti soggettivi; in Germania è da lungo tempo nota la figura del diritto pubblico soggettivo, che è profondamente diversa dal diritto soggettivo vero e proprio e ha tratti di somiglianza con l'interesse legittimo della esperienza giuridica italiana.

Non è inutile aggiungere che, nel linguaggio della giurisprudenza inglese e in quello della giurisprudenza della Corte dell'Unione europea, la locuzione "interesse legittimo" appare con una certa frequenza.

3. Il problema che intendo proporre è il seguente: dato per scontato che l'interesse legittimo può non avere alcun valore nel diritto positivo, può ciò nonostante sussistere sul piano concettuale? È, in altri termini una nozione valida sul piano della teoria giuridica, anzi della teoria generale del diritto?

Nella rete dei rapporti giuridici tra soggetti possono distinguersi quelli orizzontali o paritetici e quelli, per così dire, verticali; caratterizzati questi secondi da una posizione preminente di un soggetto rispetto a quella dell'altro o degli altri soggetti. Nel primo caso per ogni mutamento giuridico occorre il consenso di tutti i soggetti interessati al mutamento stesso: ad esempio il passaggio di proprietà di un bene mediante compravendita necessita del consenso del venditore e dell'acquirente.

Nel secondo caso uno dei soggetti può ottenere il mutamento giuridico senza il consenso altrui: ad esempio, il venditore che si sia riservato, in un contratto di compravendita, la possibilità del riscatto, può esercitarla senza che l'altro contraente esprima o neghi il suo consenso. Si parla in questo caso di diritto potestativo del venditore, di fronte al quale l'acquirente è in stato di soggezione: non è titolare di un diritto soggettivo, ma di una diversa situazione soggettiva, che gli assicura che il diritto potestativo altrui sia esercitato nei termini e secondo i principi di correttezza e buona fede (mediante, cioè, i cosiddetti obblighi di protezione gravanti sul venditore).

In chiave moderna il diritto potestativo viene identificato con la nozione di potere giuridico, nozione profondamente diversa dal diritto soggettivo, nozione dinamica, nel senso che è preordinata (e vive, ossia: viene esercitata) nella fase dei mutamenti giuridici.

Il potere giuridico può essere unilaterale, spettare cioè ad un (solo) soggetto, ed avere effetti nei confronti di altri soggetti.

4. Nei rapporti tra l'amministrazione pubblica e i privati cittadini ci sono casi in cui questi sono titolari di diritti soggettivi, che devono essere rispettati anche dall'amministrazione. Molto più frequentemente tuttavia l'amministrazione è dotata di poteri unilaterali (che possono ritenersi espressione di autorità), a fronte dei quali i privati non possono opporre diritti soggettivi che ne impediscano l'esercizio.

Peraltro l'interesse di coloro che subiscono l'esercizio del potere dell'amministrazione non è del tutto privo di protezione giuridica: essi possono partecipare al procedimento, nel quale il potere viene esercitato, seguire il modo in cui l'amministrazione si comporta, offrire notizie utili alla difesa del loro interesse, e possono, anche in via giurisdizionale, far verificare se le varie fasi del procedimento sono state rispettose delle disposizioni di legge che le riguardano e se l'atto conclusivo sia legittimo e talvolta anche se sia opportuno, ossia se realizzi

nel modo migliore l'interesse pubblico. Secondo la regola aurea per cui l'amministrazione può perseguire l'interesse pubblico con il minimo pregiudizio degli interessi dei privati.

Da qui la nozione di interesse giuridicamente protetto, diverso dal diritto soggettivo, inteso come interesse pienamente tutelato. Questa è (anche) la nozione teorica di interesse legittimo: una figura giuridica che, pur non essendo in grado di opporsi al potere e al suo esercizio, consente tuttavia di ottenere che il potere, quando incide sugli interessi del suo titolare, sia esercitato secondo le disposizioni di legge e secondo principi di ragionevolezza, di proporzionalità, di precauzione, e così via.

Si tratta di una situazione giuridica la cui protezione non garantisce che l'interesse sostanziale che ne costituisce la base pregiudiziale venga soddisfatto, ma si estende ben oltre la protezione giuridica propria dello stato di soggezione: il titolare dell'interesse legittimo può chiedere, se gli conviene, che il potere venga esercitato, può seguirne attivamente lo svolgimento nel procedimento, può impugnarlo con ricorsi amministrativi e con azioni giudiziarie.

Si tratta, come il potere giuridico (a cui si affianca e con il quale si confronta), di una situazione giuridica dinamica, il cui esercizio attinge tipicamente alle modificazioni giuridiche, ossia al passaggio da situazioni giuridiche date a situazioni nuove.

In definitiva l'interesse legittimo, come concepito dalla dottrina italiana, è la situazione soggettiva che raccoglie in sé tutta la protezione giuridica che l'ordinamento assicura ai soggetti che subiscono (o intendono avvantaggiarsi de) l'esercizio di un potere unilaterale altrui.

Sul piano della teoria generale, quindi, l'interesse legittimo sussiste, anche se può venire inteso come una delle tante figure rientranti nell'ampia nozione di diritto soggettivo, o se viene denominato come aspettativa o in altri generici modi. Sul piano dei vari diritti positivi, invece, può non avere alcun concreto riconoscimento e, pertanto, alcuna visibilità.

5. Per completezza espongo il quadro delle situazioni giuridiche soggettive, come personalmente me lo rappresento, partendo dall'idea di fondo che la persona umana (e con essa la persona giuridica), riconosciuta come soggetto giuridico, è necessariamente il centro di imputazione delle situazioni giuridiche soggettive. Le quali, nell'attuale evoluzione degli ordinamenti giuridici, ne colgono tutti gli aspetti che vengano ritenuti giuridicamente rilevanti, ossia l'*essere*, l'*avere* e l'*agire*. Per cui le situazioni soggettive si distinguono tra loro in relazione a questi tre aspetti della soggettività giuridica.

Le situazioni di *essere*, attenendo strettamente al soggetto, si risolvono in attributi, identificativi o qualificativi, del soggetto stesso. Per queste situazioni

giuridiche non si può dire che abbiano ad oggetto interessi o comportamenti: il loro oggetto è direttamente il *soggetto* in quanto tale. In questa categoria vanno collocati gli *status* (es., *status civitatis*, *status familiae*), le qualità (es., professionista, impiegato, pensionato) e i diritti assoluti della persona.

Le situazioni di *avere*, attenendo all'appartenenza e alla gestione di beni, sono in genere diritti soggettivi o situazioni similari, ed hanno ad oggetto *interessi*.

Le situazioni di *agire*, attenendo ai movimenti giuridici, ossia alle modificazioni delle situazioni oggettive in essere, sono poteri che disciplinano *comportamenti* relativi alla soddisfazione di *interessi*.

Le prime due categorie comprendono situazioni giuridiche statiche; la terza attiene a situazioni giuridiche dinamiche.

L'interesse legittimo, rapportandosi alla figura del potere, è anch'esso una situazione giuridica dinamica: vive nella fase di esercizio del potere unilaterale altrui.

INTERÉS LEGÍTIMO EN EL PENSAMIENTO DE AGUSTÍN A. GORDILLO*

MARIO R. SPASIANO**

SUMARIO: 1. Una premisa general. – 2. El interés legítimo como fuente de legitimación procedimental, no procesal. – 3. *Locus standi*, interés simple. El interés personal y directo. Las asociaciones. – 4. El interés patrimonial y moral y su reconocimiento. El deber de resolver el litigio. El tiempo de existencia del interés.

1. *Una premisa general*

El interés legítimo es una categoría totalmente incierta en el derecho administrativo argentino, una posición jurídica subjetiva que ha sido objeto de alternancias pero esencialmente nunca de grandes fortunas: sería por lo tanto erróneo abordar el estudio de su elaboración en el pensamiento del ilustre estudioso Agustín Gordillo utilizando como vara de análisis la perspectiva evolutiva que la misma institución ha tenido en el ordenamiento jurídico italiano, donde ha pasado del concepto originario de legitimación procesal a la conformación de una posición jurídica subjetiva de tipo sustancial, de importancia central tanto a nivel administrativo como procesal. De ahí que incluso un intento de comparar las distintas realidades jurídicas, en este sentido, acabaría sin duda generando errores de apreciación, históricos, institucionales y jurídicos.

Como es sabido, la influencia fluctuante del derecho administrativo francés, por un lado, y del norteamericano, por el otro, en la búsqueda de una solución útil para satisfacer las necesidades y expectativas específicas del joven sistema argentino, ha contribuido ciertamente a determinar un sistema en el que los elementos tomados de los dos sistemas mencionados han sido colocados uno al lado del otro, pero su yuxtaposición no siempre ha dado lugar a formas coherentes de complementariedad, sino más bien a solapamientos¹, que en algunos casos han acabado incluso por desvirtuar la razón de ser de las instituciones

* Deseo ante todo agradecer a la Dra. Eugenia Paez, de la Universidad de Buenos Aires, por revisar la traducción del texto.

** Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Estudios de la Campania *Luigi Vanvitelli*.

¹ A.A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires 2014, cap. XIII, 1. Las principales reflexiones del presente trabajo se realizarán sobre la base de dicho tratado.

originales extraídas de otros sistemas: El interés legítimo, como se comprobará, constituye una prueba flagrante de esta condición.

En todo caso, a los efectos del examen que sigue parece oportuno partir de una premisa simple pero indispensable: el sistema de justicia argentino se basa en la unidad de jurisdicción en un fuero judicial especializado.

En la opinión de Aristide Police², la influencia del sistema francés en el argentino ha sido más acentuada en relación a los poderes otorgados al juez frente a la administración pública y, por ende, a la articulación de acciones de amparo. Dicho modelo no ha tenido el mismo efecto en cuanto a la calificación de las situaciones jurídicas subjetivas: sólo ha subsistido, en el ordenamiento jurídico argentino, el derecho subjetivo. Tampoco han producido mayores efectos las influencias ejercidas por los sistemas jurídicos español y italiano, aunque hayan tenido su propio peso y su particular consideración en determinados contextos del proceso de formación del sistema argentino, que, sin embargo, ha permanecido fuertemente inspirado en el sistema anglosajón en materia de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.

De ahí que parezca bastante acertada la reflexión propuesta por Juan Francisco Linares³, según la cual, sin la influencia del derecho administrativo francés, los jueces argentinos probablemente habrían acabado aplicando el *common law* también a las sentencias contra las Administraciones públicas, impidiendo, en esta perspectiva, incluso el nacimiento del derecho administrativo argentino como ciencia jurídica autónoma.

En todo caso, la influencia francesa también ha tenido su espacio relevante y ha contribuido a la elaboración de institutos e incluso terminologías claramente inspirados en ella, pero ello se ha producido sobre un terreno incierto, y se ha definido un sistema con incompatibilidades, en el que se integraron, a su vez, principios de extracción anglosajona. En efecto, si bien es cierto que en Argentina los Tribunales que conocen de acciones contra las Administraciones Públicas se denominan «de lo contencioso administrativo», como observa Police⁴, el uso de «esta denominación sólo indica la especialización del juez que conoce del asunto y no afecta a su pertenencia a la jurisdicción ordinaria, o mejor dicho, al único orden jurisdiccional al que pertenece la titularidad de la potestad jurisdiccional».

² Aristide Police, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad LUISS “Guido Carli”, Roma, *Il processo amministrativo in Argentina, - Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica, Cuadernos de la revista Diritto Processuale Amministrativo* 2002, 11.

³ J.F. LINARES, *Lo contencioso administrativo en la Justicia Federal*, LL, t. 94, 919.

⁴ A. POLICE, *Il processo amministrativo in Argentina, - Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica, Cuadernos de la revista Diritto Processuale Amministrativo*, 2002, 4.

El interés legítimo no nació, en el ordenamiento jurídico argentino, como una situación jurídica subjetiva tutelable en sede judicial: la única condición capaz de asumir ese rango fue – como se señaló – el derecho subjetivo, el cual abarca cualquier relación jurídica intersubjetiva, incluso entre un particular y una administración pública, tal como se desprende de la Constitución de 1853. El interés legítimo, por su parte, no gozaba de crédito alguno a la hora de medir el conflicto entre el uso del poder público y el ciudadano, en un clima institucional que, por intuibles razones de orden político, era reacio a que la actuación de los poderes públicos estuviera sujeta a escrutinio.

Sólo el Código Varela de 1905 de la Provincia de Buenos Aires registró la incorporación de ciertas influencias de la ley italiana institutiva del contencioso administrativo de 1889. Pero fueron influencias exiguas, expresadas además con una terminología ambigua de la que emergía la tímida referencia del sistema argentino a los «derechos de naturaleza administrativa». Como señala A. Police⁵, «en la Provincia de Buenos Aires y en las que adoptaron la misma legislación, esta incierta terminología tuvo como consecuencia crear mayor confusión en el sistema, provocando una sustancial desprotección jurisdiccional frente a las decisiones de la actividad administrativa, precisamente porque las situaciones subjetivas afectadas por ellas no encuadraban en una categoría bien definida de derechos».

Sólo posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Suprema Corte de Justicia la Provincia de Buenos Aires) llegó a legitimar, esta vez de forma inequívoca, la protección de situaciones jurídicas distintas de los derechos subjetivos, y ello fue posible gracias a una lectura extensiva de los preceptos constitucionales⁶. Los Tribunales de lo Contencioso administrativo, por su parte, sostenían que la protección asegurada debía existir desde el momento en que pudiera identificarse una conexión lógica consecencial entre una supuesta lesión de la situación del interesado y una actividad desarrollada por la Administración.

El nuevo clima, la aparición de nuevas circunstancias socio-económicas y la estructura federal del sistema argentino abrieron el camino a nuevas soluciones que – como recuerda Gordillo – no se basaron sólo en el tradicional criterio restrictivo de la necesidad de la existencia de un derecho subjetivo, necesario

⁵ A. POLICE, *Il processo amministrativo in Argentina, - Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica, Cuadernos de la revista Diritto Processuale Amministrativo* 2002, 12 s. Las palabras de Police se inspiran en el trabajo de M. SARMIENTO GÜEMES, *La acción procesal administrativa en el Código Varela. Derecho subjetivo: única situación justiciable*, L.L., 1986-A-28.

⁶ C.A. BOTASSI, *El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo (un fallo histórico)*, L.L., 1996-C-20.

para accionar judicialmente, sino que reconocieron situaciones inéditas de legitimación procesal definidas como «derechos subjetivos públicos» (Código de Neuquén), o «derechos difusos» (Código de Corrientes, donde se trasluce claramente la influencia de la evolución del sistema jurídico italiano).

En los Códigos de Córdoba, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Salta, Santa Cruz, Santa Fe y Santiago del Estero tuvo lugar por primera vez el uso de la terminología ‘interés legítimo’ como fundamento del ejercicio de la acción, a fin de conferir legitimación, aunque no a los efectos de instar la acción de plena jurisdicción.

El Código de la Provincia de Buenos Aires también reconoció la existencia de ‘intereses jurídicamente tutelados’ a partir de la introducción, en la Constitución de 1994, del contencioso administrativo, con competencia para entender en ‘los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas’, e iniciados por ‘titulares de derechos e intereses protegidos por el sistema’.

Como ya se dijo, las modificaciones de 1994 a la Carta Constitucional habían sido anticipadas por ciertos pronunciamientos jurisdiccionales relevantes que habían sido dictados en contextos que hoy podrían definirse como ‘sensibles’: en primer lugar, en materia ambiental y de defensa del consumidor (Ley n° 24.240), se identificaban «intereses jurídicamente protegidos por el ordenamiento jurídico» que legitimaban el recurso de amparo, un instrumento judicial de tutela urgente que, a falta de recursos ordinarios idóneos, ofrecía (y ofrece aún hoy) la posibilidad de que cualquier persona interpusiera una acción directa y rápida contra cualquier acto u omisión de los poderes públicos (o incluso de particulares) que, en forma actual, menoscabara, restringiera, alterara o amenazara, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o incluso una ley. El tribunal correspondiente podría declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se fundara el acto u omisión lesivos. El ordenamiento jurídico argentino también establecía (y establece actualmente) que podían interponer este recurso, «contra toda forma de discriminación relativa a los derechos que protegen al medio ambiente, al usuario, al consumidor, así como por los derechos de incidencia colectiva en general, el interesado, el defensor del pueblo y las asociaciones registradas y conformes a derecho».

El amparo produjo pronto un efecto expansivo de su aplicación, implicando ante todo la protección de cualquier derecho humano fundamental (tema siempre muy sensible en Argentina), con independencia de que la acción tomara el nombre de acción pública popular, colectiva o subjetiva: esta circunstancia sería relevante. En efecto, el fundamento exclusivo era la garantía de una pro-

tección sustancial, rápida y efectiva, desprovista por completo de connotaciones formalistas.

A. Gordillo, en su obra, recordaba que el ámbito del amparo se amplió rápidamente a la protección del derecho a la salud y a un medio ambiente sano: en caso de conducta ilegítima de la Administración, el ciudadano podía ciertamente acudir a los tribunales para que se restableciera el derecho, sin que el promotor de la acción extraordinaria tuviera que acreditar interés personal en el asunto.

A estas cuestiones, ya de por sí importantes, se añadieron los derechos relativos a la protección de los monumentos históricos, los yacimientos arqueológicos y paleontológicos y la protección del patrimonio cultural y del paisaje.

Como fácilmente puede apreciarse, ya no quedaba rastro del interés legítimo, el efecto omnipresente del amparo lo había engullido y, sobre todo, ese interés había perdido su relevancia, pues los grandes enfrentamientos contra el uso ilícito del poder público ya podían encauzarse a través del arma eficaz de la nueva institución.

Hay que añadir, además, que los intereses legítimos, por su propia naturaleza, presuponen el carácter individual, diferenciado y cualificado de la situación jurídica subjetiva en la que se fundamentan: pero en los hechos referidos no eran esos los presupuestos en cuestión. Se trataba, en esos contextos, de derechos de incidencia colectiva o intereses difusos, como tales pertenecientes a todos los miembros de un grupo social como bien común no divisible.

En definitiva, el interés legítimo inició así inexorablemente su declive, con independencia de los estudios que en otros países, como Italia, habían asignado ya por el contrario a la misma situación jurídica una concepción sustancial de fuerte valor procedimental⁷. Pero, evidentemente, las necesidades y prioridades sentidas por el sistema argentino eran otras.

2. El interés legítimo como fuente de legitimación procedimental, no procesal

En el contexto descrito, esbozado a grandes rasgos, debe encuadrarse el pensamiento de Agustín Gordillo en materia de interés legítimo, tema al que, por su parte, también se había dedicado puntualmente aunque nunca había sido un admirador.

En la novena edición del conocido Tratado de derecho administrativo, publicado en 2014 (Tomo 2), el ilustre estudioso se preguntaba si la categoría de interés legítimo seguía teniendo sentido, cuando el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires ya lo equiparaba a los derechos subjetivos

⁷ Para todos, en Italia, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017.

en materia de legitimación y cuando el derecho constitucional de incidencia colectiva surgido de las normas nacionales encontraba aplicación obligatoria en todo el país.

Es muy cierto, observó, que al mismo tiempo se dan a veces casos de tutela judicial definida como 'interés legítimo' aún en ausencia de sus debidos presupuestos jurídicos, pero esos casos, si se quisiera realmente, se subsumirían en categorías que correspondería definir como 'derecho subjetivo a la legalidad' o 'derecho de incidencia colectiva a la legalidad'.

En su Tratado, Gordillo señala que tal vez haya sido prematuro anunciar la desaparición del interés legítimo del mundo jurídico del derecho administrativo argentino, por lo que convenía preservar su consideración al menos un poco más, pero su suerte estaba ya irreversiblemente sellada.

Además, el ilustre autor, en apoyo de su pensamiento, observó que no parecía posible atribuir el carácter de derecho de incidencia colectiva a todos los intereses legítimos, ni viceversa. En efecto, mientras que la Administración puede reconocer la condición de parte al titular de un interés legítimo, es difícil que las pretensiones de los titulares de derechos de incidencia colectiva puedan alcanzarse mediante su evocación, para quienes bastaría la acción judicial directa. De ello se deduce que es más probable que el interés legítimo se transforme en el primer círculo de referencia del acto administrativo a efectos de la tutela administrativa procedimental y no judicial (al menos en el ordenamiento jurídico nacional). Hubiera sido mejor, subraya Gordillo, que los Tribunales hubieran eliminado todas esas categorías: una cosa es determinar quién puede ser parte en un procedimiento administrativo, quién tiene capacidad o aptitud legal para serlo; otras son las condiciones que se exigen para que uno de los sujetos mencionados pueda ser parte interesada en un procedimiento judicial.

Para el ilustre estudioso, la razón era sencilla: en el proceso judicial tradicional, la legitimación derivaba únicamente de ser titular de derechos subjetivos relacionados con el litigio que se pretendía implantar; en el procedimiento administrativo, en cambio, la legitimación podía surgir de un derecho subjetivo, pero también de un interés legítimo relacionado.

Las reflexiones de Gordillo también se basaron en las disposiciones del texto constitucional. Señaló que si bien era cierto que el derecho de incidencia colectiva no había sido transpolado como legitimación en sede administrativa, el art. 43 de la Constitución, en cambio, obligaba a la Administración a aceptarlo. Y así, es precisamente a partir de la afirmación del reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva en la vía judicial que de poco sirve la discusión sobre la afirmación o no de la titularidad de un interés legítimo. Es más, según Gordillo, el reconocimiento de una amplia legitimación constitucional, según el citado art. 43, terminó por asignar poca importancia a la categoría del interés

legítimo, aunque – reiteró siempre – era demasiado pronto para anunciar su desaparición de la vida y del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo, por otra parte, no establece vías de recurso diferentes según se trate de defender derechos subjetivos o intereses legítimos, a diferencia de lo que ocurre en algunas provincias en el proceso foral, definido como «contencioso-administrativo». Para la administración carece de importancia a efectos de legitimación determinar si se está en presencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. En ambos casos, puede interponerse el mismo tipo de recursos.

Por el contrario, la distinción entre interés legítimo e interés simple es más importante a efectos de legitimación en vía administrativa, ya que en este caso las vías de recurso son distintas. Cuando existe un interés legítimo, se pueden interponer todos los recursos: jerárquico, de revisión, etc. Cuando, por el contrario, se invoca un interés simple, esos mismos recursos no proceden y sólo se pueden interponer reclamaciones.

3. *Locus standi*, interés simple. El interés personal y directo. Las asociaciones

Según Gordillo, el *locus standi* debe existir en el momento de la interposición del recurso, pero en algunos casos puede admitirse el *locus standi* retroactivo o incluso futuro o eventual.

En vía administrativa, cuando el interés legítimo asume una posición habilitante, la comprobación de la legitimación del recurrente se realiza por la misma autoridad que está llamada a decidir el fundamento de la pretensión, y esa comprobación debe realizarse al resolver sobre dicho fundamento.

En el proceso judicial, la condición es analizada por el juez en virtud del art. 347.3 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. A la luz de lo anterior, ni siquiera en el procedimiento administrativo es necesaria una decisión previa (en el momento de interponer el recurso) y posterior (en el momento de adoptar la decisión) sobre la cuestión de la legitimación. La Administración está llamada a decidir una sola vez si hay legitimación: si la admite, pasará a definir el fondo. La titularidad de un interés legítimo será suficiente.

La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple radica en que en el primero se exige que el individuo tenga un interés personal y directo en impugnar un acto.

Sin embargo, con la Constitución de 1994, esta reconstrucción, según Gordillo, ya no es sostenible. La definición de los círculos de legitimados era demasiado general y dio lugar a interpretaciones según las cuales la titularidad de un interés legítimo requería la existencia de la calidad de «ciudadano argenti-

no», o la de «habitante de un determinado lugar» o «vecino», o la de usuario real o potencial de un determinado servicio.

En tales casos, se pregunta el ilustre estudioso, ¿dónde debe situarse la línea divisoria entre el derecho de incidencia colectiva y el interés legítimo frente al simple interés? En la perspectiva enunciada, ¿se termina extendiendo la legitimación, por ejemplo, a todos los habitantes que indudablemente constituyen un círculo definido y delimitado? ¿O se limita únicamente a grupos menos amplios? Ciertamente la cuestión es de hecho y debe resolverse en función de las circunstancias de cada caso concreto, pero el interés legítimo debe ser siempre personal y directo. Esta es, en opinión de Gordillo, la formulación tradicional del principio y, por tanto, debe manejarse con cautela, sin interpretaciones excesivamente restrictivas.

Un primer paso es verificar si el interés debe ser real o incluso potencial. No se trata de afirmar que el demandante debe tener un interés personalísimo en el sentido de individual y exclusivo ya que ello implicaría la búsqueda de un caso de derecho subjetivo; ni que el interés debe surgir de forma inmediata y actual ya que ello también remitiría a la misma hipótesis.

La actualidad del interés, sin embargo, ha sido superada por la nueva formulación jurisprudencial que admite la cualidad actual o incluso sólo potencial, tanto en forma material como moral. Originalmente, la hipótesis de protección de un interés personal y directo se centraba en la situación de la persona física; con el reconocimiento constitucional de los derechos de las asociaciones, este supuesto ya no es pertinente. De hecho, históricamente, el demandante debía probar que no era un mero espectador, un entrometido en un asunto, demostrando que no quería dedicarse únicamente a cuestiones ideales (poéticas) para la protección del interés público. Su interés tenía que ser plausible y diferenciarse del interés general. Con el tiempo, ese interés cambió por completo. Se invocó la posesión de estatutos como el de ciudadano, vecino, usuario, jubilado, etc.

El concepto actual de interés personal y directo, en opinión de Gordillo, hay que buscarlo más bien en su origen. En un principio, los actos impugnados ante el Consejo de Estado francés se referían a un individuo concreto o a un pequeño grupo de individuos personalmente designados y considerados. Por ello, se estableció la tradición de considerar que el recurso sólo podía ejercerse contra actos individuales referidos a un número reducido de personas: de ahí la regla del interés directo y personal. En este esquema, subraya el autor, el objetivo de la regla del interés personal es impedir que una persona pretenda representar intereses generales de la administración; en otras palabras, es necesario que el solicitante tenga un interés distinto del de la propia administración. Por lo tanto, el interés personal no es un interés administrativo, sino que está dotado de una naturaleza privada que afecta a personas concretas.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que existe un interés personal aunque un particular no se vea especialmente perjudicado por los efectos de un acto; en tal caso, bastará con que el interesado pueda alegar razones de perjuicio distintas del interés general de que se cumpla la ley.

Por estas razones, Gordillo considera que deben admitirse los recursos interpuestos por asociaciones contra actos que perjudiquen a sus miembros. En este caso, la asociación invocará simultáneamente un interés legítimo y un derecho de afectación colectiva. También podrá invocar un derecho subjetivo cuando la medida administrativa afecte al objeto de las disposiciones estatutarias fundamentales de la asociación.

Este antiguo enfoque, reconoce el estudioso, ha sido sin embargo superado por la legislación argentina que, a modo de ejemplo, reconoció legitimación judicial a los miembros de una asociación en una acción declarativa de inconstitucionalidad.

El artículo 16 de la Ley 14.455 – ya abrogada – facultaba a las asociaciones profesionales a representar los intereses individuales de cada uno de sus miembros ante la administración y la justicia, por derecho propio o como tercero, cuando la naturaleza del asunto pudiera simular los intereses de la actividad o categoría sindical de que se trate.

La misma solución amplia existe también en el ámbito supranacional, donde las asociaciones, sindicales o no, mantienen abierta la vía ante la Comisión IDH a pesar de no ser personas físicas, ni actuar en nombre o representación de sus miembros. Así lo establece el Reglamento de la Comisión IDH, que otorga legitimación a cualquier persona o grupo de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en alguno de los estados miembros.

La citada norma ha sido interpretada en el sentido de que el interés no debe considerarse en relación con el colegio profesional, sino también con cada uno de los afiliados, incluyendo el cumplimiento efectivo de las disposiciones que les protegen o afectan. El mismo criterio fue ampliado por las Leyes 20.615, 22.105 y 23.551, que precedieron a la solución amplia planteada por la reforma constitucional de 1994. La legitimación administrativa y judicial de todo tipo de asociaciones es fundamental para el vigor de la ley. Además, esta legitimación fue confirmada posteriormente por la Ley 22.240 y el artículo 43 de la Constitución.

4. El interés patrimonial y moral y su reconocimiento. El deber de resolver el litigio. El tiempo de existencia del interés

El interés suficiente para conferir legitimación administrativa o judicial a un sujeto de derecho puede ser patrimonial o moral y puede ser retroactivo o

ultraactivo. El concepto de interés moral debe señalarse en sentido psicológico, por oposición al interés material. Por lo tanto, puede ser moral o religioso, intelectual, filosófico, artístico, etc. También incluye el interés en hacer valer una situación honorable, una prerrogativa o un rango, como una mención. En cada caso se requiere que el interés sea reconocido como válido y digno de defensa.

La apreciación del interés debe operar desde el punto de vista del demandante: en otras palabras, se tratará de dar mayor amplitud al concepto de interés artístico cuando se trate de un artista, profesional o no; de interés intelectual cuando se trate de un erudito; lo que para un creyente puede ser de capital importancia y darle legitimidad para ejercitar la acción puede no serlo para un ateo, que en las mismas situaciones puede carecer de interés protegible.

También ocurre que puede reconocerse un interés moral a quien, por su situación personal o por la actividad que desarrolla, puede acreditar un interés subjetivo u objetivo en los asuntos que trata. De este modo, también es admisible que una asociación creada para la defensa de unos principios ciertos y determinados recurra las decisiones que vulneren los principios que pretende defender o promover.

El interés es, pues, una apreciación acorde con las circunstancias personales del demandante. Una medida que afecta a la generalidad puede no suscitar el interés de grupos específicos. Sin embargo, puede haber individuos o grupos de individuos que se vean alcanzados con mayor intensidad por la misma disposición normativa, lo que lleva a justificar la existencia de un interés suficiente para impugnar el acto. Esto pone de manifiesto que la apreciación del interés debe hacerse en función de las circunstancias personales del recurrente y, en este sentido, el interés puede ser subjetivo. En otras palabras, la situación de cada sujeto puede producir una condición distinta respecto a un acto determinado. Sin embargo, la apreciación de si un sujeto tiene o no interés legítimo no es subjetiva en el sentido de que pueda depender de una manifestación de voluntad del interesado que afirma que le interesa impugnar el acto, sino que, por el contrario, esa apreciación es siempre de carácter objetivo sobre las condiciones personales o la situación individual.

Y aquí Gordillo no deja de subrayar una vez más que tales valoraciones explican antiguas características de una categoría, la del interés legítimo, que se encuentra ya en vías de extinción, a la espera de que llegue el momento que la declare formal y oficialmente superada por el derecho de incidencia colectiva: el momento no ha llegado todavía, pero no está demasiado lejos.

Basta que una persona manifieste su voluntad una sola vez para que ello determine el deber jurídico de resolver el asunto tras la interposición de recursos o reclamaciones.

Existe interés retrospectivo cuando un acto que produjo efectos en un momento y lugar determinados ha perjudicado a un particular. Éste puede alegar un interés retroactivo para que el acto sea anulado *ex tunc*.

El tribunal nacional negó que pudiera darse tal condición. Sin embargo, según Gordillo, la calificación jurídica de un acto continúa en el tiempo, ya que puede existir un interés moral para la sociedad incluso cuando un acto se ha extinguido. «Es una cuestión de Estado de Derecho. Puesto que se postula el principio de legalidad objetiva, no parece que pueda considerarse abstracto o carente de interés determinar si la Administración también ha vulnerado este principio de legalidad objetiva en el pasado. Aunque no exista un interés jurídicamente protegible, sí existe un principio de derecho».

El interés debe existir y debe apreciarse con referencia al momento en que se interpone el recurso. También se admite que si el interés se adquiere después de la interposición del recurso, pero antes de su resolución definitiva, el recurso sigue siendo válido. Este criterio, teóricamente correcto en opinión de Gordillo, no es el que prevalece en la práctica administrativa argentina, donde existen claras excepciones. Un recurso interpuesto contra un acto preparatorio puede ser considerado inadmisibles por carecer de interés actual en el momento de su interposición, aunque con posterioridad se dicte efectivamente un acto del mismo tipo que el impugnado. En la práctica tradicional, sin embargo, se exige en ese caso que el recurso se interponga de nuevo en el momento en que el acto se dicte efectivamente. Tal «solución es injusta e innecesariamente formalista y debe ser corregida en deferencia al principio de buena fe administrativa», señala enfáticamente Gordillo. Lo que en realidad hay que analizar es si persiste el interés en el sentido de lesión de la situación jurídica del solicitante, ya sea material o moral. Lo que interesa es si la lesión existe en el momento de la interposición o en el momento de la resolución.

Si con posterioridad a la interposición del recurso se confirman los temores de los recurrentes y el acto se dicta efectivamente y produce sus efectos jurídicos, es improcedente alegar la falta de perjuicio del recurrente a la hora de resolver el recurso por el mero hecho de no haberlo tenido en el momento de recurrir. Esgrimir tal argumento cuando resulta que el acto que se impugnaba fue efectivamente dictado con posterioridad a su impugnación no sólo es surrealista y, por tanto, arbitrario, sino también pernicioso.

