

REVISTA **AMAGIS** **Jurídica**

ISSN 2175-3849. v. 17 - n. 1 (jan.-abr. 2025)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 17, n. 1, jan.-abr. 2025



Belo Horizonte

2025

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 17, n. 1, jan.-abr. 2025)

EDITOR
Professor Doutor Richardson Xavier Brant

CONSELHO EDITORIAL

Professora Doutora Alice de Souza Birchall
- Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais (PUC Minas) e Faculdade de Direito de
Contagem (FDCON) - Belo Horizonte - Minas
Gerais, Brasil.

Professor Doutor Álvaro Afonso Penna de
Oliveira Pires - Universidade de Ottawa -
Ottawa, Canadá.

Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias
Monge - Faculdade de Direito da Universidade
de Lisboa - Lisboa, Portugal.

Professor Doutor Elian Pregno - Universidad
de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina.

Professor Doutor José Renato Nalini –
Uniregstral - São Paulo - São Paulo, Brasil.

Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
y Políticas de la Universidad Nacional del
Nordeste - Facultad de Ciencias Jurídicas y
Políticas de la Universidad de la Cuenca del
Plata - Corrientes, Argentina.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha
- Universidade do Porto - Porto - Portugal
(licenciado das atividades letivas para o
exercício do cargo de Juiz Conselheiro
do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte
Suprema – de Portugal).

Professor Doutor Ricardo Manoel de
Oliveira Moraes – Faculdade de Direito
Milton Campos – Belo Horizonte – Minas
Gerais, Brasil.

Organização, padronização e revisão linguística

Diagramação e editoração gráfica
Maria Rodrigues Mendes

Foto da capa: Rodrigo Albert/TJMG

www.amagis.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Amagis Jurídica. / Associação dos Magistrados Mineiros – vol. 17, n. 1 (jan. /
abr. 2025) __ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2025.
ISSN 2175-3849

Multilíngue.

1. Direito - periódicos I. Associação dos Magistrados Mineiros.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Helenilza Santana dos Santos
Bibliotecária CRB 13/871

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	7
-----------------------	----------

1

NATURA E RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA DELEGATO ALLE OPERAZIONI DI VENDITA NELL'ESPROPRIAZIONE FORZATA <i>Ernesto Fabiani</i>	17
---	----

2

COMPETITION AND ENVIRONMENT: CONFLICT OR CONFLUENCE? SOME REFLECTIONS ON SUSTAINABILITY AGREEMENTS UNDER ARTICLE 101(3) OF THE TFEU <i>Francesco de Leonardis</i>	99
---	----

3

SOBRE LA ADAPTACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO A LOS REQUERIMIENTOS DEL PAISAJE, DEL PATRIMONIO CULTURAL, DE AS “INFRAESTRUCTURAS VERDES” Y DEL “TERRITORIO CIRCULAR”: UNA PROPUESTA DE EVOLUCIÓN EN EL PARADIGMA SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: DE LOS PLANES A LA GESTIÓN TERRITORIAL <i>Jorge Agudo González</i>	121
---	-----

4

LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ARGENTINA REFORMADA POR LA LEY DE BASES Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN <i>Luis Eduardo Rey Vázquez</i>	183
---	-----

5

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHOS DE LOS ADULTOS MAYORES: SOBRE EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE PROGRESO Y TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS

***Mauricio Goldfarb*..... 207**

6

DIREITO NA ESFERA VIRTUAL: O USO INDEVIDO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DAS *FAKE NEWS* PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA

***Raquel Fabiana Lopes SpareMBERger; Caroline de Lima Veleda*..... 229**

7

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DOCUMENTO NOTARIAL (ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y LAS ESCRITURAS PÚBLICAS)

***Sebastián Justo Cosola*..... 251**

8

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS EN EL MARCO DE UN TRATADO (NUEVA YORK, 2014) O CONVENCIÓN DE MAURICIO

***Victor Hugo Guerra Hernández*..... 287**

9

AS COMPARED TO WHAT?

***Alan B. Morrison*..... 310**

10

CRISTIANISMO Y DERECHO: UNA VISIÓN DE FUTURO

***Rafael Domingo Oslé*..... 319**

EDITORIAL

Prezados(as) leitores(as),

É com imensa satisfação que apresentamos a mais recente edição da Revista Amagis Jurídica, ano 2025, n. 17, um marco em nosso compromisso contínuo com a difusão do conhecimento jurídico e a análise crítica dos temas que moldam o cenário atual.

Este primeiro quadrimestre de 2025 é particularmente significativo, pois celebramos a gestão da Magistrada Rosimeire das Graças do Couto, a primeira mulher eleita para a Presidência da nossa Associação de classe, Amagis. Este fato emblemático não apenas ressalta o avanço e a representatividade em nossa Magistratura mineira, mas também inspira uma nova perspectiva e um compromisso renovado com a equidade e a inovação.

Acolhemos, com vibrante entusiasmo, a assunção da Magistrada Daniela de Freitas Marques na Presidência da Associação Mantenedora; e do Magistrado Henrique Abi-Ackel na Direção-Geral da Escola Superior Desembargadora Jane Silva.

Renovam-se as perspectivas em uma nova fase da Escola, em segundo período de gestão, marcada pela contribuição de novos integrantes, todos reconhecidos por sua singular inteligência e por longos anos de dedicação às causas da Magistratura.

Nesta edição, buscamos manter o alto padrão de qualidade e relevância que caracteriza a Revista Amagis Jurídica, trazendo discussões aprofundadas sobre variados temas, que dialogam sobre os desafios e as transformações da nossa sociedade.

Este veículo tornou-se um espaço dedicado à reflexão científica e à produção de conhecimento que, acreditamos, ser essencial para uma visão crítica e emancipadora do Direito em época de tantos desafios.

Gostaríamos de expressar nossa sincera gratidão à gestão anterior, cujo trabalho dedicado e visão contribuíram significativamente para a consolidação deste periódico como um importante fórum de debate jurídico.

A produção jurídica, em seu viés político e filosófico, transcende a mera aplicação de normas; ela se constitui como um pilar fundamental na construção de uma sociedade mais justa e equitativa. Por meio da análise rigorosa, do debate aberto e da apresentação de novas perspectivas, buscamos fomentar um ambiente de constante aprimoramento e de enfrentamento dos desafios complexos que se apresentam no atual contexto jurídico e social.

Passa-se à apresentação de cada contribuição deste número que vem de lugares diferentes na Europa, nos EUA e na América do Sul, com contribuições da Argentina e Venezuela.

Uma das fases do processo de conhecimento é execução da Sentença. E há processos judiciais que se iniciam na fase de execução, a denominada execução forçada. O Código de Processo Civil, de 2015, criou o mecanismo da venda do produto penhorado sem a atividade direta do leiloeiro oficial, no interior do Fórum, como era o só caminho. Há, portanto, uma delegação da atividade da transformação do produto penhorado em dinheiro, para satisfação da execução. Delegação de autoria do Juiz da causa. O Professor Doutor (Università degli Studi di Bologna e Università degli Studi del Sannio, da Itália) Ernesto Fabiani trabalhou arduamente em uma pesquisa em que aponta, com fundamentos consistentes, a responsabilidade civil do Juiz que delega a atividade da venda dos produtos penhorados em execução forçada. Mostra que a responsabilidade inicial é do Juiz delegante e que, se e somente se o agente delegado extrapolar os termos da delegação, essa passa a ser o responsável pelos eventuais danos causados. Mostra o autor que, considerando que o agente delegado é auxiliar ou substituto efetivo do Juiz, deve ter qualidades

previamente averiguadas. E que a atividade delegada é uma dação de competência ao agente como extensão do Poder Judiciário.

Originário da Itália, mas escrito em Inglês, aparece o artigo científico “Competition and environment: conflict or confluence? Some reflections on sustainability agreements under article 101(3) of the TFEU”, de autoria do Professor Doutor Francesco de Leonardis (da Università degli Studi di Roma). Reconhecido autor de diversos livros e artigos científicos, o Professor disserta sobre Direito da Concorrência em consonância com o Direito Ambiental. Aparentemente distintos, os segmentos do Direito se comunicam no texto, apresentando conceitos que comprovam a união dos temas e a comprovação de que o Direito é único, apresentando-se distinto apenas para efeitos de especialização e, em Cursos de Direito, divisão em disciplinas. A demonstração é que, na Itália, a coleta de resíduos sólidos e a destinação destes “lixos” guardam respeito à questão ambiental e, por outro lado, a Administração Pública faz concorrência entre as pretendentes prestadoras de serviço, para escolha de quem ofereça não apenas o melhor preço, mas o destino mais ambientalmente seguro para os resíduos urbanos e industriais. Trata-se de um texto inovador, próprio para ser estudado por todos os segmentos do Direito.

Em um mundo cada vez mais urbano, há segmentos do Direito que passam a ganhar ênfase encorpada em progressões geométricas. O Direito Urbanístico é um dos campos do Direito que mais são credores de atenção. A vida em sociedade precisa ser regrada em relação aos loteamentos, às construções, às fixações de zonas exclusivamente residenciais, mistas ou comerciais. E, dentro das zonas industriais, há que se pensar em indústrias altamente poluentes e outras espécies não poluentes. No segmento comercial, há que se pensar em armazenamento de explosivos, inflamáveis e outras espécies que requerem atenção individualizada. Há também que se falar em patrimônio cultural, as áreas verdes, a paisagem urbana de embelezamento e de produção de oxigênio. Pode-se dizer que o Direito Urbanístico cuida dos Direitos difusos, os que trazem benefícios a todos, indistintamente. Todos esses temas se encaixam no conceito de “território”. O Professor Doutor (da Universidad Autónoma de

Madrid) Jorge Agudo González escreveu um artigo definindo essas e outras questões territoriais e urbanísticas, demonstrando que enquanto o progresso chega a galope em multiplicação geométrica, a legislação urbanística dá lentos passos, em soma (que nem chega a ser uma progressão) aritmética. O autor ainda propõe pontos para que a legislação integrante do Direito Urbanístico decole com um ritmo mais condizente com as necessidades humanas dos atuais tempos, planejando o território urbano que leve em consideração a complexidade do crescimento dos espaços urbanos, sem descuidar da necessidade de apresentar regras rígidas, porém exequíveis. E, paralelamente à legislação, a proposta é que a Administração Pública esteja equipada para fazer cumprir as regras e o código de posturas. Especialmente quando se leva em consideração que, no Brasil, a política urbana é da competência dos Municípios, deve-se adaptar os ensinamentos do autor do texto para que a legislação federal traça parâmetros para os Municípios fazerem as adaptações, mas sem muita margem de inovação em termos de responsabilidade fiscal e administrativa.

Na Argentina, a Lei dos Procedimentos Administrativos – que contém regras para os procedimentos de cunho administrativo – é do ano de 1972. Vários conceitos foram inseridos no Direito Administrativo desde que a referida Lei entrou em vigor até os nossos dias. Questões como ampla defesa, contraditório e a necessidade ou não de advogado para acompanhamento de feito administrativo, são exemplos do que merece reflexão neste campo do Direito. No meio do ano de 2024, uma nova lei trouxe diversas inovações para a Lei argentina dos Procedimentos Administrativos. Um dos mais respeitados autores do segmento do Direito Administrativo, e Professor em Universidade em Corrientes e Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Corrientes (Corrientes é uma Província da Argentina, e o Supremo Tribunal de Justiça correspondente ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais) dedicou-se a escrever um artigo analisando as principais mudanças na lei em assunto. O Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez é o referido autor. Por sinal, competente e tido como um dos mais ativos do segmento na Argentina. O artigo mostra as mudanças e suas influências nos procedimentos, a partir

do momento da entrada em vigor. E traz fundamento em doutrina também capacitada.

De autoria do Professor Doutor Mauricio Goldfarb, vem da Argentina o artigo científico denominado “Nuevas tecnologías y derechos de los adultos mayores: sobre el necesario equilibrio entre progreso y tutela efectiva de los derechos”. O autor leciona na Universidad Nacional del Nordeste, na Província de Corrientes. A proposta é tratar dos possíveis impactos da tecnologia da informação nos direitos dos idosos. A análise parte do ponto de que, para alguns idosos, a tecnologia traz mais dificuldades e exclusões, além da dependência em relação a pessoas que dominam o segmento. E, sobretudo, torna os idosos mais vulneráveis a quem “comanda” a vida quando o que vale como vida se encontra em função dos acessos aos meios tecnológicos. A preferência que a lei tenta ofertar aos idosos é, muitas vezes, paralisada ou limitada em razão dos equipamentos da tecnologia, os acessos virtuais, as senhas e as “assinaturas” agora limitadas a dígitos e elementos muitas vezes identificados com nomes estrangeiros (diz-se com naturalidade “underline” sendo que “sublinha” é termo existente na Língua Portuguesa há um milênio). Muitas vezes, a vulnerabilidade bate à porta dos idosos, em razão dos equipamentos eletrônicos cujo domínio depende de algum conhecimento de Informática ou, pelo menos, um repetido acesso (o que, em verdade, para muitos idosos, é uma utopia, como os acessos aos caixas eletrônicos dos bancos, para saque das aposentadorias ou benefícios, o que acontece somente uma vez por mês). Além da dependência, a tecnologia pode tornar o idoso uma presa fácil para criminosos. Alguns deles, dentro da própria família e com acesso fácil à pessoa vulnerável.

O Direito é constituído de duas faces, bastante distintas. A principal delas é a existência de leis. Ao lado da fonte de Direito que tem a lei como base, há a doutrina e os costumes. E, a aplicação da lei gera a jurisprudência, também fonte do Direito. A outra face do Direito se torna evidente quando aparecem situações inusitadas, novas, inovadoras, e que requerem uma atitude do Poder Judiciário, quando exigida a sua participação. E, na fase intermediária da existência de fatores surpreendentes e as regras que trazem harmo-

nia para o convívio social, fica o pleito pela existência de normas, considerando, principalmente, que a simples moral (ou educação) seja insuficiente para a conduta humana em frente a determinados fatos. Há, neste campo ainda não contornado pela lei, no Brasil, a inicial inundação de notícias falsas, especialmente quando se trata de interesses políticos. Não somente em época de eleições, como também durante o exercício dos mandatos. As notícias falsas (em Inglês, *fake news*) ultrapassaram o nível da suportabilidade, considerando que estão influenciando o povo, especialmente o desprovido de boa educação – e por isso, há um segmento político para o qual quanto maior o analfabetismo funcional do brasileiro, melhores são os seus resultados nas urnas e processos eleitorais. Para fortalecer as fontes geradoras de notícias falsas, a Inteligência Artificial surgiu trazendo a possibilidade de qualquer pessoa falar o que bem quiser (no sentido de ler um texto) e usar da tecnologia da Inteligência Artificial para fazer com que a mensagem tenha a imagem (inicialmente verdadeira) e a voz idêntica de uma pessoa, fazendo com que quem vier a ver a imagem entender que é a própria pessoa do vídeo que está falando. Os movimentos de boca, os gestos, as movimentações de corpo... tudo leva a uma igualdade em relação à pessoa cuja imagem está sendo fraudulentamente utilizada. E, perante as pessoas desprovidas de conhecimento, fica parecendo que a pessoa – sim, ela própria – está anunciando o texto que o falsário redigiu e narrou. Quem escreve sobre o tema, mostrando a necessidade de urgente legislação no Brasil para tratar da união da Inteligência Artificial com as “fake news”, são a Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Universidade Federal de Rio Grande e Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS) e a Professora Caroline de Lima Veleda (Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Sociedade da Informação e *Fake Democracy*, da FMP-RS e FURG-RS).

O Professor Sebastián Justo Cosola é dedicado ao estudo do Direito Notarial, na Argentina. E é Reitor da Universidade do Notariado Argentina. Leciona também a disciplina “Contratos” e “Ética Profissional” na Universidad de Buenos Aires e na Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires. Escreveu o artigo científico “La naturaleza jurídica del documento notarial

(estudio comparativo de las sentencias judiciales y las escrituras públicas)” para demonstrar a segurança jurídica que uma escritura pública oferece. Demonstra que o notário é, dentre os integrantes da atividade extrajudicial, o que mais colabora para que haja menos litígios na seara do Poder Judiciário, pois este e os Advogados cuidam do Direito em uma fase enferma, já contaminada pelas desavenças. Por seu lado, o notário colabora, com o exercício sob a fé pública e pela segurança jurídica, dentre outros princípios, para que as partes se revistam de capacidade para evitar (quando o notário elabora uma escritura pública, incluindo testamentos e procurações) ou para contornar as pendências ainda em fase inicial (quando a participação do notário é na elaboração de escrituras que põem fim a iniciais conflitos). Sobretudo, o notário é um conselheiro das partes, em fase em que as partes estão dispostas a ouvir conselhos. O texto ainda se preocupa em comparar a atuação do Poder Judiciário para suprir a atuação do segmento extrajudicial ou para reparar as atitudes humanas cujos desfechos não agradaram a uma das partes.

Um dos órgãos das Nações Unidas é a Comissão denominada “United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Uma das Convenções das Nações Unidas foi resultado de uma reunião dessa Comissão. Ocorreu nas Ilhas Maurício, em 2014. O resultado foi a Convenção da UNCITRAL sobre Transparência (nome completo: Convenção das Nações Unidas sobre a Transparência nas Arbitragens entre Investidores e Estados Baseado em Tratado). É também denominada Convenção de Maurício. Foi adotada pela Resolução A/RES/69/116 da Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorrida nas Ilhas Maurício, em 10 de dezembro de 2014. Entrou em vigor somente em 18 de outubro de 2017, após colheita de assinaturas/adesão internacional em número suficiente, com aprovação em seus respectivos membros signatários. A transparência reivindicada tem especial aplicação nas ações da Administração Pública, com destaque para suas agências de fomento. A transparência é o contrário do sigilo, muito adotado pela Administração Pública, notadamente em documentos, prestação de contas e agendas dos governantes que não querem dar satisfação aos administrados. Em termos internacionais, o teor da Resolução causou a necessária

alteração da redação do Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, órgãos ligados às Nações Unidas. O autor do artigo que analisa a Resolução que foi aprovada na Convenção é o Professor Doutor Victor Hugo Guerra Hernández, da Universidad Católica Andrés Bello e Universidad Central de Venezuela. O artigo especifica todas as áreas de aplicação, traz exemplos e, de sobra, uma consideração do autor, com fundamento em sua experiência de lecionar o tema há tempos.

A “Seção Especial” que compõe o presente número, tem a participação de dois autores com perfis distintos, e que se complementam. Um, dos Estados Unidos. Outro, da Espanha, onde atualmente reside, sendo que morou e lecionou nos Estados Unidos por muito tempo.

O Professor Doutor Alan B. Morrison, da George Washington School of Law, e autor do artigo “As compared to what?”, começa um breve texto explicando que, quando fala em sala de aulas sobre um tema e um Aluno, sem muita segurança, diz apenas que “não concordo” com essa posição, ele questiona ao aluno: “com fundamento em quê?”. A continuidade do texto não é sobre o relacionamento Professor-Aluno em sala de aulas, mas a Corte Suprema dos Estados Unidos. O autor esclarece que a Suprema Corte está fazendo todo o esforço para derrubar pontos consolidados da Administração Pública federal estados-unidense. Em 1946, houve a aprovação da Lei de Procedimento Administrativo. E, segundo o autor, a Suprema Corte discorda do teor da Lei, mas não traz nem uma explicação do fundamento pelo qual há a discordância. Está, destarte, agindo igual ao Aluno iniciante do Curso de Direito que discorda do que o Professor está explicando, mas não tem qualquer amostra de qual é o caminho apropriado para a situação à qual não adere. O texto cita muitas decisões da Suprema Corte e argumenta que a Suprema Corte tem dificuldade para exigir que o Congresso elabore uma lei, por questões de divisão de afazeres e de poderes (o Congresso legisla; o Executivo administra; e o Judiciário julga com fundamento nas leis existentes). E, considerando que a Suprema Corte não decide que a Lei de Procedimento Administrativo é inconstitucional, não deveria, em contrapartida, querer modificá-la por iniciativa própria. O texto

ainda aponta as dificuldades que a Suprema Corte sofre, como as legislações de décadas passadas que, por motivos óbvios, não podia prever acontecimentos atuais como Inteligência Artificial, uso de internet nas comunicações e até mesmo atitudes necessárias para combater pandemias. E, apesar disso, a Suprema Corte tem decidido que tudo depende de a Lei determinar, sob pena de o Congresso estar em falta para com o administrado.

No preâmbulo da Constituição Federal do Brasil, historicamente, consta que os constituintes, “sob a proteção de Deus”, elaboraram aquele texto. O Direito Canônico, da Igreja desde os tempos iniciais, foi a base do Direito Romano e, ambos, a fundamentação para todo o Direito de todo o mundo cristão. Outros tópicos das Ciências Jurídicas sofrem influência direta da doutrina cristã. O autor espanhol (durante muitos anos, lecionou “Direito e Religião” nos Estados Unidos, e há um ano voltou a lecionar na Espanha), da Universidad de Navarra, Professor Doutor Rafael Domingo Oslé, tem por base o estudo do Direito unido à religião. Por sinal, ele é autor de oito livros de forma isolada e Editor de outros cinco livros somente envolvendo o estudo da influência da religião no Direito. No artigo “Cristianismo y derecho: una visión de futuro”, o Professor fala da condição de Deus ser o motivo de muitas legislações se preocuparem com a dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade; das questões do Direito Penal que pune quem comete crimes contra o patrimônio, a Administração Pública e contra as pessoas; as questões ambientais e a defesa da vida de qualquer espécie de ser vivo; os valores da solidariedade, da misericórdia e do perdão (inclusive, a prescrição penal, administrativa e civil, bem como a prescrição aquisitiva, conhecida como usucapião); o direito à liberdade religiosa; o “Direito Natural”; a constituição de países soberanos e, principalmente, a democracia. O artigo, fruto de uma investigação profunda, argumenta sobre a influência no Direito do cristianismo não somente como direcionador das mudanças ocorridas na história do Ocidente até o presente, como também como elemento imprescindível para a ordem social do futuro.

Terminada a tarefa de apresentar a síntese de cada artigo que compõe a presente Revista, podemos dizer que este trabalho seria inviável sem a inestimável contribuição de diversos setores.

Louvamos e agradecemos o empenho incansável dos profissionais da Gerência de Comunicação da Amagis, cujo apoio e colaboração são cruciais para a divulgação e o alcance de nossa Revista. Igualmente, estendemos nosso reconhecimento aos colaboradores da Revista Amagis Jurídica, que, com seus textos de alta qualidade, enriquecem sobremaneira cada edição. E destacamos o empenho de nosso Revisor que não se limita à relevante função, mas que colabora na edição e produção de maneira imprescindível.

Por fim, mas não menos importante, expressamos nossa profunda gratidão à Diretoria da Amagis. Com seu apoio constante e irrestrito, assegura a continuidade e a excelência de nossa publicação. O suporte da Diretoria nunca deixou faltar os recursos necessários para que a Revista Jurídica Amagis cumpra seus melhores propósitos.

Com este espírito de colaboração e compromisso com a excelência jurídica, apresentamos esta nova edição, convictos de que ela oferecerá valiosas contribuições para o estudo e a prática do Direito.

Cordialmente,

Richardson Xavier Brant
Editor

Outono de 2025

NATURA E RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA DELEGATO ALLE OPERAZIONI DI VENDITA NELL'ESPROPRIAZIONE FORZATA¹

Ernesto Fabiani²

ABSTRACT

Il contributo, ripercorrendo l'evoluzione dell'istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, affronta, prima le controverse problematiche della qualificazione del professionista delegato (in termini di mero ausiliario ovvero di vero e proprio sostituto del giudice) e della natura dell'attività delegata (in termini di sola giurisdizione in senso ampio ovvero anche di giurisdizione in senso stretto) e poi l'ulteriore problematica, strettamente connessa a quelle precedentemente indicate, della responsabilità civile del delegato. L'indagine conduce l'Autore a ritenere che il professionista delegato sia un vero e proprio sostituto del giudice che talvolta esercita anche funzioni di giurisdizione in senso stretto (e non solo di giurisdizione in senso ampio) e che, sotto il profilo della responsabilità civile, nelle ipotesi in cui, nell'esercizio dell'attività delegata: 1) esegue le direttive del giudice delegante, va esente da ogni responsabilità in quanto non può discostarsi dalle stesse; 2) effettua autonomamente delle scelte, queste sono comunque imputabili al giudice dell'esecuzione (salvo

¹ **Como citar este artigo científico.** FABIANI, Ernesto. Natura e responsabilità civile del professionista delegato alle operazioni di vendita nell'espropriazione forzata. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 17-98, jan.-abr. 2025.

² Dottorato di ricerca in Diritto Processuale Civile presso l'Università degli Studi di Bologna. Professore di Diritto Processuale Civile presso l'Università degli Studi del Sannio. *E-mail:* erfabian@unisannio.it

che non adotti atti che fuoriescono dallo “schema legale della delega”, così come di recente ritenuto dalla Corte di cassazione), con conseguente applicabilità della legge n. 117/1988 nei confronti del giudice dell’esecuzione, ovvero, se si ritiene che siano imputabili al delegato, che a quest’ultimo si applichi, in quanto sostituto del giudice, la legge n. 117/1988 (con conseguente limitazione della responsabilità civile, ai sensi dell’art. 2, alle sole ipotesi di dolo o colpa grave e necessità, ai sensi dell’art. 4, del previo esaurimento dei rimedi interni al processo esecutivo avverso i provvedimenti denunciati come pregiudizievoli).

SOMMARIO. 1 Premessa. 2 La natura del professionista delegato alle operazioni di vendita nell’espropriazione forzata nel dibattito dottrinale anche alla luce dell’evoluzione dell’istituto. 3 Segue: La natura del professionista delegato nella vigenza della legge n. 302/98. 4 Segue: La natura del professionista delegato dopo la riforma del 2005 (leggi nn. 80 e 263). 5 Segue: La delega delle operazioni di vendita nell’espropriazione forzata diventa “obbligatoria”. 6 Segue: La natura del professionista delegato dopo la c.d. riforma Cartabia. 7 La natura del professionista delegato nella giurisprudenza. 8 La responsabilità civile del professionista delegato alle operazioni di vendita nell’espropriazione forzata. 9 Segue: La responsabilità civile del professionista delegato nel dibattito dottrinale. 10 Segue: La responsabilità civile del professionista delegato nella giurisprudenza. 11 Conclusioni. 12 Segue: La natura del professionista delegato e delle attività delegate. 13 Segue: La responsabilità civile del professionista delegato.

1 PREMESSA

Sin dall’entrata in vigore della legge n. 302/98 una delle questioni più dibattute è stata quella della qualificazione del notaio delegato alle operazioni di vendita nell’espropriazione forzata in termini di mero ausiliario o sostituto del giudice³.

A tutt’oggi si tratta di tematica controversa, tanto in dottrina che in giurisprudenza, nonostante l’evoluzione normativa particolarmente significativa che ha conosciuto questo istituto nel corso degli anni.

³ Per un esame di questo dibattito ed ampi riferimenti dottrinali cfr. Fabiani (2007); Fabiani (2010, p. 456 ss.)

In stretta connessione con la suddetta questione di fondo, sin dall'entrata in vigore della legge n. 302/98 è estremamente controversa anche la tematica, a tutt'oggi tutt'altro che pacifica – tanto in dottrina che in giurisprudenza –, della responsabilità civile del professionista delegato alle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata.

L'estrema complessità di questa tematica risiede fondamentalmente nella peculiare figura del professionista delegato alla vendita in sede di espropriazione forzata.

A differenza di quanto accade, infatti, per la tradizionale figura della responsabilità professionale, in tal caso occorre fare i conti con:

- 1) il rapporto delegante/delegato, posto che il regime di responsabilità civile del delegato non può non essere influenzato dal suddetto rapporto e, più specificamente, dal contenuto dell'ordinanza di delega (su cui cfr. per tutti in via generale SOLDI, 2022, p. 1.763 ss., 1.769 ss. e 1.781 ss.) (quale *lex specialis* delle operazioni di vendita forzata delegata) e dalle eventuali ulteriori direttive impartite dal giudice al delegato, se del caso su istanza di quest'ultimo a fronte delle difficoltà insorte nel corso delle operazioni di vendita, così come previsto dall'art. 591-ter c.p.c.;
- 2) sistema di impugnazione degli atti del delegato di cui all'art. 591-ter c.p.c.;
- 3) i tratti caratterizzanti del processo esecutivo nel cui ambito si inserisce il peculiare istituto in esame e segnatamente l'impostazione tendente a ritenere che ci troviamo di fronte ad un "sistema chiuso di rimedi" che non ammette, in quanto tale, la possibilità che nei confronti dei relativi atti, e delle conseguenze degli stessi, possano essere esperite azioni diverse dalle opposizioni esecutive o da altre iniziative specificamente previste dal suddetto sistema⁴.

⁴ Cfr. per tutte Cass. n. 5175/2018; Cass. n. 12242/2016; Cass. n. 23182/2014; Cass. n. 7708/2014; Cass. n. 6521/2014; Cass. n. 17371/2011.

In termini meno problematici, quanto meno sul piano dell'inquadramento di ordine sistematico, si atteggia la responsabilità penale del delegato alle operazioni di vendita nell'espropriazione forzata in quanto, nell'esercizio dell'attività di cui si discute, deve essere riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale anche ad avvocati e commercialisti (FABIANI, 2010, p. 512) e, dunque, tutte le categorie di professionisti delegati, in quanto pubblici ufficiali nell'esercizio delle attività delegate⁵, possono essere chiamati a rispondere dei reati tipici dei pubblici ufficiali⁶.

Non altrettanto è possibile affermare con riferimento alla responsabilità "disciplinare" del professionista delegato alle operazioni di vendita nell'espropriazione forzata.

⁵ Sul punto la Cassazione, nell'occuparsi della responsabilità penale del delegato, ha avuto modo di chiarire che la nozione di pubblico ufficiale di cui alla l. 26 aprile 1990, n. 86 deve essere intesa in senso improprio, tale da ricomprendere non solo l'esercizio della giurisdizione, ma anche le funzioni esercitate da altri organi giudiziari, quale il pubblico ministero e gli ausiliari del giudice, tra i quali deve essere annoverato il curatore del fallimento (cfr. Cass. pen. 17 maggio 1994, n. 9900). Ma per la qualificazione del delegato quale pubblico ufficiale cfr. altresì, fra le altre, nella giurisprudenza di legittimità Cass. 15 gennaio 2019, n. 724 e in quella di merito Tribunale di Avellino del 5 febbraio 2016.

⁶ Cfr. da ultimo Farina (2022, p. 47-48), secondo la quale il professionista delegato è pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357, 1.º comma, c.p. e "pertanto, è responsabile penalmente per i reati tipici dei pubblici ufficiali. In particolare, possono configurarsi nei confronti del professionista i reati di cui agli artt. 476ss. c.p., vale a dire quelli che hanno ad oggetto la c.d. falsità in atti, indipendentemente dal rilievo che si tratti di falso materiale o ideologico (come ad esempio l'art. 479 c.p., la falsa attestazione della certezza circa l'identità personale delle parti; ovvero falsa attestazione relativamente a fatti o atti giuridici avvenuti in presenza del pubblico ufficiale). Va, inoltre, considerato che il professionista risponde del reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c. p., quando nello svolgimento delle proprie funzioni o del servizio, in violazione di norma di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, procura intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca un danno ingiusto ad altri. Analogamente, a tutela del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, il professionista risponde del reato di rivelazione dei segreti d'ufficio ed utilizzazione degli stessi ai sensi dell'art. 326 c.p. Resta da dire che si configura il reato di peculato ex art. 314 c.p., ogni volta che tale soggetto si sia appropriato delle somme corrisposte dall'aggiudicatario". Ma v. anche Mereu (2022). In giurisprudenza, sulla configurabilità del reato di peculato ex art. 314 c.p. qualora il professionista delegato si appropri delle somme versate dall'aggiudicatario cfr. Cass., pen. Sez. VI, 10 luglio 2007; Cass. pen. 24 gennaio 2017, n. 18886.

Per quanto, infatti, nel corso del tempo, da un lato, si è assistito all'introduzione di una pluralità di norme volte, non solo ad intensificare i controlli del giudice delegante sul professionista delegato, ma anche a prevedere delle sanzioni nei confronti del delegato che non rispetti i contenuti dell'ordinanza di delega e, in via più generale, le direttive del giudice delegante, dall'altro lato siamo ancora lontani (anche a causa della frammentarietà degli interventi legislativi) dall'avere una disciplina organica di riferimento in materia⁷, attualmente non priva, purtroppo, anche di talune lacune (soprattutto sotto il profilo dei rimedi esperibili dal delegato) (cfr. più ampiamente FABIANI, 2007, spec. p. 40 ss)⁸.

Alla sola responsabilità civile del professionista delegato alle operazioni di vendita nell'espropriazione forzata è dedicato il presente contributo, in stretta connessione con l'individuazione, a monte, della corretta qualificazione dello stesso (in termini di ausiliario o di sostituto del giudice) e dell'attività delegata (in termini di sola giurisdizione in senso ampio ovvero anche – in talune ipotesi – di giurisdizione in senso stretto).

2 LA NATURA DEL PROFESSIONISTA DELEGATO ALLE OPERAZIONI DI VENDITA NELL'ESPROPRIAZIONE FORZATA NEL DIBATTITO DOTTRINALE ANCHE ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

Il dibattito sulla natura dell'attività svolta dal professionista delegato alle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata e della sua corretta qualificazione è stato molto animato in dottrina sin dall'entrata in vigore della legge n. 302/98 ed ha accompagnato questo istituto durante tutta la sua evoluzione, risentendo, nel corso del tempo, anche delle modifiche introdotte dal legislatore.

⁷ Così come previsto, a titolo esemplificativo, per il consulente tecnico dalle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile (artt. 13 ss. ed in particolare artt. 20 e 21).

⁸ Detta lacuna è stata solo in parte colmata da ultimo con il cd. correttivo alla riforma Cartabia nella parte in cui, nel modificare l'art. 179-ter disp. att. c.p.c., ha previsto la reclamabilità contro i provvedimenti del comitato dinanzi al medesimo comitato (cfr. FABIANI, 2024).

Al fine di cogliere appieno gli esatti termini di questo dibattito, opportuno appare dunque ripercorrerlo avendo cura di scandire le varie fasi della significativa evoluzione legislativa che questo istituto ha conosciuto nel corso degli anni.

3 *SEGUE*: LA NATURA DEL PROFESSIONISTA DELEGATO NELLA VIGENZA DELLA LEGGE N. 302/98

La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata è un istituto che, in attuazione della proposta di Andrea Proto Pisani, trova applicazione nella prassi di alcuni Tribunali (quali, in particolare, quelli di Prato, Lucca e Livorno)⁹ prima ancora di trovare un riconoscimento in sede legislativa con la legge n. 302/98.

Più precisamente, a fronte della profonda crisi in cui versava il processo di espropriazione forzata nei primi anni novanta (cui il legislatore non aveva tentato di far fronte neanche con la novella del '90), Andrea Proto Pisani (cfr. PISANI, 1992, p. 444ss.; nonché PISANI, 1994, p. 13ss.), prendendo le mosse dalla cd. “degiurisdizionalizzazione della fase liquidativa del processo”¹⁰, aveva tentato di individuare, *de iure condito e de iure condendo*, una

⁹ Cfr. Trib. Prato 4 giugno 1997, in *Il Foro italiano* (Milano, 1997, I, 3406) e Rivista del Notariato (Roma, Ed. Consiglio Nazionali del Notariato, 1998, II, p. 191ss.) con nota Spagnuolo (1998). Ma v. anche, per il Tribunale di Lucca, il contributo di Mondini (1997, p. 267ss.).

¹⁰ Già in passato indicata quale possibile via per fronteggiare la crisi del processo esecutivo da Costantino (1989, p. 811) (ma v. anche GANDOLFI, 1991, p. 208) nell'evidenziare come “*degiurisdizionalizzazione della espropriazione forzata* non significa affatto *privatizzazione*, ossia delega a privati di una fondamentale funzione dello Stato”, dato che “l'espropriazione forzata [...] costituisce comunque esercizio di giurisdizione”, quanto piuttosto “soltanto spostamento del momento del controllo giudiziale, secondo una tecnica ampiamente sperimentata nell'ambito dei procedimenti speciali” (così COSTANTINO, 1994, p. 231-232). L'espressione “*degiurisdizionalizzazione*” (ripresa successivamente da CARBONE, 1998, p. 1.481) è stata però criticata da più parti, ponendosi in particolare in rilievo come la stessa si attagli all'ipotesi in cui “il potere di trasformazione del bene in danaro è affidato allo stesso creditore” e non ad un soggetto quale il notaio che viene investito di “una fase processuale complessiva”, così che “si ha piuttosto il fenomeno inverso dell'ingresso del professionista, *in parte qua*, nell'area della giurisdizione”: così Borré (1994, p. 68-69). Ma v. anche Luiso e Miccoli (1999, p. 35ss.) per i quali dovrebbe, al contrario, parlarsi di “*regiurisdizionalizzazione*” in considerazione della prassi preesistente tendente a lasciare il processo di espropriazione in balia del creditore procedente.

possibile via per superare questa crisi o quanto meno per renderlo più efficiente:

- evidenziando, sul piano sistematico, la natura non strettamente giurisdizionale delle operazioni concernenti gli incanti, che “non costituiscono attività di *ius dicere* [...] non attengono cioè a quel nucleo ristretto in cui da sempre è stata individuata quella attività giurisdizionale riservata necessariamente ai giudici”, ma costituiscono, piuttosto, “attività di mera ‘amministrazione giudiziaria’ e [...] come tali ben possono essere delegate dal giudice a propri ausiliari senza che in modo alcuno ne risulti diminuita la loro natura giurisdizionale in senso lato (in quanto pur sempre inserite in un contesto procedimentale diretto a fare conseguire all’avente diritto il bene della vita assicuratogli dalla legge sostanziale)” (così PISANI, 1992, p. 446);
- indicando nel notaio il possibile destinatario della delega di queste operazioni in forza di quanto disposto: a) dall’art. 68, secondo comma, c.p.c. e del ruolo che questa norma riconosce al notaio nel prevedere che “il giudice può commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge”; b) dall’art. 1, n. 4 lett. c della legge notarile, in forza del quale ai notai è concessa la facoltà di procedere, “in seguito a delegazione dell’autorità giudiziaria, agli incanti e alle divisioni giudiziali ed a tutte le operazioni all’uopo necessarie”.

Il distinguo di fondo, nell’ambito del processo di espropriazione forzata, fra giurisdizione in senso ampio e giurisdizione in senso stretto, viene dunque delineato dallo stesso ideatore dell’istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, riconducendo quest’ultimo rigidamente nei confini della sola giurisdizione in senso ampio.

Giova evidenziare, a tal proposito, come Proto Pisani ipotizzava due possibili oggetti della delega: uno più ristretto, circoscritto alla sola esecuzione delle operazioni immediate di

vendita, ed uno più lato, esteso anche alle fasi della: 1) acquisizione della documentazione di cui all'art. 567, secondo comma, c.p.c.; 2) determinazione – con l'ausilio di un perito – del valore dell'immobile; 3) determinazione di gran parte se non tutto il contenuto del bando di cui all'art. 576 c.p.c. (cfr. PISANI, 1992, p. 447 ss.).

Anche l'ipotesi più estesa era, dunque, ben più ristretta della dimensione che la legge n. 302 del 1998 ha riconosciuto all'istituto della delega delle operazioni di vendita forzata nell'introdurlo nel nostro ordinamento¹¹.

Si assisteva, in altri termini, ad un recepimento in sede legislativa della suddetta proposta dottrinale con un significativo ampliamento:

- per un verso, delle attività delegabili al notaio: valga per tutte l'attribuzione a quest'ultimo (anche) dell'attività di predisposizione del progetto di distribuzione¹²;

¹¹ Ciò nonostante, suscitò forti reazioni in una parte della dottrina. Particolarmente significativi, per una panoramica complessiva delle reazioni, gli atti del convegno organizzato a Roma dal Consiglio Nazionale del Notariato nelle date del 22 e 23 maggio 1993 dal titolo “Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Normativa vigente e prospettive di riforma”. In estrema sintesi, all'esito di questo convegno, emersero:

a) due impostazioni contrapposte sulla legittimità/opportunità o meno di procedere alla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, tanto *de iure condito* che *de iure condendo*;

b) nell'ambito dell'impostazione tendente a ritenere legittimo/opportuno il ricorso alla suddetta delega, differenti posizioni in ordine alla possibile estensione della stessa ed al modo di atteggiarsi dei rapporti fra giudice delegante e notaio delegato: tanto, *sub specie* di legittimità/opportunità di attribuire a quest'ultimo il potere di risolvere autonomamente le difficoltà incontrate nel corso dello svolgimento delle operazioni di vendita, quanto sotto il profilo della possibilità per le parti di provocare un controllo sull'operato del delegato a mezzo di una impugnativa dei suoi atti dinanzi al giudice.

¹² Al fine di consentire al lettore un più agevole raffronto rispetto alla situazione previgente (in precedenza descritta) ed alla situazione successiva (che verrà più avanti descritta), giova ricordare come l'art. 591 *bis* c.p.c. di cui alla l. 302/98 consentiva al giudice di delegare un notaio a provvedere: 1) alla determinazione del valore dell'immobile a norma dell'art. 568, 3.º comma c.p.c. (anche tramite l'ausilio di un esperto nominato dal giudice); 2) ad autorizzare l'assunzione dei debiti da parte dell'aggiudicatario o dell'assegnatario a norma dell'art. 508 c.p.c.; 3) sulle offerte dopo l'incanto a norma dell'art. 584 c.p.c. e sul versamento del prezzo nella ipotesi di cui all'art. 585, 2.º comma, c.p.c.; 4) alla fissazione degli ulteriori incanti o sulla istanza di assegnazione, ai sensi degli artt. 587, 590 e 591 c.p.c.; 5) alla esecuzione delle formalità di registrazione, trascrizione e voltura catastale del decreto di

- per altro verso, dei poteri conferiti al notaio, cui si attribuiva anche il potere di risolvere le difficoltà insorte nel corso delle operazioni di vendita con incanto¹³; tanto che taluna dottrina, in ragione di ciò, giungeva a ritenere che il notaio esercitasse “poteri giurisdizionali”¹⁴.

Con l'entrata in vigore della legge n. 302/98 il dibattito si è incentrato sull'individuazione della più corretta qualificazione da attribuire al notaio delegato in termini di mero ausiliario¹⁵ o di sostituto del giudice, indipendentemente dalla qualificazione dell'attività svolta dallo stesso in termini di giurisdizione in senso ampio o di giurisdizione in senso stretto, essendo sostanzialmente pacifico che detta legge avesse attribuito al notaio esclusivamente funzioni di giurisdizione in senso ampio.

trasferimento, alla comunicazione dello stesso a pubbliche amministrazioni negli stessi casi previsti per le comunicazioni di atti volontari di trasferimento, nonché all'espletamento delle formalità di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie conseguenti al decreto di trasferimento pronunciato dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 586 c.p.c.; 6) a ricevere o autenticare la dichiarazione di nomina di cui all'art. 583 c.p.c.; 7) alla formazione del progetto di distribuzione ed alla sua trasmissione al giudice dell'esecuzione che, dopo avervi apportato le eventuali variazioni, doveva provvedere ai sensi dell'art. 596 c.p.c.; 8) alla redazione dell'avviso avente il contenuto di cui all'art. 576, 1.º comma, c.p.c., alla sua notificazione ai creditori di cui all'art. 498 c.p.c., non intervenuti, nonché a tutti gli altri adempimenti previsti dagli artt. 576ss c.p.c.; 9) alla redazione del verbale d'incanto; 10) a dare “tempestivo avviso” al giudice (trasmettendogli il fascicolo) ove il prezzo non venisse versato nel termine; 11) a predisporre il decreto di trasferimento (e trasmettere il fascicolo “senza indugio” al giudice dell'esecuzione). Riservandosi, invece, al giudice dell'esecuzione i provvedimenti di cui all'art. 586 c.p.c.

¹³ Andando così anche oltre l'ipotesi più ampia di delega ipotizzata da A. Proto Pisani il quale, anche nella prospettiva della delega più ampia, riservava la “risoluzione di qualsiasi incidente si dovesse verificare nel corso delle operazioni delegate” al giudice, con obbligo, dunque, del notaio, in questo caso, di “sospendere le operazioni e trasmettere gli atti al giudice dell'esecuzione” (così PISANI, 1992, p. 449). Cfr., anche per un esame delle varie posizioni espresse nel corso del convegno di Roma e sulla “proposta normativa” suggerita dal gruppo di studio costituito successivamente allo stesso, Oriani (1998, p. 400ss.).

¹⁴ Così D'Alessandro (2000, p. 341) secondo la quale tali poteri invece “non potevano essere esercitati dai notai in virtù del mero art. 68, 2.º comma, c.p.c.”; *contra* Mondini e Terrusi (1998, p. 599).

¹⁵ Sulla cui figura, e relativa nozione, cfr., anche per ulteriori riferimenti: Chiovenda (1923, p. 464); Calamandrei (1944, p. 164); Jaeger (1943, p. 188); Marini (1959, p. 308 ss.); Lupo (1988, p. 1ss.); Vellani (1964, p. 1.542); Vocino (1956, p. 1ss.).

Tre sono fondamentalmente le tesi che sono state avanzate dalla dottrina, qualificandosi il notaio delegato, a seconda dell'impostazione propugnata, come:

- 1) mero ausiliario del giudice¹⁶;
- 2) ausiliario *sui generis* del giudice¹⁷;
- 3) sostituto del giudice (cfr. LUISO; MICCOLI, 1999, p. 43 ss.; MANNA, 1999, p. 44 ss.; VACCARELLA, 2001, p. 290; DI NANNI, 1998, p. 1.384; CARBONE, 1998, p. 1.481; SALETTI, 1999a, p. 12; BESSO, 1999, p. 2.454; MONDINI; TERRUSI, 1998, p. 599; D'ALESSANDRO, 2000, p. 341; SENSALÉ, 2003, p. 365-366.).

Quest'ultima è la posizione che era stata sostenuta anche dal Consiglio Nazionale del Notariato¹⁸.

Più precisamente, a suo tempo, all'esito di un esame delle funzioni svolte dal notaio con riferimento al processo civile (in forza di previsioni di carattere generale, quale l'art. 68, o specifiche, quali gli artt. 212, 733, 765, 769, 786, 787, 788, 790 e 791), la conclusione raggiunta era stata nel senso di ritenere che:

- a) in via generale, ci trovassimo di fronte ad una *figura assolutamente peculiare*, la quale svolgeva una funzione che:
 - a1) dal punto di vista oggettivo poteva andare dal mero

¹⁶ Cfr. per tutti: Cardarelli (2000, p. 571-572 e 574); Vittoria (2000, p. 376) secondo il quale "la persona del notaio delegato si presta ad essere considerato un ausiliare del giudice, in quanto il termine ausiliare, nel codice di procedura civile, sta a connotare la figura del soggetto diverso dal giudice, estraneo all'ordine giudiziario, ma anche all'ufficio giudiziario, che non partecipa all'esercizio della funzione giudiziaria, ma è investito dal giudice, attraverso un atto di nomina, dell'esercizio di attribuzioni, prefigurate dalla legge, strumentali all'esercizio della giurisdizione e per il cui svolgimento la legge si affida all'attività di privati, considerati idonei a svolgerla".

¹⁷ Cfr. per tutti Miccolis (1999, p. 333); Arieta e Santis (2007, p. 1.221ss.) pur ritenendo, al contempo, che il notaio delegato compia attività "sostitutive" di quelle del giudice.

¹⁸ Cfr. Fabiani (2002, p. 131 ss.); Fabiani (2004, p. 230 ss.); nonché i contributi raccolti dal Consiglio Nazionale del Notariato in un unico volume dal titolo *Espropriazione forzata e divisione giudiziale. L'esperienza del notariato nella disciplina previgente al decreto competitività (D.L. 14 marzo 2005, n. 35)*, suppl. n. 2/2005 della rivista *Studi e materiali*.

ausilio alla vera e propria sostituzione (con netta prevalenza di quest'ultima);

a2) dal punto di vista soggettivo poteva riguardare ciascuno dei tre componenti necessari dell'ufficio giudiziario, compreso il giudice;

b) con più specifico riferimento allo svolgimento delle operazioni di vendita con incanto di cui alla l. n. 302/98, il notaio:

b1) non fosse qualificabile in termini di mero ausiliare del giudice ma di vero e proprio sostituto;

b2) svolgesse una funzione di sostituzione, e non di mero ausilio, nei confronti (non del solo giudice ma) dell'ufficio giudiziario nel suo complesso (su questo profilo cfr. più ampiamente LUISO; MICCOLI, 1999, p. 46).

Pur ritenendosi, dunque, che al notaio delegato fossero state devolute esclusivamente attività di giurisdizione in senso ampio (e non anche di giurisdizione in senso stretto), si riteneva che, comunque, dovesse essere qualificato come sostituto (e non già mero ausiliario) del giudice (e, in via più generale, dell'ufficio giudiziario nel suo complesso), in conformità, del resto, con la portata della norma cui tradizionalmente si riconduce la funzione sostitutiva del notaio: l'art. 68, 2.º comma, del codice di rito civile. Questa norma, infatti, nel prevedere che “il giudice può commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge”, oltre a diversificare il possibile ruolo del notaio rispetto agli ausiliari di cui al primo comma della medesima norma (sia dal punto di vista oggettivo – in termini sostituzione, anziché di mero ausilio –, che dal punto di vista soggettivo, riferendosi al solo al giudice e non anche – come fa il primo comma – al cancelliere e all'ufficiale giudiziario), non circoscrive certamente il ruolo sostitutivo del notaio alle sole attività cd. di giurisdizione in senso stretto, ricomprendendo, piuttosto, tutte le possibili attività del giudice (ivi comprese, dunque, quelle di giurisdizione in senso ampio) (cfr. più ampiamente FABIANI, 2002, spec. p. 144 ss.).

4 SEGUE: LA NATURA DEL PROFESSIONISTA DELEGATO DOPO LA RIFORMA DEL 2005 (LEGGI NN. 80 E 263)

La medesima tematica si è riproposta dopo la riforma del 2005 (leggi nn. 80 e 263), fondamentalmente contraddistinta, per quanto qui rileva, dall'allargamento della cerchia dei soggetti delegabili (anche avvocati e commercialisti) e delle attività delegabili (anche la vendita senza incanto, la fissazione del nuovo incanto e del termine per la fissazione di nuove offerte d'acquisto ai sensi dell'art. 591 c.p.c., i poteri in tema di restituzione delle cauzioni e di altre somme versate dagli offerenti non risultati aggiudicatari di cui agli artt. 580 e 584 c.p.c.; nonché, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, anche i poteri in tema di approvazione del progetto di distribuzione)¹⁹.

Nonostante questo significativo allargamento delle competenze del professionista delegato, parte della dottrina ha continuato a ritenere che a quest'ultimo non potesse essere riconosciuta la qualificazione di sostituto del giudice (cfr. per tutti LIUZZI, 2010, p. 1ss.).

Più precisamente, secondo taluna dottrina, per quanto in forza della suddetta riforma “la delega al professionista finisce per comprendere un intero subprocedimento, una intera fase autonoma”,²⁰ e “in questa fase, in questo subprocedimento, il professionista delegato svolge un'attività molto ampia”²¹, comunque non si potrebbe concludere nel senso “che si tratti, sia pure solo per alcune, di attività giurisdizionali in senso stretto” (così LIUZZI, 2010, spec. p. 9 ss.). Ciò, fondamentalmente, in quanto:

¹⁹ Cfr. più ampiamente, anche per ulteriori riferimenti: Fabiani (2007, p. 51 ss.).

²⁰ Così Liuzzi (2010, p. 8) secondo il quale “l'ambito della delega comprende tutte le operazioni che vengono svolte nella fase diretta a conseguire la trasformazione del bene espropriato in denaro, che possono riassuntivamente indicarsi nella valutazione dei beni, nella predisposizione dell'avviso di vendita, nel compimento della vendita (senza o con incanto), nel versamento del prezzo, nella predisposizione del decreto di trasferimento, nella formazione del progetto di distribuzione”.

²¹ Così Liuzzi (2010, p. 8) che, nel riprendere quanto già evidenziato da Oriani (1998, p. 106), sottolinea come il professionista delegato “compie atti (aggiudicazione provvisoria, indizione della gara a seguito dell'offerta in aumento di quinto, assegnazione) che il giudice, qualora non fosse disposta la delega, dovrebbe rivestire della forma dell'ordinanza”.

- 1) viene affidato ai professionisti “tutto un subprocedimento, ma resta ben saldo nelle mani del giudice l’attività e la funzione giurisdizionale in ordine alle situazioni giuridiche coinvolte dall’espropriazione forzata” (così LIUZZI, 2010, p. 10);
- 2) a fronte del peculiare atteggiarsi della giurisdizione nel processo esecutivo (le cui attività sono dirette alla realizzazione del diritto rappresentato nel titolo e non si decide, pertanto, su diritti, ma si agisce perché il credito sia soddisfatto), al delegato sono attribuite solo funzioni “giurisdizionali in senso lato”, non essendo individuabile in nessuno dei poteri affidati al professionista delegato “il contenuto minimo della giurisdizione, così come è stato disegnato in dottrina: l’attuazione ultima del diritto da parte di soggetti indipendenti e terzi rispetto alla materia controversa, attuazione riferibile all’ordinamento nella sua globalità”; più precisamene, a detta conclusione dovrebbe pervenirsi sia con riferimento al potere del delegato di deliberare sull’offerta *ex art. 572 c.p.c.* o di procedere alla gara tra gli offerenti *ex art. 573 c.p.c.* – nell’ambito della vendita senza incanto –²², sia con riferimento ai poteri in tema di distribuzione di cui agli artt. 596 e 598 c.p.c. (cfr. LIUZZI, 2010, p. 10), sia con riferimento al potere di risolvere autonomamente le questioni che possono sorgere durante lo svolgimento delle attività delegate²³, mentre sarebbe “discutibile [...] se possa essere delegato al professionista il potere di applicare la sanzione

²² Cfr. Liuzzi (2010, p. 10) secondo il quale “si tratta infatti di attività che sono inserite in un subprocedimento che si conclude con un atto, il decreto di trasferimento, che è emesso dal giudice e non dal professionista. E ciò senza considerare che il giudice può sempre sospendere la vendita quando il prezzo offerto appare notevolmente inferiore a quello giusto (art. 586, 1.º co., c.p.c.)”.

²³ Così Liuzzi (2010, p. spec. p. 10 ss.) secondo il quale “questa attività di risoluzione di questioni non può in alcun modo essere ritenuta giurisdizionale in senso stretto, perché non dà vita ad alcun provvedimento, ad alcun atto che possa reputarsi definitivo. E’ vero che anche gli atti del professionista delegato sono suscettibili di essere reclamati dinanzi al giudice dell’esecuzione, il quale decide sul reclamo con ordinanza soggetta all’opposizione agli atti esecutivi. Ma è anche vero che si esclude che il mancato reclamo (non è previsto alcun termine per la sua proposizione) comporti la definitività delle soluzioni adottate dal delegato. Infatti, avverso il decreto di trasferimento è sempre possibile l’opposizione agli atti esecutivi e solo il decreto di trasferimento può diventare definitivo per mancata opposizione”.

(trattenimento della cauzione) prevista dall'art. 580, 2.º co., e 584, 5.º co., ossia valutare la sussistenza del documentato e giustificato motivo legittimante la mancata partecipazione all'incanto o alla gara conseguente al rincaro" (così LIUZZI, 2010, p. 10);

- 3) sarebbe "incostituzionale una norma che affidasse al giudice, persona fisica, il potere discrezionale di nominare un soggetto che svolgesse funzioni giurisdizionali"²⁴.

Secondo questa dottrina, troverebbe comunque applicazione con riferimento al professionista delegato l'art. 51 c.p.c., in quanto "non possono non essere applicate le disposizioni dirette a garantire la terzietà e l'imparzialità, ossia le norme dettate in tema di astensione e di ricasazione del delegato che non si sia astenuto, pur ricorrendone i presupposti" (così LIUZZI, 2010, p. 16).

Questa dottrina, a differenza degli autori che si erano occupati della qualificazione del notaio delegato sotto la vigenza della legge n. 302/98, crea, dunque, un legame indissolubile fra qualificazione del delegato in termini di sostituto del giudice ed attribuzione allo stesso di funzioni di giurisdizione in senso stretto.

Su tali basi, giunge ad escludere che il professionista delegato possa essere qualificato come sostituto del giudice, dopo avere, a monte: per un verso, escluso che, per i motivi appena più sopra richiamati, le nuove competenze attribuite al delegato dalla riforma del 2005 integrino ipotesi di giurisdizione in senso stretto; per altro verso, escluso, a monte, che determinate competenze siano state effettivamente attribuite al delegato (come il potere di applicare la sanzione prevista dagli artt. 580, 2.º co., e 584, 5.º co. c.p.c. e quello di approvazione del progetto di distribuzione).

²⁴ Così Liuzzi (2010, spec. p. 12) nell'evidenziare come "la nostra Costituzione è ben attenta nell'attribuire la funzione giurisdizionale ai soli magistrati e [...] l'attribuzione di funzioni giurisdizionali ad estranei alla magistratura passa per procedure che vedono coinvolte istituzioni quali il Consiglio superiore della magistratura".

Più precisamente, secondo questa dottrina, il professionista delegato non è “un sostituto del giudice, se con questo termine vogliamo intendere un soggetto che svolge, al posto del giudice, un’attività anche di natura giurisdizionale”, ma è, piuttosto, “un ausiliare in senso ampio, che compie in vece del giudice, e su sua espressa delega, attività non giurisdizionali in senso stretto, che comunque rientrano nella competenza del giudice e che vanno ricondotte nel processo”²⁵.

La dottrina che già sotto il vigore della legge n. 302/98 aveva riconosciuto al notaio delegato la qualifica di sostituto (e non di mero ausiliario) del giudice, ritenendo che questa fosse pienamente compatibile (anche) con l’esercizio di funzioni di cd. giurisdizione in senso ampio, ha invece ritenuto che, alla luce dell’ampliamento delle competenze del delegato ad opera della riforma del 2005, a maggior ragione debba essere riconosciuta a quest’ultimo la qualifica di sostituto del giudice.

Più precisamente, si è ritenuto che, ferma restando la qualificazione del delegato come sostituto (e non già di ausiliario) del giudice, per effetto di una riforma così impattante come quella del 2005 si è avuto un sostanziale mutamento dell’istituto della delega delle operazioni di vendita. Infatti, a fronte del significativo ampliamento dello stesso, tanto dal punto di vista soggettivo (in termini di allargamento ad avvocati e commercialisti), quanto soprattutto dal punto di vista oggettivo (in termini di estensione dell’istituto dalla vendita con incanto a quella senza incanto e di attribuzione al delegato di attività quali: la deliberazione sull’offerta *ex art. 572 c.p.c.* o alla gara tra gli offerenti *ex art. 573 c.p.c.*; la fissazione del nuovo incanto e del termine per la presentazione di nuove offerte d’acquisto ai sensi dell’art. 591 c.p.c.; la restituzione delle cauzioni e di altre somme versate dagli offerenti non risultati aggiudicatari ai sensi del nuovo testo degli artt. 580 e 584 c.p.c.;

²⁵ Così Liuzzi (2010, p. 12ss.) secondo il quale “l’opera dell’interprete spesso è contrassegnata da un vizio di fondo. Volere a tutti i costi riportare talune situazioni o figure all’interno di classificazioni già esistenti. [...] La verità è che il legislatore dà vita a figure che non sempre sono inquadrabili in schemi già esistenti. E questo è quanto a mio avviso è accaduto con il professionista delegato, figura che a seguito dell’estensione soggettiva (oltre il notaio, anche l’avvocato e il commercialista), potrebbe rendere più difficile quest’opera di inquadramento”.

l'approvazione, oltre che la formazione, del progetto di distribuzione ai sensi del nuovo testo degli artt. 596 e 598 c.p.c.)²⁶:

- a) per un verso, non poteva essere mantenuta ferma l'impostazione in precedenza prevalente secondo la quale il notaio, nell'espletamento di una funzione di sostituzione (e non di mero ausilio) nei confronti (non del solo giudice ma) dell'ufficio giudiziario nel suo complesso, continuava comunque a svolgere la propria funzione notarile (con conseguente necessità di fare applicazione delle norme della legge notarile ai fini della individuazione della soluzione da dare a talune problematiche interpretative poste dalla legge n. 302/98) (cfr. più ampiamente FABIANI, 2007, p. 132-133);
- b) per altro verso, il suddetto istituto non poteva essere più ricostruito in termini di attribuzione di un'attività (sostitutiva, e non di mero ausilio, rispetto a quella del giudice) di giurisdizione in senso ampio ad un soggetto (il notaio) portatore, in forza della normativa esistente, di una funzione (quella notarile) comprensiva (anche) di questo tipo di attività giurisdizionale, ma piuttosto di attribuzione anche di un'attività (pur sempre sostitutiva, e non di mero ausilio, rispetto a quella del giudice) di giurisdizione in senso stretto (e non solo in senso ampio) anche a soggetti (avvocati e commercialisti) che non sono depositari della funzione giurisdizionale di cui si discute (tanto *sub specie* di giurisdizione in senso ampio che di giurisdizione in senso stretto) o a soggetti (i notai) che lo sono solo in parte (*sub specie* di attività di giurisdizione in senso ampio) (cfr. più ampiamente FABIANI, 2007, p. 135-136).

²⁶ Attività che, quanto meno stando alla tradizionale distinzione fra giurisdizione in senso ampio e giurisdizione in senso stretto così come delineata dalla dottrina che ha propugnato l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto in esame, fuoriescono dalla cd. giurisdizione in senso ampio. Non a caso il contrapposto indirizzo dottrinale, in precedenza richiamato, per evitare di giungere a questa conclusione è talvolta costretto ad escludere in radice che la riforma del 2005 abbia attribuito al delegato determinati poteri, quali, su tutti, quello di disporre la perdita della cauzione ai sensi degli artt. 580 e 584 c.p.c. Ma altrettanto può ritenersi per il tentativo di ridimensionare la portata della riforma del 2005 sotto il profilo dell'attribuzione di nuovi poteri al delegato in tema di approvazione del progetto di distribuzione (ossia la riforma degli artt. 596 e 598 c.p.c.).

In definitiva, fermo restando il peculiare atteggiarsi della giurisdizione esecutiva rispetto a quella cognitiva²⁷ ed il distinguo, nell'ambito della giurisdizione esecutiva, fra giurisdizione in senso ampio ed in senso stretto, appariva difficilmente negabile che, alla luce dell'evoluzione dell'istituto in esame nei termini in precedenza indicati, fossero state attribuite al professionista delegato anche funzioni di giurisdizione in senso stretto (cfr. più ampiamente FABIANI, 2007, p. 51 ss. e 123 ss.)²⁸.

Da ciò l'inquadramento del nuovo istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, quale risultante dalla riforma del 2005, nell'ambito dell'istituto, di carattere più generale, della delega di giurisdizione (cfr. più ampiamente FABIANI, 2016, p. 161ss.; FABIANI, 2015, p. 439 ss.), ossia di un istituto:

²⁷ Che nessuno mette in discussione, posto che, qualora dovesse prescindere dalle peculiarità della giurisdizione esecutiva e/o dovessero assumersi a parametro di riferimento della giurisdizione talune delle nozioni elaborate nel corso del tempo dalla dottrina (su cui cfr. per tutti per un efficace tentativo di classificazione ed ampi riferimenti dottrinali Scarsell (2000, spec. p. 1. 95ss.), potrebbe teoricamente anche negarsi in radice la natura propriamente giurisdizionale del processo di espropriazione forzata, che è, invece, ormai pacificamente riconosciuta da tempo dalla dottrina (cfr. per tutti, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, Chiarloni (1993, p. 83ss.), ferme restando le sue peculiarità (cfr. per tutti CAPPONI, 2023, p. 23 ss.). Come ricorda Tarzia (2003, p. 186ss.) “la disputa dottrinale sulla “natura”, giurisdizionale o amministrativa, dell'esecuzione forzata [...] affonda le sue radici, come ricorda Chiovenda, nel diritto comune, nel principio, allora elaborato, *jurisdictio in sola cognitione consistit*, volendosi contrapporre l'esecuzione, come mero esercizio di *imperium*, all'attività di *dicere jus*, che si limita alla cognizione e si esaurisce nella sentenza”. Impostazione, questa, respinta dallo stesso Chiovenda (1923, p. 302) ma che ha dato adito ad una disputa giunta sino alla metà del secolo XX, quando si è avuta “la definitiva vittoria della tesi che vede nel processo esecutivo una forma di attività giurisdizionale” (così CHIARLONI, 1993, p. 86). Tesi, questa, che, peraltro, è pienamente conforme a quelle che sono le tradizioni di *civil law* (su cui cfr. COMOGLIO, 1994, p. 451); nonché, per maggiori dettagli in ordine alle peculiarità proprie dei singoli Paesi, Grunsky (2009, p. 1-2).

²⁸ Da ultimo, anche per ulteriori riferimenti: Cavuoto (2023, p. 358) secondo il quale “è difficile negare che le determinazioni normalmente (e legittimamente) assunte dal professionista nell'esercizio dei poteri attribuitigli dalla legge e dal provvedimento di delega possano incidere, in via diretta o indiretta, su diritti soggettivi e che, al contempo, la risoluzione di talune difficoltà (non importa se previo ricorso al giudice o su autonomia iniziativa del delegato) abbia parimenti ripercussioni sulle posizioni sostanziali dei soggetti a vario titolo coinvolti nell'espropriazione. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle valutazioni e deliberazioni in tema di (in)efficacia e (ir)ritualità delle offerte d'acquisto, esclusione di offerenti in aumento, aggiudicazione, restituzione di cauzioni”.

- a) che affonda le sue radici in una pluralità di disposizioni (del codice di rito civile – quali gli artt. 68, 203, 204, 259, 385, 578, 790 – o contenute in disposizioni di legge a questo collegate²⁹) che talvolta contemplano la delega da un giudice ad un altro giudice e talaltra da un giudice ad un soggetto diverso dal giudice (come, ad esempio, il notaio) e che sono tutte accomunate dall'avere ad oggetto il compimento di attività che si inseriscono nell'ambito di un processo, o al più decisioni accessorie, ma giammai il potere di decidere la controversia (cfr. più ampiamente FABIANI, 2016, p. 161 ss.; FABIANI, 2015, p. 439 ss.);
- b) in cui si inserisce a pieno titolo anche l'istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla luce della riforma del 2005 e del conseguente sconfinamento dalla giurisdizione in senso ampio alla giurisdizione in senso stretto (cfr. FABIANI, 2007, spec. 62 ss. e 129 ss.; FABIANI, 2010, p. spec. p. 481 ss. e 500 ss.);
- c) che è conforme al dettato costituzionale, tanto sotto il profilo del divieto di istituzione dei giudici speciali di cui all'art. 102 Cost.³⁰, quanto sotto il profilo del rispetto del principio secondo

²⁹ Quale, a titolo meramente esemplificativo ma particolarmente significativo, l'art. 1 della legge notarile nella parte in cui, in stretta connessione con l'art. 68, 2.º comma, c.p.c., prevede che: “ai notai è concessa anche la facoltà di: [...] 4) procedere, in seguito a delegazione della autorità giudiziaria: a) all'apposizione e rimozione dei sigilli nei casi previsti dalle leggi civili e commerciali; b) agli inventari in materia civile e commerciale, ai termini dell'articolo [866 del codice di procedura civile], salvo che il pretore, sulla istanza e nell'interesse della parte, non creda di delegare il cancelliere; c) agl'incanti e alle divisioni giudiziali ed a tutte le operazioni all'uopo necessarie”.

³⁰ La cui violazione va esclusa in quanto: 1a) “è principio pacifico che per poter affermare l'esistenza di una giurisdizione speciale occorre una espressa disposizione di legge che per una particolare materia o per una data classe di persone, sottragga alla giurisdizione ordinaria la normale competenza a decidere con effetto di giudicato, attribuendola ad altro organo giurisdizionale” (VASETTI, 1961, p. 1.081) e, dunque, “la creazione *ex novo* di giudici speciali la cui sfera di attribuzioni sia ricavata sottraendo controversie dall'ambito della giurisdizione ordinaria (a cui sarebbero appartenute o in cui già rientravano in precedenza)” (SERVELLO, 1989, p. 3.); 1b) si ritiene che “caratteristica della giurisdizione speciale sia la esclusività, ossia la devoluzione di determinate controversie ad organi speciali (comunque denominati) che la legge investe di potestà giurisdizionale in via esclusiva, spossessandone in modo assoluto il magistrato ordinario” (VASETTI, 1961, p. 1.087).

cui nessuno può essere distolto dal giudice precostituito per legge di cui all'art. 25 Cost.³¹, quanto, infine, sotto il profilo della terzietà ed imparzialità del giudice (quanto meno ove riferito alla figura del notaio, istituzionalmente terzo³²);

- d) che, anche alla luce dell'evoluzione della nozione di giurisdizione nel nostro ordinamento, presenta significative potenzialità di espansione (anche al di fuori del processo di espropriazione forzata) anche *sub specie* di delega (non più, per così dire, debole, ossia circoscritta alla sola giurisdizione in senso ampio, sul modello, per intendersi, di cui alla l. 302/98 ma) “forte” (ossia estesa anche alla giurisdizione in senso stretto, così come ha fatto il legislatore della riforma del 2005) (cfr. più ampiamente FABIANI, 2016, p. 161 ss.; FABIANI, 2015, p. 439 ss.; nonché, per taluni profili, FABIANI, 2013, p. 1.063 ss.);
- e) che si muove in una prospettiva di “degiurisdizionalizzazione” intesa (non come “privatizzazione”, come delega a privati di una fondamentale funzione dello stato, ma) come spostamento del momento del controllo giudiziale (secondo una tecnica ampiamente sperimentata nell'ambito dei procedimenti speciali) (cfr. più ampiamente COSTANTINO, 1994, p. 231-232) e che presenta dunque, in quanto tale, un grosso pregio: il giudice, pur essendo sgravato dal compimento di

³¹ Come mirabilmente evidenziato da Borré (1994, p. 69), ancor prima dell'avvento della legge n. 302/98, “il riconoscimento di una valenza processuale alla funzione del notaio e la attribuibilità volta per volta di tale potere, in modo sostanzialmente discrezionale” non recano offesa al principio costituzionale della precostituzione del giudice “non perché [...] l'attività delegata al notaio decampa dal *ius dicere* (anche alla giurisdizione esecutiva applicandosi certamente la garanzia di cui all'art. 25 Cost.), ma perché, attraverso la competenza a ricevere e ad istruire l'opposizione ex art. 617 c.p.c., che è in definitiva il modo attraverso cui il processo si piega su di sé medesimo e svolge una funzione di controllo [...], il giudice dell'esecuzione conserva, seppure virtualmente, il dominio sulla procedura, sicché può concludersi che per effetto della delega il cittadino è affidato ad una combinazione organizzatoria che ricomprende (e non già esclude) il suo giudice naturale, dal quale perciò non può dirsi distolto”.

³² Mentre solleva problemi meritevoli di particolare attenzione, sotto questo profilo, la delega ad avvocati e commercialisti, in quanto caratterizzati per il loro istituzionale essere parte (così PISANI, 2005; ma per un esame di questa problematica v. anche FABIANI, 2007, p. 166 ss.).

determinati atti della procedura, conserva titolarità e controllo della stessa (cfr. più ampiamente FABIANI, 2016, p. 161 ss.; FABIANI, 2015, p. 439 ss.); trattasi, in altri termini, di un istituto che non mira a sottrarre determinate controversie al giudice, ma a consentirne lo svolgimento, in alcuni momenti (più o meno significativi a seconda dei casi), non ad opera del giudice ma sotto il controllo del giudice (che trova riscontro anche nella possibilità per le parti di impugnare gli atti del delegato dinanzi al delegante);

- f) che si muove, conseguentemente, anche nella prospettiva di “superare, anche in forme nuove, la concezione della giurisdizione come sistema professionale chiuso [...] di partecipazione al processo di un diverso ceto professionale, secondo prospettive di apertura della giurisdizione più agili del tradizionale modello della magistratura onoraria”³³.

Muovendosi in quest’ordine di idee, dunque, il professionista delegato è un sostituto del giudice che talvolta esercita anche funzioni di giurisdizione in senso stretto (e non solo di giurisdizione in senso ampio)³⁴ ma ciò non significa affatto che, per l’effetto, si assista ad

³³ Così Borré (1994, p. 69 e 77). Ma v. anche Raiti (1998, p. 305) il quale pone l’accento sulla prospettiva di “ridefinire la giurisdizione in senso soggettivo come giurisdizione aperta, alla quale cioè possono collaborare soggetti professionalmente adeguati, anche se non inseriti organicamente nella magistratura, senza che ciò debba comportare una riduzione della giurisdizione in senso oggettivo”.

³⁴ Cfr. in tal senso Leuzzi (2022) secondo il quale “la delega in null’altro si compendia se non nella devoluzione delle operazioni di vendita ad un soggetto che, per quanto estraneo all’ordinamento giudiziario, dispone di prerogative singolari, tre le quali un potere di audizione, che esercita con modalità analoghe al giudice dell’esecuzione (per esempio per deliberare sulle offerte: art. 572, 1.º co., c.p.c.); altri poteri inconfutabilmente decisori declinati dall’art. 572, 3.º co., c.p.c.; la facoltà di irrogare addirittura sanzioni (esemplificativamente spicca la perdita della cauzione, a norma dell’art. 584 c.p.c.)”. E, quanto alla “natura giuridica dell’ufficio di professionista delegato”, deve ritenersi “che esercita, per certi versi, una vera e propria “giurisdizione delegata”. Il professionista si atteggia, invero, a sostituto processuale, sicché dai suoi atti non possono che germinare i medesimi effetti processuali che scaturirebbero da una ipotetica, diretta emanazione ad opera del giudice che l’ha delegato. Pertanto, il sub-procedimento di vendita si sostanzia quale fase del processo esecutivo, comprensiva di un vero e proprio rapporto di sostituzione”. Secondo questa dottrina, peraltro, “la circostanza che il reclamo costituisca una prospettiva omologa che assorbe tanto il decreto del giudice dell’esecuzione quanto

una sottrazione di competenze al giudice (delegante). All'opposto invece, in conformità con i suddetti tratti caratterizzanti della delega di giurisdizione, il delegato opera sempre sotto le direttive ed il controllo del giudice (delegante), che rimane il *dominus* della procedura delegata.

Non v'è, dunque, alcuna incompatibilità di sorta fra la qualificazione del professionista delegato come sostituto del giudice e la sussistenza di un potere di controllo del giudice o, in via più generale, la permanenza in capo al giudice del potere di direzione del processo esecutivo (art. 484 c.p.c.).

Il potere del giudice di direzione del processo e quello di controllo del delegato costituiscono tratti distintivi della delega di giurisdizione, oltre che, come appena più sopra evidenziato, punti di forza di questo istituto, che, pur sgravando il giudice dall'onere di compiere determinate attività, non gli sottrae competenze; la procedura, infatti, continua a far capo al giudice e si svolge sotto le sue direttive ed il suo controllo (ferma restando anche la possibilità per le parti di provocare un controllo sull'operato del delegato dinanzi al delegante attraverso l'impugnativa degli atti del primo dinanzi al secondo).

In definitiva, nonostante la significativa evoluzione dell'istituto ad opera della riforma del 2005 nel senso di ampliare in modo particolarmente significativo le competenze del professionista delegato, continuano a sussistere due differenti impostazioni dottrinali, sia sotto il profilo della qualificazione del professionista delegato (in termini di ausiliario in senso ampio – o *sui generis* – anziché di sostituto del giudice), che sotto il profilo della qualificazione dell'attività delegata (in termini di sola giurisdizione in senso ampio anziché di giurisdizione in senso stretto).

l'atto del professionista delegato assurge a conferma sistemica del riconoscimento agli atti del delegato di un'efficacia nei confronti delle parti e dei terzi eguale rispetto a quella propria dei decreti del giudice dell'esecuzione”.

5 SEGUE: LA DELEGA DELLE OPERAZIONI DI VENDITA NELL'ESPROPRIAZIONE FORZATA DIVENTA "OBBLIGATORIA"

Un'ulteriore tappa nell'evoluzione dell'istituto che merita di essere segnalata sotto il profilo in esame è rappresentata dalla modifica dell'art. 591-*bis* c.p.c. ad opera della riforma del 2015 (d.l. 27 giugno 2015, n. 83 conv. con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132), che ha:

- 1) aggiunto al primo comma l'inciso "salvo quanto previsto al secondo comma, con l'ordinanza con la quale provvede sull'istanza di vendita [...]" e sostituito l'inciso "può, sentiti gli interessati, delegare" con la parola "delega"; conseguentemente, in forza del vigente primo comma della suddetta norma: "il giudice dell'esecuzione, salvo quanto previsto al secondo comma, con l'ordinanza con la quale provvede sull'istanza di vendita ai sensi dell'art. 569, terzo comma, delega ad un notaio avente preferibilmente sede nel circondario o a un avvocato ovvero a un commercialista [...]";
- 2) aggiunto un secondo comma in forza del quale: "il giudice non dispone la delega ove, sentiti i creditori, ravvisi l'esigenza di procedere direttamente alle operazioni di vendita a tutela degli interessi delle parti".

In estrema sintesi il legislatore, così procedendo, ha sostanzialmente introdotto nel nostro ordinamento l'obbligatorietà della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata.

Il giudice dell'esecuzione non ha più la facoltà di delegare le operazioni di vendita qualora ritenga opportuno ricorrere a detto istituto, ma deve ricorrere allo stesso, salvo che, sentiti i creditori, non ravvisi "l'esigenza di procedere direttamente alle operazioni di vendita a tutela degli interessi delle parti".

Basti in questa sede rimarcare come, per l'effetto, sono divenute eccezionali le ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione non

ricorre alla delega delle operazioni di vendita, indipendentemente dalla non agevole individuazione di queste eccezioni a fronte della estrema genericità del testo della norma appena più sopra richiamata (cfr. per tutti SOLDI, 2022, p. 1.767 ss.)³⁵.

Ciò consente, infatti, di evidenziare come, in forza di questa ulteriore sostanziale modifica dell'istituto in esame, lo stesso ha ulteriormente mutato in modo significativo la sua fisionomia in stretta connessione con la struttura stessa del processo di espropriazione forzata, di cui la delega delle operazioni di vendita è oramai divenuta una componente "necessitata" e non più meramente eventuale (oltre che rimessa alla discrezionalità del giudice). Come taluna dottrina ha efficacemente evidenziato, la delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata si evolve da "opzione a fulcro del sistema" (così LEUZZI, 2022, p. 1).

Da ciò il venir meno anche di quel tratto distintivo dell'istituto rappresentato dall'applicazione a macchia di leopardo (o comunque in modo diversificato) sul territorio nazionale (con tribunali che lo valorizzavano al massimo e tribunali che, all'opposto, per lungo tempo non lo hanno proprio utilizzato o comunque non lo valorizzavano), a fronte di un istituto invece destinato, in forza della riforma in esame, a trovare sistematicamente applicazione su tutto il territorio nazionale (pur permanendo significative differenze sotto il profilo dei contenuti dell'ordinanza di delega – talvolta generica e talaltra estremamente dettagliata – e del conseguente differente atteggiarsi dei rapporti fra delegante e delegato).

³⁵ la quale pone in rilievo come l'esame della suddetta disposizione "rende palese che il giudice non possa esimersi dal delegare il compimento delle operazioni di cui all'art. 591 *bis* c.p.c. se non quando reputi che tale modalità possa pregiudicare l'interesse delle parti ed enunci le ragioni che sostengono la sua decisione. Da quanto precede si ricava, a contrario, che il giudice deve disporre la delega e che, quando provvede in tal senso, non ha l'obbligo di motivare la sua decisione perché tale modalità costituisce ormai la regola. L'esame dell'art. 591 *bis* co. 1 e 2 evidenzia ancora che il giudice, prima di disporre la delega, deve acquisire il parere, non del debitore, che, dunque, non può interferire sulla scelta organizzativa, ma dei soli creditori; che il giudice dell'esecuzione può assumere un provvedimento con il quale opta per la gestione diretta della fase liquidatoria, non sulla base di generiche ragioni ispirate, ad esempio, alla maggiore trasparenza della modalità prescelta, ma esclusivamente supportando il proprio provvedimento con l'enunciazione dei motivi che consigliano di non ricorrere alla delega per esigenze connesse all'interesse delle parti".

