

ADMINISTRACIÓN Y ACTIVIDAD CONSULTIVA¹

RODOLFO BARRA*

1. INTRODUCCIÓN. LAS DISTINTAS ETAPAS FUNCIONALES EN EL PROCESO DECISORIO. LA ACTIVIDAD CONSULTIVA Y LA ACTIVIDAD DE CONTROL

Es posible considerar la “administración” como un elemento o medio de producción, especialmente cuando aquélla actúa dentro de las organizaciones destinadas a la, precisamente, producción de bienes o servicios, tanto para sus miembros como para terceros ajenos a ella.² Ésta es una nota también típica de la organización del “Gobierno” y, dentro del mismo, del sector que denominamos Administración pública.

Desde un punto de vista sustancial, la producción de la organización Administración pública puede ser sintetizada en el concepto de “*decisión*”, claramente cuando ésta se refleja en normas que permiten ordenar la vida comunitaria, pero también cuando la producción de un determinado sector de aquella organización se traduce en bienes tangibles, como los productos resultantes de un proceso industrial, en el caso de ciertas empresas públicas o de elaboración, como en las obras públicas, o bien en meros servicios organizativos que podríamos denominar (de manera más que provisorio) “intangibles”, como la educación, la salud o la seguridad.

* Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Catedrático de Derecho constitucional y de Derecho administrativo.

¹ Transcribimos aquí, con pocas modificaciones, el contenido del capítulo 32 de nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Ábaco –de nuestro querido y siempre presente Rodolfo Depalma– sobre cuya base y de manera sintética expusimos en la Universidad Austral con ocasión de las Jornadas que se publican en este volumen.

² En realidad, una característica derivada de la naturaleza misma de toda organización es su carácter teleológico. En tal sentido, toda organización se encuentra, precisamente, ordenada a la producción de un bien determinado, en tanto que fin de la misma. En el texto queremos referirnos a la producción de bienes o servicios que tienen importancia por sí mismos, es decir, independientemente del carácter constitutivo del mismo fenómeno organizativo.

En todos estos casos, la producción del bien, tangible o intangible, es *consecuencia de un proceso decisorio complejo*, tanto desde el punto de vista de la cantidad, calidad y variedad de las decisiones que se “producen” o “emiten” como desde la perspectiva de la formación de cada una de ellas. Es cierto que esto es también lo que ocurre en las organizaciones privadas, pero en éstas el proceso decisorio, aisladamente considerado, de ordinario carece de efectos sobre los terceros. Éstos se relacionarán con la persona que expresa o representa jurídicamente la organización, y lo harán sólo en razón de los bienes que de ésta obtiene, con independencia de aquel proceso decisorio que, a esos efectos, podemos denominarlo “productivo”.

Pero en el caso de la Administración pública –en cualquiera de sus sectores organizativos– *el proceso decisorio es sustancial*, tanto que para los terceros destinatarios de esos bienes o servicios –por el título jurídico que sea, la calificación y valoración jurídica del proceso decisorio y de la decisión o las decisiones en sí mismas consideradas– tiene una importancia equivalente a la del bien o servicio objeto de la relación jurídica de que se trate. Ello sin perjuicio de que en muchas ocasiones lo perseguido, es decir, el producto requerido por los terceros, es exclusivamente la decisión, que, general o particular, tendrá siempre calidad normativa.³

Así, la actividad orientada a la toma de decisión se realiza en el “proceso de conversión” de los insumos generados por el medio ambiente en productos que a este mismo se destinan, los que, luego, “retroalimentarán” al mismo proceso, convirtiéndose en nuevos insumos así reelaborados por el “medio ambiente”. Recordemos, además, que sobre el proceso de conversión inciden también los denominados “insumos internos”, entre ellos algunos dedicados especialmente a la consideración de determinados elementos a tomar en cuenta por la decisión, y otros, a la valoración de la corrección de la decisión o de determinadas etapas del proceso decisorio, corrección que se juzgará por su comparación o medida respecto de determinadas reglas de referencia.⁴

³ Naturalmente, lo mismo ocurre en las otras ramas del “Gobierno” donde la producción es, por naturaleza, decisoria, como ocurre con el Poder Judicial y con el Poder Legislativo, al menos considerando la actividad materialmente jurisdiccional de la función judicial y, respectivamente, la actividad materialmente legislativa de la función legislativa.

⁴ Aunque todavía no es el momento para estudiarlo en detalle, aclaremos que si la valoración es referida a una etapa determinada del proceso decisorio, previo a la decisión final, es decir, al producto esperado por el medio ambiente, aquélla será un “insumo interno”; si es referida, en cambio, a la decisión final, será, al menos en un sentido estricto, un “insumo externo” aun cuando provenga no del medio ambiente sino de la propia organización global. De todas formas, la calidad de “insumo” no es necesariamente equivalente a la calidad de “elemento” de la decisión (por ejemplo, en el sentido de los elementos estructurales del acto administrativo, según el Artículo 7º de la LPA), como, también como ejemplo, la opinión pública puede ser un insumo de la decisión, y muy frecuentemente lo es, pero, salvo algún caso excepcional en la que se encuentre incorporada al elemento “causa”, no será un elemento de la decisión o acto en cuestión.

Por su parte, el núcleo esencial del “proceso de conversión” consiste en una actividad de *conocimiento, deliberación y resolución*, donde el órgano decisor incorporará a su esfera cognoscitiva hechos –incluyendo previsiones sobre las alternativas de decisión en relación con hechos y consecuencias futuras; el conocimiento de las decisiones y los hechos y sus consecuencias pasadas, y las experiencias resultantes de la actividad de control sobre las decisiones pasadas– y en base a ellos y a sus objetivos (políticos, técnicos, etc.) *deliberará*, es decir, realizará una actividad fundamentalmente lógica acerca de la decisión a tomar. En tales condiciones, el órgano decisor *resolverá*, lo que incluso puede consistir en la abstención, temporal o permanente, de decidir.⁵

En todas aquellas actuaciones tienen una importante intervención los *órganos consultivos* sobre los que, como también sobre la actividad por ellos desplegada, discutiremos luego. Pero a la vez, en forma contemporánea o posterior a la decisión, se realizará también una actividad de *control*, que, en su sustancia, es igualmente verificadora, ya que busca comprobar la conformidad del procedimiento decisorio y de la decisión generada con las reglas que los rigen y también con sus exigencias de eficiencia y de comprobación del grado de eficacia alcanzado. En la retroalimentación, incluso, la experiencia del control, es decir, lo verificado por el órgano de control y sus observaciones, será también un insumo en relación con futuros procedimientos para la producción de decisiones semejantes o iguales, el que deberá (aunque no en un sentido obligatorio, sino de conveniencia) ser tenido en cuenta por el órgano decisor, y sin perjuicio de su consideración por parte del consultor en su dictamen.

Se trata así de actuaciones, la *consultiva* y la de *control*, que ocurren en el proceso de toma de decisión, pero que gozan de una especificidad propia en la medida en que están confiadas, respectivamente, a sectores determinados de la misma organización, normalmente dotados de autonomía funcional. Por lo mismo, las identificamos como “actuaciones funcionales” del proceso de toma de decisión.

Estamos hablando, entonces, de la actuación “consultiva”, que, al menos en un sentido propio, no procede de oficio sino respondiendo a “consultas” o requerimientos planteados por el órgano decisor, y de la actuación de “contralor”, destinada a valorar la corrección de determinados estadios o decisiones intermedias o de la misma decisión final. A esta actuación de contralor, por el contrario, le corresponde una habitual y permanente actividad de oficio, es decir, por propio impulso, sin perjuicio de que pueda ser también requerida por el mismo órgano decisor o por otro así identificado por el ordenamiento, como es el caso del Congreso en relación con la actuación de la Auditoría General de la Nación.

⁵ Ello no obstante la obligación de decidir acerca de peticiones presentadas por los administrados, tal como lo veremos en el lugar oportuno.

A aquellas notas distintivas podemos ahora adelantar otra importante: la actividad consultiva es absolutamente servicial respecto de la decisión —ello sin perjuicio del valor como “precedente” que, por ejemplo, adquieren los dictámenes de la Procuración del Tesoro por imposición del ordenamiento, aunque siempre dentro del nivel consultivo e independientemente del prestigio científico de la doctrina de la misma Procuración, mientras que la actividad de control, sin dejar de ser, en cierto sentido, servicial, tiene valor propio como acto interno de la Administración.

Cada una de esas instancias o momentos en el proceso decisorio *corresponden a la actividad de sectores específicos de la organización* que normalmente son identificados como “administración consultiva” y “administración de contralor”, de alguna manera auxiliares, en el sentido que veremos oportunamente para cada caso, del sector encargado de las actividades propiamente decisorias, ya sean de trámite o finales, denominado “administración activa”,⁶ es decir, “la que decide y ejecuta; aquélla cuya actividad es acción y obra”.⁷

Cabe insistir en que tanto en relación con la actividad consultiva como con la de control se estudian actuaciones específicas e imperativamente vinculadas con el proceso de toma de decisión, encargadas en competencia también a sectores específicos de la organización, que en función de su propio *expertise* están dotados de autonomía funcional, se presenten como figuras desconcentradas o descentralizadas. Esto no quita que la valoración de los elementos que integrarán la decisión, como equiparable a la “consulta”, o la valoración de la corrección de la decisión aquella, como equiparable al “control”, no deba ser hecha también por la “administración activa”, lo que normalmente cumplirá, por distintos medios, por lo general de oficio y en ciertas ocasiones también por petición de los administrados. Pero lo que caracteriza las actuaciones que estamos aquí estudiando es su *funcionalidad específica* dentro del proceso decisorio, y así confiadas a figuras organizativas también específicas dentro de la misma organización.

En tal sentido, tanto la actividad consultiva como la actividad de control pueden ser consideradas “actuaciones funcionales” dentro del proceso decisorio. La primera lo será en un sentido propio, ya que, como veremos, es de cumplimiento obligatorio en forma previa a la decisión, y, como elemento estructural de ésta, condición de su

⁶ La clasificación que mencionamos en el texto —administración activa, consultiva y de contralor— se encuentra dentro de la clasificación general de la actividad administrativa propuesta por Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, 5° ed., parágrafo 15 y sigs. (p. 85 y sigs.).

⁷ *Ibidem*, 85-86. La administración activa, sostiene Marienhoff (*op. y lug. cit.*), “es la Administración propiamente dicha. Por eso, en cuanto a su funcionamiento, este tipo de administración es permanente. Sus decisiones constituyen típicos actos administrativos”. En cierto sentido, podemos decir que corresponde a la “administración activa”, de manera que es colmada por ellos, la realización de los “cometidos”, ya sean esenciales o no esenciales o mutables, identificados por Sandulli, *op. cit.*, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, Jovene Edit., 1989, V. 2, pp. 941-942.

validez. En cambio, la actividad de control es “etapa funcional” en un sentido impropio, en cuanto no es obligatoria, no es elemento de la decisión y no hace a la validez de ésta; incluso, y así es el sistema actual en el ordenamiento federal, es posterior a la emisión de la decisión. Sin embargo, considerando que *denominamos “actuaciones funcionales” a aquellas que cumplen una función orgánicamente específica dentro del proceso decisorio*, la de control también debe ser así considerada, aun cuando no participe de las mismas calidades procesales y estructurales respecto de la decisión final que las que caracterizan la actividad consultiva arriba mencionadas.

2. LA CONSULTA

Aunque por las razones que luego veremos con mayor detenimiento debemos distinguir la actividad de mera información (o “consulta” en sentido material) de la actividad consultiva propiamente dicha, o “consulta” en el sentido funcional al que luego nos referiremos, en este parágrafo estudiaremos ambos tipos de manera unitaria. En los dos casos, por su parte, es necesario englobar tanto la actividad de interrogación o requerimiento como la de respuesta a ella;⁸ obviamente, ninguna respuesta tiene verdadero sentido sin la pregunta.

A diferencia de la actividad de contralor, que en una de sus especies más importantes actúa sobre la decisión ya tomada, aunque a partir de allí, en el proceso de retroalimentación, incida sobre la nueva decisión, la actividad consultiva es siempre previa a la decisión en sí misma. Tanto es así que el legislador de la LPA la ha considerado –si bien en su especie jurídica, aunque, como veremos, con un sentido genérico– parte del “elemento procedimiento” del acto administrativo [cfr., Artículo 7º, apartado d)].