Aunque el recurrente hubiera tenido interés en el momento de interponer el recurso, si por razones posteriores deja de tenerlo, el recurso deviene inadmisibles. En ese caso falta el interés legítimo necesario para que pueda ser considerado interés de parte.

Sin embargo, señala Gordillo, el recurrente pudo haber perdido el interés material en el resultado del acto y en su impugnación, pero no por ello perder

el interés moral en que el asunto se resuelva al menos en términos de orientación de la actividad posterior de la Administración.

5. *La profecía de Agustín Gordillo y la desaparición definitiva del interés legítimo en el sistema administrativo argentino*

En julio de 2024, en Argentina se reformó la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (ley 19.549). El nuevo texto de la ley abandona el concepto de “interés legítimo” y adopta el de “interés jurídicamente tutelado”. La nueva expresión resulta más acorde con el sistema argentino y con las categorías de derechos que se delinearón a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 (artículo 43).

Desde esta perspectiva se podría afirmar que Agustín Gordillo, desde arriba, ¡cumplió su profecía!

Como señalan Héctor A. Mairal y Enrique V. Veramendi⁸, la reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos (decreto-ley 19.549/1972), incluida como un capítulo de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742 (la “Ley de Bases”), significa un avance para el derecho administrativo, que había quedado muy atrasado en comparación con los derechos europeos en los que en general se ha inspirado⁹. Particularmente, “*las modificaciones introducidas en estas últimas décadas en las legislaciones francesa, italiana y española, habían dejado al sistema muy rezagado en lo que concierne a la tutela efectiva de los derechos de los particulares y a la seguridad jurídica que estos, y no solo el Estado, merecen*”. Por otro lado, Agustín Gordillo había criticado durante años “la pérdida de derechos por el transcurso de un plazo de 15 días”, en relación con el instituto del agotamiento de la vía administrativa¹⁰.

En resumen, se abandona el concepto de “interés legítimo” tomado del derecho italiano, y se pasa al de “interés jurídicamente tutelado”. Desde esta perspectiva, “*se evitan así confusiones derivadas de las particularidades que presenta el régimen italiano que, partiendo de su sistema de doble jurisdicción basado*

⁸ H.A. MAIRAL y E.V. VERAMENDI, *La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos*, La Ley 12/07/2024, 1.

⁹ Los Autores se refieren principalmente, en España, a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; en Italia [2015], a las modificaciones introducidas a partir de la Ley 241 de 1990; en Francia, al conjunto de normas sancionadas desde el año 2000, reunidas hoy en el cuerpo denominado *Code pour les Relations entre le Public et l'Administration*.

¹⁰ A.A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2010, tomo 4, 10ª ed., p. III-9.

en la posición jurídica del actor, califica como interés legítimo situaciones que, para nuestro sistema, constituyen verdaderos derechos”¹¹.

Se aclara, entonces, que gozan de legitimación para impugnar judicialmente actos administrativos individuales o generales no solo quienes invocan un derecho subjetivo sino también quienes alegan ser titulares de un interés jurídicamente tutelado. De este modo, la LPA se adecúa a la ampliación de la legitimación que resultara de la reforma constitucional de 1994.

El interés para merecer tal tutela habrá de respetar los parámetros sentados por la jurisprudencia, principalmente el carácter “concreto, inmediato y sustancial” del interés afectado.

Entonces Gordillo tenía razón.

¹¹ H.A. MAIRAL y E.V. VERAMENDI, *La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos*, La Ley 12/07/2024, 3-4.

EL AMPARO PARA LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

POR JUAN ANTONIO STUPENENGO¹

SUMARIO: 1. Recuerdos de un maestro (y el porqué del tema elegido), – 2. Planteo de la cuestión, – 3. Breve reseña sobre el origen y el desarrollo de la acción de amparo en la República Argentina, – 4. Admisibilidad de la acción de amparo para dar curso a la pretensión ejecutiva de actos administrativos, – 5. Opinión personal. Recaudos para la admisibilidad de la ejecución forzosa de actos administrativos por medio de la acción de amparo, – 6. Conclusiones

1. *Recuerdos de un maestro (y el porqué del tema elegido)*

Es para mí un profundo honor haber sido invitado por la *Asociación Ítalo-Argentina de Profesores de Derecho Administrativo* a participar en esta obra colectiva en homenaje al querido Prof. Agustín GORDILLO, a quien tuve el privilegio de conocer hace más de veinte años siendo su alumno en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Creo no exagerar si digo que, más que un simple profesor de derecho administrativo, GORDILLO fue un verdadero maestro de la profesión y, por qué no, de la vida. Antes de cursar las materias a su cargo, “El método en derecho”, “Audiencias Públicas” y “Habilidades profesionales” – a las que, debo ahora confesar, prejuzgué por creer que no abordaban estrictamente tópicos de derecho administrativo –, con mis entonces compañeros jamás imaginamos que en aquellos cursos aprenderíamos lecciones fundamentales que nos acompañarían a lo largo de toda nuestra vida profesional. Y sin duda que fue así. Con GORDILLO aprendimos – entre muchas otras cosas, desde ya – que la única regla es que no

¹ Abogado (U.B.A.). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (U.B.A.). Profesor Regular Adjunto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de derecho administrativo y regulatorio en las carreras de grado y posgrado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina. Profesor titular en los posgrados de derecho administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza, de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor titular en la Especialización en Abogacía del Estado de la Escuela del Cuerpo de Abogados de la Nación y en el Programa de Especialización en Abogacía Estatal, Local y Federal de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Profesor titular en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano y en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

hay reglas; a aceptar, reconciliarnos y a convivir con la incertidumbre creadora; el verdadero modo en que funciona la Administración en la práctica, alejado del mundo idílico que regulan las leyes y enseñan los manuales y tratados; el armado de un expediente administrativo; a relacionarnos social y profesionalmente con colegas; a preparar y mantener reuniones de trabajo; a hacer “alegatos de oreja” ante los jueces; a vestirnos para distintas ocasiones que presenta el ejercicio de la profesión; a leer los diarios; a leer y a entender las sentencias judiciales (más allá de lo que surge de su letra); la importancia de los hechos y de su prueba por sobre el derecho aplicable al caso; a reconocer a la habilidad como una de las principales virtudes; a escribir notas a fallos, muchas de las cuales, gracias a la generosidad que lo caracterizaba, fueron objeto de nuestras primeras publicaciones en las principales revistas jurídicas del país. En fin, con GORDILLO aprendimos a ser abogados.

En lo personal, una de las principales enseñanzas que me regaló GORDILLO fue el desapego a las formas cuando de la protección de derechos se trata; en especial, del acceso a la justicia. Recuerdo como si fuera hoy su crítica despiadada y pública, en clase, a mi primer esbozo de nota a fallo. Lógico. Yo no había tenido mejor idea que comentar aspectos técnicos de uno de los por entonces frecuentes precedentes judiciales – hoy en saludable tendencia a la extinción –, por los que los tribunales federales declaraban la improcedencia de la demanda contencioso administrativa promovida por un ciudadano con el argumento de que éste había confundido las vías reclamatoria e impugnatoria. Por fortuna, la revancha llegó casi quince años más tarde, cuando, en agradecimiento por haberle enviado un ejemplar de mi primer libro, “Ejecución judicial del acto administrativo”, me envió un cálido y afectuoso correo electrónico, que aún conservo, en el que me felicitó por ubicarme allí “*del lado de los preocupados por la protección de los derechos individuales y del acceso a la justicia*”.

Qué mejor, entonces, que dedicar esta contribución en homenaje a GORDILLO a un tema relacionado con el tópico que motivó aquellos intercambios, como lo es acceso a la justicia.

2. Planteo de la cuestión

Como lo sostiene GORDILLO en su obra, siempre ha existido alguna distancia entre el derecho de fondo a que una persona podía considerarse titular y la posibilidad práctica de pedirlo en la justicia, pues usualmente en la realidad se presentan serias dificultades². Pues bien, ello es lo que sucede en la República

² GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, p. II-1.

Argentina cuando un particular pretende ejecutar judicialmente un acto administrativo que lo beneficia y que no es espontáneamente cumplido por el sujeto obligado.

En efecto, tal como lo hemos desarrollado con más profundidad en otra ocasión³, motivos históricos han llevado a que, en la República Argentina, el legislador haya omitido regular un proceso judicial tendiente a dar curso a la pretensión ejecutiva de actos administrativos⁴. Esto ha conducido a que, salvo en aquellos pocos y excepcionales supuestos en los que aquella pretensión puede ser tramitada mediante algún proceso especial⁵, como regla general la ejecución judicial de los actos administrativos deba ser perseguida mediante la promoción de procesos de conocimiento. Desde ya que esto último trae aparejado varios inconvenientes⁶.

En virtud de ello, este trabajo se centrará en demostrar que, en la República Argentina, la acción de amparo – regulada en el artículo 43 de la Constitución y reglamentada en el decreto-ley 16.986 y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) – constituye una vía judicial admisible para que los particulares den curso la pretensión de ejecución forzosa de actos administrativos que son incumplidos por los sujetos obligados por el acto; ya sea la propia autoridad administrativa y/u otro particular.

3. *Breve reseña sobre el origen y el desarrollo de la acción de amparo en la República Argentina*

En la República Argentina la acción de amparo fue receptada de manera pretoriana por la Corte Suprema de Justicia en los célebres precedentes “Siri,

³ STUPENENGO, Juan Antonio, *Ejecución judicial del acto administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 191 y siguientes.

⁴ Esta tendencia legislativa ha obedecido a muy variadas razones, entre las que se encuentra la influencia de la antigua concepción francesa del contencioso administrativo – conforme a la cual éste tenía un objeto exclusivamente impugnatorio, en cuyo marco, por ende, se excluía cualquier función que no fuera el control objetivo de la legalidad de un acto administrativo emitido –, y la consiguiente tendencia a regular, casi con exclusividad, a la pretensión y al proceso impugnatorios.

⁵ Por ejemplo, el proceso de apremio para la ejecución de actos de determinación tributaria o de multas, el proceso de desalojo de inmuebles estatales y el proceso de ejecución de servidumbres administrativas.

⁶ STUPENENGO, Juan Antonio, op. cit., p. 192. Allí se explica que “entre las desventajas que ello implica se encuentran, por ejemplo, el mayor tiempo que necesariamente insumirá la ejecución, la necesaria admisión de que en el marco de un proceso de conocimiento se cuestiona la legalidad del acto o la necesidad de que el actor acuda a un nuevo proceso – ahora sí, de tipo ejecutivo – cuando el demandado incumpliera la eventual sentencia estimatoria”.

Ángel”⁷ (1957) y “Kot, Samuel”⁸ (1958). Tras reconocerla entre las garantías implícitas mencionadas en el artículo 33 de la Constitución, en dichos precedentes la Corte Suprema moldeó a la acción de amparo a imagen y semejanza de su par mexicana – como se sabe, pionera en la recepción legislativa de esta garantía procesal⁹ –, señalando que “[s]iempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia – lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio – a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional”.

Tras ser cuidadosamente delineada en sus contornos por la jurisprudencia¹⁰, la regulación legal expresa del amparo individual contra autoridades públicas tuvo lugar a través del decreto-ley 16.986, del 18 de octubre de 1966¹¹. Al año siguiente, mediante el decreto-ley 17.454, del año 1967, fue incorporado al Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina el proceso sumarísimo como cauce para la acción de amparo individual contra particulares¹².

⁷ CSJN, “Siri, Ángel”, 1957, Fallos 239:459.

⁸ CSJN, “Samuel Kot S.R.L.”, 1958, Fallos 241:2.

⁹ ARROYO MORENO, Jesús Ángel, “El origen del juicio de amparo”, en MORENO-BONNET, Margarita y GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio (coordinadoras), *La génesis de los derechos humanos en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2006, pp. 43 a 61.

¹⁰ Para una completa reseña de la evolución de la acción de amparo en la República Argentina, RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2003, pp. 139/179.

¹¹ Art. 1, dec-ley 16.986/66: “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el *habeas corpus*”.

¹² Art. 321, inc. 2, CPCCN: “Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498:... 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este

En la última reforma de la Constitución, ocurrida en el año 1994, no solo la acción de amparo recibió consagración constitucional, sino que, además, allí fueron regulados tanto el amparo individual como el colectivo. La acción de amparo individual fue prevista en el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución, disponiéndose que “[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”¹³. Y, en lo que fue un auténtico avance, en el segundo párrafo del artículo 43 fue receptado el denominado amparo colectivo, estableciéndose que “[p]odrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

En este punto no podemos pasar por alto que la generosa amplitud de la acción de amparo receptada constitucional y legalmente no siempre se vio reflejada en los precedentes judiciales. Un simple repaso de los repertorios de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia permite dar cuenta del criterio restrictivo con el que fue analizada su procedencia. Ya desde antaño la Corte Suprema de Justicia consideró al amparo “un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva”¹⁴. Incluso ha dicho – con análogo criterio restrictivo – que “la doctrina sobre el alcance de la acción de amparo y su carácter de vía procesal excepcional no ha sido alterada, sin más, por la inclusión en la reforma constitucional de 1994 del art. 43”¹⁵.

Como se advierte, no obstante la amplitud normativa con la que fue regula-

Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección”.

¹³ Artículo 43, primer párrafo, de la Constitución Nacional.

¹⁴ Fallos: 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097, entre muchos otros.

¹⁵ Fallos: 326:417, de la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Maqueda.

da la acción de amparo – en especial tras la reforma constitucional del año 1994 –, la Corte Suprema de Justicia y los tribunales federales clásicamente la han considerado un remedio excepcional y procedente únicamente en casos extremos.

De todas maneras, debemos mencionar que, también en este ámbito, en los últimos años se ha venido verificando el saludable fenómeno – del que da cuenta GORDILLO en su obra¹⁶ – de una lenta y auspiciosa tendencia jurisprudencial a afirmar el derecho y la justicia antes que el favor al poder de turno.

4. *Admisibilidad de la acción de amparo para dar curso a la pretensión ejecutiva de actos administrativos*

Frente al panorama descripto en el acápite anterior cabe preguntarse si en la República Argentina la acción de amparo constituye, o no, la vía judicial idónea para dar curso a aquellas pretensiones que no cuentan con un proceso específico para ser canalizadas; en especial y en lo que ahora nos interesa, para dar curso a la pretensión tendiente a la ejecución judicial de los actos administrativos incumplidos por los sujetos obligados.

En doctrina la opinión de los pocos autores que han abordado el punto se encuentra dividida. Algunos de ellos admiten que la acción de amparo es la vía idónea para obtener el cumplimiento forzoso de los actos administrativos emitidos por las autoridades nacionales, al punto de entender que, por estar subsumida en dicha acción, sería innecesario regular en nuestro medio de modo específico al mandamiento de ejecución¹⁷. Otro sector, en cambio, considera que la acción de amparo no siempre es suficiente para permitir al particular ejecutar judicialmente el acto dictado a su favor, pues el marco normativo del amparo, que supedita su procedencia a la configuración de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, exigirá siempre al afectado esperar un tiempo suficiente para que el incumplimiento se reputa configurado bajo esas características, demostrando con ello que esa propia espera puede generar una mayor crudeza en la ofensa del derecho conculcado por la inacción administrativa¹⁸.

¹⁶ GORDILLO, Agustín, op. cit., p. 555.

¹⁷ SAGUES, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 74, quien entiende que el mandamiento de ejecución “*al fin de cuentas, se acoge a través del artículo 1° de la ley 16.986*”.

¹⁸ IGNAZI, María Luján, “Artículo 12 LNPA: ¿Tienen ejecutoriedad los actos administrativos que reconocen derechos a los particulares?”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, 2010, Tomo I, p. 45.

Similares criterios divergentes encontramos en la jurisprudencia. Por un lado, algunos tribunales entendieron que la acción de amparo no era la vía idónea para dar curso a la pretensión ejecutiva de actos administrativos, ya sea por entender que dicha pretensión suele involucrar cuestiones de hecho y de derecho que requieren mayor amplitud de debate y prueba¹⁹, por falta de agotamiento de la vía administrativa²⁰, etcétera. En la vereda opuesta otros tribunales sí admitieron que la pretensión ejecutiva de actos administrativos pudiera ser objeto de la acción de amparo; por ejemplo, para solicitar la ejecución judicial del acto por el cual la Agencia de Acceso a la Información Pública había ordenado a Telefónica de Argentina S.A. que pusiera a disposición de la asociación actora determinada información²¹ y para obtener el cumplimiento forzoso, por parte de las cableoperadoras, de las resoluciones 50/10, 36/11 y 65/11, por la cuales la Secretaría de Comercio Interior de la Nación había fijado el precio máximo de las tarifas²². En la órbita local los tribunales admitieron la acción de amparo para demandar el cumplimiento de la Resolución CM N° 34/2005, por la cual el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires había regulado el ingreso a las categorías de auxiliar y auxiliar de servicio y para que se ejecute judicialmente el acto por el cual, tras constituirse una servidumbre de electroducto sobre el campo de los actores, se ordenara a la Empresa Provincial de Energía de Neuquén que la inscribiera en el Registro de la Propiedad Inmueble y que procediera a liquidar y abonar la indemnización correspondiente²³.

Como podrá advertirse, lejos de ser pacífico, el tema fue objeto de posiciones encontradas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

5. *Opinión personal. Recaudos para la admisibilidad de la ejecución forzosa de actos administrativos por medio de la acción de amparo*

En lo personal creemos que, gracias a los amplios y generosos términos con

¹⁹ CNFed. CA., Sala I, “Metrogas S.A. c/ Estado Nacional - Decreto 239/09 - Ministerio de Planificación s/ amparo ley 16.986”, 26/5/2011 y JCA. Fed. n° 9, “Metrogas S.A. c/ Estado Nacional - Decreto 239/09 - Ministerio de Planificación s/ amparo ley 16.986”, 30/11/2010.

²⁰ JCiv. n° 5 del Neuquén, “Alejos, Nelson Perfecto y otros c/ Empresa Provincial de Energía del Neuquén”.

²¹ JNFed. CA., n° 12, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Telefónica de Argentina SA s/ Amparo Ley 16.986”, 19/08/2021.

²² Juzgado Federal de Junín, “Traverso, Gustavo T. c/ Cablevisión S.A. s/ acción de amparo”, 25/4/2011, expediente n° 37.410/11, publicado en www.cij.gov.ar

²³ CCiv. y Com. de Neuquén, “Alejos, Nelson Perfecto y otros c/ Empresa Provincial de Energía del Neuquén”, 02/07/2017.

los que la acción de amparo fue receptada en la Constitución y en la legislación, nada impide que por su intermedio sea encausada la pretensión tendiente a la ejecución judicial de actos administrativos. Más aún, intentaremos demostrar que, en estos casos, la mayor parte de los recaudos de admisibilidad de la acción de amparo se configuran incluso con mayor fuerza.

Ahora bien, a la luz de lo establecido en el art. 43 de la Constitución, en el decreto-ley 16.986 y en el art. 321, inc. 2, del CPCCN entendemos que dichos recaudos de admisibilidad en este caso son los siguientes.

a. Omisión en el cumplimiento de un acto administrativo

Hoy en día no existen dudas en cuanto a que la acción de amparo procede no sólo en contra de hechos o actos lesivos sino, también, cuando se configura una omisión ilegítima o arbitraria. En efecto, en la normativa que regula el amparo a nivel federal se establece que la lesión contra la cual se dirige puede constituir una “omisión”.

Así lo entendió también la doctrina especializada. En tal sentido MORELLO y VALLEFÍN sostienen que, aunque el agravio proviene generalmente de un hecho o un acto en sentido positivo, nada obsta a que sea una omisión la que ocasione la lesión que habilita la vía del amparo²⁴. Por ello, agregan, si la Administración incumpliera con sus cometidos o no ejecutara sus objetivos propios y en el marco de su pasividad pudiera afectar derechos constitucional o legalmente reconocidos pasibles de provocar daños graves o irreparables, ello dejaría habilitada la vía del amparo²⁵.

En lo que hace al tema que nos ocupa, si la Administración emitiera un acto administrativo por el que se obligara a sí misma o a un particular a ejecutar una determinada y específica prestación a favor de un tercero, su incumplimiento constituiría una omisión que, a la luz de las normas antes citadas, podría ser doblegada mediante la promoción de una acción de amparo. Así lo ha entendido la doctrina al señalar que “*el amparo funciona cuando una persona pública o privada debe ejecutar un acto y no lo hace a su entera discreción. La vía, en este supuesto, pretende lograr que la sentencia judicial ordene la ejecución del hecho omitido*”²⁶.

²⁴ MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2004, p. 21.

²⁵ MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos E., op. cit., p. 21.

²⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 272.

Como ahondaremos más abajo, para que el amparo sea admisible el acto cuyo cumplimiento forzoso se pretende debe reunir ciertos recaudos como, por caso, estar vigente, ser eficaz, carecer de vicios graves y manifiestos y contener una prestación clara y obligatoria de dar, de hacer o de no hacer a cargo del demandado²⁷.

b. Afectación o amenaza de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley

Para que proceda la acción de amparo el acto o la omisión deben lesionar, restringir, alterar o amenazar “*derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley*”. De modo que, en lo que ahora nos interesa, la acción de amparo es procedente siempre que la omisión en el cumplimiento del acto pudiera afectar, restringir o amenazar derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, en un tratado o en una ley.

En rigor de verdad cualquier derecho sustentado en una ley, en un reglamento, en un contrato público o, incluso, en los principios generales del derecho puede ser tutelado por la vía de la acción de amparo²⁸, pues – como se lo ha dicho – parece difícil que aquel derecho no tenga fundamento directo en la Constitución Nacional²⁹. Incluso será admisible el amparo, desde ya, cuando el derecho en juego sea el de propiedad, pues – como nos enseña GORDILLO³⁰ – también constituye una garantía constitucional básica.

Los repertorios de jurisprudencia dan cuenta de numerosos precedentes en los que los tribunales admitieron acciones de amparo tendientes a la ejecución de actos administrativos cuyo incumplimiento, por la naturaleza de las prestaciones y los derechos en juego, implicaba una seria lesión o amenaza a derechos constitucionalmente garantizados. Así, por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a una acción de amparo por la cual una ciudadana y el Defensor del Pueblo de la Nación reclamaban la ejecución de la resolución 100/1991 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, por medio de la cual dicho ministerio, persiguiendo el resguardo del derecho a la salud consagrado en la Constitución y en los tra-

²⁷ Para ahondar en los recaudos que debe guardar el acto sometido a ejecución judicial, STUPENENGO, Juan Antonio, op. cit., pp. 35 a 130.

²⁸ MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., op. cit., p. 26.

²⁹ LINARES, Juan Francisco, “Los derechos protegidos por el recurso de amparo”, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1964, Tomo II, p. 35.

³⁰ GORDILLO, Agustín, op. cit., p. 559.

tados internacionales de derechos humanos, había asumido el compromiso de producir la vacuna “Candid 1” con el objeto de combatir la fiebre hemorrágica argentina³¹. En la órbita local, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confirmó el acogimiento de la acción de amparo que había sido promovida a fin de que el Poder Ejecutivo local diera cumplimiento a los decretos 607/97 y 2018/99, por los cuales, procurando la satisfacción de los derechos constitucionales a la salud y a la vivienda digna, se había obligado a proveer alimentación, duchas, ropa limpia y alojamiento nocturno a las personas alojadas en diversos centros asistenciales³².

Por último, considerando que los derechos a cuya protección tiende la acción de amparo se encuentran consagrados exclusivamente a favor de los particulares – y no de la Administración –, entendemos que solo aquéllos se encuentran legitimados activamente para la promoción de una acción de amparo; en lo que ahora nos interesa, para obtener la ejecución judicial de un acto que los beneficia. Por el contrario, el recaudo bajo estudio implica negar la legitimación estatal para la promoción de la acción de amparo. De allí que, a nuestro modo de ver, las autoridades estatales no podrían acudir válidamente a esta vía para obtener el cumplimiento forzoso de sus actos administrativos por parte de los particulares.

c. La omisión de cumplimiento del acto por el sujeto obligado debe ser manifiestamente arbitraria o ilegítima

De acuerdo con lo establecido en las normas que regulan el amparo, para que la pretensión ejecutiva de actos administrativos pueda ser encausada mediante aquella vía el incumplimiento del demandado debe ser manifiestamente arbitrario o ilegítimo; es decir, la ilegitimidad o arbitrariedad de la omisión de cumplimiento del acto administrativo por parte del demandado debe ser indiscutible e incuestionable³³.

A nuestro modo de ver, el incumplimiento del acto dentro del plazo fijado al efecto deberá ser reputado manifiestamente ilegítimo o arbitrario en la medida en que aquél se encuentre vigente, sea eficaz, carezca de vicios graves y manifiestos y contenga una prestación clara y obligatoria. En estas condiciones la presun-

³¹ CNFed. CA., Sala IV, “Viceconte, Mariela C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, 2/6/1998, LL 1998-F, p. 305.

³² TSJCABA, “Pérez, Víctor G. y otros c/ G.C.B.A.”, 21/6/2001, LL 2002-A, p. 132 y www.tsjbaires.gov.ar.

³³ SAMMARTINO, Patricio M., *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 121.

ción de legitimidad del acto conduce a que la falta de cumplimiento por el sujeto obligado dentro del plazo fijado al efecto deba ser considerado manifiestamente ilegítimo o arbitrario a los fines de la procedencia formal del amparo.

Así lo entendieron los tribunales. Por ejemplo, en el marco de una causa en la que una empresa prestataria del servicio público de transporte de gas natural exigía del ente regulador y de la Administración Central el cumplimiento de ciertos actos administrativos – por los cuales se habían aprobado determinados aumentos tarifarios –, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que *“no habiéndose precisado razones concretas que impidan a la Subsecretaría demandada atender el trámite legal, no se advierte el agravio que ocasiona a los apelantes cumplir con la manda judicial, debiéndose destacar que, al contrario, la postura de aquella implica apartarse del procedimiento reglado con arbitrariedad manifiesta, lo que precisamente justifica la admisión de la vía intentada. En efecto, la resolución n° 200/2005 resulta oponible tanto al particular como a la propia Administración, que debe ajustar sus actos a todo el ordenamiento jurídico, tal la expresión clara del principio de legalidad, y su incumplimiento en el caso permite tener por verificados los presupuestos formales de admisión de la acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional”*³⁴. No está de más remarcar que la sentencia confirmada en esta ocasión también había entendido que el mero incumplimiento del acto por parte de la Administración implicaba una arbitrariedad manifiesta que, como tal, justificaba por sí la procedencia de la vía del amparo³⁵.

En similar sentido, aunque en la órbita provincial, la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Neuquén resolvió que la vía procesal de la acción de amparo era la idónea para lograr la ejecución forzosa del acto administrativo por el cual el Poder Ejecutivo de esa provincia había constituido una servidumbre de electroducto sobre una heredad de los amparistas y que, no obstante, estaba siendo incumplido por el Ente Provincial de Energía de Neuquén. En lo que aquí interesa, el tribunal dejó sin efecto la sentencia de primera instancia – en la que se había entendido que el amparo no era la vía idónea –, sosteniendo que, al perseguirse el cumplimiento forzoso de un acto administrativo, el rechazo liminar de la acción de amparo promovida con tal fin sólo se encontraba justificada si ésta fuese manifiestamente inadmisibles, lo que no acontecía en el caso³⁶.

³⁴ CNFed. CA., Sala II, “Transportadora de Gas del Sur S.A. c/ ENARGAS (Nota 11062/20) (UNIREN Dto. 1918/09) y otro s/ amparo ley 16.986”, 5/4/2011.

³⁵ JFed. CA. n° 12, “Transportadora de Gas del Sur S.A. c/ ENARGAS (Nota 11062/10) (UNIREN Dto. 1918/09) y otro s/ amparo ley 16.986”, 5/11/2010.

³⁶ CACivil, Comercial, Laboral y de Minería de la Provincia de Neuquén, “Alejos, Nelson Perfecto y otros c/ Ente Provincial de Energía de Neuquén s/ acción de amparo”, 2/7/2007.

De todas maneras, aun persiguiéndose la ejecución forzosa de actos administrativos, si las particularidades del caso impidieran considerar a la omisión administrativa como manifestamente ilegítima o arbitraria – por requerirse para ello un mayor ámbito de debate y prueba –, entonces el amparo no sería la vía idónea para la tramitación de la pretensión de cumplimiento. Así lo entendió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal al confirmar el rechazo de la acción de amparo promovida por una empresa distribuidora de gas para obtener el cumplimiento forzoso del decreto 243/09, por el cual el Poder Ejecutivo Nacional había ratificado el “Acuerdo Transitorio” por el cual se había implementado un “Régimen Tarifario de Transición”, en el que, a su vez, se preveía el aumento de las tarifas del servicio. Para así resolver el tribunal sostuvo, en síntesis, que la complejidad de las cuestiones que estaban involucradas en la causa – entre ellas, la previa y necesaria intervención de diversos órganos administrativos especializados para el análisis de cuestiones de naturaleza discrecional y técnica – no permitían concluir con claridad en la existencia o no de incumplimiento del acto, circunstancia que tornaba a la acción de amparo como una vía no idónea para la resolución del caso³⁷.

Por último, para que la omisión de la parte demandada pueda ser reputada manifestamente ilegítima o arbitraria no es necesario que haya sido establecido un plazo para el cumplimiento del acto. Es que, aun en tal caso, nada impide que los tribunales entiendan excedidas razonables pautas temporales que permitan concluir en la ilegitimidad o arbitrariedad de la omisión de la demandada³⁸. Así lo entendió la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires al declarar admisible la acción de amparo promovida ante la omisión del Consejo de la Magistratura local, durante más de diez años, de cumplir con el deber reglamentario de convocar al procedimiento de ingreso establecido para las categorías de auxiliar y auxiliar de servicio³⁹.

En suma, si el acto reúne las condiciones antes mencionadas – esto es, encontrarse vigente, ser eficaz, carecer de vicios graves y manifiestos y contener una prestación clara y obligatoria –, en la medida en que se encuentre vencido

³⁷ CNFed. CA., Sala I, “Metrogas S.A. c/ Estado Nacional - Decreto 239/09 - Ministerio de Planificación s/ amparo ley 16.986”, 26/5/2011 y JCA. Fed. n° 9, “Metrogas S.A. c/ Estado Nacional - Decreto 239/09 - Ministerio de Planificación s/ amparo ley 16.986”, 30/11/2010.

³⁸ CANDA, Fabián, “Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual”, en BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A., *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, p. 279.

³⁹ CCAyT, Sala I, “R. V., I. F c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 10/09/2019 (exp. EXP 79325/2017-0).

el plazo fijado para su cumplimiento o razonables pautas temporales, entonces deberá considerarse que su incumplimiento constituye una ilegitimidad manifiesta.

d. Que el incumplimiento del acto provenga de autoridades públicas o particulares

De acuerdo con lo dispuesto en las normas que la regulan, la acción de amparo puede ser dirigida no solo contra autoridades públicas sino, también, contra los particulares. De manera que, en lo que ahora interesa, la acción de amparo puede ser admitida cuando el sujeto obligado por el acto administrativo cuya ejecución forzosa se pretende sea la propia Administración – ya sea la emisora del acto o no – o, también, cuando lo sea otro particular al que, por medio del acto, se le ordena llevar a cabo determinada prestación a favor del amparista.

Ya en el célebre precedente “Samuel Kot”, del año 1958, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió que la acción de amparo fuera dirigida contra sujetos particulares – en aquel caso, operarios que habían ocupado un establecimiento textil –, sosteniendo que *“si bien en el precedente citado [“Siri, Ángel”] la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional. Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, Constitución Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas”*⁴⁰.

En el ámbito federal el carácter público o privado del sujeto demandado en la acción de amparo incide en el régimen procesal aplicable para su tramitación.

⁴⁰ CSJN, “Samuel Kot S.R.L.”, 1958, Fallos 241:2. En el mismo sentido, el tribunal agregó que *“[n]ada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ – porque son los derechos esenciales del hombre – esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada – que es, desde luego, la del ‘hábeas corpus’ y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc. – por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Las circunstancias concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo”*.

En efecto, cuando la acción de amparo se dirige contra autoridades públicas debe tramitar de acuerdo con las reglas del decreto-ley 16.986⁴¹. En cambio, si se dirige exclusivamente contra particulares aquélla debe entonces ser regida por las normas del proceso sumarísimo contenidas en el art. 498 y siguientes del CPCCN⁴².

e. Inexistencia de un medio judicial más idóneo para dar curso a la pretensión ejecutiva del acto de que se trata

Como vimos, tras la reforma constitucional la acción de amparo resulta admisible “*siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*”⁴³.