In definitiva, dunque, viene meno anche un ulteriore tratto distintivo dell'istituto in esame così come delineato dalla legge n. 302/98, ossia la mera facoltà del giudice di ricorrere alla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, da cui veniva fatta discendere la possibilità di ricorrere alla cd. delega parziale (ossia la possibilità per il giudice dell'esecuzione di delegare solo talune delle attività contemplate dall'art. 591-*bis* c.p.c.)³⁶, nonché la possibilità per il giudice dell'esecuzione di revocare la delega anche in assenza di qualsivoglia violazione da parte del delegato delle direttive del giudice delegante³⁷, con conseguente atteggiarsi della revoca in modo ben differente dalla revoca di ordine "sanzionatorio" per violazione delle direttive del giudice che, nel corso del tempo, ha trovato sempre maggiore spazio nel nostro ordinamento (quale ulteriore tratto distintivo dell'evoluzione dell'istituto in esame, a fronte della progressiva introduzione di disposizioni volte, per un verso, ad incrementare il potere di controllo del delegante sul delegato e, per altro verso, le relative sanzioni) (cfr. più ampiamente FABIANI, 2007, p. 38 ss.; FABIANI, 2010, p. 474 ss.; SOLDI, 2022, p. 1.775 ss.; FABIANI; PICCOLO, 2022; nonché, da ultimo, FABIANI, 2024).

6 SEGUE: LA NATURA DEL PROFESSIONISTA DELEGATO DOPO LA CD. RIFORMA CARTABIA

L'ultima tappa dell'evoluzione dell'istituto in esame, ai fini che qui rilevano, è legata alla cd. riforma Cartabia.

³⁶ Oltre che sulla base di altre argomentazioni (quali su tutte il considerare l'art. 591-*bis* c.p.c. come norma tendente a delineare, non il contenuto necessario e vincolato del provvedimento di delega, ma il suo contenuto massimo) su cui cfr.: Besso (1999, p. 2.454); Luiso e Miccoli (1999, p. 52ss); Manna (1999, p. 69ss.); Miccolis (1999, p. 339-340); Fabiani (2007, p. 109 ss.); Campese (1999, p. 380); Mondini e Terrusi (1998, p. 605); Nardone (1999, p. 614); Cardarelli (2000, p. 581); contra Di Nanni (1998, p. 1.385). In giurisprudenza nel senso della ammissibilità della delega parziale cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 13 gennaio 1999 in *Notariato*, 2000, 348 con nota adesiva di Cananzi (2000).

³⁷ Cfr. fra gli altri, argomentando in tal senso in ragione – più che altro – della natura stessa della delega, nella quale, in via generale, il delegante può sempre revocare la delega al delegato: Besso (1999, p. 2.454; Manna (1999, p. 54); Campese (1999, p. 380); contra Di Nanni (1998, p. 1.378).

Anche questa riforma della giustizia civile non ha mancato di intervenire sull'istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata sotto svariati profili (su cui cfr., anche per ulteriori riferimenti, FABIANI; PICCOLO, 2022).

Per quanto maggiormente rileva in questa sede, due sono gli interventi particolarmente significativi che meritano di essere segnalati:

- 1) quello in tema di impugnativa degli atti del delegato;
- 2) quello in tema di approvazione del progetto di distribuzione.

Sotto il primo profilo, basti qui evidenziare come, nell'ambito di un più articolato intervento sull'art. 591-ter c.p.c.³⁸, la riforma Cartabia ha introdotto un termine perentorio (di venti giorni) per la proposizione del reclamo avverso gli atti del professionista delegato.

Trattasi di innovazione particolarmente significativa ai fini della nostra indagine in quanto per la prima volta viene previsto un termine perentorio per l'esercizio del potere di impugnativa delle parti avverso gli atti processuali posti in essere dal delegato, con conseguente accrescersi dell'autonoma rilevanza di questi ultimi, nell'ambito della struttura del processo esecutivo, sotto il profilo della stabilizzazione dei risultati dello stesso prima dell'emissione del decreto di trasferimento (cfr. più ampiamente SOLDI, 2022, p. 1.806 ss.; CAVUOTO, 2023, p. 360 ss.).

Sotto il secondo profilo, al fine di comprendere appieno la reale portata innovativa delle novità introdotte dalla riforma Cartabia con riferimento all'approvazione del progetto di distribuzione³⁹ occorre ripercorrere, sia pur per sommi capi, il pregresso dibattito dottrinale e giurisprudenziale esistente in materia a fronte dei dubbi interpretativi sollevati in materia dalla riforma del 2005, che, nonostante il duplice intervento a poca distanza di tempo con le leggi n. 80 e n. 263, non aveva certamente sciolto ogni dubbio o agevolato il compito

³⁸ Su cui cfr. per tutti, anche per ulteriori riferimenti: Soldi (2022, p. 1.806 ss.); Cavuoto (2023, p. 353 ss.).

³⁹ Su cui cfr., anche per ulteriori riferimenti, Fabiani e Piccolo (2022); nonché da ultimo, Crivelli (2024).

dell'interprete (su cui cfr., anche per ulteriori riferimenti, FABIANI, 2007, p. 87 ss.; FABIANI, 2010, p. 490 s.).

Da un lato, infatti, erano stati modificati gli artt. 596 e 598 c.p.c., aggiungendo, nel corpo del testo di entrambi, l'inciso "o il professionista delegato a norma dell'articolo 591-*bis*" subito dopo il riferimento al giudice dell'esecuzione, così lasciando intendere che, per l'effetto, si erano voluti attribuire anche al professionista delegato quei poteri che in precedenza costituivano prerogativa esclusiva del giudice.

Dall'altro lato, però, si era lasciato inalterato il disposto dell'originario art. 591-*bis* n. 7, in forza del quale il professionista provvede "alla formazione del progetto di distribuzione ed alla sua trasmissione al giudice dell'esecuzione che, *dopo avervi apportato le eventuali variazioni*, provvede ai sensi dell'art. 596"; disposto che sembrava presupporre, all'opposto, l'intento di riservare in capo al solo giudice dell'esecuzione il potere di approvazione del progetto di distribuzione.

Chiaro il difetto di coordinamento, ed il conseguente contrasto, fra l'art. 591-*bis* c.p.c. e gli artt. 596 e 598 c.p.c.⁴⁰, con il conseguente ricadere sull'interprete il compito di ricondurre a razionalità la materia a fronte di un quadro normativo che, quanto meno astrattamente, apriva la via a due possibili opzioni interpretative, e cioè:

- a) attribuzione al professionista del (nuovo) compito di (non solo predisporre ma anche) approvare il progetto di distribuzione, in forza dei nuovi artt. 596 e 598 c.p.c.;
- b) mantenimento, all'opposto, in capo al professionista del solo potere di predisporre il progetto riservando al giudice quello di approvazione, in forza dell'art. 591-*bis* (originariamente n. 7 e dopo la suddetta modifica n. 12 c.p.c.).

⁴⁰ Alla cui eliminazione non ha provveduto la legge n. 263/2005, che ha lasciato immutato tanto il nuovo testo (di cui alla legge n. 80/2005) degli artt. 596 e 598 c.p.c., quanto la previsione di cui al n. 7 dell'art. 591-*bis* c.p.c., solo "spostata" al n. 12 della medesima norma. Conseguentemente il segnalato contrasto è rimasto, sia pur fra gli artt. 596 e 598 c.p.c., da un lato, e l'art. 591-*bis* (ora) n. 12, dall'altro.

Entrambe le suddette opzioni interpretative sono state sostenute in dottrina (cfr. per una impostazione tendente a privilegiare la modificazione degli artt. 596 e 598 c.p.c.: STEFANO, 2005, p. 169-170; ASTUNI, 2006, p. 534; FABIANI, 2007, p. 87 ss.; FABIANI, 2010, p. 490s.; BOVE, 2006, p. 238; MICCOLIS, 2007, p. 403-404; CORDOPATRI, 2005, p. 776). All'opposto, per una impostazione tendente a privilegiare il testo, non modificato dal legislatore, dell'art. 591-bis c.p.c. n. 12 c.p.c. cfr.: Bucci e Soldi, 2006, p. 312-313; Ghedini e Miele, 2006, 246; Renzi, 2006, 168ss.), la quale dunque, com'era prevedibile, a fronte del contraddittorio quadro normativo in precedenza descritto, si è divisa. Altrettanto dicasi per la giurisprudenza, avendo i giudici adottato ordinanze di delega tendenti a valorizzare l'una o l'altra delle due prospettive di cui sopra, con conseguente instaurarsi di prassi difformi presso gli uffici giudiziari.

La riforma Cartabia ha inteso sciogliere i suddetti dubbi interpretativi, aperti dalla riforma del 2005, nel senso di attribuire al professionista delegato, non solo il potere di predisporre il progetto di distribuzione, ma anche di approvarlo, previa audizione delle parti dinanzi allo stesso (e non dinanzi al giudice) così come già previsto dall'art. 596 c.p.c. Ferma restando la competenza esclusiva del giudice a risolvere le eventuali contestazioni insorte fra le parti.

In forza del nuovo combinato disposto di cui agli artt. 591-bis, terzo comma, n. 12 e 596, primo e secondo comma, c.p.c., non sussiste, infatti, più la suddetta antinomia⁴¹.

⁴¹ In attuazione della legge delega:

- il comma 42 dell'art. 3 del d.lgs. 149/2022 modifica il testo dell'art. 591-bis, terzo comma, n. 12 eliminando l'inciso, riferito al giudice dell'esecuzione, *“dopo avervi apportato le eventuali variazioni”*, riformulando lo stesso nei seguenti termini: *“(12) alla formazione del progetto di distribuzione ed alla sua trasmissione al giudice dell'esecuzione, nei modi e termini stabiliti dall'art. 596”*;
- il comma 43 dell'art. 3 del d.lgs. 149/2022 modifica integralmente il testo dell'art. 596 prevedendo:
 - 1) al primo comma che: *“se non si può provvedere a norma dell'articolo 510, primo comma, il professionista delegato a norma dell'articolo 591-bis, entro trenta giorni dal versamento del prezzo, provvede, secondo le direttive impartite dal giudice dell'esecuzione, alla formazione del progetto di distribuzione, anche parziale, contenente la graduazione dei creditori che vi partecipano, e alla sua trasmissione al giudice dell'esecuzione. Il progetto di distribuzione parziale non può superare il novante per cento delle somme da ripartire”*;
 - 2) al secondo comma che: *“entro dieci giorni dal deposito del progetto, il giudice*

Il legislatore, con l'attuale art. 596 c.p.c., ha disciplinato in modo più analitico la distribuzione delle competenze fra giudice e professionista delegato, prevedendo che:

- a) entro trenta giorni dal versamento del prezzo, il professionista delegato deve provvedere alla formazione di un progetto di distribuzione, anche parziale (contenente la graduazione dei creditori che di partecipano), secondo le direttive impartite dal giudice dell'esecuzione e lo deve trasmettere a quest'ultimo;
- b) entro dieci giorni dal deposito del progetto, il giudice dell'esecuzione lo esamina, apporta eventuali variazioni, lo deposita nel fascicolo della procedura (affinché possa essere consultato dai creditori e dal debitore – cui dunque non deve essere trasmesso –) e ne dispone la comunicazione al professionista delegato;
- c) entro trenta giorni dalla suddetta comunicazione, il professionista delegato fissa innanzi a sé l'audizione delle parti per la discussione sul progetto di distribuzione (ferma restando la necessità che tra la comunicazione dell'invito e la data della comparizione innanzi al delegato devono intercorrere almeno dieci giorni);
- d) la mancata comparizione per la discussione sul progetto di distribuzione innanzi al professionista delegato (o dinanzi al giudice delegato quando, ai sensi dell'art. 591-bis secondo comma, ravvisi l'esigenza di procedere direttamente alle operazioni di vendita a tutela degli interessi delle parti)

dell'esecuzione esamina il progetto di distribuzione e, apportate le eventuali variazioni, lo deposita nel fascicolo della procedura perché possa essere consultato dai creditori e dal debitore e ne dispone la comunicazione al professionista delegato. Il professionista delegato fissa innanzi a sé entro trenta giorni l'audizione delle parti per la discussione sul progetto di distribuzione. Tra la comunicazione dell'invito e la data della comparizione innanzi al delegato debbono intercorrere almeno dieci giorni”;

- il comma 43 dell'art. 3 del d.lgs. 149/2022 modifica integralmente anche il testo dell'art. 597 prevedendo che “la mancata comparizione per la discussione sul progetto di distribuzione innanzi al professionista delegato o all'udienza innanzi al giudice dell'esecuzione nell'ipotesi di cui all'art. 596, quarto comma, importa approvazione del progetto per gli effetti di cui all'articolo 598”.

importa approvazione del progetto per gli effetti di cui all'articolo 598 (cfr. più ampiamente CRIVELLI, 2024).

Pur essendosi, dunque, riservata in capo al giudice la possibilità di esaminare il progetto di distribuzione predisposto dal professionista e di apportarvi eventuali modifiche (oltre alla competenza esclusiva in caso di insorgenza di controversie in fase distributiva), alla luce della riforma in esame non è più dubitabile che l'audizione⁴² per l'approvazione del progetto si svolgerà dinanzi al professionista delegato e che a quest'ultimo è stato attribuito anche il potere di procedere all'approvazione dello stesso.

Ciò trova puntuale conferma anche nella relazione illustrativa all'intervento legislativo in esame, ove si legge che le modifiche in tema di distribuzione rappresentano la “trasposizione positiva di prassi diffuse in molti uffici giudiziari (ed avallate come virtuose dal Consiglio Superiore della Magistratura nella delibera del 7 dicembre 2021 recante l'approvazione delle “linee guida funzionali alla diffusione di buone prassi nel settore delle esecuzioni immobiliari”). Viene affidato al professionista delegato il potenziale svolgimento di tutta la fase della distribuzione del ricavato: non soltanto la predisposizione del piano di riparto (sulla scorta delle preventive istruzioni del giudice dell'esecuzione), ma anche la convocazione delle parti innanzi a sé per l'audizione e la discussione sul progetto, la cui approvazione, in caso di mancata comparizione o mancata contestazione, compete al professionista delegato, “il quale avrà altresì cura di provvedere al materiale pagamento delle singole quote agli assegnatari”.

Anche dopo questo intervento legislativo, chiaramente tendente a valorizzare ulteriormente ruolo e poteri del professionista delegato in sede di distribuzione della somma ricavata, non è mancato chi, in

⁴² Opportunamente il legislatore non utilizza il termine udienza, così come aveva fatto il legislatore del 2005, aprendo un significativo dibattito dottrinale a fronte della impossibilità che una udienza, così come tradizionalmente intesa, potesse svolgersi dinanzi al delegato (anziché dinanzi al giudice). Rinvio per un esame di questo dibattito, nonché per ampi riferimenti dottrinali, a Fabiani (2007, p. 87ss.); Fabiani (2010, p. 490ss.).

dottrina, ha continuato a ritenere che non possa essere attribuita al professionista delegato la qualifica di sostituto del giudice.

Taluna dottrina ha sostanzialmente mantenuto immutata la sua posizione, continuando a ritenere che il delegato alle operazioni di vendita svolga esclusivamente attività di cd. giurisdizione in senso ampio (e non anche di giurisdizione in senso stretto) e che non possa essere qualificato come vero e proprio sostituto del giudice ma come “ausiliario in senso ampio” (cfr. LIUZZI, 2024, spec. p. 330).

Altra dottrina, pur riconoscendo espressamente che in talune ipotesi il professionista delegato eserciti funzioni di giurisdizione in senso stretto (e non già solo funzioni di giurisdizione in senso ampio), continua a ritenere comunque preferibile la qualificazione di “ausiliario *sui generis*” in quanto i principali provvedimenti attraverso i quali si esercita la giurisdizione in senso stretto sono riservati al giudice dell’esecuzione⁴³.

Nel primo caso, dunque, si esclude la qualifica di sostituto del giudice ritenendo che il delegato non eserciti mai funzioni di giurisdizione in senso stretto, nel secondo caso in quanto, pur esercitandole in talune ipotesi, sarebbero comunque prevalenti quelle di giurisdizione in senso ampio (in quanto le funzioni di giurisdizione in senso stretto sarebbero in linea di principio riservate al giudice dell’esecuzione).

⁴³ Cfr. Farina (2022, spec. p. 45), la quale, pur dando atto di come la Delega al Governo per l’efficienza del processo civile implementa ulteriormente i compiti del professionista in sede di distribuzione della somma ricavata, ritiene che “la tesi che qualifica il professionista delegato, a tutti gli effetti, come un ausiliario del giudice, sia pure *sui generis*, ci sembra da preferire, in considerazione del fatto che il legislatore ha escluso che oggetto della delega siano i principali provvedimenti con cui si esercita la giurisdizione in senso stretto come pure quelle determinazioni che, più in generale, attribuiscono una rilevante discrezionalità all’autorità che liquida il bene [...]. Di contro, le potestà oggetto di delega si caratterizzano per essere meramente esecutive, anche se non mancano alcune attività giurisdizionali in senso stretto (v. ad es. l’aggiudicazione ex artt. 572 e 573 c.p.c.)”. Ma v. anche Mereu (2022), il quale, pur riconoscendo che al delegato sono state attribuite “anche attività che possono essere definite come giurisdizionali in senso stretto (si pensi, ad es., all’aggiudicazione, in forza di quanto prevedono gli artt. 572 e 573 c.p.c.)”, ritiene “preferibile la tesi secondo cui il professionista delegato vada considerato, a tutti gli effetti, come un ausiliario del giudice, sia pure *sui generis*”.

In entrambi i casi, a differenza di quanto aveva fatto la dottrina più risalente che si era occupata di questo dibattito, si tende a ritenere che, in tanto il delegato possa essere qualificato come sostituto del giudice, in quanto eserciti funzioni di giurisdizione in senso stretto, come se non fosse neanche ipotizzabile (peraltro in aperto contrasto con la lettera dell'art. 68, 2.º comma, c.p.c.) un ruolo propriamente sostitutivo del delegato (e non già di mero ausilio) rispetto alle funzioni di cd. giurisdizione in senso ampio. Nel primo caso, giungendo ad escludere la qualifica di sostituto sulla base di un criterio di ordine qualitativo (ossia la ritenuta esclusione della qualificabilità in termini di giurisdizione in senso stretto delle attività del delegato), nel secondo caso giungendo alla medesima conclusione sulla base di un criterio di ordine quantitativo (ossia la ritenuta attribuzione in via prevalente – anche se non esclusiva – di funzioni di giurisdizione in senso stretto in capo al giudice).

Giova, infine, evidenziare come non è mancato neanche chi è giunto alla medesima conclusione sulla base di un criterio di ordine (non più oggettivo ma) soggettivo, ossia l'allargamento dell'istituto della delega delle operazioni di vendita dal solo notaio anche agli avvocati e commercialisti.

Più precisamente, si è ritenuto che

alla luce della possibilità di delega delle operazioni di vendita ad avvocati e commercialisti [...] appare più corretto, continuare ad assimilare, in accordo con la tesi classica, il professionista delegato al consulente tecnico d'ufficio, in quanto anch'egli ausiliario del magistrato titolare del procedimento, che può assoggettare a controllo, tanto preventivo che successivo, ogni suo atto (TIZI, 2024, p. 312).

A questa posizione, peraltro, sembrerebbe sottesa l'idea di fondo secondo la quale sussisterebbe una sorta di incompatibilità fra potere di controllo del giudice e qualificazione del delegato in termini di sostituto (anziché di ausiliario del giudice) o che detto potere di controllo rappresenti un tratto distintivo esclusivo della figura dell'ausiliario.

Come si è già avuto modo di evidenziare, non è affatto così, posto che il potere di controllo del giudice dell'esecuzione sul professionista delegato è pienamente compatibile con la qualificazione di quest'ultimo in termini di sostituto del giudice ed anzi, come già evidenziato, la sussistenza di un potere di direzione e di controllo del giudice rappresenta uno dei tratti distintivi dell'istituto della delega di giurisdizione.

7 LA NATURA DEL PROFESSIONISTA DELEGATO NELLA GIURISPRUDENZA

La giurisprudenza della Corte di cassazione tende a non soffermarsi sulla problematica della natura del delegato alle operazioni di vendita nell'espropriazione forzata e, nell'affrontare specifiche questioni portate alla sua attenzione in tema di espropriazione forzata delegata, tendenzialmente qualifica il delegato genericamente come ausiliario del giudice⁴⁴.

Più specificamente, in talune pronunce si qualifica il delegato alla vendita in sede di espropriazione forzata come ausiliario del giudice senza affrontare espressamente la problematica della qualificazione⁴⁵.

In altre pronunce, si fa altrettanto dopo aver affrontato espressamente la problematica della qualificazione, ma senza procedere ad un approfondimento della stessa.

⁴⁴ Cfr. per una rassegna di giurisprudenza e per riferimenti giurisprudenziali Aliotta (2020, p. 557 ss.).

⁴⁵ Cfr. Cass. 19 maggio 2022 n. 16219 secondo la quale “in alcun modo è ipotizzabile che il professionista – il quale, in quanto ausiliario del giudice dell'esecuzione, rappresenta pur sempre l'ufficio, partecipando della *iurisdictio* nell'ambito dell'ordinanza di delega *ex art. 591-bis c.p.c.*, e nei limiti di quanto da essa previsto – possa prendere posizione sulla fondatezza o meno dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, da chiunque proposta e anche nella fase sommaria, per di più instando per la condanna dell'opponente alle spese”. Nonché Cass. 19 gennaio 2010, n. 711 la quale, nell'occuparsi della tematica della liquidazione dei compensi del delegato (e più specificamente del rimedio esperibile da quest'ultimo avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione che liquida il compenso), qualifica il “notaio delegato” come “ausiliare del giudice” senza affrontare espressamente la problematica della sua qualificazione.

Si giunge, infatti, alla suddetta conclusione affermando:

- che “il notaio delegato alle operazioni di vendita immobiliare (e così anche gli altri professionisti menzionati nell’art. 591 *bis* c.p.c. e, nel caso di vendita mobiliare, dall’art. 534 *bis* c.p.c.) rientra fra gli ausiliari del giudice, come del resto è espressamente stabilito dalla disposizione generale dell’art. 68 c.p.c., in quanto chiamato a contribuire con la propria attività al compimento degli atti propri dell’ufficio giudiziario delegante”⁴⁶;
- o, analogamente, che “il notaio delegato alle operazioni di vendita – ma lo stesso si può dire ora per gli altri professionisti menzionati nell’art. 591 *bis* c.p.c., e, nel processo di espropriazione forzata mobiliare, per l’istituto autorizzato alla vendita dei beni (art. 534 *bis* c.p.c.) – rientra nell’indicata nomenclatura dell’ausiliario del magistrato, dacché ne presenta il tratto, proprio della figura dell’ausiliario del giudice, di contribuire con la propria attività ad individuare il contenuto degli atti che debbono essere compiuti nel processo dall’ufficio giudiziario. Del resto l’art. 68 c.p.c., comma 3, ha sin dall’origine contemplato tra gli ausiliari del giudice il notaio, in relazione ai casi in cui la legge consente al giudice di commettergli il compimento di determinati atti” (così Cass. 29 gennaio 2007, n. 1.887).

⁴⁶ Così Cass. 1 febbraio 2013, n. 2474 nell’occuparsi della problematica relativa alla individuazione del rimedio esperibile dal delegato avverso il provvedimento del giudice dell’esecuzione di liquidazione del compenso e nell’avallare, sul punto, l’indirizzo giurisprudenziale tendente a ritenere che detto rimedio sia rappresentato dall’opposizione prevista dal d.p.r. n. 115 del 2002 (art. 170, che estende il proprio ambito di applicazione ai decreti di liquidazione del compenso emessi in favore di qualsiasi “ausiliario del magistrato”) in quanto trattasi di disciplina avente “carattere speciale” che “prevale sull’opposizione agli atti esecutivi prevista dall’art. 617 c.p.c., che diversamente sarebbe applicabile in quanto il decreto di liquidazione del compenso al notaio delegato *ex art.* 591 *bis* c.p.c., è sia soggettivamente (per l’organo che lo emette), sia oggettivamente (per la sua inerenza al subprocedimento di vendita) un atto del processo di esecuzione. Tale sostituzione del rimedio speciale (l’art. 170 D.P.R. cit.) a quello comune (l’art. 617 c.p.c) per ragioni, appunto, di sola specialità, lascia tuttavia intatta la natura prettamente esecutiva del rapporto processuale che la domanda di liquidazione del compenso instaura tra il professionista delegato e le parti ed i soggetti che nel processo di esecuzione hanno diritto, rispettivamente, di contraddire e di interloquire, e che in esso confrontano le rispettive posizioni di vantaggio e di svantaggio nelle forme esecutive o in quelle cognitive di volta in volta applicabili”.

Dalla lettura di queste pronunce emerge, con tutta evidenza, come, non solo la questione della natura del delegato non venga approfondita dalla S.C., ma anche che la conclusione cui la stessa giunge (in termini di qualificazione del notaio delegato come ausiliario del giudice) viene paradossalmente fatta discendere dalla lettera dell'art. 68 c.p.c. e, segnatamente (quanto meno nell'ultima pronuncia richiamata) dal secondo comma dell'art. 68⁴⁷, ossia proprio da quella disposizione che, come abbiamo già avuto modo di evidenziare, secondo parte della dottrina, sin da epoca ormai risalente nel tempo, rappresenta, invece, proprio il fondamento normativo della diversificazione del notaio, in termini di sostituto del giudice, rispetto a tutti gli altri ausiliari.

Più precisamente, come abbiamo già avuto modo di evidenziare, tradizionalmente parte della dottrina pone l'accento, oltre che sulla necessità di leggere il secondo comma dell'art. 68 in combinato disposto con altre norme del codice di procedura civile (o a questo collegate) sull'attività del notaio in tema di giurisdizione civile, anche su quella di raffrontarlo con il primo comma, in quanto: il primo comma, contempla un'attività di ausilio riferendola al giudice, al cancelliere e all'ufficiale giudiziario senza indicare la figura professionale di riferimento; il secondo comma, invece, contempla un'attività di sostituzione (e non di mero ausilio), la riferisce solo al giudice (e non anche al cancelliere e all'ufficiale giudiziario), indica una figura professionale di riferimento, ossia il notaio (cfr. più ampiamente, anche per ulteriori riferimenti: VOCINO, 1956, p. 3; FABIANI, 2002, spec. p. 135 ss.; VACCARELLA, 1994, p. 44; LUISO; MICCOLI, 1999, p. 45; BUSANI, 1999, p. 42.).

Al contempo, dopo l'entrata in vigore della legge n. 302/98, la figura del professionista delegato trova comunque un autonomo e differente fondamento normativo rispetto all'art. 68 c.p.c. nelle disposizioni introdotte dalla suddetta legge (quali, su tutte, l'art. 591-*bis* c.p.c.).

⁴⁷ Erroneamente, nella suddetta pronuncia, si richiama il terzo comma dell'art. 68, come del resto emerge con chiarezza dalla lettura della medesima sentenza, ove si richiama, in realtà, il testo del secondo comma.

Né può ritenersi, al contempo, che la S.C., nelle suddette pronunce, si soffermi approfonditamente su quelli che, tradizionalmente, costituiscono i tratti caratterizzanti della figura dell'ausiliario del giudice (ossia l'incarico giudiziario e l'assistenza rispetto allo svolgimento di attività del giudice, del cancelliere o dell'ufficiale giudiziario⁴⁸), limitandosi ad affermare che il delegato “rientra nell'indicata nomenclatura dell'ausiliario del magistrato, dacché ne presenta il tratto, proprio della figura dell'ausiliario del giudice, di contribuire con la propria attività ad individuare il contenuto degli atti che debbono essere compiuti nel processo dall'ufficio giudiziario”.

Nel caso di specie, peraltro, il ruolo del professionista delegato, già sulla base di una mera lettura dell'art. 591-*bis* c.p.c., non si vede come possa essere ricondotto nei confini del “mero contributo alla individuazione degli atti che devono essere compiuti nel processo dall'ufficio giudiziario”, dal momento che, in svariate ipotesi, il delegato pone in essere in prima persona gli atti che dovrebbero essere compiuti nel processo dal giudice e, in via più generale, dall'ufficio giudiziario nel suo complesso.

In altri termini, il delegato non si limita a supportare il giudice al fine di consentirgli di adottare il provvedimento più idoneo nel singolo caso di specie (come fa, ad esempio, il consulente tecnico – figura a cui, muovendosi nella suddetta prospettiva, talvolta la S.C. equipara il delegato), ma pone in essere, in sostituzione del giudice, determinati atti del processo aventi la medesima efficacia di quelli che, in assenza del delegato, porrebbe in essere, in prima persona, il giudice.

Non mancano, al contempo, pronunce, anche di merito, che sono giunte all'opposta conclusione, ossia a ritenere che il delegato sia un vero e proprio sostituto del giudice⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. più ampiamente, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, Fabiani (2002, p. 131 ss.).

⁴⁹ Cfr. Tribunale di Avellino, 5 febbraio 2016, secondo il quale “la dottrina più recente e ormai prevalente, alla quale questo giudice ritiene di aderire, sostiene che nell'esercizio della delega di cui all'art. 591-*bis*, il notaio assuma il ruolo di sostituto anziché di mero ausiliario del giudice, poiché la sua attività supera i compiti di assistenza o di collaborazione subordinata che caratterizza gli ausiliari. Ne consegue che la funzione del notaio delegato non può inquadrarsi nello schema

La S.C. ha avuto modo di ritenere, in particolare, che

il professionista delegato per la vendita di un immobile agisce quale *longa manus* del Tribunale, in quanto la delega attribuisce al designato la legittimazione all'esercizio di poteri e funzioni spettanti al giudice[...] in tal veste il notaio delegato differisce nettamente dalla figura dell'ausiliario *ex art. 68 c.p.c.*, atteso che nell'incarico di delega non è ravvisabile un mero rapporto accessorio, collaterale ed occasionale, bensì un'autentica sostituzione nell'attività del giudice dell'esecuzione giuridicamente qualificabile in termini di "delega sostitutiva", in virtù della quale il delegato è tenuto al compimento di atti i quali, se la delega non fosse intervenuta, spetterebbero al giudice dell'esecuzione⁵⁰.

di cui all'art. 68 c.p.c. poiché il rapporto del delegato con il giudice non ha carattere meramente accessorio, collaterale e occasionale. Il professionista è designato dal giudice affinché svolga attività che, di norma, competono a quest'ultimo e, quindi, in sua sostituzione. Pertanto, l'art. 68 c.p.c. pare difficilmente applicabile in quanto il giudice affida al delegato compiti che potrebbe tranquillamente svolgere in autonomia. In virtù di tale rapporto di sostituzione, gli atti compiuti dal notaio producono gli stessi effetti processuali che essi avrebbero ove posti in essere dal giudice dell'esecuzione, restando le operazioni svolte dal notaio sempre ancorate nell'alveo del processo civile. Si ritiene, dunque, che il delegato sia un sostituto del giudice tanto più che assume la qualifica di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p. in quanto svolge attività di rilevanza pubblicistica".

⁵⁰ Così Cass. 15 gennaio 2019, n. 724 secondo la quale, dalle suddette considerazioni "discende la configurazione di un rapporto di servizio tra il professionista e l'amministrazione statale della giustizia, che nella giurisprudenza della Corte dei Conti si traduce nella ravvisabilità di ipotesi di danno erariale e, più in generale, nella qualificazione del delegato quale pubblico ufficiale. Ne consegue che il notaio delegato deve adempiere ed operare in ordine alla delega con la diligenza qualificata dalla funzione *ex art. 1176 c.c.*, non trascurando che la responsabilità può sussistere anche in caso di colpa lieve, in ragione della capacità stessa del professionista. [...] In definitiva, è senz'altro configurabile un rapporto di servizio tra il professionista delegato e l'Amministrazione statale, atteso che il primo è abilitato a svolgere un'attività del g.e., che questi potrebbe compiere direttamente se avesse le specifiche competenze necessarie e, pertanto, pur se nei limiti posti dalla norma che ne prevede la delega, il delegato concorre oggettivamente all'esercizio della funzione giudiziaria nella fase della vendita immobiliare". Secondo la S.C., "il rapporto che si instaura con il delegato non è, dunque, di natura contrattuale, ma fiduciaria con il g.e." e, "alla stregua delle considerazioni che precedono, nel momento in cui il soggetto che partecipa ad una vendita all'incanto immobiliare in sede di espropriazione forzata deposita preventivamente, a mezzo di assegno circolare (intestato al notaio), somme di denaro a titolo di "fondo spese per il trasferimento" (ivi comprese le imposte relative alla registrazione del decreto), il notaio delegato agisce quale sostituto del cancelliere, ai sensi del D.Lgs. n. 347 del 1990, art. 6, comma 2, dovendo essere individuato come l'unico soggetto tenuto al pagamento delle imposte ipotecarie e catastale, oltre che di registro".

In tal caso la S.C. è chiarissima nell'attribuire al professionista delegato la qualifica di sostituto del giudice, qualificando giuridicamente il relativo rapporto in termini di “delega sostitutiva”.

Muovendosi sostanzialmente nel medesimo ordine di idee, la S.C. in altra pronuncia⁵¹ ha riconosciuto al professionista delegato il potere, di natura evidentemente giurisdizionale, di fissare termini vincolanti per le parti (nel caso di specie per i creditori).

In dottrina, peraltro, non è mancato chi, pur riconoscendo espressamente come ci troviamo di fronte al riconoscimento in capo al delegato di un potere “di natura schiettamente giurisdizionale”, ha addirittura ritenuto che la suddetta pronuncia della S.C. “sembra apportare nuova linfa all'impostazione che il professionista svolga la funzione di un ausiliario *sui generis*, al quale per la migliore efficienza del processo esecutivo possono attribuirsi anche funzioni di giurisdizione in senso stretto, purché espressamente contenute nella delega”⁵².

In altri termini, parte della dottrina, dopo aver ritenuto, in via più generale, che la qualifica di ausiliario del giudice (ancorché *sui generis*) sia compatibile con l'attribuzione in capo al delegato (anche) di funzioni di giurisdizione in senso stretto, tenta di ricavare argomenti a supporto della qualificazione del delegato come ausiliario *sui generis* anche dalle pronunce della S.C. che riconoscono in capo al delegato funzioni di giurisdizione in senso stretto.

8 LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA DELEGATO ALLE OPERAZIONI DI VENDITA NELL'ESPROPRIAZIONE FORZATA

Tradizionalmente, come già anticipato, la tematica della responsabilità civile del professionista delegato alla vendita in

⁵¹ Il riferimento è alla pronuncia della Cassazione del 27 gennaio 2017, n. 2044.

⁵² Cfr. Farina (2022, p. 46) nell'evidenziare al contempo come la suddetta “conclusione è stata giustificata dalla Corte facendo leva, non tanto sulla natura giurisdizionale delle attività compiute dal delegato in sede di predisposizione del progetto di distribuzione, quanto sulle difficoltà pratiche che tale soggetto incontra nella redazione, anche solo in bozza, del suddetto progetto e della necessità di acquisire la tempestiva disponibilità della documentazione da elaborare”. Ma nello stesso senso v. anche Mereu (2022).

sede di espropriazione forzata viene ricollegata proprio alla sua qualificazione, a monte, in termini di mero ausiliario, ausiliario *sui generis* (o ausiliario in senso lato) ovvero sostituto del giudice.

Contrariamente a quanto si potrebbe immaginare, non esiste, però, una stretta corrispondenza fra la qualificazione del delegato in uno dei suddetti modi e l'inquadramento, a livello sistematico, della relativa responsabilità civile sempre nello stesso modo.

In altri termini, si trova traccia, sia in dottrina che in giurisprudenza, di posizioni estremamente diversificate, non solo sotto il profilo della natura dell'attività del professionista delegato e della sua responsabilità, ma anche del modo in cui viene fatto discendere il regime di responsabilità civile in base alla qualificazione, a monte, del professionista delegato in uno dei suddetti modi.

Vediamo, nel dettaglio, quali sono le differenti posizioni che sono state avanzate, sia in dottrina che in giurisprudenza.

9 SEGUE: LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA DELEGATO NEL DIBATTITO DOTTRINALE

Sin dall'entrata in vigore della legge n. 302 del 1998, la dottrina che ha qualificato il notaio delegato in termini di sostituto del giudice ha evidenziato lo stretto legame che viene in rilievo, per l'effetto, con la possibile applicazione (anche) al delegato (così come al giudice) della normativa che disciplina la responsabilità civile del magistrato, ossia la legge n. 117/1988 (cfr. per tutti VACCARELLA, 2001, p. 290-291; D'ALESSANDRO, 2000, p. 341-342).

Muovendosi in quest'ordine di idee, in considerazione del peculiare contenuto di questa disciplina – che reca sia disposizioni di carattere sostanziale che processuale⁵³ –, si pone l'ulteriore problema

⁵³ In forza delle regole di carattere sostanziale la responsabilità è limitata, dagli artt. 2 e 3 della l. 117/1988, alle sole ipotesi di dolo, colpa grave (non civilistica ma così come delimitata, in termini restrittivi, dalle suddette norme) e diniego di giustizia (consistente nel rifiuto, omissione o ritardo nel compimento di atti dell'ufficio). Le regole processuali hanno ad oggetto un giudizio preliminare di ammissibilità e la legittimazione passiva dello Stato, con conseguente impossibilità di azione diretta verso il magistrato (art. 5), la non estensione del giudizio negativo al magistrato

di stabilire se la stessa possa trovare applicazione integralmente ovvero solo in quanto compatibile e, segnatamente, con riferimento alle disposizioni di carattere sostanziale, così come ritenuto con riferimento al notaio delegato, nella vigenza della legge n. 302/98, da autorevole dottrina, dopo averlo qualificato come sostituto del giudice⁵⁴.

In ragione della ormai pacifica (o quanto meno largamente prevalente) esclusione della qualificazione del professionista delegato come mero ausiliario del giudice, la dottrina prevalente esclude che, con riferimento alla responsabilità civile di quest'ultimo, possano trovare applicazione gli artt. 64 (responsabilità del consulente) e 67 (responsabilità di custode) c.p.c.⁵⁵, trattandosi di disposizioni relative alla responsabilità di ausiliari cd. puri, come il custode e il consulente tecnico⁵⁶.

salva l'ipotesi di partecipazione volontaria al giudizio (art. 6), il giudizio di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato (art. 7).

⁵⁴ Cfr. Vaccarella (2001, p. 290-291) secondo il quale “la circostanza che il legislatore abbia esplicitamente disciplinato la delega al notaio [...] comporta che il notaio è oggi un sostituto del giudice, e svolge funzioni altrimenti da questi esercitabili, usufruendo di poteri che, a seguito della delega del giudice, sono a lui attribuibili dalla legge. Dal che la conseguenza che la responsabilità del notaio nel compimento di attività delegategli dal giudice deve ritenersi soggetta ai limiti di diritto sostanziale sanciti dagli artt. 2 e 3 legge n. 117 del 1988; limiti, ho detto, di diritto sostanziale, in quanto mi sembra dubbio che nei riguardi del notaio esistano le medesime esigenze di evitare lo “scontro diretto” che, per gli atti del giudice, hanno indotto il legislatore ad imporre l'esercizio dell'azione nei confronti dello Stato (e mai nei confronti del magistrato), a prevedere un complesso filtro di ammissibilità, a contemplare soltanto l'intervento volontario del magistrato, l'inizio dell'azione disciplinare, l'azione di regresso, ecc. ecc.”.

⁵⁵ Con riferimento alla responsabilità civile: l'art. 64, per il consulente tecnico, si limita a prevedere che “in ogni caso è dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti”; l'art. 67, per il custode, si limita a prevedere che “è tenuto al risarcimento dei danni cagionati alle parti, se non esercita la custodia da buon padre di famiglia”.

⁵⁶ Secondo Farina (2022, p. 46-47): “che nei confronti del professionista inadempiente, inteso come ausiliario – in senso ampio – del giudice trovino applicazione i profili di responsabilità di cui all'art. 2043 è confermato dalla giurisprudenza di legittimità (salvo escludere l'ingiustizia del danno lamentato dal terzo che, dopo una prima aggiudicazione – a prezzo base erroneamente ribassato sul presupposto di un precedente esperimento, mai concretamente espletato – era poi risultato nuovamente aggiudicatario, per un importo più elevato, all'esito di una gara successiva rispetto alla prima vendita). Dal proprio canto anche la dottrina, che qualifica il professionista alla stregua di un ausiliario in senso ampio o *sui generis*, sostiene che la responsabilità vada costruita secondo l'art. 2043 c.c.; fermo restando che in caso di problemi tecnici di speciale difficoltà, il delegato non risponde dei danni, se non caso di dolo o colpa grave trattandosi di un professionista. Né, del resto,

La dottrina che qualifica il professionista delegato alla vendita in sede di espropriazione forzata come “ausiliario *sui generis*” o come “ausiliario in senso ampio” ritiene che, esclusa – per i suddetti motivi – l’operatività degli artt. 64 e 67 c.p.c., debba trovare applicazione l’art. 2043 cod. civ., dettato in tema di responsabilità per fatto illecito e che, al di là della responsabilità che deriva dal mancato rispetto dei termini per le attività delegate, si possano configurare specifiche ipotesi di responsabilità con riferimento a ciascuna delle attività contemplate dall’art. 591-*bis* c.p.c.⁵⁷.

potrebbero trovare applicazione gli artt. 64 e 67 c.p.c. dedicati alla responsabilità del custode e del consulente tecnico, trattandosi di ausiliari c.d. puri del giudice le cui attività sono decisamente diverse da quelle proprie del professionista delegato”. Diversamente Arieta e Santis (2007, p. 1.225) secondo i quali “le argomentate caratteristiche di specialità della figura del professionista delegato potrebbero far ritenere inapplicabile il regime di responsabilità civile (e penale) descritto negli artt. 64 e 67 c.p.c. e applicabili [...] le regole ordinarie in materia di responsabilità extracontrattuale. Ma, a ben vedere, le regole sulla responsabilità dell’ausiliario ben possono trovare applicazione anche al professionista delegato, attesa al peculiarità e complessità dell’attività professionale che egli è chiamato a svolgere dal giudice”; ma v. anche Soldi (2022, p. 1.795), secondo la quale, “poiché il professionista delegato è stato inquadrato nella categoria degli ausiliari, si ritiene che siano applicabili al delegato le regole sulla responsabilità dell’ausiliario. Il delegato è tenuto ad adempiere all’incarico con la diligenza propria della professione che svolge e risponde in ogni caso per colpa grave”.

⁵⁷ Per un’analisi esemplificativa in tal senso cfr. Liuzzi (2024, spec. p. 334-335) il quale pone in rilievo come: a) con riferimento alla valutazione dell’immobile, l’esperto è tenuto a motivare in caso di valutazione differente da quella dell’esperto, altrimenti potrebbe incorrere in responsabilità in caso di valutazione troppo bassa o troppo alta rispetto a quella dell’esperto; b) con riferimento all’avvio di vendita, “il delegato, se non è responsabile della mancata corrispondenza tra i beni pignorati e la realtà, è però responsabile della mancata corrispondenza tra quelli pignorati e risultanti nell’avviso, da un lato, e la realtà, dall’altro, se dalla documentazione ipotecaria catastale risulta, ad esempio che un bene era stato venduto prima del pignoramento”; c) in tema di pubblicità, il delegato deve effettuarla “utilizzando un sito internet compreso tra quelli indicati dal decreto ministeriale di cui all’art. 173.ter disp. att. c.p.c., attuativo della previsione di cui all’art. 490 c.p.c., sicché, qualora utilizzi un sito internet differente, la pubblicità (obbligatoria ai sensi dell’art. 490, 2.º comma, c.p.c.) viene ritenuta omessa con conseguente nullità dell’aggiudicazione e del decreto di trasferimento e responsabilità del professionista delegato”; d) con riferimento alla deliberazione dell’offerta (art. 572 c.p.c.), “il delegato è responsabile se, ad esempio, non accoglie l’offerta che è pari o superiore al valore dell’immobile stabilito nell’ordinanza e procede alla vendita con incanto”; e) in tema di inadempimento dell’aggiudicatario nel versamento del prezzo, “il delegato è responsabile se non dà tempestivo avviso al giudice, trasmettendo il fascicolo”, avviso che, in assenza di indicazioni espresse del legislatore, dovrebbe ritenersi tempestivo ove “effettuato entro un breve lasso di tempo (5-6 giorni)”. Il delegato è altresì responsabile: “se non provvede alla

Più precisamente, muovendosi in quest'ordine di idee, si ritiene che il delegato risponda per dolo e colpa, con l'ulteriore specificazione che, trattandosi di un professionista, in forza di quanto disposto dall'art. 2236 c.c., se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave⁵⁸.

Anche se occorre evidenziare come non manca neanche chi, pur qualificando il professionista delegato come ausiliario *sui generis*, nel riconoscere al contempo che il legislatore ha attribuito – nel corso del tempo – al delegato anche funzioni di giurisdizione in senso stretto, lascia “aperta la possibilità di un'applicazione della disciplina di cui alla l. n. 117/1988 quantomeno per le attività che possono essere definite come giurisdizionali in senso stretto” (così MEREU, 2022).

Così ritenendo, peraltro, si crea un legame inscindibile fra la qualificazione dell'attività esercitata dal professionista delegato in termini di giurisdizione in senso stretto e l'applicabilità della legge n. 117/1988 che, a ben vedere, non trova alcun riscontro in questa legge, che si applica, invece, a tutte le attività poste in essere dal

cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie, dopo il decreto di trasferimento” oppure “se non provvede a versare le somme corrisposte dagli aggiudicatari delle vendite su libretti intestati alla procedura o allo stesso delegato, secondo quanto disposto dal giudice”, o ancora: “se non provvede, senza indugio, a trasmettere il fascicolo al giudice, dopo il versamento del prezzo, unitamente al testo del decreto di trasferimento che sarà poi firmato dal giudice”; “se entro trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza di vendita deposita un rapporto riepilogativo iniziale delle attività svolte; se, a decorrere dal deposito del rapporto riepilogativo iniziale, non deposita, dopo ciascun esperimento di vendita, un rapporto riepilogativo periodico delle attività svolte; se, entro dieci giorni dalla comunicazione dell'approvazione del progetto di distribuzione, non deposita un rapporto riepilogativo finale delle attività svolte successivamente al deposito dell'ultimo rapporto riepilogativo periodico (art. 591-bis 14.º comma, c.p.c.)”.

⁵⁸ Cfr. Liuzzi (2024, spec. p. 332) secondo il quale “non trovano applicazione le norme di cui agli artt. 64 e 67, in quanto dettate espressamente per il consulente tecnico e per il custode, peraltro con previsione di responsabilità differenti e stante la specialità della figura del professionista delegato. [...] Esclusa l'operatività degli artt. 64 e 67 c.p.c. mi sembra più aderente alla realtà il richiamo all'art. 2043 c.c., dettato in tema di responsabilità per fatto illecito. Ne deriva che il delegato risponde per dolo e colpa, con l'ulteriore precisazione che, trattandosi di un professionista, “se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave (art. 2236 c.c.)”.

giudice nel processo di espropriazione forzata (in quanto pur sempre attività giurisdizionali) e non solo con riferimento a quelle aventi natura di giurisdizione in senso stretto.

10 SEGUE: LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA DELEGATO NELLA GIURISPRUDENZA

Anche con riferimento alla responsabilità civile del professionista delegato, così come abbiamo già avuto modo di riscontrare con riferimento alla natura dell'attività svolta dallo stesso ed alla sua qualificazione, non v'è traccia di pronunce della S.C. che affrontino approfonditamente la questione, salvo una recentissima pronuncia sulla quale avremo modo di soffermarci diffusamente più avanti.

Per lo più, proprio in ragione della suddetta qualificazione del delegato in termini di ausiliario del giudice, la giurisprudenza di legittimità tende ad escludere che la relativa responsabilità possa essere ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale, riconducendola, piuttosto, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 cod. civ.⁵⁹.

In dottrina non si è mancato di evidenziare come la S.C., così facendo, giunge ad una conclusione in linea con quanto dalla stessa

⁵⁹ Cfr. Cass. 9 febbraio 2016, n. 2511 secondo la quale “non integra un danno ingiusto suscettibile di essere risarcito, tanto meno nei confronti del notaio delegato ai sensi dell'art. 591-bis c.p.c., la differenza tra un prezzo di aggiudicazione ottenuto in forza di provvedimento di fissazione di prezzo base che debba qualificarsi e sia poi riconosciuto illegittimo e quello, maggiore, al quale ha poi avuto luogo l'aggiudicazione all'esito di fissazione del prezzo base corretto, perché l'illegittimità del primo di tali prezzi esclude l'ingiustizia della riconduzione a legittimità dell'esborso dovuto per l'aggiudicazione e perché non ha l'aggiudicatario diritto a vedere consolidata, neppure quale termine di raffronto con il successivo esborso, alcuna conseguenza favorevole di un procedimento illegittimo quale la fissazione di un prezzo base erroneo”. Ma v. anche Cass. 20 febbraio 2018, n. 4007 la quale esclude la natura contrattuale della responsabilità del notaio incaricato delle operazioni divisionali ritenendo che a tal fine “è sufficiente osservare che il notaio incaricato delle operazioni divisionali non viene ad espletare una prestazione professionale riconducibile al disposto dell'art. 2230 c.c., operando, piuttosto, come ausiliario del giudice, e dunque quale titolare di un *munus publicum*, essendo alla sua attività riconosciuta, addirittura, natura amministrativa”.

ritenuto con riferimento alla responsabilità civile degli ausiliari del giudice e, segnatamente, del consulente tecnico⁶⁰.

Non mancano, però, pronunce che pervengono ad una differente conclusione⁶¹.

In particolare, nella giurisprudenza di merito, pur qualificando a monte il delegato come vero e proprio sostituto del giudice (e non già mero ausiliario), si è giunti a ritenere che lo stesso risponda a titolo di responsabilità contrattuale (e, più specificamente, di responsabilità contrattuale da contatto sociale)⁶². Muovendosi in quest'ordine di idee, peraltro, si è giunti altresì a ritenere che la diligenza richiesta al notaio delegato, nel compimento delle attività di cui all'art. 591 *bis* c.p.c., debba essere la migliore possibile (anche in ragione della capacità del professionista, ritenuta di per sé molto elevata) e che, dunque, risponda anche per colpa lieve⁶³.

⁶⁰ Cfr. in tal senso, anche per riferimenti giurisprudenziali, Aliotta (2020), Mereu (2022), nonché, in motivazione, nel dar conto in modo approfondito del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di natura e responsabilità civile del delegato, Trib. Avellino 5 febbraio 2016 nella parte in cui pone in rilievo come: “la dottrina e la giurisprudenza, all’unisono, ricostruiscono la fattispecie di cui all’art. 64 c.p.c. in termini di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito, azionabile secondo i canoni generali sanciti dall’art. 2043 c.c. solo nel caso in cui l’ausiliario incorra in colpa grave nell’esecuzione degli atti che gli sono richiesti” (ed ivi anche ulteriori riferimenti giurisprudenziali).

⁶¹ Il riferimento è alla già citata pronuncia del Tribunale di Avellino del 5 febbraio 2016.

⁶² Secondo questa pronuncia, “a favore della natura contrattuale della responsabilità milita non solo la diversa ricostruzione del notaio delegato quale sostituto del giudice, ma anche l’argomento che il professionista delegato, pur essendo un pubblico ufficiale, resta un soggetto privato che svolge un’attività professionale ai sensi degli artt. 2229 e ss. c.c. Pertanto, la delega potrebbe dar vita ad un rapporto analogo a quello che nasce dal contratto d’opera professionale. Ne consegue che il notaio delegato deve adempiere ed operare in ordine alla delega con la diligenza qualificata richiesta dalla funzione *ex art.* 1176 c.c. [...] Né è di ostacolo il rilievo che secondo tale ricostruzione il rapporto si instaura solo con il giudice (che formalmente delega il notaio) alla luce della nota espansione della responsabilità da contatto. E’ evidente, infatti, che il notaio, delegato dal giudice, agisce nell’interesse della procedura e di tutti i soggetti coinvolti, ivi compreso lo stesso debitore, che con il notaio entrano in contatto”.

⁶³ Più precisamente, secondo questa pronuncia, “deve ritenersi che l’attività svolta dal notaio delegato per la vendita non richieda una particolare competenza tecnica in ragione della capacità stessa del professionista, ritenuta di per sé professionalmente molto elevata, sicché la diligenza richiesta, oltre ad essere esigibile in ragione della speciale capacità del professionista, deve essere la migliore possibile e il professionista risponde anche per colpa lieve”.

Come si è già avuto modo di anticipare, non sussiste, dunque, una rigida corrispondenza fra qualificazione del delegato e regime di responsabilità civile.

Nell'ultima ipotesi segnalata, infatti, pur qualificandosi il delegato come sostituto del giudice, non si ritiene applicabile (in tutto o in parte) la legge n. 117 del 1988 che disciplina la responsabilità del magistrato e si riconduce, sul piano sistematico, la relativa responsabilità civile nell'ambito (non della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 cod. civ. ma) della responsabilità contrattuale (da contatto), giungendo persino a ritenere che il professionista delegato risponda (anche) per colpa lieve.

Al contempo, come si è già avuto modo di evidenziare, in dottrina non manca chi, nel qualificare il professionista delegato come ausiliario *sui generis*, comunque riconosce che il legislatore ha attribuito al delegato anche funzioni di giurisdizione in senso stretto, ritenendo conseguentemente che debba essere lasciata “aperta la possibilità di un'applicazione della disciplina di cui alla l. n. 117/1988 quantomeno per le attività che possono essere definite come giurisdizionali in senso stretto” (così MEREU, 2022).

A fronte, dunque, della medesima qualificazione del delegato in termini di sostituto del giudice, giurisprudenza e dottrina approdano anche a conclusioni significativamente differenti sotto il profilo della responsabilità civile, sia in termini di inquadramento di ordine sistematico (dalla l. n. 117 del 1988 alla responsabilità contrattuale) che di delimitazione dei relativi confini [dalle sole ipotesi di dolo o colpa grave – così come predeterminata nei suoi confini dalla legge n. 117 del 1988 (cfr. più ampiamente, anche per ulteriori riferimenti: MARTINO, 2020; FRESA; DE NARDI, 2011, p. 71ss.) – sino alla colpa lieve].

Per la prima volta solo nel 2024 la Corte di cassazione, con la pronuncia n. 25698 del 25 settembre 2024, ha dedicato maggiore attenzione alla problematica in esame a fronte di una approfondita disamina della stessa da parte del Procuratore Generale.

Proprio in ragione di ciò, nonché dell'avere la S.C. concluso nel senso che il sistema dei rapporti tra giudice dell'esecuzione

e professionista delegato non può essere ricostruito così come evidenziato dal Procuratore Generale nelle sue conclusioni e nell'istanza (ivi ricompresa, di enunciazione del principio di diritto, ai sensi dell'art. 363 c.p.c.), opportuno pare prendere le mosse, nel dar conto in modo dettagliato di questa pronuncia della Cassazione, proprio dalla disamina condotta dal Procuratore Generale.

Il Procuratore Generale, dopo aver qualificato il delegato come sostituto (e non già mero ausiliario) del giudice⁶⁴, ritiene che:

- 1) il delegato possa essere responsabile per il compimento di atti compiuti nell'ambito della delega ricevuta dal giudice dell'esecuzione, ma che, detta possibilità debba essere esclusa in radice per quegli atti il cui contenuto è già stato predeterminato dal giudice (es. la decisione stessa della vendita forzata e, in via più generale, le volizioni contemplate nell'art. 569, comma 3, c.p.c.), nonché per quegli atti che, pur potendo essere astrattamente compiuti dal delegato in piena autonomia, in forza di quanto disposto dal comma 3 dell'art. 591-bis c.p.c., nel singolo caso di specie siano invece vincolati in forza di specifiche volizioni del giudice esplicitate in sede di conferimento della delega⁶⁵;

⁶⁴ Più precisamente, secondo il Procuratore Generale “il professionista delegato non può essere paragonato ad un semplice ausiliario del giudice dell'esecuzione – quale, ad esempio, è l'esperto stimatore o, nel giudizio di cognizione, il consulente tecnico di ufficio – in quanto il delegato non compie semplicemente quelle operazioni che aiutano il giudice, privo delle cognizioni tecniche di detti ultimi ausiliari, ad assumere il miglior provvedimento. Il professionista delegato, invece, emana quegli atti che sarebbero dovuti provenire, in assenza di delega, o dal giudice dell'esecuzione o dal cancelliere. In sostanza, egli sostituisce tali organi giudiziari”.

⁶⁵ Più precisamente, secondo il Procuratore Generale, “con esclusione di quegli atti il cui contenuto è già stato predeterminato dal giudice dell'esecuzione – ad esempio, la decisione stessa della vendita forzata – gli atti elencati dal comma 3 dell'art. 591-bis c.p.c. vengono assunti dal professionista delegato quale sostituto del giudice dell'esecuzione e con l'autonomia che gli viene riconosciuta dal provvedimento di delega. Ne consegue che, ad esempio, le volizioni contemplate dall'art. 569, comma 3, c.p.c. involgono unicamente la responsabilità del giudice dell'esecuzione; mentre le ulteriori volizioni contemplate dal comma 3 dell'art. 591-bis, c.p.c., involgono la responsabilità del professionista delegato, posto che egli le assume in piena autonomia e posto che le stesse, invece, involgerebbero la responsabilità del giudice dell'esecuzione ove la delega non fosse stata rilasciata. A tale principio di autonoma assunzione di responsabilità da parte del professionista delegato occorre derogare nel caso in cui, anche le attività delegate fossero state oggetto di vincolante volizione da parte del giudice dell'esecuzione. Ad esempio, qualora, sorta una contestazione

- 2) il principio affermato in più occasioni dalla Cassazione, in ossequio alla ricostruzione del processo esecutivo come “sistema chiuso di rimedi” (in forza del quale “il risarcimento del danno causato da una esecuzione illegittima, o iniziata o proseguita con dolo o colpa grave, non può essere preteso in un autonomo giudizio, ma deve essere domandato ricorrendo agli istituti previsti in generale dall’ordinamento per l’opposizione all’esecuzione o agli atti esecutivi”), non può trovare applicazione nel caso di specie, trattandosi di principio affermato con riferimento ad ipotesi in cui l’azione risarcitoria concerneva “non un organo della procedura, bensì la parte che tale procedura aveva iniziato o coltivato”, mentre nel caso di specie trattasi di azione risarcitoria rivolta “nei confronti di uno degli organi terzi e imparziali deputati all’esercizio della funzione giurisdizionale esecutiva”;
- 3) conseguentemente, “sotto tale profilo, [...] l’evocazione di una eventuale responsabilità del professionista delegato, in quanto sostituto del Giudice dell’esecuzione, dovrebbe transitare attraverso le modalità di cui alla l. 13.4.1988, n. 117, applicabile anche agli estranei che partecipano all’esercizio della funzione giudiziaria (art. 1, comma 1, l. 117/1988); e, pertanto, essere esercitata avverso lo Stato, previo esaurimento dei rimedi e dei mezzi di impugnazione previsti avverso i provvedimenti denunziati come pregiudizievoli (art. 4, comma 2, l. 117/1988)”;
- 4) non osta alla suddetta conclusione la giurisprudenza della S.C. che ha ritenuto inapplicabile la suddetta norma nei

sulla autorizzazione dell’assunzione dei debiti da parte dell’aggiudicatario (art. 591-bis, comma 3, n. 10), c.p.c.) e adito il giudice dell’esecuzione nelle forme previste dall’art. 591-ter c.p.c. [...], una espressa volizione di quest’ultimo vincolerebbe il professionista delegato e lo manderebbe esente da responsabilità per l’adempimento esatto del provvedimento. Ciò, giusta il principio generale espresso dall’art. 51 c.p., non potendosi riconoscere al professionista delegato un sindacato sulle decisioni legittimamente assunte dal giudice delegante; magari proprio in esito all’insorgere di una contestazione, mossa o da una delle parti o dal medesimo professionista delegato, e risolta dal *dominus* dell’esecuzione. Analogamente occorrerebbe ragionare nel caso in cui la volizione sulla questione controversa fosse stata risolta da una sentenza assunta in sede opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c., certamente non disattendibile da parte del professionista delegato”.

confronti dell'ausiliario del giudice o del pubblico ministero, in quanto il professionista delegato “esercita – a differenza del consulente tecnico d'ufficio, ad esempio, o del curatore fallimentare – la medesima funzione attribuita al Giudice dell'esecuzione e quindi rientra in pieno nell'inciso contenuto nell'art. 1, comma 1, [...] (con la distinzione che, per gli atti svolti in qualità di sostituto del cancelliere, il professionista delegato andrebbe incontro, invece, alla previsione di responsabilità di cui all'art. 60 c.p.c.)”.

A sostegno di questo assunto il Procuratore Generale sottolinea come,

argomentare diversamente significherebbe disconoscere la finalità stessa della suddetta protezione relativa; concepita, unicamente, con lo scopo oggettivo di garantire la massima autonomia della funzione giudicante e requirente, anche tramite l'indifferenza personale del soggetto che esercita tale funzione di fronte alle iniziative assunte da chi si sentisse leso dai provvedimenti da quegli emessi⁶⁶.

In altri termini,

l'inammissibilità, salvo i casi di fatti penalmente rilevanti (art. 13, comma 1, l. 117/1988), di un'azione risarcitoria diretta o di una chiamata in causa nei confronti di chi esercita funzioni giurisdizionali (art. 6, comma 1, l. 117/1988) trova la sua ragion d'essere ed è legata alla funzione esercitata, non al soggetto che la esercita.

⁶⁶ Secondo il Procuratore Generale, “una volta che la suddetta funzione viene esercitata da un soggetto che si sostituisce al giudice non vi è ragione alcuna per escludere tale protezione a favore del sostituto, pena la riconduzione dell'immunità in discorso ad un privilegio di natura esclusivamente soggettiva, legato alla posizione istituzionale del giudice o del pubblico ministero e non alle finalità oggettive delle quali si è fatto cenno”.

Su tali basi, il Procuratore Generale chiedeva l'enunciazione del seguente principio di diritto:

fra gli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria, menzionati dall'art. 1, comma 1, l. 13.4.1988, n. 117, è ricompreso il professionista delegato alle operazioni di vendita forzata, di cui agli artt. 534-*bis* e 591-*bis*, c.p.c., posto che egli svolge le medesime funzioni giurisdizionali del giudice dell'esecuzione, al quale si sostituisce in forza della delega ricevuta.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che il sistema dei rapporti tra giudice dell'esecuzione e professionista delegato non possa essere "ricostruito, così come evidenziato dal Procuratore Generale nelle sue conclusioni e nella istanza ivi ricompresa di enunciazione del principio di diritto, ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ., quale comportante l'esercizio pieno di funzioni giudiziarie o giurisdizionali in capo al delegato, in quanto la legge processuale, come modificata a decorrere dall'anno 1998, si limita a prevedere la delegabilità di un novero, invero assai ampio di atti del processo esecutivo, che resta diretto dal giudice dell'esecuzione, giusta la previsione dell'art. 484, comma 1, cod. proc. civ., ferma restando che l'imputazione degli atti fa capo sempre all'ufficio giudiziario nel suo complesso, cosicché l'eventuale azione di risarcimento danni per violazione commessa nell'esercizio dell'attività giurisdizionale dovrà essere comunque rivolta nei confronti dell'ufficio giudiziario, qualora esso sia collegiale, ovvero del singolo giudice persona fisica – ivi compresi coloro che sono chiamati in veste di non appartenenti all'ordine giudiziario a esercitare funzioni giurisdizionali (quali i componenti delle corti d'assise, i giudici onorari, i componenti dei collegi del Tribunale per i minorenni) ai sensi della legge n. 117 del 13/4/1988 – che l'ha posto in essere e non nei confronti del professionista delegato, che

potrà essere chiamato a rispondere in via ordinaria, per colpa o dolo, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., qualora ne sussistano i

presupposti, ossia quando i suoi atti sono stati posti in essere al di fuori dello schema legale e non possano essere ricondotti in alcun modo al legittimo esercizio della delega.

A sostegno di questo assunto, la S.C. invoca la recente giurisprudenza di legittimità che, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 1 della legge n. 117/1988 con riferimento al soggetto che eserciti le funzioni di ausiliario del pubblico ministero (e segnatamente la riconducibilità di questa figura nell'ambito dei soggetti "estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria" di cui all'art. 1 cit.), ha ritenuto che

la *ratio* di tale normativa è la regolamentazione della responsabilità di tutti quelli che, pur se non inseriti stabilmente nell'organico della magistratura, svolgono, a vario titolo, funzioni giudiziarie nel senso tipico e rigoroso del termine e non è estensibile in favore di chi, pur lavorando in collaborazione con il magistrato, non svolge funzione giurisdizionale, come il consulente.

In estrema sintesi la S.C.:

- esclude che il professionista delegato eserciti "funzioni giudiziarie nel senso tipico e rigoroso del termine" e che, conseguentemente, possa essere ricompreso fra i soggetti "estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria" di cui all'art. 1 della l. n. 117 del 1988;
- esclude che, sotto il profilo della responsabilità civile, gli atti compiuti dal delegato, in attuazione della delega conferitagli dal giudice, siano imputabili al delegato, essendo piuttosto imputabili al giudice delegante, salvo che siano posti in essere "al di fuori dello schema legale e non possano essere ricondotti in alcun modo al legittimo esercizio della delega";
- ritiene, conseguentemente, che, salva l'ipotesi in cui gli atti del delegato siano posti in essere "al di fuori dello schema legale e non possano essere ricondotti in alcun modo al

legittimo esercizio della delega”⁶⁷ (in cui il delegato “potrà essere chiamato a rispondere in via ordinaria, per colpa o dolo, ai sensi dell’art. 2043 cod. civ.”), l’azione risarcitoria dovrà essere “rivolta nei confronti dell’ufficio giudiziario, qualora esso sia collegiale, ovvero del singolo giudice persona fisica – ivi compresi coloro che sono chiamati in veste di non appartenenti all’ordine giudiziario a esercitare funzioni giurisdizionali (quali i componenti delle corti d’assise, i giudici onorari, i componenti dei collegi del Tribunale per i minorenni) ai sensi della legge n. 117 del 13/4/1988 –”.

11 CONCLUSIONI

L’indagine sinora condotta ci ha consentito di cogliere, non solo le differenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali esistenti con riferimento alla qualificazione del delegato, alla natura delle attività delegate ed alla sua responsabilità civile, ma anche come non esista fra le posizioni assunte su queste tematiche un rapporto di consequenzialità necessitata.

In altri termini, talvolta anche posizioni conformi in ordine alla qualificazione della natura del delegato e/o della natura delle attività delegate (in termini di ausiliario *sui generis* o di sostituto del giudice), giungono a conclusioni difformi con riferimento alla responsabilità civile del delegato.

Opportuno appare dunque, anche per questo motivo, tenere distinte, in sede di conclusioni, le suddette tematiche, pur avendo cura di segnalare i punti di contatto ed il modo di atteggiarsi dei relativi rapporti.

⁶⁷ Con questa espressione la S.C. evidentemente non si riferisce alle sole attività del delegato vincolate da precedenti indicazioni specifiche del giudice, ma anche a quelle che costituiscono espressione di autonome volizioni del delegato purché rientranti nell’ambito delle disposizioni contenute nel terzo comma dell’art. 591-*bis* c.p.c. Altrimenti la S.C. non avrebbe fatto riferimento ad atti che fuoriescono dallo “schema legale” dell’istituto in esame e che, pertanto, non possono essere in alcun modo ricondotti “al legittimo esercizio della delega”.

12 SEGUE: LA NATURA DEL PROFESSIONISTA DELEGATO E DELLE ATTIVITÀ DELEGATE

Con riferimento alla qualifica del professionista delegato alle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata non appare dubitabile che, anche alla luce dell'evoluzione normativa dell'istituto, debba essergli riconosciuta la qualifica di sostituto del giudice.

A questa conclusione era possibile pervenire già sotto la vigenza della legge n. 302/98, anche se questa legge si limitava ad attribuire al notaio delegato solo attività di giurisdizione in senso ampio.

Non v'è, infatti, alcuna incompatibilità di fondo fra ruolo sostitutivo del delegato e svolgimento di sole attività di giurisdizione in senso ampio, come ampiamente comprovato dall'art. 68, 2.º comma, cod. proc. civ. nella parte in cui prevede che il giudice possa “commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge”, in tal modo ricomprendendo tutte le attività che fanno capo al giudice e non solo quelle di giurisdizione in senso stretto.

Opportunamente, peraltro, alla luce dell'estrema eterogeneità delle attività delegabili al notaio ai sensi dell'art. 591-*bis* c.p.c. e della *ratio* sottesa a questa norma, la dottrina, già sotto il vigore della legge n. 302/98, aveva opportunamente evidenziato come detto ruolo sostitutivo si estendeva al dà della figura del giudice, ricomprendendo attività del cancelliere o riconducibili, in via più generale, all'ufficio giudiziario nel suo complesso, con conseguente atteggiarsi del ruolo del delegato, più che come sostituto del giudice, come sostituto dell'ufficio giudiziario nel suo complesso nel compimento di una serie di attività relative al processo di espropriazione forzata⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. più ampiamente Luiso; Miccoli (1999, p. 46), i quali pongono in rilievo come, in forza della delega, il notaio delegato svolge “compiti che, di volta in volta, sarebbero spettati al giudice dell'esecuzione (591 bis, comma 2, numeri 1, 2, 3, 4 e 7), al cancelliere (numeri 5 e 6 articolo e comma precedenti) ed altri ancora in cui le competenze sono strettamente intrecciate [...], talvolta addirittura svolge attività che, se non dalla legge, quanto meno da prassi largamente diffuse, erano compiute dal creditore procedente (notifica ai sensi del combinato disposto dell'art. 591-bis, comma 3 e 498 c.p.c., effettuazione della pubblicità straordinaria già disposta

Chi ha rifiutato questa impostazione, assai raramente, quanto meno nella dottrina più recente, ha ritenuto che il professionista delegato sia un comune ausiliario del giudice; riconoscendo, infatti, comunque che il delegato presenti indubbie peculiarità rispetto alla tradizionale figura dell'ausiliario del giudice, lo qualifica ausiliario *sui generis* o ausiliario in senso ampio, pur in assenza di una specifica disposizione normativa che supporti questo tipo di qualificazione e che consenta, conseguentemente, anche di diversificarla sul piano della relativa disciplina rispetto alla tradizionale figura dell'ausiliario del giudice.

Ciò premesso, va al contempo segnalato come, non tutti gli autori che pervengono a questa conclusione lo fanno percorrendo il medesimo iter argomentativo e, dunque, assumendo a parametro di riferimento il medesimo criterio dirimente per stabilire se sia corretto qualificare il professionista delegato come ausiliario *sui generis* (o in senso ampio) ovvero come sostituto del giudice.

Nell'impostazione dottrinale più risalente a detta conclusione si perviene argomentando dalla natura giurisdizionale (e non notarile) dell'attività delegata⁶⁹ ovvero dalla rubrica ("altri ausiliari") dell'art. 68 c.p.c. e dalla sua collocazione nel capo III del libro I del codice di procedura civile, intitolato "del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice" dopo gli articoli dedicati al consulente tecnico e al custode (cfr. ORIANI, 1998, p. 398).

dal giudice)". Questa scelta del legislatore, secondo questi Autori, è giustificata, a monte, dal fatto che la crisi del processo esecutivo è "crisi dell'intero ufficio giudiziario" e, dunque, il legislatore ha conseguentemente individuato "nel notaio un sostituto, non tanto e non soltanto del giudice, quanto dell'intera macchina giudiziaria preposta all'esecuzione".

⁶⁹ Cfr. Miccolis (1999, p. 332-333) ove sottolinea come "l'attività diretta alla trasformazione del bene oggetto di espropriazione forzata in danaro, ancorché dal giudice dell'esecuzione delegata al notaio, resta sempre attività giurisdizionale. La disciplina in virtù della quale il giudice dell'esecuzione è legittimato a delegare ad un notaio il compimento delle operazioni dirette alla vendita con incanto del bene oggetto di espropriazione forzata non è idonea a trasformare la "natura" dell'attività delegata da giurisdizionale in "notarile" in senso stretto, né è idonea ad assoggettare integralmente la medesima attività alla disciplina della legge notarile. Ne consegue che, il pubblico ufficiale di cui all'art. 1 della l. 16 febbraio 1913, n. 89, nel compimento di tale attività giurisdizionale delegata ai sensi dell'art. 591 *bis* c.p.c. è a tutti gli effetti un ausiliare del giudice, ancorché *sui generis*".

Nella più recente dottrina, talvolta si assume a criterio dirimente per la qualificazione del professionista delegato, in termini di ausiliario *sui generis* (o in senso ampio) ovvero di sostituto del giudice, l'attribuzione allo stesso di attività di giurisdizione in senso stretto, considerata *conditio sine qua non* per la qualificazione del delegato come sostituto del giudice (anziché come ausiliario in senso ampio). Talora si assume a parametro di riferimento il medesimo criterio, seppur diversamente declinato, nel senso che si ritiene compatibile con la qualificazione di ausiliario *sui generis* l'attribuzione al professionista delegato di attività di giurisdizione in senso stretto, purché non prevalenti rispetto alle attività di giurisdizione in senso stretto riservate al giudice. Altre volte ancora, infine, si assume a differente criterio dirimente per la qualificazione del professionista delegato, in termini di ausiliario *sui generis* (o in senso ampio) ovvero di sostituto del giudice, l'allargamento della cerchia dei delegati dal solo notaio agli avvocati e ai commercialisti, che farebbe propendere per la qualificazione di tutti i professionisti delegati (ivi compreso il notaio) in termini di ausiliari del giudice.

Come abbiamo già avuto modo più volte di evidenziare, la tesi che subordina la qualificabilità del delegato in termini di sostituto del giudice all'attribuzione allo stesso di funzioni di giurisdizione in senso stretto è in contrasto con la lettera dell'art. 68, 2.º comma, c.p.c., il quale, nel contemplare la possibilità per il giudice di farsi sostituire da un notaio nel compimento di determinate attività, non esclude certamente le attività di giurisdizione in senso ampio, che, anzi, originariamente (sia nella proposta di Andrea Proto Pisani che sotto la vigenza della legge n. 302/98) erano le sole attività delegabili.

Non a caso, sotto la vigenza della legge n. 302/98 la prevalente dottrina attribuiva al notaio delegato la qualifica di sostituto del giudice pur essendo pacifico che costituissero oggetto di delega solo attività di giurisdizione in senso ampio e, ad ulteriore conferma che questo non possa essere assunto a criterio dirimente, si è fatto avanti nel corso del tempo un indirizzo dottrinale che, pur qualificando il delegato come ausiliario *sui generis*, ritiene che il legislatore, nell'intervenire sull'istituto della delega, ha attribuito al delegato anche attività di giurisdizione in senso stretto, per l'effetto ritenendo

evidentemente compatibile con la qualifica di ausiliario (ancorché *sui generis*) l'esercizio di funzioni di giurisdizione in senso stretto.

Quanto al criterio della natura giurisdizionale o notarile dell'attività delegata, lo stesso è superato dall'evoluzione della delega (che ormai coinvolge anche figure professionali diverse dal notaio) e, comunque, non era risolutivo neanche sotto la vigenza della legge n. 302/98, che consentiva la delega solo di attività di giurisdizione in senso ampio, in quanto tali pienamente compatibili con la funzione notarile in cui è insita, tradizionalmente, anche una funzione processuale, comprensiva, per l'appunto, delle suddette attività di giurisdizione in senso ampio (cfr. più ampiamente FABIANI, 2002, p. 148-149).

Non mi pare, infine, che possa avere alcun senso assumere a criterio dirimente per la qualificazione del professionista delegato come ausiliario del giudice l'allargamento della cerchia dei delegati dal solo notaio ad avvocati e commercialisti, per l'effetto prescindendo *in toto* dalla componente oggettiva, non certamente irrilevante, rappresentata dai tratti caratterizzanti dell'attività svolta dal professionista delegato (che, come più volte evidenziato, si atteggia in termini di sostituzione e non già di mero ausilio rispetto alle attività del giudice, del cancelliere e, in via più generale, dell'ufficio giudiziario nel suo complesso).

Il criterio dirimente per effettuare la suddetta qualificazione va, dunque, ricercato altrove.

Taluna dottrina, pur argomentando nel senso della qualificazione del delegato in termini di ausiliario *sui generis* dalla rubrica ("altri ausiliari") dell'art. 68 c.p.c. e dalla sua collocazione nel capo III del libro I del codice di procedura civile, intitolato "del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice" dopo gli articoli dedicati al consulente tecnico e al custode (cfr. ORIANI, 1998, p. 398), non aveva mancato di evidenziare, al contempo, come, "ciò non toglie che si possa, data la non completa omogeneità della categoria degli ausiliari del giudice, pensare ad un particolare trattamento del notaio, come del resto già proposto riguardo al notaio nel giudizio divisorio" (così, ORIANI, 1998, p. 398).

Questa è fondamentalmente la strada che, sin dall'introduzione della legge n. 302/98, ha imboccato buona parte della dottrina per giungere a qualificare il delegato come sostituto del giudice.

Già in epoca risalente, e dunque ben prima dell'introduzione della legge n. 302/98, infatti, in dottrina non erano certamente mancate voci autorevoli che avevano riconosciuto al notaio il ruolo di sostituto del giudice, anziché di mero ausiliario, argomentando, oltre che da una serie di disposizioni del codice di procedura civile (quali *in primis* quelle in tema di divisione)⁷⁰, proprio dalla lettera dell'art. 68, che: al primo comma delinea un ruolo di mero ausilio di un professionista non preventivamente individuato rispetto alla figura del giudice, del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario; al secondo comma delinea, invece, con nettezza un differente ruolo di sostituzione (e non già di mero ausilio) di un professionista preventivamente individuato nel solo notaio rispetto alla sola figura del giudice (e non anche del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario).

Con l'introduzione della delega al notaio delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, buona parte della dottrina ha ritenuto che la previsione di cui all'art. 591-*bis* c.p.c. non facesse altro che confermare la correttezza della suddetta impostazione dottrinale tendente a riconoscere al notaio il ruolo di sostituto del giudice (e non già di mero ausiliario, ancorché *sui generis*) in quanto forniva, a ben vedere, un ulteriore argomento a sostegno della necessità di attribuire prevalenza alla suddetta lettera dell'art. 68, in combinato disposto con una serie di norme del codice di procedura civile (ivi comprese quelle introdotte dalla legge n. 302/98), rispetto alla rubrica ed alla collocazione sistematica dell'art. 68 c.p.c.

Al contempo, peraltro, non può non evidenziarsi come, l'intervenuta introduzione di una norma *ad hoc*, differente dal più generico art. 68, 2.º comma, c.p.c., ben può costituire anche motivo di per sé solo sufficiente a superare l'impostazione dottrinale tendente a fondare la qualificazione del delegato come ausiliario *sui generis* sulla rubrica e sulla collocazione sistematica dell'art. 68 c.p.c., posto che, in forza dell'introduzione di una nuova disposizione *ad hoc*

⁷⁰ Quali, in particolare, gli artt. 212, 733, 765 e 769, 786, 787, comma primo, 788 comma quarto, 790 e 791 (cfr. più ampiamente, anche per ulteriori riferimenti, FABIANI, 2002, spec. p. 134 ss.).

(differente dall'art. 68 c.p.c.) la figura del delegato alle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata ha trovato un autonomo fondamento normativo (differente dall'art. 68 c.p.c.), che, peraltro, chiaramente gli attribuisce anche funzioni propriamente sostitutive del giudice (analogamente a quanto già previsto dall'art. 786 c.p.c. in tema di divisione⁷¹), del cancelliere o dell'ufficio giudiziario nel suo complesso, come più volte già evidenziato.

Ciò nonostante, è evidente che, ai fini della qualificazione del professionista delegato, riveste indubbio rilievo anche la nozione di ausiliare del giudice che si assuma a parametro di riferimento, come del resto confermato anche da quella dottrina che estende detta nozione addirittura sino a ritenerla compatibile con l'attribuzione ad un professionista di funzioni di giurisdizione in senso stretto⁷² (pur ricorrendo alla qualificazione di ausiliario *sui generis*).

Conformemente a quanto già evidenziato in altra sede (cfr. FABIANI, 2002, p. 133), la dottrina tradizionale tende per lo più ad individuare i tratti caratterizzanti della nozione di ausiliario del giudice: 1) nella presenza di un "incarico giudiziario"; 2) nella "assistenza" rispetto all'organo giudiziario che ha conferito l'incarico.

Su queste basi è evidente che il professionista delegato non può essere qualificato come ausiliario del giudice, posto che, come più volte evidenziato: non si limita ad assistere il giudice ma lo sostituisce nel compimento di determinate attività che altrimenti il giudice dovrebbe porre in essere in prima persona; non si limita a supportare il giudice, con le sue conoscenze specialistiche (come fa, ad esempio, il consulente tecnico) al fine di consentire al giudice di adottare un determinato atto, ma pone in essere tutte quelle attività e quegli atti che, in assenza del delegato, il giudice dovrebbe porre in essere in prima persona e che hanno la medesima efficacia degli atti adottati dal giudice.

A maggior ragione va esclusa la possibilità di qualificare il professionista delegato come ausiliario del giudice se si assume ad

⁷¹ In forza del quale "le operazioni di divisione sono dirette dal giudice istruttore, il quale, anche nel corso di esse, può delegarne la direzione a un notaio".