Sin duda, el que denominamos “órgano decisor” puede consultar acerca de una heterogénea cantidad de temas vinculados con la decisión por tomar. La consulta

⁸ Así, Giannini, Massimo S., *Diritto Amministrativo*, V. 2, 3º ed., Giuffrè, Milano, 1993, p. 125, donde explica que la que nosotros denominamos “actividad consultiva”: “da siempre lugar a una secuencia de actos constitutivos de procedimiento por actos de procedimiento. Los actos que componen la secuencia son: la formulación del tema sobre el cual se solicita el parecer, el pedido del parecer, la emisión del parecer”. Incluso cada una de esas “instancias” se compone de diversos actos de procedimiento. La categoría de “procedimiento por actos de procedimiento” la explica Giannini a partir de la página 211 (& 200) de la *op. cit.*, es decir, el caso en que “un acto de procedimiento puede ser acto constitutivo de un procedimiento particular propio [...]. Estos procedimientos tienen como acto constitutivo un acto que ciertamente es un acto instrumental”. La importancia de esta figura radica en que los vicios del procedimiento “interno” pueden trasladarse al acto que es su término, en el caso, al dictamen o parecer, pero no necesariamente al procedimiento decisor al que todo lo anterior sirve. Giannini distingue esta figura de la que se refiere a los “subprocedimientos” y a los “procedimientos incidentales”, todo lo cual, junto con nuestra categoría de “actos coligados” (con lo que también puede haber confusión en el punto) lo estudiaremos en el lugar oportuno.

podrá referirse a la “competencia”, ya sea del mismo órgano decisor o bien de los órganos de trámite, o estar vinculada con la valoración de los hechos –o de la prueba de éstos– o con el derecho que sustentarán como “causa” de aquella decisión por tomar, o con la calificación del “objeto” de la misma, o con la clarificación acerca de aspectos del “procedimiento” decisorio o de la conformidad y proporcionalidad de lo decidido con la “finalidad” prevista por la norma que autoriza la toma de decisión, todo ello sea en relación con una decisión de las denominadas “regladas” o de las consideradas “discrecionales”. Igualmente, en todos los casos, el órgano consultivo podrá ser requerido a los efectos de la redacción adecuada de la “motivación” de la decisión, buscando que ésta se encuentre suficientemente fundada.

Así, si bien la consulta debe ser considerada específicamente desde el punto de vista de uno de los elementos de la decisión –el “procedimiento”, al que se integra funcionalmente– es conveniente subrayar, aun reiterando, que ella se encontrará presente auxiliando el descubrimiento, la valoración, crítica, identificación, conformación, etc., de los restantes elementos de la decisión, especialmente la “causa”, según lo profundizaremos luego.

Por esta misma razón, la “consulta”, en sentido material –recordemos que englobamos dentro de este término tanto la interrogación como la respuesta– puede comprometer diversas especialidades científicas o técnicas, o incluso, pero materialmente, prudenciales, como ocurre con la consulta a un asesor político.

Lo expuesto en el párrafo anterior nos muestra que pueden presentarse dos tipos de actividad consultiva: una sujeta a reglas científicas o técnicas, más o menos absolutas según el grado de certeza que ofrezca el concreto sector de conocimiento en el punto –y en este sentido será una actividad consultiva “reglada”–, y otra sujeta a criterios prudenciales, y en tal sentido “discrecional”. Esta distinción que adelantamos en orden a introducirnos en el tema dependerá de la naturaleza de la consulta, aunque el legislador de la LPA, en la norma ya citada y en su intención de subrayar el carácter esencial de aquella cuando la decisión pueda afectar derechos de los terceros o “administrados”, se haya referido expresamente a la consulta jurídica.

Como lo mencionamos antes, la consulta, como etapa o momento del procedimiento decisorio, engloba tanto la pregunta como la respuesta, aunque el órgano “consultivo” o “informante” es, indudablemente, el que responde o emite el “parecer” o “dictamen”, o bien el “informe” (luego daremos precisión al término).

Pero la pregunta que el órgano de la administración activa remite al órgano requerido reviste una importancia significativa. Ya veremos que, dependiendo de las circunstancias del caso, el dictamen, aunque no vinculante, puede eximir de responsabilidad al órgano decisor por el contenido de la decisión.⁹ Para ello se requiere que la pregunta no oriente la respuesta y se encuentre formulada de una manera clara y

⁹ En contra, Marienhoff, *op. cit.*, 95- 96. Volveremos oportunamente sobre esta cuestión.

precisa, acompañando todos los elementos disponibles y ciertos –en tanto que veraces– que permitan al órgano consultivo responder mediando una completa información.¹⁰

De todas formas, aun cuando “la consulta” debe integrarse con el requerimiento y su respuesta, esta última es su elemento más importante, ya que define el juicio de valor que el órgano consultivo, desde la posición de *expertise* que le confiere la norma, exprime sobre la cuestión consultada.

Sin embargo, es necesario tener presente que no toda “consulta”, en tanto que informe u opinión y la eventual requisitoria de éstos, representa el cumplimiento de una actuación procesal formal y funcionalmente “consultiva”, o “actividad consultiva”, cuyo acto típico es el “dictamen” o “parecer”.¹¹

3. LA ACTIVIDAD CONSULTIVA EN LAS DISTINTAS RAMAS DEL GOBIERNO

Toda decisión supone una cierta deliberación en la que, entre otros elementos, es analizada la información –datos, consejos, previsiones– que fue recogida y se encuentra vinculada con la acción a seguir. En las personas físicas pueden existir conductas –toda conducta supone una decisión previa– que son respuestas prácticamente automáticas ante requerimientos externos y donde la totalidad de la información y de la deliberación se produce por adquisición súbita, instantánea y espontánea. A partir de este escalón mínimo en la deliberación, las personas físicas aplicamos mecanismos de complejidad creciente de deliberación, según nuestra forma de ser, nuestra educación y la importancia y también la complejidad de la decisión por tomar.

En las organizaciones, en cambio, la deliberación es siempre de un mayor grado de necesidad, conforme no sólo con la complejidad de la decisión sino con la complejidad de la misma organización. En las organizaciones públicas, además de lo anterior, la deliberación es la vía imperativa para la toma de decisiones, lo que incluso se nos presenta como dato propio del modelo organizativo burocrático. A esta actividad de deliberación, propia de las organizaciones complejas, podemos, con acierto, desde un punto de vista tanto material como jurídico, denominarla “procedimiento”.¹²

¹⁰ El mismo cuidado en señalar sus propios límites informativos debe ser seguido por el dictamen o respuesta; en este sentido, véase Torres, Ismael F., “Administración consultiva y dictamen jurídico (pautas para una correcta elaboración)”, en: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*: 304: 83.

¹¹ Cfr., Sandulli, Aldo M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1964 (reimpresión inalterada), 160-161, indicando entre los elementos del procedimiento con “caracteres típicamente preparatorios” a “aquellos que representan la expresión de la función consultiva, esto es los pareceres (*pareri*)”.

¹² Por el momento, no nos interesa distinguir entre los términos “procedimiento” y “proceso”, de manera que, por comodidad y para evitar repeticiones de lenguaje, los usaremos indistintamente. Oportunamente veremos que es conveniente, aunque no indispensable o “preceptivo”, reservar la palabra “proceso” para referirnos a una especie de “procedimiento”, el destinado a la resolución de un conflicto entre partes contradictorias por medio de un órgano imparcial, especialmente el perteneciente a la organización judicial.

Como ya sabemos, la “deliberación procedimiento” es uno de los elementos que componen el concepto jurídico organizativo de “función”; en consecuencia, se encuentra presente, de manera imperativa, en todas las actividades materiales de los tres órganos que integran el centro de poder del, en nuestro caso, Gobierno Federal. Por ello mismo, en los tres órganos, la decisión requiere de información plena y, dentro de ella, consejo, advertencia, precisión técnica o científica, etcétera.

Por supuesto, en cada uno de los tres “órganos funcionales” –órganos que ejercen las supremas funciones constitucionales de gobierno– la actividad, ya sea consultiva o informativa, tendrá sus caracteres propios, seguramente adecuados a la naturaleza y funcionalidad de los respectivos procedimientos decisorios, según lo veremos seguidamente. Pero podemos destacar desde ya que en los casos de las actividades materialmente jurisdiccionales y administrativas, correspondientes a cualquiera de las tres funciones, el procedimiento decisorio no sólo debe permitir la adquisición de la información por parte del decisor, sino que debe garantizarla, incluso bajo la forma, si fuese necesario, de sustanciación contenciosa, garantía que forma parte del denominado “debido proceso” prescrito por el Artículo 18 de la Constitución Nacional.

De todas formas la adquisición de la información, especialmente bajo la forma de “consulta”, tiene, para cada una de las funciones constitucionales, sus propios caracteres y modalidades, como lo veremos a continuación.

A. En el Poder Judicial

En el ejercicio de la actividad materialmente jurisdiccional, la adquisición de la información por el órgano judicial, en el correspondiente procedimiento decisorio, se produce a través de los siguientes medios fundamentales: la demanda y su contestación, la denuncia, la acusación fiscal, la prueba y su valoración. La nota característica aquí es que el experto para la valoración del contenido de cada una de aquellas instancias es el propio órgano decisor, el juez, de manera que no precisa –ni el ordenamiento le otorga– de ninguna actividad consultiva que lo asista en la toma de la decisión –ya sean las “de trámite”, las “interlocutorias” o las “sentencias definitivas”–, y esto en el caso de cualquiera de las dos instancias inferiores y en el de la Corte Suprema de Justicia. El juez es el poseedor por excelencia del *expertise* jurídico, y de lo que se trata en una causa judicial es, precisamente, de la valoración jurídica de determinados hechos y de las normas autónomas o heterónomas que los contemplan.

Podría preguntarse acerca de si la intervención en la etapa probatoria de peritos o expertos en distintas especialidades, o bien las distintas participaciones que la ley prescribe para el Ministerio Público, constituyen actividad consultiva.

La función del Ministerio Público en el proceso judicial se encuentra claramente definida en su propia Ley orgánica N° 24.946: “[...] tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad [...]” (Artículo 1°), lo que es aplicable tanto al “Ministerio Público Fiscal”

como al “Ministerio Público de la Defensa” (Artículo 2º). Es así, entonces, que si bien el Ministerio Público aporta al proceso información –generalmente relativa a la valoración de los hechos o la interpretación de la ley, pero también, por ejemplo, en el proceso penal, en la misma adquisición de los hechos y su prueba–, esto no lo hace en calidad “consultiva” sino en tanto objetivo promotor y defensor, ante el juez, “de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad”, como lo reza la norma antes citada.

En el caso de las “opiniones”, “dictámenes” o “informes” periciales, lo primero que debemos destacar es que nuestro ordenamiento les da el carácter de “medios de prueba” destinados a aportar al juez elementos de convicción sobre la existencia o alcances de ciertos hechos para cuya valoración se requieren conocimientos científicos, técnicos, artísticos u otros especializados y ajenos al saber común.¹³ En tal carácter, las valoraciones hechas por los peritos son adquiridas por el proceso como comprobación de un hecho, o bien como la explicación al juez del sentido de determinados hechos, siempre en relación con la controversia que es planteada por las partes ante el juez respectivo.

Entre la pericia como medio de prueba y el dictamen, como actividad consultiva en sentido estricto, existe una diferencia más que sutil, que discutiremos luego. Tanto es así que para algunos prestigiosos autores el dictamen pericial no sería una prueba sino un medio para la obtención procesal de una prueba, para así ponerla de manifiesto ante el juez.¹⁴ Lo que podemos ahora señalar es que el sentido de la prueba pericial no es asesorar al juez, sino, precisamente, contribuir a la comprobación de un hecho que, de otra manera, podría permanecer confuso para el juez de la causa, tanto en su sentido como en su existencia misma. Pero la valoración de la pericia será siempre una actividad propia de juez, sin perjuicio de la actividad que la ley procesal permite a las partes al respecto.