Más arriba hemos visto que en los ordenamientos procesales vigentes a nivel nacional, en muchas de las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se omitió regular un proceso tendiente a dar curso a la pretensión ejecutiva de actos administrativos. Siendo ello así, si en el ordenamiento en cuestión tampoco se previera un proceso especial tendiente a la ejecución sumaria del acto de que se trata – como podría ser, por caso, el mandamiento de ejecución, la acción de desalojo de inmuebles del Estado, el mandamiento de acceso a inmuebles afectados a servidumbre administrativa de electroducto, etcétera –, necesariamente deberá concluirse en la inexistencia de un medio judicial más idóneo para la ejecución del acto en cuestión y, por ende, que la acción de amparo resulta admisible para dar curso a dicha pretensión.

No sería razonable considerar que la acción de conocimiento resulta “*más idónea*” que la de amparo para dar trámite a la pretensión de cumplimiento del acto. Es que, mientras que aquélla ha sido diseñada para dar curso a pretensiones de naturaleza declarativa – por ejemplo, la impugnatoria de actos adminis-

⁴¹ Art. 1, decreto-ley 16.986: “*La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus*”.

⁴² Art. 321, inc. 2, CPCCN: “*Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498:...*
2) *Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección*”.

⁴³ Art. 43, Constitución Nacional.

trativos –, la pretensión de cumplimiento del acto es de naturaleza ejecutiva. En otras palabras, mediante la promoción de una acción de conocimiento el beneficiario del acto no obtendrá una sentencia de carácter ejecutiva – o sea, que mande a ejecutar sin más el acto cuyo cumplimiento persigue –, sino, antes bien, una sentencia meramente declarativa; esto es, por la que se declare la validez de la prestación de dar, de hacer o de no hacer contenida en el acto en cuestión⁴⁴. Si dicha sentencia fuese también incumplida por el sujeto obligado, entonces sí podrá perseguirse su cumplimiento forzoso mediante un proceso de ejecución de sentencia.

Por otro lado, es sabido que el tiempo que suele demorar la tramitación de un proceso de conocimiento es manifiestamente incompatible con el que requiere la sustanciación de una acción de amparo. En este sentido, frente a la acción de amparo promovida por un usuario del servicio de televisión por cable a fin de que la empresa cableoperadora cumpliera con las resoluciones 50/10, 36/11 y 65/11 de la Secretaría de Comercio Interior – por las que se había fijado el precio máximo de las tarifas –, los tribunales se pronunciaron por la idoneidad de la vía elegida sosteniendo que *“el amparista, en las particulares circunstancias del caso, si bien tendría a su alcance otras vías para transitar, habiendo acreditado la particular naturaleza de su situación, no cabe duda que la demora irrogaría un daño que torna en la más idónea a la vía intentada, conforme a las consideraciones reseñadas ut supra, a fin de mantener su normal servicio”*⁴⁵.

A diferencia de lo dispuesto en el decreto-ley 16.986/66⁴⁶, en el artículo 43 de la Constitución se prevé que sólo la existencia de un medio *“judicial”* más idóneo torna inadmisibles a la acción de amparo. Por ende, la eventual existencia de un procedimiento administrativo especialmente diseñado para dar curso a la pretensión ejecutiva del acto administrativo en cuestión no podría impedir que se acudiera útilmente a la vía del amparo. De allí que en estos casos también sería contrario a dicho precepto constitucional exigir el agotamiento de la instancia administrativa como presupuesto de admisibilidad del amparo⁴⁷.

En suma, con excepción de aquellos contados supuestos en los que el orde-

⁴⁴ MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., op. cit., pp. 33/34.

⁴⁵ Juzgado Federal de Junín, “Traverso, Gustavo T. c/ Cablevisión S.A. s/ acción de amparo”, 25/4/2011, expediente n° 37.410/11, publicado en www.cij.gov.ar.

⁴⁶ Artículo 2°, inciso a, del decreto-ley 16.986/66: *“La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”*.

⁴⁷ CNFed. CA., Sala II, “Gambier, Beltrán c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 19/8/1999, LL 1999-E, 624 y DJ 1999-3, 903; ídem, Sala II, “S., D. S. c/ Dinamarc”, 17/9/1998, LL 1999-B, 89 y DJ 1999-2, 396; Morello, Augusto M. y Vallefín, Carlos A., op. cit., pp. 33/34; En contra, CNFed. CA., Sala III, “Kcar S.A. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos”, 4/5/2000, LL

namiento prevé un proceso especial para la ejecución judicial de ciertos concretos actos (ej., servidumbre administrativa o desalojo de inmuebles del Estado), mientras no sea regulado un proceso judicial especialmente diseñado para dar trámite a pretensión de ejecución de los actos administrativos en general, el recaudo bajo análisis deberá ser tenido por satisfecho.

Pues bien, reunidos la totalidad de los presupuestos analizados, la pretensión de ejecución forzosa del acto administrativo puede tener lugar mediante la promoción de una acción de amparo.

6. Conclusiones

Ante la falta de regulación, en la República Argentina, de un proceso judicial especialmente diseñado para dar curso a la pretensión ejecutiva de actos administrativos, dicha pretensión puede ser sustanciada mediante la promoción de una acción de amparo. Ello, en la medida en que se encuentren reunidos los siguientes recaudos:

- a. El sujeto obligado por el acto – ya sea la propia Administración o el particular al que el acto se dirige –, debe ser renuente a su cumplimiento.
- b. La falta de cumplimiento del acto debe afectar, restringir o amenazar derechos reconocidos a favor del amparista en la Constitución Nacional, en un tratado o en una ley.
- c. La omisión de cumplimiento del acto por el sujeto obligado debe ser manifiestamente arbitraria o ilegítima. En la medida en que el acto reúna las condiciones mencionadas más arriba – o sea, que se encuentre vigente, sea eficaz, carezca de vicios graves y manifiestos y contenga una prestación clara y obligatoria – y en tanto se encuentre vencido el plazo fijado para su cumplimiento o razonables pautas temporales, deberá considerarse que dicho incumplimiento constituye una ilegitimidad y arbitrariedad manifiesta.
- d. Inexistencia de un medio judicial más idóneo para dar curso a la pretensión ejecutiva del acto de que se trata. Salvo aquellos pocos casos en los que el ordenamiento prevé un proceso especial para la ejecución judicial del concreto acto de que se trate (ej., servidumbre administrativa, desalojo de inmuebles del Estado, etc), en los restantes casos este recaudo también deberá ser tenido por satisfecho.

IL COMMISSARIO STRAORDINARIO COME AMMINISTRAZIONE PARALLELA

GIUSEPPE TROPEA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'amministrazione parallela: premesse. – 3. Il commissario straordinario come esempio di amministrazione parallela. – 4. La normalizzazione dell'emergenza. – 5. Il caso del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025. – 6. Spunti ricostruttivi. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

L'amministrazione parallela di Augustín A. Gordillo è un lavoro particolarmente significativo del 1982¹, fortemente legato alle note fragilità del sistema costituzionale argentino², ma anche molto importante per le generali lezioni di metodo e le molteplici suggestioni che dà al lettore odierno, anche straniero.

Per Gordillo, *in limine*, l'amministrazione parallela sono i segretari e i telefonisti che impediscono l'accesso al Castello di Kafka, sono i sentieri che si biforcano e i multipli piani di Borges, che non a caso è – e non poteva non essere – scrittore argentino.

Già questo riferimento iniziale appare acuto e calzante.

In Kafka la sospensione eccezionale (*Ausnahmmezustand*) è elevata a norma: si tratta della concezione del “diritto statario” (*Standrecht*) come legge marziale (*Lex Martialis, Kriegsrecht*), in virtù della quale l'esercizio del diritto pubblico, in determinate condizioni, può passare nelle mani del più alto comandante militare, assistito nelle sue funzioni da un tribunale detto Corte Marziale. Si tratta, probabilmente, dello stato d'eccezione inautentico denunciato da Benjamin³, che avrebbe pervaso capillarmente le normali procedure amministrative e politiche delle democrazie occidentali, diventandone la regola nella forma di «uno stato d'emergenza permanente», al netto delle tesi di Agamben, di cui si dirà.

Nel complesso della produzione di Kafka emerge la banalizzazione routina-

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria.

¹ A. GORDILLO, *La administración paralela*, Madrid, 1982.

² Sul punto v. N. DIANA, *Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica*, in RPA, 2009, 73 ss.

³ W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia* (1950), a cura di G. BONOLA e M. RANCHETTI, Torino 1997, Tesi VIII, 33.

ria della teoria schmittiana dello stato d'eccezione, trasformato di fatto nella *regula* (e che questa definizione si trovi in Benjamin, attento esegeta della narrativa kafkiana, forse non è casuale). Assieme a ciò, è il modello burocratico weberiano a trovare nel genio di Praga uno specchio deformante. Non a caso, si è osservato che Kafka sia il solo autore che, oltre ai fratelli Max e – al meno noto giurista – Alfred Weber, nella prima metà del '900 affronti la questione della burocrazia con sguardo chirurgico e disincantato, senza appellarsi ad alcun elemento nostalgico⁴.

L'amministrazione parallela si colloca quindi su tale scenario, aggiornato al presente, e consente pure di riflettere, come *genus* rispetto a *species*, su fenomeni giuridici positivi ad essa collegati: il commissariamento e la sostituzione.

Al fondo evoca in noi giuspubblicisti contemporanei due immani questioni:

- i) quella di ordine più costituzionalistico, relativa ai rapporti fra forza e diritto, anch'essa peraltro non nuova, come può vedersi dal modo in cui autori odierni come Luciani leggono l'ancora ambiguo gigantesco legato di Hobbes, collegandolo – in modo solo apparentemente sorprendente – più a Kelsen che a Schmitt⁵: il sovrano hobbesiano non contrasta con la natura umana, mentre nello stato di eccezione schmittiano il sovrano ordinante appare come concetto teologico che, benché secolarizzato, si riferisce a ciò che in fondo è inspiegabile⁶;
- ii) quella di ordine più amministrativistico, che invece guarda alla organizzazione e alla decisione amministrativa, e alla loro (ir)razionalità complessiva, nella crisi e nel tramonto del paradigma neoliberalista⁷.

2. L'amministrazione parallela: premesse

Al di là delle precise ascendenze letterarie, non mi pare un caso che il libro venga pubblicato in Italia con una densa *Introduzione* di Feliciano Benvenuti⁸,

⁴ G. CUOZZO, *La burocrazia come religione. Il paradigma kafkiano del diritto*, in *Lessico di etica pubblica*, 2019, 51 ss.

⁵ M. LUCIANI, *Il diritto della forza*, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., *Sul rapporto fra diritto e forza. In dialogo con Francesco Arzillo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶ L. BUFFONI, *Il metodo nel diritto costituzionale*, Napoli, 2024, 39 ss.; P. PINNA, *La base naturale della normatività. Per una giurisprudenza basata sulla scienza*, in *Studi in onore di V. Zeno Zencovich*, in pubblicazione.

⁷ Sul punto mi permetto di rinviare a G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023.

⁸ A. GORDILLO, *L'amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, con introduzione di F. BENVENUTI, Milano, 1987.

che ambienta correttamente l'opera fra le letture relative ai cambiamenti istituzionali e sociali delle democrazie avanzate, come venne pure intuito da un allievo del Maestro veneziano del calibro di Giorgio Berti, che non a caso pochi anni dopo pubblicherà un saggio sullo *Stato di diritto informale*, antepo- nendo l'amministrazione allo Stato⁹.

Scopo di questo mio breve scritto non è tuttavia considerare come la locuzione coniata da Gordillo sia penetrata nel nostro Paese, oscillando fra pubblicistica storico-giornalistica relativa alle deviazioni dei servizi segreti e tassonomie gianniniane sulla organizzazione pubblica¹⁰, né tanto meno esaminare il delicato dei rapporti fra legislazione e amministrazione nell'attuazione dei diritti fondamentali della persona (ex art. 2 Cost.)¹¹, ma più modestamente comprendere in quale punto e a quale altezza della parabola dell'emergenza e della sua progressiva normalizzazione l'amministrazione parallela sia divenuta tematica di stretto diritto positivo e giurisprudenziale.

La genealogia che esaminerò sarà limitata al tornante cruciale delle trasformazioni degli ultimi trenta anni del Novecento, consapevole che già il discorso della collocazione storica dei problemi non è ininfluenza sulla loro posizione e risoluzione.

Basti pensare alle accese polemiche intorno al *dictator* e allo *iustitium*, e più in generale al labirinto delle magistrature antiche con riguardo allo Stato di eccezione, come tragiuardato nella modernità giuridica da Carl Schmitt. La condivisibile critica mossa da un nostro importante romanista come Luigi Garofalo¹² nei confronti di Agamben¹³ appare emblematica: a decostruire le figure giuridiche sulla base di parametri che non attengono al diritto, ma alla nuda vita dell'uomo, si corre infatti il rischio di una lettura omologante di situazioni tra loro diverse sotto il profilo del diritto.

Come è noto il dibattito si è riaperto durante il tempo pandemico¹⁴, ove si è condivisibilmente distinto il paradigma dell'emergenza da quello dell'eccezione, poiché la prima ha carattere conservativo, la seconda rinnovativo, oppure si è rilevato che nello stato di emergenza, a differenza che in quello di eccezione,

⁹ G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3 ss.

¹⁰ Che ancora trovano riscontri, anche nella manualistica recente: cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2020, cap. 2.4.

¹¹ Sul punto si veda l'interessante dibattito, sulla Rivista *Persona e amministrazione*, n. 1/2021, sul lavoro di M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e Amministrazione*, 2020, 2 ss.

¹² L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009.

¹³ G. AGAMBEN, *Iustitium. Stato di eccezione, Homo sacer II, I*, ora in Id., *Homo sacer (versione integrale)*, Macerata, 2018, 169 ss.

¹⁴ G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit.

l'autorità politica ha bisogno di diritto per creare diritto: non il vuoto stato kenomatico di cui parla Agamben.

3. *Il commissario straordinario come esempio di amministrazione parallela*

Si può provare a fare una breve storia del commissario straordinario in controllo rispetto alla distinzione fra poteri ordinari e straordinari nel corso del Novecento.

Come in questi ultimi anni ci hanno spiegato autori come Mario Spasiano e Giulia Avanzini¹⁵, agli inizi del secolo scorso il fondamento del potere di commissariamento viene ricondotto al potere di sorveglianza statale nei confronti degli enti territoriali, nel quadro della nozione di autarchia, e, come il presupposto potere di sostituzione, il commissariamento implica un assetto organizzativo connotato da gerarchia, unitarietà e accentramento.

In questo quadro si colloca la disciplina del commissariamento degli enti locali, rimasta inalterata fino alla riforma della legge n. 142/1990, disciplina da considerare assieme all'art. 120 Cost., come risultante dalla riforma costituzionale del 2001 e dall'art. 8 della legge n. 131/2003, destinato alla sua attuazione.

La progressiva sostituzione della nozione di competenza a quella di gerarchia, assieme al moto autonomista risalente agli anni '70, hanno comportato degli assestamenti progressivi rispetto all'assetto tradizionale, delle estensioni anche per via giurisprudenziale (si pensi al caso del commissariamento degli enti pubblici strumentali), ma non mi pare abbiano determinato degli sconvolgimenti di fondo ai caratteri del potere commissariale, come delineati dalla giurisprudenza, anche costituzionale.

Vero che molte fattispecie, per la loro lasca formulazione, hanno implicato scelte fortemente discrezionali dell'amministrazione, ma è anche vero che si è progressivamente consolidata l'idea in base alla quale l'intervento statale dovesse essere giustificato dalla tutela di beni e diritti fondamentali, sorretto da effettive ragioni e circoscritto nel tempo, oltre a dover intervenire attraverso procedure che coinvolgano le autonomie locali e consentano loro di esprimersi.

Inoltre, sovente non è facile distinguere fra casi in cui sono esercitati poteri sostitutivi di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. e chiamata in sussidiarietà perché lo Stato attrae compiti che incidano su materie rientranti in competenze

¹⁵ M. SPASIANO, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo della pubblica amministrazione: dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa*; G. AVANZINI, *Origini e sviluppo del commissariamento*, entrambi in AA.VV., *Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata*, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, Napoli, 2020.

regionali per soddisfare l'esigenza di un esercizio unitario delle funzioni. Si pensi alla recente Corte cost. n. 31/2024 (in tema di opere pubbliche, interventi necessari allo svolgimento dei XX Giochi del Mediterraneo a Taranto nel 2026, e di nomina di un commissario straordinario), che propende per la seconda strada, e variamente declina in tal senso il *vulnus* al principio di leale collaborazione¹⁶.

Mi pare che tale assetto risponda a una serie di ragioni di fondo relative al potere straordinario in generale.

Sul punto abbiamo due impostazioni tradizionali: quella monista e quella dualista.

La prima, che risale a Ranelletti, enfatizza la funzione conservativa dell'emergenza, e astrae dalla Costituzione – rigida o flessibile che sia – la funzione emergenziale, in quanto la prima è fonte di ogni potere, sbarrando alla necessità ogni accesso nel sistema delle fonti di produzione giuridica. La seconda inquadra la necessità come fonte originaria del diritto eccezionale, accanto alla Costituzione. In Santi Romano, almeno su questo aspetto influenzato da Schmitt, la Costituzione non resiste alla necessità. Allo stesso modo nel Mortati della *Costituzione materiale* la necessità è da ricondurre alla scelta fondativa, cioè alla logica decisionista che ruota attorno alla questione dell'unità politica, da salvare attraverso decisioni concrete, anche *contra ius*.

Bisogna osservare, tuttavia, che Santi Romano, come tutta la dottrina dell'Italia liberale, resta propenso a ritenere che i poteri necessitati innominati esercitati dal Governo fossero bisognosi di un'approvazione parlamentare, con un'enfasi sulla giuridicità della misura. Il che pare evidenziare come entrambe le impostazioni, al fondo, fossero tributarie della tradizionale teoria della validità del sistema degli atti pubblici e delle norme, propria non solo del normativismo ma anche, seppure con evidenti correttivi derivanti dal legame tra ordinamento giuridico e organizzazione sociale, dell'istituzionalismo. Contro facili apparenze la teoria istituzionalistica si dimostra, anche per questa via, figlia anzitutto dello Stato di diritto.

Se da un lato, nel periodo liberale, anche le tesi più legate al decisionismo schmittiano, e più consapevoli della differente posizione costituzionale del potere esecutivo, finiscono per richiedere un legame ultimo col sistema di validità degli atti pubblici e delle norme, nel diverso ambiente della Costituzione rigida vi sarà certo un'importante delimitazione del potere in questione, accompagnata però da un moto eguale e contrario volto a configurare l'emersione progres-

¹⁶ Non considerato sussistente per la nomina del commissario straordinario; considerato invece sussistente per il programma di opere infrastrutturali proposte dal commissario.

siva di versioni “forti” del potere straordinario, che implicano deroghe al diritto costituzionale.

Qui si configura il vero spartiacque in tema di commissariamento, che ha a che fare con le origini e lo sviluppo dei commissari per la protezione civile, vero punto di rottura in materia.

4. *La normalizzazione dell'emergenza*

Nell'originario assetto normativo sulla protezione civile, contenuto nella legge n. 996/1970, il commissario straordinario era organo che operava sotto la direzione del Ministro dell'interno e del Prefetto, ai quali veniva affidata la direzione unitaria dei servizi di soccorso e il coordinamento delle amministrazioni coinvolte.

I terremoti del Friuli Venezia-Giulia, nel 1976, e della Basilicata e Campania del 1980, hanno portato il legislatore a discostarsi dalla disciplina generale, trasformando i commissari da organi di mero coordinamento ad organi forniti di poteri decisori eccezionali.

La legge n. 225/1992, oltre ad abbandonare sul piano organizzativo il vecchio assetto burocratico-ministeriale, fornisce una generica definizione di emergenza, che ha consentito progressivamente di dilatare, oltre le circostanze eccezionali, ambiti di intervento e poteri del commissario.

In tale contesto, quindi, l'emergenza stessa, come presupposto del potere, è stata dilatata oltre i confini delle circostanze eccezionali. Si pensi al caso dei rifugi in Campania, ove la gestione commissariale ha superato i dieci anni, o allo stato di emergenza idrica dichiarato nel 1999 in Sicilia. Oggi gli ambiti sono sempre più estesi, come ben ha dimostrato un Convegno di Copanello di qualche anno fa, e i relativi preziosi Atti pubblicati da Editoriale Scientifica nel 2020, sul tema della *Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata*¹⁷: si va dalla tutela dell'ambiente alla criminalità organizzata, dalla sanità regionale alle opere pubbliche.

Qui si tocca con mano il modello di amministrazione parallela di cui ci ha parlato il Maestro argentino: le numerose proroghe alle funzioni commissariali e la possibilità di derogare alla normativa vigente, specie quella contabilistica, sono gli elementi che più hanno fatto parlare proprio di “amministrazione parallela”¹⁸.

Ma il fenomeno appare connaturato alle più generali vicende dell'emergen-

¹⁷ V. supra, nota 15.

¹⁸ D. CALDIROLA, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, 2010, 205.

za, come attesta l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema affine del potere di ordinanza, che la stessa Corte costituzionale¹⁹ ha di fatto considerato forma tipica del potere amministrativo d'emergenza, accostandone natura e contenuto ai d.p.c.m. adottati durante la pandemia.

I punti centrali attorno a cui la giurisprudenza della Corte ruota sono: a) la natura e l'efficacia (forza) delle ordinanze (legislativa o amministrativa); b) i limiti imposti dalla riserva di legge; c) l'inderogabilità dei principi dell'ordinamento giuridico.

Ma in seguito qualcosa muta.

I capisaldi dello Stato liberale devono adattarsi allo Stato costituzionale di diritto; si impone un bilanciamento fra le indeclinabili esigenze dell'emergenza e il compromesso economico-sociale proprio degli anni dello Stato del benessere.

Vero che i provvedimenti straordinari non possono menomare i diritti costituzionalmente garantiti²⁰, ma è anche vero che un diritto costituzionalmente garantito può essere sacrificato dal potere di ordinanza in nome di un altro diritto costituzionalmente garantito, ad esempio la salute²¹. Inoltre, dinanzi a grandi calamità (non locali) deve prevalere «unità di indirizzo e di azione», per consentire tempestività di soccorsi, nell'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà ex art. 2 Cost., fermo il principio di leale collaborazione tra Stato e autonomie²².

Inoltre, e venendo al «problema dei problemi» lo stesso presupposto della temporaneità da tempo si dequota, e si parla, anche nel dibattito straniero, di «*permanence of the temporary*»²³.

Il fenomeno si manifesta originariamente nella legislazione degli anni '70-'80 sul terrorismo e su calamità e catastrofi, portando a una prima cesura dogmatica fra modello dell'eccezionale necessità e distinto modello dell'emergenza²⁴. Ultimamente tende a divenire ancor più sistemico e pervasivo, e al contempo di incerta armonizzazione con l'ordinamento, una volta che la stabilizzazione o la normalizzazione dell'emergenza fanno sì che poteri d'ordinanza e del commissario vengono impiegati pure per situazioni che non presentino il carattere della imprevedibilità e della contingenza: si pensi alla disciplina dei grandi eventi o ai casi di *maladministration*. Oggi questa tendenza è ulteriormente marcata: in ragione di un interesse nazionale che parrebbe gerarchicamente

¹⁹ Sent. n. 198/2021.

²⁰ Corte cost., sent. n. 26/1961.

²¹ Corte cost., sent. n. 4/1977.

²² Corte cost., sent. n. 208/1971.

²³ S. CASSESE, *I paradossi dell'emergenza*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 221.

²⁴ Cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

sovraordinato rispetto a tutti gli altri (i.e.: l'interesse cd. *strategico*) – ovvero la celere realizzazione di progetti PNRR – l'ingegneria normativa intende far fronte alla incapacità amministrativa sostanzialmente esautorando le pubbliche Amministrazioni dal compimento della loro missione, ovvero proteggere e salvaguardare gli interessi pubblici loro affidati.

L'impiego delle ordinanze di protezione civile diviene un fenomeno di dimensioni tali da far parlare di instaurazione di un vero e proprio sistema di diritto amministrativo *parallelo* a quello ordinario, che si estende alle categorie più diverse di fatti di amministrazione²⁵. Altro rilievo è stato quello secondo cui il pericolo più evidente è che, piuttosto di arginare e di attutire gli effetti dirompenti che potrebbero derivare dal diffondersi di sospensioni del sistema ordinario delle norme e degli atti, le leggi di emergenza divengano esse stesse uno strumento per smantellare le garanzie di ordine e di certezza affidate alla codificazione di regole e principi giuridici in norme ed atti²⁶.

Taluni hanno invece tratto argomenti per ricostruire l'emergenza come una tecnica "alternativa" o "sostitutiva" per l'azione dei pubblici poteri, in situazioni nelle quali l'esercizio di poteri formali sospensivi del sistema ordinario delle norme e degli atti potrebbe essere tanto frequente, o avere durata tale, da divenire pressoché indistinguibile da una deroga permanente²⁷. Tale impostazione sottende evidentemente l'idea secondo cui nella società del rischio il concetto di emergenza acquisisca una valenza endemica, per trasformarsi in una situazione di permanente latenza; peraltro, l'affermazione del principio di precauzione, se da un lato ha consentito il superamento di una gestione dei rischi solo emergenziale, dall'altro ha portato appunto alla normalizzazione dell'emergenza, allontanandola per questa altra via di carattere della necessità e imprevedibilità.

Vero che, dopo una serie di vicende giudiziarie i "grandi eventi" sono stati espressamente esclusi dall'ambito di intervento della protezione civile, ed è pur vero che rispetto alla precedente disposizione il presupposto per la dichiarazione dello stato di emergenza non è più un qualsiasi evento, ma deve trattarsi di una calamità naturale o causata dall'uomo. Ciò ha portato parte della dottrina a ritenere che la disciplina sulla protezione civile recata nel d.lgs. n. 1/2018 sia compatibile col sistema costituzionale delle fonti e con il principio di legalità.

E tuttavia la legislazione speciale in tema di opere pubbliche prima, si pensi

²⁵ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 317 ss.

²⁶ M.A. CABIDDU, *Emergenze abissali. Cosa resterà di diritti e processo dopo la pandemia*, in www.rivistaaic.it, 1/2021, 314

²⁷ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

al “decreto Genova” del 2018, e l’esperienza pandemica dopo, ci hanno insegnato che tutto ciò ha avuto come effetto la moltiplicazione di figure commissariali e di poteri eccezionali nella legislazione speciale, ovvero nei d.l. e d.p.c.m. fioriti in quel tempo e sdoganati dalla Consulta e dal giudice amministrativo. Il tutto, superando altresì i vincoli temporali di ventiquattro mesi sulla proroga imposti dalla legislazione generale sulla protezione civile (art. 24, co. 3, d.lgs. n. 1/2018), con ulteriore consolidamento dell’amministrazione parallela. Si pensi, a mero titolo di esempio, che nel caso del crollo del viadotto del Polcevera lo stato di emergenza è durato complessivamente tre anni. Con riguardo alla pandemia, invece, il provvedimento di avvio della gestione straordinaria è del 31 gennaio 2020, prorogato due volte: fino al 31 dicembre 2021 e poi, ancora, fino al 31 marzo 2022.

È così, mentre il figurino istituzionale della sostituzione, rappresentato dall’art. 11 della legge n. 400 del 1988 conta all’agosto del 2024²⁸ sette commissari straordinari del Governo²⁹, ben cinquantatré sono i commissari straordinari ai sensi di specifiche normative di settore³⁰. Nel frattempo, la figura e il ruolo del commissario governativo straordinario diviene forma costante di ogni evento emergenziale mediante l’art. 4 del d.l. n. 32 del 2019 e l’art. 11 del d.l. n. 2020: con tali disposizioni l’atto di nomina passa dal d.P.R. al d.p.c.m., l’oggetto e la motivazione della nomina vengono tautologicamente ricondotti alla “necessità”, ai medesimi commissari spetta il potere di nominare eventuali sub-commissari³¹.

Per non parlare dell’ordinamento post-pandemico, laddove l’urgenza di far riprendere quota ai mercati e agli investimenti sul territorio nazionale ha condi-

²⁸ Cfr. il sito della Presidenza del Consiglio dei ministri (www.governo.it).

²⁹ Dal commissario straordinario per la zona economica speciale ZES nella regione Calabria al commissario straordinario di Governo per la gestione del fenomeno delle persone scomparse. Il PNRR ha intercettato il tema delle ZES (Zone Economiche Speciali), laddove ha disposto «Interventi speciali per la coesione territoriale», prevedendo una riforma mirata che «punta a semplificare il sistema di governance delle ZES e a favorire meccanismi in grado di garantire la cantierabilità degli interventi in tempi rapidi, nonché a favorire l’insediamento di nuove imprese», affidando la competenza del procedimento di autorizzazione unica appunto al Commissario.

³⁰ Dal commissario straordinario per la realizzazione degli interventi di riqualificazione sismica sugli edifici di proprietà pubblica esistenti nell’area dei Campi Flegrei al commissario straordinario di Governo per la realizzazione degli interventi di recupero, rifunzionalizzazione e valorizzazione dei beni confiscati alla criminalità organizzata, dal commissario straordinario con il compito di sovraintendere alle fasi di prosecuzione dei lavori volti al completamento del modulo sperimentale elettromeccanico per la tutela e la salvaguardia della Laguna di Venezia, noto come sistema MOSE al commissario straordinario per fronteggiare le situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile presenti nel territorio del Comune di Caivano.

³¹ G. BOTTINO, *L’amministrazione dell’emergenza*, in *Annuario Aipda 2023*, Napoli, 388.

zionato pesantemente scelte governative e legislative, condensatesi nel PNRR e nei suoi decreti attuativi, due dei quali in particolare sono stati intitolati alla semplificazione (o, meglio, al plurale, alle semplificazioni). In questo «ecosistema normativo» è evidenziabile una tendenza all'amputazione dei gangli procedurali che attengono alla protezione d'interessi pubblici di rilievo territoriale, quando a essere oggetto di decisione sia la realizzazione di progetti e opere di rilievo strategico per il Paese. Viene qui in rilievo la normazione PNRR – in particolare gli artt. 12 e 13, d.l. n. 77/2021, relativi all'esercizio dei poteri sostitutivi e al superamento del dissenso, come modificati dal d.l. n. 13/2023 – la quale tende vigorosamente a verticalizzare ed accentrare le decisioni che consentono la realizzazione dei progetti previsti dal Piano Nazionale: decisioni che pare quasi non possano avere un esito negativo.

Viene così di fatto disattesa l'impostazione di chi³², vedendo nella legislazione generale sulla protezione civile un modello generale di normalizzazione dell'emergenza, in tal senso non derogabile dal Governo, critica *de iure condito* la necessità come base ultima delle misure adottate, e, *de iure condendo*, l'introduzione di una specifica disciplina costituzionale delle situazioni emergenziali. Naturalmente un arduo banco di prova per la tenuta di tale impostazione, al netto della giurisprudenza amministrativa e costituzionale favorevole, è stata proprio l'abbinata – sul piano delle fonti – d.l./d.p.c.m. durante il periodo pandemico.

5. Il caso del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025

Una recente vicenda giudiziaria, arrivata in Consiglio di Stato³³, mostra plasticamente la persistenza dell'amministrazione parallela nell'ambito del commissariamento.

Con decreto del Presidente della Repubblica del 4 febbraio 2022, il Sindaco di Roma è stato nominato Commissario Straordinario di Governo al fine di assicurare gli interventi funzionali alle celebrazioni del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025 nell'ambito del territorio di Roma Capitale. Successivamente, con l'art. 13 del decreto-legge n. 50 del 17 maggio 2022, convertito in legge n. 91 del 15 luglio 2022, il Commissario Straordinario del Governo, limitatamente al periodo del relativo mandato e con riferimento al territorio di Roma Capitale,

³² A CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del Sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

³³ Decisa con sentenza della sez. IV, 19 giugno 2024, n. 5481.

tenuto altresì conto di quanto disposto dall'articolo 114, terzo comma, della Costituzione, è stato autorizzato ad esercitare le competenze in materia di gestione di rifiuti assegnate alle Regioni ai sensi degli articoli 196 e 208 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

Due associazioni ambientaliste impugnano gli atti mediante i quali il Commissario straordinario di Governo per il Giubileo della Chiesa Cattolica 2025 ha disposto la realizzazione, da parte di Roma Capitale, di un impianto di termovalorizzazione.

Il primo ordine di rilievi, riproposto criticamente in appello, riguarda il fatto che nessuna delle disposizioni contenute nell'art. 13 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito nella legge 15 luglio 2022, n. 91 atterrebbe «alla possibilità di imporre un obbligo di fare uno specifico impianto, individuando autoritativamente ed autonomamente il soggetto che vi deve provvedere e scegliendo il sito dove realizzarlo». Il Consiglio di Stato ritiene infondati tali motivi, poiché la disposizione in esame conferisce al Commissario un potere esteso anche alla localizzazione e realizzazione degli impianti di gestione di rifiuti funzionali a fronteggiare la situazione di emergenza. Peraltro, sarebbe stato illogico istituire un Commissario straordinario senza poi attribuirgli tutti i poteri, anche esecutivi, necessari al raggiungimento degli scopi fissati dalla disposizione primaria.