⁷² All'opposto, nel senso della incompatibilità fra la qualificazione del professionista delegato come ausiliario del giudice e l'attribuzione allo stesso di attività di giurisdizione in senso stretto cfr. per tutti Soldi (2022, p. 1.755).

ulteriore tratto caratterizzante di questa categoria, come fa autorevole dottrina⁷³, il compimento di “attività coordinate e necessarie al processo, che i normali componenti dell’ufficio non sarebbero idonei a compiere”.

Nel caso di specie, infatti, trattasi di attività che il giudice è sicuramente in grado di compiere autonomamente.

In definitiva, al fine di ricondurre anche il professionista delegato nella categoria degli ausiliari del giudice si dovrebbe arrivare a ritenere che questa sia identificata dal solo tratto caratterizzante del conferimento dell’incarico giudiziario.

Il che significa, in altri termini, che una categoria già tradizionalmente contraddistinta dalla estrema eterogeneità delle figure alla stessa riconducibili, finirebbe nella sostanza per perdere ogni utilità sul piano classificatorio⁷⁴.

⁷³ Così Marini (1959, p. 309) nell’evidenziare come, conseguentemente, “in tal caso il giudice, e talvolta anche il cancelliere o l’ufficiale giudiziario, conferisce ad un privato (persona fisica o giuridica) particolarmente abilitato l’incarico di compiere l’attività in questione” e “l’incaricato di una funzione giudiziaria viene così a far parte, temporaneamente ed occasionalmente, dall’ufficio giudiziario ed acquista conseguentemente la qualità di organo giudiziario” ma non quella di “organo giurisdizionale”.

⁷⁴ Cfr. più ampiamente Fabiani (2002, spec. p. 144) ove ponevo in rilievo come, per quanto la sistematica del codice di procedura civile depone nel senso della qualificazione del notaio come ausiliario (essendo l’art. 68 c.p.c. collocato nel capo III del libro I del codice di procedura civile, intitolato “Del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice” ed inserito dopo gli articoli dedicati al consulente tecnico e al custode con una rubrica che reca “Altri ausiliari”), “a volere concludere in tal senso si finisce sostanzialmente per privare la categoria in esame, già di per sé quanto mai non omogenea, di qualsivoglia valenza, sottraendole anche quella caratteristica, rappresentata dalla “assistenza” o “collaborazione subordinata” che dovrebbe costituire l’intrinseca essenza. Delle due l’una, cioè: - o si priva tale categoria anche di questo elemento, che ne dovrebbe costituire l’intima essenza, ed allora anche il termine “ausiliare” diviene poco appropriato per indicare una categoria al cui interno confluiscono tanto soggetti che svolgono effettivamente una funzione di “mero ausilio” rispetto ai componenti necessari dell’ufficio giudiziario (giudice, cancelliere e ufficiale giudiziario), tanto un soggetto (il notaio) che svolge, invece, una funzione (quanto meno anche) “sostitutiva” di tali soggetti (compreso il giudice); - o si conserva a tale categoria una valenza ed un significato reali espungendone la figura del notaio, in considerazione della sua assoluta peculiarità, riconducibile fondamentalmente al fatto che il codice di procedura civile vi ricorre [...] al fine di consentire al giudice con di “farsi assistere” ma di “commettere” il compimento di singoli atti, propri, a seconda dei casi, dello stesso giudice, del cancelliere o dell’ufficiale giudiziario”.

A titolo meramente esemplificativo si pensi che, per l'effetto, ci troveremmo di fronte ad una categoria idonea a ricomprendere al suo interno dal fabbro che "assiste" l'ufficiale giudiziario nelle attività di rilascio dell'immobile (sostituendo la serratura dell'immobile rilasciato) al professionista delegato che sostituisce il giudice nel compimento di attività giurisdizionali (originariamente solo in senso ampio e, alla luce dell'evoluzione dell'istituto in esame, anche in senso stretto).

Pare a chi scrive che l'esigenza di qualificare il professionista delegato in ragione delle peculiarità che gli sono proprie, evitando di ricondurlo nell'ambito della generica categoria degli ausiliari del giudice (che, altrimenti, diverrebbe ancor più generica ed eterogenea sino a perdere i suoi tradizionali tratti distintivi e la sua utilità), già esistente sotto la vigenza della l. 302/98, è divenuta ineludibile alla luce: 1) della riforma del 2005, che ha ampliato le competenze del delegato sino a ricomprendere anche attività di giurisdizione in senso stretto; 2) delle successive riforme che hanno: 2a) reso sostanzialmente "obbligatoria" la delega delle operazioni di vendita; 2b) previsto un termine perentorio per la proposizione del reclamo avverso gli atti del delegato; 2c) ampliato i poteri del delegato in tema di approvazione del progetto di distribuzione (aprendo anche la via alla possibilità di ritenere che, in questa peculiare ipotesi – che fuoriesce dall'ambito di applicazione del reclamo di cui all'art. 591-ter c.p.c. – gli atti del professionista delegato siano impugnabili con l'opposizione agli atti esecutivi) (cfr. più ampiamente CAVUOTO, 2023, spec. p. 369; CRIVELLI, 2024, spec. p. 15-16).

Muovendosi in quest'ordine di idee, come ho già avuto modo di evidenziare diffusamente in altra sede (cfr. FABIANI, 2016, p. 161 ss.; FABIANI, 2015, p. 439 ss.), una possibile via, non solo per qualificare in modo appropriato la figura del professionista delegato in ragione delle peculiarità che gli sono proprie (anche alla luce della suddetta evoluzione dell'istituto), ma anche per inquadrarla correttamente dal punto di vista sistematico, è quella di ricondurlo nell'ambito dell'istituto della delega di giurisdizione, di cui la delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata rappresenta un'applicazione peculiare particolarmente significativa.

La delega di giurisdizione, che affonda le sue radici in una pluralità di disposizioni (del codice di rito o contenute in disposizioni di legge a questo collegate) (su cui cfr. FABIANI, 2016, p. 161 ss.; FABIANI, 2015, p. 439 ss.) e che ben si colloca nell'ambito dell'evoluzione che la nozione di giurisdizione ha conosciuto nel nostro ordinamento⁷⁵, oltre che nella prospettiva volta a "superare, anche in forme nuove, la concezione della giurisdizione come sistema professionale chiuso [...] di partecipazione al processo di un diverso ceto professionale, secondo prospettive di apertura della giurisdizione più agili del tradizionale modello della magistratura onoraria" (BORRÉ, 1994, p. 69 e 77), si caratterizza per il compimento da parte del delegato di attività che si inseriscono nell'ambito di un procedimento avente natura giurisdizionale ma che non possono mai consistere nella delega del potere di decidere la controversia o in una radicale sottrazione di competenze al delegante, che conserva, invece, la titolarità della procedura ed il pieno controllo sull'attività del delegato, anche in forza del potere delle parti del procedimento di provocare un controllo sull'operato del delegato dinanzi al delegante attraverso l'impugnativa degli atti del primo dinanzi al secondo.

A differenza di quanto accade, dunque, nelle tradizionali ipotesi di ricorso alla magistratura onoraria, nell'ipotesi della delega di giurisdizione non v'è una sottrazione di competenze al giudice, non v'è una sostituzione del giudice intesa come devoluzione in autonomia ad un soggetto diverso dal giudice di competenze del giudice.

Il tratto caratterizzante della delega di giurisdizione, sintomatico anche delle grosse potenzialità dell'istituto (su cui cfr. più ampiamente FABIANI, 2016, spec. p. 186 ss.), è che il giudice, pur non dovendo compiere personalmente determinate attività (di cui viene, dunque, sgravato) non si spoglia della procedura, rimane il *dominus* della stessa in quanto questa si svolge sotto le sue direttive ed il suo controllo.

Il potere di direzione del processo e di controllo del giudice sul delegato, dunque, lungi dal rappresentare un fattore ostativo alla

⁷⁵ Rinvio, anche per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, su questa evoluzione a Fabiani (2016, spec. p. 181 ss.); nonché da ultimo Fabiani (2023, spec. p. 325 ss.).

sua qualificazione in termini di sostituto del giudice, rappresenta, invece, proprio uno dei tratti distintivi e caratterizzanti della delega di giurisdizione. E proprio i suddetti tratti distintivi e caratterizzanti dell'istituto, nonostante l'oggetto della delega di giurisdizione si estenda in tal caso anche a funzioni di giurisdizione in senso stretto, consentono di ritenere che si tratti di istituto conforme al dettato costituzionale, tanto sotto il profilo del divieto di istituzione dei giudici speciali (art. 102 Cost.), quanto sotto il profilo del principio secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice precostituito per legge (art. 25 cost.)⁷⁶. Infatti, in ragione dei suddetti tratti caratterizzanti dell'istituto, non v'è alcuna sottrazione di competenze alla giurisdizione ordinaria per attribuirla ad un altro organo giurisdizionale e, anche quando la delega ha ad oggetto attività di giurisdizione in senso stretto, "il giudice dell'esecuzione conserva, seppur virtualmente, il dominio sulla procedura, sicché [...] per effetto della delega il cittadino è affidato ad una combinazione organizzatoria che ricomprende (e non già esclude) il suo giudice naturale, dal quale perciò non può dirsi distolto"⁷⁷.

13 SEGUE: LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PROFESSIONISTA DELEGATO

Di quanto sinora ritenuto con riferimento all'evoluzione dell'istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata occorre tener conto, non solo in termini di ricostruzione dello stesso sul piano sistematico, ma anche ai fini della individuazione del regime di responsabilità civile del professionista delegato.

⁷⁶ Cfr. più ampiamente Fabiani (2007, p. 157ss.) ove mi soffermavo anche sulla possibile lesione del principio della terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111 Cost.) evidenziando il differente atteggiarsi di questa problematica a seconda che il professionista delegato fosse un notaio ovvero un avvocato o un commercialista (cfr. FABIANI, 2007, spec. p. 166ss.).

⁷⁷ Così Borré (1994, p. 69, nota 42) nell'interrogarsi, *ante* legge 302/98, in ordine al "se il riconoscimento di una valenza processuale alla funzione del notaio e la attribuibilità volta per volta di tale potere, in modo sostanzialmente discrezionale, non rechino offesa al principio costituzionale della precostituzione del giudice" e nel precisare che l'attività delegata al notaio non "decampa dal *ius dicere*" così come la giurisdizione esecutiva cui certamente si applica la garanzia di cui all'art. 25.

L'operazione, come già anticipato in premessa, non è per null'affatto agevole in ragione delle peculiarità che contraddistinguono la figura del delegato alle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata e, segnatamente, in ragione:

- 1) del rapporto che intercorre fra il professionista delegato ed il giudice delegante, posto che il regime di responsabilità civile del delegato non può non essere influenzato da questo rapporto e, più specificamente, dal contenuto dell'ordinanza di delega e dalle eventuali ulteriori indicazioni impartite dal giudice al delegato, se del caso su richiesta di quest'ultimo a fronte delle difficoltà insorte nel corso delle operazioni di vendita, così come previsto dall'art. 591-ter c.p.c.;
- 2) del sistema di impugnazione degli atti del delegato di cui all'art. 591-ter c.p.c.;
- 3) dei tratti caratterizzanti del processo esecutivo nel cui ambito si inserisce il peculiare istituto in esame e segnatamente dell'impostazione tendente a ritenere che ci troviamo di fronte ad un "sistema chiuso di rimedi" che non ammette, in quanto tale, la possibilità che nei confronti dei relativi atti, e delle conseguenze degli stessi, possano essere esperite azioni diverse dalle opposizioni esecutive o da altre iniziative specificamente previste dal suddetto sistema.

In siffatta situazione il compito dell'interprete non è per null'affatto agevole e solo una disciplina legislativa specifica e puntuale potrebbe consentire di superare ogni possibile dubbio.

In assenza di siffatta disciplina, partiamo dalle poche certezze, distinguendo anzitutto, a monte, le differenti ipotesi che si possono verificare e che incidono sul regime di responsabilità civile del delegato fondamentalmente riconducibili al differente possibile atteggiarsi del rapporto delegante/delegato⁷⁸ in ragione del contenuto

⁷⁸ Sul differente possibile atteggiarsi del rapporto fra delegante e delegato in ragione della possibilità per il giudice di modulare differentemente i contenuti della delega al momento del conferimento dell'incarico al professionista cfr. Soldi (2022, spec. p. 1.755), ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali. A tal proposito, occorre però

(più o meno analitico) dell'ordinanza di delega e/o della sussistenza di ulteriori provvedimenti contenenti direttive del giudice, stante la conseguente possibilità che il delegato, nel compimento delle attività di cui all'art. 591-*bis* c.p.c., si trovi, a seconda dei casi, "solo" ad eseguire direttive del giudice ovvero ad effettuare autonomamente determinate scelte.

L'ipotesi che non dovrebbe dar luogo a dubbi di sorta è quella in cui il delegato esegue le direttive del giudice sia quando sono contenute nell'ordinanza di delega (quale *lex specialis* delle operazioni di vendita forzata delegate), sia quando sono contenute nel decreto con il quale si pronuncia sull'istanza del delegato volta a superare le difficoltà incontrate nello svolgimento delle operazioni di vendita *ex art. 591-ter* c.p.c.⁷⁹.

In queste ipotesi, infatti, appare agevole ritenere che il delegato, nel dare esecuzione alle direttive del giudice delegante, va esente da ogni responsabilità in quanto, in forza del modo di atteggiarsi del rapporto di delegazione, il delegato non può discostarsi dalle indicazioni del delegante e, dunque, non può neanche essere chiamato a rispondere civilmente per i danni causati a terzi da scelte che non è libero di effettuare, che non sono a lui imputabili.

evidenziare, al contempo, come non è agevole delineare gli esatti confini del suddetto potere del giudice delegante, *sub specie*, in particolare, di delimitazione con nettezza del confine fra il legittimo esercizio da parte del giudice del potere di impartire direttive al delegato ed il sostanziale svuotamento del contenuto della delega predeterminando *in toto* i comportamenti da tenersi da parte del delegato. Sul punto cfr. Luiso (2000, 2000, p. 8) secondo il quale, "il giudice dell'esecuzione – a parte i contatti informali che possono esserci con il notaio, e l'adeguamento spontaneo di quest'ultimo ai "consigli" del primo – può "parlare" solo attraverso l'ordinanza di delega, modificando o revocando – di iniziativa propria, o su segnalazione di un qualunque soggetto implicato nella vicenda – la stessa ordinanza: ma non ha il potere di interferire in altro modo sull'attività delegata". Ma v. anche Fabiani (2005, p. 974-975).

⁷⁹ Giova evidenziare, a tal proposito, come talvolta talune "direttive" non sono impartite dal giudice ma dall'ufficio giudiziario cui questo appartiene (anche) al fine di assicurare una uniforme applicazione dell'istituto da parte di tutti i giudici appartenenti allo stesso, con conseguente aprirsi del problema della natura di queste direttive (alla luce della natura dei provvedimenti – differenti dall'ordinanza di delega - in cui sono contenute) e della loro vincolatività o meno per i professionisti delegati (su cui cfr., anche per riferimenti: FABIANI; PICCOLO, 2019, spec. p. 609 ss.).

Non a caso la dottrina ha sempre pacificamente ritenuto che, quando il delegato si rivolge al giudice, ai sensi di quanto previsto dall'art. 591-ter c.p.c., per la risoluzione delle difficoltà insorte nel corso delle operazioni di vendita, è vincolato a seguire le indicazioni del giudice e se le segue è esente da ogni responsabilità⁸⁰.

Nelle suddette ipotesi, in ragione di quanto appena più sopra evidenziato, è agevole ritenere che ben potrebbe trovare applicazione il principio affermato da ultimo dalla Corte di cassazione – con la pronuncia appena più sopra richiamata –, nella parte in cui ritiene che, anche sotto il profilo della responsabilità civile, gli atti posti in essere dal delegato sono imputabili al giudice dell'esecuzione, con conseguente necessità di indirizzare l'azione risarcitoria nei confronti di quest'ultimo, con riferimento al quale trova piena applicazione la legge n. 117 del 1988.

Meno agevole è la ricostruzione sistematica della responsabilità civile del delegato in tutte le ipotesi in cui l'attività di quest'ultimo, pur rientrando nello “schema legale della delega” (volendo riprendere la terminologia utilizzata dalla Corte di cassazione) – e dunque nell'ambito del legittimo esercizio dei poteri che l'art. 591-bis c.p.c. gli attribuisce –, è il frutto di scelte autonome del delegato, ossia non predeterminate dal giudice dell'esecuzione, attraverso l'ordinanza di delega o il decreto che risolve le difficoltà ai sensi dell'art. 591-ter c.p.c.

In assenza di specifiche indicazioni da parte del giudice dell'esecuzione non è dubitabile, infatti, che il professionista delegato possa effettuare autonomamente le scelte sottese all'esercizio di quei poteri che gli spettano in forza di quanto disposto dall'art. 591-bis c.p.c. e dall'ordinanza di delega (talvolta non contenente indicazioni dettagliate), oltre che risolvere autonomamente le difficoltà (non solo di ordine materiale, ma anche giuridico⁸¹) che incontra nello

⁸⁰ Cfr. Luiso (2000, spec. p. 7) il quale pone in rilievo come: “il decreto del giudice è, ovviamente, vincolante per il notaio, che non può discostarsi, nella sua azione, da quanto stabilito dal giudice dell'esecuzione. D'altro canto, una volta che il notaio abbia ottenuto il decreto, egli non ha più alcuna responsabilità se segue le prescrizioni in esso contenute”; ma v. anche D'Alessandro (2000, p. 341); Liuzzi (2010, p. 327); Fabiani (2005, p. 974-975).

⁸¹ Come evidenziato in più occasioni dalla dottrina (anche quella che qualifica

svolgimento delle operazioni di vendita.

Questa possibilità rientra strutturalmente nell'istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata così come disciplinato dal legislatore.

In tal caso, è legittimo interrogarsi in ordine al se, sotto il profilo della responsabilità civile, l'imputabilità di questi atti debba essere comunque ricondotta in capo al giudice delegante.

Contrariamente a quanto ritenuto in dottrina, sia muovendosi nella prospettiva della qualificazione del professionista delegato come sostituto del giudice⁸² che in quella della qualificazione dello stesso come ausiliario in senso ampio (o *sui generis*)⁸³, è questa la conclusione a cui è pervenuta la Cassazione con la sentenza più volte richiamata.

il delegato come ausiliario *sui generis* e non solo quella che lo qualifica come sostituto), sin dall'introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento. (cfr. ORIANI, 1998, p. 403) il quale ritiene che il delegato “può e deve verificare di propria iniziativa se sussistono le condizioni di fatto e di diritto previste dalla legge per il compimento dei singoli atti delegati; se riconosce che le condizioni sussistono potrà compiere gli atti, anche in presenza di controversia e contestazione; così come dovrà rifiutare, non ricorrendone le condizioni, il compimento dell'atto, pure quando non è sorta alcuna contestazione al riguardo”; nonché Liuzzi (2010, p. 326-327), secondo il quale “il professionista delegato deve risolvere da sé questioni, anche di natura giuridica, insorte nel corso del subprocedimento, basandosi sugli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali”. Ma v. anche: Vaccarella (2001, p. 292); Miccolis (1999, p. 370); Luiso (2000, p. 5); Saletti (1999b, p. 374); Di Nanni (1998, p. 1.390); Cavuoto (2023, p. 357 ss.). Diversamente la Corte di cassazione ha ritenuto che le difficoltà di cui all'art. 591-ter c.p.c. consistono in meri “ostacoli di ordine pratico od incertezze operative del professionista delegato”, in quanto la funzione del ricorso al giudice è (proprio e soltanto) quella di rimuovere tali “incagli pratici” e non anche di risolvere “questioni di diritto” (così Cass. 9 maggio 2019, n. 12238 In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, 2019, p. 881, con nota di Parisi (2020, p. 869), con nota di Abete (2020, p. 917), con nota di Santagada (2020).

⁸² Cfr. Vaccarella (2001, p. 292) secondo il quale, anche qualora il delegato solleciti ed ottenga solo in via di fatto la collaborazione del giudice per risolvere dubbi e facoltà, “tale informale partecipazione del giudice non incide sulla paternità giuridica dell'atto, del quale il notaio assume integralmente la responsabilità”.

⁸³ Cfr. Liuzzi (2010, p. 327) il quale aderisce *in toto* alla suddetta posizione di Vaccarella, sottolineando come, “differente è invece la facoltà attribuita al professionista delegato di rivolgersi, formalmente, al giudice dell'esecuzione quando evidentemente le difficoltà sono tali da non potere essere risolte direttamente dallo stesso delegato. In tale fattispecie, regolata dall'art. 591-ter, comma, 1, c.p.c. [...] il decreto è vincolante per il professionista[...]” e “in questo caso c'è esonero da responsabilità per il professionista”.

Secondo la S.C., infatti, nonostante il novero “invero assai ampio” degli atti del processo esecutivo delegabili, resterebbe comunque ferma “l’imputazione degli atti” in capo al giudice dell’esecuzione in quanto il processo esecutivo “resta diretto dal giudice dell’esecuzione, giusta la previsione dell’art. 484, comma 1, cod. proc. civ.”; imputazione in capo a quest’ultimo che verrebbe meno nelle sole ipotesi in cui gli atti siano stati posti in essere dal delegato “al di fuori dello schema legale e non possano essere ricondotti in alcun modo al legittimo esercizio della delega”, ossia le sole ipotesi in cui il delegato potrebbe essere “chiamato a rispondere in via ordinaria, per colpa o dolo, ai sensi dell’art. 2043 cod. civ.”.

In altri termini, secondo la Corte di cassazione, ogni qual volta il delegato si muove nell’ambito dello “schema legale della delega”, anche se non sta eseguendo le specifiche direttive del giudice delegante, i suoi atti sono comunque imputabili a quest’ultimo, anche sotto il profilo della responsabilità civile, in quanto il processo esecutivo, in forza dell’art. 484 c.p.c., è diretto dal giudice dell’esecuzione.

Muovendosi in questo ordine di idee, si potrebbe ritenere che nella medesima direzione militino, oltre al generico potere del giudice di direzione del processo esecutivo, anche:

- 1) il potere del giudice di specificare il contenuto delle disposizioni di cui all’art. 591-*bis* c.p.c. attraverso una *lex specialis* delle operazioni di vendita forzata, qual è l’ordinanza di delega, in forza del quale sarebbero imputabili al giudice delegante, non solo gli atti esecutivi delle direttive specifiche che ha deciso di impartire, ma anche di quelle scelte (sempre rientranti nello “schema legale della delega”) che, invece, ha ritenuto di rimettere ad un’autonoma valutazione del delegato;
- 2) il potere di controllo del giudice sull’attività del delegato, divenuto, peraltro, sempre più significativo e penetrante nel corso del tempo a fronte degli interventi del legislatore (come già evidenziato, si tratta di uno dei tratti caratterizzanti dell’evoluzione dell’istituto)⁸⁴;

⁸⁴ Basti per tutti evidenziare, a tal proposito, come l’attuale testo dell’art. 591-*bis* c.p.c. prescrive che: “il giudice dell’esecuzione vigila sul regolare e tempestivo

- 3) il sistema di impugnativa degli atti del delegato, quale ulteriore strumento di controllo del giudice sull'attività del delegato (in tal caso su iniziativa delle parti), oltre che rimedio interno al processo esecutivo a fronte di eventuali "errori" commessi dal delegato.

Ma ciò che preme ancor di più evidenziare in questa sede è che, qualora non dovesse ritenersi percorribile la prospettiva dell'imputazione diretta in capo al giudice delegante degli atti posti in essere dal professionista delegato anche nelle ipotesi in cui quest'ultimo (non si limita ad eseguire le direttive del giudice ma) effettua autonomamente delle scelte (pur sempre muovendosi nell'ambito dello "schema legale della delega"), non resta altra via che ritenere direttamente applicabile al delegato, in quanto compatibile, la legge n. 117/88.

Non v'è spazio, in altri termini, per ritenere applicabile in queste ipotesi l'art. 2043 cod. civ., così come ha ritenuto la dottrina che, nonostante l'evoluzione che l'istituto in esame ha conosciuto nel corso degli anni ed il corrispondente significativo ampliamento delle competenze del professionista delegato, continua a qualificarlo come un ausiliario del giudice, ancorché *sui generis* o in senso ampio (pur ammettendo, in taluni casi, che talvolta eserciti funzioni di giurisdizione in senso stretto), e così come hanno ritenuto anche talune delle pronunce della Corte di cassazione in materia (in precedenza richiamate).

Non si vede, infatti, anzitutto per quale motivo per lo svolgimento della medesima attività, e l'effettuazione delle medesime scelte alla stessa sottese, il delegato dovrebbe rispondere per dolo o colpa ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. ed il giudice nei più circoscritti confini del dolo o della colpa grave di cui alla legge n. 117/88 (su cui cfr., anche per ulteriori riferimenti, MARTINO, 2020).

svolgimento delle attività delegate e sull'operato del professionista delegato, al quale può in ogni momento richiedere informazioni sulle operazioni di vendita. Sentito l'interessato, il giudice dell'esecuzione provvede alla sostituzione del delegato qualora non siano rispettati i termini e le direttive per lo svolgimento delle operazioni di vendita, salvo che il professionista delegato dimostri che il mancato rispetto della delega sia dipeso da causa a lui non imputabile".

Al contempo, non osta all'applicabilità della legge n. 117/88 né la natura del processo di espropriazione forzata, ormai pacificamente da tempo ritenuta giurisdizionale (e non amministrativa)⁸⁵, né la natura dell'attività svolta dal professionista delegato che, come già evidenziato, è un sostituto del giudice che talvolta svolge anche funzioni di giurisdizione in senso stretto (oltre che, in altre ipotesi, di giurisdizione in senso ampio), né la lettera della legge, che all'art. 1, comma 1, ne consente l'applicazione anche agli "estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria".

Conseguentemente, come evidenziato dal Procuratore Generale nell'istanza in precedenza richiamata, non osta alla suddetta conclusione neanche la giurisprudenza della S.C. che ha ritenuto inapplicabile detta legge all'ausiliario del giudice o al pubblico ministero, in quanto il professionista delegato "esercita – a differenza del consulente tecnico d'ufficio, ad esempio, o del curatore fallimentare – la medesima funzione attribuita al Giudice dell'esecuzione e quindi rientra in pieno nell'inciso contenuto nell'art. 1, comma 1".

Milita, infine, a favore della suddetta conclusione anche la *ratio* sottesa alla legge n. 117/1988, che è di ordine oggettivo, ossia legata alla funzione esercitata, e non già di ordine soggettivo, ossia legata al soggetto che la esercita. Men che meno può ritenersi che rappresenti l'espressione di un privilegio di natura esclusivamente soggettiva, legato alla posizione istituzionale del giudice.

Come efficacemente evidenziato dal Procuratore Generale nell'istanza più volte richiamata,

argomentare diversamente significherebbe disconoscere la finalità stessa della suddetta protezione relativa; concepita, unicamente, con lo scopo oggettivo di garantire la massima

⁸⁵ Conclusione cui la più recente dottrina è definitivamente approdata da tempo, pur partendo da diverse nozioni di giurisdizione, all'esito di un risalente e vivace dibattito, su cui cfr.: Chiovenda (1923, p. 302); Carnelutti (1958, p. 283ss.); Allorio; Colesanti (1957, p. 725ss.); Chiarloni (1993, p. 83ss.); Bonsignori (1991, p. 569ss.); La China (1970, p. 42ss.); Capponi (2023, p. 23 ss.); Comoglio (1994, p. 451); Miccolis (1999, p. 326); nonché, anche alla luce della modifica dell'art. 111 Cost.: Carpi (2002, p. 381ss.); Oriani (2001, p. 6-7; Tarzia (2003, p. 186ss.).

autonomia della funzione giudicante e requirente, anche tramite l'indifferenza personale del soggetto che esercita tale funzione di fronte alle iniziative assunte da chi si sentisse leso dai provvedimenti da quegli emessi.

Infatti

una volta che la suddetta funzione viene esercitata da un soggetto che si sostituisce al giudice non vi è ragione alcuna per escludere tale protezione a favore del sostituto, pena la riconduzione dell'immunità in discorso ad un privilegio di natura esclusivamente soggettiva, legato alla posizione istituzionale del giudice o del pubblico ministero e non alle finalità oggettive delle quali si è fatto cenno.

Quanto alla compatibilità della legge n. 117/88 con la figura del professionista delegato, per quanto maggiormente interessa evidenziare in questa sede, questa sembrerebbe sussistere:

- 1) sotto il profilo delle regole di carattere sostanziale, ossia nella parte in cui circoscrive la responsabilità del magistrato (al di là dell'ipotesi del diniego di giustizia di cui all'art. 3) alle sole ipotesi di dolo o colpa grave così come predeterminata nei suoi contenuti e confini dall'art. 2⁸⁶;
- 2) sotto il profilo delle regole processuali, nella parte in cui prevedono che l'azione possa essere esercitata nei confronti dello Stato solo previo esaurimento dei rimedi e dei mezzi di impugnazione previsti avverso i provvedimenti denunciati come pregiudizievoli (art. 4); e dunque, nello specifico, previo esperimento del reclamo avverso gli atti del delegato di cui all'art. 591-ter c.p.c.⁸⁷ e degli ulteriori rimedi propri del processo esecutivo.

⁸⁶ Così come già ritenuto da autorevole dottrina sotto la vigenza della l. n. 302/98 (cfr. VACCARELLA, 2001, p. 290-291).

⁸⁷ Significativo, a tal proposito, anche il segnalato intervento normativo modificativo dell'art. 591-ter c.p.c. nel senso di introdurre un termine perentorio per proporre il reclamo avverso gli atti del professionista delegato.

Giova evidenziare come, a ben vedere, anche la recente pronuncia della Corte di cassazione più volte richiamata, pur negando la qualificazione del delegato in termini di sostituto del giudice e la natura giudiziaria nel senso tipico e rigoroso del termine delle funzioni da questo esercitate (da cui fa discendere l'inapplicabilità della legge n. 117 del 1988), non ritiene comunque corretto delimitare diversamente, sul piano sostanziale, i confini della responsabilità civile del delegato rispetto a quella del giudice, salvo che nelle ipotesi limite in cui il delegato, avendo posto in essere atti "al di fuori dello schema legale" e che "non possano essere ricondotti in alcun modo al legittimo esercizio della delega", risponde per dolo o colpa ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Pur trattandosi, dunque, di pronuncia non condivisibile, per i motivi in precedenza evidenziati, sotto il profilo del mancato riconoscimento al delegato della qualità di sostituto del giudice e della natura giudiziaria nel senso tipico e rigoroso del termine delle funzioni da questo esercitate, si lascia comunque apprezzare per il tentativo di individuare una strada per evitare di assoggettare il giudice delegante ed il professionista delegato ad un differente regime di responsabilità civile, nel compimento delle medesime attività e nella effettuazione delle medesime scelte a queste sottese, così come, invece, hanno sinora fatto le pronunce della Cassazione, in precedenza richiamate, che, dopo aver qualificato il professionista delegato come ausiliario del giudice, hanno ritenuto applicabile alle attività dallo stesso compiute, nel legittimo esercizio della delega, l'art. 2043 cod. civ., nonché la dottrina, in precedenza richiamata, che è giunta alla medesima conclusione dopo aver qualificato il professionista delegato come ausiliario *sui generis* o in senso ampio.

In definitiva, sia che si segua la via – indicata dalla Corte di cassazione – della imputazione diretta della responsabilità civile in capo al giudice delegante per gli atti posti in essere dal professionista delegato (salvo che si tratti di atti che fuoriescono dallo "schema legale della delega" e che, in quanto tali, non possono essere "ricondotti in alcun modo al legittimo esercizio della delega"), sia che si segua la via dell'applicazione diretta in capo al professionista delegato della legge n. 117 del 1988, resta comunque esclusa l'applicabilità dell'art. 2043 cod. civ.

Nell'impostazione fatta propria dalla Corte di cassazione, la possibile applicazione dell'art. 2043 cod. civ. è circoscritta alle sole ipotesi degli atti posti in essere dal delegato al di fuori dallo "schema legale della delega" e che, in quanto tali, non possono essere "ricondotti in alcun modo al legittimo esercizio della delega".

Quali sono questi atti?

Si tratta evidentemente di ipotesi limite in cui il delegato, in sostanza, pone in essere un atto abnorme, inteso quale atto adottato in carenza di potere, analogamente a quanto talvolta la giurisprudenza afferma con riferimento agli atti del giudice⁸⁸.

In altri termini, ciò che viene in rilievo nelle ipotesi in esame è la carenza di potere, non le corrette modalità di esercizio dello stesso.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi all'ipotesi in cui il delegato abbia approvato il progetto di distribuzione senza sottoporlo preventivamente al giudice o abbia sottoscritto il decreto di trasferimento anziché limitarsi a predisporlo ed a trasmetterlo al giudice per la sottoscrizione da parte di quest'ultimo o, ancora, abbia aggiudicato il bene nonostante l'intervenuta sospensione del processo di espropriazione forzata da parte del giudice.

Rientrano, invece, nello "schema legale della delega", con conseguente inapplicabilità dell'art. 2043 cod. civ., tutte le ipotesi in cui il delegato, nel legittimo esercizio di poteri rientranti nella delega, commetta un "errore di diritto" o tenga comunque una condotta colposa.

Si tratta delle ipotesi in cui, per intendersi, qualora non dovesse accogliersi la prospettiva fatta propria dalla Corte di cassazione, dovrebbe ritenersi che, per tutti i motivi in precedenza

⁸⁸ Non è questa la sede per esaminare i differenti possibili significati che dottrina (cfr. in genere sulla nozione di provvedimento abnorme e sul distinguo con quella di atto anomalo, anche per ulteriori riferimenti, Di Cola (2024, p. 333ss. e p. 497ss.) e giurisprudenza (cfr. con riferimento al giudizio di divisione Cas. sez. un. 1 marzo 1995 n. 2317 e con riferimento al processo esecutivo Cass. 13 ottobre 2023 n. 28562; Cass. 7 febbraio 2013 n. 2968; Cass. 3 settembre 1990, n. 9102) attribuiscono, anche con riferimento al processo esecutivo, all'espressione "atto abnorme". Basti in questa sede evidenziare come fra questi significati, anche con riferimento al processo esecutivo, vi è quello di decisione adottata in carenza di potere (cfr. in tal senso, anche per ulteriori riferimenti, Capponi (2017, p. 317ss.).

evidenziati, trovi applicazione diretta con riferimento al delegato, in quanto compatibile, la legge n. 117/88.

Così come il giudice, in queste ipotesi, potrebbe essere chiamato a rispondere dell'eventuale danno ingiusto cagionato a terzi nei soli circoscritti confini del dolo o della colpa grave di cui alla legge n. 117/88 (previo esperimento – ex art. 4 – dei rimedi interni al processo esecutivo avverso i provvedimenti denunziati come pregiudizievoli), altrettanto dovrebbe ritenersi per il professionista delegato, pena il dover concludere che, per l'effettuazione della medesima attività (e delle medesime scelte alla stessa sottese), i confini del regime di responsabilità civile siano differenti in ragione esclusivamente della qualifica soggettiva del soggetto chiamato a svolgerla (giudice o professionista delegato).

Non a caso, come si è già avuto modo di evidenziare, si è ritenuto che, qualora dovesse accogliersi una conclusione di questo tipo, la disciplina contenuta nella l. n. 117/1988 finirebbe per essere legata, non più ad esigenze e finalità di ordine oggettivo, ma esclusivamente di ordine soggettivo, rappresentando, conseguentemente, l'espressione di un privilegio legato alla figura del giudice.

Quanto, infine, alle ipotesi in cui l'attività sostitutiva del professionista delegato venga in rilievo rispetto ad attività (non del giudice ma) del cancelliere, qualora non si accolga il principio affermato dalla Corte di cassazione (in forza del quale ogni qual volta il delegato pone in essere atti rientranti nello schema legale della delega questi sono imputabili all'ufficio giudiziario), dovrebbe trovare applicazione quanto disposto dall'art. 60 c.p.c. con riferimento al cancelliere, che è civilmente responsabile: 1) quando, senza giustificato motivo ricusa di compiere gli atti che gli sono legalmente richiesti oppure omette di compierli nel termine che, su istanza di parte, è fissato dal giudice dal quale dipende o dal quale è stato delegato; 2) quanto ha compiuto un atto nullo con dolo o colpa grave.

Anche in queste ipotesi, dunque, in cui il professionista delegato sostituisce il cancelliere (e non il giudice), non v'è spazio per l'applicazione dell'art. 2043 cod. civ.

Giova, infine, evidenziare come la scelta effettuata dalla Corte di cassazione – con la recente pronuncia più volte richiamata – sulla responsabilità civile del delegato non è priva di possibili ricadute anche, a monte, sul modo di atteggiarsi, nelle prassi, del rapporto fra giudice delegante e professionista delegato.

Non può escludersi, infatti, che la suddetta scelta effettuata dalla Corte di cassazione determini l'instaurarsi di prassi contraddistinte dal ricorso ad ordinanze di delega sempre più dettagliate nei contenuti.

Per altro verso, occorre anche evitare prassi distorsive dell'esercizio del potere del delegato di rivolgersi al giudice delegante per risolvere le difficoltà insorte nel corso delle operazioni di vendita, che ove esercitato sistematicamente al solo fine di conseguire l'esonero da ogni responsabilità da parte del delegato, imporrebbe continui interventi del giudice, così vanificando, nella sostanza, le finalità e la funzionalità stessa del ricorso all'istituto della delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata.

RIFERIMENTI

ABETE, Luigi. L'ordinanza ex artt. 591-ter e 669-terdecies c.p.c.: brevi spunti. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Ed. Milani, v. 75, Fascicolo 2, p. 872-881, 2020

ALIOTTA, Alexandra. La delega delle operazioni di vendita. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, 2020.

ALLORIO, Enrico; COLESANTI, Vittorio. (voce) Esecuzione forzata (diritto processuale civile). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). **Novissimo digesto italiano**. v. VI, Torino: Torinese, 1957.

ARIETA, Giovanni; SANTIS, Francesco de. L'esecuzione forzata. In: MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. **Trattato di diritto processuale civile**. v. III, tomo 2. Padova: Cedam, 2007.

ASTUNI, Enrico. La delega al professionista delle operazioni di vendita. In: DEMARCHI, Paolo Giovanni (a cura di). **Il nuovo rito civile**: le esecuzioni: primo commento alle modifiche introdotte con il d.l. 35/2005 e successive modifiche. v. III. Milano: Giuffrè, 2006.

BESSE, Chiara. Espropriazione forzata e notai. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, Fascicolo 12, p. 2.446-2.455, 1999.

BONSIGNORI, Angelo. (voce) Esecuzione forzata in genere. In: RODOLFO, Sacco. **Digesto discipline privatistiche**: sezione civile. v. VII. Torino: Utet, 1991.

BORRÉ, Giuseppe. Incanti immobiliari e delega ai notai. In: Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Normativa vigente e prospettive di riforma. Convegno di Roma del 22-23 maggio 1993. **Atti...** Milano: Giuffrè / Consiglio Nazionale del Notariato, 1994.

BOVE, Mauro. Delega delle operazioni di vendita. In: BALENA, Gianpero; BOVE, Mauro. **Le riforme più recenti del processo civile**. Bari: Cacucci, 2006.

BUCCI, Alberto; SOLDI, Anna Maria. **Le nuove riforme del processo civile**. Padova: Cedam, 2006.

BUSANI, Angelo. **Le funzioni notarili nell'espropriazione forzata**. Torino: Giappichelli, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice**. v. II. Padova: Cedam, 1944.

CAMPESE, Giovanni. Prospettive e problemi in tema di ricorso all'attività dei notai nell'espropriazione forzata. In: **Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 16, Fascicolo 3, 375-383, 1999.

CANANZI. La delega al notaio del solo piano di riparto. In: **Rivista del Notariato**, Roma, Ed. Consiglio Nazionali del Notariato, 2000.

CAPPONI, Bruno. **Diritto dell'esecuzione civile**. 7. ed. Torino: Giappichelli, 2023.

CAPPONI, Bruno. Ordinanze decisorie “abnormi” del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, n. 2, 2017.

CARBONE, Vincenzo. Le motivazioni dell'intervento legislativo per la riforma del processo esecutivo. In: **Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 15, Fascicolo 12, p. 1.480-1.483, 1998.

CARDARELLI, Franco. L. 3 agosto 1998, n. 302: funzioni e limiti dell'attività notarile delegata nei procedimenti esecutivi. In: **Rivista del Notariato**, Roma, Ed. Consiglio Nazionali del Notariato, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARPI, Federico. Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 56, n. 2, p. 381-407, giugno 2002.

CAVUOTO, Ennio. Il ricorso al giudice dell'esecuzione ex art. 591-ter c.p.c. tra novità e ritorni al passato. In: **Rassagna dell'Esecuzione Forzata**, Napoli, Ed. ESI, n. 2, 2023.

CHIARLONI, Sergio. Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 47, p. 83-130, mar. 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**: le azioni, il processo di cognizione. Napoli: Jovene, 1923.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Ed. Milani, 1994.

CORDOPATRI, Francesco. Le nuove norme sull'esecuzione forzata. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Ed. Milani, 2005.

COSTANTINO, Giorgio. Degiurisdizionalizzazione della espropriazione immobiliare. In: Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Normativa vigente e prospettive di riforma. Convegno di Roma del 22-23 maggio 1993. **Atti...** Milano: Giuffrè / Consiglio Nazionale del Notariato, 1994.

COSTANTINO, Giorgio. Note tecniche sulla attuazione dei diritti di credito nei processi di espropriazione forzata. In: MAZZAMUTO, Salvatore (a cura di). **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. V. II. Napoli: Jovene, 1989.

CRIVELLI, Alberto. La distribuzione del ricavato dopo la riforma Cartabia: iter di approvazione del progetto di distribuzione approvato dalla Commissione Studi processuali il 9 settembre 2024. In: **CNN Notizie** n. 206 del 7 novembre 2024.

D'ALESSANDRO, Elena. Corretto uso del ricorso al giudice dell'esecuzione ex artt. 534-ter e 591-ter c.p.c. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, 2000.

DI COLA, Livia. **Provvedimento anomalo e processo civile**. Napoli: Scientifica, 2024.

DI NANNI, Luigi Francesco. Espropriazione immobiliare: delega ai notai delle operazioni di vendita con incanto. In: **Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, 1998.

FABIANI, Ernesto. Brevi note sul comportamento da tenersi da parte del notaio delegato ove il giorno fissato per la vendita all'incanto dell'immobile espropriato non compaiano il creditore procedente e/o altro creditore munito di titolo esecutivo. In: **Studi e materiali. Quaderni semestrali**, Padova, Ed. Consiglio Nazionale del Notariato, n. 2, 2005.

FABIANI, Ernesto. Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere. In: **Il Giusto Processo Civile**, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2016.

FABIANI, Ernesto. La delega di giurisdizione. In: **Il Foro Italiano**, Milano, Ed. Il Foro Italiano, 2015.

FABIANI, Ernesto. (voce) Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare. In: RODOLFO, Sacco. **Digesto discipline privatistiche**: sezione civile. Torino: Utet, 2010.

FABIANI, Ernesto. Delegabilità ai notai delle operazioni di vendita immobiliare con incanto in sede fallimentare: Consiglio Nazionale del Notariato. In: **Studi e Materiali CNN**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, 2004.

FABIANI, Ernesto. Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Milani, 2002.

FABIANI, Ernesto. La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare: novità introdotte dalla riforma del 2005 e ricostruzione sistematica del nuovo istituto. In: **Studi e materiali. Quaderni semestrali**, Padova, Ed. Consiglio Nazionale del Notariato, v. 5, Fascicolo 1, p. 532-666, 2007.

FABIANI, Ernesto. La natura delle nuove competenze notarili in tema di volontaria giurisdizione di cui al d.lgs. n. 149/2022 tra funzione giurisdizionale, amministrativa e notarile. In: **Il Giusto Processo Civile**, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, v. 18, Fascicolo 2, p. 309-314, 2023.

FABIANI, Ernesto. Le novità del cd. correttivo alla riforma Cartabia in tema di espropriazione forzata di interesse notarile. In: **CNN Notizie** n. 218 del 25 novembre 2024.

FABIANI, Ernesto. L'intervento del notaio nell'assunzione della prova. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Milani, 2013.

FABIANI, Ernesto; PICCOLO, Luisa. La vendita telematica nelle procedure esecutive e concorsuali nelle prassi dei Tribunali. In: **Rassagna dell'Esecuzione Forzada**, Napoli, Ed. ESI, n. 3, 2019

FABIANI, Ernesto; PICCOLO, Luisa. Le modifiche in tema di esecuzione forzata di cui al d.lgs. 149/2022: note a prima lettura. In: **CNN Notizie** del 18-11-2022.

FARINA, Pasqualina. Le funzioni (e le responsabilità) degli ausiliari nell'espropriazione forzata, tra criticità risalenti e tentativi di riforma. In: **Rassagna dell'Esecuzione Forzada**, Napoli, Ed. ESI, n. 1, p. 47-48, 2022.

FRESA, Mario; DE NARDI, Sandro. Interpretazione abnorme e responsabilità del magistrato. In: **Giustizia Insieme**, Roma, Ed. Pacini, n. 1-2, 2011.

GANDOLFI, Paola. Appunti in tema di modelli di tutela civile alternativa. In: **Rivista Questione Giustizia**, Roma, Ed. Associazione Magistratura Democratica, Issue 1, p. 205-210, 1991.

GHEDINI, Anna; MIELE, Claudio. **Le nuove esecuzioni immobiliari**. Padova: Cedam, 2006.

GRUNSKY, Wolfgang. **Esecuzione forzata: diritto comparato e straniero**. v. V. [S. l.]: [S.n.}, 2009.

JAEGER, Nicola. **Diritto processuale civile**. Torino: Torinese, 1943.

LA CHINA, Sergio. **L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile**. Milano: Giuffrè, 1970,

LEUZZI, Salvatode. Il controllo dell'attività del delegato e il nuovo meccanismo della reclamabilità "diffusa" reperibile al seguente indirizzo In **Executivis: la Rivista Telematica dell'Execuzioni Forzata**, Roma, Ed. Fondazione Lucio Papirio, 25 luglio 2022.

LIUZZI, Giuseppe Trisorio. La responsabilità del professionista delegato alla vendita nell'espropriazione immobiliare. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, v. 1/2, 2010.

LIUZZI, Giuseppe Trisorio. La responsabilità del professionista delegato alla vendita nell'espropriazione immobiliare dopo il d.lgs. 149/2022. In: **Il Giusto Processo Civile**, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, n. 2, 2024.

LUISO, Francesco Paolo. I rapporti fra notaio delegato e giudice dell'esecuzione. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, 2000.

LUISO, Francesco Paolo; MICCOLI, Mario. Espropriazione forzata immobiliare e delega al notaio. In: **Notariato**: rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuale: quaderni di notariato. Milano: Ipsoa, 1999.

LUPO. (voce) Ausiliari del giudice. In: **Enciclopedia Giuridica Treccani**. v. IV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988.

MANNA, Felice. **La delega ai notai delle operazioni di incanto immobiliare**: legge 3 agosto 1998 n. 302. Milano: Giuffrè, 1999.

MARINI, C. M. de. (voce) Ausiliari del giudice. In: **Enciclopedia del diritto**. v. IV. Milano: Giuffrè, 1959.

MARTINO, Roberto. **Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave**. Bari: Cacucci, 2020

MEREU, Andrea. La responsabilità del professionista delegato alle operazioni di vendita nelle esecuzioni immobiliari. In: **In Executivis: la Rivista Telematica dell'Esecuzioni Forzata**, Roma, Ed. Fondazione Lucio Papirio, 2022.

MICCOLIS, Giuseppe. Delega delle operazioni di vendita. In: CIPRIANI, Franco; MONTELEONE, Girolamo Alessandro (a cura di). **La riforma del processo civile**. Padova: Cedam, 2007.

MICCOLIS, Giuseppe. La delega ai notai nelle espropriazioni immobiliari. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Milani, 1999.

MONDINI, Antonio. Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 51, p. 267-275, mar. 1997.

MONDINI, Antonio; TERRUSI, Francesco. La soluzione giurisprudenziale in materia di delega ai notai delle operazioni di incanto immobiliare alla luce della L. 3 agosto 1998 n. 302. In: **Giustizia Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, 1998.

NARDONE, Francesco Giambattista. Delega al notaio nella espropriazione forzata immobiliare: dalla prassi pratese alla riforma della legge n. 302/1998. In: **Rivista del Notariato**, Roma, Ed. Consiglio Nazionali del Notariato, 1999.

ORIANI, Renato. Il regime degli atti del notaio delegato alle operazioni di vendita nell'espropriazione immobiliare (art. 591 ter c.p.c.). In: **Il Foro Italiano**, Milano, Ed. Il Foro Italiano, v. 121, n. 12, dicembre 1998.

ORIANI, Renato. L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, 2001.

PARISI, Giacinto. Sul regime impugnatorio dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione nella vendita forzata delegata. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Ed. Milani, 2020

PISANI, Andrea Proto. Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nella espropriazione forzata immobiliare. In: Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Normativa vigente e prospettive di riforma. Convegno di Roma del 22-23 maggio 1993. **Atti...** Milano: Giuffrè / Consiglio Nazionale del Notariato, 1994.

PISANI, Andrea Proto. Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nella espropriazione forzata immobiliare. In: **Il Foro Italiano**, Milano, Ed. Il Foro Italiano, v. V, p. 444ss., 1992.

PISANI, Andrea Proto. Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005. In: **Il Foro Italiano**, Milano, Ed. Il Foro Italiano, v. 93, 2005.

RAITI, N. La delega ai notai nelle esecuzioni immobiliari: un esempio di giurisdizione aperta. In: **Rivista del Notariato**, Roma, Ed. Consiglio Nazionali del Notariato, 1998.

RENZI, Alberto. La delega delle operazioni di vendita. In: CECHELLA, Claudio (a cura di). **Il nuovo processo di esecuzione**. Milano: Giappichello, 2006.

SALETTI, Achille. Dell'espropriazione forzata: la novella del 1998. un intervento atteso: non solo delega ai notai. In: La riforma del processo di esecuzione: Convegno di Portonovo del 19 dicembre 1998. **Atti...** Ancona: [S. n.], 1999a.

SALETTI, Achille. La miniriforma dell'espropriazione forzata: la l. n. 302 del 1998. In: **Studium Iuris: Rivista per la Formazione nelle Professioni Giuridiche**, Padova, Ed. Cedam, 1999b.

SANTAGADA, Giuseppe. Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza collegiale che decide il reclamo ex art. 591-ter e 669-terdecies c.p.c.: una non condivisibile ricostruzione del sistema dei rimedi esperibili avverso gli atti del professionista delegato. In: **Rassagna dell'Esecuzione Forzada**, Napoli, Ed. ESI, v. 2, Fascicolo 4, p. 924-941, 2020.

SCARSELLI, Giuliano. **La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti**: giurisdizione e amministrazione. v. I. Milano: Giuffrè, 2000.

SENSALE, Girogio. L'espropriazione immobiliare e la delega ai notai degli incanti. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino,

Ed. Utet, n. 2/3, p. 347ss., 2003.

SERVELLO. Giurisdizioni speciali e sezioni specializzate. In: **Enciclopedia Giuridica Treccani**. v. XV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989.

SOLDI, Anna Maria. Manuale **dell'esecuzione forzata**. Padova: Cedam, 2022.

SPAGNUOLO, Giacomo. Delegabilità ai notai delle operazioni di vendita all'incanto nel processo di esecuzione. In: **Rivista del Notariato**, Roma, Ed. Consiglio Nazionali del Notariato, 1998.

STEFANO, Franco de. **Il nuovo processo di esecuzione**: le novità della riforma. Milano: Ipsoa, 2005.

TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione. In: **Il giusto processo**: atti del Convegno di Roma del 28-29 marzo 2002. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2003.

TIZI, Francesca. La delega di vendita tra vecchie questioni e novità normative. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, n. 2, 2024.

VACCARELLA, Romano. Delegabilità ai notai de iure condito de iure condendo delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari In: Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Normativa vigente e prospettive di riforma. Convegno di Roma del 22-23 maggio 1993. **Atti...** Milano: Giuffrè / Consiglio Nazionale del Notariato, 1994.

VACCARELLA, Romano. La vendita forzata immobiliare tra delega al notaio e prassi giudiziarie "virtuose". In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, 2001.

VASETTI. Giurisdizione speciale. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). **Novissimo digesto italiano**. v. III. Torino: Torinese, 1961.

VELLANI. (voce) Ausiliari del giudice. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). **Novissimo digesto italiano**. v. I. Torino: Torinese, 1964.

VITTORIA, P. Il controllo sugli atti del processo di esecuzione forzata: l'opposizione agli atti esecutivi e i reclami. In: **Rivista dell'Esecuzione Forzata**, Torino, Ed. Utet, 2000.

VOCINO, Corrado. La funzione processuale del notaio. In: **Rivista del Notariato**, Roma, Ed. Consiglio Nazionali del Notariato, 1956.

Recebido em: 5-3-2025

Aprovado em: 15-4-2025

COMPETITION AND ENVIRONMENT: CONFLICT OR CONFLUENCE? SOME REFLECTIONS ON SUSTAINABILITY AGREEMENTS UNDER ARTICLE 101(3) OF THE TFEU¹

Francesco de Leonardis²

SUMMARY. 1 The intersections between competition law and environmental law. 2 The competition principle in the Italian Environmental Code. 2.1 The competition principle ends the municipal monopoly in waste collection. 2.2 Competition principle and EPR schemes. 3. “Improving the production”: the environmental way. 4. Conclusions on sustainability agreements. References.

1 THE INTERSECTIONS BETWEEN COMPETITION LAW AND ENVIRONMENTAL LAW

Apparently, competition protection (aimed at ensuring the proper functioning of the EU internal market by promoting the competition between undertakings and preventing and deleting

¹ **Como citar este artigo científico.** DE LEONARDIS, Francesco. Competition and environment: conflict or confluence? Some reflections on sustainability agreements under article 101(3) of the TFEU. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 99-119, jan.-abr. 2025.

² Professore (Dottorato di ricerca) Diritto Amministrativo e di Diritto dell’ambiente. Dipartimento di Giurisprudenza. Università degli Studi di Roma. *E-mail*: f.deleonardis@studiodls.it

restrictions and distortions, such as abuse of a dominant position, anti-competitive agreements, as well as mergers and acquisitions – hereafter “competition principle”)³ and environmental protection (aimed at keeping the planet within the planetary boundaries, ensuring conditions for the survival of various species, and primarily the human species) (LEONARDIS, 2023, chapter 1) are separated worlds.

In recent years several intersections between them seem to be found out not only in positive law but also in the activities of administrations and jurisprudence at various levels of legal systems.

On the one hand, competition law and environmental law could be complementary. For instance, in the Italian legal system the competition principle has been explicitly included in the Environmental Code (Legislative Decree N.º 152/2006, hereinafter “TUA”) which is the main source of national environmental law⁴. Article 178, the opening provision of the Fourth Part of the Code, concerning waste, states that waste management (from the collection to the final treatment) must be oriented to the competition principle. It implies that companies – and EPR schemes, as explained below – are free to compete offering the best options to manage the end-of-life of the products. As a consequence, producers and the administrations can fulfil their management duties picking the most suitable solutions from the market up. In other words, competition is a driver for enhancing environmental protection.

On the other hand, competition rules could represent an obstacle for the implementation of the environmental protection, especially when it requires massive project that the market cannot implement alone.

Therefore, there are some exemptions that are reshaping competition law in order to ensure a step ahead for the environmental protection.

³ On competition law, see among others: Lemme, 2014; Libertini, 2014; Cardì, 2022; Cassese, 2021; D’Alberti, 2006, p. 1.140; Lalli [S. n. t.]; Libertini, 2010, p. 191.

⁴ On the legal nature of this decree, see: Celotto, 2009, p. 485; Cerbo, 2008, p. 533; Fonderico, 2006, p. 613.

Article 101(1) TFEU prohibits agreements between undertakings that could cause restriction or distortion of competition within the internal market, but in paragraph 3 there is a list of circumstances under which this kind of “horizontal agreements” are lawful. These circumstances go under the general clause of ‘fair share’⁵: the cost of the competition distortion must be inferior to the benefits generated by the agreement. In other words, a horizontal agreement is lawful if “contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit”.

What does “improving the production” mean? Within these exemptions, environment and its protection seem not to be included. However, it is noticeable in international and European legal orders a plain ‘push’ to so-called sustainable production. Does it mean that undertakings can make horizontal agreements (also) to reach environmental goals? If so, do they comply with the clause of the ‘fair share’?

It is no coincidence that the European Commission in its latest “Guidelines on the applicability of article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements” includes among lawful horizontal agreements those that pursue one or more sustainability objectives, under conditions⁶. So the inclusion of the so-called “sustainability agreements” could be the occasion to interpret the clause of “improving the production” as a ‘green exemption’ that looks towards ‘sustainable production’ (i.e. the redesign of the trajectory of the economy within the limits

⁵ According to article 101(3) TFEU, an horizontal agreement could be justified if: “contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question”.

⁶ See Communication from the Commission “*Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*”, published on the Official Journal of the European Union 19th April 2022, C 164/01. On this topic, see: Moliterni, 2021, p. 354; 2022, p. 517; Libertini, 2023, p. 54; Pezzoli, 2022, p. 327. On the relation between State aid and environmental protection, see also: Porchia, 2009, p. 865; Marino, 2021, p. 43.

of the planet, the sustainable configuration of business activities or, in short, the ecological transition).

Anyway, the following considerations aim to highlight the connection between competition law and environmental law. As happened in the Italian environmental code, the competition principle could strengthen the level of environmental protection and its flexibility can include ‘green exemptions’ within its field of application. Thus, the article will analyse the influence of the competition principle on the environmental law taking the steps from the Italian environmental code and the provisions about exclusive rights for municipal waste collection and Extended Producer Responsibility (EPR) systems. Subsequently, the focus will be put on “sustainability agreements”: it will be investigated if international and European law require the enhancement of production processes through an environmental lens in order to legitimate this kind of horizontal agreements.

2 THE COMPETITION PRINCIPLE IN THE ITALIAN ENVIRONMENTAL CODE

Regarding environmental law principles⁷ at the European level, three fundamental provisions are commonly cited: Article 191, Article 11 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and Article 3 of the Treaty on European Union (TEU)⁸.

In national law, there are four fundamental provisions on environmental law principles: Articles 3-ter, 3-quater, 3-quinquies, and 3-sexies of the Environmental Code (TUA).

Nevertheless, this collection of rules does not represent a comprehensive list of environmental law principles. Although they mention the four general principles of precaution, prevention, rectification of damage at source, and the polluter-pays principle

⁷ As known, environmental law principles have been affirmed in the international law declarations and agreements (see in particular principles 3, 4, 6, 10, 14, 15 and 16 of the Rio Declaration).

⁸ See among numerous contributions of the Italian doctrine: Cafagno, 2007; Picozza; Dell’Anno, 2012; Ferrara; Sandulli, 2014; Rossi, 2021.

(Article 191 TFEU and Article 3-ter TUA), there are additional sectorial principles, equally important, that can be inferred from the legislation.

Among these, competition principle deserves to be mentioned. It was first included in the national Code following the reform carried out by Legislative Decree N.º 116/2020, which transposed the first of the ‘Circular economy package’ directives, specifically Directive 851/2018 on waste⁹.

Thus, the competition principle – explicitly referenced in two recitals of this directive¹⁰ – is incorporated into the Fourth Part of the Code concerning waste management and it is not enshrined in a single norm but rather in a plurality of norms.

The first regulation containing the principle is Article 178 TUA, which lists the principles of waste management. Given its placement at the beginning of the Fourth Part of the Code, it could be interpreted as evidence of the full integration of competition protection into the Code and national environmental legislation.

Furthermore, as explained below, the competition principle is closely linked to the extended producer responsibility principle, established by Articles 178-bis and 178-ter TUA. The competition principle is also relevant with regard to the governance of consortia, which generally represent the legal form of Extended Producer Responsibility (EPR) systems, such as Conai (for packaging) and other ones concerning vegetable oils, polyethylene goods, mineral oils, and exhausted batteries¹¹.

⁹ Directive (EU) 2018/851 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive 2008/98/EC on waste. This Directive constitute, together with Directives (EU) 2018/849 about end-of-life vehicles, batteries and accumulators and waste batteries and accumulators, (EU) 2018/850 about the landfill of waste and (EU) 2018/852 about packaging and packaging waste, the so-called ‘Second Circular Economy Package’. About the Package, see Leonardis (2017, p. 163); and Leonardis (2020, p. 50).

¹⁰ See recital 17, which underlines the importance “to promote a level playing field” in markets for secondary raw materials, and recital 22, which states that “The general minimum requirements [of the extended producer responsibility] should reduce costs and boost performance, as well as ensure a level playing field, including for small and medium-sized enterprises and e-commerce enterprises [...]”.

¹¹ See respectively: Article 224 TUA, Article 233 TUA, Article 237 TUA, Article 236 TUA and Legislative Decree N.º 188/2008.

It is also invoked within the regulation of a specific type of waste, packaging waste, which represents about two-thirds of all urban waste (LEONARDI, 2016, p. 419. See also ISPRA, 2023). Article 217(1) TUA states that in managing such waste it is necessary to “ensure a high level of environmental protection” while also “guaranteeing the functioning of the market” by preventing “obstacles to trade and distortions of competition”.

Then, we face provisions that do not explicitly mention the competition principle but are directly connected to it¹².

2.1 THE COMPETITION PRINCIPLE ENDS THE MUNICIPAL MONOPOLY IN WASTE COLLECTION

The competition principle entered the Environmental Code in a progressive way, substantially reforming waste management activities.

To begin with, it must be recalled that urban waste, the remnants of consumption, can be divided into two main categories: separately collected waste and mixed waste. Separately collected waste are further categorized by material type and should be processed into second-generation raw materials or compost via recycling, thereby minimizing landfill disposal. Mixed waste should be used, after a mechanical biological treatment, for energy recovery or disposed of.

One of the main issues concerning waste regulation was the existence of a municipal monopoly on waste collection, whether it applied to both categories of municipal waste, or only to one of them, or whether it did not apply at all.

The Italian transposition of the first waste Directive¹³ was ambiguous regarding this aspect. Article 21(1) of Legislative Decree N.º 22/1997 established the principle that solely urban and assimilated waste meant for disposal should fall under the municipal

¹² Article 183(1), letter b-ter) N.º 2 TUA and Article 198(2bis) TUA, both introduced by Legislative Decree N.º 116/2020.

¹³ Council Directive of 15 July 1975 on waste (75/442/EEC).

monopoly. Concurrently, paragraph 7 of the same article stated that this monopoly would not apply for waste meant for recovery if it was the subject of a specific programme agreement¹⁴.

Thus, the regulation seemed to discipline a sort of “dual regime” rule: municipal monopoly for the collection of urban mixed waste (the law reserved to municipalities “the management of urban waste and assimilated waste destined for disposal under the monopoly forms provided for by Law N.º 142 of June 8, 1990, and Article 23”) and competition for the collection of waste meant for recovery, provided they were subject to a program agreement. So, the monopoly did not apply for separately collected waste: anyone but municipalities could have the necessary authorizations to engage in such activities.

The so-called “dual regime” was further clarified in 2002: Article 23(1) of Law N.º 179 of July 31, 2002, amended Article 21(7) of Legislative Decree N.º 22/97 state that “the monopoly referred to in paragraph 1 does not apply to waste recovery activities for urban and assimilated waste starting from January 1, 2003”. Consequently, the condition of a program agreement was no longer necessary. In the following years, administrative case law also addressed the existence of this dual regime¹⁵.

However, a few years later, in 2010, the legislator re-handled the issue, stating that “the organization and management of services related to the collection, disposal, and recovery of urban waste, as well as the collection of related taxes” [article 14(27), Decree 31 may 2010, N.º 78.] constitute fundamental functions of municipalities. Thus, this provision seemed to end the dual regime era, extending municipal monopoly to separately collected waste.

¹⁴ “The exclusive right of waste collection does not apply to waste recovery activities covered by the programme agreement referred to in Article 22(11) and to assimilated waste recovery activities”, Article 21(7), Legislative Decree N.º 22/97.

¹⁵ See Cons. Stato, V Section, 16 march 2005, N.º 174, according to which it is not applicable to the service of collection and transport of urban waste since “the privative right referred to in paragraph 1 does not apply to the recovery of urban and assimilated waste, as from January 1st, 2003”.

Nowadays, administrative case law has definitively settled the matter, affirming the existence of the dual regime in accordance with the competition principle¹⁶.

The end of the municipal monopoly is also confirmed by a recent reform of the national environmental code. In 2020, the legislator amended the definition of urban waste to include the so-called “similar waste” or “assimilated waste”¹⁷. To this end, the freedom of economic operators to entrust the collection of such type of waste to either the public system or a private one was for the first time recognised, in alignment with the competition principle¹⁸.

Despite the openness to the application of competition rules, prior this amendment producers of assimilated waste had to make this choice through a five-year agreement, raising concerns about its compatibility with the competition principle¹⁹. Furthermore, those producers who had opted for the private system could switch to the public system at any time, even before the expiry of the five-year period, whereas the opposite was not permitted. Thus, producers who had opted for the public system remained bound for five years.

This led to the amendment of the provision in 2022²⁰, following a recommendation from the Competition and Market Authority. The duration of the obligation has been shortened to a more reasonable

¹⁶ See C.G.A. Sicily, 30 March 2022, N.º 410 and Cons. Stato, IV Section, 29 May 2023, N.º 5257. On the ascending conforming force of the competition principle, see also Cons. Stato, VI Section, 15 December 2022, N.º 10993.

¹⁷ They are “mixed waste and separately collected waste that come from other sources similar in nature and composition to the household waste listed in Annex L-quater produced and generated by activities listed in Annex L-quinquies” to the Fourth Part of the Code.

¹⁸ “In order to deliver their municipal waste outside the public service non-households users have to prove that they have sent it for recovery by means of a certificate issued by the entity carrying out the waste recovery activity. This waste counts towards the recycling targets for municipal waste”, Article 198(2bis) TUA, as amended by Legislative Decree N.º 116/2020.

¹⁹ Non-household users producing assimilated municipal waste “who deliver it outside the public service and prove that they have sent it for recovery [...] are excluded from the payment of the tariff component related to the quantity of waste delivered” and “make the choice to use the public service provider or the market for a period of not less than two years”, Article 238(10) TUA, as amended by Legislative Decree N.º 116/2020.

²⁰ Article 14(1), Law 5 August 2022, N.º 118 (Annual Competition Law), which provides for a two-year permanence.

period of two years and producers were guaranteed equal conditions in the case of a reconsideration of the waste management options.

These examples – together with the inclusion of the competition principle among the general principles of the Fourth Part of the Code (see section 1) – show how competition law has become crucial in environmental legislation. The crucial point is that competition should no longer be seen as an obstacle to environmental protection, on the contrary as a tool to strengthen it. Indeed, the choice to open up waste management to competition looks at the increase of the efficiency of the service in line with circular economy targets.

2.2 COMPETITION PRINCIPLE AND EPR SCHEMES

Another example of strengthening environmental protection through the implementation of competition leverage in the waste management are the extended producer responsibility (EPR) schemes.

The EPR principle, as a reflection of the ‘polluter-pays’ principle, forces the producer to financially sustain the disposal cost of its products and contributes to steer production toward sustainable products. This principle is based on competition because ‘green’ producers would pay less than their ‘brown’ competitors so their ‘green’ products would cost less than ‘brown’ ones.

In fact, environmental costs associated with managing end-of-life products are borne by producers, who internalize these costs into the selling price of the goods. Consequently, producers get an “incentive” to adopt solutions that reduce waste production, create durable and repairable products, and utilize easily recyclable materials. This approach allows them to incur lower post-consumer management costs and apply competitive product prices, lower than those of competitors facing higher end-of-life costs²¹. In concrete

²¹ The earliest elaborations of the concept of extended producer responsibility date back to studies in the 1990s, in which the thesis of industry responsibility for managing the entire product life cycle was first argued: Lindhqvist, 2000. For an essential legal framework, see: Dell’Anno, 2012; Benvenuti, 2014, 47; Garzia, 2011; Chilosi, 2011; Fise Unire, 2015; Iacovelli, 2021, p. 93; Lucifero, 2023, p. 91.

terms, the greater the chance of a product having a second life – i.e. reusability, recyclability – the lower is the cost of its end-of-life management.

As highlighted by the Italian antitrust authority (AGCM), “competition plays a crucial role in the waste sector by ensuring adequate market outlets for production inputs. These inputs, realized through recycling activities, can replace virgin raw materials, resulting in a clear commercial and competitive advantage. On average, the European manufacturing sector allocates about 40% of its expenditure to purchasing production inputs”²².

Competition has a key role also for the functioning of the EPR schemes. An EPR scheme is “a set of measures taken by Member States to ensure that producers of products bear financial responsibility or financial and organisational responsibility for the management of the waste stage of a product’s life cycle” [article 3(1), n.º 21, Directive 2008/98/EC].

Producers can fulfil their obligations by setting up an organization that pays for the collection, transport and recycling of the products once they have become waste. As known, the EPR principle is based on steering production toward sustainable products, so the competitive dynamics are helpful because allow producers to organise or participate in different EPR schemes, selecting the most effective.

In fact, the legal framework of EPR schemes outlined by European legislator moves to this direction: stimulate competition to open the market up to new operators, internalize environmental costs into product prices, encourage producers to design eco-friendly products, enhance both industrial competitiveness and environmental protection, and facilitate the shift towards a circular economy²³.

²² AGCM, *Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287* about possible proposals to promote competition, for the Annual law for the market and the competition Year 2021, § V, letter B.

²³ “The general minimum requirements should reduce costs and boost performance, as well as ensure a level playing field, including for small and medium-sized enterprises and e-commerce enterprises, and avoid obstacles to the smooth functioning of the internal market. They should also contribute to the incorporation of end-of-life costs into product prices and provide incentives for producers, when designing their products, to take better into account recyclability, reusability, reparability and the presence of hazardous substances” (recital 22, Directive EU 2018/851).

Within this framework, among a range of instruments, Extended Producer Responsibility (EPR) systems emerge as one of the effective tools to activate the competitive leverage. These systems foster a cycle where the environmental impact of production processes is minimized (by using fewer natural resources) and efficient post-consumer resource management aims to recover as many resources as possible.

Competition rules “open” the market to new operators who must compete with existing players. Consequently, they strive to maintain increasingly higher efficiency standards, both economically and environmentally.

EPR systems effectively implement the aforementioned principles by internalizing environmental costs and overseeing post-consumer management. However, operating within a competitive market, they must offer competitive conditions, resulting in improved efficiency standards, including environmental efficiency.

3 “IMPROVING THE PRODUCTION”: THE ENVIRONMENTAL WAY

As seen, according to Article 101(3) TFEU—and the Guidelines of the European Commission – horizontal agreements between undertakings can be compliant with Article 101(1) if “contribute to improving the production or distribution of products”. Furthermore, European Commission qualifies “sustainability agreements” as horizontal agreements that could be compliant with paragraph 3. To this end, it is essential to understand what international and European legislators mean when they look at ‘sustainable’ goals.

The answer seems to lie in the ‘sustainable production’: improving the production also encompasses the redesign of the economy within the limits of the planet. Several international and European norms emphasize this need for an environmentally conscious production.

3.1 SUSTAINABLE PRODUCTION IN THE INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK

Beginning with the international legal framework, Principle 4 of the Stockholm Declaration (1972) asserts that “the conservation of nature, including wildlife, must be given special consideration in economic development planning”. For the first time, it was highlighted the connection between economic development and natural resource protection (STARACE, 1974, p. 50; PINESCHI, 1994, p. 493).

Similarly, Principle 7 of the World Charter for Nature (1982) argues that “In the planning and implementation of social and economic development activities, due account shall be taken of the fact that the conservation of nature is an integral part of those activities”. Article 9 envisages “The allocation of areas of the earth to various uses shall be planned and due account shall be taken of the physical constraints, the biological productivity and diversity and the natural beauty of the areas concerned”.

The concept of “redesign” of the economy emerges for the first time within the Brundtland Report (1987). In particular, points 52, 54, 57, and 60 were dedicated to energy consumption, agricultural production, legal instruments, and eco-design.

With this report, the fourth “R” – economic redesign – powerfully entered international environmental law alongside the classic three R’s: recycling, reuse, and reduction.

The principles 8 and 16 of the 1992 Rio Declaration are very clear regarding the so-called sustainable production (PINESCHI, 1992, p. 705; MARCHISIO, 1992, p. 581; MACHADO, 2002, p. 169). The first principle states that “to achieve sustainable development and a higher quality of life for all people, States should reduce and eliminate unsustainable patterns of production and consumption and promote appropriate demographic policies”. The second principle emphasizes that “National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with

due regard to the public interest and without distorting international trade and investment”.

With over 200 references to sustainable production, Agenda 21 (1992), connected to the Rio Declaration, stands as one of the essential acts legitimizing the shaping of the economy in a green direction²⁴.

Ten years later, paragraph 11 of the Johannesburg Conference (2002) explicitly states that “changing consumption and production patterns and protecting and managing the natural resource base for economic and social development are overarching objectives of and essential requirements for sustainable development”.

Twenty years after the Rio Declaration, point 220 of the “Future We Want” declaration during the Rio+20 Conference (2012) explicitly calls for the promotion of sustainable production models. Goal 12 of the United Nations’ 2030 Agenda for Sustainable Development – aptly titled “Ensure sustainable consumption and production patterns” mentions various tools to achieve sustainable production. These include not only green public procurement but also environmental taxation. The goal further emphasizes the need to rationalize inefficient subsidies for fossil fuels, eliminate market distortions, and progressively phase out harmful existing subsidies.

3.2 SUSTAINABLE PRODUCTION IN EUROPEAN LAW

Even in the case of European law, several are the legal acts that advocate for a shift toward sustainable production.

Briefly, it is possible to systematically categorize them into three main groups: “soft” European law, such as communications, strategies, and action programs that have been particularly numerous in the last five years; “hard” European law, in which we could include various directives from the last few years; “in progress” European law in which sustainable production features in a series of legislative acts that have recently been approved or are close to adoption.

²⁴ See also the chapter N.º 30 dedicated to the enhancement of the industry and the commerce.

In the first group, notable examples include: Communication on integrated product policy (2003)²⁵, Europe 2020 Strategy (2010)²⁶, Sixth (2002), Seventh (2013), and Eighth Environmental Action Plans (2022)²⁷, Bioeconomy Strategy (2018)²⁸, Communication on the Green Deal (2019)²⁹, Biodiversity Strategy (2020)³⁰, Circular Economy Action Plan (2020)³¹, Critical Raw Materials Action Plan (2020)³² and European Industrial Strategy (2020)³³.

The second group should be composed of: Eco-design Directives (2005 and 2009)³⁴, Non-Financial Reporting Directive

²⁵ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament “Integrated Product Policy. Building on Environmental Life-Cycle Thinking” of 18 June 2003, COM(2003) 302.

²⁶ Communication from the Commission, “Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth” of 3 March 2010, COM(2020) 2010.

²⁷ Respectively adopted with Decision N.º 1600/2002/CE of the European Parliament and the Council of 22 July 2002, with Decision N.º 1386/2013/EU of the European Parliament and the Council of 20 November 2013 and with Decision (EU) 2022/591 of the European Parliament and the Council of 6 April 2022.

²⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A sustainable Bioeconomy for Europe: Strengthening the connection between economy, society and the environment” of 11 October 2018, COM(2018) 673.

²⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “The European Green Deal” of 11 December 2019, COM(2019) 640.

³⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “EU Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives” of 20 May 2020, COM(2020) 380.

³¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A new Circular Economy Action Plan. For a cleaner and more competitive Europe” of 11 March 2020, COM(2020) 98.

³² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Critical Raw Materials Resilience: Charting a Path towards greater Security and Sustainability” of 3 September 2020, COM(2020) 474.

³³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A New Industrial Strategy for Europe” of 10 March 2020, COM(2020) 102.

³⁴ Directive 2005/32/EC of the European Parliament and the Council of 6 July 2005 and Directive 2009/125/EC of the European Parliament and the Council of 21 October 2009.

(2014 and 2022)³⁵, Circular Economy Package (2018)³⁶, Single-Use Plastics Directive (2019)³⁷ and Taxonomy Regulation (2020)³⁸.

The third and last group contains proposals that have recently been approved or close to adoption: Regulation extending eco-design requirements to all products³⁹, Packaging Regulation⁴⁰, Due Diligence Directive⁴¹, Green Claims Directive⁴².

All these acts reflect a living European law that strongly leans toward shaping production in an ecologically conscious manner. It implies the need to structurally “green” the treaties (CHITI, 2022, p. 183; BEVILACQUA, 2024).

4 CONCLUSIONS ON SUSTAINABILITY AGREEMENTS

The review conducted in the previous section shows that international and European law contain sufficient indications to conclude that “sustainable production” is a binding and concrete

³⁵ Directive 2014/95/EU of the European Parliament and the Council of 22 October 2014 and Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and the Council of 14 December 2022.

³⁶ Directives 849, 850, 851 and 852 of 2018 already mentioned.

³⁷ Directive (EU) 2019/904 of the European Parliament and the Council of 5 June 2019 on the reduction of the impact of certain plastic products on the environment.

³⁸ Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088. This regulation has been ‘completed’ with Commission delegated regulation (EU) 2021/2139 and 2023/2486 which establish technical screening criteria for determining the conditions under which a specific economic activity is qualified as eco-sustainable.

³⁹ Regulation (EU) 2024/1781 of the European Parliament and the Council of 13 June 2024 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for sustainable products, amending Directive (EU) 2020/1828 and Regulation (EU) 2023/1542 and repealing Directive 2009/125/EC.

⁴⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council of 30 November 2022, COM(2022) 677 on packaging and packaging waste, amending Regulation (EU) 2019/1020 and Directive (EU) 2019/904, and repealing Directive 94/62/EC, approved by the Parliament in April 2024.

⁴¹ Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859.

⁴² Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2024 amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as regards empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and through better information.

objective of the European legal order. Thus, this target should impact the way of producing and, as a consequence, the rulings of competition, in order to move towards a circular economy model within the limits of the planet.

To this end, the clause of “improving the production” – Article 101(3) TFEU – could be read systematically and in conjunction with the cited norms and the finalization of horizontal agreements, especially sustainability agreements, should be implemented. In fact, the improvement could be ecological as well as economic and consumerist. Indeed, international and European law seem to be moving in this direction, not considering competition as an immutable and rigid value.

This ‘new’ interpretation of Article 101 TFEU will greatly depend on the assessment of the national antitrust authorities about horizontal agreements that pursue environmental and sustainable objectives. Many of these authorities have in fact already expanded Article 101 by declaring horizontal sustainability agreements to be in conformity with European antitrust law⁴³.

However, if we focus on “sustainability agreements” as regulated by the Commission, several uncertainties remain on this point. For instance, the Commission considers sustainability agreements to be lawful only if they do not sacrifice the ‘fair share’ referred to in paragraph 1, which, however, still today has an undeniable economic preponderance. In other words, it remains preponderant the mechanism of conditionalities of the Article 101(1) TFEU that privileges the ‘quantitative’ benefits instead of the ‘qualitative’. To this end, some authors remarked that this new kind of agreements should not fall within the field of application of Article 101 TFEU because they are not based on a ‘traditional’ restriction of competition. They try, instead, to prevent the market from failing and generating negative externalities (DOLMANS, 2020; NOWAG; TEORELL, 2020).

⁴³ i.e. Dutch Authority for Competition and the Market (ACM), cases ‘MSC Shrimp Fishery’ and ‘Energy Deal’.

To this end, Article 101 should be amended in order to explicitly include sustainable production. In this light, Article 41 of the Italian Constitution provides is a valid example of the conformation of production and economic activities in favour to sustainability and environmental sustainability.

Anyway, it is possible to conclude that competition is not always a prevailing principle, it can be useful to reach environmental targets, and must be balanced with other primary non-economic interests. Thus, Article 101 and its exemptions should be progressively interpreted in light of the needs of the sustainable production.

REFERENCES

BARATTA, Roberto. Aiuti di Stato e fragilità ambientali: i nuovi orientamenti della Commissione. In: **Diritto e Società**, Napoli, Ed. Scientifica, v. 3, 2022.

BENVENUTI, Sara. Raccolta, gestione e smaltimento dei rifiuti in Italia: la complessità del quadro normativo e del riparto delle competenze. In: FERONI, Ginevra Cerrina (Ed.). **Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra diritto, tecnologia, politica**. Torino: Giappichelli, 2014. p. 59-94.

BEVILACQUA, Dario. **Il green new deal**. Milano: Giuffrè, 2024

CAFAGNO, Maurizio. **Principi e strumenti di tutela dell'ambiente: come sistema complesso, adattivo, comune**. Torino: Giappichelli, 2007.