Un supuesto que también podría ser considerado como aproximado a la actividad consultiva es el de la participación de los llamados “amigos del Tribunal” o *amicus curiae* en “los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general”, como lo dispone el Artículo 1º del Reglamento aprobado por Acordada N° 28, Corte Suprema, del 14 de julio de 2004.¹⁵ Esta participación es de impulso voluntario por parte del interesado en colaborar con el Tribunal –tal interesado no deberá ser parte en la causa y tendrá que acreditar “competencia sobre la cuestión debatida en el pleito” (Artículo 2º)– y su única

¹³ Véase Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, 555, y doctrina citada; cfr. Artículos 378 y 457 y sigs., *Código Procesal Civil y Comercial*; Artículo 253, y *Código Procesal Penal*, ambos nacionales.

¹⁴ Así, Alsina y Couture, en citas de Kielmanovich, *op. cit.*, 558.

¹⁵ Con la disidencia de los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez, que consideraron el Tribunal incompetente para dictar tal reglamentación.

finalidad y contenido será la de “expresar una opinión fundada sobre el objeto en litigio” (Artículo 1°, citado) “en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante” (Artículo 2°). De acuerdo con lo que resulta del Artículo 3° del reglamento citado, la Corte decidirá discrecionalmente acerca de la pertinencia de la presentación y, en caso positivo, “ordenará su incorporación al expediente”.

Los “amigos del Tribunal” expresarán en la causa “opiniones o sugerencias” (Artículo 5°) que podrán tener cualquier contenido además del jurídico, y por ello los *amicus* podrán también exhibir cualquier especialidad. El citado Artículo 5° se encarga de remarcar, de manera sobreabundante, que tales opiniones “No vinculan (a la Corte Suprema) pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal”.

Decíamos más arriba que la labor de los *amicus* podría aproximarse a la actividad consultiva, pero ciertamente no coincide con ella. Se aproxima porque, materialmente, constituye una “consulta” aunque espontáneamente presentada por quien tenga interés en hacerlo, sin que siquiera esté previsto su solicitud por parte del Tribunal. Esto es claro en el mismo texto de la respectiva reglamentación, que denomina “opinión” o “sugerencia” la presentación, y que si bien puede provenir de cualquier persona física o jurídica, ésta debe gozar de “reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito”. Pero, en realidad, la Corte no necesita de esta “consulta”; tanto es así que, aun en el caso de que decida incorporarla al expediente, podrá o no tenerla en cuenta en la sentencia, y ello, pensamos, de acuerdo con las necesidades de fundamentación de aquella.

Situaciones semejantes se presentan respecto de “consultas” que se incorporan al proceso decisorio de las administraciones públicas, pero que no son “actividad consultiva” en el estricto sentido aquí estudiada.

B. En el Poder Legislativo

También aquí tomaremos en cuenta sólo la actividad material típica y característica de la función, es decir, en este caso, la actividad materialmente legislativa.

El sistema democrático no sólo permite sino que en cierto sentido alienta, y también necesita, que los miembros de la asamblea representativa por excelencia sean elegidos precisamente por sus cualidades, representativas de la voluntad de los electores, antes que por el dominio de una ciencia o técnica específica. Todos los legisladores tienen que ser “ciudadanos comunes”, y los ciudadanos comunes son tanto científicos como empleados de oficina, artistas como personal de ayuda doméstica, literatos como, lamentablemente, analfabetos o semianalfabetos. Lo importante es que representen la voluntad “política” –no científica, técnica, artística o profesional– del pueblo.

A pesar de esta composición tan heterogénea, la asamblea legislativa –en el caso, nuestro Congreso– legislará sobre una indeterminada variedad de temas pertenecientes a diferentes, y en ocasiones muy precisos, ámbitos del conocimiento. Así como el juez es un experto en la valoración jurídica de los hechos y del derecho, aunque en

ocasiones necesite de la colaboración de peritos para tener un mayor grado de certeza sobre aquellos hechos, el legislador, como tal, no es experto en nada. Esto no va en su demérito ya que no es funcional al sistema que lo sea, con excepción de lo que podemos identificar –y valorar como una muestra de la sabiduría del sistema– como un *expertise* en “representatividad democrática”.

Por tales motivos, el ordenamiento propio de cada Cámara permite dotar a los legisladores de un cuerpo de asesores propios –es decir, designados por y asignados a cada legislador– y de medios de asesoramiento generales –personal y medios técnicos– adecuados a las necesidades de la actividad legislativa. Se trata, entonces, de un asesoramiento, ya sea personal u orgánico, pero siempre “no funcional”, en el sentido de que no se inserta en el procedimiento de “formación y sanción de las leyes”, regulado por la Constitución a partir de su Artículo 77.

De igual forma entendemos que las “comisiones legislativas” cuya formación, número y competencia es regulada por los reglamentos de cada una de las Cámaras, o bien reglamentos conjuntos en el caso de las “comisiones bicamerales”, no ejercitan actividad consultiva en sentido estricto, a pesar de la terminología que es utilizada en algunos casos.¹⁶

Todo proyecto, ya sea de ley, de resolución o de declaración, proveniente del Ejecutivo, de la otra Cámara o de un miembro de la misma Cámara, pasa para su estudio a la Comisión respectiva (cfr. Artículos 115, 122 y 123, Reglamento de la Cámara de Diputados, texto ordenado 1996 –RCD– y, para los proyectos de ley, cfr. Artículos 133 y 138, Reglamento de la Cámara de Senadores, 2003, RCS). Ésta es la regla general que admite excepciones en el caso de que se den las condiciones para el tratamiento “sobre tablas” (cfr. Artículo 134, RCD y Artículo 147, RCS), o bien que la misma Cámara en pleno se “constituya en comisión”, esto es que debata una cuestión con la totalidad de sus miembros, pero sin las formalidades y los efectos de la sesión legislativa en sí misma, y siempre de manera previa a esta última (cfr. Artículos 154 y sigs., RCS; Artículos 141 y sigs., RCD). Cabe precisar que la discusión de un proyecto “sobre tablas” o, previamente a su debate, con la Cámara “constituida en comisión”, puede tener lugar exista o no previo “dictamen” de la “comisión permanente” respectiva.

Las “comisiones permanentes”, en ambos reglamentos, tienen como cometido “dictaminar” sobre los proyectos presentados en las materias de sus respectivas com-

¹⁶ Por ejemplo, el Artículo 61 del Reglamento de la Cámara de Diputados, que las llama “comisiones permanentes de asesoramiento”, mientras que el término “asesoramiento” no es empleado en el Reglamento de la Cámara de Senadores (Artículo 60); en ambos casos se distinguen estas comisiones de la “Comisión” o “Plenario” (para el caso del Senado) de “labor parlamentaria”, cuya competencia principal, también en ambos casos, es la organización de la tarea de cada Cámara, especialmente la de fijar el “orden del día” de las sesiones de la Cámara en pleno, ya sea para el tratamiento de los proyectos de ley o para otros actos. En cambio, las restantes “comisiones permanentes” emiten “dictámenes”, especialmente sobre los proyectos de ley, con los alcances que discutiremos en el texto.

petencias. Realizan una tarea de discusión previa al debate que luego tendrá lugar en el plenario de la Cámara, para lo cual recabarán la información que estimen necesaria, podrán escuchar a especialistas o requerir dictámenes escritos de éstos, debatir o interrogar a los miembros de la Administración pública, e incluso convocar a “audiencias públicas” a los ciudadanos que quieran participar de ellas. Con estos antecedentes, la comisión elabora un así llamado “dictamen”, que puede ser mayoritario y minoritario, donde se aconseja a la Cámara la aprobación o el rechazo del proyecto, con los fundamentos obtenidos en virtud de toda aquella tarea previa.

Es cierto que estos “dictámenes” informan al resto de los legisladores, incluso, antes del plenario, a cada uno de los bloques partidarios, y en este sentido, los “asesoran”. Pero no podemos pensar que se trate de una actividad verdaderamente consultiva, caracterizada por la “neutralidad” a la que luego haremos referencia. Para esto, la consulta debería practicarse con órganos ajenos a los bloques y, por ende, a las posiciones partidarias. Por el contrario, los miembros de las comisiones permanentes –y todo lo aquí dicho vale también para el caso de las comisiones especiales que pueden ser constituidas en ambas Cámaras– forman parte de la Cámara legislativa de que se trate, esto es, son “legisladores” y, por tanto, “interesados” en la decisión final, a la que, normalmente, llegarán de acuerdo con estrategias partidarias. Tanto es así que, y esto debería ser el argumento definitivo para negarles el carácter de órganos asesores o consultivos, serán luego también partícipes en el debate y la votación plenaria, es decir, en la misma decisión final, entendiéndolo como tal la aprobación o el rechazo del proyecto de que se trate. Por otra parte, el “dictamen” podrá estar apoyado en estudios científicos o técnicos, pero, de acuerdo con lo expuesto, expresa un juicio de valor fundamentalmente prudencial, político, muchas veces de acuerdo con posturas que han sido previamente discutidas en el seno de los bloques respectivos.

Avala la anterior afirmación la nueva competencia que la reforma constitucional de 1994, en su Artículo 79, otorga a las comisiones que estamos estudiando. Éstas, a los efectos de acelerar el procedimiento legislativo, aparecen tomando ellas mismas, si bien parcialmente, la decisión final. Así, la nueva norma prescribe: “Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular de un proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros”. Esta delegación puede, naturalmente, ser dejada sin efecto por el delegante. Por su parte, la aprobación del proyecto en la comisión “[...] requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros” (norma citada).¹⁷

Pero, tanto en este caso como en el del anterior relativo al Poder Judicial, distinta es la situación cuando se trata del ejercicio de una actividad materialmente admi-

¹⁷ También existen supuestos en que las comisiones ejercen competencias activas ajenas a los proyectos legislativos en sentido estricto, como es el caso de la “Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas” que estudiamos. Por su parte, las comisiones bicamerales establecidas en los Artículos 99, inciso 3º, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional no se diferencian de las que hemos mencionado en el texto.

nistrativa dentro de la función, ya sea legislativa o judicial. En estos casos, no nos encontramos frente al *expertise* “jurídico” del juez, o el pertinente “político representativo” del legislador, porque no se trata de resolver “causas o controversias” o de llevar a cabo el procedimiento de sanción de proyectos de ley. Se trata de administrar, aun dentro de la función nominalmente ajena, y la decisión administrativa, como veremos, exige la realización de actividad consultiva previa como forma de fortalecer la garantía del “debido proceso”.

Todo lo expuesto nos permite afirmar que *la actividad consultiva propiamente dicha en cualquiera de las tres funciones constitucionales es parte del procedimiento decisorio del órgano sólo cuando éste ejerce una actividad materialmente administrativa*, y no en los casos de las actividades materialmente legislativa o jurisdiccional, salvo cuando éstas son desarrolladas por órganos pertenecientes a la función administrativa.

C. Asesoramiento de “poder” a “poder”

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, especialmente de tipo parlamentarista, el nuestro no sólo no prevé sino que no admite ninguna clase de asesoramiento de un órgano o “poder” constitucional a otro de la misma jerarquía.¹⁸

En el origen mismo del sistema presidencialista, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos limitó su función constitucional a la *resolución de “causas o controversias”*, en el sentido constitucional de esta expresión, rechazando el cometido de brindar asesoramiento al Ejecutivo o al Legislativo, por considerarlo contrario a las competencias otorgadas a la misma Corte por la Constitución Federal.¹⁹

Lo mismo se aplica, claro está, en relación con los otros “poderes”, que carecen de este tipo de competencias, las que, por otra parte, no serían funcionales al sistema

¹⁸ No obstante, hay excepciones. Así es el caso previsto por el Artículo 9º de la “Carta Orgánica” del Banco Central de la República Argentina, aprobada por Ley N° 20.539, que respecto de la remoción de los miembros del Directorio del Banco establece: “[...] La remoción de los miembros del directorio será decretada por el Poder Ejecutivo Nacional [...] debiéndose contar para ello con el previo *consejo* de una comisión del Honorable Congreso de la Nación. La misma será presidida por el presidente de la Cámara de Senadores e integrada por los presidentes de las comisiones de Presupuesto y Hacienda y de Economía de la misma y por los presidentes de las comisiones de Presupuesto y Hacienda y de Finanzas de la Cámara de Diputados de la Nación” (el destacado es agregado). Sorprende la inclusión del Presidente del Senado (Vicepresidente de la Nación) en la comisión, ya que éste no es un legislador. Sin perjuicio de ello, resulta claro que la existencia de esta comisión y su “consejo” –no vinculante, claro está– es una garantía más en favor de la independencia y la autonomía financiera del Banco Central.