Per quanto riguarda il carattere di legge-provvedimento della normativa in esame, il giudice amministrativo esercita l'ormai usuale stretto scrutinio sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta legislativa, e pone al centro, come spesso si verifica nei commissariamenti coinvolgono i rapporti Stato-Regioni, i principi di sussidiarietà e adeguatezza: è la «chiamata in sussidiarietà» che giustifica, anche nella giurisprudenza costituzionale, casi atipici distinti dalla previsione di cui all'art. 120 Cost.

Sicché: «Lo straordinario afflusso di pellegrini atteso in occasione dell'evento giubilare e la necessità di approntare misure straordinarie per fronteggiare il prevedibile incremento della produzione di rifiuti, in un contesto peraltro caratterizzato da notorie criticità, è la situazione di fatto che costituisce la ragione giustificatrice della riallocazione di alcune delle funzioni in materia di rifiuti dal livello regionale a quello statale – in applicazione del principio di sussidiarietà verticale e di adeguatezza di cui all'art. 118 Cost. – e del conferimento di poteri in deroga alla legislazione vigente ad un Commissario governativo, come del resto già accaduto per il precedente Giubileo del 2000».

Ma ciò che qui maggiormente interessa è un altro profilo della censura in esame, relativo ai pretesi limiti, temporali e funzionali, dei poteri al Commissario. Secondo i giudici è vero che l'art. 13 del d.l. n. 50 del 2022 ha espressamente confermato che i poteri straordinari sono esercitati «limitatamente al periodo del relativo mandato», quindi sino al 31 dicembre 2026, ma è altresì vero che ad

essere temporalmente limitato è il solo potere di adozione degli atti, non la relativa efficacia che, per la gestione dei rifiuti, deve necessariamente protrarsi anche oltre il 31 dicembre 2026. In tale quadro il Commissario non ha solo adottato misure straordinarie necessarie a far fronte all'afflusso di pellegrini nel 2025, ma anche quelle di gestione ordinaria, a regime, del ciclo di rifiuti del territorio di Roma Capitale, in una visione integrata e coordinata delle misure stesse.

Qui si evidenzia un passaggio fondamentale, quasi un manifesto dell'amministrazione parallela (per come in questa sede declinata). Secondo il Consiglio di Stato: «Nelle intenzioni del legislatore il Giubileo rappresenta evidentemente l'occasione anche per l'avvio di una soluzione strutturale del problema annoso della gestione dei rifiuti nel territorio di Roma Capitale e pertanto non in un'ottica temporalmente circoscritta alla celebrazione del suddetto evento bensì attraverso l'adozione di misure ed interventi destinati ad operare a regime, oltre la data del 31 dicembre 2026, tramite l'adozione dell'atto di programmazione a tal fine previsto dalla legge in via ordinaria (id est il piano di gestione dei rifiuti del nuovo Ato di Roma Capitale) e delle relative misure attuative e complementari, come indicate, in via esemplificativa, all'art. 13, comma 1». E ancora: «La ragionevolezza di tale scelta appare altresì ulteriormente giustificata dalla notoria gestione inefficiente dei rifiuti nella Capitale che ha imposto al Governo nazionale di intervenire al fine di garantire che eventi di tale portata possano svolgersi in maniera ordinata e sicura anche dal punto di vista igienico-sanitario».

La legislazione speciale, in forma di legge-provvedimento, finisce per sterilizzare le riforme garantiste sulla protezione civile in tema di esclusione dei grandi eventi, limitazione della durata temporale della misura, esclusione del commissariamento da inefficienza; di contro, sul modello dei commissariamenti degli ultimi anni in materia di opere pubbliche, detta una disciplina parallela e derogatrice, anche in materia ambientale e pianificatoria, rispetto a quella ordinaria.

L'inefficienza cronica in materia di rifiuti a Roma Capitale viene quindi curata attraverso una disciplina relativa al grande evento del Giubileo del 2025: un *détournement de pouvoir*, legislativo prima che amministrativo, che si sublima in amministrazione parallela. Del resto, come ci spiega l'Autore che qui celebriamo: «Una de las causas que concurren a la generalizada violación del sistema, y a la creación de un sistema paralelo de normas de conducta, es la común insatisfacción que en muchos países existe respecto de las normas establecidas en el sistema. Puesto que se las percibe como injustas o irreales, se considera automáticamente que se tiene el derecho y hasta el deber de desconocerlas»³⁴.

³⁴ A. GORDILLO, *La administración paralela*, cit., 83.

È chiaro che di fronte a un fenomeno di tale portata non basta più trovare giustificazioni sul piano della legalità formale e neanche sostanziale; piuttosto è necessario provare a ragionare su quello che è il legato di fondo lasciato dall'emergenza pandemica, e riflettere quindi su un possibile nuovo statuto dell'amministrazione parallela. Anche qui ricordando un importante monito di Gordillo: «El parasistema nace así del propio sistema, de su irrealidad, de su exceso rigorista y formalista»³⁵.

6. Spunti ricostruttivi

Il dibattito attorno ai poteri d'ordinanza nell'emergenza e ai poteri sostitutivi dei commissari straordinari è stato centrale nell'impero del normativismo e dell'istituzionalismo, ma non ha del tutto saputo aggiornarsi, nonostante importanti contributi spingessero verso un rinnovamento delle categorie.

D'altra parte, che di un tale riposizionamento dogmatico si senta il bisogno è dimostrato dalla descritta parabola invariabilmente "normalizzante" – nonostante taluni tentativi restauratori del legislatore, si pensi ancora alla protezione civile – dell'emergenza. Rinnovamento vuol dire presa d'atto definitiva della sussistenza di fraglie incolmabili rispetto al principio di legalità, reale autonomizzazione della categoria dell'emergenza rispetto a quella dell'urgente necessità, collocazione della prima nelle trasformazioni ordinamentali che viviamo, cioè decisa centralità dello Stato amministrativo, che fa della legge e della sentenza *amministrazione*³⁶.

Il lascito dell'esperienza pandemica mi pare andare in questo senso, confermando l'idea di chi ha configurato il potere sostitutivo come potere alternativo, modalità più rapida per conseguire gli stessi effetti che l'amministrazione ordinaria non è in grado di ottenere mediante le proprie modalità operative. Più di recente, si è nuovamente prospettata l'esigenza di una costruzione in chiave unitaria del fenomeno, accorpendo fase di emergenza e fase della ricostruzione, e allargando i confini della nozione di legalità grazie alla tensione verso il perseguimento del risultato³⁷.

Mi limito a due esempi di possibile evoluzione della legalità nell'emergenza permanente da inefficienza amministrativa, esempi frutto della legislazione post emergenza pandemica e attuativa delle linee riformatrici del PNRR.

Il primo attiene alla disciplina più specifica dei contratti pubblici, ma con

³⁵ A. GORDILLO, *La administración paralela*, cit., 101.

³⁶ G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit., 150.

³⁷ G. MANCINI PALAMONI, *Potere amministrativo d'emergenza*, Napoli, 2023.

grandi potenzialità espansive, visto il carattere di principio dell'istituto. Mi riferisco evidentemente al prospettato mutamento di paradigma derivante dal principio di risultato di cui all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici del 2023. La nuova centralità del risultato, destinato a divenire “stella polare” della disciplina, si colloca in tale contesto evolutivo, ed è altresì figlia del PNRR, atto di pianificazione rispetto al quale il nuovo Codice costituisce in sé uno dei risultati³⁸. La vera sfida sarà quella di dare effettive connotazioni innovative al principio, affinché esso non rappresenti un mero *maquillage* del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. o del principio di strumentalità delle forme di cui all'art. 21-octies, co. 2, legge n. 241/1990³⁹. Non sarà agevole, anche se recente giurisprudenza pare cogliere questa novità, laddove ad esempio afferma che «Non trova dunque giuridico fondamento la tesi per cui la positivizzazione in materia contrattuale del principio del risultato avrebbe sancito il primato logico dell'approvvigionamento: non foss'altro perché tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenzia dalla logica del risultato “statico” di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all'amministrazione, fra i quali quello della tutela ambientale assume un ruolo decisamente primario alla luce sia della richiamata Direttiva 2014/24/UE, che del riformato art. 9 della Costituzione»⁴⁰. È in questa logica del risultato che può essere inquadrata, ad esempio, la ricostruzione del ponte Morandi, da non ascrivere riduttivamente al solo modello derogatorio, ma all'elaborazione di un modello di azione fondato sulla collaborazione e sulla piena trasparenza, tanto nel momento procedurale delle scelte quanto nella fase degli impegni contrattuali e del loro adempimento⁴¹.

Più in generale, restando sempre al tema ambientale e al PNRR, si dovrà probabilmente iniziare a ragionare in una logica diversa da quella consolidata dello Stato liberale, e in un certo senso – sia pure coi correttivi che abbiamo visto – dello stesso Stato costituzionale di diritto, ossia la logica della “straordinarietà”, per accedere alla logica della transizione sistemica ed epocale (ecolo-

³⁸ F. FRACCHIA, *Il principio del risultato*, in *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, Napoli, 2024, 13 ss.

³⁹ Su queste basi si fonda la critica di R. VILLATA-L. BERTONAZZI, *Principio del risultato*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, in AA.VV., *Commentario al Codice dei contratti pubblici. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, a cura di R. VILLATA-M. RAMAJOLI, Pisa, 2024, 1 ss.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

⁴¹ A. GIUSTI, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2024, 557 ss.

gica, digitale, etc.), elaborando strumenti e categorie giuridiche che escano dalle coordinate classiche della contingibilità e dell'urgenza e si configurino come "ordinari", sia pure fortemente innovativi.

Si pensi a quella che si appresta ad essere la nuova amministrazione parallela per eccellenza, ossia quella digitalizzata che si avvale di forme di intelligenza artificiale sempre più avanzate, sulla quale sono ormai scritte, spesso a fini meramente concorsuali, fiumi di pagine troppo spesso solo apologetiche, che già ambiscono ad occupare le dimensioni universali della Biblioteca del grande scrittore argentino menzionato da Gordillo.

7. Conclusioni

Nell'introdurre il saggio di Gordillo sull'amministrazione parallela, di nuovo Benvenuti citava il Faust di Goethe a dimostrazione del carattere consustanziale, quasi inevitabile, del fenomeno nelle democrazie complesse: «"Dos almas alberga mi pecho"», dove le due anime sono ancora, evidentemente, la *validità* classica e l'*effettività* contemporanea.

Di fronte alle sfide epocali che attendono l'amministrazione pubblica post pandemica, una sfida altrettanto cruciale si pone per il giurista che la studia e prova a ricostruirla: riuscire finalmente a comporre legalità ed efficienza dell'amministrazione grazie a tale sintesi dialettica che superi finalmente l'esigenza antica del commissariamento, sublimandolo in uno statuto per quanto possibile unitario del potere d'emergenza.

Si tratta di utopia, come le "convergenze parallele" della drammatica storia politica italiana degli anni '70? Oppure di una diversa "utopia imperfetta", come Antonio Romano Tassone definì proprio il pensiero di Feliciano Benvenuti in tema di libertà attiva e partecipazione del cittadino⁴² (altro tema centrale nel lavoro di Gordillo), aprendo così a ricadute pratiche nel breve-medio periodo?

Mi pare maggiormente auspicabile la seconda alternativa, non solo per ragioni di scuola, ma perché probabilmente lo stesso Maestro argentino, sempre attento osservatore degli snodi critico-evolutivi delle democrazie mature e della contemporaneità, la penserebbe in questo modo.

⁴² A. ROMANO TASSONE, «Il nuovo cittadino» di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia, in *Dir. amm.*, n. 2/2008, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Napoli, 2024, 1203 ss.

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO TRA «INFORMALISMO» E CONTRADDITTORIO: UNA PROSPETTIVA COMPARATA

FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI* e ANNARITA IACOPINO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio dell’informalismo (o di informalità) nella disciplina del procedimento amministrativo argentino: natura e portata. 2.1. La “direttiva antiformalistica” nell’ordinamento italiano: l’art. 6 della Legge n. 241 del 1990 e il soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica; la “strumentalità delle forme” nella disciplina degli appalti pubblici. – 3. Procedimento amministrativo e contraddittorio: modelli a confronto e connessi profili problematici.

1. *Introduzione*

Nel suo trattato di diritto amministrativo¹, e più precisamente nel secondo tomo intitolato alla difesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione², il professor Agustín Gordillo affronta, tra gli altri, il delicato e nevralgico tema-problema del contraddittorio nel procedimento amministrativo³.

L’indagine, condotta con la lucidità, il rigore e la raffinatezza che connotano l’intera opera del Maestro, muove dalla distinzione concettuale tra processo tecnicamente inteso e procedimento amministrativo⁴, per dimostrare come ciò, tuttavia, non escluda l’applicabilità al procedimento dei principi processuali “cardine”, tra i quali appunto quello del contraddittorio⁵, né tantomeno osti alla simmetrica operatività nel processo di alcuni basilari principi procedimentali di cui si dirà a breve.

Ora, se per quel che concerne il primo fenomeno il pensiero del Nostro

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università del Salento.

** Professoressa Associata di Diritto amministrativo, Università Europea di Roma.

*** Questo scritto è il frutto di una riflessione comune degli Autori. Il §1 è stato redatto da entrambi; fermo restando l’opportuno coordinamento, si devono ad Annarita Iacopino i §2 e 2.1 e a Francesco Fabrizio Tuccari il §3. Un sentito ringraziamento va a Vinicio Brigante per il prezioso supporto.

¹ A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, F.D.A., 2014.

² Tomo 2 (dir. M.B. dos Santos), *La defensa del usuario y del administrado*.

³ Sec. IV, *La protección de los derechos*, Cap. IX, *El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales*, pp. 389 e ss., spec. pp. 397-398 e 423-426.

⁴ *Op. cit.*, pp. 389-396.

⁵ La qual cosa, anzi, è imposta dall’esigenza di riequilibrare il rapporto amministrazione-amministrati: *op. ult. cit.*, p. 391.

costituisce un ulteriore importante contributo alla concezione c.d. processuale, beninteso a soli fini di disciplina, del procedimento amministrativo⁶, è senz'altro dal secondo fenomeno che sembrano potersi ritrarre all'approccio le maggiori suggestioni e sollecitazioni; e tanto sia che lo si consideri in sé, sia che lo si raffronti con la realtà italiana.

Mantenendo il discorso sul piano generale, va rilevato anzitutto come questa reciproca osmosi tra principi processuali e procedimentali, con evidente finalità di vicendevole implementazione dei rispettivi ambiti di provenienza, non sia riscontrabile nel nostro ordinamento; nel quale, per ragioni che qui non si possono neppure sfiorare, la mutuaione di principi e regole da un contesto a un altro è storicamente sempre stata a senso unico, ossia dal processo al procedimento e non viceversa.

A tanto si aggiunga, approfondendo il punto d'osservazione, che tra i principi procedimentali applicabili al processo figura quello dell'«*informalismo*» (o di informalità) a favore dell'amministrato⁷, su cui pare opportuno soffermarsi qui di seguito per almeno tre ragioni: la prima consiste nell'indubbia attrattività delle tematiche sottostanti; la seconda deriva dalla presenza di un principio simile italiano, con la conseguente naturale "chiamata in comparazione" di chi scrive; la terza, in quanto trattasi di postulato il cui primo elemento permeante è proprio – come evidenzia l'illustre Autore – il principio del contraddittorio⁸, di cui risulta così confermato e rafforzato il convenzionale ruolo, oltre che di pilastro fondante del processo, anche di caposaldo logistico del procedimento amministrativo.

2. *Il principio dell'informalismo (o di informalità) nella disciplina del procedimento amministrativo argentino: natura e portata*

Il principio dell'informalismo (o di informalità) è, come detto, tratto che, tra gli altri, connota la disciplina del procedimento amministrativo argentino e che, come sottolinea il professor Agustín Gordillo, si aggiunge («*se agrega*») ai principi fondanti del procedimento di cui il Maestro individua la funzione di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e di garanzia della partecipazione⁹.

⁶ In argomento cfr., per tutti, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2007, 1, pp. 13 e ss.; Id., *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, Modena, S.T.E.M.-Mucchi, 1971, pp. 22 e ss.

⁷ *Op. cit.*, pp. 415-421.

⁸ *Ivi*, pp. 397-398.

⁹ *Ibidem*. Sul principio dell'informalismo cfr., altresì, M.M. IVANEGA, *El principio del informalismo en el procedimiento administrativo*, in *Derecho PUCP*, n. 67, 2011, pp. 155-176.

Un principio mutuato anche nel processo, al fine di rendere quest'ultimo "più flessibile", come emerge in particolare da alcune decisioni rese nei procedimenti di *amparo por mora*¹⁰.

Appare, dunque, necessaria una ricognizione, senza pretese di esaustività, sulla natura e sulla portata del principio, codificato nella Ley 19.549 del 1972 (*Ley de procedimiento administrativo*)¹¹ il cui art. 1-*bis*, nell'individuare, quali principi fondamentali del procedimento, la legalità, la ragionevolezza, la proporzionalità, la buona fede, il legittimo affidamento, la trasparenza, l'effettività della tutela amministrativa, la semplificazione amministrativa e la buona amministrazione, dispone che i procedimenti debbano conformarsi anche ad altri principi tra cui quello dell'informalismo, definito come «*excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente*» (lett. e).

Disciplina attuata e integrata dal Decreto 1759/72 (*Reglamento De Procedimientos Administrativos*)¹² che, all'art. 5, nel definire i compiti e i poteri dell'«*órgano competente*» prevede che esso dovrà condurre il procedimento, tra l'altro, segnalando eventuali vizi dell'istanza, ordinando che vengano eliminati d'ufficio o dalla parte interessata entro un periodo di tempo ragionevole e ordinando altresì le misure necessarie per evitare la nullità (lett. d). A ciò si aggiunge la disciplina in materia di ricorsi amministrativi, sia con riguardo alla proposizione degli stessi (se si riscontrano carenze formali, il ricorrente è invitato a porvi rimedio in un termine, perentorio, stabilito, pena il rigetto del ricorso, ex art. 77 del Regolamento, *Formalidades*), sia con riguardo alla loro decisione (i ricorsi sono ammessi e decisi, qualunque sia il "nome" dato loro dall'interessato, quando l'impugnazione dell'atto amministrativo è indiscutibile, ex art. 81 del Regolamento, *Despacho y decisión de los recursos*).

L'esame del disposto normativo evidenzia con chiarezza la funzione del principio di informalità, posto indubbiamente a favore del privato e che si so-

¹⁰ *Ivi*, p. 392. V. anche *Informalismo y amparo por mora*, in cui il professor Gordillo, nel commentare la decisione della Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, *Rodríguez Fuchs LL*, 1997-A, 81, riprodotto in *Cien notas de Agustín, Buenos Aires, FDA*, 1999, § 49, evidenzia come il voto unanime dei tre giudici sia stato nel senso che la natura informale del procedimento amministrativo fa sì che l'*amparo por mora* da parte dell'amministrazione sia ammissibile nonostante i vizi formali del documento presentato al tribunale amministrativo, purché contenga chiaramente la richiesta; e, ancora, *Los grandes fallos de la actualidad*, in *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 5, número 1, agosto 2000, pp. 199-200, in cui il Maestro evidenzia come l'informalismo stia "progredendo" nell'*amparo por mora*.

¹¹ Legge riformata da ultimo dalla Ley 27.742 del 2024.

¹² Regolamento da ultimo modificato dal Decreto Reglamentario 695/2024.

stanza nell'esonero dal rispetto di forme che non siano "essenziali"¹³, con il limite della tutela dell'interesse pubblico e dei diritti dei terzi. Come ha avuto modo di sottolineare il prof. Gordillo, il procedimento è informale solo per gli amministrati (gli utenti dei servizi pubblici, i consumatori, i cittadini...) poiché solo loro possono invocare l'elasticità delle regole procedurali. Al contrario, l'informalismo non può essere utilizzato dall'amministrazione per evitare di rispettare le norme, né per eludere il giusto processo. In sostanza, «*Es superior el principio del informalismo para el administrado y los usuarios (consumidores, vecinos, etc.), respecto al del formalismo para todos*»¹⁴.

La funzione del principio è, dunque, quella di proteggere il privato dal rischio che questioni puramente procedurali possano incidere negativamente sul diritto/pretesa vantato/a, obbligando così l'amministrazione a optare per la soluzione più favorevole per il privato¹⁵.

D'altra parte, l'applicazione del principio non implica un procedimento senza forme che, del resto, si porrebbe in palese contrasto con il principio di legalità, principio fondante, che informa l'attività amministrativa. Ricorda, infatti, il prof. Gordillo che il principio non può essere utilizzato come base per

¹³ In termini, cfr. Sentencia 5 de Abril de 2017, Suprema Corte De Justicia. La Plata, Buenos Aires (Magistrados: Soria - Negri - Pettigiani - de Lazzari): «*De tal suerte que si las presentaciones del actor resultaron defectuosas – en la especie, por no incluir las facturas conformadas – debió la Municipalidad de Ensenada, como directora del procedimiento y en virtud del principio del informalismo a favor del administrado, intimar al interesado para la subsanación de tales defectos. El incumplimiento de sus propios deberes no puede otorgar fundamento a su defensa. Ello así, porque el informalismo – como principio general del procedimiento administrativo –, rige únicamente en favor del administrado, que es quien puede invocar para sí la elasticidad de las formas no esenciales mientras que el Estado no puede eludir, válidamente, el cumplimiento de las que el ordenamiento legal le haya impuesto (Gordillo, Agustín, "Procedimiento y recursos administrativos", Bs. As., 1964, p. 33; conf. B. 51.837, "Empresa Ing. Gustavo Serafín Marín", sent. de 2-VI-1998)*», pp. 5-6.

¹⁴ A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo...*, cit., p. 418.

¹⁵ Cfr. Sentencia 6 de Abril de 2009, Nro. Interno: 1409, Corte de Justicia, San Fernando del Valle de Catamarca, Catamarca (Magistrados: Luis Raúl Cippitelli José Ricardo Cáceres Amelia Sesto de Leiva): «*En el procedimiento administrativo, el principio del informalismo a favor del administrado rige aún para los escritos presentados ante funcionario incompetente, en cuyo caso, lo que la administración debe hacer es enviar las actuaciones al organismo competente, lo cual, tal como se desprende del expediente administrativo, es sin duda lo acontecido en las actuaciones que se ventilan, como lo afirman los propios requeridos al momento de evacuar el informe solicitado por este Tribunal. Es deber de la administración encausar el pedido y resolverlo dentro del plazo previsto al efecto, es decir darse al pedido el trámite correspondiente, más aún cuando, como en el caso, ambas dependencias, Subsecretaría de Recursos Humanos y Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología actúan dentro de la esfera del mismo Poder Ejecutivo de la Provincia*».

soluzioni contrarie non solo agli interessi dei privati, ma anche ai principi fondamentali del giusto processo e di legalità¹⁶.

Questa ricostruzione trova conferma nella giurisprudenza che ha avuto modo di sottolineare come il principio del “formalismo moderato” (formula utilizzata quale equivalente di informalismo dalla quale, probabilmente, meglio si comprende la portata del principio¹⁷), “a favore della verità materiale e della legalità oggettiva”, consente di superare i vizi in cui possono incorrere gli amministrati, ma ciò “non implica che possa diventare un principio snaturato e illimitato che, contrariamente al suo stesso scopo, autorizza gli interessati a disattendere le forme essenziali del procedimento, soprattutto nel campo specifico dei ricorsi, in quanto costituiscono un mezzo di impugnazione degli atti per ottenerne la revoca e, eventualmente, per consentire il controllo giurisdizionale”¹⁸.

2.1 *La “direttiva antiformalistica” nell’ordinamento italiano: l’art. 6 della Legge n. 241 del 1990 e il soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica; la “strumentalità delle forme” nella disciplina degli appalti pubblici*

La direttiva antiformalistica che connota la disciplina del procedimento amministrativo argentino evoca alcuni istituti dell’ordinamento italiano che con il principio di informalità sembrano condividere la funzione, anche se con alcuni

¹⁶ *Ivi*, 422.

¹⁷ «También denominado formalismo moderado y debilitamiento de la preclusión, consiste básicamente en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir aquellas que no están ligadas o exigidas por el orden público administrativo. Como había comentado en el capítulo relativo a su ubicación y clasificación, el principio del informalismo responde a la regla jurídica in dubio pro actione, y se vincula estrechamente con la tutela administrativa efectiva, por eso se admite la aplicación del principio aquí comentado al cómputo de plazos, a la legitimación, a la decisión de si el acto es definitivo o de mero trámite, a la calificación de los recursos, entre otros», H. Mujica Acurio, *Principio de informalismo*, in *Ius trib.* Año 1, n.º 1, 2015, p. 80.

¹⁸ Si riporta di seguito il testo in lingua originale. Sentencia 22 de Marzo de 2000, Nro. Interno: B58235, Suprema Corte De Justicia, La Plata, Buenos Aires (Magistrados: Ghione-Pettigiani-Laborde-de Lázzari-Hitters): «En el procedimiento administrativo rige el principio del “formalismo moderado” que en pro de la verdad material y de la legalidad objetiva permite salvar los defectos en que puedan incurrir los administrados, pero ello no implica que pueda constituirse en un principio desnaturalizado e irrestricto que, contrariando su propia finalidad autorice a los interesados a desconocer las formas esenciales del procedimiento, máxime en el ámbito específico de los recursos en tanto constituyen un medio de impugnación de los actos para obtener su revocación, y eventualmente, habilitar la revisión judicial». La sentenza richiamata conferma un orientamento consolidato della Suprema Corte; si v. a tal proposito, *ex multis*, sentenza 29 de Abril de 1997, Nro. Interno: B55306; sentenza 9 de octubre de 1991, Nro. Interno: B52955.

distinguo che emergono chiaramente dall'esame complessivo della disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990. Ne sono testimonianza, da una parte, l'art. 6 e, dall'altra, l'art. 21-octies, co. 2.

Con riguardo a quest'ultima disposizione, il principio generale cui essa si ispira è che *«le disposizioni che regolano l'agire amministrativo – anche se evidentemente la norma ha ad oggetto il provvedimento in quanto tale – non devono essere applicate in modo meccanico, acritico e formalistico, ma devono dirigersi verso la ricerca di un punto di incontro e di sintesi ottimale tra efficienza e legalità»*¹⁹. Emerge, dunque, la volontà del legislatore di procedere a un contemperamento tra esigenze di carattere formale ed esigenze di carattere sostanziale; operando la dequotazione dei vizi formali dell'atto, la disposizione mira, infatti, *«a far prevalere gli aspetti sostanziali su quelli formali, nelle ipotesi in cui le garanzie procedurali non produrrebbero comunque alcun vantaggio a causa della mancanza di un potere concreto di scelta da parte dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 febbraio 2011, n. 1040; Sez. II, 12 marzo 2020, n. 1800)»*²⁰. Merita, tuttavia, di essere rilevato che la modifica della seconda parte del co. 2 dell'art. 21-octies intervenuta nel 2020, con l'aggiunta della previsione per cui la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis, ha sottratto *«il modello procedimentale correlato all'esercizio di un potere discrezionale, ai meccanismi di possibile “sanatoria processuale” previsti in via generale per la violazione di norme sul procedimento, in caso di omissione del preavviso di rigetto (Cons. Stato Sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6378)»*²¹.

Ispirato alla logica antiformalistica è indubbiamente l'art. 6, co. 1, lett. b, della l. n. 241 del 1990 cui si deve, come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, l'introduzione del c.d. soccorso istruttorio. La disposizione prevede infatti che il responsabile del procedimento accerti d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotti ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria, potendo chiedere, in particolare,

¹⁹ V. BRIGANTE, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 144. L'A. richiama in nota V. Cerulli Irelli, secondo cui *«Si tratta di violazioni la cui natura formale si ravvisa nel carattere minimale dell'anomalia, che dà luogo ad una situazione di mera irregolarità dell'atto. In secondo luogo, si individuano quelle violazioni qualificabili come formali in quanto inidonee, in concreto ad alterare lo scopo cui è in astratto preordinata la norma violata. Infine, si individuano quelle violazioni che in concreto non hanno influito sul contenuto dispositivo del provvedimento adottato, il quale ancorché imperfetto nella sua forma, non avrebbe potuto essere diverso»* (Introduzione, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2205 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 32).

²⁰ Cons. St., sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790.

²¹ *Ibidem*.

il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete. Il tenore testuale della disposizione sembrerebbe evidenziare una prima sostanziale differenza con il principio di informalità, giacché, come affermato dalla VII Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 7000 dell'8 agosto 2022, l'art. 6 si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il potere di soccorso. Tuttavia, la giurisprudenza ha finito per considerare il soccorso istruttorio come un dovere e non come una mera facoltà (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, VI Sezione, 24 febbraio 2022, n. 1308) essendo l'istituto volto a garantire il soddisfacimento della comune esigenza del privato e dell'amministrazione di pervenire alla definizione del procedimento, e potendosi giustificare l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici, pena l'irragionevolezza di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza, anche alla luce del principio di proporzionalità.

Ulteriore distinguo rispetto alla disciplina delineata dal legislatore argentino attiene alla portata applicativa del potere di soccorso, massima nei procedimenti non comparativi, mentre «*nelle procedure selettive si impone un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi – segnatamente: la massima partecipazione e la par condicio tra i concorrenti – che la giurisprudenza ha in passato ritenuto di effettuare, distinguendo tra 'regolarizzazione', generalmente ammessa, ed 'integrazione' documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un vulnus del principio di parità di trattamento tra i concorrenti*»²². Nel caso dei procedimenti comparativi, infatti, il potere di soccorso sarebbe limitato dal principio di autoreponsabilità del concorrente, per cui ciascuno “sopporta” le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione²³.

Si tratta, per vero, di una interpretazione non pacifica, rinvenendosi pronunce che hanno invece sottolineato la portata generale del soccorso istruttorio e, conseguentemente, la sua applicazione anche nelle procedure concorsuali, fermo restando il principio della *par condicio* dei concorrenti che consente la regolarizzazione o integrazione documentale da parte del concorrente ove questa non produca un effetto vantaggioso a danno degli altri candidati²⁴. E ciò, ritenendo il soccorso istruttorio ancor più necessario alla luce delle finalità proprie della procedura concorsuale, volta alla selezione dei migliori candidati, che «*non può essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente*

²² Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308.

²³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1148; Id., sez. III, 4 gennaio 2019, n. 96.

²⁴ Cons. St., sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975.

emendabile con la collaborazione dell'Amministrazione»²⁵. Di talché, limitare in queste ipotesi l'operatività del soccorso istruttorio determinerebbe un danno prima di tutto all'interesse pubblico, considerata la rilevanza della corretta selezione dei dipendenti pubblici per il buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione.

Una lettura, quest'ultima, che "avvicina" (se non addirittura assimila) il potere di soccorso di cui all'art. 6, co. 1, lett. b, della Legge n. 241 del 1990 al soccorso istruttorio disciplinato attualmente dall'art. 101 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36); nel caso delle procedure ad evidenza pubblica il ricorso al soccorso istruttorio/procedimentale, infatti, non costituisce una mera facoltà per la stazione appaltante, ma un vero e proprio onere procedimentale ogniqualevolta esso sia strumentale a sanare irregolarità e/o omissioni afferenti alla documentazione presentata dagli operatori economici che potrebbero impedire di selezionare il miglior concorrente quale esecutore dell'appalto²⁶.

La disciplina del soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica ha, dunque, una portata oggettiva e sistematica che, secondo la giurisprudenza, ha enfatizzato l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento²⁷.

Come ha avuto modo di affermare il Consiglio di Stato, infatti, la disciplina della procedura di gara «*non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario*»²⁸; il risultato formalisticamente corretto, infatti, non sempre e non necessariamente, si identifica con il risultato sostanzialmente giusto. Di talché, il "formalismo" si impone, e anzi prevale, solo ove debba essere garantita la partecipazione "ad armi pari" dei concorrenti.

All'impostazione sostanzialistica deve essere, infine, ascritto il c.d. soccorso

²⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21 agosto 2024, n. 15901. Cfr., altresì, T.A.R. Lazio, sez. II, 3 novembre 2022, n. 14338.

²⁶ T.R.G.A. Bolzano, 25 ottobre 2023, n. 316. In termini v., altresì, Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 975, secondo cui l'istituto del soccorso istruttorio «*tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili*».

²⁷ Sulla prevalenza degli aspetti sostanziali rispetto a quelli puramente formali nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 20 luglio 2023, n. 7111; 27 ottobre 2022, n. 9249; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022, n. 1486; 20 aprile 2020, n. 2486.

²⁸ Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 975.

istruttorio processuale, istituto di derivazione pretoria, del tutto residuale, ammissibile quando il giudice verifichi che la stazione appaltante non è intervenuta in soccorso del concorrente, come sarebbe stata tenuta, ed eserciti i poteri istruttori per accertare, nel corso del processo, ciò che avrebbe dovuto essere accertato dall'amministrazione durante il procedimento. Tale verifica, infatti, non viola il principio di *par condicio* tra i concorrenti poiché l'istituto è preordinato ad attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, supplendo a carenze di natura formale o a inesattezze documentali, frutto o di meri errori o di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare all'operatore economico, in modo da evitare di pregiudicare l'operatore ("impreciso" ma "affidabile") attivando il procedimento, obbligatorio, del soccorso istruttorio²⁹.