CARDI, Enzo. **Mercati e istituzioni in Italia: diritto pubblico dell'economia**. V edition. Torino: Giappichelli, 2022.

CASSESE, Sabino (Ed.). **La nuova Costituzione economica**. 6. ed. Roma-Bari: Laterza, 2021.

CELOTTO, Alfonso. Il codice che non c'è: il diritto ambientale tra

codificazione e semplificazione. In: **Giustizia Amministrativa**, Roma, Ed. Consiglio di Stato, v. 3, 2009.

CERBO, Pasquale. Le novità nel codice dell'ambiente. In: **Urbanistica e Appalti**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 12, Fascicolo 5, p. 533-540, 2008.

CHILOSI, Mara. Quali profili di responsabilità per il produttore del bene lungo la filiera di gestione? In: **Ambiente & Sicurezza**, Milano, 8 February 2011, N.º 2.

CHITI, Edoardo. In motu: L'Unione Europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità. In: CONVEGNO AIDAMBIENTE DEL 28 GENNAIO 2022. **Atti...** Napoli: Scientifica, 2022.

D'ALBERTI, Marco. Concorrenza (entry). In: CASSESE, Sabino (Dir.). **Dizionario di Diritto Pubblico**. v. II. Milano: Giuffrè, 2006.

DELL'ANNO, Paolo. Disciplina della gestione dei rifiuti. In: PICOZZA, Eugenio; DELL'ANNO, Paolo (Ed.). **Trattato di diritto dell'ambiente**. v. I. Padova: Cedam, 2012.

DOLMANS, Mauritis. Sustainable competition policy. In: **Competition Law and Policy Debate**, Cheltenham (UK), Ed. Elgar, v. 5, issue 4, p. 4-23, 2020.

FERRARA, Rosario; SANDULLI, Maria Alessandra (Ed.). **Trattato di diritto dell'ambiente**. v. I. Milano: Giuffrè, 2014.

FISE UNIRE - FONDAZIONE PER LO SVILUPPO SOSTENIBILE. La responsabilità estesa del produttore. In: **L'Italia del riciclo**. Roma: FISE UNIRE, 2015.

FONDERICO, Francesco. La "codificazione" del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 3, p. 613-638, 2006.

GARZIA, Giuseppe. La responsabilità e i costi della gestione dei

rifiuti; la responsabilità estesa del produttore. In: GIAMPIETRO, Franco (Ed.). **La nuova disciplina dei rifiuti**. Milano: Khuwer/Ipsa, 2011. p. 129-143.

IACOVELLI, Danila. **Rifiuti e mercato nell'economia circolare**. Torino: Giappichelli, 2021.

ISPRA. ISTITUTO SUPERIORE PER LA PROTEZIONE E LA RICERCA AMBIENTALE. **Rapporto rifiuti urbani**. Roma: Ispra, 2023.

LALLI, A. Concorrenza: disciplina pubblicistica. In: <www.treccani.it>.

LEONARDI, Roberto. La natura giuridica dell'imballaggio terziario rotto: rifiuto o sottoprodotto? In: **Nuove Autonomie**, Napoli, Ed. Scientifica, v. XXV, n. 3, p. 419-435, 2016.

LEONARDIS, Francesco de. Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici: verso uno stato circolare? In: **Diritto amministrativo**, Milano, Ed. Giuffrè, Anno XXV, Fascicolo N.º 1, p. 163-207, 2017.

LEONARDIS, Francesco de. Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost. In: **Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente**, Napoli, Ed. Scientifica, n. 1, 2020.

LEONARDIS, Francesco de. **Lo stato ecológico**. Torino: Giappichelli, 2023.

LEMME, Giuliano (Ed.). **Diritto ed economia del mercato**. Padova: Cedam, 2014.

LIBERTINI, Mário. Concorrenza (entry). In: **Enciclopedia del Diritto**: Annali III. Milano: Giuffrè, 2010.

LIBERTINI, Mário. **Diritto della concorrenza dell'Unione Europea**. Milano: Giuffrè, 2014.

LIBERTINI, Mário. Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale. In: **Contratto e Impresa**, Padova, Ed. Cedam, v. 39, n. 1, p. 54-87, 2023.

LINDHQUIST, Thomas. **Extended producer responsibility in cleaner production**: policy principle to promote environmental improvement of product system. The International Institute for Industrial Environmental Economics (IIIEE). Lund: Lund University, 2000.

LUCIFERO, Nicola. Economia circolare e prodotti alimentari: l’etichettatura ambientale nel sistema delle fonti del diritto europeo e interno. In: GARDINI, Silia (Ed.) **Il Diritto dell’Economia**: percorsi di circolarità, tra Diritto ed Economia, Reggio Calabria, Ed. Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, numero speciale, p. 91-123, aprile 2023.

MOLITERNI, Alfredo. Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal: il caso dei “sustainability agreements”. In: **Giornale di Diritto Amministrativo**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 3, p. 354-364, 2021.

PEZZOLI, Andrea. Come era verde il mio cartello. In: **Analisi Giuridica dell’Economia**, Bologna, Ed. Il Mulino, n. 1, p. 327-225, gennaio-marzo 2022.

PICOZZA, Eugenio; DELL’ANNO, Paolo (Ed.). **Trattato di diritto dell’ambiente**. v. I. Padova: Cedam, 2012.

PINESCHI, Laura. La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo. In: **Rivista Giuridica dell’Ambiente**, Napoli, Ed. Scientifica, fascicolo 3, 1992.

PINESCHI, Laura. Tutela dell’ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992). In: **Rivista Giuridica dell’Ambiente**, Napoli, Ed. Scientifica, v. 3-4, p. 493-513, 1994.

PORCHIA, Ornella. Aiuti di stato in materia ambientale e competenze regionali. In: **Il diritto dell’Unione Europea**, Torino,

Ed. Giappichelli, v. 14, n. 4, dicembre 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Nuove strade dopo Rio e Stoccolma. In: **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, Napoli, Ed. Scientifica, fascicolo 1, p. 169-177, 2002.

MARCHISIO, Sergio. Gli atti di Rio nel diritto internazionale. In: **Rivista de Diritto Internazionale**, Milano, Ed. Giuffrè, fascicolo 3, p. 581-621, 1992.

MARINO, Silvia. La tutela ambientale nella politica dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato. In: **Il diritto dell'Unione Europea**, Torino, Ed. Giappichelli, Fascicolo 1, p. 43-71, 2021.

NOWAG, Julian; TEORELL, Alexandra. Beyond balancing: sustainability and competition law. In: CANIVET, Guy et al. **Sustainability and competition law, concurrences**. London-Paris-New York, 2020.

ROSSI, Giampaolo (Ed.). **Diritto dell'ambiente**. V edition. Torino: Giappichelli, 2021.

STARACE, Vincenzo. Recenti sviluppi della cooperazione internazionale in materia di protezione dell'ambiente. In: **La Comunità Internazionale**, Padova, Ed. Cedam, 1-2, p. 50-62, 1974.

Recebido em: 15-11-2024

Aprovado em: 18-1-2025

SOBRE LA ADAPTACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO A LOS REQUERIMIENTOS DEL PAISAJE, DEL PATRIMONIO CULTURAL, DE LAS “INFRAESTRUCTURAS VERDES” Y DEL “TERRITORIO CIRCULAR”: UNA PROPUESTA DE EVOLUCIÓN EN EL PARADIGMA SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: DE LOS PLANES A LA GESTIÓN TERRITORIAL¹

Jorge Agudo González²

RESUMEN

Los compromisos más modernos a nivel europeo muestran nuevos vectores de acción que inciden sobre el territorio –paisaje, patrimonio cultural, “infraestructuras verdes” y “territorio circular”– y que de forma sobrevenida condicionan cómo concebir la ordenación del territorio. Sin embargo, la ordenación del territorio no ha

¹ **Como citar este artículo científico.** AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Sobre la adaptación de la ordenación del territorio a los requerimientos del paisaje, del patrimonio cultural, de las “infraestructuras verdes” y del “territorio circular”: una propuesta de evolución en el paradigma sobre la ordenación del territorio: de los planes a la gestión territorial. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 121-181, jan.-abr. 2025.

² Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: jorge.agudo@uam.es

evolucionado al mismo ritmo y sigue anclada en un paradigma que, en buena parte de España, no ha logrado implantarse con efectividad. En este trabajo se pretende hacer una propuesta de reforma que implica un cambio significativo en el sentido en que la ordenación del territorio ha sido trasladada a las legislaciones y planes en la materia. Esta propuesta tiene tres ejes: (1) el territorio es un patrimonio complejo con valores inherentes de distinta naturaleza e intensidad merecedores de una protección multinivel y multiescalar, integradora e integral; (2) la ordenación del territorio debe concebirse como un proceso iterativo articulado mediante un modelo territorial flexible y dinámico, pero siempre orientado por las líneas estratégicas que definen al sistema territorial; y (3) la competencia no se articula necesariamente con planes y está abierta a la directa e inmediata gestión territorial; la coherencia del sistema territorial se debe lograr mediante una concepción cooperativa y coordinada de las políticas territoriales.

Palabras Clave: ordenación del territorio; gestión territorial; coordinación; acción multinivel y multiescalar; paisaje; patrimonio cultural; infraestructuras verdes; economía circular.

ABSTRACT

The most modern commitments at the European level show new paths of action that affect the territory –landscape, cultural heritage, “green infrastructures” and “circular territory”– and at same time condition how to conceive the territorial planning. However, the territorial planning has not evolved at the same pace and remains anchored in a paradigm that, in a large part of Spain, has not managed to be implemented effectively. In this work a proposal for reform is posed which implies a significant change in the sense in which the territorial policies have been ruled by the legislative. This proposal has three axes: (1) the territory is a complex heritage with inherent values of different nature and intensity that deserve multi-level and multi-scale, integrative and comprehensive protection; (2) territorial planning should be conceived as an iterative process expressed through a flexible and dynamic territorial model, but always guided by the strategic lines that define the territorial system; and (3) the power is not necessarily executed with plans and is open to direct and immediate territorial management; the coherence of the territorial system should be achieved through a cooperative and coordinated conception of territorial policies.

Keywords: territorial planning; territorial management; coordination; multi-level and multi-scale action; landscape; cultural heritage; green infrastructures; circular economy.

SUMARIO: I Introducción. Diagnóstico sobre el estado de la ordenación del territorio en España. II Exposición de los cambios en el paradigma. II.1 Justificación general de la propuesta. II.2 Análisis de las tres bases en las que se fundamenta la propuesta. II.2.1 Un cambio en la concepción del territorio como objeto de la competencia. 2.2 Un cambio en la formulación y materialización de las políticas del territorio. II.2.3 La estrategia regulativa para la formulación de las bases del sistema territorial. II.2.2.4 El desarrollo y la gestión de la ordenación territorial. II.2.2.5 La integración coherente del sistema: la coordinación y el control. II.3 Un cambio a nivel organizativo y procedimental. III. Conclusiones. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN. DIAGNÓSTICO SOBRE EL ESTADO DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN ESPAÑA

I.1

Hace quince años se hizo esta afirmación: “En la actualidad en la mayor parte de nuestro territorio la ordenación del territorio no ha llegado a ser relevante en términos político-administrativos.” (AGUDO GONZÁLEZ, 2010, p. 46). Esa valoración reiteraba la de otros expertos en la materia (en concreto, MATA OLMO, 2005, p. 18; o HILDEBRAND SCHEID, 2006: 98 y ss.) y estaba fundada en evidencias palmarias³. En la actualidad, las valoraciones de quienes mejor se han expresado sobre esta cuestión son sorprendentemente similares (véase RANDO BURGOS, 2017, p. 76, 170 y 872; VAQUER-CABALLERÍA, 2023, p. 673 y ss.)⁴. A mi juicio, este

³ Me refiero al bajo porcentaje de superficie ordenada por planes regionales –directrices, estrategias...– y por planes subregionales –incluidos los sectoriales–, a la disparidad de esa superficie entre CCAA o a las CCAA con leyes en la materia desde hace décadas, pero sin planes aprobados.

⁴ Y ello, a pesar de que no se puede negar la existencia de avances, fundamentalmente, en el número de instrumentos de planeamiento aprobados, aunque no así en la faceta de gestión territorial. El estudio más actualizado a este respecto en Rando Burgos (2024). Este diagnóstico contrasta con el interés por la ordenación del territorio que se detecta en Iberoamérica tomando como referente a España: Rincón Córdoba y Cabezas Manosalva (2020), Zegarra Valdivia (2023) o Lora-Tamayo Vallvé y Vaquer-Caballería (2024).

diagnóstico negativo se puede explicar con base en tres grupos de razones (en gran medida estos argumentos estaban ya en AGUDO GONZÁLEZ, 2009; AGUDO GONZÁLEZ, 2010):

- I. los derivados de la relación entre la ordenación del territorio (OT) y el urbanismo, así como de la actitud de las Administraciones territoriales competentes en estas materias:
 - i. **el problema de la imitación.** La configuración de la OT como función pública se produjo tomando como referente principal al urbanismo⁵ –sin olvidar a la planificación económica– y, sobre todo, asumiendo al planeamiento como instrumento jurídico fundamental⁶. Este efecto imitación ha tenido como consecuencia la formulación de sistemas de planeamiento territorial jerarquizados, rígidos y estáticos que, a imagen y semejanza del urbanismo, han pretendido diseñar un retrato anticipado del territorio, como si éste no estuviera sujeto a dinámicas de cambio de gran intensidad y recorrido;
 - ii. **el problema del solapamiento y de la acumulación de ordenaciones.** Tener como objeto un espacio físico coincidente con el ordenado por unos instrumentos urbanísticos fuertemente consolidados, generó las reticencias del municipalismo frente a las limitaciones derivadas de los sobrevenidos instrumentos territoriales⁷. La eventual imposición de limitaciones que pudiera afectar a la autonomía local constitucionalmente garantizada incentivó la

⁵ El continuismo entre política territorial y ordenación urbanística fue puesto de manifiesto por Parejo Alfonso (1996, p. 177).

⁶ Por no hablar de la emulación del urbanismo con instrumentos que se pueden calificar como manifestaciones de un auténtico “urbanismo autonómico” o “supramunicipal”. Véanse, Agudo González (2011), Vaquer-Caballería (2012) o Menéndez Rexach (2016).

⁷ Baño León (2020, p. 7) lo expresa perfectamente: “durante décadas el Plan General constituyó la única ordenación territorial del municipio, desconectado de los municipios limítrofes y de una visión integral del territorio, que fue sustituida por la planificación sectorial de cada Ministerio y a la que se sumó después de la Constitución la planificación sectorial de cada Comunidad Autónoma”.

judicialización de la defensa de las competencias municipales (un análisis de la cuestión ya en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2005, p. 46 y ss.; y en AGOUÉS MENDIZABAL, 2007, p. 362 y ss.);

- iii. **el problema de la suplantación.** La sustitución del ejercicio de las funciones que se han considerado estrictamente territoriales –como aprobar planes– por las que también pueden ejercer las CCAA al aprobar definitivamente los planes urbanísticos –con el control sobre cuestiones de relevancia supramunicipal, limitando la discrecionalidad municipal–, o bien mediante la emisión de informes preceptivos –en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos– han contribuido a potenciar una toma de decisiones que, si bien tiene trascendencia territorial, fomenta un enfoque sectorizado y fragmentado del territorio al margen de cualquier visión sistemática;

II. los basados en la definición misma de la OT como una competencia horizontal que ha de considerar necesariamente las decisiones concernientes a otras políticas sectoriales con incidencia territorial:

- i. **el problema de la coordinación.** La aptitud de integralidad e integración de todas las decisiones sectoriales con incidencia territorial convierte a la OT en una materia cuya finalidad fundamental es establecer un sistema territorial coherente. A las CCAA les corresponde coordinar sobre el espacio físico todas las decisiones de competencia propia o ajena con incidencia territorial⁸. Esta vocación coordinadora materializada fundamentalmente mediante planes ha sido, sin embargo, la expresión más palpable de la incapacidad de la OT para conformar un sistema territorial definitivo. A la complejidad en

⁸ La jurisprudencia del TC estableció esa visión de la OT como materia competencial de carácter global, transversal e integrador, que coordina soluciones coherentes en el territorio, pero que en ningún caso puede usurpar competencias ajenas (SSTC 77/1984, 56/1986, 149/1991, 36/1994, 28/1997, etc.).

sí misma de este objetivo, se le añaden las reticencias mostradas a la colaboración interadministrativa tanto por otras Administraciones con competencias compartidas o propias –como ya he señalado, fundamentalmente las CCLL–, como por otros departamentos de la Administración autonómica –tradicionalmente las del ramo de las obras públicas e infraestructuras–, que no encuentran en la OT un acicate, sino una fuente de condicionantes y limitaciones;

- ii. **el problema de la complejidad y la dimensión de las materias a considerar.** La OT se enfrenta al reto mayúsculo de diagnosticar y considerar una compleja realidad y una prolífica normatividad sobre múltiples cuestiones. Lo que se ha demandado del planeamiento territorial es nada menos que darnos certidumbres sobre cómo debe ser una realidad que, sin embargo, es compleja e intrincada y sobre la que difícilmente podemos tener una visión de futuro cerrada⁹. Por esto mismo, la composición del sistema territorial que corresponde “armar” a la OT se antoja una misión casi imposible, salvo que admitamos –como parece ser la impresión general sobre la materia–, que el valor añadido que puede aportar la OT se limita a concebir al territorio como un espacio donde se sobreponen y yuxtaponen planes y actuaciones diversas;
- iii. **el problema de la falta de sincronía espacio-temporal.** La experiencia demuestra que el tiempo que requiere conformar un sistema coherente y completo de las políticas sectoriales con incidencia territorial es especialmente largo. Tanto es así, que no ha sido infrecuente que, tras años de tramitación de diferentes planes territoriales, o

⁹ La realidad a la que se enfrenta la OT está trufada de problemas que, desde la ciencia política y el *management* público, han sido calificados con la expresión inglesa *wicked problems* (LONGO MARTÍNEZ, 2019, p. 56). Son muchas actuaciones de distintas Administraciones, muchas decisiones enormemente complejas y no necesariamente compatibles, nuevos aspectos sobrevenidos a considerar desde perspectivas diversas y originales, una exigencia de conocimientos extremadamente amplia... Todo esto lleva a pensar si, como parece que se le exige a la OT, podrá “componer” un sistema territorial coherente, cerrado y definitivo en un escenario de esas características.

bien ni siquiera sean aprobados, o bien los diagnósticos realizados quedan desactualizados de modo que, en caso de servir de soporte a un plan finalmente aprobado, provocan su tendencial inoperatividad por no ser representativos de las necesidades o de los intereses actuales sobre el espacio físico ordenado. Lo mismo ocurre cuando, a pesar de una diligente tramitación, los planes aprobados no son desarrollados por otros planes territoriales subregionales o sectoriales, o bien no son trasladados a la práctica con la aprobación de otros instrumentos de gestión o ejecución, o bien estos son aprobados transcurridos muchos años;

- iv. **el problema del carácter dinámico y cambiante de las políticas que inciden sobre el territorio.** Las necesidades sobrevenidas que afectan al territorio son constantes. La aprobación de un plan territorial pudiera hacer creer que las bases del sistema están ya acabadas. Sin embargo, sucede con mucha frecuencia que una nueva normativa es aprobada reclamando de la OT una nueva intervención que desbarata lo conseguido con la aprobación un plan regional o subregional. Todo ello genera esa sensación de que a la OT le corresponde un papel vicarial, un instrumento para “buscar espacios” para distintas políticas sectoriales¹⁰. Pocas acciones públicas no tienen incidencia territorial, de modo que la OT está condenada a existir en continuo ajuste¹¹. Ante este problema de encaje y adaptación, la rigidez con que hemos concebido al planeamiento territorial explica que, frente a las novedades, muchas veces no se opte por un planteamiento integrador que

¹⁰ Recientemente esto ha sucedido con la Directiva (UE) 2023/2413 por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE, en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables (Cdo. 27º).

¹¹ Se debe a Brendon MacKaye la definición de planificación como un binomio entre: “(1) la formulación exacta de los deseos propios —el conocimiento específico de qué es lo que queremos—; y (2) la revelación exacta de los límites y las oportunidades que la naturaleza nos impone y que heredamos de ella”. Esta concepción está en crisis. El planeamiento territorial se encuentra en un desequilibrio constante entre el sistema idealizado plasmado en el papel y una realidad que se sobrepone continuamente a nuestros deseos.

exigiría reabrir la alteración del plan vigente y que tanto costó aprobar, sino por establecer una ordenación propia y singular que acumula al plantel existente una nueva serie de instrumentos de ordenación y de gestión. Apostamos por la inflación normativa y de instrumentos jurídicos, pero no por su debida integración¹², fomentando así la aprobación de planes sectoriales y de proyectos singulares que contribuyen a la fragmentación de la ordenación territorial;

a. el problema de la desidia y de la cesión. La suma de dificultades, pero también una evidente falta de interés explica que, en algunas CCAA, a pesar de contar con leyes en la materia desde hace décadas, no se haya aprobado ni un solo plan territorial. En otras esos planes pueden estar en tramitación o, a lo sumo, se ha aprobado un plan regional. Salvo Canarias, Baleares, Cataluña, País Vasco y Andalucía¹³, el resto del país no tiene un nivel de implantación suficiente (el estado de la cuestión más completo en RANDO BURGOS, 2017, p. 154 y ss.). Ante esta omisión, la aprobación autonómica de planes sectoriales con incidencia territorial ha contribuido a que, en última instancia, estos otros planes se impongan e impidan cualquier ideación sobre un sistema territorial. La OT termina cediendo;

¹² El mejor ejemplo ha sido lo sucedido con el Convenio Europeo del Paisaje. Han pasado más de 15 años de su entrada en vigor en España y su trascendencia práctica no puede decirse que sea la esperada. La experiencia inicial en Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana o Cantabria así lo corrobora. De una forma deficiente, a mi juicio, el legislador autonómico abordó estas cuestiones siguiendo el modelo tradicional, conformándose con añadir a la enorme dispersión normativa de las leyes sobre OT otra generación de leyes de ordenación paisajística. Con posterioridad, Comunidades como la Valenciana han evolucionado en esa *vis* integradora, pero otras permanecen en el error o ni siquiera han tomado iniciativa alguna.

¹³ No obstante, cualquiera que haya tenido que trabajar en la materia en alguna de estas CCAA, habrá conocido los problemas jurídicos derivados de un sistema de ordenación tan complejo y que siempre da la sensación de no ser definitivo. Véase Agudo González (2009) sobre la experiencia en Canarias.

III. los derivados de las consecuencias del protagonismo del planeamiento en la OT:

i. **el problema de la ordenación jerarquizada y en “cascada”.** Tras varias generaciones de leyes en la materia, la OT se sigue identificando con planificación territorial. El sistema de ordenación territorial se ha concebido como una cadena normativa que comienza con la ley general y los planes regionales y llega hasta el plan más específico, por razón de la materia o del espacio regulado, a nivel subregional. Cuando, por fin, los planes regionales son aprobados, una constante que se observa en casi todas las CCAA es que se demoran en exceso –cuando llega a suceder– la aprobación de los planes de desarrollo necesarios para otorgar eficacia práctica a los primeros. La no aprobación de esos planes genera una evidente sensación de que la OT nunca se agota y, por ello, de que nunca llega a establecer unas reglas del juego estables y definitivas. En fin, la ordenación en “cascada” que prevén las leyes autonómicas y la rigidez en la aprobación, desarrollo y gestión de los planes territoriales –todos estos elementos interrelacionados–, son base para la ineficacia del sistema de planeamiento ya por omisión en la misma aprobación de los sucesivos planes, ya en el desarrollo y ejecución de los planes aprobados;

ii. **el problema de las relaciones de los planes territoriales entre sí y de estos con los planes sectoriales.** Acabo de señalar que los planes territoriales se ordenan de forma jerarquizada. Esta afirmación es en términos generales correcta, pero encuentra excepciones y matizaciones relevantes. Esa jerarquía puede ser condicionada en función de distintos datos como la eficacia de las determinaciones de planeamiento, el tipo de contenidos de los planes, el hecho de que los planes desarrollen o no otros planes superiores, o bien por excepciones derivadas de disposiciones incorporadas por distintas normas

legales¹⁴. También genera problemas jurídicos la relación entre los planes territoriales y otros planes sectoriales. Esto es especialmente trascendente en relación con los planes de protección ambiental de espacios naturales respecto de los que se proclama su prevalencia general frente a los territoriales y urbanísticos¹⁵. Sin embargo, y respecto a esta cuestión, sigue siendo llamativa la escasa imbricación de los planes ambientales con los planes territoriales, advirtiéndose la tendencia a un cierto “reparto” del territorio (MATA OLMO, 2005, p. 77), como si en estos aspectos los planes territoriales no jugaran la función de coordinación que les caracteriza;

- iii. **el problema de la adaptación y actualización de los planes territoriales.** La modificación y revisión de los planes ya aprobados se somete a los mismos problemas que su aprobación original. Cuatro generaciones de leyes en la materia y seguimos aceptando que la OT es una política en eterna construcción que, por su propia idiosincrasia, está en constante diagnóstico y en obligada y sobrevenida adaptación, con cadenas de planes que nunca terminan de aprobarse y que, cuando lo hacen, son rápidamente superados por los acontecimientos;¹⁶

¹⁴ Todas estas cuestiones en Agudo González (2009, p. 297-298) en relación con Canarias.

¹⁵ Así, en general, en el art. 2.f) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y específicamente para los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, en el art. 19.2.

¹⁶ Incluso el propio legislador autonómico ha pretendido contribuir a esa desactivación. Y no me refiero a la aprobación de nuevas leyes con incidencia territorial, sino a ejemplos que lamentablemente sufrimos hace algunos años de actuaciones de interés regional, muy “dudosas” desde el punto de vista de la sostenibilidad territorial. Esos (macro)proyectos fueron aprobados mediante normas con rango de ley por varias CCAA rompiendo cualquier planteamiento integral e integrador. La ley posterior de aprobación del proyecto venía a modificar y excepcionar a la ley general en la materia y, en su caso, al plan regional –generalmente aprobado por ley–. En cualquier caso, aunque por motivos distintos y bien conocidos, el TC se encargó de desactivar esas iniciativas. Al respecto, véase Agudo González (2011).

- iv. **el problema de la eficacia de las determinaciones de los planes territoriales.** Frente a la eficacia vinculante que caracteriza a las normas jurídicas, los planes territoriales han matizado su eficacia en función de sus contenidos. Estos planes pueden incluir desde determinaciones con eficacia propia de las normas vinculantes, a otras con el carácter de directrices o de puras recomendaciones. Esto que en un principio hubiera podido contribuir a dar flexibilidad y dinamismo a la ordenación territorial, se convirtió en un problema cuando algunas entidades municipales, lejos de dejarse guiar por las buenas recomendaciones, optaron por esquivarlas. Así pues, la eficacia variable ha contribuido también a la desconsideración de los planes aprobados.

I.2

En los últimos veinticinco años, los geógrafos—sin desmerecer a expertos de otras disciplinas, aunque no tanto a los juristas, muchas veces acomodados en el paradigma—, han puesto de relieve de qué modo diferentes avances jurídicos y políticos de distinta índole a nivel internacional han incidido en el paradigma vigente sobre la OT. Esas novedades afectan a elementos fundamentales como la concepción misma de qué es el territorio o al modo de abordar su ordenación y una gestión integral e integradora.

Sin perjuicio de otros antecedentes, el replanteamiento acerca del modo de afrontar la ordenación y la gestión del territorio se podría convenir que tuvo uno de sus primeros hitos, y sobre todo uno de los más influyentes, en la Estrategia Territorial Europea de 1999 (ETE). Después de la ETE se han ido sucediendo otras proclamaciones fundamentales, pero lo relevante es que, en todos ellos, el objetivo de un territorio sostenible es un elemento imprescindible. Desde luego ese objetivo se acopla perfectamente con varios ODS de la Agenda 2030 y, particularmente, con el ODS 15¹⁷, pero también

¹⁷ ODS 15. Vida de ecosistemas terrestres: “Gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras, detener la pérdida de biodiversidad”.

conecta con los ODS 6¹⁸ y 11¹⁹, sin perjuicio de los relacionados con el cambio climático o la eficiencia energética. También es inherente a los compromisos de la Nueva Agenda Urbana de Naciones Unidas y de la Agenda Urbana de la Unión Europea que ejemplifican bien los planteamientos integrados de la sostenibilidad ambiental, social y económica. Igualmente, es parte fundamental de las metas del Pacto Verde Europeo (2019) que incorpora objetivos relacionados con la biodiversidad²⁰ o la agricultura sostenible²¹, entre otros con incidencia territorial en la línea de los ODS. Y lo mismo sucede con el VIII Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente de la UE²² que incluye entre sus objetivos prioritarios (art. 2.2) “la protección, conservación y recuperación de la biodiversidad” (letra e), así como otros similares a los ya mencionados.

Un dato interesante que se deriva de todas estas iniciativas es que la sostenibilidad del territorio se procura poniendo en valor espacios a los que tradicionalmente no se les ha prestado atención, así como fomentando mecanismos de actuación que van más allá de las técnicas tradicionales basadas en las declaraciones de espacios y lugares protegidos y/o en los instrumentos de planeamiento. A mi juicio, esta apreciación se pone de relieve claramente en varios instrumentos y compromisos a nivel europeo.

En primer lugar, se observa bien en el Convenio Europeo del Paisaje (CEP) (Consejo de Europa, 2000) orientado a la valorización del territorio en su conjunto a través de la gestión territorial de paisajes no necesariamente significativos, sino también cotidianos

¹⁸ ODS 6. Agua limpia y saneamiento: “Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”; Meta 6.6 “proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos”.

¹⁹ ODS 11. Ciudades y comunidades sostenibles: “Lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles”; Meta 11.4 “Redoblar los esfuerzos para proteger y salvaguardar el patrimonio cultural y natural del mundo”.

²⁰ Plasmados ya en el Reglamento 2024/1991, de 24 de junio, relativo a la restauración de la naturaleza.

²¹ La Política Agrícola Común (PAC) para el período 2023-2027 se caracteriza por fomentar la contribución de la agricultura a los objetivos medioambientales y climáticos de la UE.

²² Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento y del Consejo, de 6 de abril de 2022, relativa a un Programa General de Acción de la UE en materia de Medio Ambiente hasta 2030.

o degradados (al respecto, los trabajos de ZOIDO NARANJO, 2001; o MATA OLMO, 2006. Entre los juristas, también LASAGABASTER HERRARTE; LAZCANO BROTONS, 2004; FABEIRO MOSQUERA, 2006; y AGUDO GONZÁLEZ, 2007). Igualmente, debo citar, aunque está íntimamente vinculado con el CEP, la trascendencia territorial del “patrimonio cultural” (véanse BIELZA DE ORY; MIGUEL GONZÁLEZ, 1997; MARTÍNEZ YÁÑEZ, 2008). Tras su formulación original en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO (1972), la definición más reciente del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el valor del Patrimonio Cultural para la Sociedad (Faro, 2005), presenta una visión que permite concebir al territorio como un patrimonio cultural complejo²³.

Del mismo modo, también es fundamental la noción de “infraestructuras verdes” de la Estrategia de la Unión Europea sobre Biodiversidad de la Comisión Europea (2011). Esta estrategia constituye un impulso clave hacia un modelo protector de la matriz territorial a través de la conectividad, los servicios ambientales y la restauración de los ecosistemas degradados (MULERO MENDIGORRI, 2017; y VERA REBOLLO; OLCINA CANTOS; SANZ-PARDO TRUJILLO, 2019. Entre los juristas, véase GARCÍA GARCÍA, 2022; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, 2023; GARCÍA URETA; SORO MATEO, 2023; o URIARTE RICOTE; LOZANO CUTANDA; SANZ RUBIALES, 2024). El último concepto que se adhiere a este listado es el de “economía circular”.

Tanto los ODS 9 o 12, como el Pacto Verde Europeo (2019)²⁴ o el VIII Programa de Acción de la UE incluyen objetivos relacionados con la evolución hacia una economía circular. Las políticas “circulares” también se concretan en una noción como la de “territorio saludable”²⁵, que promueve el empleo de las sinergias

²³ Muy recomendable, para una visión completa, el trabajo de Silva Pérez y Fernández Salinas (2017), así como el de Cañizares Ruiz (2017).

²⁴ La Comisión Europea adoptó el Plan de Acción para la Economía Circular (PAEC) en marzo de 2020.

²⁵ La terminología es de la Estrategia Local de Economía Circular elaborada por la FEMP que incorpora un Eje temático 4 “Espacios y conductas saludables” que acoge las políticas sobre “territorios circulares” con medidas como el “fomento del desarrollo rural sostenible”. No obstante, también está muy presente en la Agenda

presentes en el territorio para el aprovechamiento sostenible de los recursos.

Al lector atento no se le escapará que las exigencias mencionadas no son una novedad en la OT. Sin embargo, el estado de la cuestión sigue siendo pobre. Allí donde se han adoptado iniciativas legislativas o de planificación con esa orientación, generalmente han sido abordadas de forma sectorial y fragmentaria –lejos del ideal integrador de la OT– y, en todo caso, se encuentran en un estado inicial –lo que lleva a pensar que su aplicación efectiva se demorará años–. Por esta razón, las esperanzas en que la OT, tal cual la venimos concibiendo en la actualidad, sea capaz de seguir haciendo lo que ha venido haciendo y tener éxito en objetivos vinculados a la ordenación paisajística, cultural, de la biodiversidad y de la “circularidad” del territorio no parece muy probable.

Pensemos, en primer lugar, en las obligaciones relativas a caracterizar y evaluar el territorio con indicadores de paisaje. Las obligaciones del CEP están vigentes en España desde 2008, sin embargo, los estudios consultados nos sitúan en un escenario prometededor en lo prospectivo y decepcionante en lo vigente (véase, por ejemplo, ZOIDO NARANJO, 2014; y LÓPEZ SÁNCHEZ; TEJEDOR CABRERA; LINARES GÓMEZ DEL PULGAR, 2020). Más aún sucede con los impactos sobre el patrimonio cultural (puede consultarse MANERO MIGUEL; GARCÍA CUESTA, 2016), aunque aquí la entrada en vigor del Convenio de Faro en España sea bien posterior (2022). Qué decir entonces en relación con las “infraestructuras verdes” que, como categoría, es reciente, si bien es cierto que sus objetivos son tan antiguos como la Red Natura 2000.

En cualquier caso, recurrir al planeamiento territorial para establecer medidas orientadas a fortalecer la conectividad, los servicios ambientales y la restauración de ecosistemas es un propósito que todavía tiene poca trascendencia real (al respecto, sobre la integración de las “infraestructuras verdes” en la OT, ver ELORRIETA SANZ; OLCINA CANTOS, 2021; PRIETO CERDÁN, 2021; VERA REBOLLO; OLCINA CANTOS; SANZ-

Urbana Española que incorpora un Objetivo Estratégico 1: “Ordenar el territorio y hacer un uso racional del suelo, conservarlo y protegerlo”.

PARDO TRUJILLO, 2019). Por último, la realidad de lo que podemos denominar como “territorios saludables” es un compendio del decepcionante estado de los tres anteriores ámbitos. El modelo de economía circular está orientado a la búsqueda del bienestar de la población rural en un marco de gestión sostenible de los recursos naturales y de la preservación de los recursos paisajísticos y culturales y, por tanto, los desafíos a abordar en esos otros ámbitos son los retos pendientes de la “circularidad” del territorio.

I.3

Las consideraciones hechas hasta ahora deberían movernos a una reflexión. A mi juicio, el paradigma vigente sobre la OT está lejos de poder abordar los retos del territorio que exigen el paisaje, el patrimonio cultural, las “infraestructuras verdes” y la economía circular: cómo concebir jurídicamente al territorio ha sufrido un cambio tan drástico en comparación con su entendimiento clásico, que cómo abordar su ordenación y gestión no parece que sea factible haciendo lo mismo que recurrentemente se ha previsto en las leyes de las CCAA. Ahora que hay quienes abogan por un cambio de modelo en el urbanismo²⁶, no es un mal momento para reivindicar lo mismo para la OT y, por qué no, plantear una visión integradora entre la ordenación urbanística y la territorial.

II EXPOSICIÓN DE LOS CAMBIOS EN EL PARADIGMA

II.1 JUSTIFICACIÓN GENERAL DE LA PROPUESTA

II.1.1

He afirmado que las iniciativas a nivel europeo asumen una concepción del territorio que yo calificaría de renovada y distinta,

²⁶ Desde el mundo del Derecho reflexiones interesantes en Vaquer-Caballería (2016) y Baño León (2020). Desde la Geografía, véase Benabent Fernández de Córdoba (2019).

que pone el foco en elementos territoriales de múltiple naturaleza, de diferente calidad, de variada dimensión... La atención sobre esos elementos conlleva como consecuencia que el territorio no se puede ordenar y gestionar desde dualismos excluyentes como lo regional/supramunicipal *versus* lo local, lo sobresaliente *versus* lo ordinario, lo territorial *versus* lo sectorial, etc. Las razones para esta afirmación están íntimamente vinculadas con la trascendencia de los retos que afectan al territorio y que son abordadas en aquellas iniciativas.

A la vista de esas iniciativas y del estado de la cuestión en España, se puede afirmar que la OT ha de asumir retos de tal dimensión y complejidad que cabe dudar de sus capacidades reales como política pública para abordarlos con efectividad. Si hasta ahora no se ha podido/sabido/querido cumplir con los fines de la OT en buena parte del país, nos podemos preguntar si podrá coordinar, integrar y dar coherencia a todo un sistema territorial bajo la influencia de los desafíos que nos depara el futuro inmediato (reflexiones en este sentido ya en AGUDO GONZÁLEZ, 2007; AGUDO GONZÁLEZ, 2019).

II.1.2

El objeto de este estudio es plantear una renovación del paradigma que mayoritariamente se asume sobre la OT. A continuación, se exponen los tres aspectos clave sobre los que se articulará la propuesta²⁷ para los que, primero, se sintetiza el paradigma vigente y, segundo, se contrasta con el cambio propugnado:

- 1) en cuanto a la **concepción del territorio como objeto de la competencia**:
 - *paradigma vigente*: el territorio es el escenario físico en el que se deben materializar las decisiones con relevancia territorial adoptadas a todos los niveles administrativos;

²⁷ Todo lo que se expresa aquí tuvo su origen en los trabajos en los que tuve el honor de participar para la redacción del malogrado Anteproyecto de Ley de ordenación del territorio y del paisaje de Castilla-La Mancha, bajo la dirección del profesor Mata Olmo (años 2017/2018).

- *propuesta*: el territorio es un patrimonio complejo con valores inherentes de distinta naturaleza e intensidad merecedores de una protección multinivel y multiescalar, integradora e integral;

2) respecto a la **formulación de las políticas de OT**:

- *paradigma vigente*: procuran un sistema territorial para el que se adopta una ordenación cerrada y definitiva. El sistema territorial así “diseñado” se basa en un diagnóstico adoptado en un momento concreto y es sucesivamente plasmado en un proceso lineal *top-down* de planes que debe materializar el sistema “pensado”;
- *propuesta*: establecen un modelo territorial flexible y dinámico, adaptable a nuevas necesidades y problemas, con líneas estratégicas que definen el sistema territorial y que dirigen teleológicamente todas las acciones con incidencia en el territorio. La OT se concibe como un proceso iterativo que aporta soluciones adaptables y mejorables;

3) sobre la **materialización de las competencias de OT**:

- *paradigma vigente*: la competencia se ejerce en un marco de coordinación administrativa que se plasma casi exclusivamente en planes que tienen la finalidad de organizar la yuxtaposición de los intereses propios de cada Administración territorial;
- *propuesta*: la competencia no se articula necesariamente con planes y está abierta a la directa e inmediata gestión territorial; la coherencia del sistema territorial se logra mediante una concepción consensual y coordinada de la OT, articulada mediante órganos y procedimientos que garanticen la adaptación a los objetivos generales.

II.2 ANÁLISIS DE LAS TRES BASES EN LAS QUE SE FUNDAMENTA LA PROPUESTA

II.2.1 UN CAMBIO EN LA CONCEPCIÓN DEL TERRITORIO COMO OBJETO DE LA COMPETENCIA

II.2.1.1

La hipótesis que se somete a refutación es la siguiente: territorio y patrimonio son dos conceptos que llegan a superponerse y que, en coherencia con los avances y compromisos internacionales, llegan a identificarse. Podemos en consecuencia afirmar que **el territorio es un patrimonio –natural y cultural– complejo** (sigo a SILVA PÉREZ; FERNÁNDEZ SALINAS, 2017; y CAÑIZARES RUIZ, 2017).

Esta hipótesis emplea el concepto de “patrimonio” en un sentido que supera la noción tradicionalmente empleada para conceptualizar al “patrimonio” natural y cultural. La visión clásica –romántica diría yo– de “patrimonio” o de “patrimonios” en plural se ha caracterizado por dos datos. El primero sería el de una clara yuxtaposición entre lo natural y lo cultural. El segundo sería que ese patrimonio, en cualquiera de sus caracterizaciones, ha sido definido por su excelencia y su grandiosidad –se centra en los espacios y monumentos más relevantes–, así como por su aislamiento y delimitación territorial –que queda concretada en su “declaración” de protección–.

Esta concepción se plasmaría en las primeras normas de espacios naturales protegidos y de patrimonio histórico-artístico aprobadas en la última mitad del siglo XIX. La sucesiva ampliación de las figuras de protección –especialmente amplia en relación con los espacios protegidos, pero no desdeñable en la categorización de bienes de interés cultural y asemejados– fue incrementando el número de “piezas” destacadas cuyos valores debían ser conservados y protegidos. A todos esos espacios se les añadirían las áreas de los entornos de los bienes naturales y culturales protegidos, que también

quedarían sujetas a un régimen protector, si bien menos intenso, por su íntima conexión con el bien oficialmente protegido –zonas periféricas de protección, entornos de BIC–.

A partir de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972), la disociación entre lo natural y lo cultural comienza a debilitarse. Esto puede constatarse tanto en bienes demaniales –desde la Ley de Vías Pecuarias de 1974 donde se demanializan bienes con un carácter multifuncional–, como con figuras de protección como los Paisajes Protegidos u otras más modernas como las Reservas de la Biosfera, los Sitios Históricos, los parques culturales –Parques Culturales en Aragón o Zonas Patrimoniales en Andalucía– o los itinerarios culturales, que comenzaron a dar testimonio de la complejidad patrimonial de determinados espacios.

En todo ese proceso de evolución, desde el punto de vista administrativo, existe un dato común que, aunque obvio, merece la pena recordar. Siempre existe una aproximación unidireccional y singularizada desde arriba. Es decir, son las Administraciones competentes las que valoran y proceden al reconocimiento –la declaración oficial es el dato jurídico clave– y a la puesta en valor del patrimonio natural y cultural –con la eventual aprobación de instrumentos de planeamiento y otras medidas de ordenación y gestión–. Cada declaración establece un régimen jurídico propio y específico, generando un “mosaico” de bienes privilegiados en su protección y conservación.

¿Dónde queda el territorio en su conjunto en este planteamiento? El territorio es el escenario en el que se van ubicando las “piezas” con algún tipo de protección. La OT nace en España en plena expansión de las políticas de espacios naturales y de protección del patrimonio histórico-artístico, precisamente llevada a sus mayores cotas por las CCAA y el Derecho de la Unión Europea –por ejemplo, con la Red Natura 2000–. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de las notabilísimas interferencias del urbanismo, de los planes de infraestructuras, de las políticas económicas y de otras políticas sectoriales. En ese contexto, no es de extrañar que la OT

fuera concebida como una “hacedora de puzzles” –coordinación de decisiones sectoriales y fragmentadas– desde una visión *top-down* que explica la formulación y puesta en práctica de las políticas públicas como algo lineal: del plan regional al último instrumento de ordenación y ejecución.

II.2.1.2

En los últimos años, sin embargo, se va consolidando una visión del territorio cualitativamente distinta. Al territorio se le concede un carácter patrimonial sustantivo propio y autónomo, sin que sea correcto seguir concibiéndolo como un mero escenario físico. Como señalaba antes, territorio y patrimonio se confunden. El territorio es considerado como **un patrimonio complejo en el que conviven valores patrimoniales diversos** –naturales, monumentales, paisajísticos, etnológicos, arqueológicos, históricos, culturales, etc.– **e integrados todos ellos en una misma matriz territorial, cuyo valor global es superior al de la suma de sus partes.**

El territorio concebido como patrimonio se caracteriza por una serie de propiedades raramente vistas en el patrimonio natural y cultural convencional (me inspiro en la opinión de SILVA PÉREZ; FERNÁNDEZ SALINAS, 2017, p. 70-71):

- 1) en el plano cuantitativo, la extensión del patrimonio territorial es mayor que la de los bienes culturales convencionales e, incluso, que la de los grandes bienes del patrimonio natural, pues *a priori* abarca toda la matriz territorial;
- 2) desde el punto de vista cualitativo, los valores del territorio se caracterizan por:
 - i. ser variables y diversos –urbanos y transformados o rurales y naturales, tangibles o intangibles, históricos y culturales, etc.–;
 - ii. ser graduables, pues no todos los valores ostentan una misma consistencia material e inmaterial, ni todo

- espacio ostenta valores necesariamente destacables –espacios edificados, espacios modificados para uso económico, espacios degradados, etc.–;
- iii. ser valores dispuestos en “capas” muchas veces solapadas, ya que no es infrecuente que sobre un mismo espacio se localicen atributos diversos;
- 3) en el plano temporal, las propiedades sobre las que reposan los atributos del territorio son diacrónicas, pues evolucionan por la acción humana e interaccionan con otros fenómenos como el clima.

II.2.1.3

Una concepción del territorio como la recién caracterizada está muy lejos de ser la que ha venido manejando la legislación de OT. Sin embargo, todo esto ya ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo con mejor o peor fortuna. Aquí he de recuperar tres conceptos que he manejado antes y que me van a permitir justificar mis afirmaciones. Me refiero al concepto de “paisaje”, e íntimamente vinculado con éste, a la categoría de “patrimonio cultural” y, finalmente, la amplia noción de “infraestructuras verdes”²⁸.

Abordaré su análisis desde dos perspectivas: la primera, desde una vertiente conceptual, para mostrar en qué medida estas categorías y conceptos incorporan una “territorialidad” plena o no limitada a partes singulares o sobresalientes del territorio; la segunda perspectiva será más funcional y trataré de mostrar en qué medida esa conceptualización implica un protagonismo inmediato de la OT. Paso al análisis:

²⁸ La “circularidad” del territorio no es analizada aquí porque su aporte no es más que un procesado de los otros tres conceptos. En este sentido, por ejemplo, la Estrategia Local de Economía Circular, Medida 21 “Fomentar el desarrollo rural sostenible”, incluye acciones dirigidas a “Articular políticas para favorecer un desarrollo territorialmente más equilibrado manejando los conceptos de patrimonio, paisaje y capital natural”, a “Evitar la pérdida de las culturas tradicionales que permiten el mantenimiento de los procesos de conservación de los ecosistemas” o a “Desarrollar programas para la recuperación y conservación de los usos y prácticas tradicionales de aprovechamiento sostenible de los recursos del territorio”.

1.º) Desde la vertiente de la categorización jurídica del “paisaje”, si algo caracteriza al CEP, es que acoge una definición transformadora. El art. 1.a) del CEP define el concepto de “paisaje” como “cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”. Esta definición supone un salto cualitativo en relación con los precedentes de nuestro ordenamiento. El CEP asume un concepto netamente expresivo de la “territorialidad” del paisaje: una territorialización plena, pues para el CEP “todo territorio es paisaje”. Si todo el territorio ha de ser objeto de una aproximación paisajística, esto significa que todo territorio es merecedor de una gestión y valorización de sus paisajes, incluso aquellos no significativos y degradados²⁹. Es la mejor manifestación del territorio entendido como patrimonio.

La segunda cuestión que llama la atención al examinar la definición de “paisaje” es que introduce la percepción subjetiva de las personas que “viven” el paisaje. Las comunidades y sus individuos crean su propia percepción del paisaje, otorgándole significación propia e identitaria. Es por lo que el CEP contempla con especial interés al “paisaje ordinario”. Asimismo, también es destacable que la noción de paisaje se refiera a la interacción hombre-naturaleza a través del tiempo. El CEP apunta a un enfoque del paisaje como un proceso histórico que se encuentra en evolución, o lo que es lo mismo, como un resultado cotidiano y creativo forjado a través de la interacción secular del hombre con su entorno, pero que sigue irremediamente evolucionando.

Esta generosa definición tiene su traslado a la perspectiva funcional. El art. 5.d) del CEP impone a los Estados parte la obligación de “integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística y en sus políticas en materia cultural, medioambiental, agrícola, social y económica, así como en cualesquiera otras políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje”. Se deduce, por tanto, que los instrumentos de ordenación territorial

²⁹ En coherencia con ello se entiende que la Convención amplíe su ámbito aplicativo a todo el territorio, abarcando “las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas”, comprendiendo “*los paisajes que puedan considerarse excepcionales como los paisajes cotidianos o degradados*” (art. 2).

deberían convertirse en herramientas determinantes de la aplicación del CEP, superando la dispersión y sectorialización de la defensa del paisaje que ha caracterizado a nuestro ordenamiento.

2.º) La categoría del “patrimonio cultural” ha evolucionado enormemente³⁰. En las últimas décadas ha adquirido una visión global e integradora en la que se incluyen bienes naturales y culturales con distintas “capas o estratos” espaciales —entre los que se puede incluir al propio paisaje, a espacios naturales, a espacios destinados a actividades económicas, etc. —, que atesoran atributos materiales e inmateriales conformados a lo largo del tiempo y que son generadores de identidades sociales. Esta concepción se acoge de forma amplia y sustanciosa en el art. 2.a) del Convenio de Faro. El precepto lo define del siguiente modo:

[...] un conjunto de recursos heredados del pasado que las personas identifican, con independencia de a quién pertenezcan, como reflejo y expresión de valores, creencias, conocimientos y tradiciones propios y en constante evolución. Ello abarca todos los aspectos del entorno resultantes de la interacción entre las personas y los lugares a lo largo del tiempo permite concebir al territorio como un patrimonio cultural complejo.

Cáigase en la cuenta de cómo el Convenio considera que el territorio en sí mismo es un “patrimonio cultural complejo” que incluye “todos los aspectos del entorno” materiales e inmateriales. Este elemento sustantivo no podría entenderse sin recurrir a un elemento subjetivo y a otro temporal que ya estaban presentes en el CEP: la identidad de las personas con un entorno que es resultado de su interacción con el lugar “vivido” (1) a lo largo del tiempo y en constante evolución desde el pasado (2).

³⁰ La legislación aprobada en España así lo confirma. Frente a una primera generación de leyes fundamentalmente centradas en el patrimonio arqueológico e histórico-artístico, una segunda generación asumiría el creciente protagonismo del patrimonio inmaterial. En este sentido, destacada y singular mención merece la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, marcando un antes y un después en la legislación autonómica posterior.

A esta definición le siguen una serie de obligaciones que, desde la vertiente funcional, señalan directamente a la OT. Aparte de compromisos de los Estados parte en materia de políticas de patrimonio cultural (art. 5) que tienen su trascendencia como – letra e)– “fomentar la protección del patrimonio cultural como factor primordial de los objetivos interdependientes de desarrollo sostenible, diversidad cultural y creatividad contemporánea” o como –letra f)– “reconocer el valor del patrimonio cultural ubicado en los territorios bajo su jurisdicción, con independencia de su origen”, me centraré en los compromisos asumidos sobre la utilización de todos los aspectos patrimoniales del entorno cultural (art. 8). Según la letra a), se asume el compromiso de “enriquecer los procesos de desarrollo económico, político, social y cultural y de ordenación del territorio mediante el recurso, en caso necesario, a estudios de impacto sobre el patrimonio cultural y a estrategias para mitigar los daños”, así como, letra b), “promover un planteamiento integrado de las políticas relativas a la diversidad cultural, biológica, geológica y paisajística a fin de lograr el equilibrio entre estos elementos”. Sin duda alguna, una avocación no nominativa a la OT.

3.º) Las “infraestructuras verdes” son la materialización de un modelo de protección del territorio a través de la conectividad, la funcionalidad de los servicios de los ecosistemas y la restauración de la naturaleza. Es otro gran ejemplo de superación de una concepción territorial “tipo mosaico” y de lucha por la desfragmentación del territorio. La Comunicación de la Comisión Europea “Infraestructura verde: mejora del capital natural de Europa” (2013) define a las “infraestructuras verdes” como

una red de zonas naturales, seminaturales y de otros elementos ambientales, planificada de forma estratégica, diseñada y gestionada para la prestación de una extensa gama de servicios ecosistémicos. Incorpora espacios verdes (o azules en el caso de los ecosistemas acuáticos) y otros elementos físicos de espacios terrestres (incluidas las zonas costeras) y marinos. En los espacios terrestres la infraestructura verde está presente en los entornos rurales y urbanos.

Sin embargo, creo que la dimensión de las “infraestructuras verdes” se aprecia mejor aún en el art. 15.3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, según la redacción dada por Ley 33/2015. Según este precepto, a efectos de la elaboración de la Estrategia estatal de infraestructura verde se tendrán en especial consideración, entre otros, a

los espacios protegidos, hábitats en peligro de desaparición y de especies en peligro de extinción, áreas de montaña, cursos fluviales, humedales, vías pecuarias, corrientes oceánicas, cañones submarinos, las rutas migratorias que faciliten la conectividad, y los sistemas de alto valor natural originados como consecuencia de las buenas prácticas aplicadas por los diferentes sectores económicos, así como los hábitats prioritarios a restaurar, los terrenos afectados por los bancos de conservación de la naturaleza y los instrumentos utilizados por las administraciones competentes en la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje, hecho en Florencia el 20 de octubre del año 2000.

El art. 15.2 de la Ley de Patrimonio Natural pone de relieve la funcionalidad de las “infraestructuras verdes” al establecer como objetivo de la Estrategia estatal, por un lado, “marcar las directrices para la identificación y conservación de los elementos del territorio que componen la infraestructura verde del territorio español, terrestre y marino” y, por otro,

para que la planificación territorial y sectorial que realicen las Administraciones públicas permita y asegure la conectividad ecológica y la funcionalidad de los ecosistemas, la mitigación y adaptación a los efectos del cambio climático, la desfragmentación de áreas estratégicas para la conectividad y la restauración de ecosistemas degradados.

En definitiva, las “infraestructuras verdes” son clave para integrar redes de protección territorial formadas por bienes del

patrimonio natural de muy distinta entidad, pero también otros espacios en entornos rurales y urbanos, así como otros bienes con relevancia cultural como el paisaje. La OT puede aportar los instrumentos jurídicos idóneos para garantizar ese objetivo³¹, pues sólo la OT puede generar las condiciones para un sistema territorial que integre las “infraestructuras verdes”, concepto tan amplio, como integral y holístico³².

II.2.1.4

La exposición precedente permite alcanzar varias conclusiones:

1. la visión del territorio como un patrimonio complejo implica concebirlo como una matriz donde lo cultural y lo natural son indisolubles: incorpora un patrimonio natural que atesora valores culturales aparte de los estrictamente ecosistémicos y, viceversa, un patrimonio cultural, incluso, inmaterial, que se integra y evoluciona con el patrimonio natural;
2. el territorio como patrimonio complejo se conforma con distintas “capas” que aportan atributos y valores superpuestos con intensidades variables –ecosistemas, conectividad, usos del suelo, monumentos, lugares simbólicos y pintorescos, vestigios de distinta índole, etc.– y que configuran una matriz territorial dotada de múltiples vertientes de valor intrínseco y de funcionalidad diversa; y
3. de esos diferentes estratos de atributos y valores, el relativo al paisaje es el que permite una valorización primaria o mínima de toda la matriz territorial. El paisaje compendia lo cultural

³¹ Algunas experiencias ya vigentes pueden consultarse en la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas (p. 112-113).

³² La Estrategia Nacional ya citada (p. 32) afirma que: “El concepto de Infraestructura Verde es, por tanto, ambicioso, holístico e integral, ya que no sólo está dirigido a la conservación de la biodiversidad sino que tiene una vocación multifuncional, pretendiendo mejorar el estado general de conservación de los ecosistemas y fortalecer sus funciones ecológicas que son las responsables de suministrarnos múltiples y valiosos servicios. Su implementación requiere de una planificación temporal y espacial, y de un diseño integrado en los procesos de planificación y ordenación del territorio”.

y lo natural, lo material y lo inmaterial, lo sobresaliente y lo ordinario. Con independencia de la superposición de otras propiedades –culturales, naturales, etc.–, la amplia definición de “paisaje” del CEP permite que los valores paisajísticos se alcen como el elemento básico que, en ausencia de otros merecedores de salvaguarda, dé conexión y continuidad a la protección del territorio.

Este panorama dista mucho de ser la realidad en el ordenamiento autonómico. La legislación de las CCAA sigue anclada en la concepción tradicional del territorio. Esto se debe a que o bien siguen vigentes las leyes aprobadas a comienzos de los años 90, o bien a que, a pesar de haberse aprobado nuevas leyes, la esencia sigue siendo similar (citaría a Murcia, La Rioja, Castilla-La Mancha o Extremadura). Esto no quiere decir que en algunas CCAA las sucesivas leyes en la materia hayan venido a integrar en el objeto de la OT la gestión racional de los recursos naturales o el paisaje. Sin embargo, el estado de la cuestión no ha evolucionado demasiado. Es más, se da la paradoja de que alguna de las CCAA más exitosas en la implantación de la planificación territorial mantienen una ley general en la materia orientada por principios bastante alejados de los promovidos desde instancias europeas (los casos del País Vasco y Cataluña son paradigmáticos).

Por otro lado, en varias CCAA se han aprobado leyes sectoriales cuyo objeto de regulación ha sido un aspecto esencial del territorio, pero que se ha abordado de forma autónoma, sin conexión con la legislación en materia de OT, contribuyendo a la quiebra de una visión integral del territorio –leyes de paisaje, leyes de patrimonio cultural, leyes que regulan redes de zonas protegidas, corredores ecológicos y otros mecanismos de conectividad³³. Por

³³ Ya se ha tenido ocasión de aludir a la producción normativa en ámbitos como el paisaje y el patrimonio cultural, pero habría que añadir las leyes que han ordenado los espacios protegidos incluyendo amplísimos catálogos de espacios naturales, redes como la Red Natura 2000, espacios del patrimonio cultural, corredores ecológicos, etc. Un buen ejemplo es el Decreto Legislativo 1/2015, de 29 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Espacios Protegidos de Aragón.

último, en algunas CCAA se han aprobado leyes con una tendencial orientación integral del territorio, pero que, como sólo afectan a una parte del mismo, ya sea por regular un tipo de ecosistema, ya por tratarse de un espacio con una función cultural, ecosistémica y socio-económica singular, también generan problemas de desagregación territorial³⁴.

Sólo en algunas CCAA la ley de OT ha incorporado una concepción próxima a la que se deriva de los compromisos analizados. A mi juicio, sería el caso de la Ley 1/2021, de 8 de enero, de ordenación del territorio de Galicia, el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell, de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, y, paradójicamente, la Ley 7/2024, de 26 de diciembre, de medidas para un desarrollo equilibrado en materia de medio ambiente y ordenación del territorio de la Comunidad de Madrid³⁵.

II.2.2 UN CAMBIO EN LA FORMULACIÓN Y MATERIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DEL TERRITORIO

II.2.2.1

La formulación de una política territorial debe diferenciar dos conceptos. Toda política territorial tiene por objeto la configuración de un “sistema territorial”, para lo cual ha de instaurar un modelo de ordenación y gestión territorial –un “modelo territorial”–.

³⁴ Cabe citar la Ley 5/2018, de 6 de marzo, de la Huerta de Valencia, y en una línea parecida, aunque no tan exhaustiva como la anterior, la Ley 7/2010, de 14 de julio, para la Dehesa de Andalucía, o la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca.

³⁵ La reciente modificación de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid, por Ley 7/2024, de 26 de diciembre, de Medidas para un desarrollo equilibrado en materia de medio ambiente y ordenación del territorio, ha incorporado un art. 18 bis que define de forma tan amplia como aquí se sugiere al objeto de los planes territoriales. No deja de ser paradójico, porque Madrid no ha aprobado ni un solo plan territorial en treinta años.

El sistema territorial presupone concebir la territorialidad de los elementos fundamentales que conforman al territorio como un patrimonio complejo. En lo sustantivo o material requiere “configurar el territorio” desde la valorización del paisaje, del patrimonio cultural, de las infraestructuras verdes, de la utilización racional de los recursos naturales... En lo espacial, por definición, el sistema territorial tiene una escala amplia, casi siempre, supramunicipal, generalmente subregional o regional, pero también interregional o transfronteriza. Los ecosistemas, la biodiversidad, el paisaje no entienden de fronteras administrativas. Conformar el sistema territorial exige una política territorial que tenga como referencia constante una perspectiva general, integral e integradora.

El modelo territorial, por su parte, es la arquitectura jurídico-administrativa sobre la que se proyecta la construcción del sistema territorial. El modelo territorial se encarga de determinar “qué hacer” y “cómo hacerlo”, así como “quién hace” cada cosa. Los retos que la OT debe abordar –paisaje, patrimonio cultural, “infraestructuras verdes”, “circularidad” de la economía–, demandan una perspectiva espacial amplia, pero esto no puede presuponer que no puedan afrontarse de forma integradora desde distintos niveles territoriales. Dicho de otro modo, que los objetivos generales de la OT encuentren su ámbito de referencia a nivel regional y subregional, no quiere decir que esas metas no puedan ser alcanzadas con proyectos y acciones locales y supralocales que, desde luego, no excluyan otras en una escala superior –supramunicipal, regional y, por qué no, interregional y transfronteriza–. En estos casos el papel de la competencia sobre OT será coordinar, supervisar, hacer seguimiento, para que las acciones a un nivel inferior sean coherentes con la política general en la materia y, por ello, con el sistema territorial.

En otras palabras, la OT no puede renunciar a fijar objetivos y criterios de ordenación que por definición sean generalmente regionales y subregionales –en coherencia con la idiosincrasia de todo sistema territorial–, pero esto no es incompatible con un modelo territorial multinivel y multiescalar. La clave del modelo territorial estaría, en mi opinión, en (1) cómo y con qué contenido se formulan esos objetivos y normas comunes y fundamentales que definen el

sistema territorial y direccionan el modelo territorial, (2) quién puede tomar iniciativas dirigidas a desarrollar y ejecutar los objetivos establecidos, y (3) cómo se logra dar coherencia e integración a todo el sistema territorial.

Paso a profundizar en la propuesta respecto de estos tres aspectos.

II.2.2.3 LA ESTRATEGIA REGULATIVA PARA LA FORMULACIÓN DE LAS BASES DEL SISTEMA TERRITORIAL

II.2.2.3.1

Toda estrategia regulativa implica determinar cómo abordar desde el plano normativo la ordenación de una materia. Las estrategias están condicionadas por el sistema de atribución de competencias, por las reservas de ley, por las relaciones entre las fuentes del Derecho –jerarquía, competencia, primacía– etc. Dentro de esos parámetros indisponibles, por ejemplo, el legislador podría optar por estrategias “centralizadas” en la ley –con contenidos extensos y pormenorizados– o por otras menos densas y abiertas a una complementación y desarrollo generoso en normas infralegales. La presente propuesta se basa en una estrategia regulativa caracterizada del siguiente modo:

- i. centralizada al máximo nivel jerárquico normativo en relación con sus elementos estructurantes básicos, pero adaptable mediante normas de rango inferior, mucho más apropiadas para el ajuste a cambios sobrevenidos³⁶. El legislador autonómico debería regular directamente

³⁶ Esto encaja bien con el Objetivo Estratégico 10 de la Agenda Urbana Española “Mejorar los instrumentos de intervención y la gobernanza”. El Objetivo específico 10.1, relativo a “Lograr un marco normativo y de planeamiento actualizado, flexible y simplificado que mejore, también, la gestión”, incluye líneas de actuación orientadas a “simplificar el marco normativo existente y garantizar su estabilidad” o “remitir a desarrollo reglamentario todo lo que pueda rigidizar en extremo la aplicación de la norma legal”.

los objetivos generales y sus líneas estratégicas, sin perjuicio de formular determinaciones o criterios de ordenación orientados a su consecución. La legitimidad democrática que se otorga al diseño del sistema territorial es fundamental³⁷. La complejidad y las dificultades técnicas de este propósito no justifican “demorar” esa función estructurante a una posterior ley que apruebe un plan al máximo nivel territorial –con independencia de su nomenclatura–³⁸. No es desconocido, por otro lado, que hay leyes que incorporan diagnósticos, objetivos, principios, criterios de ordenación y/o normas de aplicación directa que cumplen una función parecida a la que corresponde a los planes territoriales regionales³⁹. La división de la construcción del sistema territorial en dos normas con rango de ley es ineficiente, sobre todo, si al plan regional se le otorga el papel jurídico de hito fundamental, cuya ausencia genera la paralización del desarrollo de la OT;

- ii. el sistema territorial plasmado en la ley general de OT no es una “foto fija”. El sistema debe renovarse sucesivamente. La adaptación de la ordenación del modelo territorial que pudiera haberse previsto en la ley general de OT debería realizarse mediante normas reglamentarias. La mayor simplicidad del procedimiento de aprobación de reglamentos ha sido siempre un buen motivo para remitir a estas normas la regulación de

³⁷ De hecho, este argumento legitimante siempre estuvo detrás de la aprobación mediante una norma con rango de ley de los planes, estrategias o directrices regionales.

³⁸ El Objetivo Estratégico 1 de la Agenda Urbana Española “Ordenar el territorio y hacer un uso racional del suelo, conservarlo y protegerlo”, prevé un Objetivo específico 1.1 “Ordenar el suelo de manera compatible con su entorno territorial”, que incluye una línea de actuación relativa a “disponer de una estrategia o plan de ordenación del territorio que establezca las bases del modelo territorial”. Esto podría parecer incompatible con mi propuesta, pero no es así. La Agenda apuesta por un modelo flexible que se parece al que aquí se propone, pues añade que esas “estrategias” pueden ser “estrategias regionales, subregionales e incluso sectoriales, pero deben tener en común la utilización racional del territorio”. No parece imprescindible, por tanto, un plan territorial regional.

³⁹ Un ejemplo, a mi juicio, es la Ley 5/2018, de 6 de marzo, de la Huerta de Valencia.

materias especialmente técnicas y cambiantes. La ley de OT podría prever varias vías para esos procesos de adaptación/actualización: remisiones reglamentarias⁴⁰ o deslegalización de materias, por ejemplo, habilitando la aprobación de planes con esa facultad. Dichas normas reglamentarias, cualesquiera que fuese la técnica empleada, deberían contar con los informes y el análisis justificativo de los órganos técnicos creados al efecto – luego me referiré a ello– que avalen la coherencia con el sistema. En ningún caso, la deslegalización debería afectar a los objetivos y líneas estratégicas que definen el sistema territorial. La modificación de los elementos estructurantes del sistema debe exigir el aval del Parlamento autonómico;

- iii. el desarrollo normativo se abre a la combinación de disposiciones de desarrollo a nivel autonómico con otras adoptadas por las Administraciones inferiores. Sintéticamente podría decirse que el modelo territorial sería centralizado a nivel regulativo de los elementos estructurantes del sistema territorial y eventualmente “descentralizado” a nivel de desarrollo con disposiciones de rango reglamentario –planes u otras normas de esa naturaleza–. Posteriormente, completaré esta idea.

II.2.2.3.2

La estrategia regulativa incita a que las normas incorporen disposiciones con un sentido jurídico u otro –más principios que reglas o viceversa–, una densidad normativa mayor o menor, más contenidos sustantivos que formales, etc. Determinar cómo se regula una materia también condiciona qué contenidos son incorporados a las normas. La técnica normativa concreta luego estos aspectos y permite elaborar las disposiciones con una sistemática homogénea.

⁴⁰ Un ejemplo en el art. 18 ter 5º de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid, según ha sido redactado por Ley 7/2024, de 26 de diciembre, de Medidas para un desarrollo equilibrado en materia de medio ambiente y ordenación del territorio.

La formulación de las bases normativas del sistema territorial propugnado debería responder a los siguientes criterios:

- i. una regulación finalista. Los objetivos de la política territorial no tienen por qué ser formulados en términos categóricos y estrictos, a modo de una predicción sobre el futuro⁴¹. Deberían formularse objetivos que se encauzan a través de líneas estratégicas de acción que guíe la aprobación de planes, proyectos, acciones y medidas orientadas a alcanzar esas metas. El direccionamiento de esa labor de desarrollo y de gestión territorial se podrá concretar formulando determinaciones o criterios de ordenación y normas de directa aplicación para cada línea estratégica⁴²;
- ii. una normatividad poco densa. Las normas que establecen el sistema territorial tendrán naturaleza fundamentalmente principal –objetivos, líneas estratégicas–, pero no excluyen su concreción, en su caso, mediante reglas específicas que se plasmen en criterios de ordenación y normas de directa aplicación. En coherencia con lo recién señalado, la legislación territorial no tiene por qué ser muy profusa. Los objetivos territoriales deberían tener carácter estratégico y una vigencia variable predeterminada; desde luego no serían fijos, ni definitivos, para habilitar su adaptación a nuevas exigencias. Como se señaló anteriormente, la revisión de los objetivos y líneas estratégicas que definen el sistema

⁴¹ Estas afirmaciones encuentran apoyo en el Objetivo Estratégico 10 de la Agenda Urbana Española y, en concreto, en el Objetivo específico 10.1 ya citado. La línea de actuación sobre simplificación del marco normativo incluye la propuesta de “alcanzar, mediante un pacto global, unas bases comúnmente aceptadas en torno a los grandes objetivos estratégicos en materia de ordenación territorial y urbanismo que admitan adaptaciones menores y parciales”, así como evitar “rigidizar en extremo la aplicación de la norma legal”.

⁴² En la legislación autonómica se detectan avances en la fijación de determinaciones de relevancia territorial directamente en la ley general de OT, precisamente, en relación con elementos estructuradores del sistema territorial como el paisaje o las infraestructuras verdes. Así, en los arts. 35 y ss. de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, o en los arts. 7 y ss. del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana.

territorial quedaría reservado al legislador autonómico. Por su parte, la naturaleza preferentemente principal de las determinaciones o criterios de ordenación aboga también por que sean prioritariamente flexibles, favoreciendo la compatibilidad de distintos proyectos y el encaje de acciones multinivel y multiescalares. Además, esas normas deben ser revisables y adaptables a las nuevas circunstancias, de acuerdo con nuevas exigencias, nuevos fenómenos sobrevenidos, etc. Aquí, como se dijo anteriormente, las normas de rango reglamentario deberían ser las vías adecuadas para esa actualización y adaptación.

- iii. una normatividad vinculante. Todas las disposiciones que configuran las bases del sistema territorial tendrían carácter vinculante. Ninguna sería prevista como una recomendación. La formulación preponderantemente abierta y flexible de esas disposiciones exigirá justificar de qué modo las normas de desarrollo y las acciones y medidas de gestión aprobadas se ajustan a las bases del sistema territorial. Para eso se prevén los mecanismos de coordinación que más tarde se analizarán;
- iv. una normatividad con importantes contenidos de naturaleza formal. Cuanto menos densos son los contenidos sustantivos en la legislación, mayor intensidad ganan los contenidos formales –organizativos y procedimentales–. La regulación de cuestiones sobre la creación, configuración y composición de órganos, atribución de competencias y el “diseño” normativo de procedimientos de aprobación, seguimiento y evaluación o de adaptación/actualización, adquiere un peso determinante para orientar la toma de decisiones hacia los objetivos legalmente establecidos;
- v. una normatividad no inflacionaria. La competencia legislativa en materia de OT debería apostar por la integración de las exigencias del sistema territorial en

otras leyes sectoriales. La integración de la variante territorial en otras políticas públicas facilitaría que en la ordenación y la gestión territorial pudiera abrirse a la “reutilización” de instrumentos jurídicos ya existentes para lograr objetivos territoriales –por ejemplo, la evaluación ambiental estratégica de planes urbanísticos y sectoriales–. La innovación tiene el inconveniente de crear nuevas figuras que compiten, se solapan, modifican o contradicen a otras vigentes; contribuye a la inflación de instrumentos jurídicos y significa, al mismo tiempo, altos costes administrativos en conocimientos técnicos, personal y tiempo dedicado a elaborar esos nuevos instrumentos. Es fundamental evitar solapamientos y duplicaciones, así como generar nuevas obligaciones que la experiencia dice que tardan bastante tiempo en calar en la esfera administrativa. La fórmula de la integración es más eficiente, ya que no altera de forma inmediata ninguna actuación vigente; se establecería un régimen transitorio para su adaptación, con la imposición de un régimen provisional en caso de que se incumpla ese deber en plazo.

II.2.2.4 EL DESARROLLO Y LA GESTIÓN DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL

II.2.2.4.1

En relación con el despliegue de la estrategia regulativa en este escalón de la ordenación territorial podríamos pensar en varias alternativas:

- variante clásica: una planificación territorial que se despliega de arriba-abajo yuxtapuesta a otras expresiones de planificación u ordenación con incidencia territorial. Se descarta porque la experiencia ha demostrado que no es efectiva;

- variante integradora: una integración “hacia arriba” de la ordenación con incidencia territorial (esto, por ejemplo, ha sido planteado por TRAYTER JIMÉNEZ, 2016, p. 62) –integración de contenidos propios del planeamiento urbanístico y sectorial en el planeamiento territorial–. Esta propuesta tiene todo el sentido si se complementa con las iniciativas que abogan por una reconfiguración del urbanismo como un “urbanismo por proyectos”. El planeamiento sería eminentemente territorial y la ejecución urbanística⁴³. Esta alternativa se descarta, no porque no pueda ser adecuada, sino porque implica injerencias sobre las competencias municipales con un alto coste político-jurídico y, sobre todo, porque nos situaría en un escenario tanto o más gravoso que el actual en relación con la OT. Si el planeamiento territorial no se ha implantado en buena parte de España, podríamos pensar que sucedería lo mismo si, además, se incrementasen sus responsabilidades;
- variante multinivel y multiescalar: una ordenación territorial a distintos niveles administrativos y con ámbitos de acción variables, que afecta a toda la ordenación con incidencia territorial. Como se anticipó páginas atrás, ésta es la alternativa que se asume y que se pasa a explicar.

II.2.2.4.2

Sobre el modelo de desarrollo normativo del sistema territorial establecido legalmente, la presente propuesta se caracterizaría por los siguientes elementos:

- i. el desarrollo normativo de las bases del sistema territorial comprendería un conjunto de normas que habitualmente tendrían la forma de planes, aunque no necesariamente

⁴³ Podríamos pensar, por ejemplo, en recuperar planes que evoquen a las Normas Subsidiarias Provinciales, pero con contenidos no estrictamente urbanísticos. Esos planes podrían asumir todo lo concerniente al suelo no urbanizable, a las zonas de borde urbano, al patrimonio cultural, etc. Los planes urbanísticos regularían lo estrictamente ligado al suelo urbano y al desarrollo urbanístico, pero siempre dentro de las determinaciones del planeamiento territorial.

tiene por qué ser así. Todas ellas, eso sí, tendrían rango reglamentario;

- ii. el desarrollo de la ordenación territorial no se limitaría a planes y normas aprobadas a nivel autonómico. Ese desarrollo no depende tanto de qué Administración apruebe a ordenación, como de si su objeto afecta a valores con relevancia en el sistema territorial –objetivos, líneas estratégicas–. Por motivos similares, la incidencia en el sistema territorial tampoco depende necesariamente del ámbito espacial afectado, pues lo local también puede tener trascendencia territorial⁴⁴. Esto no convierte a toda la ordenación de desarrollo con incidencia territorial en actuaciones en materia de OT sobre las que ejerza una *vis* atractiva la competencia autonómica. Esas normas de desarrollo requieren, con independencia de quién las apruebe, ser previamente objeto de coordinación –con intervención del órgano competente autonómico– con las líneas estratégicas y determinaciones generales de la OT, para asegurar la coherencia y la integración con los elementos configuradores del sistema territorial;
- iii. considerando los criterios precedentes, a nivel de la ordenación de desarrollo podrían distinguirse diferentes supuestos que se pasan a sistematizar y en los que la competencia en materia de OT se materializaría con una responsabilidad diferente:
 - a) sistema de planeamiento territorial en sentido estricto cuya elaboración y aprobación corresponde al órgano competente en materia de OT⁴⁵: a') Ordenación

⁴⁴ De hecho, el legislador autonómico no limita la OT por razón del ámbito espacial de los instrumentos aprobados, sino con base en la trascendencia supralocal de los mismos. El art. 2.1 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, dispone que la competencia en materia de OT comprende la ordenación, ejecución y disciplina sobre actuaciones, usos y asentamientos existentes o futuros “cuya incidencia trascienda del ámbito municipal por su objeto, magnitud, impacto regional o subregional o por su carácter estructurante y vertebrador del territorio”.

⁴⁵ El Objetivo Estratégico 10 de la Agenda Urbana Española –Objetivo específico 10.1– incorpora una línea de actuación referida a: “Desarrollar de manera efectiva

- territorial para todo el territorio –planes regionales–; a'') Ordenación para parte del territorio por razón de la materia –planes territoriales con carácter sectorial o especial– o del ámbito de ordenación –subregional, comarcal, supramunicipal o supralocal⁴⁶–; a''') Ordenación que afecta a un único término municipal⁴⁷;
- b) ordenación sectorial con incidencia territorial⁴⁸, en la que los órganos competentes en materia de OT deben garantizar la coordinación y la integración de las variables territoriales⁴⁹;
- c) ordenación con relevancia e incidencia territorial aprobada por las CCLL, en la que los órganos competentes en materia de OT deben garantizar

la planificación de ordenación territorial a escala regional y subregional que aún falta en muchas Comunidades Autónomas”.

⁴⁶ Del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana, habría que destacar los planes generales mancomunados (art. 18), promovidos por dos o más municipios, aunque aprobados en sede autonómica.

⁴⁷ Un caso que merece especial atención son los Planes Estratégicos Municipales previstos por la Ley 7/2024, de 26 de diciembre, de Medidas para un desarrollo equilibrado en materia de medio ambiente y ordenación del territorio de la Comunidad de Madrid. Estos planes municipales son aprobados por las entidades locales cuando estén aprobados los planes territoriales, previo informe favorable de la Consejería. Sin embargo, en ausencia de los mismos, la aprobación corresponde al órgano autonómico.

Por otro lado, han sido y son habituales en todas las leyes de las CCAA los proyectos de interés regional o supramunicipal –de denominación variable– que, perfectamente, pueden afectar a un único término municipal, sin perjuicio de que la actuación tenga un interés supramunicipal.

⁴⁸ En esta dirección, la línea de actuación del Objetivo específico 1.1 del Objetivo Estratégico 1 de la Agenda Urbana Española, referida a: “Introducir medidas para vincular la ordenación territorial con la planificación económica, cultural y de los recursos naturales”. Igualmente, la Meta 6 de la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas relativa a “Incorporar de forma efectiva la Infraestructura Verde, la mejora de la conectividad ecológica y la restauración ecológica en las políticas sectoriales, especialmente en cuanto a la ordenación territorial y la ordenación del espacio marítimo y la evaluación ambiental”.

⁴⁹ Un buen ejemplo en los arts. 48 y ss. de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, relativos a los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio, esto es, instrumentos de planificación sectorial y estrategias sectoriales de la Junta de Andalucía que tienen una repercusión directa sobre las relaciones y actividades que se desarrollan en el territorio.

la coordinación y la integración de las variables territoriales, sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma pueda ostentar, incluso, la competencia de aprobación definitiva: *a'*) Ordenación que afecta a intereses de naturaleza territorial que trasciende a ámbitos supramunicipales –biodiversidad, paisaje, patrimonio cultural, etc.–⁵⁰; *a''*) Ordenación que afecta a intereses de naturaleza territorial, pero cuyos efectos no trascienden del ámbito local porque su dimensión o ubicación está localizada en un único término municipal; *a'''*) Ordenación con incidencia en otros municipios⁵¹;

- iv. el planeamiento territorial en sentido estricto puede ser necesario, pero no imprescindible. La ordenación de desarrollo en cualquiera de los niveles expuestos puede ser aprobada en ausencia de planeamiento territorial. La ausencia de ningún instrumento de planeamiento territorial es un condicionante impeditivo de la aprobación de otros planes territoriales⁵², ni de otras normas de desarrollo de

⁵⁰ La previsión de una ordenación local con transcendencia territorial se deduce, por ejemplo, del Objetivo Estratégico 1 de la Agenda Urbana Española, en concreto, del citado Objetivo específico 1.1, en el que se incluye líneas de actuación como “Potenciar la inclusión del patrimonio natural en los catálogos municipales que formen parte de la documentación del planeamiento”; asimismo, el Objetivo específico 1.2 “Conservar y mejorar el patrimonio natural y cultural y proteger el paisaje” incorpora la línea de actuación “Proteger el medio rural de acuerdo con su carácter, especialmente el suelo rural fronterizo, de borde o colindante con el suelo urbano”. Del mismo modo, el Objetivo específico 1.3 “Mejorar las infraestructuras verdes y azules y vincularlas con el contexto natural”, incluye una línea de actuación orientada a establecer “medidas para la restauración, conservación y gestión, a escala regional, local y de barrio” de las infraestructuras verdes.