¹⁹ Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch (The Supreme Court at the bar of politics)*, Yale University, 1986, 2ª ed., 113 y sigs., nos ofrece el siguiente relato: “El comienzo (se refiere a las limitaciones de la jurisdicción) se dio con dos episodios que precedieron *Marbury vs. Madison*. El primero surgió como consecuencia de la ley (*Act*) del 23 de marzo de 1792, en la que el Congreso ponía a cargo de los tribunales federales el realizar ciertas actividades de comprobación de hechos respecto del otorga-

de *checks and balances* característico del sistema presidencialista de estilo norteamericano. Nótese que este eventual “asesoramiento” importaría una forma de influencia de un “poder” sobre el otro, ajena a los mecanismos formales de relación “interpoderes” previstos por nuestra Constitución, pero también a los informales de naturaleza política, especialmente presentes en la relación Ejecutivo Legislativo. Se trataría, la de la hipótesis que rechazamos, de una influencia de tipo “tecnocrática” –o con pretensión de serlo– que tendería a prevalecer sobre la decisión del “asesorado”, y, por tanto, a alterar la relación funcional de *checks and balances* en razón del prestigio técnico y no de la valoración política.

La reforma constitucional de 1994, en nuestro caso, no alteró esta matriz presidencialista “norteamericana”, incluso en el caso de las nuevas figuras que incorporó, alguna de las cuales podría mover a confusión. En consecuencia, conviene que nos detengamos un instante en ellas, recordando que nos estamos refiriendo a un hipotético asesoramiento de “poder a poder” y no a los supuestos que podrían ocurrir dentro de la organización del mismo “poder”.²⁰

El caso donde, aunque de manera forzada, se podría presentar aquella confusión es el del Consejo de la Magistratura, creado por el Artículo 114 de la Constitución Nacional, norma que pone “a su cargo la selección de los magistrados [...] del Poder Judicial”, específicamente: “Seleccionar mediante concursos públicos los postulan-

miento de pensiones a los veteranos de la Guerra Revolucionaria, con discapacidades de guerra; las decisiones de los tribunales podían ser revisadas por el Secretario de Guerra. Los *Justices* de la Corte Suprema [...] consideraron que (los jueces federales) no podrían correctamente tomar a su cargo el cumplimiento de tal cometido. La Constitución atribuyó en los tribunales federales ‘el Poder judicial’ y no otro, y tal es el poder de emitir sólo decisiones finales, no opiniones sujetas a revisión por la Administración”. Esta opinión, que no se expresó en una causa judicial, explica Bickel, porque el Congreso abandonó el proyecto, llegó a nosotros en un informe denominado “*Hayburn’s Case*”. “El segundo –continúa Bickel– de esos tempranos episodios es mayormente conocido como ‘*The Correspondence of the Justices*’”. El 18 de julio de 1793, el Secretario de Estado Jefferson dirigió a la Corte Suprema una carta en la que, haciendo referencia a la necesidad del Gobierno Federal de celebrar tratados con naciones europeas en ese momento en guerra entre sí, y advirtiendo lo delicado del caso, planteaba: “El Presidente, en consecuencia, estaría mucho más aliviado si pudiese trasladar estas cuestiones a la opinión de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuyo conocimiento sobre la materia nos asegurará contra errores peligrosos para la paz de los Estados Unidos”. La solicitud de la Administración fue denegada por la Corte sosteniendo que ésta era “simplemente un tribunal legal para decidir controversias llevadas a su conocimiento de acuerdo con las formas legales [...]”, por lo cual consideraron impropio “entrar en el campo de la política emitiendo opiniones sobre cuestiones no surgidas del caso (planteado) ante ellos”.

²⁰ Tal es el caso de la Auditoría General de la Nación, que se encuentra en jurisdicción del Poder Legislativo, y a la que el Artículo 85 de la Constitución Nacional califica de “organismo de asistencia técnica del Congreso”. En cuanto al Ministerio Público, éste se encuentra fuera de los tres poderes y debe coordinar con ellos –no asesorarlos, por tanto– “la defensa de la legalidad (y) de los intereses generales de la sociedad” (Artículo 120 de la Constitución Nacional), como ya hemos visto.

tes a las magistraturas inferiores”²¹ y, como consecuencia de esos concursos, “emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores”.

Por su parte, el Artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional, pone en cabeza del Presidente la competencia para nombrar –además de a los miembros de la Corte Suprema, en este caso por decisión totalmente discrecional– “a los demás jueces inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

Por consiguiente, es claro que se trata de un proceso de designación de magistrados –los “inferiores”– que se inicia en el concurso llevado a cabo ante el Consejo de la Magistratura, la selección por éste de la terna que se propondrá al Presidente, la elección por este último del candidato del caso y el sometimiento de esta candidatura al acuerdo del Senado, para luego de obtenido tal acuerdo, la designación del juez por decreto del mismo Presidente de la Nación. Éste es siempre el *único* órgano competente para nombrar a los jueces inferiores, aunque se encuentra limitado en el inicio y en el final del procedimiento decisorio. En el inicio, sólo puede seleccionar, para enviar al acuerdo del Senado, a uno de los miembros de la terna propuesta por el Consejo, mientras que al final, sólo puede designar a quien el Senado le haya dado el acuerdo.²² Aun así, la elección de uno de los miembros de la terna es totalmente discrecional, como lo es, antes, la misma decisión de elegir a alguien de tal terna, ya que, entendemos, el Presidente podría rechazarla, requiriendo una nueva selección o bien nombrar otra terna enviada por el Consejo para cubrir un distinto órgano judicial.²³ De la misma manera, aun después de obtenida la conformidad senatorial para el candidato presentado por el Presidente, ya cumplida la selección por el Consejo,

²¹ Conforme lo establece el Artículo 108 de la Constitución Nacional, “El Poder judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”, por lo cual las “magistraturas” o “tribunales inferiores” mencionados por el Artículo 114 comprenden todos los cargos judiciales federales (incluyendo los denominados jueces “nacionales” de la Capital Federal) con excepción de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia.

²² Éste es un claro ejemplo del sistema de *checks and balances* que compromete los tres poderes. La reforma de 1994 incorpora al original sistema norteamericano la participación del Consejo de la Magistratura, que es un órgano desconcentrado del Poder Judicial, con autonomía funcional, aunque con una integración compleja: política, profesional, judicial y académica.

²³ La redacción del Artículo 114, apartado 2 de la Constitución Nacional, autoriza tal interpretación cuando prescribe que será atribución del Consejo de la Magistratura: “Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados inferiores”. El lenguaje de la norma parece orientar hacia la indeterminación. De todas maneras, la discrecionalidad presidencial sólo debería estar limitada por la especificidad de instancia y fuero para los que fue integrada la terna, ya que si el Consejo

aquél podría, siempre discrecionalmente, cambiar su decisión y resolver la no designación de aquella persona.²⁴

Así, las mencionadas “limitaciones” no son otra cosa que condicionantes –aunque relativos– que fueron agregados a la anterior competencia discrecional presidencial, pero sin eliminarla. Reiteramos: la propuesta del Consejo es “vinculante” según lo dicen las normas citadas más arriba, lo que sólo puede querer decir que el Presidente no puede elegir a un candidato ajeno a la terna, en el sentido interpretado antes, pero no que se encuentre *obligado* a elegir a alguien de *esa* terna. Por ello, el Presidente, discrecionalmente y sin necesidad de fundamentación alguna, podría elegir de otra terna, en las condiciones ya señaladas, o, en una decisión más extrema, rechazar la totalidad de la terna propuesta y requerir del Consejo la realización de un nuevo concurso para el mismo cargo, en el que no debería permitirse, claro está, la participación de los tres candidatos rechazados. Esto es así, de la misma manera en que el Senado podría rechazar el pliego enviado por el Presidente, o éste, reiteramos, cambiar de opinión y no designar al candidato que ya había obtenido el acuerdo del Senado.

Más allá de la cuestión antes simplemente enunciada, está claro que la intervención del Consejo de la Magistratura no configura otra cosa que una etapa, trascendente, de selección de los candidatos a ocupar una magistratura judicial, los que se ponen a la consideración del Presidente, con los efectos antes vistos, pero no una actividad consultiva destinada a la reflexión del órgano decisor.

De todas formas, y volviendo a la generalidad de la cuestión, entre los “poderes” puede y debe existir una conducta de colaboración, y así la presentación de informes (en algunos casos previstos por la misma Constitución, como los del Jefe de Gabinete ante cada una de las Cámaras) estudios, etc., en cualquier tipo de procedimiento y con carácter o no de medidas probatorias. Pero lo normal será que estos estudios o informes sean efectuados por la Administración pública en favor del Congreso o de los tribunales cuando éstos lo requieran como medidas de prueba en causas concre-

consideró a un candidato apto para la primera instancia, podría pensarse que necesitaría de un nuevo examen para valorar si lo es para la segunda, e incluso en la hipótesis contraria, ya que una persona puede ser apta para la segunda instancia y no para la primera, ya que ambas requieren una “fuerza de trabajo” (por ejemplo, la propia de la edad o la salud) muy diversa. Lo mismo cabe señalar en relación con el “fuero” o competencia material del cargo: una cosa es el *expertise* en materia penal, y otra, en civil, para señalar el ejemplo más extremo. Pero, una vez que el Consejo ha conformado una terna, por ejemplo, para un determinado juzgado de primera instancia en lo civil, ¿qué razón constitucional puede impedir que el Presidente elija a uno de los integrantes de esa terna para otro juzgado del mismo nivel y fuero (siempre mediando la conformidad del interesado) aunque para este último el Consejo hubiese presentado otra terna?

²⁴ El interesado puede invocar un derecho a integrar la terna –de hecho fue así resuelto en “Mattera, Marta del R. c/ Consejo de la Magistratura Nacional”, CNCAFed., Sala IV, *Jurisprudencia Argentina*, 12-06-2002, 54–, pero no a la selección presidencial, al envío de su pliego al Senado y a la designación por el Presidente, aun con el pliego aprobado.

tas; difícilmente serán efectuados por el Congreso y los jueces sólo podrán hacerlo en la medida que no supongan opiniones y se limiten al relato de ciertos hechos (por ejemplo, estadísticas sobre cantidad y tipo de litigios, etc.). Pero nada de esto tendrá, repetimos, la naturaleza de actividad consultiva en sentido estricto.

Lo expuesto hasta aquí nos muestra que la actividad consultiva se manifiesta como una actuación específica del procedimiento decisorio administrativo y, así, en la actividad materialmente administrativa dentro de cualquiera de las tres “funciones”. Se trata ésta de una característica identificatoria importante, que tiene su razón de ser en las propias reglas constitutivas funcionales del ordenamiento, en relación con la cualidad política del órgano.

El órgano legislativo, como lo sabemos, tiene una constitución absolutamente representativa y, en su desempeño, un criterio decisor fundamentalmente político. Es decir, las decisiones del Congreso se cualifican por el carácter democrático representativo de los miembros de sus Cámaras y por la racionalidad estrictamente política de la decisión, cuya corrección científica o técnica sólo excepcionalmente incidirá sobre la validez de la decisión (por ejemplo, si ordena, bajo coacción, una acción o una omisión materialmente imposible debido, precisamente, a su imposibilidad científica o técnica).²⁵ Sólo la contradicción con la Constitución Nacional puede realmente afectar la validez de la decisión legislativa, y, por la vía de la plena protección de los derechos constitucionales, declarar en una la inconstitucionalidad de la ley absurda por imposible, como en el ejemplo de la nota anterior, donde claramente se afectan los derechos de propiedad y de ejercicio de industria lícita del eventual fabricante. Lo mismo ocurre cuando la ley es contraria al derecho natural, como, por ejemplo, lo sería aquella que declarase el aborto procurado o las drogas abortivas como (pretendidas) prácticas médicas o medicinas de obligatoria inclusión en los planes de protección social o en los sistemas de “seguros de salud”.