Le brevi riflessioni che precedono danno conto, dunque, della non perfetta coincidenza degli istituti che, nell'ordinamento italiano, rispondono a una esigenza antiformalistica con il principio dell'informalismo (o di informalità), e ciò sia sotto il profilo della "portata", generale e sistemica solo per quanto attiene alle procedure a evidenza pubblica, ma anche e soprattutto per la finalità: tutti gli istituti, infatti, come emerge dall'analisi della giurisprudenza amministrativa, non sono posti esclusivamente a favore del privato amministrato, ma garantiscono anche il soddisfacimento delle esigenze dell'amministrazione di pervenire alla definizione del procedimento, di selezionare i migliori dipendenti pubblici o il miglior concorrente quale esecutore dell'appalto per il buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione. Di talché, anche l'amministrazione può invocare, nei limiti e nelle forme delineate dall'interpretazione pretoria l'elasticità delle regole procedurali non certo per eludere le norme ma anzi per garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Medesime considerazioni valgono per il c.d. *self cleaning*, di cui all'art. 96, co. 2 e 6, del d.lgs. n. 36 del 2023, che con gli istituti fino a ora esaminati condivide l'impostazione sostanzialistica, consentendo la partecipazione alle procedure di gara anche a quegli operatori economici che si siano "ravveduti" e abbiano posto in essere misure sufficienti a dimostrare loro affidabilità (misure che possono essere dimostrate non solo *de futuro* ma anche per le gare "in corso"). La *ratio* del procedimento, infatti, «è da ricercare nella volontà del legislatore di consentire ad un operatore economico, che ha subito una risoluzione contrattuale ma che ha successivamente posto rimedio, di partecipare ad altre procedure d'appalto, previa valutazione da parte della stazione appaltante»³⁰. A tal fine,

²⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 1 marzo 2024, n. 2042; Id., sez. III, 27 novembre 2023, n. 10166.

³⁰ Cons. St., sez. V, 30 settembre 2020, n. 5732, richiamata da Cons. St., sez. V, 29 aprile 2024, n. 3858.

la giurisprudenza ha chiarito come in questi casi (salve le eccezioni testualmente previste) l'impianto normativo escluda l'automatismo "imponendo" un adeguato contraddittorio (procedimentalizzato dall'ANAC nel paragrafo VI delle Linee Guida n. 6-2017), sottolineando, peraltro, come la previsione del codice dei contratti costituisca ipotesi di partecipazione e di contraddittorio persino rafforzato rispetto all'ordinaria partecipazione di cui all'art. 7 della l. n. 241 del 1990 poiché «*il privato concorrente è specificamente ammesso a dimostrare di avere recuperato quel gap tecnico ed organizzativo che gli consentirebbe di non assumere ulteriormente comportamenti scorretti sul piano contrattuale e sleali sul piano procedimentale (ossia nei rapporti con la PA)*»³¹.

3. *Procedimento amministrativo e contraddittorio: modelli a confronto e connessi profili problematici*

Nella sistematica del Nostro, il contraddittorio rileva come uno dei quattro grandi principi informatori del procedimento amministrativo (insieme a quelli del giusto processo³², con cui è "in presa diretta", nonché dell'*informalismo*³³ e d'imparzialità³⁴), dai quali traggono origine i principi procedurali fondamentali, "codificati" dall'art. 1° *bis*, comma 1 della l. n. 19.549/1972³⁵, di legalità oggettiva o giuridicità³⁶, ragionevolezza, proporzionalità, buona fede, legitt-

³¹ Cons. St., sez. V, 29 aprile 2024, n. 3858, secondo cui «*Posto che l'illecito professionale non può essere fonte di esclusione automatica ma soltanto di estromissione disposta a seguito di contraddittorio procedimentale, in tale sede l'impresa accusata di illecito professionale è ammessa a provare di avere adottato efficaci misure di self cleaning; e tali misure debbono essere valutate, dalla stazione appaltante, non solo per le gare future ma anche per quelle in corso. L'efficacia o meno di tali misure deve riguardare non solo i comportamenti contrattualmente scorretti ma anche, se del caso, quelli proceduralmente sleali; ed il contraddittorio procedimentale è diretto a valutare, altresì, se il comportamento sleale nei confronti della stazione appaltante sia da ascrivere soltanto al precedente assetto organizzativo decisionale*».

³² *Ibidem*, pp. 399-415.

³³ *Op. ult. cit.*, pp. 415-423.

³⁴ *Ivi*, pp. 426-428.

³⁵ Come integrata e modificata dalla l. n. 27.742 dell'8 luglio 2024, su cui v. *supra*, § 2. e, in particolare, nota n. 11.

³⁶ *Ibidem*, pp. 398-399. L'espressione "principio di giuridicità" è di J.R. COMADIRA, *El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa)*. *Los intereses a proteger*, in G. CISNEROS FARIAS, M.A. LÓPEZ OLVERA, J. FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Justicia administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 75 e ss.

timo affidamento, trasparenza, effettività della tutela in sede amministrativa, semplificazione amministrativa e buona amministrazione.

Il contraddittorio, invero dal principio dell'effettività della tutela in sede amministrativa³⁷, si traduce nella partecipazione dei cittadini che, in presenza di interessi contrapposti o anche semplicemente diversi, l'amministrazione è tenuta a garantire, paritariamente, per iscritto e tramite audizione pubblica, pena altrimenti sia l'illegittimità del provvedimento finale sia la sua inadeguatezza sul piano dell'efficacia e dell'effettività³⁸.

Nell'evidenziare come in questi casi la partecipazione abbia carattere «*pienamente contraddittorio*», fondata com'è sul confronto delle parti private con la pubblica amministrazione e tra loro, dunque tanto "in verticale" quanto "in orizzontale", il Maestro avverte il lettore della scorretta applicazione che queste regole ricevono tutt'altro che infrequentemente nella prassi; dove si tende, per un verso, a non favorire la completezza della discussione e, per altro verso, a scoraggiare l'organizzazione e la gestione di eventuali contestazioni, all'evidente scopo di poter disporre di più ampi margini di discrezionalità nel decidere.

Passando all'ordinamento italiano³⁹, a livello generale e in termini di diritto scritto, ossia nell'articolato della l. n. 241/1990, che se ne occupa nel capo III intitolato alla partecipazione al procedimento amministrativo, è possibile distinguere tra una (semplice) partecipazione e una partecipazione-contraddittorio: l'una, a valenza tanto collaborativa quanto oppositiva, allargata a eventuali terzi; l'altra, a valenza difensiva, limitata ai diretti interessati.

Destinate entrambe a operare in fase istruttoria e traducendosi nel diritto di presentare, rispettivamente, «*memorie scritte e documenti*» e «*per iscritto [...] osservazioni ed eventuali documenti*», queste due forme di partecipazione differiscono profondamente tra loro per tutto il resto⁴⁰; e, in particolare, quanto al

³⁷ Art. 1° bis, comma 1, lett. a), il quale a sua volta è articolato nel diritto di essere ascoltato, nel diritto di offrire e produrre prove, nel diritto a una decisione informata ed entro un termine ragionevole.

³⁸ *Ibidem*, pp. 423-426.

³⁹ Sul contraddittorio nel procedimento v., per tutti, almeno G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, CEDAM, 1971; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo. Dal processo al procedimento con pluralità di parti*, Napoli, ESI, 1997; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; F. SATTI, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, p. 299 e ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

⁴⁰ La (semplice) partecipazione, prevista dagli artt. da 7 a 10, vale trasversalmente, sia pure con una serie di limiti di ordine testuale (art. 13) e logico (ad es. per i procedimenti sanzionatori),

regime delle invalidità giacché, mentre alla violazione delle disposizioni sulla (semplice) partecipazione può porsi rimedio in giudizio, sussistendone i presupposti, attraverso il meccanismo delle c.d. illegittimità non invalidanti o sanatoria processuale che dir si voglia⁴¹, per converso l'operatività di questo meccanismo è espressamente esclusa quando a essere violate siano invece le norme sulla partecipazione-contraddittorio⁴².

(Semplice) partecipazione e partecipazione-contraddittorio ritrovano una qualche comunanza, se messe a confronto con il contraddittorio processuale, da cui sono "altro" per via dell'assenza, prima e oltre che dell'audizione degli interessati, anche e soprattutto della dimensione c.d. orizzontale di quest'ultimo, ossia del confronto delle parti tra loro, che del processo costituisce da sempre tratto somatico identitario e caratterizzante.

Rivolgendo ora l'attenzione al diritto settoriale e disinteressandosi dei procedimenti o subprocedimenti in cui la partecipazione è assicurata in misura minore o pari a quella della l. n. 241/1990, come ad esempio quelli di formazio-

per la maggior parte dei procedimenti amministrativi; è fondata sulla comunicazione di avvio del procedimento o sull'intervento volontario; si sostanzia nel diritto «*di prendere visione degli atti del procedimento*», salvo accedervi in via ordinaria (discorso diverso riguarda l'accesso civico), nonché «*di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove [...] pertinenti all'oggetto del procedimento*» e da cui possono scaturire «*osservazioni e proposte*» che, se accolte, costituiscono il presupposto per concludere accordi endoprocedimentali e sostitutivi di provvedimento ai sensi dell'art. 11. La partecipazione-contraddittorio, disciplinata dall'art. 10-*bis*, riguarda i soli procedimenti a istanza di parte e neppure tutti (sono esclusi quelli concorsuali e quelli in materia previdenziale e assistenziale gestiti dagli enti previdenziali); è innescata dal c.d. preavviso di diniego che, oltre a non poter essere fondato su «*inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione*», sospende i termini di conclusione dei procedimenti; si traduce anch'essa nel «*diritto di presentare per iscritto [...] osservazioni eventualmente corredate da documenti*» le quali, se non accolte, comportano l'obbligo del responsabile del procedimento o l'autorità competente «*a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni*», con la precisazione che, in «*caso di annullamento del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*».

⁴¹ Ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, non «*è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». Il successivo secondo periodo sancisce che il «*provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*».

⁴² A termini dell'art. 21-*octies*, comma 2, terzo periodo, la «*disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis**», per il quale dunque vale la regola generale "illegittimità=annullabilità" contemplata dall'art. 21-*octies*, comma 1.

ne degli strumenti urbanistici generali⁴³ e di verifica di anomalia delle offerte⁴⁴, un più elevato livello di garanzie, per numero e qualità, è riscontrabile, stando al c.d. diritto scritto, nei procedimenti sanzionatori; ai quali, pure, fa riferimento il Nostro per sottolineare con forza l'importanza e la pienezza che nell'ordinamento argentino vi assume, appunto, il contraddittorio⁴⁵.

Sono procedimenti, questi, il cui regime di disciplina generale è dettato, nel sistema italiano, dalla l. n. 689/1981, che prevede la possibilità per gli interessati, entro trenta giorni dalla contestazione o dalla notifica della violazione, «*di far pervenire all'autorità competente [...] scritti difensivi e documenti*», nonché di

⁴³ L'art. 9, comma 2 della l. n. 1150/1942 (c.d. legge urbanistica fondamentale) prevede infatti che, nei trenta giorni successivi alla pubblicazione del progetto di piano regolatore generale, «*possono presentare osservazioni le associazioni sindacali e gli altri enti pubblici e istituzioni interessate*». Ebbene, questa norma, che ha visto estendere in via interpretativa *erga omnes* il proprio ambito soggettivo di applicazione, è stata sempre intesa nel senso di consentire osservazioni di tipo collaborativo, ossia nel pubblico interesse, che proprio perciò l'amministrazione deve soltanto acquisire al procedimento e prendere in considerazione, senza per questo essere anche tenuta a motivarne, men che meno in maniera puntuale e analitica, l'eventuale rigetto. Diversa l'impostazione di alcune leggi urbanistiche regionali c.d. di seconda generazione: ad es., l'art. 11, comma 5 della l.r. Puglia n. 20/2001 sancisce che chiunque «*abbia interesse può presentare proprie osservazioni al P.U.G., anche ai sensi dell'articolo 9 della l. n. 241/1990, entro trenta giorni dalla data del deposito*»; con la conseguenza che, se le osservazioni sono pertinenti all'oggetto del procedimento, l'amministrazione ha l'obbligo di valutarle e, dunque, di motivarne l'eventuale rigetto.

⁴⁴ Cfr., con riferimento al previgente sistema dell'art. 97 del D.lgs. n. 50/2016 (v., oggi, art. 110 del D. lgs. n. 36/2023), Cons. St., sez. V, 3 maggio 2021, n. 3472, secondo cui «*il contraddittorio procedimentale ex articolo 97 [...] non può estendersi ad libitum e, soprattutto, come chiarito dalla giurisprudenza, la stazione appaltante non è obbligata, ricevuti i chiarimenti richiesti, a far precedere l'esclusione per incongruità dell'offerta da un relativo preavviso all'interessato: ciò in quanto nella verifica di anomalia il contraddittorio procedimentale ha funzione meramente istruttoria, [...] ma non è preordinato a risolvere in via anticipata un contrasto tra differenti posizioni (cfr. in termini Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020 n. 3508). [...] Il principio del contraddittorio procedimentale non comporta, tuttavia, un vincolo assoluto di piena corrispondenza tra giustificazioni richieste e ragioni di anomalia dell'offerta. Come chiarito inoltre dalla giurisprudenza, solo laddove la stazione appaltante non possa sciogliere i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia e lo richiedano le circostanze concrete (per incompletezza delle giustificazioni fornite o perché residuano ancora profili controversi o incerti), è necessario esperire ulteriori fasi del contraddittorio procedimentale (cfr. in termini Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690)*».

⁴⁵ Op. cit., pp. 425-426: «*El carácter contradictorio, como se ve, tiende a afirmarse universalmente y desde luego es recibido en el derecho latinoamericano. [...] De allí la indispensable discusión plena del asunto en su mismo nacimiento, con ataque y prueba, a través de un procedimiento imparcial, público, etc. Lo mismo cabe decir de los procedimientos en que la administración contempla la imposición de sanciones al individuo. [...]*».

chiedere «*di essere sentiti*» in vista dell'adozione del provvedimento finale⁴⁶ (ordinanza-ingiunzione o di archiviazione)⁴⁷.

Dunque, pur mancando anche qui il contraddittorio c.d. orizzontale, quello c.d. verticale (tra amministrazione e interessati) è previsto in fase decisoria e risulta rafforzato dall'audizione dei presunti trasgressori che, stando alla formulazione della norma di riferimento, ha carattere indubitabilmente obbligatorio⁴⁸.

Sennonché, passando dal piano del diritto scritto a quello del diritto vivente, può constatarsi come la giurisprudenza, dopo avere per lungo tempo affermato dapprima la nullità⁴⁹ e poi l'illegittimità⁵⁰ dell'ordinanza-ingiunzione emanata in difetto della richiesta audizione⁵¹, ha poi completamente mutato orientamento, ritenendo irrilevante l'eventuale inadempimento dell'amministrazione procedente, sulla scorta della considerazione che l'interessato può comunque far valere tutte le proprie ragioni nel successivo giudizio di opposizione, il quale è connotato da piena giurisdizione⁵².

La distanza dal contraddittorio processuale così segnata non potrebbe essere più evidente.

In quest'ordine di idee, ben si spiega quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene non lesiva del principio del contraddittorio, e più in genere del diritto di difesa, l'assenza di una disposizione di carattere generale che, al di là dell'unica ipotesi normativamente censita⁵³, permetta all'interessato di partecipare alle operazioni di accertamento, potendo egli prendere posizione in meri-

⁴⁶ Art. 18, comma 1.

⁴⁷ Art. 18, comma 2.

⁴⁸ L'art. 18, comma 2 sancisce, infatti, che l'«*autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta* [...]».

⁴⁹ Per tutte, Cass, sez. I civ., 18 maggio 1995, n. 5446; 26 ottobre 1998, n. 10608; 2 novembre 1998, n. 10911; 15 gennaio 1999, n. 391; 19 gennaio 1999, n. 468.

⁵⁰ Per tutte, Cass., sez. I civ., 21 luglio 2004, n. 13505; 13 gennaio 2005, n. 519; 8 febbraio 2006, n. 2817; 6 luglio 2007, n. 1592; Id., sez. II civ., 11 giugno 2009, n. 13622.

⁵¹ Così come dell'ordinanza-ingiunzione priva della prescritta motivazione: cfr. art. 18 l. n. 689/1981, artt. 203 e 204 d.lgs. n. 285/1992. Oggi v., altresì, gli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 150/2011.

⁵² Per tutte, Cass., sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786, che evidenzia come il giudizio di opposizione verta non soltanto sull'atto bensì sull'intero rapporto sanzionatorio e come la cognizione del giudice sia piena, ancorché filtrata attraverso i motivi di ricorso, in quanto il potere di sindacato è «*esteso alla validità sostanziale del provvedimento*» mediante l'autonomo accertamento «*dei presupposti di fatto e di diritto della violazione*»; Id., sez. lav., 19 aprile 2010, n. 9251; Id., sez. II, ord. 10 maggio 2018, n. 11300; Id., sez. VI, ord. 7 agosto 2019, n. 21146 (in quel caso, peraltro, l'interessato era stato invitato a partecipare all'audizione e, avendo addotto un impedimento di salute, non era stato poi ascoltato).

⁵³ Si tratta degli accertamenti mediante analisi di campione, per i quali l'art. 15 l. n. 689/1981 prevede, appunto, la presenza dell'interessato.

to, dapprima, nella successiva fase procedimentale decisoria e, poi, nell'eventuale giudizio di opposizione⁵⁴: qui, infatti, se non altro, manca l'espressa previsione legittimante di riferimento.

Proprio per fronteggiare situazioni del genere, da più parti è stata invocata l'applicabilità della l. n. 241/1990 al procedimento sanzionatorio disciplinato dalla l. n. 689/1981, in considerazione del fatto che l'una prevede una serie di istituti non contemplati dall'altra⁵⁵, con conseguente innalzamento del livello delle garanzie fruibili in ambito sanzionatorio.

E però, al riguardo, la giurisprudenza ha eretto un vero e proprio muro di sbarramento, col ritenere che, in forza del principio di specialità, gli assetti di disciplina dei procedimenti sanzionatori sono riservati alla l. n. 689/1981, da cui trae origine un «*sistema organico e compiuto*» che, come tale, esclude l'operatività della l. n. 241/1990⁵⁶, anche quando sia stata la stessa amministrazione a vincolarsi e, tuttavia, a non rispettarla; asserto, quest'ultimo, che non convince, ponendosi in stridente frontale contrasto con i più basilari principi sugli effetti dell'esercizio, in auto-limite, del potere amministrativo.

Maggiori punti di contatto con il processo possono rinvenirsi nei procedimenti di competenza delle autorità amministrative indipendenti, non foss'altro in ragione della loro neutralità e della «*funzione giurisdicante*» che esse esercitano⁵⁷; la qual cosa, se per associazione di idee rimanda alla figura del giudice⁵⁸, non tramuta però questi procedimenti – come avverte il Nostro – da amministrativi, sebbene con tratti marcati di specialità, in sostanzialmente giurisdizionali⁵⁹.

⁵⁴ Cass., sez. I civ., 27 aprile 2001, n. 6097.

⁵⁵ Quali termine finale, responsabile del procedimento, provvedimenti cautelari, accesso, partecipazione dell'interessato all'accertamento.

⁵⁶ Emblematiche, in questo senso, appare la ravvisata estraneità, rispetto al sistema della l. n. 689/1981, della comunicazione di avvio del procedimento, in quanto la relativa funzione è già assolta dalla contestazione di addebiti (Cass., sez. lav., 27 marzo 2003, n. 4670) o comunque viene assorbita dal verbale di accertamento, la cui redazione «*avviene in contraddittorio (o alla presenza)*» dell'interessato e che «*costituisce il primo atto d'avvio*» del procedimento sanzionatorio a suo carico (Cons. St., sez. II, 4 giugno 2020, n. 3548).

⁵⁷ Così Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584.

⁵⁸ L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 60 e ss.; M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, pp. 665 e ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, pp. 59 e ss.; R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005 (pp. 26).

⁵⁹ *Op. cit.*, pp. 392-393: «[...] el derecho procesal administrativo se refiere sólo a los procesos judiciales contra la administración y no abarca el estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa. Incluso cuando se reconozca imparcialidad e independencia a los entes reguladores independientes de los servicios públicos (algo de lo cual todavía carecen,

Comunque sia, il minimo comun denominatore di questi procedimenti consiste nella valenza centrale che, sia pure con diversa intensità a seconda del tipo di potere esercitato⁶⁰ e conseguentemente del tipo di procedimento considerato⁶¹, riveste la partecipazione in genere e il contraddittorio in particolare⁶²; ciò che ne fa elemento idoneo a ulteriormente scolpire la distinzione e le differenze tra le autorità indipendenti e il resto delle pubbliche amministrazioni⁶³.

Coltivando questa prospettiva, un osservatorio privilegiato è costituito dai procedimenti sanzionatori di queste autorità⁶⁴, nei quali il contraddittorio fa

pues hayalzada, intervención, etc.), de todas maneras, su calidad de órganos de la administración parece hacer poco recomendable, semánticamente, reconocerles carácter jurisdiccional a sus actos y llamar procesos a sus procedimientos [...]. Toda otra terminología se presta a la confusión institucional y afecta la vivencia democrática».

⁶⁰ Cons. St., sez. VI, n. 584/2021, cit., precisa come la funzione giurisdicente delle autorità indipendenti assommi «*in sé il potere di regolare e quello di decidere e si articola più in dettaglio [...] in compiti normativi, regolatori, di vigilanza, di controllo e monitoraggio, di accertamento, di risoluzione dei conflitti e sanzionatorio*».

⁶¹ E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati finanziari ed equo processo*, in *Dir. pub. comp. eu.*, 2019, 4, pp. 1049 e ss., evidenziano che le garanzie partecipative hanno consistenza diversa a seconda delle finalità dei vari procedimenti: in quelli rivolti all'emanazione di atti normativi, è contemplata una partecipazione di tipo meramente collaborativo con l'autorità funzionale al miglioramento della qualità della regolazione; in quelli il cui epilogo è l'emanazione di una decisione imparziale rispetto a due o più parti, è prevista una partecipazione-contraddittorio di tipo verticale; nei procedimenti sanzionatori, «*il contraddittorio presenta un livello di garanzia ancora più elevato [...]*».

⁶² Cons. St., Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2007, 377 ss. con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, statuisce che «*nei settori regolati dalle Autorità Amministrative Indipendenti, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio*»; Cons. St., sez. VI, n. 584/2021, cit., fa riferimento alla necessità (dell'approntamento e) dell'«*applicazione di regole rafforzate in termini di trasparenza e partecipazione ai procedimenti di cui le stesse [autorità] sono titolari*».

⁶³ M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., p. 72; R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali*, cit., 3.

⁶⁴ M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori davanti alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, 1, 2, pp. 358 e ss.; W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio della CONSOB e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, pp. 597 ss.; B. RAGANELLI, *Sanzioni CONSOB e tutela del contraddittorio procedimentale* (commento a Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 e 1596), in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 4, pp. 511 e ss. Sia consentito un rinvio, se si ritiene, anche a F.F. TUCCARI, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio*, in M. ALLENA-S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. ec.*, 2013, 3, pp. 159 e ss.; Id., *La garanzia del contraddittorio nei*

registrare, quasi giocoforza, una tendenziale riduzione delle distanze dal processo in misura maggiore che altrove⁶⁵.

Si tratta, naturalmente, di una considerazione di carattere generale ma da non generalizzare (né tantomeno assolutizzare), trovandoci al cospetto di uno scenario assai articolato e complesso, composto da numerose normative di settore, ciascuna delle quali reca una «pluralità di fonti di diverso rango» e si connota per l'operare di una «specialità a più livelli»⁶⁶; donde l'esistenza di plurimi regimi di disciplina del contraddittorio che differiscono, spesso anche sensibilmente, da autorità ad autorità e, all'interno dei settori di rispettiva competenza, variano a seconda della "materia", dell'oggetto del procedimento, dei destinatari delle disposizioni violate e dei beni-interessi-valori tutelati⁶⁷.

Di fronte a tutte queste variabili dipendenti, in ragione delle quali il contraddittorio viene naturalmente ad assumere conformazioni e consistenze diverse, un punto fermo consiste nella dichiarata chiusura nei confronti della l. n. 241/1990, l'applicabilità in via suppletiva delle cui garanzie partecipative viene recisamente esclusa dalla giurisprudenza, come nel caso, emblematico, della c.d. preistruttoria⁶⁸.

E però, a complicare la situazione⁶⁹, sta la circostanza che una serie di principi e regole contermini al contraddittorio viene variamente mutuata per alcuni

procedimenti sanzionatori dell'Autorità nazionale anticorruzione, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, V, pp. 5093 e ss.

⁶⁵ Cons. St., sez. VI, n. 584/2021, cit., evidenzia che la rilevata necessità dell'«applicazione di regole rafforzate in termini di trasparenza e partecipazione ai procedimenti di cui le stesse [autorità] sono titolari è particolarmente avvertita in relazione all'esercizio del potere sanzionatorio»; sul punto, v. altresì M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio*, cit., p. 360.

⁶⁶ Quali legge, regolamento governativo, regolamento interno, semplice deliberazione: in argomento, M. CLARICH, L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio*, cit., 360 e 362.

⁶⁷ Per un'analitica disamina del regime di disciplina dei vari procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 421 e ss.; M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio*, cit., pp. 172 e ss.

⁶⁸ Con riferimento alla quale non è prevista alcuna forma di partecipazione e, tantomeno, di contraddittorio. La giurisprudenza ha ritenuto inapplicabile la l. n. 241/1990 *in parte qua*, ravvisandone la non necessità, e perfino la dubbia opportunità, rispetto a una "fase" meramente preliminare e informale come la preistruttoria; e tanto anche in considerazione del fatto che l'istruttoria tecnicamente intesa, e talvolta pure la fase decisoria, si svolgono all'insegna di un ben più strutturato contraddittorio rispetto a quanto previsto dalla stessa l. n. 241/1990 (Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265, Id., 23 luglio 2009, n. 4597; Tar Lazio, sez. I, 5 ottobre 2004, n. 10186; Id., 18 gennaio 2011, n. 421; Id., 8 novembre 2011, n. 8553); pronunzie più recenti, nel ribadire questi principi, fanno registrare una certa apertura, concludendo nel senso che l'audizione «è rimessa alla discrezionalità dell'Autorità» (T.A.R. Lazio, sez. I, 11 dicembre 2023, n. 18588).

⁶⁹ Comune anche ad altri principi, come quelli della facoltà della denuncia di parte, della

aspetti dalla l. n. 241/1990 e per altri dalla l. n. 689/1981⁷⁰; le quali, a loro volta, ora sono prese in considerazione separatamente, ora vengono combinate per differenza e ora sono messe a sistema, nell'un modo o nell'altro, con le diverse normative di settore.

Il quadro, spesso frastagliato e a tratti magmatico che ne scaturisce, scoraggia anche il solo pensiero di potersi cimentare con una improbabile *reductio ad unitatem*.

Nondimeno, a voler ugualmente tentare di individuare una qualche linea di tendenza, può rilevarsi come il contraddittorio sia previsto per lo più in fase istruttoria e abbia carattere anche c.d. orizzontale; e, inoltre, come di regola sia in facoltà e non un obbligo dell'amministrazione procedere a disporre l'audizione, che anche qui può aver luogo soltanto a richiesta, ma che può riguardare pure eventuali altri soggetti interessati diversi dall'incolpato.

Tuttavia, neanche in questi procedimenti il contraddittorio, costruito sul basilare e trasversale postulato del necessario esame delle «istanze di tutte le parti coinvolte prima di assumere una qualsiasi decisione, onde evitare di maturare pregiudizi che potrebbero condizionare le successive valutazioni»⁷¹, può dirsi paragonabile a quello del processo tecnicamente inteso⁷².

durata del procedimento, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione, della separazione-distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, nonché del principio di pubblicità.

⁷⁰ Trattasi di principi e regole che vengono mutuati in vario modo: (i) attraverso rinvio, che può essere formale o recettizio, totale o parziale o dichiaratamente escludente, senza riserve o previa verifica di compatibilità con il contesto di destinazione, come nel caso dei vari principi contemplati dalla l. n. 689/1981 e di quelli recati dalla l. n. 241/1990 con peculiare riferimento all'individuazione del responsabile del procedimento e dei suoi compiti, nonché alla partecipazione (ovviamente non nelle forme e con la consistenza del contraddittorio) e all'accesso ai documenti amministrativi; (ii) riproducendo in maniera più o meno fedele le disposizioni della l. n. 689/1981 o della l. n. 241/1990, come nel caso dell'obbligo di motivazione del provvedimento conclusivo, con ampie aperture nei confronti della motivazione *per relationem* al contenuto degli atti istruttori e, in particolare della proposta di provvedimento, nonché della decisione in forma semplificata, ossia motivata con riferimento a uno soltanto o eventualmente a più punti decisivi della questione esaminata; (iii) riproponendo figure e istituti previsti dalla l. n. 689/1981 o dalla l. n. 241/1990 e adattandoli al particolare contesto di destinazione (si pensi, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità garante della concorrenza sul mercato al subprocedimento con impegni, che rimanda agli accordi di cui all'art. 11 l. n. 241/1990; (iv) ricorrendo all'interpretazione integrativa al fine di colmare eventuali carenze di disciplina, come nel caso delle illegittimità non invalidanti *ex art. 21-octies*, comma 2, l. n. 241/1990 e, sia pure con notevoli divergenze di opinioni, dell'intervento volontario a garanzia delle posizioni dei singoli, delle associazioni di categoria e di eventuali controinteressati pretermessi.

⁷¹ Così Cons. St., sez. VI, 2 maggio 2022, n. 3416.

⁷² E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni delle autorità di regolazione*, cit., p. 1050, evidenziano

Anzi, proprio da quest'assunto prende le mosse la giurisprudenza, per ritenere irrilevante la non applicazione di garanzie o l'omissione di adempimenti, contemplati dalle disposizioni processuali o comunque propri del processo, ma non previsti dalla normativa di settore⁷³; normativa che, pur se non intaccata dal contenzioso, è stata poi in qualche caso spontaneamente integrata con le garanzie o gli adempimenti originariamente mancanti ovvero sostituita con una *ex novo* recante un contraddittorio più "attrezzato" già in partenza.

La questione maggiormente problematica riguarda, in questi procedimenti, la necessità della sottoposizione al contraddittorio della contestazione originaria che sia mutata nel corso del procedimento a seguito delle risultanze dell'istruttoria.

Nel processo penale, e per la proprietà transitiva nei procedimenti amministrativi sanzionatori "ordinari", entrambi imperniati sul principio della corrispondenza tra "contestato e deciso", il mutamento della contestazione è ammissibile, alla stregua del principio di continenza, soltanto *in minus*; il che risolve a monte la conseguente questione della sua sottoposizione al contraddittorio.

Anche nei procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti il mutamento di che trattasi è ammissibile, essendo «*connaturale*» agli stessi che l'autorità possa «*adeguare la contestazione dell'illecito in relazione alle emergenze dell'istruttoria: d'altro canto, negare tale facoltà determinerebbe l'inutilità della partecipazione procedimentale*»⁷⁴; meno stringenti ne appaiono i limiti che, a voler utilizzare le categorie processuali, sono quelli dell'*emendatio libelli*⁷⁵.

In quest'ordine di idee, va da sé che la mutata (*rectius*: emendata) contesta-

che, nei procedimenti sanzionatori, «*il contraddittorio presenta un livello di garanzia ancora più elevato, anche se assai lontano dal contraddittorio orizzontale di natura processuale*».

⁷³ In materia di procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (A.G.C.M.), v. le pronunzie richiamate da M. RAMAJOLI, *Il procedimento*, cit., p. 668 e ss., con riferimento alle fattispecie dell'«*estromissione delle imprese interessate dalla fase di espletamento del subprocedimento peritale, del quale le parti possono avere conoscenza solo attraverso la relazione finale redatta dall'incaricato, a differenza di quanto dispone il più garantista art. 194 c.p.c.*», nonché dell'inesistenza di «*un ordine procedimentale vincolato che imponga la fissazione dell'audizione finale delle parti in data posteriore a quella del deposito delle memorie*». In materia di procedimenti sanzionatori di competenza della Commissione nazionale per la società e la borsa (CO.N.SO.B.), cfr. Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929 e 20935, che, nel rilevare come la normativa di settore (oggi modificata sullo specifico punto) prevedesse esclusivamente la contestazione degli addebiti e la valutazione delle controdeduzioni degli interessati, ha ritenuto irrilevante sia la mancata trasmissione a questi ultimi della relazione conclusiva dell'Ufficio sanzioni amministrative sia l'omessa audizione degli stessi da parte della Commissione, in quanto entrambi adempimenti non contemplati dalle disposizioni di riferimento vigenti all'epoca.