⁵¹ En el Objetivo Estratégico 1 de la Agenda Urbana Española, Objetivo específico 1.1, se incorporan las líneas de actuación: “Diseñar la ciudad de conformidad con el modelo territorial y de manera coordinada con los núcleos adyacentes” o “Poner en marcha mecanismos de coordinación y colaboración que se basen en la utilización sostenible del territorio, en las regiones o ciudades con relaciones de vecindad transfronteriza o interregional”. Estas previsiones no son una novedad, pues normas en esa dirección ya se prevén en algunas leyes urbanísticas autonómicas. Sería el caso del 56 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, en el que se prevé el Informe de Impacto Territorial.

⁵² Esta posibilidad se prevé, por ejemplo, en los 35.3, 36.2 o 52.1 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía. Otro ejemplo sería el de los citados Planes Estratégicos Municipales previstos por la Ley

la ordenación territorial. La coordinación con las bases del sistema territorial deberá garantizarse mediante los mecanismos que posteriormente se analizarán.

II.2.2.4.3

La gestión territorial tiene un papel fundamental en el modelo territorial y es clave para la materialización del sistema territorial. La OT no es sólo ordenación –planes–, sino también gestión del territorio y tan importante como la aprobación de planes territoriales es que las actuaciones ejecutivas sobre el territorio se integren y sean coherentes con el sistema territorial. La propuesta en estos aspectos es la siguiente:

- i. la satisfacción a nivel de gestión de los objetivos estratégicos y la materialización de las determinaciones y criterios de ordenación territorial en proyectos y acciones específicos es, igualmente, multinivel o multiescalar. Puede concretarse en iniciativas autonómicas⁵³ –supramunicipales, subregionales, regionales–, pero también locales⁵⁴. Todas las Administraciones con

7/2024, de 26 de diciembre, de Medidas para un desarrollo equilibrado en materia de medio ambiente y ordenación del territorio de la Comunidad de Madrid.

⁵³ La mayor parte de las legislaciones autonómicas obvian, y ni siquiera contienen, referencia alguna a la gestión territorial. Esto lo ha recordado recientemente Rando Burgos (2024).

⁵⁴ El lema de la Agenda 21 de las Naciones Unidas “pensar globalmente, actuar localmente” anticipaba que la acción local podía ser clave para abordar problemas y desafíos globales que luego han motivado la formulación de los ODS de la Agenda 2030. Esta filosofía está muy presente en la Estrategia Local de Economía Circular y, concretamente, en el Eje estratégico 4 “Espacios y conductas saludables”. Este Eje estratégico incluye la Política Circular 7 “Territorios saludables”. La Medida 21 “Fomentar el desarrollo rural sostenible” persigue objetivos a nivel local como garantizar el bienestar de la población rural; impulsar el desarrollo económico local; preservar los recursos naturales del territorio; fortalecer los circuitos cortos dentro de la jerarquía territorial. Es decir, la gestión del territorio también puede basarse en acciones locales.

Esas acciones locales encajan con los objetivos del art. 2.1 de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, incluyendo la conservación y recuperación del patrimonio y los recursos naturales y culturales del medio rural. Y lo mismo cabe decir de la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. La ley incluye en esta categoría de patrimonio a los “conocimientos y usos relacionados con la naturaleza” o a los “aprovechamientos

competencias con incidencia en el territorio pueden ser partícipes de la gestión territorial, en coherencia con lo que podríamos denominar como una “OT por proyectos”. El modelo territorial combinaría actuaciones *top-down* con la integración de otras *bottom-up*. La competencia en materia de OT sólo puede ser autonómica, pero la gestión del territorio puede ser el resultado de decisiones tomadas “desde abajo” con la intervención, en los términos que luego se dirá, de la Administración titular de la competencia. Este modelo territorial colaborativo y coordinado es la base para evitar que las acciones sobre el territorio sean disgregadas, fragmentarias y, en última instancia, incompatibles;

- ii. desde el punto de vista temporal, la OT sería inmediatamente operativa, no siendo dependiente de la previa aprobación de planes. Esta propuesta aboga por entender la gestión territorial concebida como una función dentro las políticas del territorio que no es un *posterius* dependiente de la materialización del planeamiento territorial, sino como un conjunto de actuaciones que gozan de autonomía y que se concretan en actuaciones propias y ajenas. En el caso de las actuaciones propias, las CCAA podrán tomar, lógicamente, iniciativas de esta naturaleza. En el supuesto de iniciativas de otras Administraciones, las CCAA asumen la función de coordinar su integración coherente en el sistema. Por tanto, la gestión territorial no se identifica con la gestión del planeamiento territorial; no es una fase ulterior a la aprobación de los planes territoriales y limitada a los instrumentos previstos en la legislación o en el propio planeamiento territorial. El territorio está sujeto a dinámicas que no responden a los plazos de aprobación de los instrumentos de planeamiento y que, sin embargo,

específicos de los paisajes naturales” y, por ello mismo, el art. 4 prevé “el respeto y conservación de los lugares, espacios, itinerarios y de los soportes materiales en que descansen los bienes inmateriales objeto de salvaguardia”. En otras palabras, se puede hacer gestión con trascendencia territorial desde lo local.

requieren actuaciones inaplazables. En ausencia de ordenación territorial, la gestión del territorio sería directa ejecución de la ley general en la materia y en todo caso estaría sujeta a una *revisability* que garantice su compatibilidad con los planes y normas que se aprueben *a posteriori*. La colaboración y la coordinación serán claves;

- iii. en coherencia con la integración de la variable ambiental en otras políticas y la “reutilización” de instrumentos jurídicos, la gestión territorial podría articularse mediante el recurso a instrumentos jurídicos diversos, no necesariamente específicos de la legislación de OT. Para cumplir con los objetivos estratégicos, y siempre que se cumplan las determinaciones y criterios de ordenación legales, la OT habilitaría recurrir a un amplio abanico de instrumentos jurídicos –programas de acción, declaraciones como bienes patrimoniales protegidos, proyectos, contratos, convenios, fondos, subvenciones, protocolos y prácticas de actuación, etc.– Por tanto, el tipo de instrumento no es un límite o un impedimento para hacer política territorial, sino su coherencia con el sistema territorial. La coordinación otra vez será la clave;
- iv. la gestión del territorio debe fomentar la iniciativa privada y la colaboración público-privada. El territorio concebido como un patrimonio depende en buena medida de la identificación de las personas con su entorno. Una política que incentive la conservación y la protección de los vínculos directos entre identidad y territorio tiene la fortaleza de fomentar actitudes proactivas. Esa apertura al ámbito privado podría incluir varias fórmulas:
 - a) reconocimiento de iniciativa privada para la adopción de un acuerdo o decisión⁵⁵;

⁵⁵ La legislación ya prevé la petición de incoación de algunos procedimientos de declaración de espacios y lugares protegidos como la declaración de BIC. También se prevé la iniciativa de propietarios que pueden ser muy eficaces para la conservación de la biodiversidad y del patrimonio cultural. Podríamos citar los cotos privados de caza –art. 16 de la Ley de Caza de 1970– o algunos tipos de espacios protegidos de

- b) medidas de fomento para incentivar proyectos y acciones⁵⁶ incluido el pago por servicios ambientales⁵⁷; y
- c) el recurso a fórmulas de naturaleza convencional/contractual como la custodia del territorio⁵⁸.

II.2.2.5 LA INTEGRACIÓN COHERENTE DEL SISTEMA: LA COORDINACIÓN Y EL CONTROL

II.2.2.5.1

La clave de un modelo territorial como el descrito es la

iniciativa privada como las Reservas Naturales Concertadas de las Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía, las Áreas Privadas de Interés Ecológico de la Ley 9/2006, de 23 de diciembre, por la que se modifica la Ley 8/1998, de 26 de junio, de conservación de la naturaleza y espacios naturales de Extremadura, o los Espacios Privados de Interés Natural de la Ley 5/2019, de 2 de agosto, del patrimonio natural y de la biodiversidad de Galicia.

⁵⁶ El art. 74 de la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, se refiere, precisamente, a la promoción de los conocimientos tradicionales para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad. La Estrategia Local de Economía Circular insiste en esta dirección y en la Medida 21 se incluyen acciones como “Promover la implicación de la población local en la conservación de los recursos naturales y en el desarrollo rural sostenible”, “Abundar en los vínculos que se crean entre la sociedad, el territorio, los recursos naturales y los sistemas productivos para favorecer el desarrollo rural sostenible” o “Difundir la trascendencia de la población rural en la preservación y vigilancia del patrimonio natural”.

⁵⁷ Así ya en el art. 77 de la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, instando a regular incentivos para retribuir las externalidades positivas en espacios naturales, aplicando el principio “quien provee, cobra”. Igualmente, en la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas, se prevé que las Administraciones fomenten el pago por servicios ambientales.

⁵⁸ Ex art. 76 de la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Según el Informe del 5º Inventario de Iniciativas de Custodia del Territorio en España – último conocido –, la superficie terrestre total dedicada a la custodia del territorio es de 370.272 has., además de 349.846 has. de custodia cinegética no contabilizadas en inventarios previos. También la Estrategia Local de Economía Circular insta a “Impulsar el establecimiento de acuerdos voluntarios entre entidades de custodia y propietarios de fincas privadas o públicas que tengan por objeto favorecer la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad”.

colaboración y la coordinación efectiva⁵⁹. La coherencia y la integración del sistema territorial debe garantizarse gracias a la coordinación, sin perjuicio de la validez de la cooperación interadministrativa para lograr esos mismos fines. Una premisa fundamental del modelo territorial que aquí se propugna es que la coordinación no tiene por qué materializarse única y exclusivamente mediante planes⁶⁰.

La coordinación puede concretarse en distintos instrumentos jurídicos. También puede materializarse en distintos niveles de actuación, con intensidades graduables y en diferentes momentos. En el modelo territorial planteado la coordinación se articula con diferentes modalidades perfectamente compatibles y complementarias y que se pueden concretar en la siguiente tipología:

- i. fórmulas de coordinación normativa que operan partiendo de la base de que todos los planes estrictamente territoriales y los planes y normas con incidencia territorial –autonómicos y locales– deben cumplir los objetivos y líneas estratégicas, determinaciones y criterios de ordenación establecidos en la ley en materia de OT:

⁵⁹ El Objetivo Estratégico 10 de la Agenda Urbana Española y, particularmente, el Objetivo específico 10.2 “Asegurar la participación ciudadana, la transparencia y favorecer la gobernanza multinivel”, incorpora una línea de actuación relativa a: “Fomentar y favorecer la gobernanza multinivel entre el planeamiento territorial y el urbanístico, mediante la utilización de fórmulas supramunicipales o de coordinación y colaboración interadministrativa”. Asimismo, la Meta 5 de la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas está dirigida a “Garantizar la coherencia territorial de la infraestructura verde mediante la definición de un modelo de gobernanza que asegure la coordinación entre las diferentes escalas administrativas e instituciones implicadas”.

⁶⁰ El TC mantuvo desde temprano que la OT es una materia competencial que “*nació justamente de la necesidad de coordinar o armonizar; desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de distintas Administraciones, cuando la función ordenadora se atribuye a una sola de estas Administraciones, o, como entre nosotros sucede, a entes dotados de autonomía política constitucionalmente garantizada*” [STC 149/1991 (FJ 1.B)]. No creo que estuviera en la intención del TC vincular esa función al planeamiento. La propia sentencia daba pie a una consideración menos reduccionista, afirmando que la OT es “*más una política que una concreta técnica y una política, además, de enorme amplitud*”, que debía ser entendida como la “*expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de la sociedad*”, según los términos de la Carta Europea de Ordenación del Territorio.

- a) la coordinación entre los distintos planes se ha de lograr mediante normas legales reguladoras de las relaciones entre planes, que se concretan en relaciones de prevalencia basadas en la jerarquía y/o en la competencia por razón de la materia⁶¹;
 - b) los planes y el resto de las normas de desarrollo deben coordinarse con otras disposiciones que puedan ser aprobadas con posterioridad, en el caso de haber sido aprobadas en ausencia de plan superior o del plan competente por razón de la materia. La coordinación se logra mediante reglas legales que ordenan las relaciones entre esas normas: vigencia *versus* pérdida sobrevenida de eficacia⁶²;
- ii. mecanismos de coordinación administrativa: en el plano organizativo se pueden prever órganos u organismos que permitan articular la colaboración interadministrativa y la coordinación final en la toma de decisiones. A tal efecto, se habilitaría su intervención tanto a lo largo de los procedimientos de aprobación de los planes territoriales y del resto de normas de desarrollo con incidencia territorial –tanto a nivel autonómico, como local–, como en los procedimientos de aprobación de instrumentos de gestión territorial. La finalidad será asegurar que todos ellos respetan los objetivos estratégicos de la ley en materia de OT y, por extensión, sean coherentes con el sistema territorial. En el siguiente epígrafe se abordará extensamente este aspecto.

II.2.2.5.2

Esta forma de concebir el modelo territorial requiere un cambio trascendente en el modo en que se evalúa y se controla la

⁶¹ Un ejemplo en los arts. 55 a 57 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

⁶² En el sentido, por ejemplo, de los arts. 55.2, 56.2 y 57.1 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

coherencia y la efectividad de la política territorial. Nada de lo que voy a decir excluye o dificulta el control de legalidad. Esto va de suyo. Lo que se quiere trasladar es la idea de que el modelo territorial propuesto se adapta bien a otras formas de control perfectamente compatibles con el control jurisdiccional. Es más, el éxito del modelo territorial propuesto se basa, en buena medida, en la efectividad de estas otras formas de control.

La razón para afirmar algo así se encuentra en las características inherentes de los campos de acción que afectan al territorio. La complejidad y el dinamismo de la fenomenología que afecta al territorio demandan nuevas formas para encauzar la toma de decisiones y su sucesiva revisión. Por este motivo, es necesario prever procesos de compartición de información, de aprendizaje, de generación de sinergias y de nuevos conocimientos... Todo esto enfocado, por añadidura, en lograr consensos que permitan tomar decisiones, ajustar la práctica administrativa e incorporar nuevas experiencias. En definitiva, el control no se debe concebir como un freno implacable que impide la instauración del modelo territorial —como sucede con la declaración de invalidez de los planes—, sino como un proceso flexible de aprendizaje, de adaptación y de mejora.

Una política tan compleja como la territorial demanda la implantación de controles orientados a evaluar su eficacia y su eficiencia. En primer lugar, se trataría de evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos por parte de los planes, proyectos, acciones y medidas aprobadas; si estos se ajustan a los objetivos, determinaciones y criterios de ordenación general; si se detectan irregularidades, ineficiencias, desajustes o cualquier otra incidencia que merezca ser adaptada o suprimida; si los medios empleados para conseguir los objetivos han sido adecuados y razonables, etc.

Del mismo modo, tan importante como todo lo anterior es analizar si los procedimientos previstos son adecuados para alcanzar los objetivos y para mejorar los resultados, proponiéndose, en su caso, revisar los procesos de actuación... En definitiva, en el modelo territorial propuesto el control estaría enfocado al seguimiento y a la mejora, asumiendo un papel iterativo que impone generar procesos

continuos para ajustar, adaptar y corregir la *praxis*, consolidando procesos cada vez más eficaces y eficientes.

Esta forma de control podría encauzarse mediante auditorías operativas y de evaluación de políticas públicas⁶³. Las primeras permitirían un análisis caso a caso —plan a plan, proyecto a proyecto—, mientras que la visión holística de las segundas permitiría analizar tanto la efectividad global de las políticas territoriales, como su sostenibilidad, su aptitud en el empleo de los recursos públicos o su incidencia real en la sociedad, su capacidad transformadora, su transparencia, etc.

Estos mecanismos de control se ajustan bastante bien a un modelo territorial abierto a una perspectiva *bottom-up* como aquí se propone. Apostar por un modelo territorial inmediatamente operativo —con acciones de gestión territorial a diferente escala— requiere facilitar tanto su seguimiento, como su adaptación sucesiva a nuevas exigencias, determinaciones y criterios de ordenación. El resultado de ese seguimiento y la evaluación de los distintos instrumentos permitirá en última instancia revisar objetivos, mejorar la coordinación, corregir errores, etc. La clave está en que los resultados de cada iteración sean el punto de partida de la siguiente, siempre, lógicamente, de conformidad con los objetivos, criterios y determinaciones establecidas de forma general.

II.3 UN CAMBIO A NIVEL ORGANIZATIVO Y PROCEDIMENTAL

II.3.1

La OT es por antonomasia una competencia cuya efectividad implica la colaboración administrativa. No hay Administración que,

⁶³ En España ese enfoque a la evaluación de políticas se completa en la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado. La evaluación y la auditoría operativa pueden formar parte, desde una visión transversal y complementaria, de un mismo ecosistema de evaluación, pues ambas comparten conocimientos, enfoques y herramientas. De hecho, es habitual afirmar que la evaluación de políticas y la auditoría no se diferencian tanto.

de forma más o menos intensa, no ostente algún título competencial que incida en el territorio. Las decisiones a nivel territorial son una composición de esos intereses concurrentes, de ahí que sea fundamental determinar quién y cómo se adoptan esas decisiones.

Precisamente por lo dicho, la regulación de las cuestiones formales de tipo organizativo y procedimental adquieren una relevancia especial en esta materia. Es clave instaurar fórmulas organizativas y procedimentales que encaucen la toma de decisiones coordinadas a distintos niveles administrativos, en todo caso enfocadas a la satisfacción de los objetivos estratégicos generales que configuran el sistema territorial. La eficacia y la legitimidad de las decisiones depende en buena medida de esos aspectos formales⁶⁴.

II.3.2

En el plano organizativo se debe apostar decididamente por fórmulas que favorezcan la colaboración interadministrativa. Una OT que abordara unilateralmente la ordenación y la gestión territorial sería incompatible con la ordenación y la gestión del paisaje, del patrimonio cultural y de las “infraestructuras verdes” que, por definición, son multinivel y multiescalares. La legitimidad de la toma de decisiones, ya se ha dicho, depende en buena medida de cómo se adoptan esas decisiones. La complejidad inherente de la OT cuestiona la legitimidad excluyente de la Administración territorial que decida abordar una política de ordenación y gestión territorial en solitario. Una suerte de, llamémoslo, un “gobierno cooperativo” del territorio sería un paso fundamental para que todas las Administraciones asuman y cumplan las decisiones en las que participan.

Una primera medida sería otorgar la relevancia adecuada a la constitución de órganos mixtos de cooperación y de coordinación interadministrativa. En todo caso, se trataría de órganos colegiados (art. 15 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

⁶⁴ Quién y cómo se adoptan las decisiones –*input legitimacy*– fomenta resultados razonables y aceptables y, por ello, efectivos –*output legitimacy*–. Sobre esto Agudo González (2013, p. 99 y ss.).

del Sector Público) integrados en la estructura organizativa de la Comunidad Autónoma con la participación de las CCLL y con representantes de la Administración General del Estado⁶⁵. No quiero decir con esto que no puedan existir ya algunos ejemplos en nuestro ordenamiento (véase RANDO BURGOS, 2017, p. 213 y ss.), sino que es necesario fomentar su creación, consolidar su actividad y dotarles de los medios necesarios para que su protagonismo y sus funciones sean fundamentales, superando los conflictos tan frecuentes en nuestro país que anteponen la titularidad de la competencia sobre los intereses comunes. Ha sido tan habitual la falta de una visión sistémica de los fenómenos, el predominio de aproximaciones sectoriales y la defensa tradicional de la información como patrimonio propio, entre otros aspectos, que todo ello ha ayudado a dificultar no ya la cooperación, sino una coordinación que no siempre se acata con plena efectividad.

También es absolutamente necesario que esos órganos sean verdaderos órganos de colaboración/cooperación que sirvan para el propósito de constituirse en sedes permanentes de negociación, consenso y concertación de intereses. La Administración autonómica, como titular de la competencia en materia de OT, debe asumir una función directiva a la que no puede renunciar y que, en última instancia, le obligará a coordinar y tomar la última palabra en caso de disenso. Ahora bien, esto no es incompatible con priorizar la adopción consensuada de decisiones, fomentando la integración de políticas y poniendo en práctica un “gobierno cooperativo” de la OT⁶⁶.

⁶⁵ La Disposición Adicional 8ª del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, prevé que la Administración del Estado pueda “participar en los procedimientos de ordenación territorial y urbanística en la forma que determine la legislación en la materia” y, más específicamente, prevé la posibilidad de participar en “órganos colegiados de carácter supramunicipal”.

⁶⁶ El Objetivo Estratégico 10 de la Agenda Urbana Española, en su Objetivo específico 10.2 “Asegurar la participación ciudadana, la transparencia y favorecer la gobernanza multinivel”, incluye líneas de actuación como “Fomentar y favorecer la gobernanza multinivel entre el planeamiento territorial y el urbanístico, mediante la utilización de fórmulas supramunicipales o de coordinación y colaboración interadministrativa” o “Potenciar los instrumentos de colaboración horizontal junto a los de carácter sectorial como forma de conseguir una visión de conjunto que optimice el uso de los recursos, en todos los ámbitos de la Administración Pública”.

Cabría pensar en la atribución a esos órganos de competencias que vayan más allá de las de consulta e informe que habitualmente ostentan los órganos existentes en la legislación vigente. Se podría pensar en órganos con funciones de asistencia jurídico-técnica, consulta o informe, seguimiento y evaluación, pero también de propuesta de resolución e, incluso, de aprobación.

Concretamente, se podría crear más de un órgano. Me explico. En primer lugar, quizás no sea irrazonable constituir un órgano que asuma funciones de asistencia técnica, análisis y elaboración de información. En varias CCAA se han constituido Observatorios del Territorio formado por expertos a los que se les otorga estas funciones de tipo técnico. Creo que son una buena solución para auxiliar a las Administraciones a preparar acciones, medidas, proyectos y planes adaptados a las líneas estratégicas y objetivos establecidos en la legislación de OT.

Sin embargo, las funciones de más relevancia jurídica como las de decisión, propuesta de resolución o el informe preceptivo, debería asignarse a aquel órgano colegiado antes referido en el que tengan representación las Administraciones territoriales bajo la dirección de un representante del departamento competente en materia de OT de la Comunidad Autónoma. En caso de que la competencia para aprobar definitivamente una acción correspondiera a las CCLL, el órgano colegiado debería pronunciarse mediante un informe preceptivo y con eficacia obstativa. Si la competencia fuera de la propia Comunidad Autónoma, podríamos pensar en la misma solución anterior o, por qué no, en la atribución de funciones de propuesta de resolución o, incluso, por ejemplo, de resolución definitiva en caso de discrepancias entre los departamentos.

Por último, con anterioridad se expuso la importancia creciente de las funciones de seguimiento, evaluación y control. En el plano organizativo, el otorgamiento de estas funciones es primordial si se desea que el sistema sea coherente y efectivo. A los efectos

La Estrategia Local de Economía Circular también apuesta por la cooperación. En la Medida 17 “Definir un modelo que fomente la compacidad, la regeneración y la resiliencia urbana”, se apuesta por “Favorecer la cooperación multinivel entre todas las administraciones para que exista coherencia operativa”.

de su atribución habría que tener en cuenta que estas funciones se articulan a través de técnicas como las auditorías operativas y de evaluación de políticas públicas. Tenemos varios ejemplos en nuestro ordenamiento de órganos y organismos especializados con funciones de esa naturaleza: desde los órganos de control externo – OCEx– de las CCAA, pasando por la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas, para llegar al Tribunal de Cuentas mediante su función fiscalizadora. Estos órganos podrían asumir esa tarea. Piénsese que estos órganos han ido ampliando progresivamente su objeto de control⁶⁷, lo que permite vislumbrar la posibilidad de establecer mecanismos de fiscalización orientados a lograr objetivos de sostenibilidad territorial.

II.3.3

En la vertiente procedimental, la complejidad de la materia no debería dar lugar, sin embargo, a procedimientos excesivamente burocráticos⁶⁸. Todo lo contrario, habría que apostar verdaderamente por la simplificación y la acumulación de trámites, por fórmulas de negociación y consenso que sustituyan o den contenido a los informes, por la integración de fines de alcance territorial en otros trámites consolidados –como la evaluación ambiental–, por una participación pública efectiva... Asimismo, es indispensable otorgar a cada trámite la eficacia que le corresponde según su relevancia y su celebración debe tener lugar en el momento en que esa eficacia sea más intensa y acorde con la trascendencia del trámite⁶⁹.

⁶⁷ Téngase en cuenta, por ejemplo, que el art. 9.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, modificado por Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, establece que la función fiscalizadora del Tribunal se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público, entre otros principios, al de sostenibilidad ambiental.

⁶⁸ El Objetivo Estratégico 10 de la Agenda Urbana Española, incluye líneas de actuación dentro de los Objetivos específicos 10.1 y 10.2 como “Agilizar y unificar procedimientos de tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento” o “Buscar la mayor eficacia y eficiencia de las Administraciones Públicas evitando las duplicidades entre ellas y las disfunciones”.

⁶⁹ Me remito a Agudo González (2018, p. 266 y ss.) con reflexiones trasladables a este punto.

El diseño de los procedimientos es fundamental para que sean una garantía de que los objetivos territoriales se van optimizando. Sobre esta cuestión algunas consideraciones:

- la constitución de órganos colegiados mixtos contribuiría a que los trámites de consultas se convirtieran en algo más que emitir un informe. Podría servir para negociar e intentar llegar a un punto de acuerdo donde las fricciones de los intereses y las competencias propias y ajenas admitan soluciones adecuadas, necesarias y ponderadas⁷⁰. Por otro lado, el resultado de las deliberaciones debería dar lugar a un informe conjunto, pero desagregado por Administraciones, que motive las conclusiones adoptadas. El trámite debería ser preceptivo tanto para la aprobación de reglamentos y planes u otros instrumentos de ordenación de desarrollo, como para la aprobación de instrumentos de gestión, máxime en caso de ausencia de planes territoriales. Asimismo, su eficacia debería ser cuanto menos obstativa, de modo que las decisiones que no se adapten al informe no pudieran ser definitivamente aprobadas;
- en caso de que sea preceptiva la EIA o la EAE, habría que apostar porque el análisis de la integración en el sistema territorial se integre en estos instrumentos de evaluación. La legislación territorial debe garantizar la evaluación de los impactos territoriales en las evaluaciones ambientales. Esto que se propugna no es algo desconocido, todo lo contrario, pues las evaluaciones ambientales consideran los impactos en el paisaje, el patrimonio cultural y desde luego en las “infraestructuras verdes”⁷¹. Así pues, para toda actuación

⁷⁰ En el ámbito de las labores de consulta e informe esto no es algo nuevo. Por ejemplo, la Disposición Adicional 2ª.4 de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, prevé ya la negociación previa a la emisión de los informes de competencia de la Administración del Estado. La disposición establece que la Administración estatal, en el ejercicio de sus competencias, emitirá informe en la instrucción de los procedimientos de aprobación de los planes territoriales y urbanísticos, que “serán evacuados, tras en su caso, los intentos que procedan de encontrar una solución negociada [...]”.

⁷¹ El Objetivo Estratégico 10 de la Agenda Urbana Española, incluye una línea de actuación dentro del Objetivo específico 10.1 relativa a “Generar un marco normativo que promueva una integración adecuada de la tramitación ambiental y

sometida a EIA o EAE, el informe referido en el punto anterior debería integrarse en el trámite de consultas de estos procedimientos;

- asimismo, es fundamental otorgar la relevancia debida a la participación del público, como una muestra de la evolución hacia la incorporación de elementos de gobernanza participativa y colaborativa⁷². Esta exigencia, por otro lado, es coherente con la idea de que la patrimonialización del territorio está íntimamente conectada con las identidades de las personas que viven el territorio. Respetar las percepciones y las emociones que han forjado esa identidad parece fundamental, no sólo para salvaguardar el patrimonio sobre el que se han construido, sino también para que quienes lo viven, asuman un compromiso con las decisiones adoptadas;
- los controles de seguimiento y evaluación deberían articularse mediante procedimientos *ex post* y sucesivos, esto es, posteriores a la aprobación del instrumento sometido a evaluación o control y, a continuación, de forma reiterada y periódica. Las adaptaciones que fueran necesarias a la luz de las sucesivas evaluaciones deberían generar la obligación de modificar los planes, proyectos y acciones revisadas. En cualquier caso, deberían formalizarse procedimientos sencillos. Sobre este particular habría de apostar porque

la de los planes urbanísticos o territoriales, propugnando una simultaneidad en los trámites”. En esta dirección, también la línea de actuación 6.11 de la Meta 6 de la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas “Integrar la Infraestructura Verde en todas las fases del procedimiento de Evaluación Ambiental de planes, programas y proyectos”.

⁷² Esos avances están en la línea del Objetivo Estratégico 10 de la Agenda Urbana Española. Concretamente, cuyo Objetivo específico 10.2 incorpora líneas de actuación dirigidas a “Garantizar un procedimiento participativo abierto a toda la ciudadanía que sea previo al procedimiento formal de elaboración de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística como forma de asegurar una verdadera participación ciudadana”, “Fomentar la participación en el diseño, seguimiento y evaluación de políticas públicas” o “Integrar la participación en el planeamiento de manera real y efectiva durante todo el proceso y más allá de los trámites obligatorios de información al público y alegaciones”.

En esta dirección, también la Meta 7 de la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas “Asegurar la adecuada comunicación, educación y participación de los grupos de interés y la sociedad en el desarrollo de la infraestructura verde”.

los promotores de esas actuaciones procedieran a los ajustes precisos con apoyo de los órganos de asistencia – Observatorios del Territorio–, requiriendo su validación – informe favorable/aprobación– del órgano colegiado mixto.

III CONCLUSIONES

El territorio y los fenómenos que inciden sobre el territorio son dinámicos y evolucionan constantemente. Los requerimientos políticos y normativos a nivel internacional, europeo y nacional nos muestran nuevos vectores de acción que de forma sobrevenida condicionan cómo concebir la OT. La OT, sin embargo, no ha evolucionado al mismo ritmo que esas exigencias políticas y jurídicas. Sigue anclada en un paradigma que, en buena parte de España, no ha logrado implantarse con efectividad.

Ni cómo entendemos el territorio, ni cuáles deben ser los objetivos de una política territorial actual es algo que haya sido incorporado definitivamente en la legislación territorial de las CCAA. No se quiere decir que no haya CCAA diligentes, no se quiere decir que no haya magníficos ejemplos sobre cómo debe materializarse la OT, lo que se quiere decir es que esos supuestos destacables están muy lejos de ser la regla general.

En este trabajo se ha querido hacer un esbozo sobre cómo “reformular” la OT como una competencia con mayor identidad propia. El lector atento se habrá dado cuenta de que todas las sugerencias hechas no presentan grandes novedades, al menos, si éstas son tenidas en cuenta de forma singularizada. Ahora bien, sí que es original aplicarlas de forma sistemática a la OT. También creo que esta construcción alternativa supone un cambio significativo en el sentido en que la OT ha sido trasladada a las legislaciones y planes en la materia. Creo, por fin, que se justifica decir que la propuesta presentada supone propugnar una evolución en el paradigma existente sobre la OT en España.

La OT es una de esas competencias que extiende sus tentáculos por múltiples ámbitos. Su papel es determinante y muy

complejo. Su fracaso, sin embargo, ha hecho que la OT no haya logrado la relevancia que le corresponde. Por esta razón, quizás sea el momento de plantearnos “hacer OT” de otra forma.

BIBLIOGRAFÍA

AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen. La ordenación del territorio: su articulación con las políticas sectoriales y con la autonomía local. En: **Revista Vasca de Administración Pública**, Vitoria-Gasteiz, Ed. Gobierno Vasco = Esusko Jaurlaritza: Instituto Vasco de Administración Pública – Administrazio Publikoaren Euskal Institutua, v. 79, n. 2, p. 357-400, 2007.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. El gobierno del territorio: régimen jurídico de la ordenación del territorio. En: SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (Dir.). **Derecho urbanístico de canarias**. Madrid: La Ley-El Consultor, 2009.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. La formalización jurídico-administrativa de la Ordenación del Territorio en España. En: VINUESA ANGULO, Julio; GALIANA MARTÍN, Luis (Coord.). **Teoría y práctica de la ordenación del territorio**. Madrid: Síntesis, 2010.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. **La función administrativa de control**. Madrid: Civitas, 2018.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. La ordenación del territorio y del paisaje: hacia la valorización de todo el territorio: bases para un nuevo modelo regulativo para la ordenación del territorio. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Coord.). **La proyección del derecho administrativo peruano**. Lima: Palestra, 2019.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. La transformación urbanística del suelo no urbanizable: proyectos territoriales de interés autonómico y reservas de suelo. En: **Revista Vasca de Administración Pública**, Vitoria-Gasteiz, Ed. Gobierno Vasco = Esusko Jaurlaritza: Instituto Vasco de Administración Pública – Administrazio

Publikoaren Euskal Institutua, v. 89, p. 15-54, 2011.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Paisaje y gestión del territorio. En: **Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, Ed. Dykinson, v. 15, p. 197-237, 2007.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Sobre la europeización del derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo. En: **Revista Española de Derecho Europeo**, Madrid, Ed. Marcial Pons, v. 45, p. 61-111, 2013.

BAÑO LEÓN, José María. La obsolescencia de la idea de plan general. En: **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época**, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, n. 13, p. 6.21, 2020.

BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Manuel. La insoportable rigidez del Plan General Urbanístico. La necesidad de un cambio de modelo En: **Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales**, Madrid, Ed. Ministerio de Fomento / Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo, v. 201, p. 451-466, 2019.

BIELZA DE ORY, Vicente; MIGUEL GONZÁLEZ, Rafael de. El patrimonio cultural, componente de la ordenación del territorio. En: **Revista Aragonesa de Administración Pública**, Aragón, Ed. Diputación General de Aragón: Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, v. 10, p. 185-208, 1997.

CAÑIZARES RUIZ, María del Carmen. Paisaje, patrimonio e identidad territorial: claves históricas y desafíos actuales. En: **Naturaleza, territorio y ciudad en un mundo global: XXV Congreso de la Asociación de Geógrafos Españoles**. Madrid: UAM, 2017. p. 1.725-1.744.

ELORRIETA SANZ, Berezi.; OLCINA CANTOS, Jorge. Infraestructura verde y ordenación del territorio en España. En: **Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales**, Madrid, Ed.

Ministerio de Fomento / Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo, v. 207, p. 23-46, 2021.

FABEIRO MOSQUERA, Antonio. La protección del paisaje: su creciente importancia en el ámbito internacional y la dispersión de instrumentos jurídicos para su protección integral en el derecho español. En: **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, Ed. Cívitas, n. 131, p. 517-547, 2006.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. **Actividad pública y privada en materia de recursos naturales y rurales: la infraestructura verde y la custodia del territorio**. Salamanca: Ratio Legis, 2023.

GARCÍA GARCÍA, Sara. **Los servicios ambientales en el derecho español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

GARCÍA URETA, Agustín; SORO MATEO, Blanca (Dir.). **Restauración y compensación ecológica: la perspectiva jurídica**. Madrid: Iustel, 2023.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. **Urbanismo y ordenación del territorio**. Cizur Menor: Aranzadi, 2005.

HILDEBRAND SCHEID, Andreas. La política del territorio de las comunidades autónomas: balance crítico y propuestas para la mejora de su eficacia. En: **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, Ed. RDU, n. 230, 2006.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki; LAZCANO BROTONS, Iñigo. Protección del paisaje, ordenación del territorio y espacios naturales protegidos. En: **Revista Vasca de Administración Pública**, Vitoria-Gasteiz, Ed. Gobierno Vasco = Eusko Jaurlaritza: Instituto Vasco de Administración Pública – Administrazio Publikoaren Euskal Institutua, v. 70, 2004.

LONGO MARTÍNEZ, Francisco. La administración pública en la era del cambio exponencial: hacia una gobernanza

exploratoria. En: **Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas**, Vitoria-Gasteiz, Ed. Gobierno Vasco = Esusko Jaurlaritza: Instituto Vasco de Administración Pública – Administrazio Publikoaren Euskal Institutua, v. 3, p. 52-73, 2019.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Marina; TEJEDOR CABRERA, Antonio; LINARES GÓMEZ DEL PULGAR, Mercedes. Indicadores de paisaje: evolución y pautas para su incorporación en la gestión del territorio. En: **Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales**, Madrid, Ed. Ministerio de Fomento / Dirección General de Arquitectura, Vivenda y Suelo, v. 206, p. 719-738, 2020.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta; VAQUER-CABALLERÍA, Marcos. **El derecho territorial y urbano en Latinoamérica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

MANERO MIGUEL, Fernando; GARCÍA CUESTA, José Luis (Coord.). **Patrimonio cultural y desarrollo territorial**. Cízur Menor: Aranzadi, 2016.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, Celia. Patrimonialización del territorio y territorialización del patrimonio. En: **Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada**, Granada, Ed. Universidad de Granada / Departamento de Historia del Arte, v. 39, p. 251-266, 2008.

MATA OLMO, Rafael. **Integración de los espacios naturales protegidos en la ordenación del territorio**. Madrid: Europarc-España, 2005.

MATA OLMO, Rafael. Un concepto de paisaje para la gestión sostenible del territorio. En: MATA OLMO, Rafael; TARROJA I COSCUELA, Alexandre (Coord.). **El paisaje y la gestión del territorio**. Barcelona: Diputación de Barcelona, 2006. p. 17-46.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Ordenación del territorio supramunicipal y urbanismo municipal: una distinción imposible a la vista de las actuaciones de interés regional. En: GIFREU I FONT, Judith; BASSOLS COMA, Martín; MENÉNDEZ

REXACH, Ángel (Dir.). **El derecho de la ciudad y el territorio:** estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunes. Madrid: INAP, 2016. p. 337-350.

MULERO MENDIGORRI, Alfonso. De los espacios protegidos a las infraestructuras verdes en España: un balance crítico. En: **Naturaleza, territorio y ciudad en un mundo global: XXV** Congreso de la Asociación de Geógrafos Españoles. Madrid: UAM, 2017. p. 414-432.

PAREJO ALFONSO, Luciano José. Ordenación del territorio y medio ambiente. En: **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, Ed. RDU, n. 146, p. 131-178, 1996.

PRIETO CERDÁN, Antonio. Infraestructura verde como instrumento de ordenación de territorio: análisis multiescalar. 2021. 323 hojas. Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho)– Programa de Doctorado en Filosofía y Letras, Universidad de Alicante, Alicante, 2021.

RANDO BURGOS, Esther. La gestión territorial como respuesta: el necesario avance de las políticas territoriales. En: **Actualidad Jurídica Ambiental**, Madrid, Ed. Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental / Ministerio de Ciencias e Innovación, n. 150, 2024.

RANDO BURGOS, Esther. **La ordenación del territorio en España:** análisis jurídico de los instrumentos de gestión. Málaga: UMA, 2017. (Colección *Tesis*).

RANDO BURGOS, Esther. **Régimen jurídico de la gestión territorial.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván; CABEZAS MANOSALVA, Nicolás (Coord.). **Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano:** competencias, instrumentos de planificación y desafíos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

SILVA PÉREZ, Rocío; FERNÁNDEZ SALINAS, Victor. The limitless concept: the new heritage paradigm and its relation to space. En: MANERO MIGUEL, Fernando; GARCÍA CUESTA, José Luis (Coord.). **Territorial heritage and spatial planning**. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017. p. 57-84.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel. Planes territoriales y urbanísticos: situación actual y perspectivas de futuro. En: **WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal**, Malaga, Ed. UMA, v. 4, n. 1, p. 50-67, 2016.

URIARTE RICOTE, Maite; LOZANO CUTANDA, Blanca; SANZ RUBIALES, Iñigo. **Conectividad ecológica y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch y Cunef, 2024.

VAQUER-CABALLERÍA, Marcos. El desgobierno del territorio. En: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo: XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo**. Madrid: Universidad San Pablo-CEU, 2016.

VAQUER-CABALLERÍA, Marcos. El urbanismo supramunicipal: su auge, su necesaria diferenciación de la ordenación del territorio y sus límites. En: **Revista Digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, Ed. Universidad Extremado de Colombia, n. 7, p. 115-138, 2012.

VAQUER-CABALLERÍA, Marcos. Planes territoriales y planes urbanísticos: otra extraña pareja. En: **Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales**, Madrid, Ed. Ministerio de Fomento / Dirección General de Arquitectura, Vivenda y Suelo, v. 217, p. 667-678, 2023.

VERA REBOLLO, José Fernando; OLCINA CANTOS, Jorge; SANZ-PARDO TRUJILLO, Alejandro. La incorporación de la infraestructura verde en la ordenación territorial. En: **Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales**, Madrid, Ed. Ministerio de Fomento / Dirección General de Arquitectura, Vivenda y Suelo, v. 201, p. 467-490, 2019.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. **Ordenación del territorio y planificación urbana en el Perú**. Lima: Palestra, 2023.

ZOIDO NARANJO, Florencio. La Convención Europea del Paisaje y su aplicación en España. En: **Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales**, Madrid, Ed. Ministerio de Fomento / Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo, v. 128, p. 275-282, 2001.

ZOIDO NARANJO, Florencio (Dir.). **El paisaje en la práctica de la ordenación del territorio**. Sevilla: AOPJA-SGOTU y CEPT, 2014.

Recebido em: 26-2-2025

Aprovado em: 7-4-2025

LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ARGENTINA REFORMADA POR LA LEY DE BASES Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN¹

Luis Eduardo Rey Vázquez²

SUMÁRIO. I Introducción. II Ámbito de aplicación. III Acerca De las funciones estatales. IV Casos donde la CSJN se “auto excluyó” De la aplicación de normas nacionales. V Alguna consideración respecto de la acordada CSJN n.º 34-2024. VI Conclusiones. Referencias.

¹ **Como citar este artículo científico.** REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. La ley nacional de procedimientos administrativos de Argentina reformada por la ley de bases y su ámbito de aplicación. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 183-206, jan.-abr. 2025.

² El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Profesor Titular de Derecho Administrativo, Cátedra “A”, y de Derecho Procesal y Procedimental Administrativo, Cátedra “C”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado. Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes. *E-mail:* lereyvazquez@yahoo.com.ar

I INTRODUCCIÓN

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos – Decreto Ley 19.549 y modificatorias –(en adelante LNPA), ha sido objeto recientemente de una reforma en diferentes aspectos por la denominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” N.º 27.742 (en adelante Ley de Bases).

A pesar de su denominación, la primera contiene prescripciones sustantivas relativas al acto administrativo, así como las vinculadas al agotamiento de la vía administrativa para la posterior impugnación judicial, dada la inexistencia hasta el momento de un Código Procesal Administrativo en el orden Federal.

Muchos autores han analizado la magnitud de la reforma, por lo que quisiera centrarme en la ampliación de su ámbito de aplicación, y en especial, en lo atinente a los restantes Poderes del Estado y su actividad materialmente administrativa, en especial el Judicial, a raíz de la Acordada dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) –N.º 34 del 4-11-2024– por la que aparentemente se auto excluye de los alcances de la LNPA.

II ÁMBITO DE APLICACIÓN

Un primer aspecto es relativo al ámbito de aplicación (artículo 24 de la Ley de Bases, modificatoria del art. 1.º de la Ley 19.549), que ahora se expande no sólo al Poder Ejecutivo –que ve ampliado el espectro, pues como regla se aplica a los organismos militares y de defensa y seguridad–, sino también a los Poderes Legislativo y Judicial y del Ministerio Público Nacional, en tanto ejerzan función administrativa, así como de manera supletoria a los entes públicos no estatales, a las personas de derecho público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales (incisos a) y b)).

Respecto a los entes públicos no estatales, en su momento la CSJN calificó como tal al Colegio Público de Abogados de Capital Federal, y a sus actos le asignó carácter administrativo, resultando

aplicable la ley 19.549 de procedimientos administrativos³.

Excluye⁴, no obstante, 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. Los entes mencionados en este inciso c), así como el Banco de la Nación Argentina, se registrarán en sus relaciones con terceros por el derecho privado.

Habrá que ver, no obstante, el criterio sostenido en su día por la CSJN⁵, cuando sostuvo que el concepto amplio de “descentralización” incluye también a los entes estatales con forma societaria (remito a REY VÁZQUEZ, 2012, p. 977-992; REY VÁZQUEZ, 2011a, p. 39-65; REY VÁZQUEZ, 2011b, p. 49-74), aún si soslayamos la posición extrema que sostiene el carácter público de tales sociedades (tal la posición de GORDILLO, 2010, capítulo XIV, p. 6-7).

Incluso por remisión a dicho precedente, la CSJN (CSJN, 10/11/2015, “Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora”, Fallos 338:1258) sostuvo la sujeción de la empresa YPF SA donde el Estado nacional posee el 51 % de las acciones, a las normas del entonces Decreto N.º 1172/2003 que, entre otros reglamentos, aprobó el relativo al acceso a la información pública.

³ Ambas cuestiones resueltas en la causa Competencia N.º 360. XXIV.; “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Martínez Echenique, Benjamín s/ cobro de sumas de dinero sumario”, 01/09/1992. Fallos 315:1830. Han comentado dicho fallo Monti y Muratorio (1993, p. 517-531); y Canosa (1993, p. 232-241).

⁴ Inciso c). La exclusión está en línea con lo reglado por el Código Civil y Comercial, en vigor desde agosto de 2015, cuando prevé en su artículo 149 que “La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”.

⁵ CSJN, 12/05/1988, “La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. v. Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, Fallos 311:750; también en Revista El Derecho, 129-266, con nota de Bianchi, Alberto B. (1988), “Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa”. Véase también el CSJN, 31/10/1989, “Fernando Victorino Coifin y Otros c/ Servicios Electrónicos del Gran Buenos Aires S.A. (SEGBA)”, Fallos 312:2050.

O también por lo resuelto por la CSJN en un caso de conflicto entre una SA con participación estatal total y un ente descentralizado⁶, expresando en esa oportunidad por mayoría, que las actuaciones principales debían ser sometidas al régimen de resolución de conflictos interadministrativos. Tuvo en cuenta para ello que el Correo Oficial es una sociedad anónima cuya composición accionaria es íntegramente propiedad del Estado Nacional por lo que es uno de los sujetos alcanzados por dicho régimen (sin que obste a ello el hecho de que se trate de una sociedad regida predominantemente por el derecho privado) y también que se hallaba cumplido el requisito esencial de tratarse de un conflicto pecuniario dada la naturaleza de la pretensión de la AFIP.

III ACERCA DE LAS FUNCIONES ESTATALES

Como tuve ocasión de analizar oportunamente (remito a REY VÁZQUEZ, 2021, p. 631-653), la voz “Administración” es susceptible de diversas acepciones. No obstante, pocos autores se ocuparon de desentrañar tales significados, que van desde la noción etimológica, vulgar, sentidos económico social, político y jurídico, y dentro de este último tanto en el campo del derecho público como del derecho privado (para una completa referencia de cada uno de dichos significados, puede verse: REVIDATTI, 1984, p. 1 y ss.; ROQUEL; GRANDO; REY, 2009, p. 13 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, 1949, p. 2 y ss.). A su vez, entrando en el campo jurídico, podemos hallar tres subdivisiones, a saber: subjetivo, que alude a un órgano o sujeto; objetivo o material, que alude a la actividad desplegada por un sujeto determinado; y formal, que pone el énfasis en el régimen jurídico que regula una cierta actividad desarrollada por un cierto sujeto⁷.

⁶ CSJN, 27/09/2022, “Correo Oficial de la República Argentina S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ benef. de litigar sin gastos”, Fallos 345:1044.

⁷ Conf. Revidatti, 1984, p. 10 y ss. A su vez, dentro de cada sentido objetivo y formal hallamos diversos criterios que desarrolla el citado autor. Al definir los sentidos de la voz “Administración”, dentro de los sentidos jurídico y formal, enseña el autor que “[...] lo que caracteriza a lo *administrativo*, es la manera como se prevé en ella el uso del Poder, o de otras prerrogativas públicas. En otros términos, lo que es típico de este tipo de normas es que pone el Poder Público –u otras prerrogativas– a disposición de un funcionario –generalmente– para asegurar el cumplimiento de la

Por tal motivo, podemos hablar de actividad jurisdiccional desde el punto de vista material u objetivo, y sin embargo formalmente no será jurisdiccional sino administrativo el acto emanado como consecuencia de dicha actividad, por hallarse regido por el régimen jurídico propio del acto administrativo, manifestación más palmaria de la función administrativa.

Por función administrativa cabe entender –siguiendo a Gordillo– toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y judicial excluidos los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales respectivamente, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares en virtud de una potestad conferida por el Estado (GORDILLO, 1997, p. V-29).

obligación a que se refiere la norma (REVIDATTI, 1984, p. 61 y ss.). Agrega el autor que: “[...] Eso hace que este tipo de norma tenga una forma de aplicación y un tipo de vigencia que le es característica. Ella se aplica directamente por la autoridad que la dictó, o por otro órgano, pero sin un previo proceso declarativo; así se asegura que pueda compeler a cumplir la prestación u obligación a que aquella se refiere sin un largo procedimiento previo en caso de *incumplimiento*. Eso es lo que se conoce como *ejecutoriedad o ejecutividad* [...]”. Puntualiza luego –(REVIDATTI, 1984, p. 63)– que “Sin pretender dar aquí una explicación exhaustiva del tema, basta con señalar que lo que sucede en estos casos es que si estas normas contienen – como no podría ser de otra manera – todos y cada uno de los elementos que son esenciales en una norma jurídica, ellas admiten que se obligue primero a ejecutar la conducta debida y aplicar de inmediato el poder necesario para obtener su cumplimiento y solamente después, someter a análisis independiente y sereno la cuestión de si hubo o no necesidad de recurrir a tal empleo de poder y establecer, en su caso, las responsabilidades correspondientes [...]”. Más adelante –(REVIDATTI, 1984, p. 70)– agrega que: “Mientras en Derecho Privado el no cumplimiento estricto de la conducta genera simplemente la obligación de cumplir el compromiso contraído y/o de resarcir los perjuicios ocasionados luego de la condena en juicio regular, en el sector público en el cual las normas que nos interesan tienen aplicación, el cumplimiento tardío o resarcimiento posterior no serán eficaces y suficientes y por lo tanto no queda otra posibilidad que asegurar el estricto cumplimiento de la conducta prevista [...]. Por eso, mientras en las otras normas jurídicas el Estado está obligado primero a analizar, luego a resolver y finalmente a disponer la ejecución de una conducta y, en caso de incumplimiento, establecer el resarcimiento, en el sector en el cual nos encontramos, cuando la administración advierte el incumplimiento, queda, allí mismo, habilitada para adoptar las medidas destinadas a asegurar que se realicen los comportamientos necesarios para que sea alcanzado el fin querido cuando se dictó la norma [...]”.

En punto a la conceptualización de acto administrativo, el Profesor Julio Rodolfo Comadira lo definía como “toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros” (COMADIRA, 1996)⁸.

La función de la teoría del acto administrativo –sostenía Comadira, citando a Cassagne y a Gordillo– debe responder, sustancialmente a dos objetivos básicos: “Por un lado, nuclear en el concepto los actos sometidos a un régimen jurídico uniforme. Por otro, elaborar una noción útil para la protección de los derechos, a lo que agregaba dentro de esta última finalidad, la necesidad de pensar, también, en la protección del interés público [...]”.

La recta comprensión de qué se entiende por acto administrativo desde el punto de vista formal, es crucial para detectar cuándo estamos ante un acto de esa naturaleza, con independencia de la denominación que le asigne su autor, o incluso, por las normas constitucionales, legales o reglamentarias que lo designan con nombres ajenos a su naturaleza.

Una de las características del acto administrativo, es la de ser susceptibles de ser sometidos a revisión judicial⁹, dentro de los

⁸ Allí efectúa un análisis detallado de la definición, al que remito.

⁹ En tal sentido, sostuvo el Alto Tribunal de la Nación que: “[...] Una razonable interpretación de las leyes 21.356 y 22.105, armonizando sus preceptos del modo que mejor concuerden con el ordenamiento jurídico vigente y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, lleva a sostener que la inapelabilidad que establece el art. 5 de la primera, o la falta de previsión del art. 62 de la segunda, no importan privar al acto que decreta la intervención de un ente gremial de toda revisión judicial, habida cuenta que a ella, como regla, están sujetos todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos” (CSJN, 15/11/1983, “Cabrera, Carlos Roberto”, Fallos 305:1937).

plazos legales¹⁰ y previo agotamiento de la vía administrativa¹¹, aun cuando tales actos emanen de órganos insertos en la esfera del Poder Judicial.

Resulta igualmente grave que quede inmune al control judicial un acto administrativo –producto de igual función– tanto si emana del Poder Ejecutivo como de los Poderes Legislativo y Judicial, registrándose en un pasado no muy lejano decisiones emanadas de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) que vedaban el control jurisdiccional de sus decisiones dictadas en la esfera de superintendencia¹², producto de confundir quizás las funciones estatales desde los puntos de vista subjetivo, objetivo y

¹⁰ Se ha decidido al respecto que “Los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que dispone el art. 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada” [...] “En consecuencia, si el acto administrativo que se ataca no fue oportunamente impugnado por vía judicial, no es admisible la acción por cobro de pesos o reclamo de daños y perjuicios basados en el accionar ilegítimo de la administración” (CSJN, 20/08/1996, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina”, Fallos 319:1476). En análogo sentido, ver CNACAF, Plenario “Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial 78) s/ cobro de pesos”, 24-04-1986, en Carattini (2004, p. 192 y ss.); CSJN, 20/08/1996, “Nava, Alberto Emilio c. Estado Nacional Secretaría de Inteligencia del Estado S.I.D.E. s/ cobro”, ED, 183-716. Fallos 329:1532).

¹¹ Ha dicho la Corte Suprema que: “Para que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo pueda examinar el fondo de la pretensión, el actor debe cumplir las condiciones de admisibilidad establecidas en el Cód. Procesal y los requisitos específicos establecidos en el título IV de la ley 19.549”, y que “Dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549, el juez de 1ª instancia está facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario “in limine” la pretensión, pues su falta no requiere la expresa denuncia del demandado...” (CSJN, 04/02/1999, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée M. c. Ministerio de Cultura y Educación”, Fallos 322:73). Dicho precedente ha sido ratificado en la causa R. 341. XLIII. “Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/empleo público”, de fecha 28/04/2009 (Fallos 332:875).

¹² Por ejemplo ha sostenido que “[...] si bien cuando el ejercicio de las funciones jurisdiccionales-administrativas da lugar a la aplicación de sanciones por parte de órganos que no integran el Poder Judicial se requiere garantizar una posterior instancia de revisión en esa sede, tal exigencia no es trasladable cuando aquellas atribuciones son cumplidas por los tribunales de justicia, pues por tratarse las correcciones disciplinarias del ejercicio de funciones que se cuentan entre las jurisdiccionales que los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional otorgan al Tribunal, toda impugnación ulterior importaría un patente desconocimiento de la condición suprema de la Corte [...]” (CSJN, 09/11/2000, S. 1804/2000. “Dragonetti de Román, Haydeé c/ Estado Nacional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”, Fallos 323:3672).

formal, pues su carácter de Tribunal Supremo no implica que se menoscabe porque se sometan a control judicial sus actos dictados en ejercicio de funciones administrativas desde el punto de vista formal.

No obstante, con posterioridad la CSJN ha variado dicha posición, entendiendo que

[...] las resoluciones dictadas por esta Corte con el objeto de definir una reclamación de la naturaleza indicada formulada por un funcionario vinculado con este departamento por una relación de empleo público, configuran actos típicamente administrativos que, sin discusión a la luz de los precedentes puntualizados, son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia indicada, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado [...] ¹³.

Utilizó la expresión “órgano administrativo” en forma amplia comprensiva de todo aquel que por ley tenga otorgado el ejercicio de función administrativa, cualquiera fuese la esfera de Poder en que se halle inserto.

¹³ CSJN, 08/04/2008, “*Charpin, Osvaldo José René c/ EN –Poder judicial de la Nación, CSJN– s/ empleo público*”, Fallos 331:536, Considerando 8°), 2° párrafo. Incluso antes en el Considerando 6°) enfatizó rebatiendo la postura que sostuviera el Estado Nacional en la causa expresando que: “[...] la formulación sostenida por el Estado Nacional de que la demanda –al someter un acto administrativo dictado por esta Corte a la revisión de los jueces inferiores de la Nación– introduce una cuestión inmune a todo control judicial, no hace pie en la doctrina que resulta de los precedentes del Tribunal que –para supuestos como el ventilado en el sub lite– ha admitido una estándar de sentido opuesto al indicado, con arreglo al cual los actos emanados de este cuerpo en ejercicio de las funciones típicamente administrativas que le reconoce la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias, están sometidas al control de los tribunales competentes del Poder Judicial de la Nación, con igual alcance al que lo están los actos de naturaleza análoga llevados a cabo por los otros departamentos del gobierno federal (Fallos: 308:666 y sus citas; 308:2026; 311:59; 313:336; 313:427; 315:1059; 316:1551; 320:300; 326:4076 y 329:304, entre muchos otros).

Comentando el caso “Charpin” de la CSJN, ha señalado Buteler que:

Como se sabe, la función administrativa no halla restringido su campo de actuación al ámbito del Poder administrador, sino que también tiene lugar en los otros poderes estatales, tal como lo ha reconocido la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia e incluso algunos ordenamientos provinciales. Sobre esa temática, incluso, se ha pronunciado la Corte Suprema adoptando un criterio material para la determinación de la existencia de función administrativa y a partir de ello, ha entendido que existe desenvolvimiento de la misma fuera de la órbita del Poder Ejecutivo. En esa inteligencia, ha señalado que “es sabido que la doctrina de la división de los poderes o la separación de funciones no implica que cada uno de los órganos del poder pueda ejecutar únicamente actividades materialmente administrativas, legislativas o judiciales. Es que esas actividades son consecuencia del ejercicio mismo del poder, que nuestro sistema legal le reconoce a los tres órganos en sus determinado(s) ámbitos de competencia. Sin embargo, cada uno de los órganos puede ejercer sus atribuciones dentro del estricto marco de su función específica (BUTELER, 2008, 6839)¹⁴.

¹⁴ Refiere el autor que “[...] a partir del caso “Mai de Alegre” (Fallos, 317:1539, 17/11/1994) de 1994 la Corte revierte esa posición negatoria, admitiendo la revisión de las decisiones administrativas dictadas por las autoridades jurisdiccionales locales. En ese caso, revocó la sentencia que había rechazado la acción contencioso-administrativa dirigida a obtener la declaración de nulidad de unas resoluciones dictadas por el Superior Tribunal de la Provincia de Chaco por medio de las cuales se le aplicó una medida disciplinaria a la actora. Esa nueva directriz jurisprudencial, se consolidará luego en “Merchán” (14/03/1995, “Merchán, María Inés c/ Prov. de Buenos Aires (Poder Judicial)”, Expte. M. 473. XXVI) en donde el Máximo tribunal –luego de reiterar la doctrina de “Persoglia” (Fallos, 311:260, 10/03/1988) y “Aranzazu” (Fallos, 317:683 (Sumario), 23/06/1994) para actos administrativos emanados del Poder Legislativo– dejó sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires que al rechazar *in limine* la demanda contencioso-administrativa había considerado insusceptible de contralor judicial el acto de cesantía dispuesto por ese tribunal contra la actora, quien se desempeñaba como abogada inspectora de una Curadoría zonal [...]”, retomando la línea “[...] favorable a la revisión de tales decisiones en “Demonte” (Fallos, 2/12/1997). En esa oportunidad, el actor –auxiliar de la Secretaría de Exhortos Penales de la justicia de la Provincia de Buenos Aires– había promovido demanda a los fines de obtener la declaración de nulidad de la cesantía dispuesta por la Corte de esa provincia. El Alto Tribunal –remitiendo a la causa “Merchán”– dejó sin efecto la sentencia del tribunal local que había rechazado el planteo del actor por considerar que la sanción impuesta no implicaba el ejercicio de función administrativa [...]”.

Inclusive la Cámara Contencioso Administrativo Federal tuvo ocasión de expedirse en sentido similar con anterioridad, validando la posibilidad de que magistrados de primera instancia revisen actos administrativos o reglamentos emanados de la CSJN, expresando:

[...] Los actos administrativos de carácter reglamentario y los de alcance individual dictados por la Corte Suprema de la Nación en ejercicio de la actividad de Superintendencia, que el ordenamiento le atribuye, son susceptibles de contralor por las vías ordinarias, siendo competente la Justicia Federal, salvo que exista un procedimiento especial. El hecho de que emanen de nuestro más Alto Tribunal no excluye su posterior revisión en esta instancia [...]¹⁵

Poco tiempo después, sostuvo que:

[...] Si bien es cierto que en razón de lo dispuesto en el art. 99 de la Constitución Nacional resulta inconveniente, desde el punto de vista institucional, admitir que los jueces inferiores revisen lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Superintendencia, tal regla no puede tener carácter absoluto cuando se encuentra comprometido de modo manifiesto el derecho de defensa en juicio del afectado por la medida. En esos casos la regla de la irrevisibilidad debe ceder en favor de aquel derecho constitucional, cuyo respeto es una condición indispensable para que la decisión goce de inmutabilidad y del efecto de la cosa juzgada [...]¹⁶

En punto al sustento normativo de la función administrativa del Poder Judicial, enseña Tomás Hutchinson que

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala III, 05/11/1991, “Narvaiz, Pedro C. c. Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *LA LEY* 1992-B, 558 - *DJ* 1992-2, 95.

¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala II, 13/06/1996, “Ballatore, Juan A. c. Ministerio de Justicia”, *LA LEY* 1997-C, 331, con nota de Agustín - *DJ* 1998-1, 720.

[...] surgen de nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 113 de la Constitución Nacional otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la facultad de dictarse su reglamento interno y económico y de nombrar todos sus empleados subalternos. Lo propio ocurre en las Constituciones provinciales respecto de los Superiores Tribunales o Cortes provinciales, que tienen facultades de superintendencia sobre los órganos inferiores. [...] No sólo los Tribunales Supremos ejercen función administrativa; ella corresponde también, según las circunstancias, a los órganos inferiores. A modo de ejemplo, cabe acotar que en ciertas legislaciones corresponde a las Cámaras de Apelaciones la designación y remoción de su personal (p. ej., artículos 267 de la Constitución de Buenos Aires), a veces, como ocurre en el orden nacional, esa competencia de las Cámaras se ejerce por delegación de la Corte [...] (HUTCHINSON, 2010, p. 63)¹⁷.

Sentado el ejercicio de función administrativa por parte del Poder Judicial, y siendo revisables judicialmente los actos administrativos así dictados, resta ver entonces el marco normativo aplicable a dicha función en dicho ámbito, a nivel federal.

Y en punto a la potestad normativa de la CSJN, siguiendo a Sacristán,

[...] la expresión “potestad reglamentaria” se empleará en el sentido ya admitido por la doctrina como actividad reglamentaria o de emisión de reglamentos o actos de alcance general, en este caso, del específico órgano judicial involucrado. Como actividad reglamentaria será una actividad no jurisdiccional, “no judicial”, ejercida por el órgano judicial (BIDART CAMPOS, 1993, p. 417), que se caracteriza por ser de sustancia “normativa o legislativa” (CASSAGNE, 2018, p. 59-60) [...]. (SACRISTÁN, 2020, p. 501-502).

La que luego de referir que compete a cualquiera de los Poderes estatales, consiste en la “[...] manifestación de una actividad

¹⁷ Además, puede verse, Hutchinson (1977, p. 35 y ss.); Hutchinson (1978, p. 840); Hutchinson (1984, p. 43 y ss.); Hutchinson (1993, p. 499 y ss.).

no judicial enderezada al dictado de medidas de alcance general que podemos –en forma genérica– denominar ‘reglamentos judiciales’ [...].’, los que a su vez materializan reglamentos de variada índole.

IV CASOS DONDE LA CSJN SE “AUTO EXCLUYÓ” DE LA APLICACIÓN DE NORMAS NACIONALES

En relación con el principio de división de poderes en el marco constitucional argentino, enseña Balbín, en punto al poder regulatorio legislativo por los jueces, que un

[...] aspecto controvertido es el dictado de resoluciones judiciales –en abstracto– con rango legal¹⁸ o, en su caso, resoluciones reglamentarias que tienen por objeto establecer los detalles de las leyes sancionadas por el Congreso. Habitualmente, el Poder Judicial ejerce tales competencias regulatorias (legislativas o reglamentarias) respecto de asuntos propios o cuestiones procesales (BALBÍN, 2015, p. 82 y ss.).

Refiere como ejemplo, el decreto delegado 1023/2001 sobre el régimen general de las contrataciones del Estado establece que “los poderes legislativo y judicial y el Ministerio Público reglamentarán el presente Régimen para su aplicación en sus respectivas jurisdicciones y establecerán los funcionarios que autorizarán y aprobarán las contrataciones” y, a su vez, dicho decreto delegado derogó los arts. 55 al 63 del decreto-ley 23.354 (Ley de Contabilidad; ADM-0451). Sin embargo, el Poder Judicial aplica este decreto ley y su decreto reglamentario 5720 (este último derogado por el decreto 436/2000), de modo que el Poder Judicial no sólo estableció el cuadro reglamentario sino también legal respecto de sus contrataciones.

¹⁸ Sacristán (2016, p. 3-6). Señala la autora que en el caso CSJN, 18/08/2016, “*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*”, Fallos 339:1077, se extendió la obligatoriedad de la Audiencia Pública a una actividad que, en rigor, no constituye “servicio público”, por lo que el propio fallo se erigía en la fuente de tal obligación.

Otro tanto ocurre acerca de la ley 24.631 que derogó la exención de los jueces al pago del impuesto a las ganancias. La Corte por Acordada 20/96 (y no por sentencia en el marco de un caso judicial) declaró inaplicable el art. 1.º de la ley 24.631 “en cuanto deroga las exenciones contempladas... para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación”¹⁹.

Señala asimismo Balbín lo acontecido con la ley 26.861 que estableció el procedimiento de concurso público para el ingreso en los cargos letrados, de empleados y personal obrero y de maestranza del Poder Judicial de la Nación y le encomendó a la Corte —en su carácter de Autoridad de Aplicación— “establecer el régimen con arreglo al cual se sustanciarán los concursos y dictar las normas aclaratorias y complementarias que fueren necesarias a efectos de la aplicación de la referida ley.”.

Cabe señalar que el Legislador también fijó los impedimentos para el ingreso (entre otros: condena por delitos dolosos o contra la Administración Pública). Luego, la Corte aprobó la Acordada 26/13 en donde estableció que “como autoridad de aplicación de la ley 26.861, sancionará la reglamentación del procedimiento de concursos previsto para el ingreso al Poder Judicial” y, asimismo, señaló que “dictará las medidas apropiadas que permitan una ordenada aplicación de la ley 26.861”. A su vez, excluyó del art. 4.º de la ley “a los cargos de funcionarios para cuyo acceso no se requiera acreditar la condición de letrado”.

También ordenó que a fin de “dotar de la debida seguridad a las relaciones de empleo público surgidas con anterioridad a la puesta en funcionamiento del nuevo sistema, conviene unificar su tratamiento a fin de dar una solución integral que evite la afectación de derechos.”. Así,

¹⁹ La propia CSJN ha decidido que “[...] tiene facultades para ejercer el control de constitucionalidad de una ley por vía de la Acordada cuando se trata de salvaguardar atribuciones originarias del Tribunal en materia sustraída por el poder constitucional a la competencia del poder legislativo [...]” (CSJN, 29/09/1998, *Acordada N.º 41/1998 - Ministerio Público. Escalafón. La Ley* 2001-B, 113, Fallos 321:1536, AR/JUR/4507/1998). Con comentario de Bianchi, Alberto B., “¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?”, *La Ley* 2001-B, 112, AR/DOC/19085/2001.

en el marco de las atribuciones conferidas por la ley 26.861 a esta Corte y de las que le asisten, con carácter exclusivo, como encargado del gobierno de este Poder del Estado [...] dispuso que hasta la confección de las listas [...], los cargos a cubrirse en todo el ámbito del Poder Judicial... tendrían carácter transitorio.

Por último, por Acordada 49/13 resolvió:

1- fijar que los cargos de ingreso, a los efectos establecidos en la ley 26.861, serán...ayudante para el personal llamado de mastranza y oficios..., de auxiliar para el personal denominado empleados... y de secretarios y prosecretarios que requieren título de abogado para los funcionarios letrados y 2- declarar que hasta que se produzca la efectiva puesta en funcionamiento del régimen de ingreso que contempla la ley 26.861, lo que dispondrá esta Corte como autoridad de aplicación, los tribunales mantendrán las atribuciones... para la designación y promoción de empleados, efectivos o interinos, en cargos de planta, o contratados.

Luego, puntualiza Balbín (2015, p. 88 y ss.) que en el orden federal, y en punto a las competencias materialmente legislativas del Poder Judicial, explica Balbín que “[...] el Consejo de la Magistratura dicta los reglamentos relacionados con la organización del Poder Judicial y todos aquellos que fuesen necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, CN) [...]”. Por su parte, la CSJN, “[...] dicta los regímenes propios sobre personal, contrataciones, consultas de los tribunales en el marco del MERCOSUR y recursos extraordinarios, entre otros [...]”, refiriendo como ejemplo que dicho Tribunal –por Acordada N.º 1/14– creó la Oficina de Justicia Ambiental cuyas funciones básicas son:

a) mejorar de modo continuo la gestión de los recursos [...], b) implementar y realizar el seguimiento de las acciones derivadas de la Norma Ambiental [...] c) establecer vinculación con oficinas de similar carácter [...] d) coordinar y gestionar programas de

capacitación con los restantes poderes del Estado [...] f) recabar información [...] g) identificar las necesidades y oportunidades en materia ambiental mediante el relevamiento de datos e investigaciones de su estructura y decisiones jurisdiccionales.

Agrega como otro ejemplo de tales potestades, “[...] el dictado del reglamento interno de la Corte.”. Cabe recordar que el art. 113, CN, establece que “la Corte dictará su reglamento interno”. Pues bien, por Acordada 24/13, el Tribunal sostuvo que

la ley 26.856 [...] dispone la publicación, en un diario judicial en formato digital accesible al público en forma gratuita y por medio de la página de Internet [...]. de las sentencias, acordadas y resoluciones que dicte este Tribunal y los tribunales de segunda instancia [...]. Que aquella norma ordena también la publicación de un listado de causas en trámite en los distintos tribunales... y de las cuestiones a dirimir por esta Corte... en los futuros acuerdos y reuniones.

Sin embargo, recordó que

esta tarea ha sido encarada con fundamento en sus competencias propias como cabeza de este poder del Estado... cuyas atribuciones se encuentran ampliamente desarrolladas... acordada 4/2000... por cuanto el dictado de sentencias, acordadas y resoluciones resulta un acto propio del Poder Judicial, y en tanto el Tribunal tiene las facultades de dictar su reglamento interior.

Así, “de todo lo expuesto precedentemente se desprende que, en razón de la política de transparencia encarada por este Tribunal, los objetivos centrales de la ley 26.856 se encuentran ya cumplidos”. De todos modos, la Corte sostuvo que

distinto enfoque cabe atribuirle a la disposición contenida en el art. 4 de aquella normativa pues, al establecer la obligatoriedad de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación publique

las cuestiones a dirimir en sus acuerdos y reuniones con una antelación mínima de cinco días, invade una esfera propia y exclusiva de este Tribunal (conforme arts. 108 y 113 de la Constitución Nacional [...]).

Finalmente, el Tribunal aprobó el “Protocolo de registro de sentencias, acordadas y ‘resoluciones administrativas’ y declaró inaplicable el art. 4.º de la ley 26.856 [...]”.²⁰

Como se podrá advertir, a lo largo del tiempo la CSJN fue regulando en su propio ámbito el ejercicio de sus facultades en materia de “superintendencia”, inaplicando incluso en su ámbito normas de rango legal formal.

Teniendo ello presente, veremos ahora qué sucede con la flamante Acordada N.º 34/2024.

V ALGUNA CONSIDERACIÓN RESPECTO DE LA ACORDADA CSJN N.º 34-2024

Por su intermedio, la CSJN ha resuelto:

1) Hacer saber que esta Corte comparte el criterio de actualización y modernización de las normas que rigen los procedimientos administrativos. 2) Ratificar y mantener la vigencia del Reglamento para la Justicia Nacional y de todos los procedimientos especiales existentes en el Poder Judicial de la Nación, precisando que la Ley 19.549, con sus modificaciones,

²⁰ Agrega Balbín (2015, p. 89), que “[...] Asimismo, en relación con las declaraciones juradas patrimoniales de los jueces, la Corte dictó la acordada 25/13. Cabe recordar aquí que la ley 26.857 creó una nueva regulación sobre el carácter público de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos y, por su parte, la Corte ordenó: a) declarar inaplicable el art. 6.º de la ley “en cuanto instituye a la Oficina Anticorrupción [...] como Autoridad de Aplicación [...]”; b) disponer que las declaraciones juradas sean publicadas en la página web del Tribunal y c) aclarar que el presente ordenamiento rige para las declaraciones juradas posteriores a las del año 2012”.

“Finalmente, cabe recordar que la Corte aplica las reglas de la Ley de Contabilidad sobre contrataciones, sin perjuicio de haber sido derogadas por el decreto delegado 1023/2001. En verdad, este decreto delegado le reconoce al Poder Judicial la potestad de dictar las reglas complementarias (regulaciones ejecutivas) en su propio ámbito, pero no el poder de dictar las regulaciones legislativas”.

sólo será aplicable al ejercicio de la superintendencia de esta Corte y de los restantes tribunales del Poder Judicial de la Nación, cuando los procedimientos lo establezcan de manera expresa y en la medida y carácter que dicha remisión disponga. 3) Establecer que esta Corte llevará adelante una paulatina adaptación de los regímenes especiales, dictando las medidas adecuadas a este Poder del Estado que permitan una ordenada aplicación de las disposiciones y principios de la Ley 19.549 (texto actualizado conforme la Ley 27.742). 4) Ordenar que la Secretaría de Desarrollo Institucional, con la intervención que pueda requerir de la Secretaría Jurídica General y de la Secretaría General de Administración, revise el Reglamento para la Justicia Nacional y los regímenes especiales y eleve al Tribunal una propuesta con las modificaciones que correspondería realizar para la paulatina adaptación dispuesta en el punto 3 anterior.

La explicación aparece desarrollada en los “considerandos” de la Acordada, entre los que se destacan los siguientes:

[...] II. Que dicha previsión legal –se refiere al art. 1.º de la LNPA reformado por la Ley Bases– innova sobre funciones de superintendencia que el Tribunal ha regulado desde que comenzó a funcionar y que son ejercidas en un marco que responde a sus especificidades como cabeza de un poder del Estado encargado de tutelar la mejor administración de justicia y, al mismo tiempo, los derechos de los funcionarios y empleados, proveedores y contratistas, abogados, procuradores y auxiliares de la justicia, periodistas, público en general, afiliados a la Obra Social del Poder Judicial, participantes en diversos concursos, solicitantes información pública, entre otros presentantes [...].

Recuerda luego en el Considerando III:

[...] la Corte tiene un reglamento general, el Reglamento para la Justicia Nacional –con sus modificaciones y disposiciones complementarias– en el que se regula el funcionamiento de los tribunales, horarios y días hábiles, obligaciones, juramentos, registros, órdenes de despacho, formalidades de escritos, providencias, comunicaciones, constancias, manejos de fondos, acceso a expedientes, acuerdos, quórum, tramitaciones entre

dependencias, regímenes de mayorías para la toma de decisiones de superintendencia, autoridades, audiencias, despachos, distribución de causas, la seguridad de los edificios y la policía del palacio, la estructura de la Corte Suprema, sus secretarías y demás oficinas, cuestiones de funcionamiento y atención al público, y lo mismo para las cámaras, juzgados, cuerpos periciales, peritos auxiliares, etc. [...].

Luego de exponer en el Considerando IV. la gran cantidad de regímenes especiales aprobados por distintas Acordadas²¹, en el V. recuerda que “[...] adecua esos regímenes con la regularidad que demandan los cambios de circunstancias [...]”, recordando el dictado de

²¹ A título de ejemplo cabe mencionar: la tramitación de licencias y justificaciones de inasistencias (acordadas 34/1977, 27/1987, 41/1990, 33/2003, 12/2004, 23/2006, 28/2008, 3/2010, 11/2016, 20/2016, 27/2017, 19/2018, 22/2018, 44/2018 16/2019 y 24/2022), la gestión de compras y contrataciones (acordada 38/2023), el desarrollo de la carrera judicial (acordada 5/1958 –Fallos 240:107– y sus modificatorias), la instrucción de investigaciones y sumarios (acordadas 8/1996 y 26/2008), la inscripción de peritos auxiliares en listados especiales (v.gr. acordadas 56/1973, 112/1973, 25/1985, 15/1991, 35/1991), el ingreso de peritos oficiales (v.gr. acordadas 22/2010, 16/2011); el funcionamiento de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (acordadas 17/2015 y 30/2017), de la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado (acordadas 2/2016, 30/2016 y 17/2019), de los diversos cuerpos periciales (acordadas 47/2009, 7/2011, 16/2011, 21/2012, 40/2013, 34/2014, 29/2015, 28/2016, 29/2016, 3/2017, 26/2019), así como del servicio de morgue y de los servicios de mesa de entradas (acordada 58/1996 y sus modificatorias), de mandamientos y notificaciones (acordadas 3/1975, 9/1990, 82/1990, 24/1999), de bibliotecas (acordada 10/2023), de archivo general (acordadas 34/1981, 28/2008, 15/2011, 39/2015, 35/2017); la atención de solicitudes de acceso a la información pública (acordada 42/2017) y de matriculación profesional (acordadas 13/1980, 37/1987 y 39/2017); el otorgamiento de los premios “Corte Suprema” a los mejores promedios de las carreras de abogacía (acordadas 6/1991 y 6/1995) y a las tareas periodísticas judiciales destacadas (acordada 6/2007); la acreditación de periodistas (acordadas 3/2004, 29/2008); la captura y transmisión de toda actividad procesal que por su naturaleza merezca difusión pública (acordada 4/2014); la presentación de declaraciones juradas patrimoniales de funcionarios y magistrados (acordadas 1/2000, 25/2013, 9/2014, 10/2017), la tramitación electrónica de actuaciones, la generación de estadísticas (acordada 6/2024), la circulación de expedientes, asuntos y proyectos de superintendencia (acordada 15/2023); así como ha previsto regímenes de reintegros por gastos de guarderías y jardines maternos (acordada 14/2009), la creación de un registro de procesos colectivos (acordadas 32/2014, 12/2016) y de *Amicus Curiae* (acordada 7/2013), y dictado disposiciones referidas al tratamiento de cuestiones presupuestarias, patrimoniales y de auditorías, entre muchas otras.

un nuevo régimen de compras y contrataciones, medida que se adoptó en ejercicio de las competencias atribuidas a este Tribunal por los artículos 108 y 113 de la Constitución Nacional (acordada 38/2023); ha actualizado el “Reglamento de Bibliotecas del Poder Judicial de la Nación” (acordada 10/2023) que regula el funcionamiento de la Biblioteca Central de la Corte Suprema como biblioteca pública de libre acceso y las condiciones de permanencia de los lectores y los préstamos de material; y ha dictado un nuevo estatuto actualizado para la Obra Social del Poder Judicial de la Nación y sus afiliados (acordadas 1/2022 y 28/2022).

Más adelante, luego de rememorar que durante los 50 años de vigencia del texto original, la CSJN sostuvo su inaplicabilidad al ejercicio de superintendencia del Poder Judicial de la Nación, (Fallos 329:5745, y las Resoluciones 3226/98, 2346/2006, 554/2011, 211/2022, 631/2023; entre muchas otras), la que continúa rigiéndose por las normas especiales dictadas al efecto (Considerando VI), además de que la LNPA fue concebida para regular cuestiones diferentes a las que, a criterio de la CSJN, le competen al Poder Judicial.

Luego, en el Considerando VIII. Expresa

[...] Que los aspectos sustanciales y los principios generales de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo han sido oportunamente valorados y se encuentran ya ínsitos en los regímenes especiales y decisiones de superintendencia que ha dictado esta Corte Suprema. No obstante, todos estos son pasibles de las adecuaciones o precisiones que el Tribunal considere como positivas para la mejor consecución de sus fines, de acuerdo a las particularidades del Poder Judicial de la Nación [...].

Eso, refiriendo luego a los casos donde se excluye su aplicación a los procedimientos especiales en la órbita del Poder Ejecutivo.