Lo mismo ocurre en los casos excepcionales en que el Congreso ejerce una actividad materialmente jurisdiccional, donde la validez de la decisión se juzgará con arreglo al respeto de las reglas del debido proceso adjetivo y, en los supuestos de *impeachment*, el respeto del criterio de división de poderes. En definitiva, este último es el criterio de validez que se aplica para analizar la decisión típica de la actividad materialmente jurisdiccional de la función judicial: el respeto de las reglas del debido proceso adjetivo y sustantivo, en este caso con un criterio cuantitativamente más pesado que para el supuesto de la actividad judicial del Congreso, es decir, de la actividad materialmente jurisdiccional dentro de la función legislativa.

Por su parte, cuando el Presidente, dentro de la que hemos denominado “función presidencial”, ejerce actividad materialmente legislativa, se aplicará el criterio que

²⁵ Se me ocurre, en el plano del absurdo, si una regulación legislativa prohibiese el empleo de azufre en la fabricación de ácido sulfúrico o exigiera que la composición molecular de este producto fuese la misma que la del hipoclorito de sodio.

hemos expuesto para la actividad legislativa del Congreso, ya que aquí también el órgano es absolutamente representativo y sólo sometido a las exigencias y limitaciones constitucionales, lo que ocurrirá así también en los casos de los actos de gobierno o actos políticos.

Pero la Administración pública es una organización subordinada, en el sentido de que no es la generadora representativo democrática de la voluntad soberana del ordenamiento. Por consiguiente, para la valoración de sus decisiones también incide, en la medida que veremos en los párrafos siguientes, la incorporación de datos cognoscitivos en un mecanismo procesal que, cuando se trate de actividad consultiva en sentido estricto, no podrá ser sino imperativo.

4. IDENTIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONSULTIVA DENTRO DE LA HETEROGENEIDAD DE LA INFORMACIÓN BRINDADA AL DECISOR. ACTIVIDAD CONSULTIVA “MATERIAL” Y ACTIVIDAD CONSULTIVA “FORMAL”

Difícilmente encontraremos en el Derecho Administrativo, y en especial dentro del procedimiento decisorio administrativo, una figura de contornos tan ambiguos y difícil de aislar e identificar científicamente como la denominada “actividad consultiva”.²⁶

Desde un punto de vista estrictamente material, en su teleológica orientación a la decisión, la “consulta” –*en sentido material*, entonces– puede englobar realidades con efectos jurídicos notablemente diferentes, aunque el contenido material de aquella será en todos los casos una exposición o representación que podemos denominar *cognoscitiva*. Así siempre se tratará de una información que el consultado dará al consultante acerca de un hecho, o su interpretación, que el primero conoce o sabe, o debe conocer o saber, en razón de su especialidad y no por haber sido, de alguna manera, actor o testigo de aquel. Es decir, la información que produce lo que aquí denominamos consulta se encuentra basada en un conocimiento especializado y no en uno de tipo meramente fáctico.

En todo proceso decisorio nos encontraremos frente a un órgano que busca, para la toma de la decisión en cuestión, contar con una información lo más amplia posible. Esta información –que siempre tendrá el carácter de insumo, interno o externo, en el proceso decisor– podrá referirse a la existencia y comprobación de determinados hechos, de ciertos datos, de la valoración de todos ellos, de la relación entre conse-

²⁶ Así lo destaca también Barbati, Carla, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002, 9: “Cualquier estudio que tenga como objeto la actividad consultiva [...] (es) [...] un análisis que corre el riesgo [...] de aparecer como de objeto indefinido, tan extenso y multiforme es el complejo de los casos en que ella se expresa y varias las cuestiones que pueden ser tomadas en consideración [...] (así aquellas) internas a los mismos niveles decisorios de referencia, que derivan de las decisiones que son objeto de las consultas, de los procedimientos previstos, de la configuración y de la colocación ‘ordinamental’ del sujeto llamado a efectuar las intervenciones consultivas, de las relaciones en las que el consultor se encuentra respecto de la autoridad decidora que es su interlocutora”.

cuencias y alternativas decisorias, y, especialmente, del juicio u opinión científica o técnica sobre todo lo anterior. Así, respecto de la naturaleza de los hechos –por ejemplo, el tipo de terreno donde se construirá una obra– o la valoración y pronóstico de los datos –por ejemplo, estudios sobre el tránsito existente y su evolución previsible, según determinadas variables, a los efectos de la construcción de una obra vial– o las previsiones sobre las consecuencias de las distintas alternativas a considerar –por ejemplo, para el análisis del impacto ambiental de las distintas opciones para la localización de una obra–, además, y principalmente en el sistema de la “administración de legalidad” según el modelo de organización burocrática, de la corrección y consecuencias jurídicas de la decisión por tomar o de sus diferentes alternativas. Apreciamos así que la información a la que se refiere la actividad materialmente consultiva dista mucho de confundirse con la proveniente de quien tenga la calidad de actor o testigo de determinados hechos, es decir, del poseedor de un conocimiento que hemos denominado “meramente fáctico”.

Como la información a la que nos queremos referir en este capítulo aporta conocimientos sobre distintos aspectos de una realidad dada, la consulta será siempre una *actividad con finalidad cognoscitiva* relativa a los distintos insumos que conforman el *input* de la decisión, además de los que deberían integrarla aunque no se encuentren incorporados o bien suficientemente exteriorizados dentro del correspondiente proceso decisorio. Igualmente, tal información a la que recurre el consultante debe permitir prever plausiblemente (pronóstico) las consecuencias de la decisión, en cualquiera de sus aspectos.

A pesar de aquel último aspecto, va de suyo que la consulta no es una actividad creativa o productora de los insumos –con excepción de su propio aspecto de insumo, en todo caso subordinado a la realidad que conoce y sobre la cual realiza la actividad valorativa o informativa–, sino simplemente de identificación de realidades que objetivamente existen al momento del proceso decisorio o que, razonablemente, se prevé que existirán con posterioridad a la decisión.

Pero si ésa es la “consulta” desde un punto de vista material, su misma heterogeneidad nos muestra que ella es insuficiente para identificar formal, funcional y jurídicamente la “actividad consultiva”, como actuación específica al servicio del procedimiento decisorio, que se expresará en un instrumento también formal y destinado a la producción de determinados efectos jurídicos, al que denominamos “dictamen”.²⁷

²⁷ Giannini, Massimo S., *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, V. II, 1993, 3ª ed., 125, destaca: “[...] no se debe confundir el emitir dictámenes (*pareri*) con la atribución consultiva (como, en cambio, se hace a menudo), consistiendo esta última en brindar dictámenes en ejercicio de una actividad específicamente definida como tal por la las normas”. También Travi, Aldo, “Parere nel Diritto Amministrativo”, *Digesto*, Torino, V. X, Pubblico, UTET, 1995, 4ª ed., quien sostiene la imposibilidad de reconducir la figura del *parere* o “dictamen” a un esquema unitario, dotado de una disciplina homogénea. Esto es así, según Travi, frente a la multiplicidad de dictámenes de naturaleza heterogénea que prevé el ordenamiento y que, en consecuencia se sujetan a diferentes regulaciones jurídicas, especial-

Teniendo en cuenta que el órgano decisor actúa sobre determinados insumos, a los que accede en calidad de información o datos de conocimiento,²⁸ es preciso distinguir, en un intento clasificatorio, las distintas actividades procesales que generan la adquisición de tal información –algunas de las cuales, materialmente, podrán ser consideradas “de consulta”– para así poder diferenciar y aislar la *actividad funcionalmente consultiva*, que es lo que trataremos de hacer en los párrafos siguientes.

5. LOS DISTINTOS TIPOS DE ACTIVIDAD DE CONSULTA

Si bien la información ingresa en el procedimiento por diversos medios, gran parte de ella proviene de la actividad material “de consultar”, es decir, de la procura, por parte del órgano decisor, de la información que precisa para producir la decisión. Se trata siempre de una actividad de tipo cognoscitivo, normalmente originada en el mismo sujeto que precisa de la información, aunque en ciertas ocasiones puede provenir por impulso propio de la fuente de información, o por imposición normativa, pero siempre en razón del aporte de un elemento cognoscitivo al proceso decisorio.

Desde esta perspectiva, es decir, según la necesidad de la consulta, ésta puede clasificarse en las categorías de A) *reglada* y B) *discrecional*.

La consulta es *reglada*, y, por tanto, de requerimiento obligatorio por parte del órgano decisor, cuando es exigida por la norma frente al acaecimiento de las circunstancias que ella misma haya previsto, ya sea como “dictamen” propiamente dicho o –siempre en su materialidad– como mero elemento de conocimiento, según lo discutiremos más abajo. Puede, a la vez, dividirse en A.1) por imposición normativa expresa, en los casos en que se encuentra literalmente exigida por la norma aplicable al procedimiento decisorio en concreto,²⁹ o A.2) por imposición normativa implícita, por así resultar de la racionalidad del sistema formado por el conjunto de

mente en cuanto a sus efectos sobre la decisión o *provvedimento* al que cada una de esas especies se refiere (incluso varias de ellas pueden estar vinculadas, y hasta con contenidos contradictorios, con una misma y única decisión). En cambio, Travi destaca sí la homogeneidad de la “actividad consultiva”, de manera que la figura del dictamen podrá ser el resultado de la actividad consultiva o de otras de diversas especies. Nosotros (sin perjuicio de lo mucho que aprovecharemos el excelente estudio de Travi) vincularemos al instrumento “dictamen” con la actividad consultiva en sentido propio, formal, o, más estrictamente, *funcional*, el que, si se quiere, no deja de estar englobado en la actividad de consulta en sentido material, en todo caso, como especie de esta última.

²⁸ En cierto sentido, la petición de un administrado que inicia un “procedimiento constitutivo”, o el recurso de impugnación con que inicia un “procedimiento recursivo”, son también información. Así lo serán de la pretensión hecha valer, del derecho subjetivo en juego, de ciertas consecuencias de la decisión tomada o por tomar, de determinados hechos, de su posibilidad y medios probatorios, etcétera.

²⁹ Le damos, por lo menos a estos efectos, el mismo carácter normativo (de cumplimiento obligatorio, bajo sanción) a la instrucción u orden que provenga del superior del órgano decisor dirigida a que éste formule la consulta. Queda claro que la orden no debe provenir del órgano decisor hacia uno de sus subordinados, ya que de lo contrario podríamos estar dentro del supuesto B), sino de un órgano distinto del decisor, sin duda con potestad jerárquica sobre aquél.

normas que regulan al procedimiento decisorio en cuestión, especialmente a los efectos de su validez, aunque no se encuentre prevista en la letra misma de una norma concreta. Así, cuando el Artículo 7.b de la LPA exige que el acto administrativo se sustente “en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa [...]”, está obligando al decisor a informarse acerca de tales hechos y antecedentes, no sólo sobre su existencia como tales sino en relación con todos los elementos que permitan conocerlos acabadamente. Si tal información no se encuentra ya incorporada en el procedimiento –por denuncia de un interesado, por el resultado de una actividad probatoria determinada o incluso por una actuación de consulta anterior– o bien no es de notoriedad objetiva, debe entenderse que las reglas procesales exigen que aquella información sea requerida y adquirida por el procedimiento concreto con los mismos alcances que corresponden al elemento “causa”, o bien, con una total identificación con dicho elemento.

Por el contrario, la consulta será *discrecional*, y, por tanto, opcional para el decisor, cuando su realización dependa de la valoración prudencial del órgano requirente o, excepcionalmente, por la actuación espontánea del órgano informante, ya que uno u otro pueden tomar la iniciativa discrecional de requerir determinada información o, respectivamente, de brindarla “de oficio”. Esta última hipótesis puede presentarse sin necesidad de una formal intervención previa del informante en el procedimiento; sin embargo, normalmente sucederá cuando y en los casos en que el órgano informante tenga ocasión de intervenir en el expediente por encontrarse éste en su despacho a los efectos de cualquier otro tipo actividad procesal.³⁰ En tal ocasión, el informante podrá, discrecionalmente, hacer saber al órgano decisor cualquier circunstancia cuyo conocimiento considere de importancia a los efectos de la decisión en cuestión.

Otro criterio de clasificación –necesariamente vinculado, como el que señalamos en el párrafo siguiente, a la dupla materia funcional– puede encontrarse en la situación procesal de la consulta, ya sea que ésta tenga A) función probatoria, como es el caso de los informes periciales, o B) función estrictamente consultiva, por ejemplo, en el clásico supuesto de los dictámenes de los servicios de asesoramiento jurídico.