⁷⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 30 agosto 2023, n. 13477.

⁷⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 24 novembre 2023, n. 17530.

zione debba essere sottoposta al contraddittorio, incombente la cui mancata previsione ha comportato l'annullamento *in parte qua* della normativa di settore⁷⁶; e che, lì dove invece previsto⁷⁷, non sempre è stato correttamente inteso e applicato⁷⁸.

A voler, piuttosto che concludere, fissare il punto logico di ripartenza per proseguire in altra occasione e sede l'indagine fin qui soltanto avviata, potrebbe chiosarsi, mutuando liberamente un noto proverbio, "procedimento che vai, contraddittorio che trovi".

Il che, se per un verso comporta tutte le difficoltà di ordine sistemico, sistematico, interpretativo e applicativo che si è cercato fin qui di tratteggiare per passaggi essenziali, per altro verso non deve indurre nell'errore e neppure nella tentazione di assumere come pietra di paragone fissa il processo, uscendone il procedimento quasi fosse un dio minore sempre e comunque perdente al confronto.

Un'alternativa percorribile sembra essere quella di mettere in valore l'autonomia del procedimento e, soprattutto, delle garanzie ivi fruibili che, come non per forza devono (ma ben potrebbero) coincidere con quelle del processo⁷⁹, così certamente non sono riducibili neppure a mere formalità di passaggio, le cui eventuali carenze, quali che siano, possono essere in ogni caso compensate e recuperate in sede giurisdizionale.

In questa prospettiva, l'esistenza di più modelli di contraddittorio procedimentale, tra loro distinti e spesso anche assai distanti, ben può trasformarsi al-

⁷⁶ Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 e 28 marzo 2019, n. 2043 ha annullato, oltre al provvedimento sanzionatorio, anche il presupposto regolamento interno dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (I.V.ASS.), nella parte in cui (art. 10) «non prevede l'instaurazione di un contraddittorio con l'organo che, ricevuta la relazione istruttoria, è competente a irrogare la sanzione».

⁷⁷ Gli artt. 40 e 42 del regolamento sui procedimenti sanzionatori, di competenza dell'Autorità nazionale anticorruzione (A.N.A.C.), per la vigilanza sui contratti pubblici prevedono che, se dopo la preistruttoria l'Autorità provvede a integrare la contestazione originaria, la deve poi sottoporre «a un nuovo ed effettivo contraddittorio procedimentale e inviare la nuova comunicazione delle risultanze istruttorie, attesa la regressione del procedimento alla fase preistruttoria, prima dell'adozione del provvedimento sanzionatorio»: così Cons. St., sez. V, 16 giugno 2023, n. 5969.

⁷⁸ Nel caso, di cui alla nota precedente, deciso dal Consiglio di Stato, i provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità sono stati annullati, essendosi ritenuta insufficiente allo scopo «la presentazione, da parte della società, di una memoria partecipativa, in una precedente e diversa fase del procedimento, ossia nella fase "preistruttoria", espletata dopo la comunicazione di integrazione dell'avvio del procedimento» (sez. V, n. 5969/2023).

⁷⁹ Uno spunto in questo senso sembrerebbe potersi ritrarre da Cass., sez. II civ., 10 marzo 2016, n. 4725 e 3 gennaio 2019, n. 4 Sulla necessità (o, almeno, opportunità) che le garanzie procedurali coincidano con quelle previste dall'art. 6 della Convenzione EDU, C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 159 e ss. e p. 226 e ss.

lora, da elemento di criticità e confusione, come pure certamente appare a prima vista, in fattore di ricchezza e di personalizzazione della tutela in sede amministrativa a seconda delle peculiarità dello specifico contesto considerato, quale passo indispensabile per il conseguimento dell'effettività che la caratterizza.

Effettività che, non espressamente contemplata dalla nostra l. n. 241/1990, nell'ordinamento argentino invece, probabilmente non a caso, mette capo a quello, tra i principi fondamentali del procedimento enunciati dalla l. n. 19.549/1972, che risulta disciplinato per primo e a cui viene dedicato maggior spazio⁸⁰

⁸⁰ «ARTICULO 1° bis. – Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración. En función de ello, los procedimientos regidos en esta ley se ajustarán, además, a los siguientes principios y requisitos:

a) Tutela administrativa efectiva: los administrados tienen derecho a una tutela administrativa efectiva, que comprende la posibilidad de:

(i) Derecho a ser oído: de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos o a sus intereses jurídicamente tutelados, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

Quando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

Quando fuere exigible por norma de rango legal la realización de una audiencia pública, ésta se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable. Dicho procedimiento podrá ser complementado o sustituido por el mecanismo de consulta pública o el que resulte más idóneo, técnica o jurídicamente, para el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados y la adopción del acto de que se trate. El contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las autoridades administrativas, sin perjuicio del deber de éstas de considerar las principales cuestiones conducentes allí planteadas, para el dictado de los pertinentes actos.

(ii) 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 prueba 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 ello deberá realizarse bajo el oportuno control de los interesados y sus profesionales, quienes además podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.

(iii) Derecho a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas la prueba producida, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

(iv) Derecho a un plazo razonable: que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.».

NOTAS SOBRE EL PELIGRO EN LA DEMORA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES FRENTE AL ESTADO. LOS CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y SU UTILIDAD PARA EL DERECHO ARGENTINO

POR CARLOS A. VALLEFÍN¹

SUMARIO: 1. Presentación. – 2. La pretensión cautelar. – 3. El peligro en la demora. Aspectos generales. – 4. Algunos precedentes de los tribunales internacionales. – 5. Consideraciones finales.

1. *Presentación*

Este trabajo pretende honrar la memoria del profesor AGUSTÍN A. GORDILLO, cuya obra académica y docente ha trascendido los límites de la Argentina. Las ideas que defendió han encontrado continuidad en sus muchos discípulos y en los innumerables textos que las transcriben como referencia obligada. Las jornadas que en su honor se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la primavera del 2024 fueron una muestra de su espíritu ecuménico y de su vinculación con todas las voces jurídicas cualquiera fuera su preferencia ideológica².

Hemos escogido examinar algunos aspectos de las medidas cautelares frente al Estado, en particular el requisito del peligro en la demora. Pero para hacerlo emplearemos las enseñanzas que ofrecen los tribunales internacionales

¹ Abogado y Magister en Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de La Plata y en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Dictó numerosos cursos y conferencias en la Universidad de Palermo, la Universidad Católica Argentina, la Universidad Notarial Argentina, la Universidad de Belgrano, la Escuela de Abogados del Estado y en otras instituciones académicas argentinas y del exterior. Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

² Se reproduce aquí, con ligeras adaptaciones y añadido de notas, la exposición efectuada en el marco del encuentro celebrado en homenaje al profesor Gordillo el 5 de septiembre de 2024 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Además de dicha institución organizaron esa jornada la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), la Asociación Ítalo-Argentina de Profesores de Derecho Administrativo, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Palabras del Derecho, la Procuración del Tesoro de la Nación y Thomson Reuters.

sobre el punto. El profesor GORDILLO, tempranamente, acudió a los criterios de otras jurisdicciones, no para copiar sino para comparar con la realidad jurídica nacional y encontrar fortalezas y debilidades. Nos ha parecido entonces que, bajo esa inspiración, una referencia a las pautas establecidas por la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia que hemos definido, puede resultar de utilidad para leer el derecho argentino.

2. *La pretensión cautelar*

El régimen de las medidas cautelares frente al Estado ha sido objeto de una regulación especial. El Congreso de la Nación sancionó la ley 26.854 que, en el ámbito federal, ordena todos los aspectos: nacimiento, vigencia, modalidades y extinción. Hasta entonces, los tribunales aplicaban – con adaptaciones – las normas establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La cuestión tiene raíces más lejanas pues, en realidad, los procesos contra el Estado no cuentan con una regulación integral. En el ámbito federal, a diferencia de lo que acontece en el derecho público local, no existe un código procesal administrativo o contencioso administrativo. De aquí se deriva, un régimen fraccionado: una parte del proceso está gobernada por la ley 19.549 y otra, por el citado Código Procesal. Este punto tiene una larga historia que la extensión y propósito de este trabajo impide abordar.

Existe acuerdo en que la pretensión cautelar se halla básicamente sujeta a los mismos requisitos exigibles a toda pretensión procesal y que ésta debe satisfacer requisitos de admisibilidad y de fundabilidad. Los primeros comprenden la competencia del órgano judicial, la causa, el objeto y el tiempo de la pretensión. Los segundos son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la consideración del interés público. Por último, se exige una carga económica: la contracautela.

Una adecuada síntesis de éstos está contenida en reiterados pronunciamientos en estos términos:

El dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud; además el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad. En tal sentido, ha sido jurisprudencia reiterada que la procedencia de las medidas cautelares, justificadas, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, queda

subordinada a la verificación de los siguientes extremos insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, recaudos a los que se une un tercero, establecido de modo genérico para toda clase de medidas cautelares, esto es la contracautela. Dichos recaudos aparecen de tal modo entrelazados que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño y viceversa. Cuando existe el rigor de un daño extremo e irreparable, el riesgo del *fumus* puede atemperarse. A estos dos requisitos básicos – que deben ser examinados estrictamente – esto es, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora debe añadirse – como la califica la Corte Suprema de Justicia de la Nación – la imprescindible consideración del interés público.

3. *El peligro en la demora. Aspectos generales*

La jurisprudencia de los tribunales federales se mueve en dos direcciones. Considera, por una parte, que para evaluar si existe el peligro en la demora invocado como fundamento de la medida cautelar solicitada, debe apreciarse si, de resultar la sentencia favorable a las pretensiones del peticionario, el transcurso del tiempo necesario para llegar a ella puede tornar inoperantes sus efectos. Así, si los perjuicios invocados son fundamentalmente económicos, no se configura el peligro en la demora pues ellos pueden encontrar satisfacción en un adecuado resarcimiento. Pero por otra, sostiene que la “posibilidad de reparación no debe medirse en términos económicos. Basta con que la reparación in natura sea imposible o, al menos, difícil, para que proceda la suspensión del acto recurrido” y que los tribunales deben ponderar “si existe menor perjuicio en otorgar la medida que en negarla”³.

a. Lo irremplazable como daño irreparable y otras situaciones conexas

Los tribunales deben procurar, en tanto ello, naturalmente, sea posible y requerido, conferir al que demanda una protección en especie antes que en dinero. El dinero, por regla, confiere una tutela adecuada si y solo si puede ser

³ Esta sección del trabajo se asienta en una obra anterior. Véase Vallefín, Carlos A., *Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas*, 2ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2024. Véase especialmente el capítulo III, punto 8. Este capítulo es deudor, en aspectos sustanciales, del libro de Laycock, Douglas, *The Death of the Irreparable Injure Rule*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1991 al que remitimos.

utilizado para reemplazar la cosa específica que fue perdida. Sobre la base de estos principios pueden ensayarse una serie de categorías con el fin de determinar si en un caso dado concurre o no la existencia de un daño irreparable.

b. La pérdida no puede ser reemplazada

La tala de un bosque, la demolición de una construcción antigua y la destrucción de una obra de arte son los ejemplos clásicos. Tratándose de cosas fungibles el daño irreparable podría surgir de su escasez en el mercado o de la existencia de un monopolio. A su turno, cuando el asunto versa sobre la protección del medio ambiente, el derecho a votar, la libertad de cultos, la libertad de prensa, el derecho a la salud, etc., en virtud de su naturaleza no patrimonial la ausencia de una oportuna protección cautelar ocasionará, por regla, un perjuicio irreparable.

c. La pérdida solo puede ser reemplazada con dificultad

Puede afirmarse que no puede trazarse una clara línea divisoria entre lo que es reemplazable y lo que no lo es. No todos los casos – expresa LAYCOCK – enfrentan a los jueces con la restitución de la Mona Lisa. De allí que aquellos no exigen que “el reemplazo sea imposible a cualquier precio” sino que basta con que sea dificultoso. De no ser así, una carga que pesaba sobre el demandado – proveer un servicio, suministrar determinadas cosas, etc. – se desplazaría indebidamente hacia el actor que deberá enfrentar nuevos problemas para lograr la prestación equivalente.

d. Los daños ocasionados son difíciles de cuantificar

Esta situación se producirá cuando la valuación de un objeto constituye una operación complicada, sea porque a su respecto el mercado es poco activo sea porque es inexistente. Pero también, crecientemente, se considera que en el ámbito de las relaciones comerciales la frustración de una compleja transacción, la violación al régimen de marcas y patentes, la difusión de secretos comerciales, las prácticas desleales, etc., provocan perjuicios difícilmente mensurables.

e. El actor puede ser privado de legítimas ventajas tácticas

En el caso de la impugnación de una elección – en donde podría sostenerse que, frente al triunfo del actor, las elecciones pueden desarrollarse nuevamente – se juzgó que “permitir que la elección continúe colocaría la carga de la inercia

y la dilación del litigio sobre quienes la ley consideró que debían protegerse” y que ello constituye un supuesto de perjuicio irreparable.

f. La situación conduce a la insolvencia o enfrenta a un insolvente

Si, como se señaló, la posibilidad de promover una ulterior acción de daños y perjuicios constituye uno de los argumentos utilizados para negar la configuración de un perjuicio irreparable parece claro que no puede invocarse cuando se acredita que la acción se dirige contra una persona insolvente. Del mismo modo, si en defecto de una medida cautelar sobrevendrá la insolvencia para el actor, esta situación puede calificarse de perjuicio irreparable, aunque situaciones menos gravosas son suficientes para acreditar la existencia del recaudo que examinamos.

4. Algunos precedentes de los tribunales internacionales

a. La Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos – y su Comisión – ofrecen una valiosa orientación. El primero, pese a su singular competencia – decide sólo conflictos entre Estados – ha dado muestra del relevante papel que cumplen las medidas cautelares para la protección de los derechos humanos, en un caso que involucraba – dramáticamente, como se verá – la vida de personas que habían sido condenadas a la pena capital. El segundo ha desarrollado un extenso repertorio de precedentes que ha permitido la tutela de un abanico de derechos. El último – a cuya jurisdicción se halla sometido nuestro país – ha seguido un camino similar aventajando incluso, en ciertos aspectos, a su análogo europeo. Aun cuando la mayoría de ellas han estado dirigidas a salvaguardar la vida y la integridad de las personas, la protección ha sido ampliada en relación con otros derechos. Con las autorizadas palabras de A. A. Cançado Trindade⁴, “en la mayoría de los casos, las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interameri-

⁴ Integró y presidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1994-2008) e integró la Corte Internacional de Justicia desde 2009 hasta 2022, año en que falleció. Véase, el prólogo que escribió para el libro de Ernesto Rey Cantor y Ángela M. Rey Anaya, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, 2ª ed., UNAM, Temis, II-DH, Bogotá, 2008. La cita corresponde a la p. XXV. Véase también *O regime jurídico autónomo das medidas provisórias de proteção*, Fortaleza, Expressão Gráfica e Editora, 2017. El capítulo II está consagrado al derecho interamericano. El capítulo III contiene una perspectiva más universal que refiere a los precedentes – y a su propia actuación – de la Corte Internacional de Justicia.

cana, o las medidas urgentes dictadas por su Presidente, han protegido efectivamente derechos fundamentales, esencialmente el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal (física, psíquica y moral)”, pero “siendo todos los derechos humanos interrelacionados e indivisibles, no parece haber, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que vinieran a amparar otros derechos humanos, siempre y cuando se reunieran las precondiciones de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas”.

b. En este apartado compendiamos una serie de decisiones de tribunales internacionales – a nuestro juicio, en cierto sentido, de carácter paradigmático – que resolvieron medidas cautelares y examinaron con algún detalle la existencia del peligro en la demora y, en especial, la concurrencia de un perjuicio irreparable.

a. La suspensión de la ejecución de una sentencia que dispone la ejecución de una pena capital

La Corte Internacional de Justicia, pese a su singular competencia – decide sólo conflictos entre Estados – ha dado muestra del relevante papel que cumplen las medidas cautelares para la protección de los derechos humanos, en un caso que involucraba – dramáticamente – la vida de personas que habían sido condenadas a la pena capital. Se trata de los casos “Paraguay vs. Estados Unidos de Norteamérica” y “Alemania vs. Estados Unidos de Norteamérica”⁵, ambos de enorme similitud. Aquí, brevemente, nos referiremos al primero.

Ángel Breard fue condenado a muerte en 1993 por el intento de violación y el asesinato de una mujer, en Arlington, Virginia. Antes de su juicio, rechazó un ofrecimiento del fiscal para negociar la pena, una práctica habitual en dicho país. Allí podría haberse acordado una condena de cadena perpetua. En contra de los consejos de sus abogados, insistió en admitir su culpabilidad y en pedir clemencia al jurado, en la errónea creencia de que éste sería indulgente. Las autoridades del estado de Virginia nunca negaron que no le informaron de sus derechos consulares⁶. Cuando los funcionarios consulares paraguayos tuvieron

⁵ Las sentencias de la Corte fueron dictadas el 9-4-1998 y el 3-4-1999, respectivamente. En ambas causas, dictó medidas cautelares disponiendo que se suspendiese la ejecución de las sentencias que condenaban a la pena de muerte al ciudadano paraguayo – Ángel Francisco Breard – y al alemán – Walter LaGrand,. Un examen crítico – el país demandado en ninguno de los supuestos cumplió la medida ordenada – puede verse en el trabajo de Lluís Paradell Trius, “La precariedad del derecho internacional en los Estados Unidos: los casos Breard y LaGrand”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 2, 2000, p. 177 y siguientes.

⁶ La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares dispone (art. 36): “1. Con el fin de

conocimiento de la violación de la Convención, la causa ya había pasado por los tribunales de apelación del Estado. En los recursos presentados ante el tribunal federal, los abogados defensores sostuvieron que los funcionarios consulares paraguayos habrían convencido a Breard de que aceptara el ofrecimiento de negociar, explicándole las diferencias culturales y jurídicas entre Estados Unidos y su país de origen. Frente a la inminencia de la ejecución la República de Paraguay solicitó a la Corte Internacional de Justicia que emitiera una decisión vinculante para que no se llevara a cabo.

La Corte ordenó la adopción de “medidas provisionales”, exigiendo a los Estados Unidos de Norteamérica que “tomaran todas las medidas a su alcance” para aplazar la ejecución de Breard mientras se desarrollara el proceso tendiente a verificar si había existido o no una violación de la referida Convención. Para hacerlo expresó que consideraba que la ejecución de la pena capital “haría imposible que la Corte ordene la reparación que el Paraguay solicita y, por lo tanto, causaría un *daño irreparable* a los derechos que reclama”. Esta decisión compendia antológicamente los mejores principios y precedentes en materia cautelar. Y en lo que aquí interesa constituye un caso que exhibe al peligro en la demora en su máxima expresión.

b. La contaminación de las aguas de un río que es límite natural entre dos países

Argentina y Uruguay protagonizaron un conflicto que derivó en la intervención de la Corte Internacional de Justicia. Tuvo lugar entre 2005 y 2010 debido

facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello”. En la Argentina dicha Convención fue ratificada por la ley 17.081.

a la autorización del gobierno uruguayo para construir dos plantas de pasta de celulosa en su territorio y sobre las aguas binacionales del río Uruguay, cerca de las poblaciones uruguayas de Fray Bentos y argentina de Gualeguaychú. Argentina demandó a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia argumentando que la instalación de las plantas de celulosa era contaminante y que se había violado el procedimiento establecido en el Estatuto del Río Uruguay. Éste es un tratado internacional celebrado en 1962 entre los dos países para arreglar los usos, actividades y conservación del río, frontera entre ambos, en el tramo que comparten. Por su parte, Uruguay contra demandó a Argentina. Dicho tribunal se pronunció en la sentencia de fondo estableciendo – por mayoría – que la República Oriental del Uruguay no violó “sus obligaciones sustantivas” impuestas por el referido estatuto⁷.

Durante el trámite de la causa, ambos países solicitaron el dictado de medidas cautelares. Estos pedidos no prosperaron. En cuanto al de la Argentina, la Corte consideró que no había ningún elemento que demostrara que la decisión de Uruguay de autorizar la construcción de las plantas creaba *un riesgo inminente de perjuicio irreparable* al medio acuático del río o a los intereses económicos y sociales de las poblaciones ribereñas establecidas en la costa argentina del río. La Argentina – señaló – no pudo demostrar que la construcción de las plantas constituía una amenaza a los bienes referidos ni que la simple suspensión, mientras durara el proceso ante la Corte, fuera susceptible de borrar o de reparar las consecuencias económicas o sociales atribuidas a los trabajos de construcción. La demandante – según la Corte – tampoco probó en la etapa de medidas provisionales que la eventual contaminación que provocara el funcionamiento de las plantas fuera de naturaleza tal que causara un perjuicio irreparable al río Uruguay⁸.

⁷ Corte Internacional de Justicia, sentencia del 10-4-2010.

⁸ La resolución de las medidas cautelares contó con una meditada disidencia. “En el presente caso, la mayoría de la Corte ha concluido también que la Argentina no ha producido evidencia que pruebe que la futura operación de las plantas causará un daño irreparable al medio ambiente. Estoy en completo desacuerdo. Para alcanzar una conclusión semejante, la mayoría de la Corte debió hacer referencia explícita en la orden acerca de cómo evaluó la documentación producida por las partes. Lo que la Argentina debía probar, y lo que finalmente probó, es que las autorizaciones de los trabajos y la ejecución de los trabajos han generado una base razonable de incertidumbre sobre los probables efectos negativos al medio ambiente. Esto no es nada más que una aplicación directa del principio precautorio, que indiscutiblemente se encuentra en el núcleo central del derecho ambiental. En mi opinión, el principio precautorio no es una abstracción o un componente académico de un deseable *soft law*, sino una regla de derecho dentro del derecho internacional general vigente a la fecha” (juez *ad hoc* Vinuesa). Véase González Napolitano, Silvina S., “La decisión de la CIJ sobre el pedido de medidas provisionales en el caso relativo a las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay”, en “Lecciones y Ensayos” N° 83 (2007), pp. 173-191

c. La destrucción de embriones congelados

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en el caso “Evans c. Reino Unido”⁹ que se originó por un conflicto entre dos ex convivientes, en relación con el destino de varios embriones que fueron creados con gametos de ambos durante su relación de pareja. Dichos embriones tuvieron que ser criopreservados porque durante el proceso de reproducción asistida a la mujer le fueron diagnosticados tumores cancerígenos que determinaron que le fueran extirpados ambos ovarios con carácter urgente. Sin embargo, antes de que los embriones pudieran serle implantados, la relación finalizó. En este momento la mujer solicitó que los embriones creados con sus óvulos le fueran implantados, con el argumento de que constituían su “última oportunidad de tener un hijo genético”. El hombre, por su parte, se opuso a la petición de la mujer, con el argumento de que no podía ser forzado a procrear.

Al pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada señaló que, sin perjuicio de cualquier decisión del Tribunal sobre el fondo del caso, era conveniente para garantizar el correcto desarrollo del procedimiento, que el Reino Unido *tome las medidas apropiadas para garantizar que los embriones, cuya destrucción fue objeto de las quejas del demandante, sean preservados* hasta que el Tribunal haya completado su examen del caso¹⁰. Guardan cierto parentesco con la cuestión

que analiza exhaustivamente el punto. Asimismo, Tully, Stephen, “Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) (Provisional Measures) [2006] ICJ Rep 135” en “Australian International Law Journal” N° 13 p. 281 (2006) que insinúa una crítica al criterio adoptado, que debilita la protección del medio ambiente y priva a sus defensores de un poderoso instrumento procesal.

⁹ El tribunal resolvió inicialmente una medida cautelar – que es lo que aquí interesa – y luego pronunció sentencia sobre el fondo del asunto. En tanto la primera fue admitida, la pretensión principal fue rechazada, por mayoría.

¹⁰ La decisión fue dictada el 27-2-2005 por el Presidente de la Sala del Tribunal. La Sala la confirmó el 7-6-2005. Es conveniente tener presente que la Convención Europea de Derechos Humanos guarda silencio sobre las medidas cautelares. Éstas están previstas por el Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Regla 39 inciso 1 dispone que: “La Sala o, de ser apropiado, su Presidente podrán, a solicitud de una de las partes o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes la adopción de las medidas provisionales que se consideren oportunas en interés de las partes o para el desarrollo apropiado del procedimiento en curso”. Si bien el texto no las define no establece sus requisitos ni sus modalidades, la jurisprudencia del Tribunal – en lo que es de interés para esta nota – sostiene de manera constante que sólo pueden disponerse en situaciones de urgencia y cuando exista *un riesgo inminente de daño irreparable*. Véase Laurence Burgorgue-Larsen, “Interims measures in the European system of Human Rights” en “InterAmerican and European Human Rights Journal”, 2009, pp. 99-118, especialmente punto I, A.

una serie de precedentes que han abordado la conservación o extracción de semen de hombres fallecidos¹¹.

d. La expulsión de extranjeros y la separación del grupo familiar

Bajo la presidencia de Trump (2017-2021) el gobierno de los Estados Unidos de América implementó una política de tolerancia cero en materia migratoria que focalizó en los ingresos que se efectuaban por la frontera sur de ese país. Esa política llevó a la separación de miles de familias. Niños y adolescentes permanecían en el país mientras que sus padres y abuelos eran expulsados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹² decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de niños y niñas que habían sido separados de sus padres y madres como resultado de la política de “Tolerancia Cero”, que estaban bajo la custodia de la Oficina de Reasentamiento de Refugiados (alrededor de 572 niños y niñas). La solicitud de medidas cautelares había sido presentada por las instituciones nacionales de derechos humanos de México, Colombia, Ecuador, Guatemala, El Salvador y Honduras que alegaron que la separación de hijos e hijas de sus padres y/o madres podría causar un daño irreparable a sus derechos, en particular en el contexto del interés superior del niño. Tras analizar las alegaciones de hecho y de derecho, la Comisión consideró que la información presentada demostraba, en principio, que las personas beneficiarias se encontraban en una situación de gravedad y urgencia. Consecuentemente solicitó a Estados Unidos de Norteamérica adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos a la vida familiar, a la integridad

¹¹ Fuera de la jurisprudencia del Tribunal Europeo resulta relevante, la situación planteada en Canadá aunque abundan ejemplos en otras jurisdicciones. Una mujer solicitó la extracción de semen de su esposo fallecido repentinamente y con el que tenía planes de concebir. El juzgado de primera instancia ordenó a título cautelar la extracción. Señaló que el peligro en la demora derivaba de la urgencia que requería dicha práctica médica (*posthumous sperm retrieval*). Según los estudios disponibles a la fecha, el plazo en que debe efectuarse oscila entre un máximo de 24 y 36 horas. El tribunal revisor rechazó la pretensión principal. Dijo que debía desestimarse una solicitud para permitir el uso de material reproductivo de un donante fallecido para producir un embrión si el consentimiento del donante para ese uso no se había prestado de conformidad con la legislación aplicable. Véase “L.T. v. D.T. Estate”, resuelto por la *Court of Appeal for British Columbia*, el 24-11-2020 que transcribe la resolución cautelar de primera instancia. Una referencia a dicha sentencia y un comentario general sobre la técnica reproductiva examinada, puede encontrarse en el artículo de Naaman, Noy, “Affective Reproductive Legality: Navigating the Borderland of Life and Death” en “Yale Journal of Law and the Humanities”, vol. 35, p. 77 y siguientes (2024), especialmente punto III, nota 181.

¹² Adoptada el 16-8-2018, mediante la resolución 64/2018.

personal y a la identidad de los beneficiarios propuestos. Para hacerlo destacó que “los derechos a la protección de la familia, a la integridad personal y a la identidad pueden requerir protección cautelar en los contextos migratorios cuando la separación, por motivos específicos derivados de las circunstancias en las que ocurren, *pueden tener prima facie un impacto irreparable en esos derechos*”¹³.

5. Consideraciones finales

- a. Las medidas cautelares están en el centro de los instrumentos disponibles cuando se trata de alcanzar una pronta y eficaz protección judicial frente a las conductas estatales. La duración de los procesos continúa siendo un mal irresuelto. Las sucesivas reformas procesales y el incremento de juzgados y tribunales no han remediado un problema crónico que arrastra décadas de insatisfacción. La experiencia muestra que aquélla se computa en años y que los plazos no se cumplen o son incumplibles.
- b. La Argentina no es ajena a un problema que tiene dimensiones ecuménicas. En el orden federal una regulación específica – la ley 26.854 – gobierna los requisitos y modalidades de las medidas cautelares.
- c. Uno de esos requisitos – la acreditación del peligro en la demora – encuentra en la jurisprudencia nacional un amplio abanico que se extiende desde sus expresiones más débiles hasta la más categórica: el perjuicio irreparable.
- d. La breve presentación del tratamiento de las medidas cautelares en tribunales internacionales muestra una armonía con el que, en términos generales, ofrecen los tribunales nacionales. Probablemente, su incorporación a la discusión académica del derecho administrativo y procesal administrativo en nuestro país, permita mejorar la lectura que de aquéllos se viene realizando.

¹³ Véanse los considerandos 31 y 39.

EL CAMBIO DE PARADIGMA: RESULTADO Y COMPETENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS ITALIANO

FRANCESCO VETRÒ

SUMARIO: 1. La vocación poli-axiológica del contrato público. – 2. De la concepción contable a la intervención del derecho europeo. – 3. El nuevo Código de Contratos Públicos italiano y la codificación de los principios de la materia. – 4. El principio del resultado y el cambio de paradigma.

1. *La vocación poli-axiológica del contrato público*

La regulación de los contratos públicos representa uno de los ámbitos más relevantes y complejos del derecho administrativo, situándose en la intersección entre la necesidad de garantizar una gestión eficiente de los recursos públicos y la obligación de asegurar transparencia, igualdad de trato y competencia en el mercado.

El régimen de los contratos públicos¹ siempre ha ocupado un lugar central en las políticas públicas y en las decisiones de las estructuras que sustentan a los Estados modernos. Los intereses públicos y privados en juego eran (y siguen siendo) de máxima relevancia, tanto para el agente público como para el privado involucrados en las denominadas negociaciones públicas.

Para las organizaciones públicas, la adjudicación de contratos públicos constituye una herramienta esencial para su propia existencia (contratos públicos de instrumentalidad inmediata, destinados a adquirir obras, bienes y servicios necesarios para el funcionamiento del aparato administrativo) o para su legitimación (contratos de instrumentalidad mediata, utilizados para adquirir obras, bienes y servicios orientados a garantizar la atención concreta de los intereses públicos que la administración están legalmente obligadas a salvaguardar). Por su parte, para los sujetos privados, la posibilidad de acceder, en condiciones de igualdad y libre competencia, al “bien de la vida-contrato público” representa una oportunidad atractiva de crecimiento económico y reputacional, tanto dentro del mercado de los contratos públicos como en el sector espe-

¹ Sobre este tema, es fundamental partir de las reflexiones del Maestro Agustín Gordillo en *Los contratos administrativos*, originalmente publicado en *Derecho Administrativo de la Economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 333 y ss., posteriormente reproducido en el libro *Contratos Administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1982.

cífico en el que operan, incluso a través de relaciones con entidades distintas de las administraciones contratantes.

El creciente uso del instrumento contractual, que ha dado lugar a una nueva modalidad de actuación por parte de los poderes públicos (ya desde hace tiempo se habla de “gobernar mediante contrato”), ha conducido a frecuentes intervenciones legislativas en esta materia. Estas intervenciones han tenido como objetivo evitar espacios de actuación administrativa exentos de control de legalidad (conforme al artículo 97 de la Constitución) o esclarecer los aspectos más oscuros de la normativa. Estas reformas han sido estructurales, buscando garantizar que el régimen jurídico privado se adaptara adecuadamente a los contratos celebrados por la administración pública. Sin embargo, también han respondido a necesidades coyunturales: la crisis económica y la urgente necesidad de reactivar obras públicas y dotar al país de infraestructuras competitivas a nivel europeo; la pandemia y sus repercusiones sanitarias y económicas. Por ello, las reformas han perseguido a diversos fines: evitar zonas grises en la actividad administrativa, asegurar la competitividad del aparato estatal y proporcionar a las administraciones herramientas para adquirir rápidamente bienes y servicios esenciales en contextos históricos específicos, como equipos médico-sanitarios y tecnológicos durante la pandemia.

Esta vocación poli-axiológica inherente al contrato público ha impulsado su progresiva transformación², principalmente como resultado de la intervención del legislador europeo. Esto ha provocado un cambio desde una concepción contable del contrato público hacia un enfoque centrado en el objetivo de la máxima apertura a la competencia.