Finalmente, y ya en el considerando XII., la CSJN reivindica para sí

[...] la facultad y el deber institucional de adoptar, en el ámbito de sus atribuciones incluida la superintendencia, las medidas necesarias y apropiadas para producir aquellos actos de gobierno que como cabeza de Poder y órgano supremo de la organización judicial argentina, fuesen necesarios para asegurar la debida prestación del servicio de justicia y el funcionamiento de sus instituciones (conf. arts. 108 y 113 de la Constitución Nacional y, entre otras, acordadas 4/2018 y 17/2019) [...].

En definitiva, la CSJN se reserva la potestad de valorar la medida en que será de aplicación la LNPA en el ámbito judicial, compatibilizando con las reglas dictadas en ejercicio de sus funciones de superintendencia, como órgano de gobierno del Poder Judicial.

Es que, en toda organización, aún en la judicial, existe una estructura jerárquica, que se ejerce en la esfera de superintendencia cuyo gobierno lo ostentan los máximos tribunales de cada una de las unidades políticas que componen el Estado Federal, respecto de cada una de las dependencias que componen la organización judicial, sin que ello vaya en desmedro de la independencia e imparcialidad de los jueces inferiores, la que se ejerce en el exclusivo ámbito de la función jurisdiccional²².

VI CONCLUSIONES

Cuando hablamos de los poderes del Estado y del principio de división de aquellos, en rigor corresponde referir a las funciones estatales, y así como es propio reconocer a cada uno una función preponderante, participan a su vez de las funciones que corresponden a los restantes, siendo la función administrativa una de las que se cumple en los tres poderes clásicos, con un régimen jurídico uniforme.

Ha sido loable la ampliación del ámbito de aplicación de la LNPA, tendiente a sujetar a una normativa uniforme a la

²² Es en ejercicio de la función jurisdiccional, que se predica de las Cortes Supremas o Superiores Tribunales la función casatoria y de unificación de jurisprudencia, a fin de marcar los senderos jurisprudenciales a los cuales los tribunales inferiores deberán ajustarse en función del denominado *stare decisis*. Al respecto puede verse el trabajo de Taruffo (2017, p. 21-30).

función administrativa, tanto en el ámbito estatal como no estatal, sometiéndola a las reglas y principios contenidos en su ámbito regulatorio. En muchos casos ya la jurisprudencia y la doctrina se ocuparon de expandir su alcance por vía interpretativa.

La Acordada 34 de la CSJN no debe tomarse como una exclusión de tales prescripciones al Poder Judicial de la Nación, sino como la manera de compatibilizar las normas dictadas por la propia CSJN en ejercicio de facultades propias con la regulación de la LNPA, como ya ocurriera en anteriores situaciones análogas.

Respecto al principio de división de poderes, el adecuado equilibrio y control recíproco predicado en nuestro sistema constitucional supone el saber mantenerse en la esfera de sus respectivas atribuciones, sin que puedan sustituirse en los modos en que los restantes poderes ejercen sus funciones privativas²³.

En lo relativo a la función administrativa, denominada “de superintendencia”, la Constitución Nacional –y en las Provincias las Constituciones Provinciales– y las leyes respectivas atribuyen a los órganos judiciales competencias tanto reglamentarias –o de dictado de actos de alcance general–, en algunos casos para el dictado de reglamentos ejecutivos, autónomos o de organización, e incluso delegados en ciertas materias, como así también para el dictado de actos administrativos y la celebración de contratos administrativos.

Como ha señalado Balbín (2015, p. 123),

[...] debe reconocerse al Poder Judicial el poder de coadyuvar en el diseño de las políticas públicas siempre en relación con el reconocimiento de los derechos, particularmente los derechos colectivos –individuales y sociales–. En particular, por el mayor acceso al proceso judicial y los efectos absolutos de las sentencias. En este contexto es necesario incorporar técnicas de diálogo, negociación y consenso en el trámite de ejecución de las sentencias más complejas.

²³ Así se ha sostenido que “[...] lo que ha de llamarse régimen de separación de los poderes determina, no sólo una repartición del Estado, sino también la posibilidad de un recíproco freno entre los poderes [...]” (BOSCH, 1944, p. 43).

REFERENCIAS

ARGENTINA. Decreto Ley 19.549, de 1972. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Boletín Oficial del 27-04-1972.

ARGENTINA. Ley 27.742, de 2024. Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. Boletín Oficial del 08-07-2024.

BALBÍN, Carlos Francisco. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo I. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

BOSCH, Jorge Tristán. **Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes**. Buenos Aires: Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1944.

BUTELER, Alfonso. La revisión judicial de los actos administrativos dictados por la Corte Suprema. En: **Diario Judicial**, Buenos Aires, Ed. La Ley, año 2, 319, 10/07/2008.

COMADIRA, Julio Rodolfo. Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo. En: **Jurisprudencia Argentina**, 1996-IV-750, 1996.

CANOSA, Armando Norberto. Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales. En: **El derecho**, Buenos Aires, Ed. Universidad Católica Argentina, Tomo 152, p. 232-241, 1993.

CARATTINI, Marcelo Gustavo. **Fallos plenarios**. 2. ed. actualizada y anotada. Buenos Aires: RAP, 2004.

GORDILLO, Agustín. No hay entes estatales privados. En: **Tratado de derecho administrativo**. t. I. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2010. Capítulo XIV, p. 6-7.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. I. 4. ed. Buenos Aires: FDA, 1997.

HUTCHINSON, Tomás. De la irrevisibilidad a la revisibilidad

jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial. En: **Suplemento Extraordinario Administrativo**, Buenos Aires, Ed. La Ley, agosto 2010.

HUTCHINSON, Tomás. El Poder Judicial y su función administrativa. En: **Revista Argentina de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. Plus, año 1977, n.º 13, p. 35 y ss., 1977.

HUTCHINSON, Tomás. Empleados del Poder Judicial: ¿ciudadanos de segunda categoría? En: **Revista JUS**, n.º 37, p. 43 y ss., 1984.

HUTCHINSON, Tomás. La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional. En: **El derecho**, Buenos Aires, Ed. Universidad Católica Argentina, Tomo 84, p. 840, 1978.

HUTCHINSON, Tomás. La revisión (pero no tanto) de los actos administrativos del Poder Judicial. En: **Revista Argentina de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. Plus, n.º 14, p. 499 y ss., 1993.

MONTI, Laura M.; MURATORIO, Jorge I. La aplicación de la ley nacional de procedimientos administrativos a los actos de los entes públicos no estatales. En: **Revista de Derecho Administrativo**, t. 5, n. 14, Buenos Aires, Ed. Depalma, p. 517-531, set.-dic. 1993.

REVIDATTI, Gustavo Adolfo. **Derecho administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1984.

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. La función administrativa en la órbita judicial: principales manifestaciones. En: **Temas de Derecho Administrativo** (Director: Carlos Francisco Balbín), Buenos Aires, Erreius, p. 631-653, agosto 2021.

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. La organización administrativa descentralizada: el caso de las empresas y sociedades estatales. En: **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (España)**, Coruña, Ed. Facultade de Derecho, año 2012, n. 16, p. 977-992, 2012.

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. Sociedades estatales creadas en la última década: de la privatización a la reestatización. En: **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, n. 399, Buenos Aires, Ed. RAP, p. 39-65, 2011a.

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. Sociedades estatales creadas en la última década: de la privatización a la reestatización. En: **Revista RAP Buenos Aires (RAP BA)**, Buenos Aires, Ed. RAP, n. 103-104-105, p. 49-74, 2011b.

ROQUEL, Ricardo Rodolfo; GRANDO, José Horacio; REY, Luis María. **Lecciones de derecho administrativo**. Corrientes: Moglia, 2009.

SACRISTÁN, Estela B. Acerca de las audiencias públicas solicitadas en “CEPIS” y su fuente. En: **Anuario el Derecho Administrativo**, Buenos Aires, p. 3-6, 30-09-2016.

SACRISTÁN, Estela B. La Corte Suprema como titular de poder reglamentario. En: **Revista Jurídica Austral**, Buenos Aires, Ed. Universidad Austral, v. 1, n. 2, p. 499-530, diciembre de 2020.

TARUFFO, Michelle. Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia. En: **Revista de Derecho YACHAQ**, Cusco (Perú), Ed. Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho (CIED) Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, n. 8, p. 21-30, diciembre del 2017.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. **Derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: TEA, 1949.

Recibido em: 9-2-2025

Aprovado em: 6-4-2025

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHOS DE LOS ADULTOS MAYORES: SOBRE EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE PROGRESO Y TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS^{1y2}

Mauricio Goldfarb³

RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar la posible afectación de derechos de los adultos mayores, quienes, a pesar del amplio reconocimiento formal de sus derechos, en la práctica encuentran obstáculos reales para su ejercicio. A muchos adultos mayores las nuevas tecnologías, en lugar de facilitar y ampliar sus derechos, terminan actuando como una barrera para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Esta situación resulta paradójica cuando se trata de un grupo al que el ordenamiento le reconoce la necesidad de una tutela preferencial. Por lo tanto, resulta necesario trabajar en un doble sentido: por un lado, en dotar a los adultos mayores de más y mejores herramientas para el uso de los medios tecnológicos; por el otro, considerar en todos los desarrollos actuales y futuros, y particularmente en el

¹ **Como citar este artículo científico.** GOLDFARB, Mauricio. Nuevas tecnologías y derechos de los adultos mayores: sobre el necesario equilibrio entre progreso y tutela efectiva de los derechos. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 207-228, jan.-abr. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à Revista “*Prudentia Iuris*” (n. 98, 2024), parceira argentina, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica agradece a Revista “*Prudentia Iuris*” (n. 98, 2024), socio argentina, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

³ Profesor Doctor. Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina. Contacto: estudiogoldfarb@hotmail.com

orden estatal, la especial situación de este sector vulnerable de la sociedad.

Palabras clave: TIC; Tutela efectiva; Derechos humanos; Adultos mayores; Vulnerabilidad.

NEW TECHNOLOGIES AND RIGHTS OF OLDER ADULTS: ABOUT THE NECESSARY BALANCE BETWEEN PROGRESS AND EFFECTIVE PROTECTION OF THE RIGHTS

ABSTRACT

The purpose of this paper is to focus on the possible impact on the rights of older adults, who, despite the broad formal recognition of their rights, in practice encounter real obstacles to their exercise. For many older adults, new technologies, instead of facilitating and expanding their rights, will end up acting as a barrier to the exercise of their fundamental rights. This situation is paradoxical when it comes to a group for which the legal system recognizes the need for preferential protection. Therefore, it is necessary to work in a double sense: on the one hand, to provide older adults with more and better tools for the use of technological means; on the other hand, consider in all current and future developments, and particularly at the state level, the special situation of this vulnerable sector of society.

Keywords: *TIC; Effective protection; Human rights; Older adults; Vulnerability.*

NUOVE TECNOLOGIE E DIRITTI DEGLI ANZIANI: SUL NECESSARIO EQUILIBRIO TRA PROGRESSO ED EFFETTIVA TUTELA DEI DIRITTI

SOMMARIO

Lo scopo di questo lavoro è quello di analizzare il possibile impatto sui diritti degli anziani, i quali, nonostante l'ampio riconoscimento formale dei loro diritti, nella pratica incontrano reali ostacoli al loro esercizio. Per molti anziani, le nuove tecnologie, invece di facilitare ed espandere i loro diritti, finiranno per agire come un ostacolo all'esercizio dei loro diritti fondamentali. Questa situazione è

paradossale quando si tratta di un gruppo per il quale l'ordinamento giuridico riconosce la necessità di una protezione preferenziale. È necessario, quindi, lavorare in un duplice senso: da un lato, fornire agli anziani maggiori e migliori strumenti per l'utilizzo dei mezzi tecnologici; dall'altro, in tutti gli sviluppi attuali e futuri, e in particolare a livello statale, bisogna considerare la situazione particolare di questo settore vulnerabile della società.

Parole chiave: TIC; Protezione efficace; Diritti umani; Anziani; Vulnerabilità.

SUMARIO. 1 Introducción. 2 la Irrupción de las nuevas tecnologías en la administración. 3 Los adultos mayores como sujetos vulnerables con tutela diferenciada. 4 Algunos desafíos del uso de la tecnología por los adultos mayores. 4.a Derecho a la dignidad. 4.b Derecho a la autonomía. 4.c Derecho a la privacidad. 5 Algunas conclusiones y propuestas. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

La adopción de las nuevas tecnologías de la comunicación e información (TIC) ha generado un cambio a nivel global de las conductas y comportamientos. En el caso de la Administración, la aplicación de las TIC aparece como un correlato del derecho de los ciudadanos a la buena Administración, esto es la posibilidad de exigir que el poder público atienda con objetividad y eficiencia los intereses generales (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2014). Y esta atención eficiente y objetiva no puede ser concebida hoy sin una fuerte intervención de las tecnologías que hacen más rápida, económica y simplificada dicha intervención estatal.

En ese marco, hemos asistido en las últimas décadas a una serie de modificaciones y actualizaciones permanentes en las vías de comunicación e interacción entre la Administración y los ciudadanos, dirigidas a una cada vez mayor incorporación de medios tecnológicos como interfaz, en algunos casos alternativa y, en muchos casos, única. Así se ha pasado en pocos años de una

Administración con una fuerte base burocrática y con el expediente papel como centro y única expresión a una fuerte digitalización, despapelización e implementación de vías no analógicas para canalizar trámites, reclamos y procedimientos administrativos. Todo ello, con la habilitación de canales de comunicación o de presentaciones que funcionan como sistemas accesibles a través de la web o directamente a través de aplicaciones especialmente creadas o diseñadas para tal fin.

¿Pero qué ocurre cuando estas nuevas aplicaciones o formas de interacción con la Administración no son asequibles por un grupo etario especialmente vulnerable como el que conforman los adultos mayores? El objeto de este trabajo es verificar la posible afectación de derechos de los adultos mayores, quienes, a pesar del amplio reconocimiento formal de sus derechos, en la práctica se encuentran con obstáculos reales para tal ejercicio. Y es que a muchos adultos mayores las nuevas tecnologías, en lugar de brindarles soluciones, les generan nuevos problemas, con una dosis de angustia y estrés que resulta difícil de manejar a nivel individual y difícil de ignorar a nivel colectivo (CASAMAYOU; MORALES GONZÁLEZ, 2018), especialmente como resultado de la falta de adaptación suficiente a las nuevas plataformas de base tecnológicas. Como destaca Corvalán (2017), en el caso de la Administración Pública aparecen dos grandes desafíos: por un lado, el de reconfigurar el poder estatal con nuevas estructuras, sistemas y procedimientos, en lo interno y en su relación con la ciudadanía; y por otro, cómo asegurar que las nuevas tecnologías optimicen la efectividad de los derechos en juego.

Además, la población de adultos mayores es cada vez más importante en términos absolutos y relativos. Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en América Latina las personas mayores de 60 años eran 57 millones en 2012 y llegarán a más de 80 millones en 2050, más de un 25 % del total (DABOVE, 2021). En nuestro país, los mayores de 60 años representaban a 2022 un 18,4 % de todas las mujeres y un 14,6 % de los varones (INDEC, 2023a, p. 2).

La composición total por sexo es también cada vez más feminizada (107 mujeres por cada 100 varones) y de edad más

envejecida (32 de mediana). Con una pirámide poblacional de base angosta y cúspide ensanchada, por el descenso de la natalidad y de la mortalidad y la mayor sobrevivencia femenina, entre los mayores de 65 años la proporción es de 140 mujeres cada 100 hombres y en los mayores de 85 años de 228 cada 100 (INDEC, 2023b, p. 14-19).

Sumado al incremento de la cantidad de personas mayores, también se alarga su expectativa de vida, que solo en nuestra región, pasó de 51 años promedio en 1950 a 75 años en 2010. Además, todos los estudios pronostican que la expectativa de vida seguirá aumentando, como consecuencia de los constantes avances médicos y nutricionales y la mejora en las condiciones de vida de la población (HUENCHUAN, 2012). Este cambio demográfico y la mayor conciencia de la importancia de la materia han generado una nueva especialidad del derecho: el derecho de la vejez o derecho de la ancianidad, una disciplina que estudia la condición jurídica de las personas mayores de sesenta años en el derecho interno y supranacional y cuáles son las herramientas de protección y garantía de sus derechos (DABOVE, 2015).

Por otra parte, la difusión de las TIC y su uso cada vez mayor constituyen hechos fuera de discusión. En el caso de Argentina—según datos oficiales a 2022—, el 88% de las personas usaban internet y el 89%, teléfono celular. El uso de la computadora es significativamente menor, ya que solo el 39% de las personas las utilizan (sean de escritorio, portátiles o tabletas). Pero la edad determina importantes variaciones en relación con el uso de las tecnologías: el mayor uso de internet aparece en los grupos comprendidos entre los 18 a 29 años (96,7%), y entre los 13 a 17 años (95,7%). En cambio, en los mayores de 65 años el uso del teléfono celular es mayor que el de internet en cualquiera de las diversas formas de computadoras, +14,5% a favor del teléfono móvil (INDEC, 2022).

Pero este acceso a la tecnología ni es igualitario en general, ni es sencillo para los grupos de mayor edad. Corvalán (2017) ya señalaba que, como consecuencia de la irrupción de la sociedad de la tecnología y el conocimiento, el derecho administrativo, además de hacer frente al desafío clásico de garantizar la efectividad de los

derechos, debía enfocarse en otros nuevos desafíos, como los de la reducción de la brecha digital y de la “dignidad digital” como parte de la autodeterminación y la dignidad humana. Esto es, que la implementación de nuevas tecnologías por parte del Estado debe estar siempre dirigida a ampliar en todo lo que sea posible la inclusión de los grupos especialmente vulnerables y no a ampliar las desigualdades ya existentes en el ejercicio de los derechos (CORVALÁN, 2017, p. 30).

Si bien existen trabajos doctrinales sobre la adopción de plataformas electrónicas de trámites y el proceso de modernización del procedimiento administrativo en general (en Argentina, CORVALÁN, 2018; RABÁN; SÁ ZEICHEN, 2018; STRINGHINI, 2018; GALLI BASUALDO, 2018; en Uruguay, DELPIAZZO, 2010; en España, PAREJO ALFONSO, 2012), y a diferencia de otros países (PINO JUSTE; SOTO CARBALLO; RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2015; CASAMAYOU; MORALES GONZÁLEZ, 2018), no existen estudios específicos en nuestro país acerca de cómo impactan dichos cambios en la vinculación de los adultos mayores con la Administración. Aunque la unidad de análisis comprende solo a la República Argentina, los resultados pueden replicarse o extenderse a otros países, ya que la problemática del envejecimiento y la irrupción de las TIC es común al resto de los Estados nacionales.

Es un hecho evidente que la tecnología es adoptada de modo desigual por los distintos rangos etarios. Solo a modo de ejemplo, muchos adultos mayores siguen teniendo dificultades en el uso de cajeros automáticos y todavía hoy se pueden ver en cualquier ciudad de Argentina largas colas de jubilados y pensionados que eligen concurrir a las entidades bancarias a retirar sus magros haberes, bajo el sol, la lluvia, con muy bajas o altas temperaturas.

En este trabajo, el esquema que seguiremos será el siguiente: en primer lugar, pasaremos revista a algunas de las más relevantes innovaciones en materia de gestión administrativa y de comunicación con los ciudadanos. Luego, definiremos los alcances de la tutela diferenciada reconocida a los adultos mayores como sujetos vulnerables; para después analizar las posibles afectaciones

de sus derechos como consecuencia de una implementación que no los considera de manera diferenciada. Finalmente, cerraremos con algunas conclusiones y propuestas, tanto de orden normativo como interpretativo.

2 LA IRRUPCIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN

La Administración ha sido impactada por los cambios tecnológicos, tanto en su funcionamiento interno como en la vinculación con los ciudadanos. Sin perjuicio del ingreso de hecho de la tecnología (vía computadoras, con mayor o menor conexión entre sí) y la informatización de los sistemas públicos de escasa o nula armonización, el primer antecedente de un plan integral de coordinación de las TIC en el Estado nacional argentino es el “Plan de Modernización del Estado” (Decreto N.º 434/2016). Este plan era un ambicioso programa que proponía avanzar hacia la incorporación de infraestructura tecnológica, una Administración Pública sin papeles y con interacción autónoma de los distintos organismos.

Además, se buscaba la profesionalización y capacitación de los empleados y la conformación de un gobierno abierto, accesible y digital. Para lograr todos estos objetivos, se fijaba como prioridad el desarrollo pleno de un sistema de trámites digitales a distancia (TAD), la implementación del expediente electrónico y una reingeniería de los procedimientos administrativos y de control, que permitirían la simplificación de los trámites y una mayor participación de los ciudadanos. Como complemento de esta reforma se implementó –por Decreto N.º 561/2016– el sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) que aprobó una plataforma informática, de uso exclusivo para los agentes de la Administración Pública Nacional, que funcionaba como un sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del sector público. El sistema de Gestión Electrónica fue ratificado con la sanción de la Ley N.º 27.446 de Simplificación y Desburocratización de la Administración Pública Nacional que, entre otras disposiciones, estableció:

[...] los documentos oficiales electrónicos firmados digitalmente, expedientes electrónicos, comunicaciones oficiales, notificaciones electrónicas y domicilio especial constituido electrónico de la plataforma de trámites a distancia y de los sistemas de gestión documental electrónica que utilizan el sector público nacional, las provincias, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios, poderes judiciales, entes públicos no estatales, sociedades del Estado, entes tripartitos, entes binacionales, Banco Central de la República Argentina, en procedimientos administrativos y procesos judiciales, tienen para el sector público nacional idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel o cualquier otro soporte que se utilice a la fecha de entrada en vigencia de la presente medida, debido a su interoperabilidad que produce su reconocimiento automático en los sistemas de gestión documental electrónica, por lo que no se requerirá su legalización.

En el mismo año, y por Decreto N.º 1.063/2016, se aprobó la implementación de la plataforma de “Trámites a Distancia” (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), como un medio de interacción del ciudadano con la Administración. La TAD permite la recepción y remisión por medios electrónicos de presentaciones, escritos, solicitudes, notificaciones y comunicaciones, entre otras posibilidades. A la fecha de elaboración de este informe la plataforma se ha ampliado de tal modo que permite realizar 2516 trámites diferentes, ante 99 entes y órganos diferentes, tanto de la Administración central como organismos descentralizados⁴.

3 LOS ADULTOS MAYORES COMO SUJETOS VULNERABLES CON TUTELA DIFERENCIADA

Señalado el carácter masivo de la incorporación de las TIC a la gestión estatal, debemos empezar a considerarlas ahora en relación a los adultos mayores. Si como nos enseñara Nino (2007) la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de la persona son los ejes sobre los que debe construirse un orden jurídico, cualquier interpretación de

⁴ Disponible en: <<https://tramitesadistancia.gob.ar/tramitesadistancia/nuevo-tramite>>. Acceso en: 23-4-2024.

la actuación estatal debe ser llevada a cabo partiendo del respeto de tales principios, especialmente cuando se trata de grupos con individuos vulnerables como los adultos mayores.

En este sentido, los adultos mayores no son un colectivo más, sino un conjunto que incluye a personas especialmente vulnerables. El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra la garantía de igualdad ante la ley en términos formales, como expresión del espíritu liberal de la Constitución de 1853. Este principio se amplió y actualizó con la consideración de la igualdad real de oportunidades en el artículo 75, inciso 23, añadido en la reforma constitucional de 1994 (GELLI, 2008). Allí, el constituyente impuso un claro mandato al Congreso de la Nación:

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.

Cumpliendo la manda constitucional, el Congreso de la Nación sancionó las Leyes N.^{ros}. 27.360 (2017) y 27.770 (2022). Con la primera, ratificó la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45.^a Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015; con la segunda, le otorgó a dicha Convención la jerarquía constitucional del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

En la misma línea de reconocimiento de la igualdad real de oportunidades se inscribe la adopción de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Estas 100 Reglas fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, 2008) y han sido adoptadas como derecho positivo por varios países, entre ellos, Argentina (Acordada 05/09 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). La Regla 3 conceptualiza

a las personas vulnerables:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En la Regla 4 se aclara:

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Por su parte, Sacristán (2022) distingue dos herramientas que pueden utilizar los ordenamientos jurídicos para determinar la vulnerabilidad: la categorización y la contextualización. En la primera, la norma prevé que determinadas personas sean consideradas vulnerables por el solo hecho de pertenecer a una categoría definida por el legislador (p. ej., discapacitados, infantes), mientras que, en la otra, la vulnerabilidad resulta del contexto (p. ej., enfermedad, desempleo o situación de violencia). La Regla 4 de Brasilia adopta este criterio mixto.

En cambio, Basset (2017) propone distinguir entre las personas en situación de vulnerabilidad estable (niños, adultos mayores, discapacitados), donde la respuesta estatal debe ser la mejora de las condiciones políticas y sociales de dignidad y equidad, y las de vulnerabilidad transitoria (embarazadas, pobres, migrantes), donde las políticas y las pautas interpretativas deben apuntalar la mayor autonomía y amplitud posible en el ejercicio de los derechos.

Tampoco puede soslayarse la muy aguda reflexión de Dabove (2024) en el sentido de que el solo hecho de ser adulto mayor es sinónimo de vulnerabilidad, sino que dicha condición debe verificarse en relación a la persona en concreto y al derecho en cuestión, y no desde un prejuicio o generalización.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha reconocido a la vulnerabilidad como un elemento decisivo a la hora de resolver las causas judiciales. Así, el alto tribunal ha considerado las especiales circunstancias de las demandantes, para darles una respuesta adecuada y congruente con su especial estado de necesidad o vulnerabilidad, ya sea por edad avanzada, estado de salud o la concurrencia de ambos en los casos “Iachamet, María L. c/ Armada Argentina” (29/04/1999); “Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional – Armada Argentina” (28/11/2006); “Aliprandi, Luisa c/ PAMI s/ sumario” (23/02/2010); “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” (24/04/2012); “Cots, Libia Elda c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros s/ sumario – Incidente de embargo” (12/03/2013); “García, María Isabel c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (26/03/2019) y “Caldeiro, Juan c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa s/ daños y perjuicios” (30/04/2020), entre muchos otros⁵.

En el capítulo siguiente analizaremos cómo estos principios generales se aplican o no en la práctica y algunos inconvenientes que se presentan en la implementación de las nuevas tecnologías en relación a los adultos mayores.

4 ALGUNOS DESAFÍOS DEL USO DE LA TECNOLOGÍA POR LOS ADULTOS MAYORES

La brecha digital es la diferencia en el acceso y uso de las TIC entre distintos grupos sociales, sea que se los divida por edad,

⁵ También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado especialmente la condición de vulnerabilidad en materia de ejecución de sentencias, en el caso “Furlán y familiares vs. Argentina” (31/08/2012). La sentencia completa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede consultarse en: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf>.

género, condición socioeconómica, nivel de instrucción o ubicación geográfica. Precisamente, uno de los primeros desafíos que surge en esta materia es la disminución de la brecha digital en los adultos mayores. Según el INDEC (2023, b), solo el 21,7% de los mayores de 60 años utiliza habitualmente computadoras contra el 39,2% si se considera al total de la población; y el porcentaje de uso cae al 14% si solo se considera a los mayores de 75 años. Lo mismo ocurre, aunque en menor medida, con el uso del teléfono celular. Allí los porcentajes de uso son del 82,5% (> 60), 64,3% (> 75) contra 89,3% (>4). Y la brecha digital se agiganta cuando revisamos los datos de conexión a internet. En ese caso, los porcentajes son del 69,4% (> 60) y solo 48,4% (> 75), poco menos de la mitad de la población general, que asciende al 88,4% (>4).

Además de la brecha digital por edad, existe una brecha adicional que se solapa y que debe ser considerada: la brecha tecnológica por condición socio económica y cultural. Siempre de acuerdo con las estadísticas oficiales, mientras que las personas mayores de 4 años con primaria incompleta o sin instrucción utilizan internet en el 80,5% y 64,3%, respectivamente, la cifra asciende a 97,6% en los casos de personas con educación universitaria o terciaria (INDEC, 2023a). Por ello, cuando se considera el caso de los adultos mayores de grupos menos favorecidos en su condición socioeconómica, la brecha aumenta notablemente.

En la ya mencionada Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, el Estado argentino se comprometió expresamente a evitar todo modo de discriminación por edad (art. 5.º); y a garantizar la dignidad en la vejez (art. 6.º); una vida autónoma e independiente (art. 7.º); la participación e integración comunitaria (art. 8.º); la seguridad (art. 9.º) y la libertad (arts. 13, 14 y 15), entre los más importantes. Argentina también se encuentra obligada a respetar el derecho a la privacidad e intimidad (art. 16); a la seguridad social (art. 17); al trabajo (art. 18); a la salud (art. 19); a la educación y la cultura (arts. 20 y 21); al esparcimiento, recreación y deporte (art. 22); a la propiedad, a la vivienda y al ambiente sano (arts. 23, 24 y 25).

Además, específicamente en materia de adultos mayores y tecnología, todos los Estados parte se han comprometido a: “Promover la educación y formación de la persona mayor en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica e incrementar la integración social y comunitaria” (art. 20, inc. d) y a “Promover el acceso de la persona mayor a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida internet y que estas sean accesibles al menor costo posible” (art. 26, inc. e). De modo que el acceso a la tecnología y la educación para su uso en el caso de los adultos mayores no es solo una dirección política posible (prioritaria o no), sino que se ha convertido en un compromiso internacional del Estado argentino, generando una obligación susceptible de responsabilidad internacional convencional en caso de incumplimiento (DABOVE, 2015).

Las dificultades antes descriptas ponen en verdadero riesgo el ejercicio efectivo de derechos fundamentales de los adultos mayores. Pasaremos revista a aquellos que consideramos más relevantes, antes de concluir con algunas posibles soluciones a tales problemas. Consideramos que los conflictos más importantes que pueden generarse en el tópico pueden agruparse en tres ejes, relacionados con el derecho a la autonomía, el derecho a dignidad y el derecho a la privacidad de los adultos mayores.

4.a DERECHO A LA DIGNIDAD

El primer derecho luego de la vida y la libertad es el derecho a la dignidad. Y en el caso de los adultos mayores, este derecho a una vida digna debe ser considerado una prioridad para toda la gestión estatal. Y es que el derecho de los adultos de sentirse personas útiles, de no sentirse torpes o incapaces, de no sufrir burlas, menosprecios o tratos degradantes o simplemente desagradables, debe ser considerada una directiva central de las políticas públicas en este sentido. Los trámites ante la Administración deben contar con un diseño que respete esta directiva, y que, de tal modo, permita el ejercicio pleno de los derechos de los particulares a quienes debe

servir. La multiplicación de instancias informáticas o su complejidad innecesaria o anti-intuitiva violan claramente este precepto, y, en lugar de ser medio para la expresión de la voluntad del particular y de comunicación con la Administración, se erigen como obstáculos para su manifestación y para su consideración como sujetos valiosos.

Lamentablemente, es una realidad fuera de discusión que la implementación de nuevos sistemas informáticos y de comunicación entre la Administración a menudo excluye a los adultos mayores, sea por la utilización de un lenguaje poco claro o no adaptado a su edad, o por la obligatoriedad de tecnologías a las que no están habituados (p. ej., códigos QR, *tokens*, doble validación, utilización de datos biométricos, etc.).

De tal modo, en el diseño de cualquier sistema informático o de comunicación que implemente la Administración, debe cuidarse especialmente su uso posible y sencillo por quienes son sus destinatarios. Y, particularmente, aquellos que por características etarias, económicas o sociales requieren mayores atenciones, porque si una persona no puede disponer de su tiempo, energía y preferencias de modo individual, consciente y voluntario, parece claro que no tiene una vida digna.

4.b DERECHO A LA AUTONOMÍA

Directamente relacionado con la dignidad de la persona aparece el derecho a la autonomía. Si el adulto mayor no puede realizar por sí mismo las gestiones o trámites, no por incapacidad de hecho o de derecho, sino porque es el propio Estado el que le imposibilita tal gestión autónoma, aparece vulnerado un derecho fundamental a la propia autodeterminación.

La posibilidad de que el adulto mayor resuelva y decida por sí, sin intervención, intermediación o dependencia de otra persona es de la mayor importancia. No solo porque la mayor autonomía posible debe ser siempre un objetivo derivado del principio de libertad del artículo 19 de la Constitución Nacional, sino porque la afectación de la autonomía, esto es la dependencia no necesaria, sino

provocada por la propia gestión estatal, deja al adulto mayor no solo en una situación de inferioridad respecto de otras personas, sino que lo expone a posibles intromisiones, decisiones ajenas a su voluntad o, en el peor de los casos, a defraudaciones.

Si a las complicaciones que suele acarrear el paso del tiempo en materia de salud, con afectación a la movilidad, alteraciones cognitivas, de la visión o la motricidad fina, el Estado, en lugar de facilitar y aumentar el rango de ejercicio de los derechos, los limita, existiría una doble discriminación, paradójicamente cuando es necesaria una tutela especial.

En virtud de ello, si el Estado implementa aplicaciones o trámites que solo son digitales y que el adulto mayor no encuentra sencillos de manejar, o no puede realizarlos o completarlos solo, aparece una clara violación al derecho a la autonomía. Por el contrario, es un deber del Estado disponer los medios para brindar asistencia especial o un canal alternativo (sea digital o analógico) que permita al adulto mayor ejercer sus derechos de modo autónomo y sin intromisiones.

4.c DERECHO A LA PRIVACIDAD

También vinculado al derecho a la autonomía, aparece el derecho a la privacidad. Si no se garantiza al adulto mayor la posibilidad de resolver por sí y de modo autónomo la expresión de su voluntad, la afectación de la privacidad surge de modo simultáneo. Cuando no existe otro canal que el digital, y este canal resulta de difícil tránsito para el adulto mayor, no le queda a este otro camino que requerir el auxilio de otra u otras personas. Y allí sus decisiones y sus elecciones –muchas de ellas relacionadas con la mayor intimidad– dejan de encontrarse en un ámbito de reserva, sino que deben ser necesariamente compartidas por quien asuma el papel de operador o intermediario del uso de las aplicaciones. En muchos casos, esta tarea recae en familiares cercanos o personas encargadas del acompañamiento o cuidado. Pero ello conlleva, por la importancia del manejo de información sensible (usuarios, contraseñas, cuentas

bancarias, etc.), y como lo señalamos más arriba, el riesgo de defraudaciones o afectaciones patrimoniales indebidas.

Adicionalmente, existe una evidente contradicción entre el principio de informalismo administrativo (artículo 1.º, inc. c) de la Ley N.º 19.549) –del cual resulta la libertad de formas y la ausencia de obligatoriedad de patrocinio jurídico– y la necesidad de recurrir a un experto para realizar un simple trámite ante la Administración.

5 ALGUNAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como hemos visto, la brecha digital en personas mayores tiene implicancias trascendentes en su participación en la sociedad y en su calidad de vida. Para evitar que el desarrollo y adopción de nuevas tecnologías aumente esta brecha, es necesario implementar medidas que promuevan la inclusión digital efectiva de los adultos mayores (PÉREZ MARTÍNEZ, 2023) y así evitar el analfabetismo digital, y la derivada constitución de verdaderos excluidos digitales⁶.

El punto de partida no puede ser sino el de colocar el conflicto que hemos desarrollado en este trabajo en la agenda pública, donde no aparece sino de modo aislado, especialmente cuando en los medios de comunicación aparece un adulto mayor siendo víctima de un ilícito a través de su teléfono u otro dispositivo, pero no como una verdadera directriz de política pública inclusiva.

El avance en los medios tecnológicos aparece como indetenible en la era de la inteligencia artificial. Pero el necesario e inevitable desarrollo de estas nuevas tecnologías –y su oportuna incorporación a la gestión estatal– no deberían resultar en perjuicio, dificultad o negación de derechos fundamentales. Si, como recuerda Santiago (2022), la dignidad de la persona es el centro y fundamento del orden jurídico, no podemos sacrificar, en aras de la eficiencia estatal, los derechos de aquellos que, por las limitaciones propias de su edad, no pueden gozar de tales beneficios.

⁶ Si bien este trabajo hace foco en la situación de los adultos mayores, no es menos cierto que existen otros grupos vulnerables que también pueden sufrir esta exclusión, principalmente en la accesibilidad, como el caso de los discapacitados o las personas menos favorecidas en sus condiciones socioeconómicas.

Por otra parte, no se puede hablar de una actividad estatal eficaz si esta excluye –sea de modo directo o indirecto– a un sector tan importante de la población que, además, goza de una tutela preferencial constitucional y convencional. Y es que a muchos adultos mayores las nuevas tecnologías, al mismo tiempo que abren nuevas alternativas de comunicación, les plantean nuevos problemas, vinculados con la dificultad en el uso de esas herramientas, que resultan innegables (PINO JUSTE; SOTO CARBALLO; RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2015, p. 347 y sig.). Por ello resulta necesario pensar que cada nuevo desarrollo tecnológico tenga en cuenta una opción accesible para aquellos que no son nativos digitales. Solo así se dará cumplimiento al mandato constitucional del artículo 75, inciso 23, que obliga a una tutela preferencial a los grupos más vulnerables, dentro del cual se encuentra el colectivo de los adultos mayores.

En cualquier caso, es importante subrayar que no existe una oposición insalvable entre tecnología y derechos de los adultos mayores. Por el contrario, y más allá del uso óptimo que muchos adultos adaptados plenamente al entorno digital realizan, los propios avances de la inteligencia artificial (IA) también pueden favorecer el bienestar y ejercicio pleno de los derechos. Existen muchos programas, asistentes virtuales e incluso robots que pueden servir en este sentido como asistentes virtuales, que además de los genéricos (*Siri*, *Alexa*, otros *chatbots*) se hallan específicamente formulados, como *Celia* (un *chatbot* especial para adultos mayores que se halla disponible en España) (ASÍ, 2024) o *Elliq* (un asistente virtual que el Estado de Nueva York está distribuyendo a modo de prueba entre más de 800 adultos mayores) (PEPINOSA, 2024).

Por todo ello, algunas iniciativas que deberían considerarse son la adaptación de dispositivos y aplicaciones a las necesidades de los adultos mayores, incluyendo interfaces sencillas e intuitivas, con letras de una fuente de fácil lectura y otras funciones que favorezcan la accesibilidad y el desarrollo de programas de formación en tecnología destinados a reforzar la autonomía de las personas mayores, con personal capacitado que brinde una respuesta humana y sencilla a las inquietudes. Estos programas deberían ofrecer capacitación en el uso de dispositivos más utilizados, la navegación

en internet, el uso de las plataformas más comunes y útiles para los adultos mayores, así como nociones de seguridad digital.

En este sentido se orientó el “Programa nacional de acceso a tecnologías de la información y las comunicaciones para adultos mayores” (cuyos beneficiarios eran los adultos mayores jubilados o pensionados con el haber mínimo), aprobado por Resolución N.º 248/2017 del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)⁷. El programa tenía como finalidades promover la participación e integración social de los adultos mayores, facilitar su inclusión en las redes sociales, en especial para aquellos que perciban el haber mínimo como jubilados o pensionados. Sin embargo, a la fecha no se han publicado resultados de la implementación de este programa, por lo que no resulta posible evaluar su funcionamiento.

Otra iniciativa que merece elogio es la reforma de la Ley N.º 19.549 incluida en la ley “Bases y Puntos de Partida para la libertad de los argentinos” (Ley N.º 27.742, sancionada el 28 de junio de 2024). Entre otras modificaciones, se agrega entre las conductas prohibidas para el Estado como vías de hecho (art. 9.º) la “De establecer mecanismos electrónicos, informáticos o de otra naturaleza que, mediante la omisión de alternativas u otros defectos o recursos técnicos, tengan por efecto práctico imposibilitar conductas que no estén legalmente proscriptas”⁸. Y es que, como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la incorporación de sistemas tecnológicos sin la debida consideración de los usuarios a los que van dirigidos, puede llevar de modo directo o indirecto a la ilegítima limitación de los derechos.

⁷ Texto completo de la Resolución disponible en: <<https://www.enacom.gob.ar/multimedia/normativas/2017/res3248.pdf>>. Lamentablemente, el programa, de un año de duración, no fue renovado a su vencimiento.

⁸ Ley N.º 27.742, artículo 30. Sustitúyese el artículo 9.º de la Ley N.º 19.549 por el siguiente: Artículo 9.º: La Administración se abstendrá: a) De llevar a cabo comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de derechos o intereses jurídicamente tutelados; b) De poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que, en virtud de norma expresa, impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquel, o que, habiéndose resuelto un recurso administrativo, no hubiere sido notificado; c) De establecer mecanismos electrónicos, informáticos o de otra naturaleza que, mediante la omisión de alternativas u otros defectos o recursos técnicos, tengan por efecto práctico imposibilitar conductas que no estén legalmente proscriptas.

En síntesis, resulta necesario y urgente trabajar en un doble recorrido: por un lado, en dotar a los adultos mayores de más y mejores herramientas para el uso de los medios tecnológicos; por el otro, considerar en todos los desarrollos actuales y futuros la especial situación de los individuos más vulnerables de la sociedad. Por ello, es imperioso avanzar en un carácter inclusivo de la tecnología en relación con los adultos mayores. Y es que, solo considerando a todos los miembros de la sociedad y, en especial, a aquellos que requieren de más cuidado, podremos decir que trabajamos por una sociedad más justa e igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

ASÍ es Celia: la inteligencia artificial para adultos mayores que puede detectar indicios de Alzheimer. 15 ENERO 2024. Disponible en: <<https://www.ambito.com/tecnologia/asi-es-celia-la-inteligencia-artificial-adultos-mayores-que-puede-detectar-indicios-alzheimer-n5921639>>.

BASSET, Úrsula Cristina. La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema: aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En: BASSET, Úrsula Cristina (Dir.). **Tratado de la vulnerabilidad**. Buenos Aires: La Ley, 2017.

CASAMAYOU, Adriana; MORALES GONZÁLEZ, Maria Julia. Personas mayores y tecnologías digitales: desafíos de un binomio. En: **Psicología, Conocimiento y Sociedad**, Montevideo, Ed. Facultad de Psicología de la Universidad de la República, v. 7, n. 2, p. 199-226, noviembre 2017-abril 2018, 2018.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. En: **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, Ed. Pontificia Universidade Católica do Paraná, v. 8, n. 2, 2017, 26-66, maio/ago. 2017.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Hacia una administración pública 4.0:

digital y basada en inteligencia artificial: decreto de tramitación digital completa. En: **La Ley**, 17-8-2018, p. 1-19.

DABOVE, María Isolina. **Derecho de la vejez**: fundamentos y alcance. Buenos Aires: Astrea, 2021. 1.^a reimp.

DABOVE, María Isolina. **Derechos humanos de las personas mayores**: acceso a la justicia y protección internacional. Buenos Aires: Astrea, 2015.

DABOVE, María Isolina. ¿Somos todos vulnerables en la vejez?: aportes de la teoría del derecho para la toma de decisiones judiciales. En: **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, n.º 59, p. 3-34, mayo-agosto de 2024.

DELPIAZZO, Carlos E. Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico. En: **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, Ed. La Ley, v. 1, p. 79-108, 2010.

GALLI BASUALDO, Martín. La administración pública electrónica (*e-administration*): la aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento administrativo. En: **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 43, número 96, 2018.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

HUENCHUAN, Sandra. **Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI**: situación, experiencias y desafíos. México: CEPAL, 2012.

INDEC. Instituto Nacional de Estadística y Censos. Dossier estadístico de personas mayores 2023 en conmemoración del 33.º Día Internacional de las Personas de Edad. 2023a. Disponible en: <www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/dossier_personas_mayores_2023.pdf>.

INDEC. Instituto Nacional de Estadística y Censos. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022. Resultados definitivos: indicadores demográficos por sexo y edad. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos - Libro digital, 2023b. Disponible en: <www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2022_indicadores_demograficos.pdf>.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Astrea, 2007. 2.^a reimpresión.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España**. Sevilla: Derecho Global, 2012.

PEPINOSA, Jimmy. ElliQ, un robot con inteligencia artificial que combate la soledad de los abuelos. En: Infobae. 17 enero 2024. Disponible en: <<https://www.infobae.com/tecno/2024/01/17/elli-q-un-robot-con-inteligencia-artificial-que-combate-la-soledad-de-los-abuelos/>>.

PINO JUSTE, Margarita R.; SOTO CARBALLO, Jorge Genaro; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Beatriz. Las personas mayores y las TIC: un compromiso para reducir la brecha digital: pedagogía social. En: **Revista Interuniversitaria**, Sevilla, Ed. Sociedad Iberoamericana de Pedagogía Social Sevilla, núm. 26, p. 337-359, 2015.

RABÁN, Melissa; SÁ ZEICHEN, Gustavo. El procedimiento administrativo digital: un panorama de su regulación jurídica en Argentina. En: **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 43, número 96, 2018.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la Unión Europea. En: **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, Ed. Universidad Nacional del Litoral, vol. 1, núm. 2, 2014.

SACRISTÁN, Estela B. Vulnerabilidad: categorización y contextualización como herramientas legislativas. En: **RDA**

Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, p. 19-34, marzo-abril 2022.

SANTIAGO, Alfonso. **La dignidad de la persona humana: fundamento del orden jurídico nacional e internacional**. Buenos Aires: Ábaco, 2022.

STRINGHINI, Antonella. Administración pública inteligente: novedades al ecosistema normativo digital de la República Argentina. En: **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, Ed. Universidad Nacional del Litoral, v. 5, n. 2, p. 199-215, 2018.

Recebido em: 12-12-2024

Aprovado em: 27-3-2025

DIREITO NA ESFERA VIRTUAL: O USO INDEVIDO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DAS *FAKE NEWS* PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA¹

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²

Caroline de Lima Veleda³

RESUMO

O presente trabalho discute o uso indevido da inteligência artificial (IA) e das *fake news* para a Democracia brasileira, no âmbito da esfera virtual. O artigo examina como a inteligência artificial contribui para a propagação de *fake news*, impactando diretamente os eleitores e usuários de plataformas virtuais, manipulando suas opiniões e senso crítico. Além disso, analisa aspectos de normas jurídicas vigentes, e as que ainda estão em tramitação, como é o caso do Projeto de Lei das *Fake News*, para verificar se estão adequadas às situações atuais que vem trazendo impactos à Democracia, decorrentes desse fenômeno que está quebrando as barreiras da Democracia brasileira. O trabalho também discute a importância de uma regulamentação mais robusta e específica para

¹ **Como citar este artigo científico.** SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; VELEDA, Caroline de Lima. Direito na esfera virtual: o uso indevido da inteligência artificial das *fake news* para a democracia brasileira. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 229-250, jan.-abr. 2025.

² Doutora em Direito. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Rio Grande e da Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS. E-mail: fabiana7778@hotmail.com

³ Bacharel em Direito. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Sociedade da Informação e Fake Democracy, da FMP-RS e FURG-RS.

enfrentar os desafios impostos pela IA e *fake news*, visando proteger a integridade do processo democrático no Brasil.

Palavras-chave: *Fake News*; Inteligência Artificial; Democracia; Eleições.

ABSTRACT

This work discusses the misuse of artificial intelligence and Fake News for Brazilian Democracy, within the virtual sphere. The article analyzes how artificial intelligence contributes to the spread of fake news, directly impacting voters and users of virtual platforms, manipulating their opinions and critical sense. In addition, it analyzes aspects of current legal norms, and those still under consideration, like the Projeto de Lei das Fake News, to verify whether they are adequate to the current situations that have been impacting democracy, resulting from this phenomenon that is breaking down the barriers of Brazilian democracy. The work also discusses the importance of more robust and specific regulations to face the challenges posed by AI and fake news, aiming to protect the integrity of the democratic process in Brazil.

Keywords: Fake News; Artificial Intelligence; Democracy; Elections.

SUMÁRIO. 1 Introdução. 2 Inteligência artificial no uso de propagação de *fake news*. 3 Impactos para a democracia brasileira: desafios e perspectivas. 4 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Certamente a Internet e seus ramos permitem uma vasta possibilidade para que os cidadãos possam adquirir instrução, aprendizados, culturas, estudos, sabedoria, e, principalmente, inteirar-se de notícias e elucidação de fatos trabalhados no cotidiano. Isso auxilia para que a transmissão do conhecimento possa chegar a um maior volume de pessoas, compartilhando diferentes ideias e pensamentos sobre um mesmo tema.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19.º, diz que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão, não podendo ser silenciada de suas opiniões e manifestações de ideias. Mas se deve perguntar: até que ponto a transmissão de ideias é feita de maneira consciente, e não de maneira forçada e manipulada?

Um dos pilares para a formação de pensamento e opinião na sociedade modernizada é com o uso dos meios de comunicação. Por estes, a sociedade civil consegue analisar fatos e exercer a sua opinião acerca de uma matéria em questão, formando conhecimento a partir da informação extraída dos dados que lhes são apresentados em tela. Ocorre que se a sociedade forma sua opinião por meio de circunstâncias que foram manipuladas de forma automatizada, com uso da inteligência artificial, originalmente configurada por indivíduos humanos, os quais, muitas vezes, possuem um nível de poder político e econômico que usam para propagar aquilo que desejam que a sociedade interprete, acaba gerando impactos para a tomada de certas decisões. Decisões que são fundamentais para o processo da Democracia.

Sabe-se que a liberdade de expressão é crucial para o exercício de uma Democracia justa, mas os cidadãos devem se perguntar: até que ponto é possível tolerar manifestações livres de atos fraudulentos e antidemocráticos?

É possível dizer ainda que, por meio da automatização de informações que chegam aos usuários, há um elevado risco de essas pessoas se depararem com discursos generalizados e aceitos pela sociedade sobre como determinadas situações ou circunstâncias ocorreram ou devem ocorrer. Ou seja, discursos hegemônicos.

Dessa forma, pode-se imaginar, por exemplo, a seguinte situação: ocorreu certo e específico ato com algum agente político durante campanha no período eleitoral. Pessoa que figura entre os candidatos dentre os quais poderá o povo eleger, ao exercer a cidadania e contribuir para o processo democrático. O acontecimento é manipulado e propagado por meio de algoritmos, fazendo com que essa notícia chegue de fácil acesso aos meios de comunicação dos eleitores.

Tal intuito, se gerado com objetivo de prejudicar ou sabotar o processo democrático da liberdade dos indivíduos de exercer seu voto, causa efeitos negativos, já que os eleitores interpretam de maneira equivocada aquela informação recebida, passando a acreditar que tal notícia adulterada seja verdadeira. Isso faz com que os indivíduos aceitem determinadas decisões políticas ou sociais que possam ter sido adulteradas conforme o manuseio de dados que a inteligência artificial exerce. Esse fato contribui com a perpetuação do espalhamento de notícias falsas, as quais, muitas vezes, são criadas pelos agentes poderosos da política nos processos da Democracia.

Em vista disso, esse processo remete a uma falsa impressão de Democracia, já que a população não está, de fato, realizando suas ações de forma plena e concisa. Portanto, esse fator impacta no alcance de uma Democracia e cidadania estabilizadas, pois esses processos propiciam um equívoco na tomada de decisões dos indivíduos.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, pesquisa qualitativa e descritiva, com o objetivo de indicar fatores cruciais para a ocorrência do caso em questão. Houve coleta e estudos de artigos científicos, legislações, normas jurídicas e notícias. O trabalho pretende abordar acerca da complexidade da IA, que reside em sua capacidade de manipulação de dados em um curto período de tempo, de forma a manipular a realidade, já que notícias falsas geradas por IA podem ter a falsidade com teor de difícil percepção por parte dos cidadãos, o que é particularmente preocupante durante períodos eleitorais, quando as campanhas se concentram nas redes sociais.

Além disso, discute-se sobre como esse uso indevido da IA acaba comprometendo a integridade da Democracia. Apesar de o Brasil possuir normas que versem sobre as *fake news*, ainda está ocorrendo muitos impactos do uso da inteligência artificial no processo democrático brasileiro, para propagar desinformação. Logo, faz-se necessária a implementação de normas que se associem com a complexidade dessa tecnologia, sendo essencial que o Estado desenvolva uma legislação robusta e abrangente para regular o uso da IA.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO USO DE PROPAGAÇÃO DE *FAKE NEWS*

Inicialmente, é válido ressaltar que a dissipação de informações falsas sempre existiu ao longo do tempo. Porém, no mundo atual, a facilidade para propagar certos dados é maior, devido à modernização dos meios de comunicação.

A Inteligência Artificial está inserta no cotidiano moderno, a partir do momento que se utiliza de ferramentas que necessitam de uma capacidade que está além da humana, já que este recurso permite o manuseio de milhões de dados em tempo reduzido. Ou seja, mesmo que um número considerado de pessoas realize uma atividade virtual que envolva o recolhimento e compartilhamento de dados com o mesmo propósito e objetivo, a IA pode fazer este mesmo trabalho em questão de segundos (TACCA; ROCHA, 2018).

Como um ser humano não pode interpretar a totalidade de dados existentes para realizar uma determinação, como por exemplo, coletar o que as pessoas estão acessando em suas redes sociais, em *sites* ou em aplicativos, é necessária a utilização de um recurso que possa alcançar o parâmetro de funcionamento desses indivíduos, virtualmente. No entanto, aqueles que se utilizam da tecnologia para tal coleta de dados, nem sempre a manuseia de maneira ética e legal (CASEIRO, 2019).

Determinados tipos de usuários não sabem que estão sendo manipulados ou forçados a ver aquilo que lhes é mostrado em suas telas. Isso ocorre porque os algoritmos determinam a relevância dos conteúdos baseando-se nos dados coletados sobre os interesses anteriores dos usuários. Isso porque a inteligência artificial pode se comunicar e tomar decisões de forma semelhante aos humanos. Por essa razão, os robôs com IA podem parecer pessoas reais, e muitas pessoas não conseguem distinguir o que é real e o que não é. Em outras palavras, a IA pode ser tão convincente que fica difícil saber se determinados conteúdos são ou não são verídicos.

Nesse contexto, além das informações textuais fornecidas pelo usuário, os cliques, “curtidas” e diversos outros fatores, como

publicações patrocinadas, são usados para priorizar a exibição de conteúdos relevantes para a pessoa que está usando determinada plataforma (SILVA, 2018). Ou seja, a Inteligência Artificial é capaz de coletar os dados pessoais individuais, a localização de cada pessoa e até mesmo as pesquisas e preferências de conteúdo de cada um. Quanto mais um indivíduo consome um conteúdo virtualmente, maior será a possibilidade de aparecer futuramente mais assuntos e materiais acerca desse assunto, com significativa frequência. Seja essa aparição na navegação de *websites*, redes sociais ou sítios eletrônicos, o que conseqüentemente aumenta o risco de um determinado nível de exposição a conteúdos manipulados ou inteiramente falsos.

Ocorre que muitas pessoas ainda não possuem determinada noção de discernir ou compreender se alguma informação é de fato verdadeira ou não, pois, apesar da grande tecnologia e vastos meios de comunicação, boa parte da população ainda não tem os instrumentos e conhecimentos necessários para distinguir se tal circunstância é autêntica, já que a IA, muitas vezes, produz conteúdos que se assemelham a algo verdadeiro, sendo difícil de diferenciar.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, existem duas categorias de IA: a Inteligência Artificial Geral, conhecida como “IA forte”, e a “IA fraca”. A IA considerada forte é frequentemente associada a debates na esfera da ficção científica. Nas soluções de IA atuais, apesar das capacidades de aprendizado, raciocínio e adaptação, ainda faltam elementos para que sejam classificadas como Inteligência Artificial Geral. Já a “IA fraca”, por outro lado, tem sido amplamente implementada para finalidades específicas, em contextos restritos.

A IA forte possui habilidades cognitivas em nível humano, podendo compreender, aprender e aplicar conhecimentos em uma ampla gama de tarefas, não limitadas a um conjunto específico de problemas. Atualmente, a IA forte ainda é um conceito teórico e se encontra principalmente no campo da ficção científica. Já a IA fraca é desenvolvida para executar tarefas específicas, e englobam sistemas de recomendação, *chatbots* e algoritmos de reconhecimento

de imagem. Embora a IA fraca possa parecer menos sofisticada, ela tem sido muito utilizada no dia a dia. Neste trabalho, irão ser discutidas questões sob um viés da IA fraca, que vem contribuindo para o aumento da desinformação (RIBEIRO; MATOS, 2022).

Segundo Ruy Flávio de Oliveira, em seu livro “Inteligência artificial” (2018), o acesso à informação deve ser regulado, e a inteligência artificial precisa ser direcionada para aprender a fazer escolhas éticas, entendendo sua responsabilidade em relação à vida e ao mundo ao seu redor. Nos diversos usos da inteligência artificial, um dos principais focos de atenção no campo do Direito é a coleta e o processamento de dados pessoais para criação de perfis. A preocupação gira em torno de como os programas de computador que utilizam IA podem restringir oportunidades e, especialmente, ameaçar direitos fundamentais dos cidadãos.

Verifica-se, assim que a IA, por meio de seus algoritmos, consegue identificar o tipo de perfil do usuário, por meio da coleta de dados, identificando seus gostos, hábitos, interesses e preferências. Assim, recomendando coisas que eles estão mais propensos a consumir e visualizar. Isso se torna preocupante quando o objeto que está sendo espalhado virtualmente pelas *mídias* à população são justamente as notícias que versam sobre o Estado, produzidas pela imprensa, a qual é um instituto fundamental para elucidação de fatos cotidianos para formação de opinião do povo.

Considerando as preferências dos usuários, captada pelos algoritmos sobre determinado assunto, basta a criação de notícias que atendam aos gostos desses indivíduos para gerar o espalhamento de notícias que tenham a ver com aquela temática. No entanto, sabe-se que nem sempre a notícia tem o intuito de apenas informar o leitor, mas sim de lucrar. E, para isso, é necessário despertar o interesse ou o instinto julgador do público. Portanto, conforme Caseiro, o mercado por trás das notícias causa impactos

Os anunciantes, clientes, querem investir nos sítios em que têm a certeza que os seus anúncios vão ser vistos e procuram as empresas noticiosas que apresentem mais cliques e visualizações. Assim, os jornalistas são pressionados pelo

mercado a “sensacionalizar” os seus títulos e as suas manchetes, e a produzir conteúdo a uma velocidade recorde que muitas vezes não se coaduna com o tempo necessário para verificação de factos ou de fontes, perdendo assim a qualidade esperada aos “cães-de-guarda” da democracia (CASEIRO, 2019, p. 139).

Dessa forma, devido à valoração da informação, o manuseio desses dados pode ajudar a criar as *fake news* e propagá-las perante mecanismos da inteligência artificial com notícias tendenciosas. Contudo, de acordo com Frazão, não são apenas as grandes empresas que possuem a valoração da informação como objeto, mas também o próprio Estado utiliza isso como ferramenta decisória. Segundo a autora

Todas essas transformações têm ocorrido em ritmo acelerado, sem que haja maior reflexão sobre as questões éticas e jurídicas envolvidas na utilização cada vez mais abrangente desses algoritmos. Pelo contrário, em muitos casos, parece haver a aceitação implícita de uma ética puramente utilitarista, justificada a partir de estatísticas (FRAZÃO, 2018, p. 2).

Logo, ao invés de mais regulamentação acerca da propagação de notícias falsas, o que se tem é cada vez mais um descontrole perante essa tecnologia que as espalham. E neste aspecto, a manipulação da *mídia* pode influenciar significativamente a população, desviando os eleitores de uma análise racional e precisa dos acontecimentos. O consumo excessivo de informações, frequentemente enganosas, compromete a preservação do Estado Democrático de Direito (SIQUEIRA; ANDRADE, 2024). Nesse viés, conforme matéria publicada na Agência Senado em 2024, foi feita uma pesquisa pelo Instituto DataSenado, que constatou que 81% dos brasileiros acham que as *fake news*, podem afetar significativamente o resultado eleitoral (AGÊNCIA SENADO, 2024).

Por essa lógica, é necessário discutir também o conceito das “deepfakes”, as quais são a reconstrução de *mídias* na esfera virtual, isto é, recria-se o mesmo conteúdo, seja ele em forma de imagem,

vídeo ou áudio, porém, alterando os fatos e a narrativa, de forma que a verdade seja distorcida para enganar aqueles que acessarem, distanciando-se da circunstância original. Esse mecanismo pode, por exemplo, mudar o cenário, alterar rostos e até editar o movimento labial, para parecer que a pessoa de determinado vídeo está realmente falando o conteúdo modificado.

Deve-se reiterar que, como a IA é utilizada por ferramentas avançadas que seja capaz de alterar dados e mídias, é plausível sustentar o fato de que também sejam usadas para criar *deepfakes* e *fake news*. Conforme a revista jornalística *Pesquisa FAPESP*, na época de eleições em 2022, os apresentadores William Bonner e Renata Vasconcellos estavam mostrando sobre uma pesquisa de intenção de votos do IPEC para saber qual dos candidatos à Presidência da república estava com a maior intenção de votos. Logo após o noticiário ter ido ao ar, o vídeo dos apresentadores foi alterado para que mostrasse outro resultado na pesquisa, colocando o candidato Jair Bolsonaro a frente do candidato Luís Inácio Lula da Silva. Logo, constatou-se que a imagem e o áudio foram editados para inverter os percentuais estatísticos, o que é claramente um uso de *deepfake*. Além disso, conforme o próprio telejornal, o vídeo falso também manipulou os dados sobre a avaliação da administração do candidato Jair Bolsonaro (PESQUISAFAPESP, 2022).

Ainda, de acordo com o *site* de notícias G1, em 2022 o conteúdo do Jornal Nacional sofreu falsificações no período das eleições, que apresentava dados editados acerca de qual candidato estaria à frente da pesquisa de votos, cujo resultado dessa adulteração foi compartilhado severamente no aplicativo WhatsApp, gerando desinformação aos eleitores (GLOBO.COM, 2022). Para mais, além do cenário nacional, também se tem *deepfake* em outros Governos que também afetam a Democracia, o que é o caso da Nancy Pelosi, ex-Presidente da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos. Segundo o jornal BBC, ela teve seu discurso adulterado, cujo vídeo modificado mostrava o tom da sua voz desacelerado, para parecer que ela estava se atrapalhando em suas próprias palavras e se perdendo em seu discurso. O vídeo em questão ficou no ar por um tempo considerável na rede social Facebook (LEE, 2019).

3 IMPACTOS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Pode-se refletir a respeito do pensamento do filósofo político Norberto Bobbio, em seu livro “O futuro da democracia: UMA defesa das regras do jogo”, que diz

Na sociedade de massa o voto de opinião está se tornando sempre mais raro: ousaria dizer que a única verdadeira opinião é a dos que não votam porque compreenderam ou creem ter compreendido que as eleições são um rito do qual é possível subtrair-se sem graves danos, e como todos os ritos, por exemplo a missa aos domingos, são no fim das contas uma chateação. Opinião discutível, condenável, detestável, mas opinião. Está aumentando ao contrário o voto de permuta, à medida em que os eleitores se tornam mais maliciosos e os partidos mais hábeis (BOBBIO, 1997, p. 140).

Nessa fala, Bobbio também complementa com a ideia de que quem vota em um partido político faz isso porque realmente acredita nas ideias que o partido representa. No passado, pertencer a um partido implicava compartilhar e acreditar nas mesmas ideias sobre a política e o bem público. No entanto, na sociedade moderna, o voto de opinião, aquele baseado em convicções pessoais, está se tornando mais raro. Em vez disso, as pessoas votam muitas vezes por outros motivos, como influência da *mídia*, *marketing* político ou pressões sociais. Isso pode ser prejudicial, especialmente porque a Democracia se baseia justamente em cidadãos informados e ativos que votam de acordo com suas verdadeiras convicções.

A Justiça brasileira deve se atentar a garantir um período eleitoral com disputas justas para evitar a propagação das *fake news* e conteúdo manipulado por meio da Internet, e, em vista disso, é importante mencionar a Resolução 23.610, de 18 de dezembro de 2019, com alteração da Resolução n.º 23.732, de 2024, ambas do Tribunal Superior Eleitoral. Essa Resolução dispõe normas para o processo eleitoral no Brasil, abordando o uso de inteligência artificial no processo eleitoral, exigindo transparência no uso de conteúdos sintéticos criados por IA.

Assim, uma das principais disposições é o artigo 9.º-B

Art. 9.º-B. A utilização na propaganda eleitoral, em qualquer modalidade, de conteúdo sintético multimídia gerado por meio de inteligência artificial para criar, substituir, omitir, mesclar ou alterar a velocidade ou sobrepor imagens ou sons impõe ao responsável pela propaganda o dever de informar, de modo explícito, destacado e acessível que o conteúdo foi fabricado ou manipulado e a tecnologia utilizada.

Isso significa que as plataformas *online*, como redes sociais e *sites*, têm uma responsabilidade específica, com o objetivo de evitar a disseminação de informações falsas ou distorcidas. O que se pode extrair disso é o fato de que os conteúdos multimídias são burláveis com o uso da inteligência artificial para gerar as *fake news* em contextos tão sensíveis como as eleições, fazendo com que o eleitor interprete que aquele conteúdo seja real, e, conseqüentemente altere seu senso crítico. Ou seja, está claro que isso pode influenciar a opinião pública de maneira significativa e, muitas vezes, de forma enganosa, e, assim sendo, é fundamental a criação de normas para regular essas anomalias perante a Democracia. Ainda, no parágrafo 3.º do referido artigo, é instituído que ao usar *chatbots*, *avatars* e conteúdos gerados por inteligência artificial para intermediar a comunicação de campanha com pessoas reais, é necessário seguir as regras estabelecidas neste artigo. Também, é proibido simular uma conversa como se fosse com o candidato ou qualquer outra pessoa real. Em outras palavras, a comunicação deve ser transparente e não pode enganar as pessoas fazendo-as acreditar que estão falando com um ser humano quando, na verdade, estão interagindo com uma IA.

Da mesma forma trata o artigo 9.º-D da Resolução

Art. 9º-D. É dever do provedor de aplicação de internet, que permita a veiculação de conteúdo político-eleitoral, a adoção e a publicização de medidas para impedir ou diminuir a circulação de fatos notoriamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que possam atingir a integridade do processo eleitoral.

Logo, essa Resolução é importante para proteger a Justiça e a transparência das eleições, fazendo com que as plataformas *online* tomem medidas ativas e transparentes para combater a desinformação que possa prejudicar a Democracia. Além disso, essa exigência de transparência também coloca uma responsabilidade maior sobre os criadores de conteúdo e as plataformas que veiculam essas propagandas, incentivando um uso mais responsável e ético da tecnologia.

Ademais, o Código Eleitoral prevê no artigo 323, § 1.º, penalidades para quem divulga, produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos, o que pode acarretar na aplicação de pena de detenção de dois meses a um ano ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Outrossim, a Lei n.º 9.504, de 30-9-1997 (Lei das Eleições), em seu artigo 57-H, §§ 1.º e 2.º, também dispõe de multas para aqueles que atribuírem falsamente a autoria de propaganda eleitoral na internet a terceiros, bem como, contratarem pessoas para ofender ou depreciar a imagem de candidatos, partidos ou coligações, o que consequentemente pode resultar em pena de detenção.

Vale ressaltar também, a Lei 13.834, de 4-6-2019, acrescenta artigo à Lei nº 4.737, de 15-7-1965 (Código Eleitoral), para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Essa legislação é fundamental para barrar os casos de falsas acusações, como por exemplo, em caso de algum candidato político fazer uma denúncia falsa de que outro candidato concorrente cometeu um crime, sabendo que a acusação é infundada, com o objetivo de prejudicar a reputação do adversário durante a campanha eleitoral. Tal situação tem ocorrido por meio de inteligência artificial para gerar uma *fake news*, em casos de partidos políticos criarem vídeos manipulados utilizando IA fazendo parecer que determinado candidato opositor disse algo ofensivo ou impróprio, e atribui a autoria do vídeo a um terceiro para desacreditar o oponente.

A Lei 12.965, de 23-4-2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu artigo 19, § 3.º, dispõe que a possibilidade de recorrer aos Juizados Especiais para questões envolvendo a

remoção de conteúdos disponibilizados na internet por provedores de aplicações, assim como para a busca de indenização por danos ligados à honra, reputação ou direitos de personalidade. Também se tem a Lei 5.250, de 9-2-1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, dispondo em seus artigos 16 e 20 acerca de informações falsas ou caluniosas, atribuindo também responsabilidade civil no artigo 51, inciso I, para aquele que publica ou transmite notícia falsa. Já a Lei 2.083, de 12-11-1953, que regula a Liberdade de Imprensa, também prevê penas para quem publicar ou divulgar notícias falsas, em seu artigo 9.º, alíneas “b” e “f”.

No entanto, há muitos Projetos de Leis e debates, mas poucas ações concretas, criando um cenário em que os avanços teóricos do sistema jurídico frequentemente parecem obsoletos e desconectados da realidade atual. Destaca-se que a legislação brasileira atual ainda é simplista e escassa em alguns aspectos, frente aos avanços da tecnologia e da circulação de conteúdo falso (SIQUEIRA; ANDRADE, 2024). Portanto, a abertura e o envolvimento público são cruciais nesse processo para garantir que as decisões reflitam os interesses da população. Assim, é vital que o Estado, junto com a sociedade civil e empresas de tecnologia, colaborem no desenvolvimento e implementação de políticas e mecanismos regulatórios que promovam a democracia digital (GOMES, 2024).

O cenário político atual, considerando as leis vigentes e as ilegalidades relacionadas às *fake news* no Brasil, tem sido abordado de maneira semelhante por meio de jurisprudências dos tribunais e outras legislações. Contudo, há uma necessidade urgente de uma regulamentação específica para enfrentar essas questões. A desinformação, atualmente, gera conflitos ideológicos que repercutem negativamente na *mídia*. Na sociedade civil, as *fake news* podem ganhar proporções maiores devido à internet, exigindo uma análise detalhada ao tratar das questões mencionadas na proposta (GOMES; VILAR, 2020).

Dessa forma, o Projeto de Lei 2.630/2020, conhecido como “PL das Fake news”, criado pelo Senador Alessandro Vieira, cuja ementa diz que a lei visa “normas relativas à transparência de redes

sociais e de serviços de mensagens privadas”, seria um avanço para minimizar a disseminação de desinformação e *fake news* na internet. Ocorre que o Projeto ainda está parado e enfrentando alguns desafios para ser aprovado na Câmara, e, em vista disso, está em tramitação desde 2020.

Este Projeto cria a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Todavia, a proposta enfrenta críticas e desafios, especialmente em relação à liberdade de expressão e à definição de quem será responsável pela fiscalização e aplicação da lei. Dessa forma, tem gerado opiniões divergentes durante seu processo de análise e votação no Legislativo, pois os defensores destacam sua relevância na proteção contra ilicitudes na esfera virtual em decorrência das *fake news*. Por outro lado, os críticos argumentam que as medidas interferem na liberdade de expressão, podendo trazer impactos negativos para o País.

Outro possível avanço para o controle da desinformação por meio da inteligência artificial, é o Projeto de Lei n.º 5.051 de 2019, que estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil, que teve iniciativa do Senador Styvenson Valentim. Conforme notícia da Agência Senado de 2022, foi criada uma Comissão temporária interna para examinar projetos sobre inteligência artificial (IA), incluindo o Projeto de Lei em questão.

Ocorre que os impactos negativos para o País já vêm ocorrendo conforme os avanços para manusear a IA, de tal forma que o objetivo seja o de corromper o processo democrático. Inicialmente, ressalta-se o caso ocorrido nas eleições para a Presidência, de 2018, cuja campanha de Jair Bolsonaro foi acusada de violações da informação e propagação de *fake news*.

Além disso, conforme uma matéria de 2018 do *site* de notícia “El País”, o empresário Luciano Hang utilizou a ferramenta de anúncios do Facebook para ampliar o alcance e a visibilidade de conteúdos que solicitavam votos para o candidato Jair Bolsonaro, e, conseqüentemente o Tribunal Superior Eleitoral mandou retirar o suposto conteúdo da rede social (EL PAÍS BRASIL, 2018). De acordo com Cunha e Rabay, é a IA que direciona os anúncios no Facebook.

Logo, pode-se refletir do que já foi anteriormente discutido que a IA pode adequar os conteúdos de acordo com o perfil dos usuários em épocas eleitorais.

Ainda, conforme matéria de 2018 do *site* BBC News Brasil, foram utilizados telefones de usuários do Facebook para campanhas em massa no WhatsApp, e, de acordo com a notícia, a pessoa responsável pelo programa escolhe o público-alvo nessa rede social usando palavras-chave, páginas ou grupos públicos e começa a reunir os dados em uma planilha. Em menos de dez minutos e com apenas alguns cliques, foi possível coletar quase mil números de telefone de usuários, segmentados por curtidas na página de um candidato específico, gênero e cidade, e criar automaticamente grupos de até 256 pessoas a partir da lista de números obtidos, o que é certamente o uso inadequado da tecnologia para incluir o eleitor em uma massa de manobra (MAGENTA; GRAGNANI; SOUZA, 2020).

Outrossim, conforme matéria publicada no *site* Brasil de Fato em 2019, a atriz Patrícia Pillar desmentiu *fake news* que circulava nas redes sociais, com uma montagem com sua foto, de que Ciro Gomes a agredia. E ele estava concorrendo a Presidência da República naquela época (RODRIGUES, 2019). Este tipo de caso é preocupante, pois segundo Robl Filho, Marrafon e Medón, os eleitores mais indecisos podem mudar o voto em desfavor da vítima da *mídia* que foi adulterada. E isso altera o processo democrático, já que os eleitores são influenciados pela desinformação.

No Seminário de “Combate à Desinformação e Defesa da Democracia”, realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2023, o Ministro Luís Roberto Barroso disse que a desinformação e assassinatos de reputações que se propagam na Internet e pelas *mídias* sociais são graves ameaças para a Democracia e os direitos fundamentais, de forma a polarizar a política. Apesar de o Ministro afirmar que há arcabouço normativo para a regulamentação de conteúdos na internet, em sua fala ele diz que “já ficou para trás o tempo em que se imaginava que a internet pudesse ser livre, aberta e não regulada. É preciso regulá-la em diferentes dimensões.” (STF, 2023).

A página “Fato ou Boato” criada pela Justiça Eleitoral, também é uma ótima ferramenta para averiguar as inverdades propagadas durante o período eleitoral. O *site* verifica a veracidade dos conteúdos e incentiva os usuários a checarem a autenticidade das mensagens, divulgando notícias verificadas, recomendações e materiais educativos.

Assim, conclui-se que embora o Estado brasileiro apene as pessoas que espalham *fake news*, ele não regula adequadamente as tecnologias que possibilitam essa disseminação. Isso cria uma lacuna que permite a continuidade do uso dessas ferramentas por outras pessoas, visto que o Brasil ainda não possui uma legislação ampla que aborde de maneira eficaz as questões relacionadas ao uso da inteligência artificial e à propagação de *fake news*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após discorrer sobre tais impactos, deve-se perguntar também, a quem se atribui a responsabilidade sobre o uso indevido da inteligência artificial na propagação de notícias falsas: seriam aos algoritmos, aos agentes ou ao Estado? Após a análise das normas vigentes, pode-se chegar à conclusão de que este problema recai nos agentes que propagam a desinformação. Todavia, embora a legislação brasileira responsabilize os indivíduos que propagam *fake news*, ela não aborda adequadamente a criação e o uso de ferramentas de inteligência artificial que facilitam essa disseminação.

Em outras palavras, o Estado pune os propagadores, mas não regula os mecanismos que permitem a propagação, deixando uma brecha para que outros continuem a usar essas ferramentas. Ainda, vale ressaltar que atualmente, o Estado brasileiro carece de uma legislação abrangente que trate das questões relacionadas ao uso de inteligência artificial e à propagação de *fake news*. Dada a rápida evolução tecnológica, é essencial que o Brasil desenvolva uma regulamentação robusta e atualizada.

A tecnologia continuará a se expandir, e normas limitadas a casos específicos serão insuficientes para lidar com os desafios

futuros. Portanto, é crucial que o Brasil comece a se adequar ao mundo moderno, implementando políticas e regulamentos que acompanhem o avanço tecnológico que vem surgindo, e proteja a integridade do processo democrático.

As transformações aceleradas atingem o sujeito comum. Vê-se a mudança em um ritmo que ultrapassa a capacidade de adaptação dos indivíduos, e com isso, vem a sensação de impotência, ansiedades e inseguranças nos tempos modernos. Isso porque a dificuldade que se enfrenta hoje não é a de informação, pelo contrário, hoje a informação é muito fácil e muito acessível.

Ela é em quantidade extremamente quase infinita e absurda, com fontes diversas e nem sempre confiáveis, bem como é facilmente propagada em meios virtuais que estão sujeitos a sofrerem alterações com uso da IA, que limita a capacidade de assimilar e depurar o tipo e a qualidade de informação que se tem acesso. Isso impacta na capacidade de assimilação da população para determinadas questões democráticas em meio a cidadania, e o resultado disso é que o senso crítico está ficando muito ausente.

De acordo com o sociólogo Mills (1982), o indivíduo, ao analisar uma situação, precisa minimizar a influência daquilo que ele tem como particularidade ao olhar o objeto. Não se pode deixar que os conceitos prévios ou sentimentos influenciem a ideia. E, se o observador estiver envolvido com o objeto, ele corre o risco de ser comprometido ou contaminado por ele. Ou seja, quando o fenômeno atinge uma sociedade inteira, é mais difícil de não se contaminar com os conteúdos que vem surgindo em detrimento da desinformação. Logo, é necessário que haja mais mecanismos para que a população possa lidar com a identificação de *fake news* e conteúdos manipulados por IA.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Lei 2.083, de 12 de novembro de 1953. Regula a Liberdade de Imprensa. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 13 nov. 1953.

BRASIL. Lei 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 jul. 1965. Retificado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 jul. 1965.

BRASIL. Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 fev. 1967.

BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1.º out. 1997.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 abr. 2014.

BRASIL. Lei 13.834, de 4 de junho de 2019. Altera a Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Agência Senado. Comissão temporária vai estabelecer marco da inteligência artificial. 15-8-2023. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/15/comissao-temporaria-vai-estabelecer-marco-da-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Agência Senado. Para brasileiros, notícias falsas impactam eleições, revela DataSenado. 23-8-2024. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/08/23/para-brasileiros-noticias-falsas-impactam-eleicoes-revela-datasenado>>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 2.630, de 2020. Institui a

Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 5.051, de 2019. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil.

BRASIL. TSE - Tribunal Superior Eleitoral. Fato ou boato: site da Justiça Eleitoral verifica informações e alerta contra notícias falsas. 19-10-2022. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/fato-ou-boato-site-da-justica-eleitoral-verifica-informacoes-e-alerta-contra-noticias-falsas>>. Acesso em: 12 maio 2024.

BRASIL. TSE - Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 23.610, de 18 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a propaganda eleitoral. **Diário da Justiça Eletrônica – Tribunal Superior Eleitoral**, n. 249, Brasília, DF, 27 dez. 2019, p. 156-184; republicado no **Diário da Justiça Eletrônica – Tribunal Superior Eleitoral**, n. 37, de 7 mar. 2022, p. 18-60; republicado no **Diário da Justiça Eletrônica – Tribunal Superior Eleitoral**, n. 45, de 16 mar. 2022, p. 111-153; e republicado no **Diário da Justiça Eletrônica – Tribunal Superior Eleitoral**, n. 147, de 4 ago. 2022, p. 343-386.

CASEIRO, Sofia. O impacto da inteligência artificial na democracia. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR, 4. 2019. p. 135-142. Disponível em: <https://www.cidhcoimbra.com/_files/ugd/8f3de9_a429c79395f342bbbade32f7eff2188a.pdf#page=135>. Acesso em: 1.º jul. 2024.

CUNHA, Monica; RABAY, Gustavo. Direito, Inteligência artificial e ficção: um alerta sobre a vaidade humana e a extensão dos direitos da personalidade a sistemas digitais (a partir de westworld). In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA. Coimbra. Portugal. 2021. Disponível em: <<http://trabalhocidhcoimbra.com/ojs/index.php/anaiscidhcoimbra/article/view/913>>. Acesso em: 20 maio 2024.

EL PAÍS BRASIL. TSE manda tirar do Facebook vídeo pró-Bolsonaro de dono da Havan. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/30/politica/1535658007_005257.html>. Acesso em: 20 set. 2024.

FRAZÃO, Ana. Algoritmos e inteligência artificial. In: Jota, v. 15, 2018. Disponível em: <https://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-05-16-Algoritmos_e_inteligencia_artificial.pdf>. Acesso em: 1.º out. 2024.

GLOBO.COM. G1. É #FAKE vídeo que mostra Bolsonaro na liderança da pesquisa Ipec divulgada em 12 de setembro de 2022. 19-9-2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fato-ou-fake/eleicoes/noticia/2022/09/19/e-fake-video-que-mostra-bolsonaro-na-lideranca-da-pesquisa-ipecc-divulgada-em-12-de-setembro-de-2022.ghhtml>>. Acesso em: 2 out. 2024.