También podemos clasificar la actividad en cuestión según su finalidad: A) para aportar simple información “causal” o relativa a la “causa” del acto decisorio, sin pretensión de influir sobre la decisión; B) específicamente destinada a influir sobre la decisión, ya sea con efectos vinculantes o no vinculantes respecto de la decisión a la que se dirige, aunque estos aspectos –especialmente el referido a la relación “dictamen elemento causa”– requerirán de las precisiones que haremos más abajo.

³⁰ La doctrina italiana, cfr. Giannini, *op. cit.*, 124, denomina estas intervenciones como “notas”, aunque éstas también podrían ser a solicitud del decisor. También señala Travi, *op. cit.*: “Mediante el ‘dictamen nota’, una administración expresa su propio punto de vista en relación con una cierta cuestión (por ejemplo, en mérito a la interpretación de una norma) en modo autónomo, o sea sin que tal expresión constituya una actividad exigida por el proceso”. Aclara que el *parere-nota* nunca es de producción obligatoria y tiene una finalidad meramente “noticial”.

Pero seguramente el criterio clasificador más importante, según veremos luego, es el *orgánico* u *organizativo*, que tiene en cuenta, precisamente, A) la competencia³¹ consultiva del órgano en tanto creado por el ordenamiento para cumplir con tal actividad desde una posición neutral, ya sea dicha competencia, o no, exclusivamente consultiva; o bien, B) el órgano carece de una competencia consultiva específica, aunque goza de *expertise* científico o técnico, por composición orgánica o por la calidad de la persona que ocupa el cargo, para opinar con autoridad sobre el tema de que será materia la decisión. También en este criterio clasificador podemos agregar un supuesto C) donde el órgano carece de competencia consultiva y puede o no poseer un *expertise* específico, pero el ordenamiento le otorga expresa competencia –le otorga interés, según veremos luego– para intervenir, con diferentes alcances, en el proceso decisorio de otro órgano que tiene adjudicada la, precisamente, competencia decisoria en la materia.

En todos los casos –que hasta podrán presentarse de manera combinada– se tratará de una actividad informativo cognitiva, es decir, de aporte de información al órgano decisor que perfecciona o completa su conocimiento –y, por tanto, la adquisición de tal conocimiento– sobre todos los “elementos” de la decisión, según la estructura del acto administrativo “modelada” por el Artículo 7° de la LPA.

6. LA IDENTIFICACIÓN TÉCNICO JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD FUNCIONAL CONSULTIVA FRENTE A SUPUESTOS DE CONSULTAS EN SENTIDO MATERIAL

Seguramente, el análisis comparativo de cada una de las categorías que seguidamente mencionaremos nos ayudará a aislar el instituto técnico jurídico de la “actividad consultiva” propiamente dicha, en su sentido funcional, del “dictamen” que la exterioriza, por lo menos a partir de un descarte de características o elementos que resultan inapropiados para la construcción de “modelo” que debemos construir.³²

I. Según el criterio de la obligatoriedad

Éste es un criterio útil para orientarnos en nuestro propósito de aislar científicamente el “dictamen”. La obligatoriedad impuesta expresa o implícitamente por el ordenamiento, de manera que la consulta aparecerá así como una actividad reglada, indicará que éste *reconoce en ella un valor funcional especial* a los efectos de la

³¹ En el contexto de la clasificación que intentamos, nos referimos a la “competencia” en tanto elemento jurídico formal estrictamente organizatorio, es decir, no en cuanto a la posesión de un determinado conocimiento o especialidad, a lo que indicamos con la ya habitual palabra inglesa *expertise*, que incluye tanto la experiencia como los conocimientos científicos, profesionales, técnicos, artísticos, etcétera.

³² Es que, como lo dice Rawls, John, en “A Theory of Justice”, en ocasión de buscar un significado adecuado para el término “justo”, “la explicación es una eliminación”, es decir, un método según el cual vamos eliminando ciertos significados corrientes en favor de otros, que se ajustan mejor a los fines de nuestro estudio (de la edición italiana, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2002, 106).

incorporación de un elemento cognoscitivo determinado en la decisión final a la que aquella sirve. Naturalmente, cuando la consulta se encuentre expresamente exigida por una norma concreta, no enfrentaremos ninguna dificultad en identificarla como tal. Más complejo es el supuesto de la inexistencia de tal imposición expresa; sin embargo, si el órgano decisor carece de conocimientos siquiera genéricos –no ya de *expertise*– sobre la materia por decidir o sobre aspectos determinantes de la decisión, es claro que se encontrará también obligado a requerir el asesoramiento del órgano experto. Podemos decir, en este caso, que la consulta se encuentra implícitamente exigida por el ordenamiento.

En cambio, si el ordenamiento no exige la producción de tal determinada actividad de consulta o información, y ésta es practicada por una discrecional decisión del órgano para mejor completar su información, no podrá atribuírsele a aquélla un valor funcional en relación con la decisión a tomar, aunque dicho valor se presentase de hecho frente a la eventual utilidad del elemento cognoscitivo voluntariamente incorporado respecto de la decisión final.

Ciertamente, una vez que el dictamen se encuentra incorporado en el procedimiento principal, se convierte en un elemento “necesario” o de obligatoria consideración por parte del decisor, aun cuando, en sí misma, la consulta haya sido de decisión discrecional o facultativa por parte de aquel último.³³

II. Según el criterio funcional. Actividad consultiva y actividad probatoria

Como hemos visto antes, tomamos aquí el criterio de la funcionalidad de la consulta (en sentido genérico) en relación con el acto decisorio, lo que nos ayudará a distinguir la consultiva de otras figuras afines y, especialmente, de las distintas actividades probatorias.

La prueba sirve para “demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos que han de servir de fundamento a la decisión del procedimiento”³⁴ y, como tal, es una actividad “instructoria”, es decir, destinada, en lo que nos interesa, a la verificación de los hechos controvertidos cuya dilucidación es pertinente para la resolución de un determinado caso.³⁵

Por el contrario, la actividad consultiva, siempre en sentido estricto, no busca incorporar al procedimiento “hechos”, en tanto tales, sino “elementos de conocimiento”, siempre sobre hechos de la realidad. Incluso así, sobre la base de los hechos

³³ En el mismo sentido, Travi, *op. cit.*, aclara que el “dictamen nota”, al que hemos hecho referencia en la anterior nota 30, “es ajeno a esta lógica procesal”.

³⁴ González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1988, 651.

³⁵ González Pérez, *op. cit.*, 619: “La instrucción del procedimiento tiende a proporcionar los elementos necesarios para que pueda dictarse la resolución”, cita el Artículo 81.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo” española que se refiere a “[...] los actos de instrucciones adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución”.

que se encuentran, en el procedimiento, a disposición de la consideración del consultor, la actividad consultiva expresa “opiniones” o “consejos” –la opinión, en muchos casos, no dejará de expresar un consejo, siquiera implícito– para uso del decisor acerca de la cuestión que a este último interesa o que el órgano “consultor”, en lo supuestos excepcionales en que se le permite actuar de oficio o dentro de la misma consulta, considera que le debe interesar.³⁶

Debemos notar que si bien la “consulta”, desde un punto de vista material, también incorpora “hechos” al procedimiento –en el sentido de elementos exclusivamente destinados a completar la integralidad del elemento “causa” en el acto decisorio–, desde un punto de vista formal y funcional –esto es cuando corresponde calificarla como “actividad consultiva”– persigue, principalmente, otra finalidad, tal es la de “iluminar” el juicio del decisor con una cierta valoración, una advertencia, una opinión técnica o científica, una previsión acerca de circunstancias futuras, etcétera.

Desde esta perspectiva, no podemos considerar la actividad consultiva, expresada en el “dictamen”, como parte de la instancia “instructoria” del procedimiento. Incluso el dictamen debería ser emitido con la instrucción o etapa probatoria –aun con los alegatos de la o las partes– ya concluida, para que el consejo u opinión sea producido teniendo en cuenta la misma cantidad de elementos de valoración con que contará el decisor para la producción del acto decisorio.³⁷

La cuestión planteada arriba tiene efectos prácticos de importancia. Así, por ejemplo, será distinta la participación de la parte interesada en relación con las medidas de prueba, que se encuentran abiertas a su promoción, impulso (sin perjuicio de las que decida la autoridad administrativa) y control que la que le corresponderá respecto de la actividad consultiva, en sí misma ajena al administrado parte en el procedimiento, aunque éste pueda sugerirla o impulsarla sosteniendo su carácter necesario, y sin perjuicio de que, en el momento de la valoración del acto decisorio –lo podrá hacer también antes, por ejemplo con el alegato, siempre previa vista del expediente–³⁸ valorará también el acto consultivo, haya sido o no seguido por el órgano decisor.

³⁶ Como una suerte de “*obiter dicta*”, o bien a partir de considerar que se trata de un elemento implícito en el requerimiento, o de necesaria utilidad para brindar una respuesta verdaderamente completa o satisfactoria.

³⁷ Como ajeno a la etapa instructoria, Barbati, *op. cit.*, 59, nota 22. En sentido contrario, González Pérez, *op. cit.*, p. 629, comentando el Artículo 84, LPA, relativo a los “informes” o “dictámenes”, indudablemente ubicado como parte de la “instrucción”. En nuestro caso no existe determinación normativa en cuanto a la oportunidad de la producción de la actividad consultiva, lo que nos facilita la afirmación hecha en el texto.

³⁸ En los “alegatos” las partes (o el único interesado participante del proceso, por ej., en un recurso o impugnación de un acto) valoran la actividad probatoria cumplida y tienen ocasión, frente a ello, de presentar ante el decisor una nueva argumentación sobre sus respectivas pretensiones iniciales (sin cambiar la sustancia de ellas). Así, por definición, exigen que la etapa instructoria se encuentre concluida. También es conveniente que se encuentre incorporado al proceso, antes de alegar, el respectivo dictamen, que quedará así sujeto a la valoración de los interesados. Nada impide que, luego de ello, si el órgano decisor lo considerase conveniente, se produzca un nuevo dictamen, donde será el asesor el que tendrá la oportunidad de valorar los alegatos.

La distinción alcanza también a los efectos jurídicos de uno y otro. Es cierto que la interpretación de las medidas de pruebas incorporadas se encontrará sujeta a la apreciación del decisor, pero, en ciertos supuestos, el apartamiento de la prueba puede significar una flagrante violación del elemento “causa”, como desconocer o malinterpretar el resultado de una pericia caligráfica, o contable, etc. –distinta cuestión es la valoración de su pertinencia respecto de lo debatido en el procedimiento–, mientras que la actividad consultiva –salvo la vinculante, a la que nos referiremos luego, no sin reservas– es de apreciación totalmente libre por el órgano con competencia decisoria. Es decir, el apartamiento del dictamen no significará de por sí un vicio en la causa o en el procedimiento, simplemente será el caso de una opinión no compartida, sin perjuicio de que tal apartamiento deba ser razonablemente motivado. Así, el elemento de prueba incorporado a las actuaciones, cuando sea pertinente y determinante, integrará siempre la causa del acto decisorio, mientras que la actividad consultiva, sin negar totalmente lo anterior, como veremos, tendrá específicamente sobre el decisor, aunque también sobre el acto, los efectos que iremos determinando a lo largo de este desarrollo argumental.

III. Según el criterio de la finalidad

Tanto la actividad pericial producida durante la etapa instructoria, como los eventuales informes que, aun independientemente de cualquier necesidad probatoria y expresivos de una actividad consultiva en sentido material, se incorporen al expediente, tienen como finalidad, según ya vimos, el integrarse en el elemento “causa” del acto decisorio. No se encuentran tanto dirigidos al órgano que debe decidir como a la decisión misma; forman parte de los antecedentes causales, generalmente suministrados por órganos que pueden estar dotados de una competencia material vinculada a una ciencia o técnica determinada, o bien de registro e interpretación de datos con o sin fines estadísticos, o también suministrados por similares instituciones privadas dotadas de un *expertise* de aquellas características.

A diferencia de las anteriores, la actividad consultiva “funcional” busca aportar un elemento cognoscitivo al decisor, aun bajo la forma de una opinión experta sobre la valoración científica o técnica de hechos pasados, presentes o futuros. Es un *aporte estrictamente cognoscitivo* que siempre encerrará, de manera expresa o implícita, una *sugerencia* de actuación para el órgano decisor. No pretende el dictamen tanto aportar elementos de hecho al acto –aun cuando no deja de tener ciertos “efectos causales”– como conocimientos al órgano activo, conocimientos que, en sí mismos, tienen la finalidad de aconsejar sobre el todo o parte de la decisión.