La última etapa de este proceso evolutivo culminó con la promulgación del nuevo Código de Contratos Públicos en Italia (Decreto Legislativo 31 de marzo de 2023, n. 36), que, aunque adoptado bajo las mismas directivas que el anterior (Decreto Legislativo 18 de abril de 2016, n. 50), ha generado un cambio de paradigma en la normativa. En este nuevo enfoque, el resultado³ vuelve a ocu-

² Para una visión general del tema, desde una perspectiva más amplia, véase G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986. Para algunas reflexiones reconstructivas sobre el asunto, cabe remitir a F. Vetrò, G. Lombardo, M. Petrachi, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, en «Il diritto dell'economia», n. 1, 2023, pp. 31 y ss.

³ Sobre el tema del resultado, la bibliografía es sumamente extensa. Como referencia no exhaustiva, se pueden consultar: las actas del congreso titulado “Principio di legalità e amministrazione di risultati celebrado en Palermo en 2003, recopiladas en el volumen M. Immordino, A. Police (eds.), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003; L. Iannotta,

par el centro de la disciplina, definido como la adjudicación y ejecución del contrato «con la *massima tempestività*» y «il migliore rapporto possibile tra *qualità e prezzo*»⁴.

2. De la concepción contable a la intervención del derecho europeo

La regulación italiana de la contratación pública ha estado tradicionalmente anclada en la llamada concepción “contable”⁵, según la cual el contrato público era un instrumento orientado exclusivamente a permitir que las administraciones públicas adquirieran, en el menor tiempo posible y al menor costo posible, las obras, bienes y servicios necesarios. En este marco, la actividad de la administración estaba esencialmente dirigida a identificar al contratista que ofreciera el menor gasto para el Estado. De allí la denominación “contable” y la inclusión de las disposiciones sobre contratación pública dentro del sistema normativo de contabilidad estatal⁶. Desde esta perspectiva, la publicidad de la selección del contratista se diseñaba únicamente para proteger los intereses financieros de la administración contratante, garantizando, solo de manera indirecta, la competencia entre los operadores económicos privados⁷.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, y especialmente debido a la intervención del legislador europeo, el contrato público experimentó una transformación progresiva hasta convertirse en una verdadera herramienta de política económica, destinada también a orientar las conductas de los operadores económicos hacia “modelos empresariales” más compatibles con los intereses no egoístas surgidos de la cambiante realidad social⁸ (sustentabilidad ambiental, protección de los trabajadores, eficiencia energética, etc.).

Merito, discrezionalità e risultato delle decisioni amministrative (l'arte di amministrare), en «Diritto processuale amministrativo», n. 1, 2005, pp. 1 y ss.; A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, en «Diritto amministrativo», n. 1, 2007, pp. 63 y ss.

⁴ Cfr. art. 1, d.lgs. n. 36/2023. La traducción es «con la máxima celeridad» y «la mejor relación posible entre calidad y precio».

⁵ En este sentido, véase. F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattualistica pubblica*, en AA. VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 317 y ss.

⁶ El r.d. 8 de noviembre de 1923, n. 2440, que también incluía la normativa sobre contratación pública, llevaba como título «*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato*».

⁷ Cfr. M. D'Alberty, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, en «Diritto amministrativo», n. 2, 2008, p. 297.

⁸ Sobre los fines sociales y ambientales de la normativa sobre contratación pública, véase E.

El legislador europeo, reconociendo la importancia económica del sector de los contratos públicos, comenzó a abordarlo con las primeras directivas de los años setenta del siglo pasado⁹. Estas directivas tenían como propósito garantizar, por un lado, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, y, por otro, fomentar una competencia efectiva en el sector. Dichas normativas iniciales buscaban proteger la libre circulación de trabajadores, bienes, capitales y empresas frente a las limitaciones derivadas de las normativas nacionales de la época, sobre las que aún se basaba la regulación del sector, que no estaba integrado en un verdadero mercado único¹⁰.

El cambio hacia una regulación común, orientada a garantizar la máxima apertura a la competencia y la igualdad de condiciones entre los operadores económicos privados, se produjo con el impulso del Acta Única Europea de 1986 y las directivas de fines de los años ochenta y noventa¹¹. En particular, el paquete de directivas de 1993¹² (y los actos normativos nacionales de implementación), marcó una reorganización de las disposiciones previas y una sistematización de la materia¹³, incluyendo también los sectores del agua, la energía y el transporte, consolidando el abandono definitivo de la concepción contable.

Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021.

⁹ La referencia es a las directivas 71/304/CEE sobre contratos de servicios relacionados con obras públicas, 71/305/CEE sobre obras públicas y 72/277/CEE sobre contratos de obras públicas, implementadas mediante la ley 8 de agosto de 1977, n. 584, y a las directivas 77/62/CEE y 80/767/CEE sobre contratos públicos de suministros, implementadas mediante la ley 30 de marzo de 1981, n. 113.

¹⁰ Como señaló M.A. Sandulli, *L'oggetto*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (dirigido por), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 8, dichas directivas se caracterizaban por un enfoque esencialmente "negativo".

¹¹ La referencia es a las directivas 88/295/CEE (sobre contratos públicos de suministros), implementada en Italia mediante el d.lgs. 24 de julio de 1992, n. 358; 89/440/CEE (sobre contratos de obras públicas), implementada en Italia mediante el d.lgs. 19 de diciembre de 1991, n. 406; 90/531/CEE (sobre contratos públicos de servicios, suministros y obras en los sectores del agua, la energía, las telecomunicaciones y el transporte), implementada mediante el d.lgs. 17 de marzo de 1995, n. 158; y 92/50/CEE (sobre contratos públicos de servicios), implementada mediante el d.lgs. 17 de marzo de 1995, n.º 157, y el d.lgs. 25 de febrero de 2000, n. 265. Cfr. M.P. Chiti, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, en A. Angeletti (ed.), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 144-145.

¹² La referencia es a las directivas 93/36/CEE (sobre contratos públicos de suministros), 93/37/CEE (sobre contratos públicos de obras) y 93/38/CEE (sobre los antiguos sectores excluidos).

¹³ Cfr. G. Morbidelli, M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, en M.P. Chiti, G. Greco (eds.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, t. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 463.

El impacto de la normativa europea ha determinado, por lo tanto, el rol central de la competencia en la contratación pública, ya no como un instrumento para identificar al contratista que garantizara el menor gasto de fondos públicos, sino como un fin último a perseguir por sí mismo, destinado a garantizar la protección del operador económico.

3. *El nuevo Código de Contratos Públicos italiano y la codificación de los principios de la materia*

El aspecto más innovador del nuevo Código de Contratos Públicos italiano es, sin duda, haber codificado los principios que rigen toda la materia¹⁴. A diferencia del d.lgs. n. 50/2016, que bajo la ambigua rúbrica de «Principios generales» se limitaba a delinear el ámbito de aplicación del código, las competencias legislativas entre el Estado y las regiones, e incluir una lista extensa de definiciones, el nuevo código comienza estableciendo, esta vez de manera efectiva, los principios que regulan la materia. Se trata de valores y criterios destinados a garantizar homogeneidad y coherencia lógica y epistemológica en todo el cuerpo normativo¹⁵. Como se ha observado con acierto, se trata de un caso singular de principios creados por los jueces y para los jueces, caracterizados por su notable refinamiento y tecnicidad¹⁶.

Las razones formales de esta elección se explican en el Informe de acompañamiento al borrador del código, donde se afirma que los principios hacen comprensible el diseño armónico, orgánico y unitario que subyace al código, en contraste con la fragmentación de sus partes, y permiten al mismo tiempo una mejor comprensión de estas al conectarlas con el conjunto. Los principios generales de un sector expresan valores y criterios inherentes al orden jurídico, que poseen una “memoria del todo” que las disposiciones individuales y específicas no pueden tener, aunque sean parte de ese todo¹⁷. Por otro lado, la razón de

¹⁴ Una lectura estimulante sobre el papel, la estructura y la fuerza de los principios, llevada a cabo entre la política del derecho y sus implicancias hermenéuticas, se encuentra en G. Morbidelli, *Intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, en «Munus», n. 3, 2023, pp. V y ss.

¹⁵ Sobre este punto, cabe remitir a F. Vetrò, *Spunti introduttivi alla sistematica dei principi e delle regole dei contratti pubblici*, en «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», n. 2, 2024, pp. 379 y ss.

¹⁶ Cfr. G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, en «giustizia-amministrativa.it», p. 18.

¹⁷ Cfr. Cons. St., *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 de diciembre de 2022, p. 11.

fondo no está escrita en ningún lugar. Sin embargo, es razonable pensar que la positivización de los principios de la materia es un intento de contener (aunque sea parcialmente) esa «crisis de la tipicidad» teorizada por Natalino Irti¹⁸. ¿En qué sentido? Es un hecho reconocido que una norma positiva no puede nacer como capaz de adaptarse a la indefinible variedad fenomenológica de la vida concreta. Requiere la elaboración interpretativa de una sub-regla adecuada para el propósito. Sin embargo, dicha sub-regla no puede derivarse de una actividad hermenéutica completamente libre e impredecible (o mejor dicho, incalculable), sino que debe operar dentro de límites legislativos predefinidos, ya sean estos principios generales, cláusulas generales o reglas específicas.

Desde esta perspectiva, y partiendo de las reflexiones de Fabio Saitta en su obra *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*¹⁹, se puede afirmar que la razón de fondo para establecer un conjunto de principios en la materia de contratos públicos reside en la intención de imprimir una elasticidad adecuada, moderada y equilibrada a las reglas. Esto busca evitar un sistema caótico donde la jurisprudencia creativa pueda conducir a soluciones radicalmente diferentes (o incluso opuestas) en casos concretos muy similares. Este enfoque también pone de manifiesto un aspecto significativo: la codificación de los principios de los contratos públicos refleja, en parte, una cierta desconfianza apenas disimulada de la política hacia el poder judicial²⁰.

¹⁸ Cfr. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, en «Rivista di diritto processuale», n. 1, 2014, pp. 36 y ss.

¹⁹ Cfr. F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023. Es un escrito poderoso y profundo. El núcleo de la tesis puede, sin embargo, resumirse con las palabras expresadas por el mismo autor en una entrevista-conversación con Enrico Zampetti, donde se lee – entre otras cosas – que «*un conto è dire che l'interprete deve valutare gli interessi cristallizzati nella norma e le possibilità di adeguare quest'ultima ai vari momenti dell'evoluzione storica, oppure osservare che ogni interpretazione esige una presa di coscienza della realtà storico-sociale del sistema e quindi un confronto tra il passato e il presente o anche notare che l'interprete non si deve porre in posizione passiva, ma deve immettere e far valere nel processo ermeneutico tutta l'attualità e contemporaneità del suo concreto e storico esistere. Fin qui, ci si limita ad attribuire all'interprete il ruolo di mediatore tra testo e caso, norma e vita, ed a superare la vetusta visione dell'interpretazione come operazione di mera sussunzione o di apodittico sillogismo. Occorre, tuttavia, distinguere tra una creazione quale scelta, da parte del giudice, dell'interpretazione maggiormente sostenibile tra i possibili significati ascrivibili all'enunciato normativo ed una creazione quale introduzione, nel contesto del diritto positivo, di nuove disposizioni normative*». Cfr. E. Zampetti, F. Saitta, «*Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*». Enrico Zampetti intervista Fabio Saitta, en «giustiziainsieme.it», 15 de junio de 2023.

²⁰ Cfr. G. Montedoro, *La funzione nomofilattica*, cit., p. 9.

En cualquier caso, la respuesta al interrogante sobre cuál es la función de los principios en el nuevo Código de Contratos Públicos no es única.

En primer lugar, buscan evitar la hiperregulación del sector, que ha llevado a la reducción de los márgenes de discrecionalidad administrativa y, como consecuencia patológica, al auge de la llamada administración defensiva y al fenómeno conocido como “miedo a la firma”. Esto ha generado funcionarios más preocupados por cumplir las reglas formales que por alcanzar el resultado final (adjudicar y ejecutar el contrato), paralizados por la mínima incertidumbre sobre el significado y alcance de las normas. En segundo lugar²¹, los principios pretenden un cambio de paradigma: la competencia ya no es el objetivo de los procedimientos de contratación pública, sino solo una herramienta para alcanzar el verdadero objetivo de estos procedimientos: la adjudicación y ejecución del contrato. Como se ha señalado acertadamente, con el nuevo código, el derecho de los contratos públicos deja de ser una rama del derecho comunitario de la competencia para convertirse en un capítulo fundamental del derecho administrativo nacional, centrado en la protección de los intereses públicos concretos y no en la promoción de la competencia entre operadores económicos²².

Por supuesto. Considerar favorablemente, en términos generales, la elección de positivizar los principios de la materia no debe llevar a sobreestimar su alcance innovador. Aunque la intención no fue tanto la de reiterar los principios “generalísimos” de la acción administrativa, sino la de proporcionar una base normativa más específica para una serie de principios “preceptivos” con validez operativa inmediata²³, muchos de ellos ya estaban presentes en la normativa europea (por ejemplo, el principio de acceso al mercado y el principio de autoorganización) o en la Constitución y en la ley sobre el procedimiento administrativo (por ejemplo, el principio de confianza, los principios de buena fe y confianza legítima, así como los principios de solidaridad y subsidiariedad horizontal, entre otros).

Aunque la positivización de los principios es en general una elección positiva, no debe sobreestimarse su carácter innovador. Muchos de estos principios ya estaban presentes en la normativa europea (por ejemplo, el principio de ac-

²¹ Es conocida la crítica sobre este punto de F. Cintioli, *Per qualche gara in più: il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020.

²² No solo: «*felicità dei cittadini, non benessere degli operatori economici; realizzazione, non procedura; diritto sostanziale, non gingillo procedimentale; anelito, non regolamentazione*». Cfr. F. Caringella, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: uno sguardo d'insieme*, en «italiappalti.it», 6 de marzo de 2023.

²³ Así, F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, en «giustiziainsieme.it», 8 de junio de 2023.

ceso al mercado y el principio de autoorganización) o en la Constitución y la ley sobre el procedimiento administrativo (por ejemplo, el principio de confianza, buena fe, solidaridad y subsidiariedad horizontal). No obstante, su codificación representa un resultado apreciable. Queda claro, sin embargo, que su codificación es un resultado positivo y apreciable.

Exceptuando la referencia a las normas sobre procedimiento administrativo y al Código Civil (art. 12), los principios del nuevo código pueden dividirse en dos grupos: principios cardinales (o superprincipios), que se sitúan axiológicamente en un plano de tendencia superior, y principios de detalle. Al primer grupo pertenecen el principio del resultado, de la confianza y del acceso al mercado, los cuales, según el art. 4, también actúan como criterios interpretativos y aplicativos de las normas del código. Su misión, además de orientar y conformar el ejercicio de la «función de contratación pública», es resolver las cuestiones interpretativas que puedan plantear las disposiciones específicas del código. En caso de duda, la solución hermenéutica a privilegiar será aquella que permita alcanzar el resultado administrativo, que sea coherente con la confianza en la administración, sus funcionarios y los operadores económicos, y que facilite el acceso más amplio posible al mercado para estos últimos²⁴. Por el contrario, al segundo grupo pertenecen los principios de buena fe y protección de la confianza legítima, los principios de solidaridad y subsidiariedad horizontal, el principio de autoorganización administrativa, el principio de autonomía contractual, el principio de preservación del equilibrio contractual, el principio de taxatividad de las causas de exclusión, el principio de máxima participación, así como el principio de aplicación de los convenios colectivos nacionales.

4. *El principio del resultado y el cambio de paradigma*

El principio del resultado (art. 1) es el que abre el articulado del nuevo código y representa una novedad de considerable importancia²⁵. Su positivización formal tiene un enorme significado, no solo evocativo y simbólico, sino también y, sobre todo, aplicativo. En él se establece que las «*stazioni appaltanti e gli enti*

²⁴ Cfr. Cons. St., *Schema definitivo*, cit., pp. 16-17.

²⁵ Sobre la incorporación del principio del resultado en el derecho positivo a través del nuevo Código de Contratos Públicos, es imprescindible la lectura de M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, en «federalismi.it», n. 9, 2024, pp. 205 y ss. Al mismo autor se debe la detallada reconstrucción de la teoría de la administración orientada al resultado, con un enfoque específico en el ejercicio de la función administrativa, contenida en su obra *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, cuya bibliografía complementaria constituye una referencia obligada.

concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza»²⁶.

Su proclamación podría parecer, a primera vista, algo obvio y redundante. De hecho, si se analiza con las herramientas y el aparato conceptual de otras ciencias sociales, pocos o nadie cuestionarían que la verdadera finalidad de la administración que licita y contrata es alcanzar, en el menor tiempo posible y en las mejores condiciones económicas, la adjudicación y ejecución del contrato cuya necesidad ha identificado. Sin embargo, la implementación axiológica del sector de los contratos públicos, influida por una pluralidad de valores que deben conciliarse y equilibrarse, ha llevado a una suma algebraica de factores, con consecuencias transformadoras.

La sensibilidad mostrada por el derecho europeo (tanto primario como secundario) hacia la protección de la competencia, considerada un requisito previo para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales que sustentan el mercado único, junto con la extendida creencia (en ocasiones acertada, en otras exagerada) de que los contratos públicos eran terreno fértil para la comisión de abusos y actos de corrupción, ha llevado a que, poco a poco, se perdiera de vista el verdadero objetivo de las contrataciones públicas. Al mismo tiempo, se ha producido un deterioro de la relación lógica que siempre debe existir entre el «medio» y el «fin»²⁷: la competencia y la transparencia dejaron de ser instrumentos útiles para facilitar la celebración de contratos públicos y se convirtieron en el objetivo mismo de la regulación de las contrataciones. Los entes públicos pasaron del «deber ser» de los contratantes (aunque sujetos al respeto de ciertas reglas) a «ser» primordialmente organismos obligados a gestionar cada procedimiento de licitación con una perspectiva ultra-competitiva. Por ello, debe celebrarse la decisión de devolver las cosas a su lugar, asignando a la com-

²⁶ Lo cual puede traducirse de la siguiente manera: «entidades adjudicadoras y los organismos concedentes persiguen el resultado de la adjudicación del contrato y su ejecución con la máxima rapidez y la mejor relación posible entre calidad y precio, respetando los principios de legalidad, transparencia y competencia».

²⁷ Según M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 169, lo que ocurrió con el impacto del derecho europeo en los contratos públicos fue una inversión (o un alineamiento) entre medios y fines. Al respecto, véase también M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impreses tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, en «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», n. 1, 2003, pp. 179-180, quien destaca cómo se ha producido un cambio en la relación entre los bienes jurídicos protegidos. Esto se debe a que la normativa comunitaria tiene como objetivo la liberalización de los mercados de contratación pública, otorgando una protección directa a la libertad económica de los competidores, la cual anteriormente recibía una protección solo indirecta, o más bien de manera reflejada, respecto de la protección del interés público de la administración.

petencia y la transparencia (la referencia a la legalidad puede considerarse, en cierto sentido, tautológica) el rol de medios para alcanzar el fin de celebrar, de manera oportuna y conveniente, contratos destinados a satisfacer mejor las necesidades de la demanda pública²⁸. De hecho, el código establece acertadamente que la competencia entre operadores económicos tiene como función lograr el mejor resultado posible en la adjudicación y ejecución de contratos, mientras que la transparencia se orienta a garantizar la máxima simplicidad y rapidez en la correcta aplicación de las normas, asegurando su completa verificabilidad²⁹. En este sentido, se ha afirmado que, en el nuevo código, la competencia asume un rol instrumental respecto al resultado, el cual, en virtud de su conexión con el principio de buen funcionamiento establecido en el art. 97 de la Constitución y con los principios de eficiencia y economía, adquiere un valor constitucional. Este resultado representa el elemento teleológico primario al que se orienta la regulación de la contratación pública³⁰.

Tampoco parece razonable concluir que con la proclamación del principio del resultado el derecho administrativo abdique de su función propia de establecer el equilibrio correcto en la dialéctica entre autoridad y libertad, ocupándose de algo que no le compete: la eficiencia administrativa. Resultan comparadas, en efecto, las observaciones de aquella doctrina que ha señalado que una concepción tan “romántica”, aunque teóricamente sólida, del derecho de las administraciones públicas ya no es sostenible si se analiza en el contexto histórico y normativo del derecho vivo³¹. Por otro lado, es innegable que vivimos y actuamos en un mundo en el que la eficiencia de la administración en el ejercicio de su función de contratación pública constituye un valor en sí mismo, capaz de satisfacer las demandas de los particulares. Se trata de un contexto histórico en el que el factor temporal ha asumido el carácter de un auténtico “bien de la vida-instrumental”, capaz de determinar la utilidad o inutilidad del “bien de la vida-final” que se busca en las relaciones con las organizaciones públicas.

Y además, el principio del resultado constituye la base de un auténtico cambio de paradigma: de un sistema, como era el original, en el que se buscaba regular de manera heterónoma cada decisión y elección de las administraciones

²⁸ O bien un límite, como señalado por M. Renna, *I principi*, en S. Fantini, H. Simonetti, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Milano, La Tribuna, 2023, p. 11, según el cual, en el sistema actual, axiológicamente inclinado hacia el resultado, «*la concorrenza può non essere né un fine né un mezzo, bensì un “limite”*».

²⁹ Cfr. art. 1, inciso 2, d.lgs. n. 36/2023.

³⁰ Cfr. N. Brignoli, *La disciplina degli appalti pubblici nei settori speciali: la deroga per le attività esposte alla concorrenza*, en «*federalismi.it*», n. 10, 2024, p. 47.

³¹ Cfr. F. Cintiola, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, en «*giustizia-amministrativa.it*», 2023, p. 9.

contratantes, se ha pasado a un sistema en el que la discrecionalidad administrativa recupera una vitalidad dinámica. Las administraciones ya no están obligadas a encajar rígida y mecánicamente sus decisiones dentro de casuísticas legislativas predeterminadas³². Guiadas e impulsadas por el resultado al que deben tender (la adjudicación y ejecución del mejor contrato posible)³³, ahora están llamadas a adaptar los rígidos esquemas normativos a las especificidades de cada licitación concreta. En el ejercicio de su discrecionalidad, las administraciones contratantes deben identificar la «regla del caso concreto», de modo que ejerzan «una función poética primordial destinada a completar el entramado normativo». Esto tiene implicaciones evidentes, entre las cuales destaca el hecho de que cada contrato, aunque respetando los puntos fijos establecidos por el legislador, tendrá su propia historia, construida a partir de procedimientos, decisiones, ponderaciones de intereses y determinaciones (tanto internas como externas al procedimiento), que no son en absoluto replicables de manera automática para otros casos contractuales. De hecho, la jurisprudencia administrativa ha llegado a establecer que no sería razonable considerar que la administración pública deja de velar por el interés público simplemente porque su objetivo se convierte en la licitación. Esto se evidencia al reflexionar sobre la elemental premisa de que ninguna organización puede tener éxito atendiendo únicamente a cumplir con los límites normativos sin preocuparse por alcanzar sus objetivos³⁴.

La discrecionalidad de la administración se sitúa, por tanto, en el centro del nuevo sistema de contratos públicos. Los mecanismos en los que deberá encontrarse la «regla del caso concreto» son variados: por ejemplo, la decisión de establecer una estructura de apoyo al Responsable Único del Procedimiento (R.U.P.), optar por la adjudicación directa, proceder con la ejecución anticipada del contrato antes de su formalización, o recurrir a subastas electrónicas, entre otros. Es evidente que la centralidad de las valoraciones discrecionales de la administración representa tanto una oportunidad como un riesgo. Una oportunidad, porque impulsa a las administraciones a orientarse hacia objetivos cla-

³² Como acertadamente lo ha señalado G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, en «Giornale di diritto amministrativo», n. 3, 2023, p. 293, la referencia a la iniciativa y a la autonomía pone de manifiesto un cambio significativo en la actividad administrativa contractual dentro de la escala de discrecionalidad, pasando de los niveles inferiores de una actividad casi reglada a los niveles superiores de una acción con amplios márgenes de discrecionalidad, apenas por debajo de la alta administración.

³³ Cfr. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, en G. Corso, M. Immordino (eds.), *Studi in onore di Filippo Salvia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 517 y ss.

³⁴ Así, Cons. St., Secc. IV, 20 de abril de 2023, n. 4014.

ros (goal-oriented), con las correspondientes repercusiones en términos de eficiencia y eficacia administrativa; un riesgo, porque la legitimidad de muchas decisiones discrecionales dependerá en gran medida de la capacidad de la administración para justificar adecuadamente sus decisiones. Como es sabido, la función de la motivación en los actos administrativos es permitir al ciudadano reconstruir el razonamiento lógico-jurídico que llevó a la administración a adoptar una determinada medida, con el fin de controlar el correcto ejercicio del poder y, eventualmente, hacer valer sus propios derechos. Dicho de otro modo, es necesario que la autoridad que emite el acto administrativo coloque al destinatario en condiciones de comprender las razones subyacentes a dicho acto³⁵. Asimismo, es conocido que no es posible definir un esquema rígido, fijo e inmutable para justificar un acto administrativo, ya que la profundidad del razonamiento varía en función de los efectos del acto, de sus destinatarios, del impacto del interés público perseguido sobre los intereses privados y aspectos similares³⁶.

De ello se desprende que, en ausencia de parámetros fijos para evaluar la completitud y la lógica de las motivaciones, la sostenibilidad del nuevo sistema de contratos públicos, centrado en la discrecionalidad de las administraciones, dependerá del nivel efectivo de capacidad administrativa. Esta capacidad se entiende como la habilidad para ejecutar funciones, resolver problemas, establecer objetivos y alcanzarlos. De aquí surge una pregunta: ¿las actuales competencias técnicas y profesionales de las administraciones contratantes estarán a la altura de la tarea que se les exige, es decir, identificar la regla del caso concreto y desarrollar una sólida fundamentación para respaldar las decisiones adoptadas? Es evidente que nadie tiene una respuesta definitiva, salvo que uno se deje llevar por el pesimismo basado en las experiencias de años pasados. Por lo tanto, será necesario esperar un tiempo para realizar los primeros balances y comprender si las administraciones son realmente capaces de gestionar las contrataciones públicas con un margen suficiente de discrecionalidad, ganándose así la confianza de quienes están interesados en la adjudicación de contratos públicos.

³⁵ Así, entre muchas otras, T.A.R., Lazio, Roma, Secc. II, 7 de junio de 2022, n. 7372.

³⁶ Así T.A.R. Veneto, Secc. II, 1º de octubre de 2020, n. 879.

CRISI DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E PARTECIPAZIONE AI PROCESSI DECISIONALI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE IN FUNZIONE COMPENSATIVA: PREMESSE PER UNA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DEL FENOMENO

ALBERTO ZITO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il principio di legalità e la sua crisi: il dibattito dottrinale. – 3. La crisi del principio di legalità: la posizione della giurisprudenza amministrativa. – 4. La partecipazione e la centralità che essa assume nel garantire i destinatari dell'esercizio del potere amministrativo. – 5. Premesse per una ricostruzione sistematica del rapporto tra principio di legalità (in crisi) e partecipazione al procedimento.

1. *Considerazioni introduttive*

Mettere in connessione il principio di legalità dell'azione amministrativa con la partecipazione ai processi decisionali delle pubbliche amministrazioni è oggi quantomai necessario. Per un verso il principio di legalità sembra conoscere una crisi indotta dalle scelte legislative e dagli orientamenti giurisprudenziali, che si riverbera necessariamente sulla tenuta delle costruzioni teoriche e dogmatiche elaborate dalla scienza del diritto amministrativo. Per altro verso la partecipazione viene sempre più spesso evocata ed invocata per compensare tale crisi al fine di non disperdere le garanzie per i privati che il menzionato principio assicura.

Mai, dunque, come in questo momento storico, il nesso tra legalità e partecipazione è così stretto da giustificare che su tali concetti sia necessario concentrare l'attenzione non soltanto al fine di ripensarne le definizioni così da renderle più aderenti al dato normativo e di realtà, ma anche al fine di verificare se l'utilizzo della partecipazione come fattore di compensazione della crisi del principio di legalità sia idonea al raggiungimento dell'obiettivo.

Come evidente, vi è materiale in abbondanza per avviare una proficua ricerca in tale senso, posto che siamo di fronte ad una situazione problematica, anzi altamente problematica, che non ha ancora ricevuto una adeguata sistemazione né in sede dogmatica né in sede teorica e intorno alla quale si gioca una partita fondamentale per la stessa tenuta del sistema democratico se, come è indubitabile e indiscutibile, il principio di legalità, nella sua definizione "canonica", co-

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

stituisce uno dei pilastri su cui si è edificato a partire dall'Ottocento lo Stato di diritto. Constatarne oggi la crisi non può dunque non creare un senso di disagio e financo di timore sul quale interrogarsi. Il presente contributo si pone pertanto l'obiettivo di avviare una prima riflessione sul tema avanzando qualche proposta ricostruttiva.

2. *Il principio di legalità e la sua crisi: il dibattito dottrinale*

La crisi del principio di legalità è, come si è già accennato, una questione al contempo complessa ed estremamente rilevante.

È complessa perché sulla portata del principio di legalità dell'azione amministrativa è in corso, perlomeno da un trentennio a questa parte, una importante opera di ridefinizione¹.

È estremamente rilevante perché, a prescindere dalla suddetta ridefinizione, il principio di legalità è nel contempo principio che legittima l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione; principio che opera in funzione di contenimento del potere grazie alla predeterminazione di vincoli procedurali e sostanziali fissati dalla fonte legislativa; principio che consente di tutelare il privato nei confronti di ogni tentazione di uso arbitrario del potere (sempre in agguato ogni qual volta si è in presenza di tale fenomeno) ovvero di illegittimo esercizio dello stesso².

¹ Nell'ambito degli studiosi di diritto amministrativo si può rinviare sin d'ora sul tema della crisi del principio di legalità a F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss., cui *adde* il volume *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007)*, Milano, Giuffrè, 2008, con molti e rilevanti contributi, su alcuni dei quali (pubblicati anche su rivista) ci si soffermerà nel prosieguo. Dedicando ampio spazio alla crisi del principio di legalità con argomentazioni molto approfondite su tale crisi M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371 ss. Peraltro, come ricorda l'autore, la questione era già stata segnalata molti anni prima da S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 698-699. Sulla crisi del principio di legalità cfr. anche le considerazioni di B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 1-28, secondo cui "Il complicarsi del sistema delle fonti e la crescente giurisprudenzializzazione degli ordinamenti invitano a sostituire il modello semplicistico della legalità con un più vasto e comprensivo «rispetto del diritto». Che sia venuto il momento di rinunciare al principio di legalità? O meglio, consapevoli che, per garantire i diritti, quel principio, proprio perché scavato nel solco illuministico-rivoluzionario per il quale «la libertà... a pour sauvegarde la loi», ha sempre parlato il «linguaggio del potere», non dovremmo iniziare a prendere atto che i valori garantistici che racchiude al suo interno sono sempre più diafani e meno appaganti?" (p. 27).

² Sul principio di legalità in generale, ma anche sul principio di legalità riferito alla pubblica

Sicché è proprio grazie ad esso che si è potuto costruire un ordinamento giuridico in cui il potere, da attributo intrinseco alla figura del suo titolare (prima dello stato di diritto il monarca), si è trasformato in uno strumento volto alla realizzazione dell'interesse pubblico che può convivere, grazie al *medium* costituito dalla legge, con la garanzia delle libertà e dei diritti che sono riconosciuti ai privati³.

Non è il caso, peraltro, di indugiare oltre sulla rilevanza del principio di legalità, perché le riflessioni svolte possono essere considerate patrimonio acquisito della scienza giuridica.

Molto più proficuo concentrare l'attenzione sulla questione della sua crisi, domandandoci in che cosa consista tale crisi. Il che impone di partire dalla de-

amministrazione, la bibliografia è sterminata. Dare indicazioni bibliografiche esaustive è impossibile. Si possono solo richiamare, in aggiunta ai singoli contributi, che sono stati indicati nelle note precedenti o che verranno indicati in quelle successive, le posizioni elaborate sugli aspetti che più coinvolgono il rapporto tra principio di legalità e ordinamento giuridico democratico. In proposito si può dire che, mentre vi è un consenso quasi unanime in dottrina sullo stretto rapporto che intercorre tra stato di diritto e principio di legalità, più variegata sono le posizioni sul fondamento (costituzionale) del principio che viene ravvisato ora nel principio democratico (cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001), ora nel principio di sovranità popolare (cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982), ora nel principio di uguaglianza (cfr. L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Padova, Cedam, 1965), ora nel principio della divisione dei poteri (cfr. G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, p. 259). Talvolta, soprattutto tra gli studiosi di diritto amministrativo, si è sostenuto che il principio in questione sia immanente al sistema giuridico (così ad esempio, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, Vol. I, p. 86). Con riferimento specifico al sistema amministrativo il punto più controverso è sempre stato quello di capire se il principio di legalità riguardi soltanto l'attività autoritativa della p.a. o anche l'attività di diritto privato. Questione non certamente di poco conto, atteso che dalla risposta che si fornisce discendono conseguenze pratiche assai rilevanti. Su quest'ultimo aspetto cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 19 ss.