GOMES, Gledson Primo. Campanhas eleitorais antecipadas na internet e sanções regulatórias no Brasil: um estudo sobre democracia digital. In: Revista de Direito, Viçosa, Ed. Universidade Federal de Viçosa, v. 16, n. 2, p. 1-18, 2024. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/19033>>. Acesso em: 15 set. 2024.

GOMES, Gledson Primo; VILAR, Kaiana Coralina do Monte. Análise do projeto de Lei das *Fake News* em perspectiva das eleições. In: Revista de Direito, Viçosa, Ed. Universidade Federal de Viçosa, v. 12, n. 2, p. 1-16, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11205>>. Acesso em: 15 set. 2024.

LEE, Dave. Nancy Pelosi clip shows misinformation still has a home on Facebook. 24-5-2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-48405661>>. Acesso em: 24 set. 2024.

MAGENTA, Matheus; GRAGNANI, Juliana; SOUZA, Felipe. Eleições 2018: Como telefones de usuários do Facebook foram usados por campanhas em ‘disparos em massa’ no whatsapp. 20-10-2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45910249>>. Acesso em: 21 dez. 2024.

MILLS, Charles Wright. **A imaginação sociológica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

OLIVEIRA, Ruy Flávio de. **Inteligência artificial**. Londrina: Educacional, 2018.

PESQUISAFAPESP. Deepfakes, o novo estágio tecnológico da desinformação: algoritmo detecta imagens e vídeos alterados com inteligência artificial. 20-12-2022. Disponível em: <<https://revista-pesquisa.fapesp.br/deepfakes-o-novo-estagio-tecnologico-das-noticias-falsas/>>. Acesso em: 18 maio 2024.

RIBEIRO, Roberth Ancelmo; MATOS, Marcela Lugão de. Inteligência artificial forte como sujeito de direito e a ética por trás de seu desenvolvimento. In: **Open Science Research**. v. IX. Guarujá-SP: Científica Digital, 2022. p. 908-926.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; MARRAFON, Marco Aurélio; MEDÓN, Filipe. A inteligência artificial a serviço da desinformação: como as *deepfakes* e as redes automatizadas abalam a liberdade de ideias no debate público e a democracia constitucional e deliberativa. In: **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, Ed. Universidade Católica de Brasília, v. 13, n. 3, p. 32-47, out.-dez. 2022.

RODRIGUES, Cris. Neste 1.º de abril, relembre nove *fake news* que marcaram o cenário político do Brasil. 1.º-4-2019. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/04/01/neste-1o-de-abril-relembre-nove-fake-news-que-marcaram-o-cenario-politico-do-brasil>>. Acesso em: 5 jul. 2024.

SILVA, Evandro Rabello da. *Fake news*, algoritmos e democracia: o papel do direito na defesa da sociedade aberta. 2018. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais)– Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

SIQUEIRA, Mariana de; ANDRADE, Ester Jerônimo de. *Deepfake* e privacidade: uma análise jurídica acerca da manipulação da

imagem dos usuários. In: **Revista Foco**, Curitiba, Ed. Foco, v. 17, n. 8, p. e5679-e5679, 2024.

STF - Supremo Tribunal Federal. Painel no Seminário de combate à desinformação discute medidas para fortalecer o sistema de Justiça. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514078&ori=1>>. Acesso em: 28 set. 2024.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do Direito. In: Revista do Programa e Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 38, n. 2, p. 53-68, jul.-dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

Recebido em: 27-1-2025

Aprovado em: 2-4-2025

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DOCUMENTO NOTARIAL (ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y LAS ESCRITURAS PÚBLICAS)¹

Sebastián Justo Cosola²

RESUMEN

El presente ensayo presenta una nueva consideración de la naturaleza de jurídica del documento notarial, a partir de la utilización del método comparativo con las sentencias judiciales. Se pretende corroborar que el documento público que realiza el notario decide el derecho en la paz. En esencia, es un instrumento decisorio.

Palabras claves: escritura pública - sentencia judicial – realismo - naturaleza decisoria - fundamentos.

¹ **Como citar este artículo científico.** JUSTO COSOLA, Sebastián. La naturaleza jurídica del documento notarial (estudio comparativo de las sentencias judiciales y las escrituras públicas). In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 251-286, jan.-abr. 2025.

² Abogado y Escribano, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Doctor en Derecho (Universidad Austral). Rector de la Universidad Notarial Argentina (UNA). Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado. Esp. en Documentación y Contratación Notarial (Universidad Notarial Argentina). Posgraduado y Especialista en Derecho de los Contratos y Daños (Universidad de Salamanca). Prof. Titular, Adjunto o Asociado (de grado y postgrado) de Derecho Notarial, Derechos de los contratos y ética de las profesiones jurídicas: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA); Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA); Universidad Notarial Argentina. Ex presidente del Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino. Ex Becario del Consejo General del Notariado Español. Consejero superior titular por el claustro de docentes (UNNOBA). Correo electrónico: sebastiancosola@derecho.uba.ar

THE LEGAL NATURE OF THE NOTARIAL DOCUMENT (COMPARATIVE STUDY OF JUDICIAL RULINGS AND PUBLIC DEEDS)

ABSTRACT

This essay presents a new consideration of the legal nature of the notarial document, based on the use of the comparative method with judicial rulings. The aim is to corroborate that the public document made by the notary decides the right in peace. In essence, it is a decision-making instrument.

Keywords: public deed - judicial ruling - realism - decision-making nature - foundations.

SUMARIO. I Introducción. II Alcance de la justicia. III La justicia conmutativa. IV Las *sentencias judiciales*. V Las “respuestas” a las sentencias. La teoría de la impugnación procesal y los dictámenes consultivos. VI En torno a las escrituras públicas. VII Las respuestas a las escrituras públicas. Teoría general de las ineficacias y la impugnación de la autenticidad. VIII Cuestiones provenientes de los estudios comparativos entre las sentencias y las escrituras públicas. IX Determinación de las bases que conforman los fundamentos. X La razonabilidad. XI Los elementos comunes. XII Las diferencias. XIII Conclusiones del método comparativo efectuado. XIV La justicia y el documento notarial. XV El documento notarial como elemento y argumento de decisión jurídica. XVI La naturaleza del documento notarial decisorio. XVII. Referencias.

I INTRODUCCIÓN³

La seguridad jurídica es el valor considerado como un estandarte primario de la *función notarial*. Desde la *función notarial*, la seguridad se estudia como una consecuencia mediata e inmediata del *documento notarial* elaborado a conciencia, con ley, uso y razón.

³ Para ampliar los temas tratados en el presente ensayo, sobre todo en el desarrollo de la fuerza y potencia cartular externa e interna del documento notarial ver: Cosola (2020).

Así, se ha afirmado lo siguiente: “No hay otra seguridad jurídica en el derecho notarial, que la derivada del instrumento público generada por el notario.” (MUÑOZ RIVERA, 2014, p. 75).

Este razonamiento empero, no deja de reconocer la circunstancia fundamental que consolida al *documento notarial* con la seguridad: la puesta en práctica de los deberes éticos notariales aplicados anteriores a la confirmación documental, ya que son ellos lo que permiten una adecuada estructuración del documento, que, hecho de acuerdo a esas condiciones, desprenderá sin dudas la máxima consolidación posible del principio de la seguridad jurídica en su faz *preventiva* (COSOLA, 2013, p. 235). Desde allí que el notariado advierta una cierta preocupación por plantear antes de la concreción de la labor documental, las posibles contingencias y desafíos que esto traerá aparejado, acciones que otorgan previsibilidad frente a los temores, y planteo de las defensas frente a las posibles vicisitudes posteriores.

En algún tiempo y lugar, *Vallet de Goytisolo* trazó la pauta de lo que pretendo, alcance a comprenderse naturalmente en este ensayo, desprendida lógicamente de la singularidad propia y característica de la función notarial:

El notario tiene frente a los demás juristas una posición ventajosa para apreciar esa intersección de las normas y los hechos; es decir, la vida jurídica [...]. El catedrático tiene una visión del derecho preponderantemente teórica; el juez y el abogado, una visión patológica, ven al derecho cuando sufre alguna enfermedad, cuando no funciona normalmente. El notario lo ve desenvolverse y desarrollarse en su normalidad; tiene de él una visión puramente vital (VALLET DE GOYTISOLO, 1992, p. 423).

A lo largo y a lo ancho de la historia, la seguridad jurídica, baluarte del iluminismo y de la época de los códigos decimonónicos promovidos luego de la revolución francesa, fue y sigue siendo un paradigma esencial de la función notarial. Sin embargo, el presente siglo postula a la justicia como valor superior del derecho; un valor

que encuentra su primera fuente en la Constitución Nacional, en las normas, y también, como en ninguna otra época, en los valores y principios que el derecho postula para alcanzar la máxima valoración de una conducta (conducta justa) a través de la argumentación jurídica, resultado de la “*multiculturización*” del arte jurídico contemporáneo.

II ALCANCE DE LA JUSTICIA

Nuestro paso por la *Facultad de Derecho* nos ha enseñado a comprender que, mientras que de los documentos notariales y administrativos emerge el valor de la seguridad jurídica, de las sentencias judiciales emerge el valor justicia. Es decir, entendemos, comprendemos que lo justo únicamente se puede advertir desde la sentencia que determina, frente al conflicto, quien tiene razón de justicia y quien no la tiene. Hay aquí una confusión que es preciso aclarar: el juez que decide la controversia, en base a criterios emergentes de la sana crítica, fundamenta su razonar desde una enorme cantidad de pruebas que lo llevan a concluir una idea que sostendrá como fundamento de su sentencia. El juez decide esa justicia que falta en el caso que le ha sido adjudicado, porque las personas no se han puesto de acuerdo en distribuir equitativamente, lo justo para cada cual. Cuando este sucede, el juez, con poder decisorio, precisamente, decide quién tiene razón o quien no la tiene, de nuevo, teniendo en cuenta un sinfín de criterios a los que puede recurrir de acuerdo a los parámetros que se encuentren comprometidos.

Sin embargo, muy a pesar de lo antedicho, el análisis de la justicia como valor del derecho es bastante más amplio y ciertamente complejo. La determinación de los derechos y deberes de la ciudadanía depende de los tres tipos de relaciones de justicia conocidos desde *Aristóteles* y considerados en su total esplendor desde *Santo Tomas de Aquino*, en donde la *deuda* que cada uno guarda con su semejante adquiere distintas características y el derecho presenta rasgos diferentes (HERVADA, 2007, p. 53):

- a) *justicia conmutativa*, referida a lo debido entre personas – físicas y morales– (HERVADA, 2007, p. 54);

- b) *justicia distributiva*, referida a lo debido por la colectividad al individuo (HERVADA, 2007, p. 55);
- c) *justicia legal*, referente a lo debido por el individuo a la colectividad (HERVADA, 2007, p. 63).

Conforme con *Aristóteles*, hay una *justicia general* y unas formas de *justicia particular* (VALLET DE GOYTISOLO, 1973, p. 15). La *justicia general* explica porque no puede reducirse la justicia a un simple valor entre tantos otros, mientras que las formas particulares de justicia se encuentran representadas por la *justicia conmutativa*, que en proporción aritmética regula las relaciones individuales de una parte con la otra, y la *justicia distributiva* que por otro lado en proporción geométrica, viene a regular la relación del todo con las partes en la distribución de los bienes y de las cargas comunes (VALLET DE GOYTISOLO, 1973, p. 15). Ambas son las más elementales ordenaciones del bien común, porque la justicia general es la que proporciona la más ardua ordenación en su recto sentido, que es menos matemática, y más difícil de manejar: el *bien común* (VALLET DE GOYTISOLO, 1973, p. 16).

II.1 LA JUSTICIA CONMUTATIVA

En el primer supuesto de *justicia conmutativa*, la relación de deuda surge por el intercambio de bienes o por apoderamiento de los bienes del otro (HERVADA, 2007, p. 54). Entran en esto supuesto la acción de intercambio de cosas (Compraventa, arrendamiento); la acción de traslación de una cosa (comodato, depósito) y el respecto al derecho ajeno (si no hay respeto, se genera un daño que genera restitución y compensación). Lo justo se mide aquí mediante la igualdad *aritmética*, medida que depende de la identidad o cualidad y valor de las cosas. En definitiva, lo que se exige es la igualdad de la *contraprestación* (PORTELA, 2006, p. 27).

Estamos en presencia de una justicia igualitaria que no mide lo justo en razón de las personas, sino de las cosas (HERVADA, 2007, p. 54). La medida de lo justo es la perfecta y justa igualdad,

una *igualdad real*, aunque la igualdad absoluta de las cosas reconoce su base en la igualdad de las personas, porque toda persona se presenta ante otra según “su nuda condición de sujeto o titular de derecho, condición que es exactamente igual a todos” (HERVADA, 2007, p. 54). La justicia conmutativa entre personas presenta las conmutaciones o intercambios como sus actos principales (HERVADA, 2007, p. 55).

Debe advertirse, además, que, si bien la forma más típica de *justicia conmutativa es el contrato*, cierto es que al referirse a la relación de un individuo para con otro individuo, los términos de esa relación muchas veces sobrepasan los referidos al contrato. En virtud de ello es que algunos autores amplían los supuestos a la fidelidad entre los esposos, o las relaciones amicales de los hombres entre sí (PORTELA, 2006, p. 28).

Es así que la justicia conmutativa cumple su función, en esencia, en el acuerdo sin conflicto entre las personas que desean realizar algún tipo de transacción o intercambio, confiando en que el mismo será beneficioso para ambas partes. Estamos posicionados dentro de un marco en principio, alejado del conflicto, de la controversia. Un marco en donde no es necesaria una sentencia que determine “quien tiene la razón” sino que eso “justo” puede emerger de un documento notarial al que las partes voluntariamente acceden para iniciar, proyectar y finalizar el acuerdo al que en paz y equitativamente han arribado, que gozará de efectos ejecutivos, probatorios y conservatorios emergentes de la norma.

Para poder alcanzar la cabal comprensión de lo antedicho, se me impone realizar un estudio comparativo entre la sentencia judicial y la escritura pública, para lograr una visualización de ambas instituciones, esencialmente complejas, que proyectan seguridad jurídica, sobre derechos ya *decididos*, en procura de alcanzar la máxima efectividad.

III LAS SENTENCIAS JUDICIALES

Alfredo Rocco consideraba que, en las relaciones ordinarias de la vida, la satisfacción de los intereses protegidos por la norma jurídica

en general, es cumplida de manera espontánea por los propios interesados (ROCCO, 2003, p. 16). Sin embargo, en determinadas circunstancias, las personas desmerecen a las normas en razón de tener motivos que se resumen en dos clases:

- a) incierta tutela concedida por el derecho a algunos intereses concretos (ROCCO, 2003, p. 17);
- b) incumplimiento de mala voluntad de quien tiene que acatar la norma que tutela el interés como caso menos frecuente (ROCCO, 2003, p. 19).

Es por esta razón que se justifica la actividad jurisdiccional, cuyo objeto es esencialmente la contribución a la realización de los intereses previstos por el derecho objetivo, pero cuando por alguna de esas circunstancias la tutela resulta ser ineficaz, o lo que es lo mismo, cuando las normas generales de conducta encuentran por algún motivo ciertos obstáculos para su efectiva actuación (ROCCO, 2003, p. 22). En este esquema, la función jurisdiccional presenta tres funciones distintas:

- a) función de acreditar el derecho del caso concreto;
- b) función de realización forzosa del interés tutelado por la norma, y
- c) función de conservación del estado *existente en espera del acreditamiento y de la realización* (ROCCO, 2003, p. 56).

La sentencia es un acto de declaración del juez, que resume la función jurisdiccional y tiende a definir una *litis* que ocurre en un determinado proceso con el fin de hacer efectivo el mantenimiento del orden jurídico (CAPOLUPO DE DURAÑONA Y VEDIA, 1999, p. 7). La actividad que las partes y el juez desarrollan en el proceso, persigue el fin común de definición de la controversia, a

través de la declaración judicial de existencia o inexistencia de una voluntad legislativa que garantice la pretensión tanto del actor como del demandado. Sobre esto, se acuerda que la sentencia aplica la ley preexistente (CAPOLUPO DE DURANONA Y VEDIA, 1999, p. 10), aunque se suele disentir en afirmar que la misma implica ya sea una mera declaración del derecho anteriormente establecido, o una nueva creación (de aquí que se admita en doctrina el tratamiento de la sentencia como *hecho*, como *derecho* y como *documento*⁴). Para muchos autores, la sentencia se conforma con un acto mental del juez, que contiene un juicio lógico, y en apreciación de algunos otros autores, contiene además un acto de voluntad del juez (CAPOLUPO DE DURANONA Y VEDIA, 1999, p. 59).

La sentencia es, en esencia, lo siguiente: “El acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés.” (ROCCO, 2003, p. 57)

A través de la sentencia, el juez cumple con distintos objetivos, entre los que se destacan los referidos a la culminación del deber de pronunciamiento, al ejercicio del enjuiciamiento representando al poder de la jurisdicción, la elaboración de un fallo con consecuencias de derecho o la creación de normas jurídicas (GOZAÍNI, 1996, p. 239). En este sentido, la misma viene a ser un tipo de decisión judicial que entre otros fines, persigue *resolver las diferencias con una manifestación definitiva*, y esa es la razón por la cual, al momento de analizar su naturaleza jurídica, se suele

⁴ Como *hecho*, la sentencia se asimila a un fenómeno resultante de la actividad del hombre o de la naturaleza (siendo la actividad del juez puramente externa que prescinde de su contenido y de la voluntad jurídica), mientras que como acto pasa a considerarse como una apreciación intelectual, un proceso crítico del cual forma parte la lógica y también la voluntad, y por ello mismo como acto, la misma se presenta como una operación de carácter crítico de los hechos, en la búsqueda de la verdad, lugar en donde el cual se perfila el juez como un verdadero historiador que compulsa documentos, escucha testigos, aprecia el parecer de los especialistas y saca conclusiones de los hechos ocurridos. Finalmente, en su faz de documento, la sentencia es un instrumento público que se constituye como elemento material e indispensable para reflejar sus efectos y su existencia hacia el mundo jurídico, que refleja la expresión del juicio del juez acerca de una cuestión determinada que ha sido sometida a su decisión.

considerar a la elaboración de la sentencia como “un proceso lógico que consiste en confrontar los hechos expuestos en la demanda con los que el derecho establece para su aplicación”.

La sentencia es sólo un tipo de resolución judicial –aunque la más importante–, y es el acto del órgano jurisdiccional en cuya virtud se decide actuar o denegar la actuación de la pretensión o petición (*extra*) *contenciosa* que fuera objeto del proceso (BORTHWICK, 2001, p. 373). En resumen, las sentencias judiciales son el fruto de elaboración de un juez que piensa, estudia, razona y aplica el derecho que corresponde al caso concreto de acuerdo a su noble saber y entender (hoy, *razonabilidad judicial*).

Lógicamente, le resultará imposible al juez apartarse de las leyes que ordenan un determinado comportamiento, pero a través de la sana crítica racional podrá argumentar el derecho de la mejor manera que le parezca posible, convencido que la solución es justa y apropiada para el caso en cuestión. A través de la sentencia entonces, el juez decide y dice el derecho, sobre casos jurídicos fáciles, y también sobre casos jurídicos difíciles, que como recuerda *Manuel Atienza*, pueden serlo por diversas razones que pueden ocurrir en pluralidad o en singularidad, ya sea porque no existe –o no está claro que exista– norma jurídica válida que sea aplicable al caso, o porque existe la norma pero con una interpretación problemática; también por la dificultad de adecuar la producción de los hechos a lo prescripto por la norma, y finalmente por el reconocimiento de la producción de los hechos pero no así de su calificación jurídica (ATIENZA, 1997, p. 149).

III.1 LAS “RESPUESTAS” A LAS SENTENCIAS. LA TEORÍA DE LA IMPUGNACIÓN PROCESAL Y LOS DICTÁMENES CONSULTIVOS

Los ordenamientos jurídicos proveen al hombre de las herramientas necesarias para que quien ha sido desfavorecido tanto por una sentencia como por un determinado laudo, pueda ejercer el derecho de *recurrir* hacia otras instancias en búsqueda de otra respuesta diferente que satisfaga de mejor manera sus

(aparentemente) convincentes pretensiones. De esta forma, la teoría de la *impugnación procesal* es la que decide la *firmeza de la sentencia*, a través de la aplicación o no concreción de las *vías impugnativas*, y dentro de ellas, de los *recursos procesales* (BORTHWICK, 2001, p. 313). De ahí que existan los recursos y sus diferentes clases y modos de ejercicio, hasta el límite que el orden jurídico establezca en aras de la necesidad de la *cosa juzgada*.

Sin embargo, hay un tema que merece particular atención. El hecho de la *cosa juzgada* cobra vital importancia, y permite que el principio de *seguridad jurídica* sea el que triunfe, siempre y cuando no se solicite un pedido de opinión —de acuerdo a la naturaleza de la causa y si es que estuviese previsto—, frente a la inminente fundamentación de la decisión judicial instrumentada, de eminente carácter consultivo. La mayor parte de los países de raigambre romanista como el nuestro adscribe a estas posibilidades, sobre todo en ciertos temas trascendentes. Y es bueno tener en consideración que, en esa especie de vía también *recursiva*, no únicamente se persigue el dictado de una sentencia, sino lo que es aún más trascendente; la emisión de una fundada opinión, que se justifica en la experticia, en los sabios consejos prudenciales, y en la comprensión del derecho en su desarrollo multicultural. Desde mi perspectiva, las opiniones de los Consejos Consultivos, en infinidad de ocasiones, suelen ser tan relevantes como las sentencias que deciden el derecho, porque precisamente son las que dan las pautas para *decidir ese derecho en pugna*⁵ (QUIROGA LAVIÉ, 1995, p. 120).

⁵ La decisión en la causa “*Miguel Ángel Ekmekdjian c/ Gerardo Sofovich y otros*” es quizás la más paradigmática para traer aquí como ejemplo. En la misma se impone en la Corte Nacional una decisión judicial fundamentada en derecho, pero especialmente en una fuente de indudable valor como una opinión consultiva emitida por un organismo internacional tan trascendente como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el seno del Pacto de San José de Costa Rica (CSJN. Fallos 315:1492). Recordemos que, en ese caso trascendental, se estaba en presencia de la supuesta imposibilidad del ejercicio de derecho a réplica porque el mismo *no había sido reglamentado por el Congreso Nacional aunque si estaba reconocido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica*. De los apartados 21 y 22 del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede extraerse lo siguiente: “Ante la consulta hecha a dicho tribunal (se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos) acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá “en las condiciones que establezca la ley”, quiere decir que dicho derecho solo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando

De todo lo antedicho entonces puede concluirse lo siguiente:

- a) el primer principio general en materia de derecho procesal es que la sentencia, para resguardar el valor justicia, siempre va a estar sujeta a revisión, hasta que el derecho establezca, para cada caso en particular y también en protección a la seguridad jurídica, que existe la *cosa juzgada* (GUIBOURG, 2017);
- b) muy a pesar de ello, la sentencia que aun posea el beneficio de la cosa juzgada, puede inclusive ser ampliamente debatida a partir de la emisión de una opinión de un consejo consultivo (no habría motivos suficientes para negar una opinión consultiva aun luego de dictada la sentencia), y aunque la opinión por esencia y naturaleza no sea vinculante, podrá generar sin duda doctrina a su favor o en su contra, y lo que es más importante: la posibilidad que otra jurisprudencia adopte esos lineamientos y cambie definitivamente el rumbo de lo que hasta ese momento se había consolidado judicialmente.

Con lo expuesto no se trata entonces de desconocer las bondades y virtudes del sistema judicial, sino de explicar, en modo eminentemente comparativo, la fuerza del documento notarial y su

este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta a favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (Opinión consultiva [...]) Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el artículo 14.1 “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible” y que la frase “en las condiciones que establece la ley” se refiere a cuestiones tales como “si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuando debe publicarse la respuesta una vez recibida, en que lapso puede ejercerse el derecho, que terminología es admisible, etc. [...] Que en dicha opinión consultiva la Corte Interamericana sostuvo que “todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medida que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin” (CSJN. Fallos 315: 1514). V. especialmente CIDDHH. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1.986. Exigibilidad del derecho de Rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre DDHH).

comparación con la emergente de la sentencia, ambos instrumentos con publicidad cartular intrínseca y extrínseca que deciden el derecho. Quizás por ello autores como *Carlos Gattari* (1974, p. 15) hayan desarrollado estudios formidables que intentan comparar las actividades del juez y del escribano en relación con la certeza y con la seguridad jurídica que emergen de sus respectivas actuaciones, desde la propia aplicación del proloquio “*iura novit curia*”, que como principio y según el autor, es una atribución que la naturaleza atribuye a ambos juristas por igual.

IV EN TORNO A LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

La *escritura pública* es el *documento notarial principal*, *protocolar* y con valor de *instrumento público* (ETCHEGARAY; CAPURRO, 2011, p. 275). El *Código Civil y Comercial de La Nación* brinda una definición de la escritura pública, donde se destacan como elementos esenciales de las mismas la matricidad, el protocolo, el autor y el contenido (ARMELLA, 2015, p. 760). El documento notarial por excelencia es la *escritura pública* (D’ALESSIO, 2015, p. 159), y desde mi posición, la escritura pública es el *documento notarial auténtico* por antonomasia⁶.

Los autores en general acuerdan en darle a la escritura el valor trascendente del que goza en la actualidad; sin embargo, dentro del estudio del *derecho notarial sustantivo*, una de las cuestiones que realzan la atención del jurista es la que refiere a las innumerables y diferentes denominaciones que se escogen para designar lo mismo. Al igual que en el desarrollo del documento notarial, la cuestión conceptual tiene aquí una relevancia especial. Algunos autores se refieren a las escrituras públicas y se encargan de definir y precisar el alcance de sus conceptos (por ejemplo, José Adrian Negri, Argentino I. Neri y José María Mustapich).

⁶ Tan importante y medular es para el notariado la referencia a la *escritura pública*, que autores como *Rubén Lamber* han optado oportunamente, por denominar *la escritura pública* a su obra quizás más trascendente, comprensiva a del derecho notarial y registral, civil, comercial y patrimonial de incidencia en el ejercicio de la función fedante (LAMBER, 2003a; LAMBER, 2003b; LAMBER, 2006a; LAMBER, 2006b).

Otros en cambio, advierten que la escritura pública es un instrumento público, o al menos, su especie más importante (es el caso de María Teresita Acquarone, Adriana Nélica Abella y José María R. Orelle), y a esto se agrega que su contenido principal en el acto o negocio jurídico allí contenido que es autorizado por un notario en ejercicio de sus funciones, ya que la escritura, como conocimiento para el derecho, *constituye los hechos y los dichos de la audiencia notarial* (GATTARI, 2008, p. 53).

En otra sintonía, autores clásicos en cambio se refieren al instrumento público notarial, y dentro de su seno, al análisis de la escritura pública⁷. Dentro de esta última consideración, hay casos absolutamente particulares, que diferencian específicamente el acto notarial, el instrumento público y el negocio jurídico en forma elogiosa y contundente (CARMINIO CASTAGNO, 2006, p. 31). Finalmente, debe considerarse que la mayoría de los autores insisten en referirse al *documento notarial* y a su especie principal, la *escritura pública*⁸, aunque esta alocución no se encuentre, por ejemplo, en alguna publicación tradicional como la *clásica Enciclopedia Jurídica Omeba* que sí recepta al instrumento público (BOFFI BOGGERO, 1996, p. 211).

De manera que como primera reflexión puede argumentarse que el artículo intenta por primera vez instaurar una suerte de *definición* al describir que la escritura es el instrumento matriz extendido en el *protocolo*. Con esto se destaca un aspecto esencial de la misma de acuerdo a la doctrina mayoritaria, aunque a la luz de los tiempos actuales, la misma resulta inconclusa por ser diminuta. De los propios fundamentos de la comisión redactora del cuerpo normativo unificado vigente, se desprende que la verdadera función notarial no es simplemente la de dar fe, sino la de proteger y resguardar los actos trascendentes que la ciudadanía ha confiado a la institución⁹.

⁷ Es el evidente caso de Carlos Emérito González, de quien fuera uno de sus discípulos, Rubén Augusto Lamber y del procesalista uruguayo Eduardo Couture.

⁸ Puede citarse aquí a Cristina Noemí Armella, Eduardo Bautista Pondé, Carlos A. Pelosi, Francisco Martínez Segovia, Mario Antonio Zinny y Carlos Marcelo D'Alessio entre tantos otros.

⁹ Todo esto se encuentra descripto de manera clara y contundente en los fundamentos que la comisión redactora elevara oportunamente al Poder Ejecutivo del entonces anteproyecto de reforma, al referirse al conjunto de solemnidades de los documentos matrices: "Todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de

En otras palabras, se admite que una de las notas características del documento notarial actual no es la que destaca únicamente su confección, sino la elaboración notarial del derecho *previa* a la instrumentación, comprendida entre otros quehaceres, por los *deberes éticos notariales aplicados* que el escribano *capta y aplica por evidencia* durante el transcurso de la *creación notarial del derecho*. Toda esta teoría inclusive se aplica a las *actas notariales*, que el ordenamiento unificado actual trata y desarrolla en una especie de *novedad legislativa*¹⁰. Desde aquí que el tratamiento de la fe notarial como valor –en doble perspectiva– y la imparcialidad notarial como virtud cobre trascendencia en el presente estudio.

En suma, el notario tiene una manera de decir el derecho a partir de la voluntad libre e igualitaria de las partes que requieren de sus servicios, y esa es la conformación y estructuración de la escritura pública, contenedora de hechos o de actos jurídicos. A partir de la autorización, la misma se esmerará por consolidar el derecho en la paz.

conferir fe pública como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*”.

¹⁰ Como novedad en materia de técnica legislativa se incorporan las actas notariales al cuerpo del Código Civil y Comercial de La Nación, sin dejar de recordar que en el Código de Vélez estaban consideradas en la enumeración meramente enunciativa que se advertía en la parte general de los instrumentos públicos. Se conceptualiza a las actas dentro de la teoría del instrumento público, autorizado por notario competente, a requerimiento de una persona, con interés legítimo y que tiene por objeto constatar la realidad o verdad de un hecho que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. No obstante lo antedicho, ya se venía enseñando que las actas no tienen un contenido negocial, sino esencialmente probatorio, por lo que en ellas se trata de documentar acciones o hechos. Otros autores advierten en cambio que las actas son instrumentos públicos que tienen por misión la autenticación, comprobación y fijación de hechos. La doctrina extranjera parece coincidir con estas apreciaciones, al mismo momento de reconocer que lo que existe en ellas es un mero hecho, y por esa razón, misión del notario es únicamente ver y oír, sin penetrar en el fondo del asunto, limitando su actuación únicamente a la narración de los hechos, no manipulando ni alterando los sucesos tal cual acontecen en su presencia. El Código en referencia describe también los requisitos que tiene que cumplir el escribano o notario al momento de realizarlas. El principio general reenvía a las actas, como primera medida, a los requisitos de las *escrituras públicas*. Sin embargo, es bueno tener en cuenta que la conformación estructural de las actas es totalmente diferente a la de la escritura negocial. Mientras que en estas las estipulaciones o declaraciones encuentran reposo en el orden previsto que sigue los lineamientos de la fe pública, las actas lo que existe son dos partes bien diferenciadas: a) el acto del requerimiento y b) el acto del diligenciamiento.

IV.1 LAS RESPUESTAS A LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. TEORÍA GENERAL DE LAS INEFICACIAS Y LA IMPUGNACIÓN DE LA AUTENTICIDAD

Las doctrinas tradicionales de nuestro país han entendido a la nulidad como una sanción de carácter legal que priva de sus efectos propios a los actos jurídicos en virtud de una causa existente en el momento de la celebración (LLAMBÍAS, 1991, p. 565). Dentro del esquema normativo, puede ocurrir un hecho *perfecto*, que es el correspondiente con lo que el mismo esquema dispone –conformación del hecho jurídico–, o también puede existir un hecho *imperfecto* cuando hay o existe ausencia de cualquiera de sus elementos componentes (NIETO BLANC, 2005, p. 28). De ahí entonces que el concepto de validez sea la contracara del de invalidez, o mejor dicho, que la invalidez se defina a partir de la validez.

Al considerar las anormalidades del acto jurídico, la doctrina comienza a tratar los supuestos dentro de lo que se considera, una teoría general de las ineficacias. Al hablar de ineficacias entonces, se consideran los efectos del acto en su ser, en su sustancia; la estructura del mismo no satisface todos los requisitos que impone la ley para efectivamente ser un acto jurídico (ALTERINI et al, 1997). En definitiva, puede decirse que dentro de la teoría general de las ineficacias se encuentran instituciones de los más variados orígenes, dentro de los cuales es posible distinguir aquellas causales que provienen de vicios existentes en el momento mismo de la formación del acto (LLOVERAS DE RESK, 1991, p. 3), siendo entonces la nulidad una sanción de invalidez prescripta por la ley que sufre el acto jurídico por adolecer de un defecto constitutivo. De ahí que la autora comparta que el propio concepto de nulidad encierra la idea de que la misma es una sanción, únicamente establecida por la ley, que ocurre frente a la existencia de un vicio en el acto consistente en la falta o carencia de algún requisito o cualidad que debía estar en el presente de acuerdo a lo ordenado en la propia ley.

Sobre esto, debe reconocerse que desde hace algún tiempo relevante, esta afirmación viene siendo puesta en duda por autorizada doctrina, que contrariamente ha considerado la posibilidad de que

el antiguo *Código de Vélez* también haya receptado, a partir del análisis de su articulado y de las reglas de interpretación, la teoría de las nulidades implícitas o virtuales, es decir, aquellas que carecen de previsión legal expresa pero que pueden surgir para las partes en razón de que resulte del negocio que celebran la falta de algún requisito esencial previsto, o del choque o conflicto entre el contenido negocial acordado por las mismas con alguna disposición de derecho de carácter coactivo o imperativo (LÓPEZ MESA, 2015, p. 7). Desde aquí entonces que otras doctrinas afirmen que no es absolutamente indispensable que la sanción de nulidad esté expresada de manera formal en la respectiva norma.

Hechas las aclaraciones referidas a la parte general del tratamiento de la teoría de las ineficacias, se impone afirmar que el *Código Civil y Comercial de La Nación* en vigencia prevé expresamente la nulidad en las escrituras públicas¹¹. Al considerar a las nulidades en las escrituras, nos posicionamos frente al estudio de las nulidades instrumentales y no específicamente del acto o negocio jurídico, aunque la teoría general sea la misma para avalar el propio significado y el alcance de la *nulidad* (ZAVALA, 1998, p. 133).

De esta manera, y según se insiste, en sede notarial no hay más nulidades que las previstas en el *Código Civil*¹²—y en la actualidad, en el ordenamiento en vigencia—. Sin embargo, la propia escritura pública, como especie del instrumento público, también acarrea las nulidades propias de aquel¹³. Los supuestos son claros, no necesitan explicación alguna que no haya sido ya dada por la doctrina mayoritaria, con los alcances también ya establecidos y asumidos como naturales¹⁴. No obstante, resulta oportuno aclarar que las demás inobservancias no vuelven nulas a las escrituras, pero derivan al notario al ámbito de

¹¹ Artículo 309 del CCiv. y Com. Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 1004. Fuente directa: Artículo 286 del Proyecto de Unificación de 1998.

¹² “Las fallas formales de la escritura no causan su nulidad a no ser que ellos se hubiese establecido expresamente por ley” CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 20/06/1979, ED, 93-299.

¹³ En efecto, puede una escritura se nula por violación de la competencia territorial notarial, que en definitiva, es una regla general de nulidad prevista en el instrumento público y no específicamente en el presente capítulo. Los casos son exactamente los mismos que los previstos en la legislación civil vigente.

¹⁴ “La acción de nulidad de una escritura pública debe tramitar con la citación del escribano autorizante del acto” CNCiv., Sala D, 28/07/1977, La Ley, 1978-A, 115.

la responsabilidad disciplinaria en sus dos vertientes: en razón de las formas y en razón de la conducta, es decir, la teoría general de los deberes éticos notariales (COSOLA, 2008, p. 341).

Finalmente, queda por reconocer que otra de las respuestas a la consolidación de la escritura pública está referida a la cuestión de las *falsedades*. Si la finalidad del *instrumento público* es la acreditación fehaciente de la existencia de todo acto u hecho en presencia del escribano, notario u oficial público, cuyos efectos se asimilaran a los de la plena o máxima prueba, es bueno recordar con *Eduardo Couture* que ninguna prueba puede ser plenamente perfecta –aunque la misma se encuentre revestida de fe *pública*–, ya que los actos de los hombres librados a la sinrazón pueden causar daños irreparables. Para ello entonces se prevé la institución de la redargución de falsedad, como protección a los actos de los fedatarios que no se corresponden ni con su investidura ni con su función de garantía, justicia y seguridad, y lógicamente un buen sistema de responsabilidad notarial que está destinado a separar o apartar a los malos profesionales del ejercicio fedatario funcional (COUTURE, 2005, p. 110). En este caso, para evitar consolidar una teoría que niegue los valores del documento notarial en razón de una posible y eventual *falsedad*.

V CUESTIONES PROVENIENTES DE LOS ESTUDIOS COMPARATIVOS ENTRE LAS SENTENCIAS Y LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

Expuesta detalladamente la relación de la *seguridad jurídica* con el *documento notarial*, y hechas las referencias necesarias hacia la sentencia judicial que dirime la controversia para realizar sobre ella, un estudio comparativo con la *escritura pública*, corresponde ahora realizar la tarea, advirtiendo que para la misma utilizaré el siguiente método expositivo:

- a) determinación de las bases que conforman los fundamentos tanto de la sentencia como de la escritura pública;

- b) exposición de los elementos comunes;
- c) exposición de las diferencias;
- d) conclusiones del método comparativo efectuado.

V.1 DETERMINACIÓN DE LAS BASES QUE CONFORMAN LOS FUNDAMENTOS

El *Código Civil y Comercial de la Nación* es un código de principios, y en esta dirección, presenta un nuevo paradigma del derecho que es merecedor –como he venido argumentando–, de un análisis especial. Un código de baluartes exige una comprensión armoniosa de todo el cuerpo normativo, es más: exige la convivencia de reglas, normas, valores y principios a los que atribuye el carácter ya no de ley, sino de derecho. La comprensión del *título preliminar* del nuevo cuerpo legal resulta ser esencial, por cuanto el mismo debe ser concebido como una *puerta de entrada* tanto al código como al resto del sistema jurídico (LORENZETTI, 2014, p 25). Todos los artículos que conforman el *título preliminar* presentan un gran significado *valorativo*; por ello el mismo presenta una notable utilidad en el campo de la *interpretación jurídica* –o criterio de *argumentación jurídica razonable*–. Desde allí el notorio y necesario efecto expansivo que presenta, tanto para todos los casos que se contemplan en el cuerpo normativo como así también para los otros ámbitos normativos.

El cambio de modelo del nuevo derecho privado es innegable y absolutamente trascendente, de manera que este tema no puede no tener la importancia y el reflejo académico que merece. El jurista que pretenda comprender este relativamente moderno *sistema de interpretación normativa*, debe necesariamente recurrir y conocer las reglas del *título preliminar* para determinar en cada caso lo justo que a cada cual corresponde, y como también ya he referido, en un amplio y necesario diálogo de fuentes. De aquí entonces que la doctrina se refiera a la *constitucionalización del derecho privado*, con sus pertinentes aclaraciones (ROSATTI, 2016, p. 51), precisamente porque ese amplio diálogo de fuentes se inicia en la *Constitución Nacional* (RIVERA; CROVI, 2016, p. 8).

Así es entonces que puede afirmarse sin temor a equivocación alguna, que en gran medida, el reconocimiento de la *Constitución* como fuente del derecho es un reconocimiento que en definitiva, dirige a jurista preparado a captar de su seno los principios, valores y derechos humanos que tienen capacidad de generar en él mismo, las respuestas y los interrogantes frente a los casos que se le planteen (VIGO, 2015, p. 28). El paradigma jurídico al que hemos estado hasta hace relativamente poco tiempo acostumbrados a recurrir frente a los casos complejos –aplicación de la ley luego de la interpretación y de haber encontrado en ella “la respuesta adecuada”– debe entonces mutar absolutamente hacia un criterio argumentativo de ejercicio jurídico –estudiar el “caso” con su variedad de fuentes, donde habrá siempre más que una respuesta adecuada y en el cual la delicada tarea jurídica es la de escoger de todas ellas cual es la que se pretende que prospere o consienta.

Si el derecho está conformado por reglas y por sus diferentes niveles de interpretación desde lo legislativo y desde lo ciudadano, acontecido el conflicto *en la interpretación del alcance de la norma* siempre existirá un juez con *imperium* que solucione la controversia (CAÑAL, 2005, p. 6), en la búsqueda –como ya he afirmado líneas atrás– de la racionalidad como método para evitar la arbitrariedad. A esas alusiones, debe agregarse que el derecho no solo está compuesto por normas, sino también por reglas y por principios.

V.2 LA RAZONABILIDAD

Dentro del título preliminar, se deben dirigir los esfuerzos hacia un tema que merece especial atención para este punto. Y es el relativo a la cuestión de la *razonabilidad*¹⁵. La referencia a la misma en las sentencias que esgrimen los jueces en el título preliminar está relacionada específicamente con el pensamiento de lo que se denomina *razón práctica prudencial* (RABBI-BALDI CABANILLAS, 2014, p. 68); significa reconocer que el juez debe resolver todos los asuntos sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión que tiene

¹⁵ En los Fundamentos del CCiv. y Com. se esgrime que el requisito de la razonabilidad se encuentra constituido por un estándar de control de la decisión judicial, castigando a aquellas resoluciones que arriban a resultados disvaliosos o anti-funcionales.

que presentar cierto criterio de argumentación *racional* (MASSINI CORREAS, 1999, p. 74). En este sentido, aplicar la razonabilidad es llegar a alcanzar la mejor respuesta que el caso plantea a partir de la deducción realizada por el jurista frente a las respuestas ponderativas o de balance que se suceden entre derechos competitivos (RABBI-BALDI CABANILLAS, 2014, p. 69).

En el presente análisis, no hay razón posible para negar el principio de analogía en el oficio del jurista. Los notarios deben resolver los asuntos que llegan a las notarías, creando el derecho sobre el documento que también sean *razonablemente fundados*. La razonabilidad entonces se aplica a ambos juristas por igual.

Desde mi perspectiva, la referencia a la razonabilidad en el Código Civil y Comercial de La Nación puede ser considerada desde dos partes bien diferenciadas:

- a) el *deber de resolver*, propio del juez, que es inalienable e inseparable de su persona (jurisdicción), salvo por causas que la propia ley le autoriza a esgrimir antes ciertos y determinados casos complejos (excusación);
- b) la decisión que surja de ese deber de resolver debe ser fundada razonablemente, para no caer en la doctrina de la arbitrariedad (LORENZETTI, 2014, p. 40), partiendo de la idea de la presunción de coherencia de esa determinada decisión.

También el notario debe responder al alcance de ese deber *de resolver*. Frente al requerimiento, el notario tiene el deber de resolver (competencia), salvo los casos en que la ley o la conciencia lo obligan a no aceptar o a rechazar el acto o hecho que pretende ser autorizado. En el primer supuesto, por ejemplo, las prohibiciones establecidas en el cuerpo del Código referidas a la competencia en razón de las personas. En el segundo, la invocación, por ejemplo, del deber ético notarial de independencia, frente a la toma de razón notarial que el acto que se está pronto a realizar, absolutamente legal,

puede generar daño en terceros ajenos a esa celebración. Al referirse a la *razonabilidad notarial*, se considera la idea de que el notario ha aceptado realizar el trabajo que se le ha encomendado, por cuando lo cree dentro del marco de la legalidad integrada y del deber ético de la imparcialidad.

La *razonabilidad notarial* impone al escribano la tarea de encontrar, entre el dialogo de fuentes, la mejor respuesta para el caso que se le plantea, ponderando soluciones, alternativas y decisiones para que el documento notarial no sea ni arbitrario ni injusto. En este sentido, las líneas directrices de la concreción de la razonabilidad notarial pueden resumirse en las siguientes:

- a) el obrar notarial parte de la idea del conocimiento y apunta al control racional;
- b) ese conocimiento supone la idea que manda a que del mismo el notario extraiga conclusiones valiosas;
- c) recepción de la voluntad de los requirentes adecuada al nuevo derecho;
- d) arribo a un resultado justo (el bien debe hacerse, el mal evitarse);
- e) aplicación de los conocimientos integrados con la equidad.

Para escoger *la mejor solución posible* y así, cumplir con la *razonabilidad* destinada a evitar el potencial conflicto del derecho, sobre todo en materia de derechos fundamentales (CIANCIARDO, 2007), el hombre de derecho escoge, entre algunos otros métodos, el camino de la *ponderación* (ALEXY, 2010a, p. 27). Es así que el mismo, si es prudente, no puede pensar que la aplicación del derecho que se concreta con su labor pueda traer consigo problemas posteriores (ALEXY, 2010a, p. 27).

V.III LOS ELEMENTOS COMUNES

Tanto la sentencia judicial como la escritura pública son instrumentos públicos, y gozan de los efectos generales de la autenticidad ya tratados en el cuerpo de esta tesis. En cuanto a su creación, ambos responden a elementos formales que deben respetarse para poder concluir en un documento genuino que no acarree alguna sanción por los vicios de forma¹⁶. Ambos son declarativos de los derechos que a cada parte corresponde.

V.4 LAS DIFERENCIAS

Un primer tema a considerar es que el notario, a diferencia del juez, no vierte en el documento una apreciación fundada de lo que es el derecho para cada uno, sino que su tarea está destinada a configurar la decisión que los comparecientes o requirentes pretenden para sí, dándole un marco jurídico a sus pretensiones (normas + reglas + principios), las que, en origen, siempre se presentan como posibles. Ningún documento negocial notarial refleja una opinión notarial, que pueda luego estar sujeta a ser valorada por algún organismo superior.

Por esta razón, ante las manifestaciones auténticas notariales, manifestaciones auténticas de *verdad* que recogen el mismo momento fehaciente por sí (exactitud en materia de fe comprendida desde el aspecto *subjetivo*), lo que queda ante su negación es la aplicación de las herramientas procesales mencionadas, cuyos resultados nunca establecerán si la apreciación notarial del derecho fue o no fue adecuada al caso concreto (afirmando o desechando la escritura), sino que simplemente vendrán a confirmar si una escritura es nula –o inexistente, para alguna doctrina–, si es inoponible frente a alguien que tenga interés sobre ella en razón de una simulación, o si adolece

¹⁶ Entre ellos, se diferencian en ambos institutos aquellos que provienen de la competencia material –las leyes especiales de organización y función del Poder Judicial y las relativas a la organización notarial respectivamente– de aquellos requisitos que surgen de las cuestiones de la competencia personal –toma de posesión del cargo (juez) y juramento y autorización del acto (notario); régimen de excusación y recusación (juez) y régimen de inhabilidades e incompatibilidades (notario); cuestiones de jurisdicción (juez) y cuestiones de competencia territorial (notario), entre otras.

de falsedad¹⁷.

Establecidas las premisas iniciales, debe decirse que la principal diferencia a destacar entre la sentencia y la escritura pública es que la primera dilucida una controversia, mientras que la segunda estructura el derecho en la paz. Ambos institutos resuelven el tema de la justicia, pero mientras la sentencia lo hace a favor de quien resulte ser beneficiado con la valoración judicial, el documento notarial lo resuelve en un ámbito de paz, ajeno y alejado del conflicto, repartiendo a cada compareciente o requirente, de acuerdo a sus pretensiones iniciales, el derecho justo que le corresponde, en razón del deber ético de imparcialidad y la aplicación de la legalidad integrada (NÚÑEZ LAGOS, 2013, p. 118), lo que en definitiva viene a garantizar el valor de seguridad desde el concepto analizado de *previsibilidad*.

La imparcialidad judicial dirime el conflicto, la notarial equilibra los intereses para que los mismos alcancen el valor de la justicia. Consecuentemente, la función judicial reconoce el *iudicare* –función relacionada con la resolución de conflictos– mientras que la notarial postula el responderé, compartida con el ejercicio de la abogacía –resolver las dudas, aconsejar y dictaminar– pero especialmente la del *cavere* –prevenir, precaver– que es la tarea definitivamente consolidada en el notariado mundial¹⁸. La valoración notarial del derecho se encuentra antes de la conformación documental, y desde allí es que el notario decide no solo si es posible o no el negocio jurídico o el hecho a documentar, sino que además decide de qué manera lo hará conforme no solo a la ley, sino al derecho.

¹⁷ La imputación de la simulación es conferida a las partes, mientras que la de la falsedad es un ataque contra la actuación fedataria, salvo en los casos donde se pruebe que las partes requirentes hicieron insertar en el documento declaraciones falsas, que el notario nunca podría haber podido percibir por sí mismo (artículo 293 Cód. Penal).

¹⁸ La verdadera valoración notarial del derecho –en términos de *Vallet*, la argumentación notarial del derecho– surge de los momentos previos a la conformación documental del derecho: la información, el asesoramiento y el consejo, la imparcialidad y la independencia, deberes éticos notariales aplicados que conjuntamente con la legalidad integrada –comprensiva de normas, reglas y principios– consolidan la auténtica y actual función notarial.

La diferencia que secunda a la relatada, tiene que ver con la *cosa juzgada*. De acuerdo a lo antes analizado, la cuestión de la cosa juzgada en sede judicial se vuelve relevante para consolidar la seguridad del derecho que se declara en la sentencia, una vez que se haya concluido, de acuerdo al caso de que se trate, la posibilidad de utilizar la vía recursiva para que el accionante goce de una respuesta favorable a sus pretensiones o al menos, de la mejor respuesta posible. De esta manera la seguridad jurídica consolida la justicia, en los términos analizados anteriormente. La noción de *cosa juzgada* es ajena en sede notarial, pero no así el referido concepto de *previsibilidad*. El derecho que proyecta una determinada *publicidad notarial cartular* queda firme desde el mismo momento de la autorización con las formalidades exigidas de acuerdo a cada lugar de ejercicio funcional.

V CONCLUSIONES DEL MÉTODO COMPARATIVO EFECTUADO

La *seguridad jurídica notarial* que emana del *documento con publicidad cartular* concreta en su seno la justicia escogida por las partes y plasmada en el documento en el mismo momento de la culminación del negocio o hecho jurídico que se refleja en el documento notarial (acto de tutela notarial). Sobre el mismo, no existe apelación posible, salvo los referidos casos expuestos al tratar la teoría de las ineficacias y las cuestiones relativas a la falsedad, recordando que en las mencionadas teorías no se proyectan las discusiones acerca de la *opinión notarial razonablemente fundada* de los derechos comprometidos en el documento —elaboradas a partir del acto de voluntad de los comparecientes—, sino cuestiones inherentes a la bondad o maldad de los hombres que en determinadas circunstancias, actúan sin razón suficiente.

Visto de este modo, podría ocurrirle a alguien la inquietud por preguntarse, una y otra vez ¿cuál es el motivo por el cual no se encuentra prevista la posibilidad de una revisión del derecho que se encuentra consolidado en una escritura pública? A la clásica respuesta histórica relativa tanto a la actuación objetiva funcional de acuerdo

a pautas objetivas de ejercicio proveniente del poder estatal como a la necesidad del comportamiento notarial adecuado a los valores éticos y morales, se le agrega por estos tiempos los fundamentos esgrimidos por la comisión redactora del novísimo *Código Civil y Comercial de La Nación*, ya proyectados en el cuerpo de esta tesis doctoral: *la necesidad de la sociedad de contar con el resguardo de los actos relevantes a los que el ordenamiento decide brindarles mayor protección*.

Cierto es que algunos académicos de los últimos tiempos vienen demostrando un marcado interés por sugerir que la *decisión judicial* es la vía adecuada para alcanzar lo *justo* tanto ante el acaecimiento del conflicto como ante la composición de un acuerdo. Existen nombres y títulos sugerentes en obras de jerarquía, que orientan al estudioso no sólo a creer, sino también a asumir que no existe otra alternativa para la conformación de la *justicia* que la *constitucionalización y la judicialización del derecho* (PRIETO SANCHÍS, 2005; VIGO, 2013).

El *Código Civil y Comercial de La Nación* definitivamente propicia la *judicialización del derecho* ; en efecto, además de las relevantes y decisorias opiniones que advirtieron de la necesidad de *dejar sin efecto ciertos actos que antes de la entrada en vigencia del nuevo código no conformaban estrictamente una relación jurídica preexistente* (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2015, p. 156), con sólo advertir la enorme profusión de normas de naturaleza *procedimental* que en él se receptan puede alcanzarse la comprensión acerca de que el contenido ideológico del derecho actual tiende a considerar que los actos nobles (ética y moral) y justos (derecho) únicamente pueden alcanzarse a través de una *decisión judicial*.

Juzgar lo apropiado o lo inapropiado de la realidad mencionada no tiene ni relevancia ni trascendencia académica. Es una realidad, una característica de los sistemas jurídicos contemporáneos, que se asume como lo que es y que se acompaña desde la reflexión teórica y práctica. Pero también puede intentarse sobre ella, la proyección de un complemento, o mejor dicho, la presentación de otra alternativa –de seguro, de las muchas más que existen–, para llegar a conformar

como objeto de la *decisión jurídica* a todas aquellas que sirvan y sean eficaces para obtener el mejor resultado que en materia de atribución de derechos, sea posible humanamente alcanzar.

VI LA JUSTICIA Y EL DOCUMENTO NOTARIAL

Alejados de las fundamentaciones gremiales o políticas – tan dañinas y tan alejadas de mis más íntimas convicciones–, debe imponerse el criterio que ordena que no es a través del combate, el desprestigio o la crítica despiadada *de lo establecido* sin razón ni sentido, sino a partir de la conformación de las ideas y de las fundamentaciones serias y coherentes en que debe darse una propuesta de otras alternativas que en materia *jurídico-decisoria*, sea posible considerar (obtención instrumental de verdad + certeza + justicia+ previsibilidad).

Alternativas que no vengán a suplantar ni a imponerse, sino que sean capaces de acompañar el modelo jurídico real actual y admitido. Posiciones que ayuden a que se alcancen de manera definitiva, las necesidades jurídicas de la ciudadanía que todos componemos, en el ámbito espacial en el que nos toca ubicarnos tan fugaz como naturalmente. Y esa alternativa la conforma desde mi perspectiva, el documento notarial auténtico con toda su referida proyección cartular.

El descuido del análisis del valor justicia que se consolida en el documento notarial, –valor promovido por la fe pública que alcanza la consolidación previsible a través de la seguridad jurídica–, constituye una de las omisiones más relevantes de los juristas en general, preparados para informar y educar a las generaciones para el futuro. Si el documento notarial auténtico, con la debida fuerza cartular descripta, se conforma sobre los valores que lo componen, se perpetuará para los tiempos, repartiendo a cada cual lo que le corresponde, de acuerdo con la verdad, en base a lo certero, y con proyección adecuada de previsibilidad. El *documento notarial* es un instrumento sumamente relevante en las sociedades actuales, que desde otras perspectivas –con diferente naturaleza, composición y

estructura, pero en la búsqueda de un mismo resultado—, acompaña a las *sentencias judiciales* en la búsqueda de la consolidación del mejor derecho, o quizás, de lo nunca mejor expresado que hasta ahora: del *derecho cierto, verídico, seguro y justo* determinante del efecto que provoca la *paz*.

VII EL DOCUMENTO NOTARIAL COMO ELEMENTO Y ARGUMENTO DE DECISIÓN JURÍDICA

Justificar los valores en el *documento notarial* a partir de la exposición del principio de *publicidad cartular intrínseca* —y especialmente la *justicia*—, es en cierta manera instaurar la vertiente *realista clásica* en la discusión académica notarial. Se intenta dejar demostrado que para la aplicación y concreción de los valores al notario no le alcanza con acudir al *pensamiento general de elaboración jurídica* en base a lo acordado por las partes concurrentes al acto y a lo dispuesto por la ley, sino que debe aplicar el *conocimiento* que de ellas obtenga en base al orden y a la reflexión, para que del mismo emerja el mejor documento que sea posible alcanzar. Pensar es simplemente aplicar una idea sobre el hecho; pero el acto de conocer es asumir el entendimiento de lo realmente *aprehendido* (GILSON, 1974, p. 172), no reduciéndolo jamás a lo que *debería ser para ajustarse a las reglas de un tipo de conocimiento arbitrariamente elegido por nosotros*.

De esta forma, *pensar el acto notarial* implicaría la utilización de las estructuras que, —al igual que la geometría—, se encuentran *lógicamente relacionadas*, todas componiendo una *unidad* (GUIBOURG, 2009, p. 9). En cambio, *conocer el acto notarial*, implica como primera medida un acto de *creencia*, que permite *estar inclinado a tomar una proposición como verdadera* (GUIBOURG, 2013, p. 128); a partir de ello, todos quienes se encuentran frente al acto logran admitir que el conocimiento es la verdad que decimos conocer, en base a la formalización de un método comúnmente aceptado —en el caso, el acto de formalización de la elaboración notarial del derecho—.

Independientemente de las posiciones que esgrimen los autores que exponen sus teorías desde las diferentes escuelas de pensamiento, lo que en este ensayo trato de demostrar es que existe acuerdo en que, en los tiempos actuales, el sentido (ATIENZA, 2012, p. 325) y los mandatos (FISS, 2013, p. 157) del derecho se dirigen siempre al análisis del valor justicia, con lo que la preocupación por lo justo en el seno del documento reviste carácter esencial.

Pero todo esto no tendría sentido si el *documento notarial* no alcanza a considerarse como un elemento y argumento que *decide el derecho*. ¿Qué derecho es el que decide? El derecho que está destinado a proyectarse en la paz; ese que cumple y al que adscribe la mayor cantidad de personas de modo natural y permanente. Quizás sea por lo natural de su acaecimiento, que este tratamiento se haya vuelto en todo este tiempo absolutamente inusual. La necesidad de demostrar los efectos ejecutivos, probatorios y conservatorios del documento notarial está motivada por aseverar la fuerza del mismo ante el acaecimiento del problema. Lo que viene a demostrar en cierta forma, que las personas humanas solemos prepararnos para enfrentar las controversias en lugar de aceptar lo que espontáneamente se cumple por hábito, por virtud, por un noble comportamiento. Este ensayo termina por proyectar otros efectos del documento, que son los que lo convierten en elemento de decisión trascendente, porque el derecho que en él se contiene está destinado a resguardar la paz.

VIII LA NATURALEZA DEL DOCUMENTO NOTARIAL DECISORIO

Al intentar justificar la propuesta, es necesario descifrar cuál es la naturaleza de esa decisión de derecho. Con *Ricardo Guibourg* se alcanza a comprender que “el derecho puede encararse, tanto del punto de vista realista como desde una teoría normativista, como un conjunto o sistema de criterios de decisión” (GUIBORG, 2013, p. 223). Criterios que, sin duda alguna, van a aplicarse para resolver las controversias que se susciten, con el último respaldo de la fuerza. De esta manera, los criterios de *decisión judicial* ocupan claramente un lugar central en el discurso jurídico general, pero *no son los únicos ni necesariamente los definitivos que hayan de prevalecer*.

Otros criterios pueden ser relevantes, y son aquellos que, *descartada la vía autoritaria de la subordinación directa*, proponen el camino de la *introspección*, el *diálogo* y el *consenso*. En estos últimos, todos los juristas están involucrados y llamados a su aplicación, ya que el derecho, al preocuparse por el establecimiento de equilibrio dinámico, persigue la instauración de “un modelo fundado en la identificación y explicitación pública de los sistemas de criterios de decisión (que sea) capaz de reducir el número de conflictos [...]”.

De esta manera, una *decisión jurídica*, para constituirse como tal, tendría que contener una serie de valores que le sirvan de sustento y fundamento, además de los procedimientos formales que en cada caso se tengan que respetar para llegar tanto a la jurisdicción como al ámbito de la competencia que el derecho determine legalmente para cada caso en especial. La *decisión jurídica* adjetivada con la cuestión de la *discrecionalidad* es precisamente, una decisión que no es rutinaria; es una decisión que realiza un determinado jurista que se encuentra con más de una norma para aplicar a los hechos, y que, además, se encuentra con la desviación de la atención hacia más de una interpretación jurídica adecuada (ETALA, 2016, p. 96).

En este sentido, debe quedar en claro un hecho absolutamente innegable: el único *homo juridicus* autorizado para aplicar el *imperium decisorio* es el juez. El notario, al elaborar el derecho en el documento en un ámbito de paz, colabora con una actividad de tutoría para que la voluntad de las partes, que es lo verdaderamente justo, alcance los resultados por ellas proyectados. El notario no tiene —ni tiene que tener— *imperium*; el notario tiene *autorictas*, esto es, capacidad jurídica y legal para colaborar con la justicia dando previsibilidad a los actos que autoriza. Esa actividad le viene reglada desde la ley, y si bien puede asimilarse en este sentido a un profesional del derecho con ciertas facultades especiales para ejercer la autoridad, lo trascendente es advertir que ese ejercicio es absolutamente necesario para el desarrollo del tráfico jurídico de las sociedades que problematizadas. El poder de la fe pública que viene de la ley brinda *certeza*, y lo *cierto* para el *derecho* encierra detrás —y de acuerdo a los motivos expuestos con anterioridad— la idea de *verdad*.

El notario elabora el derecho a partir de las calificaciones que realiza al momento de configurar los actos en el documento, con sustento en los deberes cumplidos de asesoramiento información y consejo que suponen las audiencias notariales previas que preceden al acto instrumental, generando una auditoria, un control y una colaboración que guía la voluntad de las partes al rumbo por ellas escogido, generando el cumplimiento del valor justicia. Esta afirmación permite reconocer que existen otros documentos, como el de naturaleza notarial, que acompañan a los de origen judicial en la búsqueda de la consolidación de decisiones jurídicas *justas*.

En definitiva, el documento notarial auténtico abraza una naturaleza decisoria fundada en la *autorictas* que el *Estado* asume y delega para que la misma sea realizada por los notarios, que son a quienes se encarga realizar la correspondiente dación de fe en los actos que alcanza a su competencia, donde se encuentran todos aquellos relevantes y referidos con anterioridad, para que las personas en general alcancen *el desarrollo normal de la vida de relación*, desde el lugar donde decidan a la misma proyectar¹⁹.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010a.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Lima (Perú): Palestra, 2010b.

ALTERINI, Jorge Horacio; ANGELANI, Elisa Beatriz; CORNA, Pablo María; VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra. **Hacia una teoría general de las ineffectancias**. Buenos Aires: La Lay, 1997.

ARISTÓTELES. **Obras completas**. t. I. Buenos Aires: Omeba, 1967a.

¹⁹ Esta aseveración incluye además los documentos realizados para/por las personas jurídicas reconocidas en el ordenamiento positivo.

ARISTÓTELES. **Obras completas**. t. II. Buenos Aires: Omeba, 1967b.

ARISTÓTELES. **Obras completas**. t. III. Buenos Aires: Omeba, 1967c.

ARISTÓTELES. **Obras completas**. t. IV. Buenos Aires: Omeba, 1967d.

ARMELLA, Cristina Noemí. Escrituras públicas. En: CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (Coord.). **Código Civil y Comercial de la Nación**: comentado, anotado. t. 1. Buenos Aires: Astrea, 2015.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Ariel, 2012.

ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico. Barcelona: Ariel, 1997.

BOFFI BOGGERO, Luis María. Instrumento público. En: **Enciclopedia Jurídica Omeba**. t. XVI. Buenos Aires: Driskill, 1996.

BONO, Gustavo A. El artículo 7.º frente a los derechos reales: esquema general y consideración especial de las adquisiciones por usucapión y por donación. En: **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, n. 1, p. 776 y ss., 2015.

BORDA, Guillermo A. **Derecho civil**: contratos. Buenos Aires: La Ley, 2016.

BORTHWICK, Adolfo E. C. **Nociones fundamentales del proceso** (o una selección –de elite– de autores de derecho procesal abordando los temas trascendentes del proceso). Corrientes: Mave, 2001.

CAÑAL, Diana R. El contenido formal y sustancial del derecho: una contradicción aparente: una mirada desde el derecho del

trabajo. 2005. Tesis (Doctorado en Derecho)– Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005.

CAPOLUPO DE DURAÑONA Y VEDIA, Ana María. La sentencia: su fundamentación: recursos. Tesis (Doctorado en Derecho)– Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1999.

CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. **Teoría general del acto notarial y otros estudios**. t. I. Entre Ríos: [S. n.], 2006.

CIANCIARDO, Juan. **El ejercicio regular de los derechos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

COSOLA, Sebastián Justo. **El documento notarial en el código civil y comercial**. Buenos Aires: Astrea, 2020.

COSOLA, Sebastián Justo. **Fundamentos de derecho notarial: la concreción del método**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

COSOLA, Sebastián Justo. **Los deberes éticos notariales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

COUTURE, Eduardo J. **El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial**. Ixtlahuaca de Rayó (México): Fas, 2005.

D’ALESSIO, Carlos M. Escrituras públicas. En: LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.); DE LORENZO, Miguel Federico; LORENZETTI, Pablo (Coord.). **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado**. t. II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

ETALA, Carlos Alberto. **Diccionario jurídico de interpretación y argumentación**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016.

ETCHEGARAY, Natalio Pedro; CAPURRO, Vanina Leila. **Derecho notarial aplicado**. Buenos Aires: Astrea, 2011.

FISS, Owen M. **Los mandatos de la justicia: ensayos sobre derecho y derechos humanos**.

Traducción de Carlos Alberto de Salles. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.

GATTARI, Carlos Nicolás. **El juez, el notario y la ley extranjera**. Buenos Aires: La Plata, 1974.

GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires: Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

GILSON, Etienne. **El realismo metódico**. Traducción de Valentín García Yebra. Madrid: Rialp, 1974.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Teoría general del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso**. Buenos Aires: Ediar, 1996.

GUIBOURG, Ricardo A. Filosofía para el derecho. In: JORNADA DE DEBATE INTERDISCIPLINARIA ENTRE IUSFILÓSOFOS Y CONSTITUCIONALISTAS. 2017. **Boletín Derecho al Día**, año 16, n. 284, Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 18 de mayo 2017.

GUIBOURG, Ricardo A. **La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas**. Buenos Aires: Colihue, 2006.

GUIBOURG, Ricardo A. **Saber derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

HERVADA, Javier. **Introducción crítica al derecho natural**. Navarra: Eunsa, 2007.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. **La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

LAMBER, Rubén Augusto. **La escritura pública**. t. I. Buenos Aires, Fen, 2003a.

LAMBER, Rubén Augusto. **La escritura pública**. t. II. Buenos

Aires, Fen, 2003b.

LAMBER, Rubén Augusto. **La escritura pública**. t. III. Buenos Aires, Fen, 2006a.

LAMBER, Rubén Augusto. **La escritura pública**. t. IV. Buenos Aires, Fen, 2006b.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil**: parte general. t. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.

LLOVERAS DE RESK, María Emilia. **Tratado teórico-práctico de las nulidades**. Buenos Aires: Depalma, 1991.

LÓPEZ MESA, Marcelo. **Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos**: procesales y administrativos. Montevideo / Buenos Aires: BdeF, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Título preliminar. En: LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.). **Código civil y comercial de la nación comentado**. t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis; HIGHTON DE NOLASCO, Elena; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. **Código civil y comercial de la nación**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

LUKASZEWICZ, Sonia. Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos. En: ARMELLA, Cristina Noemí (Dir.). **Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario**: más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. t. III. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

MASSINI CORREAS, Carlos I. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.

MUÑOZ RIVERA, Isidro. **La función del derecho notarial**. Escriba-Otoño, 2014.

NIETO BLANC, Ernesto E. **Nulidad en los actos jurídicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael. **Los esquemas conceptuales del instrumento público**. Lima (Perú): Gaceta Notarial, 2013.

MUSTAPICH, José María. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, t. I. Buenos Aires: Ediar, 1955.

NICOLAU, Noemí Lidia; HERNÁNDEZ, Carlos A. (Dir.); FRUSTRAGLI, Sandra A. (Coord.). **Contratos en el código civil y comercial de la nación**. Buenos Aires: La Ley, 2016.

PORTELA, Jorge Guillermo. **La justicia y el derecho natural**. Arequipa (Perú): Universidad Católica San Pablo, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima (Perú): Palestra / Bogotá (Colombia): Temis, 2005.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Lecciones de derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. Título preliminar: art. 3. En: RIVERA, Julio Cesar; MEDINA, Graciela (Dir.), ESPER, Mariano (Coord.). **Código civil y comercial de la nación comentado**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2014.

RIVERA, Julio Cesar. **Instituciones de derecho civil**: parte general. t. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

RIVERA, Julio Cesar; CROVI, Luis Daniel. **Derecho civil**: parte general. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**. Asunción: El Foro, 2003.

ROSATTI, Horacio D. **El código civil y comercial desde el derecho constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

TOMÁS DE AQUINO. Santo. **Suma teológica**: la prudencia, la justicia y el derecho. t. XI. Santa Fe: Club de Lectores, 1987.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. **En torno al derecho natural**. Madrid: Sala, 1973.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. La misión del notario. En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. **Deontología notarial**. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1992.

VIGO, Rodolfo Luis. **Constitucionalización y judicialización del derecho**: del estado de derecho legal al Estado de Derecho Constitucional. México: Porrúa, 2013.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

ZAVALA, Gastón Augusto. Nulidades instrumentales. En: ARMELLA, Cristina Noemí (Dir.). **Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario**: más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. t. III. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

ZUVILIVIA, Marina Cecilia. **El notario y la seguridad jurídica**. Rosario: Juris, 2008.

Recebido em: 16-2-2025

Aprovado em: 23-3-2025

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS EN EL MARCO DE UN TRATADO (NUEVA YORK, 2014) O CONVENCIÓN DE MAURICIO^{1y2}

Victor Hugo Guerra Hernández³

¹ Como citar este artículo científico. GUERRA HERNÁNDEZ, Victor Hugo. Convención de las Naciones Unidas sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y estados en el marco de un tratado (Nueva York, 2014) o Convención de Mauricio. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 287-308, jan.-abr. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à “Revista Venezuelana de Derecho Mercantil” (n.º 13, 2024), parceira venezuelana (de Caracas), pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica agradece a “Revista Venezuelana de Derecho Mercantil” (n.º 13, 2024), socio venezolano, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

³ Doctor en Derecho y *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. *Magister in Law* Universidad de Harvard. Abogado Universidad Católica Andrés Bello. Lic. Estudios Internacionales Universidad Central de Venezuela. Prof. Asociado de Derecho Internacional Privado de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Prof. de Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, y del Magdalena, Colombia. Miembro de las listas de Árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del ICC *Institute of World Business Law* y *Head Global* del Grupo de Trabajo de Cumplimiento. E-mail: vh.guerra@cremadescalvosotelo.com

“La falta de transparencia genera desconfianza y una profunda sensación de inseguridad”. Dalai Lama.

RESUMEN

La Convención UNCITRAL sobre Transparencia o Convención de Mauricio es un tratado internacional adoptado en 2014. Esta Convención hace parte de la triada sobre el tema de transparencia desarrollado por UNCITRAL, junto con el Reglamento y el Registro de Transparencia. Esta Convención, tal y como lo indica su Preámbulo tiene por objetivos la promoción de la transparencia y resguardo del interés público en los arbitrajes de inversión; la armonización de este tema a través de la promoción del Reglamento de Transparencia; y robustecer al arbitraje de inversión como medio alternativo de solución de controversias. En este artículo analizo la Convención de Mauricio; relato un caso práctico y, concluyo con mi balance y perspectivas.

Palabras Claves: Transparencia. Confidencialidad. Convención de Mauricio. Arbitraje. Inversión.

SUMARIO: I. Contexto y aproximación al tema. 1 Introducción. 2 Aspectos semánticos. 3 Importancia de la transparencia en los arbitrajes internacionales. II Análisis de la Convención. II.1 Aspectos generales II.1.1 El preámbulo. II.1.2 La estructura de la Convención. II.1.3 La definición de los tratados de inversión. II.2 Del ámbito de aplicación. II.2.1 Ámbito de aplicación de la Convención en relación con los tratados que sustentan el arbitraje de inversión. II.2.2 Aplicación del Reglamento sobre Transparencia. II.2.3 ¿Cuáles son los arbitrajes cubiertos por la Convención? II.2.4 Análisis de un caso práctico para comprender el tema de la aplicación. II.3. De las Reservas. III Balance y Perspectivas. Referencias.

I CONTEXTO Y APROXIMACIÓN AL TEMA

I.1 INTRODUCCIÓN

Escribo este breve artículo en conexión con mi participación en la Jornada sobre Transparencia en el Arbitraje Internacional 2024, que se celebró en el marco del UNCITRAL LAC Day Venezuela.

Participación que agradezco a la generosa invitación del Dr. Diego Castagnino⁴, Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), que auspicia esta jornada, junto con UNCITRAL y con la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.

Terminé de escribir este artículo el 11 de noviembre de 2024, fecha en la que Francia rinde oficialmente homenaje a los soldados y víctimas de la Primera Guerra Mundial.⁵ Es una fecha que reseño por dos razones particulares.

La primera y, más anecdótica, es que tuve la fortuna de terminar este artículo desde la ciudad de París, durante la semana en la que celebramos la Conferencia Anual del ICC *Institute of World Business Law* de la *International Chamber of Commerce*. Un espacio académico y profesional, en el que discutimos las últimas tendencias del arbitraje internacional, así como aspectos del derecho internacional y temas relevantes para el derecho de los negocios.

La segunda referida a la importancia que ha tenido para el mantenimiento de la paz mundial la labor desarrollada por el sistema multilateral. Primero por la Sociedad de Naciones, precursora de la Organización de las Naciones Unidas, y hoy por esta última, la cual resalta en su Carta la relevancia de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”, y además “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y

⁴ LinkedIn <https://www.linkedin.com/in/diego-castagnino-16561449/>

⁵ El Armisticio del 11 de noviembre de 1918 fue un tratado firmado en *Le Francport*, cerca de *Compiègne*, que terminó la lucha en tierra, mar y aire en la Primera Guerra Mundial entre los Aliados y su oponente, el Imperio alemán.

el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional.

Este último objetivo le da mucho sentido a la labor normativa de UNCITRAL, como agencia especializada de las Naciones Unidas, y, a la Convención de Mauricio, le provee de una base fundacional y de principios orientadores claves. Así, podemos afirmar que la Convención se basa en los principios fundamentales de la buena gobernanza y respeto a los derechos humanos, siendo entonces la transparencia una expresión de los valores fundamentales de las Naciones Unidas.

Formalmente, la Convención de Mauricio se denomina “Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado”, y fue adoptada mediante la Resolución A/RES/69/116 de la Asamblea General el 10 de diciembre de 2014, en la ciudad de Nueva York; abriéndose a su firma en Port Louis, Mauricio, el 17 de marzo de 2015, durante la ceremonia formal de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI o, UNCITRAL por su acrónimo en inglés (en lo sucesivo la “**Convención de Mauricio sobre la Transparencia**” o, simplemente, la “**Convención de Mauricio**”).⁶

La Convención de Mauricio entró en vigor el 18 de octubre de 2017, conforme a lo dispuesto en su Art. 9, es decir, seis meses después de la fecha en que se depositó el tercer instrumento de ratificación, el de Suiza (18/04/2017), el cual se sumó a los depósitos de Canadá (12/12/2016), y de Mauricio (05/06/2015).⁷ Se trata, si se quiere, de un tratado relativamente joven, pues tiene apenas menos de una década de existencia y, tan solo, cinco años de vigor. Por ello, aun toca seguir esperando su evolución, para ver cómo se desarrollará su eficacia e implementación.

⁶ Los Estados y las organizaciones regionales de integración económica que no hayan firmado la Convención de Mauricio en Port Louis, lo pueden hacer posteriormente en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, conforme al Art. 7(1) de esta Convención.

⁷ La Convención de Mauricio sobre la Transparencia está en vigor a la fecha de este artículo (11/11/2024) para 9 Estados de las más diversas regiones del planeta: Australia, Benín, Bolivia, Camerún, Canadá, Gambia, Iraq, Mauricio y Suiza.

La renuencia de los Estados a la adopción masiva e inmediata de la Convención de Mauricio nos sugiere que los Estados y los particulares aún tienen un largo camino que recorrer en materia de transparencia, pues, siguen considerando la confidencialidad como una herramienta importante para resolver las controversias en materia de inversiones, a través del arbitraje internacional. Así, la confidencialidad aún les permite evitar revelaciones y publicidad de aspectos que pudieran generar, sobre todo para los Estados, una exposición innecesaria de los casos, lo cual se traduciría, por ejemplo, en la divulgación de eventuales conductas embarazosas por parte de los oficiales de gobierno, generando, cuando menos, protestas sociales innecesarias.

En las siguientes líneas desarrollaré en términos generales, pero articulados, los aspectos fundamentales de la Convención de Mauricio, incorporando algunos comentarios a las normas que he considerado pertinentes.

I.2 ASPECTOS SEMÁNTICOS

La Convención de Mauricio trata sobre el tema de la transparencia, un término que debe confrontarse con el de la confidencialidad, pues ambos son conceptos opuestos en el manejo de la información y de las actividades que se surten en el marco de los procesos arbitrales en general, y de los arbitrajes de inversión en particular.

La transparencia se refiere, en líneas generales, a la apertura y a la claridad en las comunicaciones, e implica compartir información de manera accesible, clara y comprensible, permitiendo que las partes interesadas y la colectividad, conozcan las decisiones, preliminares o definitivas en un proceso, así como los distintos actos que conducen a ellas. Por ello, la transparencia es fundamental en contextos como la gestión pública; la responsabilidad corporativa y la comunicación organizacional; y también, como lo ha demostrado la labor normativa de UNCITRAL, en los arbitrajes de inversión. La transparencia hace parte de la idea de gobernanza, término acuñado por organismos de financiamiento internacional como el Banco Mundial.

La confidencialidad, por su parte, implica proteger la información y restringir su acceso sólo a personas autorizadas. Se utiliza para salvaguardar datos sensibles, como información personal, secretos comerciales o estrategias empresariales. La confidencialidad es esencial en ámbitos como la salud, la privacidad de datos y, obviamente, ha sido un principio básico en los mecanismos alternativos de solución de controversias como el arbitraje y la conciliación.

La transparencia persigue la robustez del marco institucional que sostiene a los procesos de arbitraje. Así, por ejemplo, algunas de las modificaciones introducidas en el 2021, al Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, buscaron aumentar la transparencia de los arbitrajes de esta Corte, en relación con su composición y funcionamiento (Apéndices I y II), y la comunicación de la motivación de sus decisiones, cuando lo solicite cualquiera de las partes (Apéndice II, Art. 5). Pero también dicho Reglamento regula la confidencialidad señalando que “A solicitud de cualquier parte, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.” (Art. 22; y otras provisiones sobre la confidencialidad se pueden encontrar en el Art. 8 del Apéndice I; y en el Art. 1 del Apéndice II).⁸

Otras referencias a la confidencialidad y transparencia las encontramos en el marco de los arbitrajes que se llevan ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial (CIADI, [S. d.]. En el CIADI ambos temas dependen del acuerdo de las partes o, de las disposiciones aplicables al instrumento que contiene el consentimiento de éstas. Así, el tratado, el contrato o la ley pueden incluir disposiciones específicas en materia de confidencialidad y transparencia aplicables al procedimiento de arbitraje.⁹ En ausencia de éstos, las Reglas del

⁸ Ver <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>

⁹ Un ejemplo de disposición de un tratado, en materia de transparencia, es la contenida en el Artículo 10.21 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos,

CIADI sobre transparencia serán aplicables en el procedimiento.¹⁰

Ahora bien, la transparencia en el arbitraje se enfrenta al desafío de los procedimientos, que, por su naturaleza, deben ser inherentemente confidenciales, lo cual limita la divulgación de información. Además, aún existe el debate sobre el equilibrio necesario entre una sana transparencia y la protección de la confidencialidad, la privacidad y los intereses comerciales de las partes.

En todo caso, la transparencia busca dar solidez institucional y estructural a los procesos arbitrales, mientras que la confidencialidad se centra en proteger la información y privacidad de las partes y del caso. En mi opinión, ambas nociones son relevantes y, deben aplicarse de forma equilibrada según el contexto y circunstancias de cada situación concreta.

I.3 IMPORTANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES

La transparencia en los arbitrajes internacionales persigue, como he dicho, brindarle solidez institucional a este medio alternativo de administración de justicia, y se refiere a la necesaria claridad y apertura en tales procedimientos de resolución de conflictos, tanto para las partes como para los terceros interesados, y la colectividad en general.

La transparencia es primordial por varias razones:

- i. **la confianza en el sistema:** la transparencia ayuda a generar confianza entre las partes involucradas y la sociedad en general. Cuando los procedimientos son claros y accesibles, se fortalece la legitimidad del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de conflictos.
- ii. **el acceso a la información:** implica que las partes y, en ocasiones el público, puedan acceder a la información

Centroamérica y República Dominicana (CAFTA). Ver SICE (S. d.).