7. LA IDENTIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONSULTIVA FUNCIONAL CONFORME CON EL CRITERIO DE LA “NEUTRALIDAD” DEL CONSULTOR

La propiedad de la actividad consultiva funcional de influenciar sobre el órgano decisor no contradice la generalizada caracterización doctrinaria de la actividad con-

sultiva, como es la de su “neutralidad”. Por el contrario, la reafirma frente a otras modalidades de consulta donde, por lo general, tal neutralidad no existe o bien es intrascendente.

La “neutralidad” a la que aquí nos referimos no quiere decir que el órgano consultivo, sobre la base del juicio de conocimiento que aquel elabora a partir de las reglas de su propia ciencia o técnica, no adopte una posición determinada en lo que respecta a la decisión para la cual dictamina y que, en razón de tal posición, aconseja. *El órgano consultivo es neutral porque no es interesado, porque carece de una “competencia de interés” para intervenir en la cuestión.*³⁹

Esta distinción entre “órgano neutral” y “órgano interesado” –en tanto categorías (neutralidad e interés) que sólo nos son útiles para esta discusión– nos ayudará a aislar un concepto de actividad consultiva –siempre expresada en el acto formal del dictamen– de otras especies de consultas, aun siendo “materiales”, cuyo contenido también encierra elementos cognocitivos obtenidos a partir del dominio de una ciencia o técnica determinadas, es decir, de un *expertise* específico, o de la atribución de una competencia que obliga a la intervención experta del órgano dotado de aquella, o todo ello combinado.

“Neutralidad” e “interés” reflejan la *posición funcional* del órgano, conforme con la competencia que tiene otorgada, dentro de la organización y respecto de la decisión en relación con la cual opina.

“Interesado”, en este sentido, es el órgano cuya competencia coincide ocasionalmente con la competencia del, para el caso, órgano decisor; es más, el primero *es también órgano decisor* en relación con dicha materia, aunque con ocasión o en oportunidades diversas. La intervención interesada se produce cuando la norma le impone al órgano decisor la obligación de “oír” o de impulsar la intervención de otro órgano para quien, habitualmente, tal tipo de decisiones constituye su competencia principal, y que, como veíamos arriba, para el ejercicio de esa competencia han desarrollado un especial *expertise* o una saliente calidad técnica o científica, que se refleja en la calidad de su integración humana. Nótese que en estos casos el ordenamiento no constituye como “consultor” el órgano que debe ser oído. Por el contrario, éste tiene una competencia específica, propia de la administración activa, pero que, en una determinada oportunidad coincide, siquiera parcialmente, con el contenido o presupuesto de la decisión que debe ser tomada por el órgano obligado a “oír”. Dicha competencia específica, que podemos denominar “activa”, hace que este órgano tenga “interés” en el contenido de la decisión que deberá tomar el órgano “oyente” en el caso concreto. Podríamos decir que, incluso, posee un “fuerte” interés, que lo mueve a *requerir* del “oyente” –no a aconsejarlo– una decisión que coincida con los contenidos queridos por el primero, porque tales contenidos reflejan su propia política en las circunstancias dadas.

³⁹ Véase Barbati, *op. cit.*, 32-33, y doctrina que cita en nota N° 41; también Travi, *op. cit.*, 6.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso contemplado por el Artículo 61 de la Ley N° 24.156, de Administración Financiera, que exige la opinión del Banco Central antes de la formalización del acto relativo a “las operaciones de crédito público que originen la constitución de deuda pública externa” y “cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante” sobre “el impacto de la operación en la balanza de pago”. El ente, u órgano, emisor o contratante de la deuda es, en el caso, el “decisor” que debe realizar la operación para financiar algún tipo de programa que tiene en ejecución o por ejecutar de acuerdo con su propia competencia. Pero, en tal circunstancia, esa actividad coincidirá con la competencia propia del Banco Central en materia de política monetaria y de manejo de la “balanza de pagos”. Sin duda, el Banco Central tendrá una posición tomada al respecto, es decir, ya habrá definido y se encontrará ejecutando políticas determinadas sobre la cuestión; por tanto, es “interesado”, no en el programa que requiere de la financiación, sino en la incidencia de la deuda sobre la “balanza de pagos” y, en definitiva, sobre la política monetaria.

En general, esta intervención interesada –volveremos sobre otros ejemplos en el siguiente párrafo– se expresa por medio de actos a los que, todavía sin precisión técnica y sólo provisionalmente, podemos denominar como “actos preparatorios” de la decisión final. Ellos son, reiteremos, expresión de una competencia activa propia del órgano emisor, aunque se incorporan concretamente en un procedimiento que no es el “propio” y donde tal competencia “coincide” –no exactamente y sólo de manera ocasional– con la del órgano decisor del procedimiento principal, llamado a conocer la opinión del que, así, llamamos “interesado”. Estos “actos preparatorios” podrán o no ser vinculantes sobre el contenido de la decisión principal, o, aun no siéndolo, podrán ser exigidos por la norma que regula el procedimiento principal (“reglados”) o de requerimiento “discrecional” por parte del decisor también “principal”. Pero lo importante es que el “consultor” no es neutral, aunque su acto o “consulta material” incida sobre la “causa” y sobre el “procedimiento” del acto principal tanto como lo hace el “dictamen” expresión de la “consulta funcional”.

En cambio –siempre para ejemplificar la diferencia entre órgano “interesado” y órgano “neutral”–, la Procuración del Tesoro de la Nación, cuya mención nos permite centrar la atención sobre un organismo consultivo arquetípico, interviene dictaminando acerca de la legalidad de una infinidad heterogénea de actos propios de la “administración activa”. Sin embargo, en ninguno de esos casos la competencia de la Procuración del Tesoro se encuentra “interesada” en las materias a decidir, sin duda porque, con las excepciones que veremos luego, la Procuración nada tiene que decidir en ningún ámbito, sino sólo “dictaminar” desde la perspectiva de la ciencia jurídica. En este sentido, diremos que tanto la Procuración como el dictamen que emite son “neutrales”.

Es decir, la “neutralidad” se refiere a la posición funcional de “indeferencia” del consultor en lo que hace al contenido o elemento “objetivo” de la decisión final, salvo en lo que es materia propia de su *expertise*, pero siempre considerado en sí mismo y no en relación con el objeto de ningún acto en particular. Por eso no son

neutrales, tampoco, los órganos con competencia para “preadjudicar” en determinados procedimientos de selección del contratista de la Administración, los que, claramente, no emiten otra cosa que “actos preparatorios”.⁴⁰

Tampoco es actividad consultiva en sentido funcional la que realiza un particular contratado por la Administración para ciertos efectos en sí mismos consultivos, como los contemplados en la Ley N° 22.460 que regula el “contrato de consultoría”, que estudiaremos oportunamente. En este caso, se trata de un objeto contractual específicamente tipificado por la ley y, como tal, expresión de una “actividad interesada” –el cumplimiento de su propia prestación a los efectos de ser acreedor de la contraprestación convenida– por parte del consultor. En cambio, y en general, las consultas satisfechas por particulares contratados por la Administración a tal efecto, pero sin vinculación con la ley citada, podrían encajar en la calidad de actividad consultiva funcional en los casos en que vengan a suplir una carencia de la propia organización administrativa –carencia de un órgano dotado de *expertise* en determinada materia–, y la consulta es de exigencia obligatoria, siquiera en forma implícita.

Sobre la base de lo visto hasta el momento, en el apartado siguiente intentaremos delinear un criterio de identificación de la actividad consultiva que tenga en cuenta su funcionalidad tanto en la organización de la Administración pública como en el desarrollo del procedimiento decisorio administrativo.

8. LA IDENTIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONSULTIVA SEGÚN EL CRITERIO FUNCIONAL (ORGÁNICO PROCESAL). LA “ACTUACIÓN FUNCIONAL CONSULTIVA” O “FUNCIÓN CONSULTIVA”

Por las razones que seguidamente expondremos, éste se nos presenta como el criterio determinante de separación e identificación del concepto de “actividad consultiva” respecto de otras “consultas”, “informes”, “opiniones”, medidas probatorias y hasta también de otros “juicios de conocimiento” de distintas especies, etc., que podrán incorporarse, y habitualmente lo hacen, al proceso de producción de la decisión administrativa.

Para la construcción de tal criterio distintivo seguiremos el esquema o modelo utilizado en el T. I de nuestro *Tratado...* para identificar la “función” en tanto concepto técnico jurídico resultante del órgano, su competencia y su procedimiento de actuación. En este caso, la función consultiva producirá siempre una actividad consultiva, finalizada en un dictamen de esa especie, lo que nos permitirá distinguir la *actividad funcionalmente consultiva* de la actividad realizada por otros órganos. Estas últimas, si bien podrán ser materialmente coincidentes con la consultiva, no serán consideradas por el ordenamiento según la misma caracterización funcional.

⁴⁰ La calidad de “acto preparatorio” –cuya categoría utilizamos aquí provisionalmente, reiteramos– no es, en principio, unitaria y admite diversas regulaciones normativas, especialmente de cara a los administrados, que podrán o no contestarlos –no se tratará de una impugnación propiamente dicha–, y ello en diversas ocasiones, según los casos.

Calificamos como “actividad funcionalmente consultiva” la desarrollada por el órgano que ha sido creado por el ordenamiento con la finalidad principal y determinante de producirla, y para lo cual fue dotado por aquél de la correspondiente competencia, tal el caso de la Procuración del Tesoro de la Nación. Igualmente, podemos considerar actividad consultiva la realizada por el órgano que, si bien no tiene atribuida una competencia principal y determinante de aquel carácter, se encuentra dotado por el mismo ordenamiento organización de competencias materialmente técnicas o científicas –y el *expertise* necesario, en tanto conjunto de medios materiales y personales apropiados para ese fin– que lo convierten en especialmente apto para realizar tales actividades consultivas de así autorizarlo, implícita o explícitamente, su respectiva norma de organización. De esta manera, cuando la posesión de tales medios es tan determinante que el órgano hasta puede ser identificado por ellos –pensemos, por ejemplo, en el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) o en el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI)–, podría considerarse que tal competencia resulta, precisamente, de la especialidad científica o técnica del mismo órgano experto (normalmente será un complejo organizativo), siempre que en la actuación concreta de que se trate aquél no comprometa la posición de “neutralidad” que la función consultiva exige, según lo señalado en el párrafo anterior.

En el primer supuesto, el del órgano establecido para desarrollar la función consultiva, la identificación es de absoluta simplicidad, ya que nos provee del criterio distintivo que inmediatamente resulta del mismo complejo normativo que crea el órgano y le otorga su competencia.

En el segundo supuesto, puede ofrecer mayores dificultades. El órgano al que nos estamos refiriendo no es, en sí mismo, de naturaleza consultiva, pero goza de un indudable *expertise* en determinadas materias, generado, reiteremos, en razón de la competencia que tiene atribuida, normalmente destinada a la investigación científica aplicada, como también a la promoción de este tipo de estudios e investigaciones, con o sin competencias regulatorias respecto del sector de la producción incidido por aquellas ciencias aplicadas. ¿Cómo diferenciar éstos de aquellos otros casos en los que el órgano tiene, entre sus competencias, la de producir informes, o “dictámenes técnicos” –por ejemplo, el caso de la intervención del Tribunal de Tasaciones en materia expropiatoria y otras⁴¹, o la de ser obligatoriamente oído en determinadas oportunidades, como en el caso del Banco Central, que vimos más arriba?

⁴¹ El Tribunal de Tasaciones de la Nación se encuentra regulado por la Ley N° 21.626 (texto ordenado, Decreto N° 1.487/2001), la que lo constituye como un ente descentralizado en jurisdicción de la Secretaría de Obras Públicas (Artículo 1°). Entre sus competencias más importantes (Artículo 2°) se encuentran las de efectuar la tasación de los bienes sujetos a expropiación, como también de “los bienes inmuebles que proyecten adquirir, enajenar o locar el Gobierno Nacional, sus entidades descentralizadas, autárquicas y todas aquellas organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”; “Practicar la valuación contable de la totalidad de los bienes inmuebles de dominio público y privado” del sector público nacional; “Practicar tasacio-

La búsqueda de una solución que diferencie las hipótesis planteadas nos lleva a combinar el criterio puramente orgánico con otro de tipo procesal. Esto no porque consideremos la actividad consultiva, desde tal perspectiva procesal, simplemente como una etapa o instancia del procedimiento, sino en razón de su funcionalidad, es decir, como “*función*” orgánicamente incorporada al procedimiento decisorio⁴².