³ Il principio di legalità ha certamente svolto il ruolo che si è indicato nel testo. Tuttavia, va pure segnalato come talvolta la dottrina ricordi che ai pregi e le virtù si affianchi un suo "volto oscuro" che ha condotto il principio stesso a legittimare regimi autoritari che si sono resi responsabili di tragiche esperienze storiche. In questo senso cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., il quale ricorda come il "volto oscuro della legalità ... si manifesta in tutta la sua tragica evidenza con i regimi totalitari del primo Novecento ... Legalità e autorità, che illuminismo e liberalismo avevano collocato su due sponde opposte (la legalità, associata a libertà e razionalità, era concepita come lo scudo dietro cui difendere i diritti individuali dagli attacchi dell'auctoritas statale), vengono ora conciliate, anzi ... l'una appare addirittura come il fondamento dell'altra" (p. 384). È giusto naturalmente mettere in evidenza simili rischi, purché si sottolinei però che la deriva in cui è stato trascinato il principio di legalità, nasce quando, come ricorda giustamente l'autore citato, si compie una operazione concettuale di *reductio ad unitatem* del principio di legalità e del principio di autorità, la quale non può che generare una sorta di perverso principio di infallibilità del pubblico potere. Il punto allora è tenere separati i due principi e dunque rimarcare con forza che il principio di legalità legittima l'esercizio del potere solo nella misura in cui lo limita e lo circoscrive.

finizione, per così dire, “classica” del principio di legalità (che è anche una definizione “forte”) ossia quella che lo connota nei termini di un principio in virtù del quale nessun potere può essere esercitato dalla pubblica amministrazione se non vi è una norma di legge che espressamente lo attribuisca, che individui l'organo competente ad esercitarlo, che indichi l'interesse pubblico, cui il potere stesso deve essere finalizzato, e che definisca le condizioni formali e i presupposti sostanziali del suo esercizio (tali ultimi presupposti fissati, in modo più o meno preciso, a seconda del tipo di potere, discrezionale o vincolato, che si intende conferire)⁴.

È infatti proprio questa concezione del principio di legalità dell'agire amministrativo che sembra entrata in crisi ed è ad essa che si contrappongono ricostruzioni diverse che rendono meno stringenti i vincoli prima ricordati.

Premettendo che principio di legalità è espressione che comprende non soltanto il riferimento alla legalità amministrativa (ma anche e quantomeno il riferimento alla legalità costituzionale, alla legalità penale, alla legalità eurounitaria e alla legalità internazionale)⁵ e che di una sua crisi si debba parlare dunque in termini generali, non è difficile cogliere, se si guarda allo stato dell'arte, un dato indiscutibile, ossia che il principio di legalità dell'azione amministrativa

⁴ Si è definito “forte” il significato del principio di legalità indicato nel testo in quanto la sua portata non si esaurisce nell'esercizio di un potere che culmina con l'adozione di un atto amministrativo non in contrasto con la legge (legalità come compatibilità) e non si esaurisce neanche nella circostanza che il potere, che si pretende di esercitare, deve essere attribuito dalla legge e dunque positivamente fondato su essa (legalità come autorizzazione), ma richiede che l'esercizio del potere amministrativo rispetti la forma prescritta, che l'atto che ne scaturisce rispetti il contenuto predeterminato, in modo più o meno preciso, dalla legge e che sia finalizzato alla cura dell'interesse pubblico. Nel corso della storia del principio di legalità, che si sviluppa, perlomeno nell'ambito della tradizione giuridica continentale, a partire dall'Ottocento, si assiste ad un progressivo incremento della “forza” del principio di legalità. Se esso viene originariamente sviluppato nel primo dei significati prima indicati, ossia come legalità compatibilità, le teorizzazioni successive ne accrescono progressivamente la portata sino a giungere alla nozione più ampia di cui si è detto. Su questi passaggi cfr. in particolare L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966, p. 113 ss. È peraltro da segnalare come non tutta la dottrina amministrativistica abbia concordato e concordi su questo significato del principio di legalità. Ad esempio, F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, sostiene che tale principio abbia una portata limitata ai soli settori coperti da riserva di legge, mentre al di fuori di tale ipotesi sarebbe sufficiente la predeterminazione da parte della pubblica amministrazione dei criteri cui si atterrà nell'esercizio del potere. Sulla questione del rapporto tra principio di legalità e predeterminazione dei criteri da parte della pubblica amministrazione cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997.

⁵ Le differenti declinazioni del principio di legalità e la crisi di cui tutte sono investite è questione trattata in modo approfondito da M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., in particolare p. 410 ss.

è stato oggetto di parziale rimodulazione in tutti gli aspetti salienti su cui si è edificata la costruzione teorica del suo significato in senso “forte”.

Ed infatti oggi a contare molto è soprattutto il fatto che il potere risulti correttamente finalizzato a raggiungere l’obiettivo, ossia la cura dell’interesse pubblico, mentre a contare meno è il fatto che il potere sia espressamente conferito dalla legge o che i presupposti sostanziali per il suo esercizio siano, ancorché in termini solo generali, predeterminati dalla legge stessa⁶, sicché è da ritenere ammissibile l’esercizio di poteri da parte della pubblica amministrazione non espressamente attribuiti dalla legge, ma necessari alla cura dell’interesse pubblico a condizione che essi risultino ricavabili dal potere espressamente attribuito dalla norma ovvero, nell’impossibilità di condurre una tale operazione ermeneutica, a condizione che risultino compatibili con il complesso delle disposizioni normative che regolano un certo settore, con l’ulteriore precisazione che tale giudizio di compatibilità va effettuato sulla base di un’interpretazione non letterale, bensì teleologica e sistematica della normativa presa a riferimento.

La prima conseguenza che ne è scaturita è stata quella di legittimare, in modo più forte e più pieno di quanto non sia avvenuto in passato, l’esercizio da parte della pubblica amministrazione dei cosiddetti poteri impliciti. Se non si può dire che tali poteri non fossero ammessi soprattutto dalla giurisprudenza⁷, è però da ricordare come il giudizio di ammissibilità nasceva il più delle volte attraverso una operazione ermeneutica che ricavava il potere implicito da quello esplicito. Oggi la torsione finalistica che il principio di legalità ha ricevuto è tale da potere prescindere da un tale *modus operandi*. Non è dunque un caso che si sia registrato negli ultimi vent’anni un forte interesse sul tema da parte della dottrina⁸ 9.

⁶ Per una ricostruzione esaustiva della nuova “legalità” si può senz’altro rinviare a M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., dove vi sono anche ampie ed esaustive indicazioni bibliografiche.

⁷ Sul punto cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 703 ss.

⁸ Il rinnovato interesse sul tema dei poteri amministrativi impliciti si è tradotto in lavori monografici e saggi di grande impegno e spessore teorico. Cfr. in particolare N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit. Di recente l’argomento è stato affrontato, sia pure nella prospettiva dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti, ma con una ricostruzione che ha un respiro più generale, da M. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁹ Una seconda conseguenza che potrebbe discendere dalla rivisitazione del significato del principio di legalità è quella di ritenere pienamente conformi a tale principio leggi che attribuiscono poteri amministrativi senza specificare, neanche per grandi linee, i presupposti per l’esercizio degli stessi. Il potere a questo punto sarebbe disciplinato essenzialmente dal vincolo derivante dall’interesse pubblico attribuito in cura e dall’applicazione dei principi generali che disci-

Alla luce delle considerazioni svolte, ben si comprende come la dottrina abbia potuto sostenere che la crisi del principio non discenda tanto, o soltanto, dalla divaricazione tra il modello teorico e la prassi, ma investa lo stesso modello e la sua capacità esplicativa¹⁰ con la conseguenza che esso deve essere sostituito da un altro modello in cui a venire in rilievo è quella che è stata icasticamente definita la legalità teleologica, progettuale e paratattica¹¹.

3. *La crisi del principio di legalità: la posizione della giurisprudenza amministrativa*

Si può essere d'accordo o meno con i più recenti orientamenti in tema di principio di legalità dell'azione amministrativa, però un dato emerge con certezza ossia che la crisi del principio di legalità ha fatto breccia anche nella giurisprudenza il cui orientamento conferma la centralità del profilo finalistico e la dequotazione di altri aspetti prima ritenuti salienti.

Senza necessità di dilungarsi in un'analisi puntuale di tale giurisprudenza, si può ricordare come vi sia ormai un orientamento al riguardo che può dirsi consolidato.

Già nel 2004 il Consiglio di Stato aveva infatti riconosciuto la possibilità per l'allora Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici di esercitare il potere di annullamento di un'attestazione rilasciata da una SOA autorizzata, pur in assenza di una norma attributiva di tale potere. L'argomentazione allora spesa dal giudice poggiava sulla circostanza che dal complesso dei poteri espressamente

plinano l'azione amministrativa nonché dagli eventuali criteri predeterminati dalla stessa autorità. Per un esempio di attribuzione di potere senza indicazione dei presupposti sostanziali per il suo esercizio cfr. l'art. 42 del D. Lgs. n. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ai sensi del quale *"Sono soggetti ad autorizzazione del Ministero dell'industria, sentito il comitato di sorveglianza: a) gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende; b) gli atti di alienazione e di locazione di beni immobili e di costituzione di diritti reali sui medesimi, gli atti di alienazione di beni mobili in blocco, di costituzione di pegno e le transazioni, se di valore indeterminato o superiore a euro 206.582 (lire quattrocento milioni)"*.

¹⁰ In questo senso M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., in particolare p. 373. L'uso metaforico dell'aggettivo "paratattico" rinvia alla "paratassi", ossia ad un collegamento sintattico tra due o più proposizioni all'interno di un periodo mediante giustapposizione o coordinazione e non mediante subordinazione. La paratassi è propria del discorso immediato e veloce e si contrappone all'ipotassi che è propria del discorso più complesso. Il principio di legalità paratattico ben evoca dunque una semplificazione dei suoi elementi costitutivi.

¹¹ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., secondo cui nell'evoluzione del principio di legalità si può leggere *"... il passaggio da una legalità corrispondentista, esecutiva e ipotattica a una nuova legalità teleologica, progettuale e paratattica"* (p. 424).

attribuiti all'Autorità, si poteva ricavare un potere strumentale di intervento diretto sulle attestazioni SOA in assenza del quale si sarebbe potuto vanificare il raggiungimento degli scopi che il legislatore si era prefissato¹².

Questa linea di tendenza prosegue nel 2005 allorquando in un caso molto noto, nel quale ad essere contestata era una delibera dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas, di cui si asseriva l'illegittimità perché adottata senza una chiara prescrizione normativa attributiva del potere esercitato, il giudice amministrativo, pur riconoscendo l'insussistenza di una norma esplicita che in tal senso disponesse, ha statuito la piena legittimità della delibera medesima in quanto con il potere esercitato l'Autorità stava perseguendo una finalità chiaramente indicata dalla legge¹³.

A distanza di venti anni il giudice amministrativo, affrontando questa volta un caso che riguardava una delibera della Consob, torna sulla questione, affermando che il principio di legalità, nella sua accezione "forte", "*possa subire adattamenti nella fase applicativa, riconoscendo l'ammissibilità della categoria dei poteri impliciti*", ossia di poteri "*che non sono espressamente contemplati nella legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia*" e che la perdita in termini di legalità sostanziale debba e possa proficuamente essere compensata dal rafforzamento della legalità procedimentale ed in particolare del principio di partecipazione¹⁴.

Nel mezzo dell'arco temporale che va dal 2004 al 2020 si collocano, come detto, altre sentenze che più o meno si muovono nella stessa logica¹⁵.

Dal panorama giurisprudenziale trova conferma il fatto che la giurisprudenza è concorde sulla necessità di una ridefinizione del contenuto e della portata

¹² Cfr. Cons. St., Sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 991, secondo cui "*è evidente che il dato normativo non può essere interpretato secondo una chiave puramente letterale ... Va invece interpretato in chiave logica e sistematica, che garantisca un significato utile delle norme e il raggiungimento degli scopi che il legislatore si è prefisso, vale a dire la creazione di un sistema efficiente ed efficace di qualificazione. Non è inutile osservare che ... l'interpretazione logica e sistematica ha anche il conforto del dato normativo letterale, purché attentamente ricostruito ...*" sicché dal complesso "*di poteri attribuiti all'Autorità si evince anche quello, strettamente strumentale, di intervento diretto sulle attestazioni, mediante annullamento delle stesse*".

¹³ Cfr. Cons. St., Sez. V, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827.

¹⁴ Così Cons. St., Sez. VI, sentenza 14 dicembre 2020, n. 7972. Sullo specifico profilo del rafforzamento della garanzia della partecipazione cfr. Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879; Cons. St., Sez. VI, sentenza 24 maggio 2016, n. 2182; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., Sez. VI, sentenza 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. St., Sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972.

¹⁵ *Ex multis* cfr. in particolare Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879; Cons. St., Sez. IV, sentenza 15 luglio 2019, n. 4993; Cons. St., Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., Sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972.

del principio di legalità. Semmai aggiunge un ulteriore tassello, che giustifica tale operazione, sottolineando talvolta come in determinate materie l'azione amministrativa (soprattutto quella di regolazione dei mercati svolta dalle cosiddette Autorità amministrative indipendenti) si estrinsechi attraverso l'adozione di prescrizioni, che hanno un contenuto tecnico e che devono essere costantemente adeguate, donde l'impossibilità di una previsione legislativa *ex ante* che possa, da un lato, definire i presupposti sostanziali dell'esercizio dei poteri e, dall'altro, tipizzare i medesimi.

Dunque, secondo la giurisprudenza, ci troveremmo di fronte ad una impossibilità di rispettare il principio di legalità in senso "forte" che deriva dal combinarsi di due fattori: per un verso vi è la ricordata impossibilità "tecnica", che giustifica la scelta del legislatore di adottare leggi-programma per usare la terminologia dei giudici; per altro verso vi è comunque la necessità di garantire la cura dell'interesse pubblico affidato all'Autorità amministrativa indipendente¹⁶.

¹⁶ Cfr. ad esempio Cons. St., Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532, secondo cui *"Come è noto, il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l'Autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività ... Nel caso degli atti di regolazione adottati dalle Autorità amministrative di settore (quali quelli della cui legittimità qui si discute) la legge, tuttavia, normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività. La parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ... secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si giustifica, nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti"*. Ma si può utilmente vedere anche Cons. St., Sez. V, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827, dove si legge che la legge n. 481 del 1995 ha natura programmatica e dunque costruisce funzionalmente i poteri dell'Autorità e che, pur avendo tale natura, *"non abbisogna di successive leggi attuative che specificano i limiti d'azione dell'Amministrazione indipendente"*, cui adde di recente Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879, dove si legge se è *"vero che il principio di legalità dell'azione amministrativa, di rilevanza costituzionale ... , impone che sia la legge ad individuare, anche se indirettamente, lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, d'ordine procedimentale e sostanziale, per l'esercizio in concreto dell'attività amministrativa"*, tuttavia *"è del pari vero, perlopiù, che la predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative, quando venga in rilievo il potere regolatorio di una Autorità amministrativa indipendente, può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace"*. Peraltro, sia pure con molta prudenza, anche la Corte Costituzionale sembra attenuare la portata del principio di legalità inteso in senso "forte". Cfr., per un esempio, Corte Cost., sentenza 6 febbraio 2009, n. 32, in cui pur ribadendo che *"la «assoluta indeterminazione» del potere demandato ad una pubblica amministrazione «senza l'indicazione*

Le considerazioni svolte sono più che sufficienti a mostrare come dalle ceneri del principio di legalità sia germogliata, attraverso la riflessione dottrinale e soprattutto gli orientamenti giurisprudenziali, una sua diversa concezione in cui al centro si colloca la relazione “privilegiata” tra potere amministrativo e cura dell’interesse pubblico e da cui discendono perlomeno tre corollari in ordine al rapporto tra il suddetto potere e la legge.

Il primo di essi è che il potere amministrativo non necessariamente deve essere espressamente previsto dalla legge, ben potendo esservi poteri impliciti¹⁷. Questi ultimi, peraltro, come accennato, non vanno necessariamente ricavati secondo un principio rigido di implicazione per cui il potere inespresso è da considerare ricompreso in quello espresso secondo un modello di riconoscimento non sconosciuto nella nostra cultura giuridica. I poteri impliciti infatti possono essere individuati, oltre che per implicazione, per così dire, diretta, anche attraverso il combinarsi di tre distinti elementi: l’essere il potere implicito necessario al perseguimento dell’interesse pubblico; compatibile con il quadro dei poteri attribuiti; giustificabile attraverso una interpretazione teleologica e sistematica del complesso normativo che regola una determinata materia o settore.

Il secondo corollario è che i suddetti poteri in quanto impliciti non sono *ex ante* né nominati né tipici, divenendo tali solo *ex post*, ossia dopo il loro concreto esercizio.

Il terzo corollario è che la disciplina legislativa può anche non definire i presupposti sostanziali per l’esercizio del potere sia pure quando vi ostino ragioni derivanti dal carattere tecnico delle prescrizioni che impediscono una previsione legislativa *ex ante*.

Il quarto corollario è che, a fronte di un principio di legalità che sembra perdere consistenza dal punto di vista della capacità di disciplinare i profili sostanziali dell’esercizio del potere amministrativo, deve essere incrementata la garanzia di quella che la giurisprudenza chiama la legalità procedurale ossia il rispetto del principio della partecipazione e del contraddittorio procedimentale.

di alcun criterio da parte della legge» viola il principio di legalità sostanziale”, afferma che l’indicazione da parte di una legge di un criterio sintetico non rende incostituzionale la legge alla luce dei principi desumibili dalla disciplina della materia.

¹⁷ Il tema dei poteri amministrativi impliciti non è sconosciuto alla dottrina amministrativistica. A partire dal 2000 questo interesse si ravviva a dimostrazione della sensibilità degli studiosi nel cogliere la centralità che il tema inevitabilmente era destinato ad assumere all’interno del più generale processo di trasformazione del nostro ordinamento giuridico per effetto di molteplici fenomeni, tra cui non ultimi vi sono il processo di globalizzazione e quello di integrazione europea. In proposito resta fondamentale lo studio di N. BASSI, *Principio di legalità ...*, cit.

È certamente possibile discutere in senso critico il nuovo paradigma del principio di legalità dell'agire amministrativo che sembra avere preso corpo in seno al nostro sistema giuridico ed esprimere rispetto ad esso consenso o dissenso¹⁸. Tuttavia esso è ormai da considerare a tutti gli effetti diritto vivente.

4. *La partecipazione e la centralità che essa assume nel garantire i destinatari dell'esercizio del potere amministrativo*

La crisi del principio di legalità dell'azione amministrativa carica l'istituto della partecipazione ai processi decisionali amministrativi di un compito assai gravoso, perché non v'è dubbio che tale istituto non esaurisca più la sua funzione nella tutela del privato di fronte all'esercizio del potere pubblico o nella sua collaborazione con la pubblica amministrazione, secondo le ricostruzioni tradizionali dell'istituto stesso.

La partecipazione diviene infatti un elemento fondante dello stesso sistema democratico in grado di compensare l'attenuarsi di uno dei suoi capisaldi e cioè che il potere amministrativo in tanto può dirsi legittimato *ex ante*, ossia prima del suo esercizio, e legittimo *ex post*, ossia dopo il suo esercizio, in quanto la legge non si limiti a conferire il potere e ad indicare il fine cui esso deve tendere, ma fissi in modo più o meno preciso presupposti e modalità di tale esercizio. In definitiva alla partecipazione viene affidata la tenuta dello stesso sistema democratico di fronte alla crisi del principio di legalità.

Il che pone perlomeno due interrogativi: la partecipazione può davvero compensare la crisi del principio di legalità? E, in caso di risposta affermativa,

¹⁸ Già a partire dagli anni Novanta del secolo scorso la dottrina coglie i segni della trasformazione del principio di legalità dandone letture opposte. Per una posizione favorevole al cambiamento cfr. S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista di Diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, p. 789 ss., dove si legge che “l'attribuzione al principio di legalità – che pure continua a svolgere un suo importante, ma limitato ruolo, come tutti i principi del passato che sono stati assimilati nelle culture o negli ordinamenti contemporanei – di un posto dominante, non è soltanto giuridicamente errata, conduce anche ad ulteriori errori. L'ossequio nominalistico per il legislatore, infatti, finisce per mettere in secondo piano altri, più sottili ed efficaci, metodi di controllo dei pubblici poteri” (p. 795). Per una posizione fortemente critica cfr. invece F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1997, p. 3303 ss., dove si legge che “A un certo punto, il principio di legalità così gelosamente custodito nella costituzione tedesca riscuote da noi sempre minori simpatie. Si attenua quasi senza consapevolezza il valore della garanzia ... si avverte quasi una sorta di fastidio, si afferma a un certo punto che il principio alquanto scomodo, mal si adatta ad una società che si va facendo sempre più complessa, a un certo punto lo si espone quasi al pubblico dileggio” per concludere nel senso che legalità ed efficienza “non possono formare oggetto di un baratto” (pp. 3305-3306).

è necessario ridefinire a livello concettuale i tratti qualificanti del fenomeno partecipativo soprattutto con riferimento all'incidenza che deve avere sulla decisione amministrativa?

Prima di abbozzare una risposta sono necessarie alcune preliminari considerazioni.

In primo luogo è opportuno ricordare come l'idea che la partecipazione sia qualcosa che appartenga a pieno titolo al circuito democratico e che anzi possa essere ricostruita come un istituto di democrazia amministrativa non sia affatto estranea alla dottrina italiana che sul punto ha sviluppato, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, notevoli contributi. In questa prospettiva la partecipazione è vista e teorizzata come un momento di ingresso del principio democratico nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni e dunque come espressione di attuazione del disegno costituzionale.

È sufficiente in questa sede ricordare i contributi di F. Benvenuti¹⁹, G. Berti²⁰ e U. Allegretti²¹, che, sia pure attraverso sentieri e percorsi argomentativi diversi, giungono però a saldare insieme democrazia e partecipazione amministrativa. Si tratta di contributi che deliberatamente si muovono in una prospettiva, che si potrebbe definire utopica²², senza però rinunciare a realizzare nella realtà frammenti di tale utopia e dunque a ridisegnare le concrete modalità di esercizio della funzione amministrativa da praticare qui ed ora e non in quell'indefinito orizzonte temporale futuro, che è proprio della tradizione di pensiero utopica perlomeno di quella delle origini.

Pur nel doveroso riconoscimento della centralità della partecipazione e della sua caratterizzazione quale istituto di democrazia amministrativa, non si può però sottacere un dato assai rilevante: le ricostruzioni che si muovono nell'ottica appena detta vedono nella partecipazione un istituto che arricchisce la di-

¹⁹ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà attiva e libertà garantita*, Venezia, Marsilio, 1994, ora anche in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, Vita e Pensiero, 2006, p. 869 ss. secondo cui "L'individuo non è soddisfatto se è soltanto garantito: vuole godere della soddisfazione degli antichi e cioè di quella che dà la partecipazione diretta al potere, e qui non tanto come partecipazione della e nella collettività o come numero di essa e in essa, ma come partecipazione personale in tutte quelle manifestazioni della sovranità che direttamente e individualmente possono interessarlo o coinvolgerlo" (pp. 910-911).

²⁰ Cfr. G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986.

²¹ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, in particolare p. 240 ss.

²² L'esistenza di uno rapporto, anche stretto, tra universo del discorso utopico ed universo del discorso giuridico è stato sovente trascurato dalla dottrina giuridica amministrativista con qualche lodevole eccezione costituita dalla riflessione di A. ROMANO TASSONE, <<Il nuovo cittadino>> di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia, in *Dir. amm.*, 2008, ora anche in, *Scritti giuridici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2024, p. 1203 ss.

mensione dell'azione amministrativa. Nessuna funzione compensativa è dunque chiamata a svolgere la partecipazione, ma semmai una funzione incrementale del tasso di democraticità del sistema amministrativo in accordo con il disegno costituzionale. Oggi invece il quadro, come detto, è assai diverso (e problematico).

In secondo luogo è opportuno ricordare come nella realtà, perlomeno da un cinquantennio a questa parte, si registri una vera e propria esplosione della domanda di partecipazione ai processi decisionali pubblici²³. A fronte di questa domanda vi è il progressivo, ma costante, ampliamento dell'offerta di partecipazione o perché essa viene prevista e regolamentata dalla legge o perché essa si impone dal basso (ovvero in altri termini le istituzioni pubbliche si mostrano disponibili ad accogliere la suddetta domanda e a consentire l'espressione delle soggettività sociali a prescindere dall'esistenza di uno specifico fondamento normativo). La domanda di partecipazione, infine, si indirizza sempre più nei confronti di quelle decisioni che, quand'anche destinate a risolversi attraverso l'adozione di un atto formalmente amministrativo, hanno un contenuto e una sostanza politico-amministrativa²⁴ quali sono, ad esempio, le decisioni che debbono essere adottate nella materia delle infrastrutture, delle grandi opere pubbliche, della riqualificazione urbana e naturalmente della tutela ambientale (e da questo punto di vista tali forme di partecipazione appaiono per molti aspetti diverse dalla partecipazione prevista dalla legge n. 241/1990).

La circostanza che nella realtà vi sia una forte domanda di partecipazione è certamente un fattore positivo che sembra fornire una ragione sia pure di tipo fattuale a quella funzione di compensazione rispetto alla crisi del principio di legalità cui deve ritenersi funzionale la partecipazione stessa.

²³ Per la nascita e l'evoluzione di questo fenomeno cfr. U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione...*, cit., in particolare p. 240 ss.

²⁴ L'esistenza di atti amministrativi che hanno, come detto nel testo, un contenuto o una sostanza politica, è fenomeno ben noto al giuspubblicista e segnatamente allo studioso di diritto amministrativo. Basti pensare alla figura dell'atto soggettivamente amministrativo, ma sostanzialmente politico, richiamata anche nel codice del processo amministrativo all'art. 7. Su questa tematica da ultimo cfr. esaurientemente L. DIOTALLEVI, *Atto politico e sindacato giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024. Lo stesso fenomeno della discrezionalità amministrativa vede un intreccio tra la dimensione politica e quella amministrativa atteso che la discrezionalità è anche, seppure non solo, la progressiva traduzione dell'indirizzo politico in indirizzo amministrativo fino al suo farsi provvedimento amministrativo (per quest'ordine di idee cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1969).

5. *Premesse per una ricostruzione sistematica del rapporto tra principio di legalità (in crisi) e partecipazione*

Rimane a questo punto da verificare se effettivamente la partecipazione possa assolvere a tale ruolo. Senza alcuna pretesa di fornire una risposta esauritiva a tale questione, qualche puntualizzazione può essere offerta.

È evidente, in primo luogo, come attribuire alla partecipazione la funzione compensativa, di cui si è detto, riposi su una idea ben precisa. A fronte all'esercizio di un potere amministrativo che per effetto della crisi del principio di legalità non trova sopra di sé troppe prescrizioni che definiscono i presupposti per il suo esercizio e pretende talvolta di farsi potere implicito, la compensazione che la partecipazione può offrire dipende in primo luogo dalla corretta qualificazione del fatto di realtà che proprio per il tramite della partecipazione stessa è possibile realizzare. Detto in altri termini è proprio la puntuale ricostruzione di tale fatto e la sua qualificazione in termini attendibili, che possono costituire nel contempo vincolo e limite di carattere oggettivo all'esercizio del potere amministrativo e dunque compensare la minore predeterminazione da parte della norma della fattispecie astratta attributiva del potere.

Tornano al riguardo utili le riflessioni svolte tanti anni addietro sul rapporto tra scienza del diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione da F. Benvenuti, secondo cui la vera essenza del fenomeno amministrativo sta nel fatto che l'agire della pubblica amministrazione si colloca tra due vincoli: il progetto che essa deve attuare, come definito per linee generali nelle sedi titolari dell'indirizzo politico, e le resistenze che alla sua attuazione impone la realtà materiale²⁵. Ebbene, per riprendere questo ordine concettuale è evidente che in presenza di poteri impliciti o di poteri amministrativi che si esercitano in spazi non coperti dalla legge, che possono essere anche molto ampi, la partecipazione in tanto può assolvere alla funzione compensativa che ad essa viene assegnata in quanto si rivolga in primo luogo ad apportare un contributo conoscitivo del fatto che alimenta quella resistenza all'esercizio del potere che è un elemento essenziale del fenomeno amministrativo.

È evidente però come ciò non basti. Se sono il fatto di realtà e la sua atten-

²⁵ F. BENVENUTI, *Per una autonoma scienza dell'amministrazione*, in *Amministrare*, 1986, p. 213 ss. ora anche in *Scritti giuridici*, vol. V, cit., p. 3893 ss., secondo cui "... l'amministrazione ha sempre una funzione di mediazione e cioè appare come il momento di risoluzione di una forza, che per ora chiameremo politica, verso quella forza che, per ora, chiameremo realtà effettuale. A ben guardare, però, la così detta forza politica non è se non un momento progettuale che si affida, per la propria realizzazione, al termine dell'amministrazione, mentre la realtà effettuale viene considerata non tanto in ciò che essa è, ma in ciò in cui essa può essere razionalmente compresa da quella stessa razionalità nella quale si esprime il programma o il progetto" (p. 3903).

dibile ricostruzione, di cui la stessa partecipazione deve farsi carico, a porsi come fattori di resistenza all'esercizio del potere amministrativo e dunque di garanzia del privato, specie allorché la fattispecie normativa risulti costruita per così dire "a maglie larghe", tutto ciò deve trovare il proprio logico e naturale completamento sul terreno processuale attraverso un controllo diretto del fatto da parte del giudice amministrativo, superando quelle titubanze che ancora oggi accompagnano tale controllo specie nel caso in cui la qualificazione del fatto passi attraverso la spendita della discrezionalità tecnica²⁶.

Al fine di realizzare la funzione compensativa che viene assegnata alla partecipazione non vi è però solo la necessità di prendere coscienza del ruolo nevralgico che la stessa deve assumere rispetto al fatto di realtà, ma occorre anche rivisitare il tema della incidenza che la stessa deve avere sulla decisione amministrativa.

Sino ad oggi tale questione è rimasta sottotraccia. Vi sono però plurime ragioni che spingono nella direzione di iniziare a riflettere in profondità sul tema.

Una volta, infatti, che la partecipazione deve, per un verso, compensare deficit di normatività rispetto al potere della pubblica amministrazione e, per altro verso, offrire una legittimazione democratica all'agire amministrativo, che non può più farsi discendere unicamente dalla legge, è evidente come occorra che la decisione, per essere legittima, debba necessariamente utilizzare il criterio della mediazione tra le diverse posizioni nella misura massima possibile.

Occorre insomma prendere atto che la partecipazione, a fronte del nuovo carico di funzioni che su di essa gravano, si avvia con forza a caratterizzare una forma di Stato democratico in cui il rapporto tra società civile e pubblici poteri è materialmente determinato e garantito attraverso un sistema di partecipazione dei cittadini singoli e associati alle decisioni pubbliche.

Si tratta di una sfida impegnativa per la scienza del diritto amministrativo che però può trovare un solido punto di partenza nel dibattito novecentesco che si è svolto sul cosiddetto "Stato dei partiti" ossia su quella forma democratica dello Stato in cui il rapporto tra società civile ed istituzioni era materialmente determinato e garantito attraverso il sistema dei partiti²⁷.

²⁶ È da sottolineare come la relazione privilegiata che si instaura tra il potere e la sua finalizzazione alla cura dell'interesse pubblico ponga, al di là del tema della partecipazione, la questione dell'accuratezza e profondità dell'istruttoria procedimentale e nel contempo dell'attendibilità e controllabilità dei fatti in essa emersi anche e soprattutto in sede giurisdizionale. Su questa complessa problematica e sul metodo da utilizzare per compiere tale operazione cfr. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, in particolare pp. 92-158.

²⁷ Sul tema cfr. A. NEGRI, *Lo Stato dei partiti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, pp. 1-60, poi ri-

Le affinità tra i due fenomeni sono evidenti per tre ordini di ragioni²⁸. Così come il sistema dei partiti ha rappresentato il punto di equilibrio tra autorità pubblica e pluralismo sociale, che è caratteristico della mediazione nello stato democratico contemporaneo, altrettanto è a dirsi oggi per la partecipazione. Così come il sistema dei partiti richiedeva (e richiede) l'adesione ad un comune metodo di decisione, ossia la discussione tra posizioni differenti senza che a nessuna possa attribuirsi in partenza un valore maggiore rispetto alle altre, altrettanto deve dirsi per le posizioni espresse nel procedimento amministrativo da parte dei partecipanti. Infine, così come il sistema dei partiti presuppone il pluralismo, altrettanto deve dirsi per la partecipazione, che dunque deve essere riconosciuta ai singoli e ai gruppi senza vagli preventivi troppo rigidi.

pubblicato in *La forma stato. Per una critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, Milano, 1977, pp. 111-149 (la definizione ricordata nel testo si trova alla p. 111 di tale volume).

²⁸ Le affinità di cui si parla nel testo erano già state colte da G. BERTI, *Diritto e Stato...*, cit.

Finito di stampare presso la *Grafica Elettronica* Napoli
nel mese di febbraio 2025

ISBN 979-12-235-0212-9



9 791223 502129