¹⁰ Ver Reglas de Arbitraje del CIADI, Capítulo X: Publicación, Acceso al Procedimiento y Presentaciones de Partes No Contendientes. Usualmente, el Tribunal Arbitral dispone sobre la transparencia en la primera resolución procesal del Tribunal.

relevante sobre el proceso, las decisiones y las razones que sustentan los laudos arbitrales. Ello es especialmente importante en casos de gran relevancia comercial o política, como, por ejemplo, los relacionados con los arbitrajes internacionales de inversión.

- iii. la **prevención de abusos a la institucionalidad y a los procesos**: la transparencia actúa como un mecanismo de control que puede prevenir comportamientos poco éticos o abusos por parte de los árbitros o de las partes. Cuando los procedimientos son visibles, se procura reducir la posibilidad de procesos y decisiones arbitrarias.
- iv. el **establecimiento de mejores prácticas y estándares claros**: la promoción de la transparencia también contribuye a establecer mejores prácticas en el ámbito del arbitraje internacional. Esto puede incluir la publicación de laudos y la divulgación de información sobre los árbitros, así como la rendición de cuentas del proceso arbitral.
- v. el **desarrollo de jurisprudencia**: la publicación de laudos y decisiones arbitrales fomenta el desarrollo de una jurisprudencia más sólida, permitiendo a las partes, a sus asesores legales, y a los operadores jurídicos en general, comprender mejor las tendencias y criterios utilizados en casos precedentes. En suma, los laudos arbitrales nutren la formación de fuentes del Derecho como la *lex mercatoria*, mejorando así el marco normativo aplicable a los negocios internacionales.

En el caso concreto de la Convención de Mauricio y, gracias a los objetivos plasmados en el Reglamento sobre Transparencia, la transparencia busca:

- i. crear conocimiento público del inicio de un arbitraje entre inversionistas y Estados;
- ii. hacer públicos los documentos que incluyen las decisiones y laudos de los tribunales arbitrales;

- iii. permitir que terceros consignen presentaciones a los tribunales arbitrales cuando dichas presentaciones sean útiles y pertinentes y no demoren, interfieran o aumenten indebidamente los costos de los procedimientos;
- iv. permitir presentaciones por una Parte no contendiente, ya sea un Estado o una organización de integración económica regional, en el tratado de inversión;
- v. permitir audiencias públicas.

En todo caso, la Convención de Mauricio y el Reglamento sobre Transparencia, preservan el poder existente de los tribunales arbitrales para permitir procedimientos a puerta cerrada y, restringir el acceso a documentos, o a partes de ellos, cuando sea necesario proteger la información confidencial y sensible, así como la integridad del proceso arbitral.

Para UNCITRAL la transparencia en los arbitrajes de inversión ha sido un tema primordial, ya que los arbitrajes de inversión abarcan, normalmente, cuestiones de interés público, como, por ejemplo, asuntos de política ambiental, social y comunitaria, en los que la transparencia de los procesos y su resolución son claves (ver por ejemplo, ITALAW [S. d.]). Se trata de dar un paso adelante, sobre el principio de la confidencialidad, la cual ha sido un aspecto tradicional e importante para el desarrollo del arbitraje.

En conclusión, la transparencia en los arbitrajes internacionales de inversión es hoy un elemento fundamental para asegurar una adecuada administración de justicia, la equidad y la confianza en este medio de resolución de controversias.

II ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN

Las normas de UNCITRAL sobre la transparencia constan en tres instrumentos, el Reglamento UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado o Reglamento sobre la Transparencia (2013) que ya hemos

referido; la Convención Mauricio (2014) objeto principal de este artículo; y el Registro de Transparencia.¹¹ En esta sección analizo, en mayor detalle, la Convención de Mauricio.

II.1 ASPECTOS GENERALES

II.1.1 EL PREÁMBULO

Tres aspectos me interesan mencionar del Preámbulo de la Convención de Mauricio.

En primer lugar, el Preámbulo resalta la necesidad de que exista transparencia en la solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, ya que se trata de una materia que afecta el interés público. En otras palabras, el objeto de dichos arbitrajes desborda el mero interés de un negocio estrictamente privado y comercial, e impacta, por lo general, temas que atañen a la colectividad.

En segundo lugar, la promoción de la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia pues, considera que éste contribuye considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado, para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones. Y es que, precisamente, UNCITRAL persigue, a través de su labor internacional, la armonización del derecho aplicable a los asuntos mercantiles y de negocios.

En tercer lugar, pero no menos importante, el reconocimiento del arbitraje como un método para resolver las controversias que

¹¹ El Registro de Transparencia es una base de datos en línea, también conocida como “archivo de la transparencia”, que contiene información relativa al arbitraje entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. La información que se publica en el Registro de Transparencia incluye los expedientes de los casos, las decisiones y los laudos, así como otra información que pueda explicar el resultado de los procesos. Tal y como lo señala la UNCITRAL, al hacer que la información sobre los casos de arbitrajes de inversión esté disponible de manera oportuna y precisa, el Registro de Transparencia puede mejorar la previsibilidad y la seguridad jurídica de las inversiones y de las medidas o acciones del Estado que afecten a esas inversiones.

puedan surgir en el contexto de las relaciones internacionales, y en tal sentido, la utilización amplia y generalizada del arbitraje para la solución de disputas entre inversionistas y Estados.

Se trata, en mi opinión, y como lo he sostenido en otros trabajos previos, del uso del arbitraje para alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible N. 16 de las Naciones Unidas, relativo a la Paz, la Justicia y las Instituciones Sólidas. Así, los arbitrajes de inversión contribuyen a una solución pacífica de controversias, evitando reclamaciones entre Estados que pudieran degenerar en conflictos bélicos (ver, en tal sentido, GUERRA HERNÁNDEZ, 2023).

Finalmente, vale la pena indicar, que el Preámbulo también refuerza, directamente, la aplicación del Reglamento sobre Transparencia a arbitrajes: i. que sean celebrados de conformidad con tratados vigentes antes del 1 de abril de 2014; y, ii. que no estén, necesariamente, sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (NACIONES UNIDAS, 2014a, art. 1, párrafos (2) y (9)).

II.1.2 LA ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN

La Convención de Mauricio se estructura en un total de 11 artículos, distribuidos según mi mejor criterio, de la siguiente manera:

- i. del Ámbito de Aplicación, Art. 1 y 5;
- ii. de la Aplicación del Reglamento sobre Transparencia, Art. 2;
- iii. de las Reservas, Arts. 3 y 4;
- iv. de la Participación de organizaciones regionales de integración económica, Art. 8;
- v. y, de las Normas Estándar de los Tratados Internacionales: depósito (ante el Secretario General de las Naciones Unidas), Art. 6. La Firma, Ratificación, Aceptación, Aprobación, Adhesión, Art. 7. La Entrada en Vigor, Art. 9. La Enmienda, Art. 10. Y, la Denuncia, Art. 11.

En esta segunda sección del artículo, desarrollaré, especialmente, los artículos 1, 2, 3 4 y 5 de la Convención de Mauricio.

II.1.3 LA DEFINICIÓN DE TRATADOS DE INVERSIÓN

La Convención en su Art. 1 (2) define, de forma bastante amplia, lo que debemos entender por tratados de inversión, abarcando las distintas posibilidades de acuerdos internacionales. Así:

[...] se entenderá todo **tratado bilateral o multilateral, incluidos los tratados comúnmente denominados acuerdos de libre comercio, acuerdos de integración económica, acuerdos marco o de cooperación en materia de comercio e inversiones, o tratados bilaterales de inversiones**, que contenga disposiciones sobre la protección de las inversiones o los inversionistas y el derecho de los inversionistas a recurrir al arbitraje contra las partes contratantes en ese tratado de inversiones. (Resaltado nuestro).

II.2 DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Convención de Mauricio consagra varias normas para establecer distintos aspectos relacionados con su ámbito de aplicación.

II.2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS QUE SUSTENTAN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

En primer lugar, la Convención determina a cuáles arbitrajes de inversión ella se aplica, en relación con los tratados que los sustentan. Así, el Art. 1 (1) señala:

La **presente Convención se aplicará a los arbitrajes** entre un inversionista y un Estado o una organización regional de integración económica **sustanciados de conformidad con un**

tratado de inversiones celebrado antes del 1 de abril de 2014
("arbitrajes entre inversionistas y Estados"). (Resaltado nuestro).

Con esta norma la Convención extiende, de manera eficiente, la aplicación del Reglamento sobre Transparencia a arbitrajes sustanciados antes de la entrada en vigor del Reglamento. Se trata de un efecto retroactivo en la aplicación del Reglamento que busca promover la transparencia y la rendición de cuentas en los procesos de arbitraje de inversión, independientemente de cuándo se firmaron los tratados que los prevén. En nuestra opinión, ello se puede sustentar en varias razones:

- i. el **principio de la buena fe**: los Estados y partes involucradas en arbitrajes internacionales deben actuar de buena fe y cumplir con los estándares de transparencia, incluso en relaciones jurídicas previas a la vigencia formal del Reglamento. Su ampliación en el tiempo se logra de manera útil a través de la Convención de Mauricio, y de la voluntad de los Estados de hacerse parte de ella.
- ii. la **evolución normativa**: la comunidad internacional ha ido evolucionando en cuanto a la importancia de la transparencia en los procedimientos de arbitraje. La aplicación retroactiva del Reglamento se considera un paso hacia la modernización y mejora de la confianza en el sistema arbitral, y repito, la Convención le permite a los Estados hacerlo, cuando voluntariamente se hacen parte de esta.
- iii. el **interés público**: los arbitrajes de inversión, como he dicho, pueden tener un impacto significativo en el interés público. Por lo tanto, la transparencia es esencial para garantizar que se tomen decisiones justas y responsables, y ese es precisamente el marco normativo armonizado que nos brinda UNCITRAL a través del Reglamento sobre Transparencia y la Convención de Mauricio.
- iv. el compromiso con **las mejores prácticas**: muchos Estados ya han adoptado un enfoque proactivo hacia la transparencia

en los arbitrajes, reconociendo que esto puede mejorar la percepción pública y la legitimidad de los procesos arbitrales. La Convención de Mauricio apoya este enfoque al ampliar la aplicación del Reglamento sobre Transparencia a arbitrajes sustanciados en base a tratados vigentes antes del 1 de abril de 2014.

Por lo tanto, la Convención Mauricio actúa como un marco que busca extender principios de transparencia a un ámbito más amplio, fomentando un entorno de gobernanza responsable y accesible, así como la promoción de un sistema de administración de justicia responsable y equitativo. La transparencia es un principio fundamental en la gobernanza pública y, su amplia aplicación contribuye, positivamente, al desarrollo eficiente de los arbitrajes de inversión.

II.2.2 APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SOBRE TRANSPARENCIA

La Convención de Mauricio establece cómo debe aplicarse el Reglamento sobre Transparencia. Así el Art. 2 señala dos supuestos.

En primer lugar, lo relativo a la aplicación bilateral o multilateral del Reglamento:

aplicación bilateral o multilateral. 1. El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a) o 3.1 b) y el demandante sea de un Estado que sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a).

El segundo lugar, la aplicación del Reglamento como una oferta unilateral de aplicación:

oferta unilateral de aplicación. 2. Cuando el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia no sea aplicable en virtud del párrafo 1, dicho Reglamento se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva relacionada con ese arbitraje en virtud del artículo 3.1 y el demandante consienta en la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia.

Quiero resaltar que en ambos supuestos la aplicación del Reglamento sobre Transparencia puede darse, con independencia de si el arbitraje se sigue o no sobre la base del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aspecto que también se señala en el Preámbulo, tal y como lo indique, por referencia al Art. 1, párrafo (9) del Reglamento sobre Transparencia.

De otra parte, los párrafos (3) (4) y (5) del Art. 2 de la Convención de Mauricio establecen los siguientes aspectos que consideramos importante resaltar:

- i. la versión aplicable del Reglamento sobre Transparencia será la versión más reciente del mismo, respecto de la cual el demandado no haya formulado ninguna reserva en virtud del Art. 3, párrafo (2). En este sentido, es importante recordar que el Art. 4, párrafo (4) de la Convención, señala que tales reservas surten efectos inmediatos;
- ii. la última frase del artículo 1.7 del Reglamento sobre la Transparencia no se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en virtud del párrafo (1) del Art. 2. Dicha frase prevé que “[...] cuando exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el tratado prevalecerá lo dispuesto en el tratado.”. Con lo cual se le da, en mi opinión, una primacía a la aplicación del Reglamento sobre Transparencia;
- iii. y, los demandantes no podrán invocar una cláusula de la nación más favorecida, con el fin de hacer aplicable o no, el Reglamento sobre Transparencia. Con ello, se le da,

nuevamente en mi opinión, un carácter prevalente a las disposiciones de la Convención, especialmente a su Art. 2, para determinar cuándo y cómo se debe aplicar el Reglamento sobre Transparencia.

II.2.3 ¿CUÁLES SON LOS ARBITRAJES CUBIERTOS POR LA CONVENCIÓN?

La Convención define a cuáles arbitrajes ella, sus reservas o el retiro de éstas, se aplicarán (Art. 5). Así:

La presente Convención y toda reserva, o retiro de una reserva, **se aplicarán únicamente a los arbitrajes** entre inversionistas y Estados iniciados después de la fecha en que entre en vigor la Convención o en que surta efecto una reserva, o retiro de una reserva, con respecto a cada Parte de que se trate. (Resaltado nuestro).

Recordemos que la Convención entró en vigor el 18 de octubre de 2017, y que, por lo tanto, ella será aplicable a los arbitrajes de inversión que se inicien después de esa fecha. En tal sentido, y en relación con la aplicación del Reglamento sobre Transparencia, en base a la Convención, deberá mirarse si se trata de una aplicación bilateral o multilateral, o, de una oferta unilateral de aplicación de éste.

II.2.4 ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO PARA COMPRENDER EL TEMA DE LA APLICACIÓN

Para comprender mejor los diversos aspectos de la aplicación, previstos en la Convención de Mauricio, analizaré un caso práctico. A título de ejemplo, veamos el caso de Australia.

Australia firmó la Convención el 19 de julio de 2017, la ratificó el 17 de septiembre de 2020, y ésta entró en vigor para este país el 17 de marzo de 2021 (ver NACIONES UNIDAS, 2014b).

En el 2023, un inversionista de Singapur demandó en arbitraje a Australia, en base al Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda, firmado en el 2009, y vigente desde el 10 de enero del 2010 (ver UNCTRAD, 2023).

De acuerdo con la Convención de Mauricio podríamos concluir lo siguiente:

- i. el Art. 1, párrafo (1) establece que la Convención se aplicará a los arbitrajes sustanciados en base a tratados de inversión celebrados antes del 1 de abril de 2014. El Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda es del 2009, y, por lo tanto, estaría cubierto;
- ii. el Art. 1, párrafo (2) parte de una definición amplia de tratados de inversión, en los que se incluyen los tratados de libre comercio, por lo cual también el Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda estaría incluido;
- iii. el Art. 2 establece, como he dicho, dos supuestos para la aplicación del Reglamento sobre Transparencia. En este caso, sólo Australia ha ratificado la Convención de Mauricio, por lo que tendríamos que mirar el supuesto previsto en el párrafo (2) de dicha norma, es decir, la oferta unilateral. En este caso, Australia es la parte demandada, y, al menos de la información pública, no consta que haya formulado alguna reserva relacionada con ese arbitraje. Pero obvio, para cerrar el supuesto de la norma, en relación con la oferta unilateral, le correspondería al inversionista de Singapur consentir en la aplicación del Reglamento sobre Transparencia;
- iv. finalmente, el Art. 5 señala que el arbitraje debe haberse iniciado después de la fecha en que entre en vigor la Convención con respecto a cada Parte de que se trate, y éste es el caso, pues la Convención entró en vigor para Australia en el 2021, y éste es un arbitraje iniciado en el 2023.

Sobre la base del análisis anterior es que, en mi opinión,

debe analizarse la aplicación de la Convención de Mauricio y el Reglamento sobre Transparencia a cada caso concreto.

II.3 DE LAS RESERVAS

La Convención de Mauricio prevé cuáles son las posibles reservas que se pueden hacer a ésta, y la manera en que ellas deben formularse, Art. 3 y 4.

Así, el tipo de reservas se prevé en los párrafos (1) y (2) del Art. 3, y no se permiten reservas distintas de las especificadas en dichos párrafos, conforme a lo previsto en el párrafo (4) del mismo Art. 3.

En el Art. 3, párrafo (1) la Convención adopta un enfoque de lista negativa, es decir, la Parte que desee excluir un tratado de inversión específico y/o un conjunto específico de reglas de arbitraje, de la aplicación de la Convención, debe enumerarlas explícitamente, es decir, cuál es dicho tratado y/o conjunto de reglas de arbitraje que desea reservarse.¹²

Por su parte, el Art. 3, párrafo (2), prevé que en caso de que se revise el Reglamento sobre Transparencia, y dentro de los seis meses siguientes a la aprobación de dicha revisión, un Estado parte de la Convención podrá declarar que no aplicará esa versión revisada del Reglamento. Tal reserva entra en efecto de manera inmediata, es decir, no tiene un plazo de espera para su efectividad.

Adicionalmente, el Art. 3, párrafo (3), establece que las Partes podrán formular múltiples reservas, detallando la forma en cómo debe hacerse.

¹² Hasta ahora sólo la Unión Europea a echo reservas a la Convención de Mauricio, y lo hizo al momento de su firma. Así, la Unión Europea de conformidad con el artículo 3(1)(a) de la Convención de Mauricio declaró que se reservaba y que por lo tanto no aplicará, la Convención de Mauricio cuando actúe como demandada en caso de una controversia iniciada en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) contra un Estado miembro de la Unión Europea que no sea parte de la Convención, a menos que se acuerde otra cosa con el Estado miembro de la Unión Europea de que se trate. El Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) es un acuerdo multilateral, que a la fecha de esta reserva contaba con 56 partes contratantes. Esta reserva de la Unión Europea se aplicará con respecto a todas las partes contratantes que sean partes de la Convención de Mauricio.

Por último, el Art. 4 define los plazos específicos para la formulación, aceptación, retiro y depósito de las reservas, proporcionando el nivel necesario de flexibilidad, al tiempo que se garantiza que las reservas no puedan utilizarse para frustrar el propósito de la Convención de Mauricio.

III BALANCE Y PERSPECTIVAS

El Reglamento sobre Transparencia, la Convención de Mauricio y el Registro de Transparencia de UNCITRAL son un esfuerzo multilateral y armonizado, relativamente reciente, para fortalecer la institucionalidad del arbitraje de inversión, a través de la promoción de la transparencia.

El Reglamento sobre Transparencia estableció el conjunto de normas procesales que aseguran la transparencia y la accesibilidad al público de los arbitrajes entre inversionistas y Estados basados en tratados, cuyos procedimientos se hubieran llevado a cabo, normalmente, a puerta cerrada. Así, el Reglamento sobre Transparencia y, por lo tanto, la Convención de Mauricio, tienen en cuenta el interés público, pero, buscando el necesario balance entre los conceptos de transparencia y confidencialidad del arbitraje.

La Convención debe considerarse como una herramienta útil para el desarrollo sostenible y a largo plazo de los arbitrajes de inversión, y, en general, se espera que la Convención contribuya, significativamente, a mejorar la transparencia en el régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

Así, como hemos visto, el fin primordial de la Convención es hacer pública la información sobre las disputas que surgen de dichas inversiones, contribuyendo a crear confianza en el marco internacional de inversiones existente. Además, la Convención constituye un paso muy importante para responder a los desafíos crecientes en relación con la legitimidad del derecho internacional de las inversiones y el arbitraje como tal.

Esos desafíos incluyen, entre otros: un número cada vez mayor de arbitrajes entre inversionistas y Estados basados en

tratados, incluido un número cada vez mayor de demandas frívolas; un monto cada vez mayor de daños y perjuicios otorgados a los inversionistas; una creciente inconsistencia de los laudos y las preocupaciones sobre la falta de previsibilidad y estabilidad jurídica; y por último, las incertidumbres sobre cómo el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados es capaz de interactuar con importantes consideraciones de política pública.

Finalmente, espero que la Convención de Mauricio ayude a mejorar la comprensión pública de los arbitrajes de inversión, aumente su credibilidad general y, en definitiva, sirva para asegurar que las eventuales controversias entre los particulares y los Estados se solventen a través de medios de solución pacífica como lo es el arbitraje de inversión, coadyuvando así a alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible N. 16, relativo, como he dicho, a la consecución de la paz, la justicia y la prevalencia de instituciones sólidas.

REFERENCIAS

ACERIS LAW. Transparency in Investor-State Arbitration: the Mauritius Convention. 23/12/2016. [S. l.], Ed. Aceris Law, 2016. Disponible en: <<https://www.acerislaw.com/transparency-investor-state-arbitration-mauritius-convention/>>.

CIADI - CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Confidencialidad y transparencia - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI (Reglas de 2022). 2022. Disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/es/procedimientos/arbitraje/convenio/confidencialidad-y-transparencia/2022>>.

CIADI - CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Reglas de Arbitraje del CIADI. Disponible en: <<https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/convenio/reglas-de-arbitraje-del-ciadi/capitulo-X-publicacion-acceso-al-procedimiento-y-presentaciones-de-partes-no-contendientes#rule-13676>>.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. El rol del arbitraje de inversión en las relaciones comerciales internacionales: el Tratado Bilateral de Inversión Colombo-Venezolano 2023. En: **Boletín Iberoamericano de Arbitraje**, Caracas, Ed. Centro de Arbitraje, n. 3, p. 3-21, Dic. 2023.

ITALAW. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II), PCA Case n.º 2009-23. Disponible en: <<https://www.italaw.com/cases/257>>.

NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia”). 2014c. Disponible en: <<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency>>.

NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (fecha de entrada en vigor: 1.º de abril de 2014). 2014. Disponible en: <<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>>.

NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014). 2014b. Disponible en: <<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency/status>>.

NACIONES UNIDAS. UNCITRAL. Guidance on signature, ratification, acceptance, approval and accession. 2014d. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mauritius_convention_accession_kit.pdf>.

SICE. Sistema de Información sobre Comercio Exterior. Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA). Disponible en: <https://sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter6_12s.asp>.

UNCTAD. UN Trade and Development. Investment Dispute Settlement Navigator. 2023. Geneva (Switzerland). Disponible en: <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/11/australia>>.

Recebido em: 10-3-2025

Aprovado em: 21-4-2025

SEÇÃO ESPECIAL

AS COMPARED TO WHAT?¹and²

Alan B. Morrison³

When my students tell me that they do not like a particular result in a case, I ask them, “As compared to what?” meaning that if you do not like this outcome, what is your alternative? The U.S. Supreme Court has been on a crusade to tear down the federal administrative state as it has operated at least since 1946 when Congress passed the Administrative Procedure Act (APA). But the Court seems to be doing so without providing a workable way to administer the laws that Congress has enacted to solve serious problems in our society.

Let’s start with the recognition that getting Congress to legislate has always been a high hurdle to surmount, largely because the system of checks and balances enshrined in our Constitution was designed to make lawmaking difficult. A bill must pass both the U.S. House of Representatives, whose members are allocated

¹ **Como citar este artigo científico.** MORRISON, Alan B. As compared to what? In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 310-318, jan.-abr. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à “The Regulatory Review in Depth”, Volume 13, number 4, December 2024 (<https://www.theregreview.org/wp-content/uploads/2024/12/Morrison-TRRID-v13i4-2024-1.pdf>), parceira estados-unidenses, pela cessão do presente artigo para publicação no Brasil. / The Revista Amagis Jurídica thanks “The Regulatory Review in Depth”, Volume 13, number 4, December 2024. (<https://www.theregreview.org/wp-content/uploads/2024/12/Morrison-TRRID-v13i4-2024-1.pdf>), US partner, for providing this article for publication in Brazil.

³ Lerner Family Associate Dean for Public Interest and Public Service Law and Professorial Lecturer in Law, The George Washington University Law School. The author teaches civil procedural and constitutional law. He was counsel for the challengers in the steel tariffs case discussed in this essay. *E-mail*: abmorrison@law.gwu.edu

among the states on a population basis, and the U.S. Senate, where every state, no matter its population, has two Senators, and then be signed by the President (U.S. CONSTITUTION, art. I, §§ 2–3). In theory, Congress can override a presidential veto by a two-thirds vote in each chamber, but given the sharp partisan divide in our country today, veto overrides are almost as extinct as dinosaurs. Thus, unless there is a significant consensus that a problem exists and that a proposed law is a reasonable way of alleviating it, no bill will become law. Indeed, in its recent attacks on the administrative state, the Supreme Court does not claim that the ends of federal legislation are unconstitutional or otherwise improper, but that the means chosen are flawed.

The Court also does not disagree with three other statements about the problem of legislating. First, laws are forward looking, meaning that Congress must be able to see ahead and predict how technological as well as sociological changes will affect what it writes. How could legislators in the 1970's possibly take into account the impact of the internet or artificial intelligence, not to mention the COVID-19 pandemic? Yet the Court seems to say, if there really is a new problem, agencies should await instructions from Congress.

Second, although each bill proposing a new or amended policy is important, members of Congress are spread very thin among committee work, helping constituents, and focusing on annual appropriations battles, as well periodic reauthorizations of programs and agencies. And in the Senate, the confirmation of executive branch officers and judges is both a vital check and time consuming. Moreover, the Court has mainly found fault with the details of implementing the laws that Congress passes, which require expertise that only a few members can realistically hope to attain.

Third, in a closely divided country such as the United States, agreement on the big picture is difficult, but obtaining consensus on the details is even harder. As a result, to pass a bill addressing a significant issue often means leaving questions unanswered, either intentionally or because of constraints on members' time, inability to predict the future, or simply the price of passing a bill at all.

For these reasons, it should not be a surprise, although it sometimes seems to be to the Court, that Congress fails to anticipate, let alone resolve, every issue that federal agencies confront when trying to implement legislation assigned to them. The Court's response has two prongs that mutually reinforce each other in making it increasingly difficult for federal agencies to find solutions to new problems in a changing world.

The first is the “major question” doctrine under which the Court precludes agencies from attacking a problem that is different from the one that Congress originally addressed in laws passed many years ago. Under this doctrine, the Court denies agencies the ability to solve new problems using old statutes, especially when the consequences of the remedy are significant.⁴ The apparent theory is that Congress would have wanted to reserve for itself the decision on whether a major question needs to be addressed at all and, if so, by what means. Given the barriers to enacting any legislation and our collective inability to predict the future, that assumption seems dubious at best.

The second is last term's ruling in *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* (144 S. Ct. 2244, 2024), in which the Court overruled its 1984 decision in *Chevron v. Natural Resources Defense Council* (467 U.S. 837, 1984), under which agencies were given deference when interpreting ambiguous laws that they administer. *Chevron* was literally a two-way street: It benefited administrations that wanted to de-regulate as well as regulate, but it has generally been thought to be a pro-regulation approach, as evidenced by the lineup of amicus briefs in *Loper Bright*, with the business community solidly favoring the overruling of *Chevron*.⁵ The decision in *Loper Bright* may not be a major barrier to agencies on its own because it contained a number of hedges that appears to give agencies some room to use their expertise to support their decisions. However, combined with the major questions doctrine, the clear message from the Court is “go

⁴ See *West Virginia v. Env't Prot. Agency*, 597 U.S. 697 (2022).

⁵ The docket in *Loper Bright* shows more than four times as many briefs supporting overruling of *Chevron* than retaining it, although not all of those briefs supporting overruling were business briefs. See *Loper Bright Enters. v. Raimondo*, N.º 22-451, 144 S. Ct. 2244 (Nov. 14, 2024).

slow” in both approaching new problems and in seeking solutions to them. If more needs to be done, according to the Court, it is up to Congress to do it.

There is one way for Congress to respond to the Court’s insistence that its laws be read in a parsimonious fashion: Write a very broad law and make it clear that Congress intended it to be read expansively. Congress has done that in the area of trade, where it has given the President incredibly broad powers to impose tariffs (and other protective measures) on imports when “the national security” (also read broadly) is threatened (19 U.S.C. § 1862). Acting under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, President Trump imposed a 25 percent tariff on all imported steel and a 10 percent tariff on all imported aluminum, even though the U.S. Secretary of Defense opined that there was plenty of steel for the United States’ defense needs. The amount chosen was not set by statute. Indeed, the government admitted that the President could have chosen any amount he wanted, for whatever period of time he preferred, and that he could treat different countries differently, as he did when he temporarily doubled the tariffs on steel from Turkey because of an unrelated dispute with that country. And on top of this, the law precluded any court from determining whether the President had complied with the conditions provided in the statute.

A consortium of companies that use or sell imported steel sued, arguing that the unlimited powers given to the President violated the constitutional doctrine forbidding Congress from delegating this level of unconstrained discretion.⁶ The U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit agreed with the Court of International Trade that a case from the 1970’s approving the law in the face of a nondelegation challenge decided the delegation issue. The Supreme Court declined to hear the case, even though in other contexts it has been quite willing to overrule prior decisions of much greater significance than the one relied on by the lower courts. For now, then, the Court seems unwilling to cut back on this aspect of congressional power,

⁶ *Am. Inst. for Int’l Steel, Inc. v. United States*, 806 Fed. App’x, 982 (Fed. Cir. 2020), *cert. denied*, 141 S. Ct. 133 (2020).

at least when doing so results in giving the President more authority.⁷ However, the Court never asked whether our democracy is better served by allowing Congress to expressly delegate vast powers, so that agencies are able to deal with a changing world. Nor did the Court ask whether it would be better for our democracy to allow agencies to go beyond the express limits of a law written decades ago to deal with change, with Congress available to stop them if they go too far.

Agencies implement laws in two main ways: First, they issue rules, which is the primary area where the major questions doctrine and *Loper Bright* will affect agencies; and second, they bring enforcement actions, mainly in special agency tribunals, although some are brought in federal court as well. Because those adjudications are based on the law applicable to the agency, all agency adjudications as well as rulemakings may be impacted by *Loper Bright* and the major questions doctrine, especially agencies like the National Labor Relations Board, which uses adjudications much more than rulemaking to carry out statutory mandates. However, the Court has also restricted the agency adjudication process and appears poised to do so further in ways that undermine the clear intent of Congress.

This past term in *SEC v. Jarkesy* (144 S. Ct. 2117, 2024), the Court overturned a statute in which Congress gave the Securities and Exchange Commission (SEC) the choice whether to bring an enforcement action for securities fraud either before the agency or in federal district court. The SEC chose to bring the case before the agency. The administrative law judge (ALJ) who initially heard the case and the SEC itself on appeal agreed that the respondents committed fraud, and the SEC imposed substantial civil penalties on the respondents, required them to disgorge their unlawful profits, and barred them from the investment business (*Jarkesy v. Sec. Exch. Comm'n*, 34 F.4th 446, 450, 5th Cir. 2022). The Supreme Court held that, because a defendant was entitled to a jury trial in an action

⁷ The Supreme Court recently agreed to answer whether Congress violated the nondelegation doctrine by authorizing the Federal Communications Commission to determine the amount that providers must contribute to the Universal Service Fund. *Fed. Commc'n Comm'n v. Consumers' Rsch*, 109 F.4th 743 (5th Cir. 2024), *cert. granted*, 220 L. Ed. 2d 227 (U.S. Nov. 22, 2024) (N.º 24-345).

for civil penalties at common law, Congress could not compel the respondents to defend themselves before the SEC.

Jarkesy is not clear as to whether the ruling extends to actions to recover other forms of money (such as disgorgement) or actions in which there is no right to jury trial, such as actions for an injunction. The SEC had a choice of forum, but many agencies do not. And some defendants may prefer to litigate in an agency proceeding, but it is unclear whether the forum limitation imposed by *Jarkesy*, like the right to a jury trial in court, can be waived. For now, agencies such as the U.S. Social Security Administration, which adjudicates claims for benefits from the government, and not the obligation to pay money to it, seem safe from challenge under *Jarkesy*. However, another part of the lower court decision in that case presents a further challenge to administrative adjudications that may end up hurting those who are the defendants in any remaining agency proceedings.

The U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit in *Jarkesy* also found that the statutory protection for the ALJ who heard the case, which required “good cause” to fire him, was an unconstitutional restriction on the power of the President to “take care that the laws be faithfully be executed” under Article II of the Constitution (*Id.* at 463). The Supreme Court did not reach that issue, but the claim is being made in a number of pending cases and is likely to reach the Court in the near future. The good-cause protection for ALJs was an important addition when Congress enacted the APA, not so much for the benefit of ALJs, but to provide parties to administrative adjudications the protection of a neutral ALJ who is not subject to removal by the agency that brought the proceeding in the first place.

Beyond the ALJ issue, the conservatives who support a strong President are also pushing for the end of for-cause removal protection as it applies to the members of multi-member bodies like the SEC. The Court took an initial step in that direction in *Seila Law v. Consumer Financial Protection Bureau* (591 U.S. 197, 2020), where it struck down the for-cause removal protection enjoyed by the director of the CFPB, the sole head of the agency. The majority shied away from overruling *Humphrey's Executor v. United States*

(295 U.S. 602, 1935), which upheld that protection as applied to the Federal Trade Commission (FTC), although three members of the *Seila Law* Court would have done that as well. There is no logic that held back the Court in *Seila Law*, and it seems only a matter of time before the other shoe will fall, and *Humphrey's Executor* will go the same way as *Chevron*.

There is another element to the appointment of members of multi-member commissions that may be on the judicial chopping block as well, if the Court's approach to presidential power continues on its current path. Some statutes provide for partisan balance among the members of those commissions. The Federal Trade Commission Act, for example, provides that no more than a bare majority — three out of five — of commissioners on the FTC can belong to the same political party (15 U.S.C. § 41). If the President has a constitutional right to remove commissioners at will, the same logic might well mean that Presidents must not be limited in their choices of those who assist them in carrying out the law. Why not all Democrats? The result would be that Senate confirmation, even when the Senate is controlled by the President's party, is the only check that the Constitution will allow.

It is unclear who the winners would be, beside the incumbent President, if the Court struck down these efforts at limiting presidential removal power. Perhaps agencies like the FTC and the SEC would survive without great change. But what about the statute establishing the Federal Election Commission, which provides for a three-three party balance and removal protection? (52 U.S.C. § 30106). Could Presidents fire all the commissioners from the other party and then pass rules and bring cases that would greatly aid their reelections? Or what about the Federal Reserve, which largely controls interest rates? Could a threat to fire the chair or most of its members, unless they either raised or lowered interest rates in an election year, fundamentally alter the results in a presidential race? The Court's approach in these removal cases does not readily suggest a line that would uphold Congress's judgment that it is important to preserve the limited independence of at least some agencies, if not all of them.

One theme comes through with these cases, all of which relate to the governance of the administrative state: The Court knows best. It knows better than agencies, whose officials have been specially chosen to implement particular laws and resolve the inevitable ambiguities that arise when interpreting them. The Court also believes that it knows better than Congress whether political compromises on how agencies should be governed are essential to creating the agency in the first place, or whether agencies should be permitted to handle some kinds of cases and not require the federal courts to absorb them. The Court did not issue the decisions addressed above because it wanted more power for itself, although that is the result. Rather, the Court defended itself on the ground that “the Constitution made me do it” to protect the values enshrined in it by the Founding Fathers (no mothers allowed). That is so regardless of whether the separation of powers forbids granting agencies deference on issues of statutory interpretation, or whether that doctrine requires much more centralization of power in the President than the Congress and the American people have thought proper for 100 years. Perhaps the Constitution does mandate all these results. But perhaps a little more modesty and respect for the other branches is in order lest we end up with a very different federal administrative state than we have had at least since the APA was enacted in 1946.

Returning to my initial question, even if agencies sometimes overstep their boundaries, is reigning them in so clearly preferable to their not being able, or not even being able to try, to solve serious societal problems because they expect to be rebuffed by the courts? Given where Congress is today, is it realistic for courts to assume that, if there are areas where an agency should be able to issue rules but cannot, Congress will step in? Or would our country be better off if Congress did what it did in the trade area and expressly give agencies or the President carte blanche to solve any problem by any means they choose, if the party in power had the votes to enact such laws?

The *Jarkesy* decision literally affected only the SEC and its authority to seek civil penalties in administrative hearings, but its anti-agency attitude suggests that other agency proceedings may

meet a similar fate. And if so, will the already busy federal courts be able to take up the slack, and who will bear the added costs of court rather than agency litigation? And is it so clear under the Constitution that Congress is forbidden from choosing the appropriate forum for enforcing the laws it passes that have at least some significant differences from arguably similar common law claims?

And if agencies are somewhat independent of the President, even though their leaders are appointed by the President, is it so clear that Congress is wrong to give them and the ALJs, whose decisions they review, some protection against arbitrary removal by the President? Are we really to expect that our principles of separation of powers will be seriously undermined by a little less presidential control over implementation of the laws enacted by Congress?

The Supreme Court has made clear that it does not like many things that Congress has done. What it has not done is give us a coherent notion of what a functioning federal government should be, unless that notion is that the country is plainly over-regulated and that Congress's judgment to the contrary should be disregarded. "As compared to what?" appears to be a question that the Court does not think it has to answer.

Recebido em: 6-1-2025

Aprovado em: 16-3-2025

CRISTIANISMO Y DERECHO: UNA VISIÓN DE FUTURO¹

CHRISTIANITY AND LAW: A VISION FOR THE FUTURE

Rafael Domingo Oslé²

RESUMEN

Este artículo identifica y analiza algunas influencias cristianas duraderas en el derecho y la ciencia jurídica: (1) una doctrina de la imagen de Dios que apoya la dignidad humana y la igualdad; (2) una antropología jurídica que sitúa a las personas y sus derechos en el centro del sistema jurídico; (3) un sentido de respeto por el universo, el orden natural y la propiedad individual; (4) la promoción de valores espirituales, como la misericordia, el amor y el perdón, que fomentan la comunidad y restauran la unidad; (5) una necesaria estructura dualista Iglesia/Estado de la sociedad; (6) la doctrina y el desarrollo del derecho a la libertad religiosa; (7) un concepto universal del derecho natural; (8) un desarrollo original del derecho canónico; y (9) algunos principios sociopolíticos relevantes: federación, democracia y subsidiariedad, entre otros. Algunas de estas aportaciones son exclusivas del cristianismo, otras derivan de otras tradiciones de pensamiento y creencia o las comparten. Algunas tienen un carácter más teológico, otras más espiritual o antropológico, otras más estructural o social, pero todas iluminan algunos aspectos del derecho y de los sistemas jurídicos, tanto históricamente como en la actualidad.

¹ **Como citar este artículo científico.** DOMINGO OSLÉ, Rafael. Cristianismo y derecho: una visión de futuro. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 319-343, jan.-abr. 2025.

² Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de Navarra. Orcid: 0000-0003-0772-4661. Correo eletrônico: rdomingo@unav.es

Palabras clave: cristianismo; derecho; imagen de Dios; dignidad; solidaridad; derechos humanos; libertad religiosa.

ABSTRACT

This article identifies and explores some distinct and enduring Christian influences on law and legal science: (1) a doctrine of the image of God which supports human dignity and equality; (2) a legal anthropology that puts human persons and their rights at the center of the legal system; (3) a sense of respect for the universe, the natural order, and individual property; (4) the promotion of spiritual values such as mercy, love, and forgiveness that foster community and restore unity; (5) a necessary dualistic church/state structure of society; (6) the doctrine and development of the right to religious freedom; (7) a universal concept of natural law; (8) an original development of canon law; and (9) some relevant sociopolitical principles: federation, democracy, and subsidiarity, among others. Some of these contributions are unique to Christianity, some derived from or shared with other traditions of thought and belief. Some are more theological in character, some more spiritual or anthropological, some more structural or social, but all of them illuminate some aspects of law and legal systems as historically and today.

Keywords: Christianity; law; image of God; dignity; solidarity; human rights; religious freedom.

SUMÁRIO. I Introdução. II a Doutrina de la Imagem de Deus y sus Implicações Jurídicas. II.1 Dignidade. II.2 Igualdade. II.3 Solidariedade. III La Centralidade de la Pessoa Humana. IV Respeito do Universo y direito a la Propriedade. V Valores Espirituais. VI Dar al César lo que es del César. VII Libertad Religiosa. VIII Derecho Natural. IX Derecho Canónico. X Principios Políticos y jurídicos derivados de la Reforma Protestante. XI Conclusión. Referencias.

I INTRODUCCIÓN

La relación entre el cristianismo y el derecho no es solo un producto accidental de la historia humana, sino que tiene un

significado metahistórico y un valor permanente para la humanidad. Por eso, se puede hablar de una relación de futuro necesaria (para una visión de conjunto, véase WITTE, JR.; DOMINGO, 2023. Con respecto a Europa, NEGRO PAVÓN, 2021).

Muchas ideas, conceptos y valores tienen una dimensión tanto teológica como jurídica. Ley, justicia, matrimonio, pacto, satisfacción, juramento, libertad, dignidad, obediencia, autoridad, tradición, redención, castigo, persona, pero también intercesión, gracia, confesión y sacramento son conceptos tanto jurídicos como de la teología cristiana. Debido a sus fuentes comunes, de vez en cuando resulta históricamente complicado determinar si el origen de un concepto es jurisprudencial o teológico (DOMINGO, 2017, p. 79-85). Gottfried Wilhelm Leibniz aplicó el modelo de su división de la teología a la jurisprudencia porque, afirmó, “la similitud de estas dos disciplinas es sorprendente” (LEIBNIZ, 1974, p. 4-5). No es de extrañar que Harold Berman defendiera que “la ciencia jurídica occidental es una teología secular, que a menudo carece de sentido porque sus presupuestos teológicos ya no se aceptan” (BERMAN, 1983, p. 165). Recuperar esa conexión necesaria entre derecho y teología es tarea que nos compete a todos los juristas cristianos. Y en la hora presente de un modo especial (véase DOMINGO, 2023a).

En esta ponencia, me voy a centrar en lo que considero las aportaciones más duraderas e incluso perennes del cristianismo al derecho, pues estas son precisamente las que van a marcar el futuro. Estas aportaciones son:

- 1) una doctrina de la imagen de Dios que apoya la dignidad humana y la igualdad;
- 2) una antropología jurídica que sitúa a la persona y sus derechos en el centro del ordenamiento jurídico;
- 3) un profundo sentido de respeto por el universo, el orden natural y la propiedad individual;
- 4) la promoción de valores espirituales como la misericordia, la paz y el perdón, que fomentan o restauran la unidad;

- 5) una necesaria estructura dualista de la sociedad, que distinga lo político de lo religioso;
- 6) la doctrina y el desarrollo del derecho a la libertad religiosa;
- 7) un concepto universal de ley natural;
- 8) un desarrollo original del derecho canónico; y
- 9) algunos principios sociopolíticos relevantes, como federación, democracia y subsidiariedad, entre otros.

Algunas de estas aportaciones cristianas son de carácter teológico, otras más espirituales, otras más morales, otras históricas, otras antropológicas, otras estructurales y otras sociales, pero todas ellas fueron y siguen siendo decisivas para el desarrollo del derecho y de los ordenamientos jurídicos en el futuro de nuestro planeta. Algunas contribuciones son originales del cristianismo mientras que otras arrojan nueva luz sobre conceptos o ideas ya existentes.

Esta selección, que no pretende ser excluyente, muestra el gran potencial del cristianismo para seguir iluminando en el futuro el derecho y los ordenamientos jurídicos de las comunidades políticas, incluida la comunidad mundial. La aportación más radical del cristianismo al derecho es la doctrina de la imagen de Dios, que para los cristianos es esencialmente trinitaria, por lo que empiezo por ella. Esta idea debería iluminar metajurídicamente todos los ordenamientos jurídicos (sobre multidimensionalidad del derecho e iluminación de las dimensiones superiores, véase DOMINGO, 2023a, p. 38-65, y DOMINGO, 2023b, p. 3-33).

II LA DOCTRINA DE LA IMAGEN DE DIOS Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS

El libro del Génesis subraya la posición relevante del ser humano en el mundo al afirmar que fue creado a *imagen y semejanza de Dios* (GÉNESIS 1, 26-28; 5, 1-3; y 9, 6). Estudiosos de la Biblia de todas las tradiciones han debatido durante siglos el significado

de esta expresión, desarrollando enfoques muy diversos e incluso controvertidos (VANDRUNEN, 2014; DOE, 2017; THOMAS, 2019). En la teología cristiana más reciente, siguiendo a san Agustín y santo Tomás de Aquino, se encuentra la afirmación de que la noción de humanidad hecha a imagen de Dios valida el lugar relevante de cada persona en el orden universal y dentro de la comunidad política (por ejemplo, STEIN, 2023).

Esta imagen de Dios es fundamentalmente personal, no solo en el sentido de que cada ser humano, varón o mujer (GÉNESIS 1, 27), está hecho a imagen de Dios, sino también en el sentido de que la imagen es de una persona divina encarnada, Cristo, y en última instancia la imagen de un Dios trino y amoroso personal. El pronombre plural utilizado en el relato del Génesis (*Hagamos al ser humano a nuestra imagen y semejanza*) subraya este contexto trinitario (SMAIL, 2003, p. 22-32).

Cada persona es sustancialmente un espejo de Dios, que refleja su relación personal con la divinidad. En otras palabras, la relación o representación y semejanza con Dios son constitutivas del ser humano, es decir, inseparables de él. Esta doctrina de la imagen de Dios proporciona algunas normas espirituales, morales y antropológicas que tienen importantes implicaciones en el ámbito del derecho y de la ciencia jurídica, ya que iluminan especialmente las ideas de dignidad e igualdad humanas.

II.1 DIGNIDAD

El enfoque cristiano de la dignidad basado en la doctrina de la imagen de Dios otorga una validez objetiva a la idea general de dignidad que ningún enfoque agnóstico o ateo puede igualar. Sin una perspectiva teísta, la dignidad puede reducirse fácilmente a un yo sustancial subjetivo, a una pura capacidad de autonomía racional o a un mero respeto de sí mismo como condición necesaria para vivir bien y asumir seriamente las responsabilidades morales. En el peor de los casos, puede transformarse en un concepto formal y vacío (véase DOMINGO, 2016, p. 131-133; DOMINGO, 2023b, p. 146-152, 230-234; PIN, 2024, p. 309-326).

II.2 IGUALDAD

El cristianismo nos muestra que la igualdad no es una mera cuestión de trato, respeto y ocupación, o una condición para poder llegar a un acuerdo general sobre objetivos políticos comunes en las comunidades políticas. Es, más bien, una cuestión ontológica: todos los seres humanos son iguales ante Dios, puesto que todos comparten la misma imagen divina. En cualquier persona podemos ver una criatura de Dios con la misma imagen de Dios, un colaborador libre y responsable en el plan de Dios para la creación. Sin esta perspectiva trascendental, es fácil reducir el concepto de igualdad a una mera norma jurídica que asigna cargas de argumentación para justificar la aplicación de la ley. El cristianismo ofrece al concepto de igualdad un sólido fundamento metafísico, una larga tradición de narraciones e imágenes que superan las abstracciones y los tecnicismos jurídicos, un serio compromiso con la igualdad individual ante la ley y un buen equilibrio entre las identidades individuales y colectivas y las estructuras políticas (RIVERS, 2020, p. 231-250).

II.3 SOLIDARIDAD

La solidaridad es una responsabilidad compartida, y por tanto una exigencia, que se va descubriendo en la medida en que se siente más profundamente la fraternidad humana, basada en la común filiación divina de los creados a imagen de Dios. Sin justicia no hay solidaridad cristiana, pero la solidaridad va más allá de la justicia humana. La solidaridad toca la caridad. En otras palabras, cuanto más se acerca la solidaridad humana a las ideas de amor, servicio y gratuidad, más manifiesta la solidaridad del Dios Trino. La plena realización de la solidaridad implica una profunda espiritualización de la sociedad. Por tanto, en el desarrollo de la solidaridad, el cristianismo y el derecho deben ir de la mano (véase DOMINGO, 2023c, p. 831-842; GONZÁLEZ, 2020, p. 287-302).

III LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Todas las repercusiones de la doctrina de la imagen de Dios conducen a la misma conclusión: la centralidad de la persona, de cada

persona, y por tanto la prioridad de la persona sobre la comunidad política. Este es un buen campo de relaciones de futuro. De la imagen de Dios es portador cada ser humano, no cada comunidad política. Así, en el centro de cualquier sistema jurídico bien estructurado debe estar la persona individual, no la comunidad local, nacional o internacional. El destino humano es superior a los fines políticos, los seres humanos son personas antes que ciudadanos. Una comunidad política que no reconozca esto en la práctica se convierte en injusta y tiránica (MARITAIN, 2011, p. 107).

La centralidad de la persona se protege básicamente salvaguardando los derechos humanos de cada persona, especialmente su derecho a la vida, que incluye el deber de respetar y conservar la propia vida hasta su fin natural. En el ámbito de la protección de la vida, es mucho lo que el derecho cristiano debe hacer protegiendo la vida como el mayor don que Dios nos ha dado a cada uno, y que no podemos pisotear.

La contribución específica del cristianismo a la fundación y el desarrollo de los derechos humanos sigue siendo controvertida (MOYN, 2015). La historia de la idea de los derechos humanos puede escribirse desde diferentes perspectivas y dimensiones. Pero está surgiendo una nueva narrativa que defiende las aportaciones cristianas del derecho canónico medieval y del protestantismo primitivo y considera los derechos humanos como el resultado de profundas reflexiones y conversaciones teológicas, filosóficas, políticas y jurídicas de un milenio de duración (TUCK, 1979; TIERNEY, 1997; WITTE JR., 2009; WITTE JR., 2008; WITTE JR., 2023; WOLTERSTORFF, 2010, p. 155-172). En concreto, Brian Tierney ha señalado que el derecho canónico medieval ya desarrollaba un rico entramado de derechos públicos, privados, penales y procesales (TIERNEY, 1997). John Witte ha defendido que el calvinismo fue uno de los motores de la teoría y el movimiento de los derechos humanos, y Nicholas Wolterstorff ha mostrado cómo “Hobbes y Locke heredaron la idea de sus antepasados cristianos” (WOLTERSTORFF, 2010, p. 155).

Íntimamente unido a la idea de dar prioridad a la persona sobre la comunidad está el principio de subsidiariedad, que trata de

proteger a la persona y, en concreto, la libertad personal inalienable frente a la fuerte intervención de estructuras y grupos sociales más poderosos. Desarrollado específicamente por la doctrina social católica (PÍO XI, 1931, p. 80) y perfeccionado recientemente por Benedicto XVI (2009, p. 57-58), la idea fundacional del principio de subsidiariedad radica en la prioridad ontológica de cada persona, como portadora de la imagen de Dios, sobre cualquier tipo de agrupación o comunidad social. Así, el punto de partida de cualquier sistema jurídico bien estructurado, incluido el derecho internacional, debe ser la persona individual y su comunidad social inmediata de familia, vecindario, iglesia y otras asociaciones voluntarias, y no la comunidad política. La subsidiariedad protege la libertad necesaria para cumplir con las responsabilidades personales. La subsidiariedad constituye el límite de una solidaridad potencialmente transformada en paternalismo o dominación³.

IV RESPETO DEL UNIVERSO Y DERECHO A LA PROPIEDAD

El universo, entendido como todo el sistema espacio-tiempo y todo lo que existe en él, es una realidad objetiva de naturaleza y valor. Mientras que diversas teorías científicas sobre los orígenes siguen compitiendo por la prioridad, el cristianismo ofrece desde hace tiempo una explicación razonable de por qué el universo tiene un valor infinito.

La idea de un Dios con poder, conocimiento y libertad infinitos proporciona una explicación más sólida que la potencial inevitabilidad de un universo a partir de cualquier otro proceso materialista espaciotemporal. Como ha explicado Thomas Nagel, la conciencia presenta un obstáculo para el reduccionismo evolutivo debido a su carácter irreductiblemente subjetivo (NAGEL, 2010, p. 71). Por lo tanto, aunque no exista ningún argumento científico, es

³ La Unión Europea ha utilizado el principio de subsidiariedad con un significado más técnico y restringido. Representa únicamente un principio de descentralización administrativa para regular el ejercicio de las competencias no exclusivas de la Unión. Véase el artículo 5, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada, 2016.

más razonable atribuir el punto de partida del universo a Dios que atribuir el punto de partida del universo a su propia inevitabilidad. En Dios podemos encontrar la razón creadora, la mente del universo, que vincula la razón subjetiva humana y la razón objetiva de la realidad del universo, la estructura intelectual del ser humano y la estructura inteligente del universo en su conjunto (FRANCISCO, 2015a; FRANCISCO, 2023). La existencia de Dios creador y la encarnación de su Hijo elevan ontológicamente el valor del universo, pues nos permiten descubrir un orden divino detrás del universo, que es expresión de la bondad y el amor de Dios. Si el universo procede de Dios, la creación avanza de algún modo hacia la divinización, apuntaba Benedicto XVI (cfr. BENEDICTO XVI, 2012; y, más extensamente, BENEDICT XVI, 2014). Este proyecto teleológico divino implica que los rasgos sistemáticos y ordenados del mundo natural no son meras coincidencias. También implica el deber humano de gestionar el medio ambiente prohibiendo legalmente todas las decisiones y prácticas que conduzcan a la destrucción del universo.

Como nos acaba de recordar el papa Francisco (2023), Dios entregó el universo, concretamente la tierra, a toda la raza humana para el sustento de todos sus miembros, sin excluir ni favorecer a nadie. Pero el dominio del ser humano sobre el universo no es absoluto, sino que exige el respeto a la integridad de la creación. La propiedad de los bienes, fundamental para la autonomía y el desarrollo de las personas y las comunidades, no es absoluta e incondicional. El derecho a la propiedad, por tanto, no puede reducirse a una respuesta jurídica al deseo humano de tener posesiones. No es una fuente de exclusividad. Se justifica como instrumento de florecimiento personal y expresión del deber humano de contribuir activamente al desarrollo del universo. Por lo tanto, el derecho a la propiedad debe ejercerse de acuerdo y en armonía con las reglas intrínsecas del universo y el destino universal de todos los bienes del universo.

Los sistemas jurídicos deben salvaguardar las condiciones de una ecología universal evitando el uso arbitrario del universo, que lo somete sin freno a la voluntad humana.

Por otra parte, el ejercicio del derecho a la propiedad no tiene por objeto el beneficio y la ventaja del propietario para que este pueda destruir lícitamente la propiedad. El derecho de propiedad tiene una finalidad social inherente, un destino universal, por lo que debe ser limitado por los ordenamientos jurídicos de acuerdo con el bien común y el interés social de las comunidades políticas (ORREGO, 2019, p. 267-299).

V VALORES ESPIRITUALES

El cristianismo interactúa con la ley a través de los valores de dos formas distintas: directa e indirectamente. Puede operar directamente porque los valores cristianos (por ejemplo, el amor, la comunión, el perdón, la misericordia, la compasión) pueden actuar en todas las dimensiones de la realidad, incluida la jurídica, debido al carácter holístico de lo espiritual (véase DOMINGO; RODRÍGUEZ-FRAILE DÍAZ, 2022, p. 31-56). Puede actuar indirectamente espiritualizando valores específicos de la dimensión jurídica. El pluralismo, por ejemplo, no es un valor cristiano, estrictamente hablando. Sin embargo, el pluralismo puede espiritualizarse cuando el amor y la comunión lo iluminan, y cuando se utiliza para desarrollar la unidad, y no la fragmentación, en la sociedad. Algo parecido ocurre con otros valores políticos y jurídicos como, por ejemplo, la tolerancia y la diversidad.

Los valores espirituales cristianos (por ej., el amor y la comunión) son jerárquicamente superiores a otros valores, no porque estén “inequívocamente prescritos por dogmas eclesiásticos”, en palabras de Max Weber (2011, p. 19), sino porque proporcionan unidad a todos los valores al iluminarlos en las diversas dimensiones de la realidad. En este sentido, la unidad prevalece sobre el bien y el derecho, y actúa como vínculo entre la moral y el derecho.

Dos valores cristianos concretos han desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de los sistemas jurídicos: la misericordia y el perdón. La misericordia está en el corazón del mensaje evangélico. Jesús aparece en los Evangelios comiendo y bebiendo

con los pecadores (Mt 11, 19), y ordenando a sus seguidores que sean misericordiosos como su Padre es misericordioso (Lc 6, 36). Uno de los pasajes más bellos y entrañables de los Evangelios es el relato del encuentro de Jesús con la mujer sorprendida en adulterio (Juan 8, 1-11). El cristianismo refleja, proclama y manifiesta el amor misericordioso de Cristo por los seres humanos (véase FRANCISCO, 2015b). Por otra parte, Jesús exige perdonar setenta veces siete a los demás (Mt 18, 21-22). Esto golpea el corazón de todos los sistemas jurídicos punitivos (o retributivos). Es bien conocido el gran esfuerzo de los últimos papas por erradicar la pena de muerte y toda forma de castigo cruel (FRANCISCO, 2017. Véase la nueva redacción del número 2267 del CATECISMO, 2005).

Muchos ordenamientos jurídicos aceptan la idea del perdón como una expresión de amor compatible con la justicia y permiten su aplicación en ámbitos específicos del derecho constitucional, civil, mercantil, laboral, procesal, penal y los derechos humanos internacionales, entre otros (cfr. NUSSBAUM, 2019; MINOW, 2019).

El ser humano necesita justicia, pero sobre todo necesita perdón en su sentido más profundo. La justicia no es contraria al perdón pues el perdón, como modo de expresión del amor a quien causa un daño, presume la justicia. Como dice Francisco, el perdón “no anula la justicia, sino que la reclama” (FRANCISCO, 2020, núm. 241). El perdón presupone y exalta la justicia y fortalece los ordenamientos jurídicos que lo fomentan.

El perdón siempre será necesario para no reducir a la persona humana a un mero sujeto jurídico cuando no a un objeto jurídico. Una sociedad que ignora el perdón está preparada para violar los derechos más sagrados de la persona. Parafraseando a Benedicto XVI podemos decir que el ordenamiento jurídico que “intenta desentenderse del *perdón* se dispone a desentenderse del ser humano en cuanto ser humano” (BENEDICTO XVI, 2020, núm. 28)⁴.

⁴ Él utiliza la palabra amor en vez de perdón, es decir, el género en vez de una especie.

VI DAR AL CÉSAR LO QUE ES DEL CÉSAR

La distinción entre los ámbitos temporal y espiritual pertenece a la esencia del cristianismo: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”, dijo Jesús (Mateo 22, 21). El cristianismo defiende y promueve un dualismo político estructural, que es beneficioso tanto para la religión como para la política: protege a las comunidades religiosas de la dominación política, y a las comunidades políticas de la dominación religiosa.

El dualismo cristiano se opone a la existencia de estructuras comunitarias totales o monistas. Las comunidades religiosas y políticas se convierten en comunidades totales por absorción mutua o exclusión mutua. La primera pretensión del dualismo cristiano es que ambas estructuras comunitarias, la política y la religiosa, se reconozcan la una a la otra porque operan en el mismo territorio, y una proporción mayor o menor de la comunidad política también forma parte de la estructura comunitaria religiosa. Sin, al menos, un acto explícito de reconocimiento, no habrá estructura dualista, sino monista, que es, por definición, totalitaria (véase DOMINGO, 2016, p. 92-97).

Estas dos estructuras comunitarias deben ser ontológicamente autónomas, pero políticamente interdependientes, ya que todos los miembros de las comunidades religiosas deben ser miembros de una comunidad política, pero no viceversa. Además, las comunidades religiosas operan dentro y a través de los territorios de una comunidad política, por lo que la distinción entre comunidad política y comunidad religiosa es una cuestión de las diferentes metas y objetivos de cada una. Si una comunidad política no reconoce el valor de la religión, nunca reconocerá plenamente a una comunidad religiosa como una pieza intrínseca de la estructura dualista.

El cristianismo no propone un modelo constitucional específico que deban aplicar las comunidades políticas. Estas pueden adoptar una amplia variedad de estructuras dualistas en función de la historia, la cultura, la experiencia política y la diversidad religiosa. La neutralidad del Estado (por ejemplo, la prohibición constitucional estadounidense contra el establecimiento oficial de la religión por

parte del estado), la cooperación mutua en propósitos comunes (por ejemplo, el colaboracionismo alemán) o el señalamiento y la adopción por parte del Estado de una religión como religión estatal (por ejemplo, el establecimiento eclesiástico de Inglaterra) son algunas de las estructuras posibles. El papel práctico del protestantismo en el desarrollo del dualismo cristiano fue significativo (WITTE JR., 2023).

VII LIBERTAD RELIGIOSA

La libertad religiosa ha sido una conquista política relativamente reciente de la historia, pero es un tema religioso antiguo, y cristiano en su origen. Como sostiene Robert Wilken, la libertad religiosa es un producto del cristianismo, no del secularismo, y estuvo presente en el pensamiento cristiano desde el principio (WILKEN, 2019). Tertuliano de Cartago fue el primero en la historia occidental en utilizar la expresión “libertad de religión” (*libertas religionis*) (WILKEN, 2019). para proteger la necesaria autonomía que requiere el servicio divino (WILKEN, 2019, p. 11).

Las posturas y actitudes históricas del cristianismo en la protección de la libertad religiosa, tanto en el sentido negativo de inmunidad frente a la coacción como en el positivo de libertad para tomar decisiones religiosas en conciencia, han sido fluctuantes y ambivalentes. Durante siglos, la libertad religiosa no se aplicó a herejes, judíos y musulmanes en los reinos cristianos. Esto explica las dudas de los pensadores laicistas sobre la contribución efectiva del cristianismo al desarrollo de la libertad religiosa.

La idea de la libertad religiosa, basada en fuentes bíblicas y en los escritos de los Padres de la Iglesia entonces recién editados por eruditos humanistas, tuvo nuevos desarrollos durante la Reforma protestante, especialmente por parte de los anabaptistas (WITTE JR., 2008; WITTE JR., 2009). La Iglesia Católica, sin embargo, no aceptó plenamente el derecho a la libertad religiosa hasta la declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano ii, en 1965: “El derecho a la libertad religiosa hunde sus raíces en la dignidad

misma de la persona humana.” (PABLO VI, 1965, núm. 2). Esta nítida y profunda declaración es el célebre resultado final de un largo proceso de maduración, que implicó sangrientas guerras religiosas y división entre las confesiones cristianas.

Puesto que el auténtico acto de adhesión a una fe o credo es por naturaleza completamente libre y personal, la fe solo puede compartirse en el seno de una comunidad de pertenencia voluntaria, como la comunidad religiosa, y no en una de pertenencia obligatoria, como la comunidad política. El “yo creo” libre solo puede compartirse a través de un “nosotros creemos” igualmente libre. Exige unanimidad, no solo mayoría. Si todo ser humano está obligado a ser miembro de al menos una comunidad política para satisfacer sus necesidades básicas y desarrollar sus capacidades personales, y si una comunidad política obligatoria se basa en el principio de la mayoría y no puede regular lo trascendente, entonces el reconocimiento de un derecho a proteger la libertad religiosa individual y colectiva tanto en privado como en público es una reivindicación constitucional.

VIII DERECHO NATURAL

Profundamente inspirados por las doctrinas de Platón, Aristóteles, los estoicos y, sobre todo, Cicerón, los primeros escritores cristianos reconocieron el relevante valor de la filosofía y aceptaron la idea de una ley implantada por el Creador en la naturaleza que las criaturas racionales pueden descubrir a la luz de la razón natural (para una visión de conjunto, véase ahora SIMÓN YARZA, 2022, y bibliografía. Cfr. también, DOMINGO, 2010, p. 44-50). Esta idea de ley natural ha sido constitutiva en la teología, la ética, la antropología y la jurisprudencia cristianas; en cambio, solo es marginal en el judaísmo y el islam (EMON; LEVERING; NOVAK, 2014).

En Romanos 2, 14-15, el apóstol Pablo dice que los gentiles muestran que “las exigencias de la ley están escritas en sus corazones”, aunque no tengan la Torá o Ley de Moisés. El concepto de ley natural fue invocado profusamente por los Padres de la Iglesia, entre ellos san Agustín, que estableció en su *Ciudad de Dios* su doctrina de la ley

eterna (*lex aeterna*) y la ley temporal (*lex temporalis*) (AGUSTÍN DE HIPONA, 2017, 19.5-17). La doctrina del derecho natural del teólogo del siglo XIII, Tomás de Aquino, se considera la principal aportación intelectual al derecho natural y la construcción más autorizada de los postulados de este proteico tema. La Escuela de Salamanca, dirigida por Francisco de Vitoria, asumió la tarea de perfeccionar y aplicar el concepto de derecho natural tras el contacto europeo con el Nuevo Mundo. El derecho natural –aceptado y reinterpretado como fue por Hugo Grocio, Thomas Hobbes, Samuel Von Pufendorf y John Locke en versiones que son, respectivamente, moderna, naturalista, racionalista e ilustrada– fue tenido en alta estima en el proceso de independencia de América. La terrible crueldad de las masacres de la Segunda Guerra Mundial ha hecho resurgir la idea de la ley natural en nuestro tiempo, especialmente en el seno de la Iglesia católica (VIOLA, 2021).

Aunque las aplicaciones concretas de la ley natural han variado mucho a lo largo de la historia y en las distintas culturas –e incluso entre las distintas confesiones cristianas–, la ley natural sigue siendo una norma que vincula a los seres humanos y es una fuente de principios comunes fundamentales para discernir el bien y el mal.

IX DERECHO CANÓNICO

Una de las grandes aportaciones del cristianismo al derecho ha sido su propio sistema jurídico (derecho canónico), que es el conjunto de leyes impuestas a los cristianos por la autoridad de la Iglesia en materia de fe, moral y disciplina. El derecho canónico, un sistema jurídico religioso iluminado por el principio fundamental de la salvación de las almas (*salus animarum*), gobierna y proporciona armonía dentro de la Iglesia y guía la conducta de los fieles cristianos en el mundo.

El derecho canónico ha desempeñado un papel decisivo en la formación y el desarrollo de las tradiciones del *common law* y del derecho civil, especialmente en los ámbitos del derecho de familia, el

derecho contractual, el derecho mercantil, el derecho constitucional, el derecho penal, el derecho de propiedad y el derecho probatorio (BRUNDAGE, 2014; CONDORELLI; DOMINGO, 2020; ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS; SEDANO, 2022; WINROTH; WEI, 2022). Los canonistas y los teólogos han influido de forma determinante en el derecho de gentes, y muchas ideas modernas, como las de persona jurídica o Estado-nación, se remontan al desarrollo jurídico y a los debates de los canonistas medievales sobre la constitución de la Iglesia, la capacidad jurídica, las relaciones Iglesia-Estado y la naturaleza y los límites del poder político.

Una colección de normas canónicas de la Iglesia católica, denominada *Corpus Iuris Canonici* (1582), estuvo en vigor hasta la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1917. En nuestros días, la Iglesia católica latina se rige de acuerdo con el Código de Derecho Canónico de 1983, y las Iglesias católicas orientales se rigen por el Código de Cánones de las Iglesias Orientales promulgado en 1990.

A diferencia de la Iglesia católica, la Iglesia ortodoxa nunca ha codificado su derecho canónico (MIHAI, 2023, p. 557-568). El derecho canónico ortodoxo privilegia la legislación eclesiástica local, y es más espiritual que el católico, especialmente en el rito latino. El derecho canónico ortodoxo está fuertemente marcado por su carácter correctivo (o medicinal) para cumplir su objetivo de compromiso con la perfección espiritual de cada cristiano ortodoxo. La Comunión anglicana en su conjunto cuenta con un cuerpo único y centralizado de derecho canónico (DOE, 1998). Otros grupos protestantes poseen libros de orden eclesiástico, disciplina y moralidad para guiar a sus líderes y miembros (DOE, 2013), y han importado algunas estructuras y principios del derecho canónico católico a las iglesias evangélicas (WITTE JR., 2009).

X PRINCIPIOS POLÍTICOS Y JURÍDICOS DERIVADOS DE LA REFORMA PROTESTANTE

Un periodo de especial creatividad para el desarrollo de principios políticos y jurídicos fue la Reforma protestante del siglo

XVI, en la que los juristas intentaron poner en práctica las nuevas ideas teológicas de los reformadores, especialmente la compleja doctrina luterana de los dos reinos: el reino terrenal horizontal (no jerárquico), basado en la ley y la razón, y el reino celestial, basado en el amor y la gracia (VANDRUNEN, 2009; WITTE JR.; WHEELER, 2018; WITTE JR., 2023). El establecimiento de la imprenta y la creación de nuevas facultades de Derecho en tierras protestantes contribuyeron a difundir estas nuevas ideas políticas de una forma desconocida hasta entonces.

Si toda nueva teología conduce a una nueva ley, toda nueva teología integral –como era la teología luterana– conduce a una nueva ley integral. Los reformadores protestantes produjeron nuevas doctrinas jurídicas que fusionaban enseñanzas bíblicas, canónicas y civiles nuevas y antiguas. Además, la aniquilación luterana del derecho canónico de la Iglesia católica favoreció esa revolución jurídica y provocó un enorme trasvase de poder de la Iglesia al Estado. Durante la Reforma, en las tierras y territorios protestantes, algunas áreas relevantes del ámbito jurídico –como las leyes del matrimonio, la familia, la educación, el crimen, la caridad y el bienestar social– pasaron rápidamente de la jurisdicción eclesiástica (derecho canónico) a la jurisdicción secular (derecho civil). Por otra parte, algunos principios estructurales horizontales que inspiraron con éxito la nueva organización de las nuevas confesiones protestantes se aplicaron al ámbito político, inspirando las democracias modernas.

John Witte, en sus obras sobre el derecho y la Reforma protestante, ha sugerido acertadamente que podemos entender los fundamentos de las teorías democráticas modernas, los ideales fundacionales de libertad religiosa e igualdad política, el principio de federación, el surgimiento del Estado del bienestar moderno, la defensa de los derechos y garantías procesales, la traducción de los deberes morales del Decálogo en derechos individuales, la resistencia constitucional contra la tiranía, la idea de una constitución escrita como una suerte de pacto político y otros muchos conceptos como destilaciones políticas propias de la teología de los reformadores y, en última instancia, como un legado de la Reforma protestante (véase, sobre todo, WITTE JR., 2008; WITTE JR., 2009; WITTE JR., 2023).

XI CONCLUSIÓN

Durante siglos, el cristianismo ha creado, desarrollado y promovido ideas y valores teológicos, filosóficos, morales y jurídicos que han contribuido a enriquecer el derecho, los sistemas jurídicos y los procedimientos legales. El cristianismo ha iluminado, ilumina y seguirá iluminando el derecho humano protegiendo y reforzando sus fundamentos metajurídicos sin explotar ni expoliar la estructura interna de los ordenamientos jurídicos. No existe, ni debería existir, un modelo único de ordenamiento jurídico cristiano que el cristianismo promueva para todas las comunidades políticas. La influencia cristiana afecta a la dimensión espiritual del derecho –al espíritu de la ley y del derecho–, si bien algunas aportaciones pueden tener implicaciones prácticas concretas. El impacto cristiano en el derecho natural, el derecho canónico, los derechos humanos y, específicamente, el derecho a la libertad religiosa ha enriquecido durante siglos el derecho, la ciencia jurídica y las culturas.

La doctrina de la imagen trinitaria de Dios tiene relevancia fundacional. Ser portador de la imagen de Dios otorga legitimidad al estatus privilegiado de todo ser humano en el universo (dignidad). Además, si la imagen de Dios es indivisible, todos los seres humanos portadores de ella son iguales y deben recibir el mismo trato ante la ley, incluido el concebido no nacido. Si la imagen de Dios es indivisible, no hay oposición sustancial entre el bien individual y el bien común. Por último, si la imagen de Dios es indivisible, la solidaridad se convierte en la actitud más adecuada para resolver los problemas que afectan a los individuos humanos, a las comunidades humanas y a la humanidad en su conjunto. La doctrina de la imagen de Dios da prioridad a la persona sobre la comunidad política al mismo tiempo que ilumina la idea del bien común.

Por todo ello, el cristianismo tiene mucho que aportar al derecho en el futuro, como tuvo mucho que aportar en el pasado y lo tiene en el presente. Lo que en concreto aporte depende más de la labor de cada jurista cristiano que del cristianismo mismo. Así lo advertía el presidente Jimmy Carter en mi querida Universidad de Emory al ser preguntado por las relaciones de futuro entre cristianismo y derecho (cfr. CARTER, 1993, p. XV).

REFERENCIAS

AGUSTÍN DE HIPONA. **La ciudad de Dios**. Madrid: BAC, 2017.

ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás; SEDANO, Joaquín. **Derecho canónico en perspectiva histórica: fuentes, ciencia e instituciones**. 2. ed. Pamplona: Eunsa, 2022.

BENEDICTO XVI. **Audiencia General, de 5 de diciembre de 2012**.

BENEDICTO XVI. **Encíclica *Caritas in Veritate*, de 29 de junio de 2009**. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2009.

BENEDICTO XVI. **Encíclica *Deus caritas est*, de 25 de diciembre 2005**. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2020.

BENEDICTO XVI. **The garden of God: toward a human ecology**. Washington (DC): The Catholic University of America Press, 2014.

BERMAN, Harold J. **Law and revolution: the formation of the western legal tradition**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1983.

BRADLEY, Gerard V.; BRUGGER, Eugene Christian (Ed.). **Catholic social teaching: a volume of scholarly essays**. New York: Cambridge University Press, 2019.

BRUNDAGE, James A. **Medieval canon law**. London: Routledge, 2014.

CARTER, Jimmy. Foreword. En: WITTE JR., John (Ed.). **Christianity and democracy in global context**. Boulder (Colorado): Westview, 1993.

CATECISMO de la Iglesia Católica. 3. ed. Boadilla del Monte: PPC, 2005.

CONDORELLI, Orazio; DOMINGO, Rafael (Ed.). **Law and the christian tradition in Italy: the legacy of the great jurists**. London: Routledge, 2020.

DOE, Norman. **Canon law in the anglican communion**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

DOE, Norman. **Christian law: contemporary principles**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2013.

DOE, Norman (Ed.). **Christianity and natural law: an introduction**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2017.

DOMINGO, Rafael. Christianity, solidarity, and law. En: WITTE JR., John; DOMINGO, Rafael (Ed.). **The Oxford handbook of christianity and law**. Oxford: Oxford University Press, 2023c. p. 831-842.

DOMINGO, Rafael. **Derecho y transcendencia**. Cizur Menor: Aranzadi, 2023a.

DOMINGO, Rafael. **God and the secular legal system**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2016.

DOMINGO, Rafael. **Law and religion in a secular age**. Washington D.C.: Catholic University of America Press, 2023b.

DOMINGO, Rafael. **The new global law**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2010.

DOMINGO, Rafael. Theology and Jurisprudence: a good partnership? En: **Journal of Law and Religion**, Cambridge (Massachusetts), Cambridge University Press, v. 32, n. 1, p. 79-85, 2017.

DOMINGO, Rafael; HAUKE, Gary S.; JACKSON, Timothy P. (Ed.). **Faith in law, law in faith: reflecting and building on the**

work of John Witte, Jr. Leiden / Boston: Brill, 2024.

DOMINGO, Rafael; RODRÍGUEZ-FRAILE DÍAZ, Gonzalo. **Espiritualizarse**. Miami: Amazon, 2022.

DOMINGO, Rafael; WITTE JR., John (Ed.). **Christianity and global law**: an introduction. London: Routledge, 2020.

EMON, Anver M.; LEVERING, Matthew; NOVAK, David (Ed.). **Natural law**: a jewish, christian, and islamic trialogue. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FRANCISCO. **Bula *Misericordiae Vultus*, de 11 de abril de 2015**. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2015b.

FRANCISCO. Discurso a los participantes en el encuentro organizado por el Pontificio Consejo para la Promoción de la Nueva Evangelización. En: **L'Osservatore Romano**, Vaticano, 13 de octubre de 2017.

FRANCISCO. **Encíclica *Fratelli tutti*, de 3 de octubre de 2020**. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2020.

FRANCISCO. **Encíclica *Laudato si'*, de 24 de mayo de 2015**. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2015a.

FRANCISCO. **Exhortación apostólica *Laudate Deum*, de 4 de octubre de 2023**. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2023.

GONZÁLEZ, Ana Marta. Christianity and the principle of solidarity. En: DOMINGO, Rafael; WITTE JR., John (Ed.). **Christianity and global law**: an introduction. London: Routledge, 2020. p. 287-302.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667). Hartman, G. (Ed). Glashütten im Taunus: D. Auvermann, 1974.

MARITAIN, Jacques. **Christianity and democracy: the rights of man and the natural law**. Traducción de Doris C. Anson. San Francisco: Ignatius, 2011.

MINOW, Martha. **When should law forgive?** New York: Norton, 2019.

MIHAI, Vasile. Orthodox canon law. En: WITTE JR., John; DOMINGO, Rafael (Ed.). **The Oxford handbook of christianity and law**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 557-568.

MOYN, Samuel. **Christian human rights**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.

NAGEL, Thomas. **Mind and cosmos**. New York: Oxford University Press, 2010.

NEGRO PAVÓN, Dalmacio. **Lo que Europa debe al cristianismo**. 3. ed. Madrid: Unión, 2021.

NUSSBAUM, Martha C. **Anger and forgiveness: resentment, generosity, justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

ORREGO, Cristóbal. The universal destination of the world's resources. En: BRADLEY, Gerard V.; BRUGGER, Eugene Christian (Ed.). **Catholic social teaching: a volume of scholarly essays**. New York: Cambridge University Press, 2019. p. 267-299.

PABLO VI. **Declaración sobre la libertad religiosa *Dignitatis Humanae*, de 7 de diciembre de 1965**.

PIN, Andrea. Human dignity and the christian foundations of law and liberty. En: DOMINGO, Rafael; HAUKE, Gary S.; JACKSON, Timothy P. (Ed.). **Faith in law, law in faith: reflecting and building on the work of John Witte, Jr**. Leiden / Boston: Brill, 2024. p. 309-326.

PÍO XI. **Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de mayo de 1931**. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1931.

RIVERS, Julian. Christianity and the principle of equality in global law. En: DOMINGO, Rafael; WITTE JR., John (Ed.). **Christianity and global law: an introduction**. London: Routledge, 2020. p. 231-250.

SIMÓN YARZA, Fernando. **Ley natural y realismo clásico: una defense**. Madrid: Civitas / Thomson Reuters, 2022.

SMAIL, Thomas A. In the image of the Triune God. En: **International Journal of Systematic Theology**, Haboken (New Jersey), Ed. John Wiley, v. 5, n. 1, p. 22-32, 2003.

STEIN, Edith. **Ser finito y eterno**. Traducción de Mariano Crespo. Madrid: Encuentro, 2023.

TERTULIANO. Apollogeticum. En: DEKKERS, E. (Ed.). **Corpus Christianorum**: serie Latina. Turnhout: Brepols, 1954.

TIERNEY, Brian. **The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law, and church law 1150-1625**. Grand Rapids (Michigan): William B. Eerdmans, 1997.

THOMAS, Gabrielle. **The image of God in the theology of Gregory of Nazianzus**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2019.

TUCK, Richard. **Natural rights theories: their origin and development**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 1979.

VANDRUNEN, David. **Divine covenants and moral order: a biblical theology of natural law.**, Grand Rapids (Michigan): William B. Eerdmans, 2014.

VANDRUNEN, David. **Natural law and the two kingdoms: a study in the development of reformed social thought**. Grand Rapids (Michigan): William B. Eerdmans, 2009.

VIOLA, Francesco. **Una storia del diritto naturale (1920-2020)**. Torino: Giappichelli, 2021.

WEBER, Max. **Metodología de las ciencias sociales**. Traducción de Edward A. Shils y Henry A. Finch. New Brunswick (Nueva Jersey): Transactions, 2011.

WILKEN, Robert Louis. **Liberty in the things of God: the christian origins of religious freedom**. New Haven: Yale University Press, 2019.

WINROTH, Anders; WEI, John C. (Ed.). **The Cambridge history of medieval canon law**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2022.

WITTE JR., John (Ed.). **Christianity and democracy in global context**. Boulder (Colorado): Westview, 1993.

WITTE JR., John. **Law and protestantism: the legal teaching of lutheran reformation**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2009.

WITTE JR., John. **Raíces protestantes del derecho**. Cizur Menor: Aranzadi, 2023.

WITTE JR., John; WHEELER, Amy (Ed.). **The protestant reformation of the church and the world**. Louisville (Kentucky): Westminster John Knox, 2018.

WITTE JR., John. **The reformation of rights: law, religion and human rights in early modern Calvinism**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2008.

WITTE JR., John; ALEXANDER, Frank S. (Ed.). **Christianity and human rights**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2010.

WITTE JR., John; DOMINGO, Rafael (Ed.). **The Oxford**

handbook of christianity and law. Oxford: Oxford University Press, 2023.

WOLTERSTORFF, Nicholas P. Modern protestant developments in human rights. En: WITTE JR., John; ALEXANDER, Frank S. (Ed.). **Christianity and human rights.** Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 2010. p. 155-172.

Recebido em: 15-1-2025

Aprovado em: 22-3-2025