Desde la perspectiva que estamos estudiando, no puede ser sino determinante la posición del órgano tanto en la estructura organizativa como en el procedimiento de toma de decisión. Si el órgano fue creado por el ordenamiento a los efectos de producir juicios de conocimiento sobre determinada(s) materia(s) con el fin de incidir, aunque desde una posición de neutralidad, sobre un diverso órgano decisor, y a la vez ha sido dotado de los medios personales y materiales para ello, es indudable que la suya será una actividad de naturaleza consultiva.

Pero puede también suceder que el órgano haya sido creado por el ordenamiento para cumplir con competencias diversas de las consultivas en sentido estricto, pero que, por los medios con que ha sido dotado, se encuentre especialmente capacitado para realizar una actividad de tipo consultiva –como podría ocurrir, por ejemplo, con la Sindicatura General de la Nación– no contradictoria o excluyente respecto de sus competencias propias. Además, y esto es indispensable, el órgano deberá contar con autonomía funcional, con los alcances y efectos que hemos estudiado. En este caso, el órgano en cuestión podría realizar actividad consultiva porque cuenta con los medios para ello, de igual manera que un órgano consultivo en estricto sentido, pero siempre que, como veremos, el acto que en consecuencia produzca guarde una especial relación funcional con el procedimiento decisorio que se encuentra realizando el órgano al que la opinión consultiva va dirigida.

Pero, en ambos casos, la función consultiva se deberá apoyar siempre sobre la existencia de una *competencia especializada*, es decir, una competencia que exija y

nes sobre todo tipo de bienes que le sean requeridas por organismos nacionales, binacionales o multinacionales de los cuales el Estado Nacional sea parte, provinciales o municipales, cualquiera sea la forma jurídica adoptada” (apartados a, b, c y d, norma cit.). Estas tasaciones son pareceres técnicos, pero no son, en sentido estricto “dictámenes consultivos”. La tasación es una afirmación técnica que se agota en sí misma, sea o no vinculante, y en tal sentido hasta podríamos decir que el Tribunal de Tasaciones ejerce “administración activa”, y la tasación –en principio– es un “acto preparatorio”, o bien un “acto presupuesto”, según los casos, dentro del procedimiento administrativo al que se incorpora. El dictamen, en el sentido estricto de actividad consultiva, es una opinión, un desarrollo argumental de base técnica o prudencial, que no pretende ser una afirmación cerrada, terminada, sino un dato, precisamente argumental, que deberá ser valorado por el órgano activo. Volveremos sobre estas cuestiones en el texto, especialmente sobre el problema del dictamen con efecto vinculante.

⁴² Debe tratarse de un proceso destinado a la emisión de un acto administrativo, donde el órgano con competencia decisoria necesita (incluso por mero imperio normativo) de una opinión experta. No nos referimos, entonces, a otros tipos de procedimientos que también llevan este nombre, como en el caso tributario. Ver Licht, Miguel N., “Algunas cuestiones que suscita el Régimen de Consulta Vinculante reglado en la Ley Nacional de Procedimiento Tributario”, *El Derecho* del 29 de noviembre de 2005.

suponga la posesión de un *expertise* especial por la dotación en favor de la organización que la ejerce de los medios personales y materiales aptos según la rama del conocimiento a la que tal *idoneidad* se refiera.

Así, será actividad consultiva, o, ahora con mayor precisión, *función consultiva*, aquella *ejercida por un órgano al que el ordenamiento dotó de autonomía funcional y competencia especializada para cumplir con un cometido materialmente cognoscitivo y neutral en un procedimiento de “consulta”*. Éste será *el destinado a insertarse en el procedimiento llevado a cabo por un órgano tercero con la finalidad de tomar una decisión materialmente administrativa*. En tales condiciones, *la consulta tendrá la naturaleza y los alcances de juicio de conocimiento de reglada adquisición e incorporación por el decisor en el mérito del acto decisorio*, siempre de acuerdo con las regulaciones específicas establecidas por el ordenamiento normativo.

La descripción anterior nos permite, ahora con mayor claridad, descartar algunos supuestos semejantes a la actividad consultiva, pero no iguales. En el caso de órganos no específicamente consultivos, la competencia o *expertise* material a la que nos referimos debe igualar la de los órganos consultivos propiamente dichos, como si el órgano con competencia orgánica en sí misma ajena a la consultiva –ya sea activa o de contralor–⁴³ fuese también consultivo. Pero el órgano, decíamos, deberá contar con autonomía funcional⁴⁴ y poder exhibir una posición neutral respecto de la decisión a la que su opinión se dirige. La carencia de alguno de estos requisitos –los medios apropiados para el *expertise*, la autonomía funcional, la neutralidad– excluirán ciertos órganos de la calificación de consultivos, aunque emitan informes, estudios, incluso opiniones, las que valdrán como datos de hecho a tomar en cuenta por el decisor (elemento causa), pero no como funcionalidad consultiva.

Por otra parte, aun respecto de los órganos total o principalmente consultivos⁴⁵ –y por supuesto también en relación con los anteriores–, la actividad será de

⁴³ No nos parece que, de tratarse de un órgano de control, deba excluirse de manera absoluta su intervención consultiva, que será siempre previa, sobre el mismo acto que luego deberá controlar. El órgano de contralor siempre actuará conforme con sus propios precedentes, de manera que, en la práctica, en nada perjudica que adelante su opinión. Por supuesto que el órgano activo podría plantear causales de recusación personales, de darse los supuestos contemplados por la reglamentación de la LPA.

⁴⁴ Así no podría ser actividad consultiva la realizada por los organismos técnicos de las fuerzas de seguridad o los dependientes de la administración decisoria, salvo que tal autonomía funcional estuviese expresamente otorgada y asegurada por el ordenamiento, como ocurre efectivamente con los “servicios jurídicos permanentes” incorporados en las distintas dependencias de la “administración activa”, aunque pertenecientes al Cuerpo de Abogados del Estado.

⁴⁵ La de “totalmente consultivos” es una terminología defectuosa, sólo útil en el contexto de lo que exponemos en el texto. En realidad, difícilmente encontremos un órgano con una actividad total o exclusivamente consultiva (no lo es, siquiera, el órgano consultivo por antonomasia, la Procuración del Tesoro de la Nación. Tampoco nos satisface completamente la calificación de “principalmente consultivos”, que también utilizamos exclusivamente en apoyo de la argumentación del texto, pues tal idea será acertada o no según la perspectiva de análisis que se utilice).

aquella naturaleza, siempre que se trate no de una mera información o exposición de datos sino de un juicio de conocimiento cuya incorporación al procedimiento y su valoración por el decisor en el acto decisorio sea obligatoria, de modo que se encuentre en una relación funcional específica con la decisión.

Como se ve, hemos hecho arriba una especial referencia al aspecto *procesal* de la función consultiva, cuestión que discutiremos con mayor profundidad en el apartado siguiente.

9. EL “ACTO CONSULTIVO” O “DICTAMEN CONSULTIVO”. LA “DOBLE FUNCIONALIDAD” IMPERATIVA E INTERACTIVA: CAUSAL Y PROCESAL

En el apartado anterior hemos estudiado el aspecto orgánico y, por tanto, también “competencial” de la función consultiva. Pero ésta, además, para ser tal, debe provocar una “relación procesal funcional específica” con el acto decisorio al que se ordena.

Por medio de tal expresión conceptual –“relación procesal funcional específica”–, queremos significar que la actividad funcional cuya identificación perseguimos debe estar referida, siempre dentro de un determinado procedimiento de producción, a una decisión que *sería inválida* de no existir el que denominamos “acto consultivo”, de la misma manera que, por ejemplo, sería imposible o inválido, en algunos supuestos, otorgar un derecho no pedido o resolver jurisdiccionalmente un litigio no planteado o, en general, actuar de oficio cuando la norma exige lo contrario, es decir, la instancia de parte. Aun así, la comparación anterior sólo busca señalar una cierta semejanza material, ya que los ejemplos mencionados tienen la calidad de *presupuestos de los procedimientos* respectivos, mientras que el acto consultivo es, en cambio, un *elemento estructural del acto decisorio* y no un presupuesto lógico jurídico del procedimiento de producción de aquélla.

La necesidad de desvincular la actividad funcionalmente consultiva propiamente dicha de lo que en muchas ocasiones se denomina “dictamen”, nos hace preferir denominar su producto como “acto consultivo” o, mejor aún, “dictamen consultivo”, precisamente para diferenciar el dictamen producto de una actividad consultiva en sentido funcional de aquellos otros actos que, aun denominados “dictámenes” por las normas que los contemplan –y que nosotros, para subrayar la distinción podemos llamarlos “dictámenes informativos”– tienen otra funcionalidad dentro del procedimiento decisorio.⁴⁶

En efecto, el “dictamen informativo” tiene una funcionalidad simple respecto del acto decisorio, esto es proveer al órgano decisor de componentes que, a la

⁴⁶ Barbati, *op. cit.*, 15, con cita de Correale en nota 3: “[...] (no existe) equivalencia entre función consultiva y parecer, de manera que existen pareceres, así habitualmente denominados, que no son expresión de la función consultiva”.

vez, integrarán el elemento “causa” del acto en cuestión. Pero aquellos componentes –seguramente junto con otros– sólo serán tenidos en cuenta por el decisor de considerarlos relevantes para la integración de la “causa” del acto e, incluso, de integrarlos efectivamente en aquélla, lo hará conforme con su propia valoración y no necesariamente siguiendo la valoración hecha por el autor del “dictamen informativo”, en el supuesto de que esta última ponderación haya sido realizada.

En cambio, el “dictamen consultivo” tiene una *doble funcionalidad* dentro del procedimiento y en relación con el acto decisorio, y en los dos casos actúa dentro de aquél con carácter de *absoluta obligatoriedad*, de manera que podemos hablar de su “doble funcionalidad imperativa”.

I. La funcionalidad causal

La primera de aquellas “funcionalidades” consiste en la influencia que el “dictamen consultivo” provoca sobre el elemento causa, de la que formará necesariamente parte en carácter de “antecedente”.⁴⁷ Así, a diferencia de lo que ocurre con el dictamen meramente informativo, como con cualquier otro tipo de informe, *el dictamen consultivo no puede ser excluido de la causa del acto*. Desde esta perspectiva, podemos decir que *el dictamen consultivo posee una incidencia causal directa y necesaria (imperativa) sobre el acto decisorio*.

El “dictamen consultivo” integra la causa en tanto que el dato cognoscitivo que contiene es, indudablemente, un antecedente fáctico⁴⁸ del acto administrativo decisorio. Pero, además, no puede dejar de ser considerado desde la perspectiva de dichos efectos sobre la decisión. Nótese que, por ejemplo, en el caso del dictamen informativo, aun cuando el órgano decisor lo considere intrascendente o irrelevante a los efectos de la decisión, esta valoración podrá ser cuestionada por un eventual impugnante del acto decisorio quien deberá, en tal caso, demostrar su trascendencia

⁴⁷ Recordemos que el acto administrativo –que es el núcleo sustancial de toda decisión administrativa–: “Deberá sustentarse en los hechos y *antecedentes* que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”, de acuerdo con el lenguaje del Artículo 7º, apartado b), LPA (el destacado nos pertenece). Travi, *op. cit.*, cita a De Valles y su consideración del dictamen como parte de la “causa” del acto: “[...] esta doctrina concentraba la atención sobre la ‘causa’ del acto, que para cualquier hipótesis de dictamen o parecer constituiría siempre ‘aquella que suministra [...] elementos concretos, administrativos, jurídicos, técnicos’ útiles para la consideración final por la autoridad que debe emitir la decisión”.

⁴⁸ Aun cuando el dictamen contenga un juicio de conocimiento jurídico, ya sea descriptivo o interpretativo, es, para el acto decisorio, un dato fáctico: existe tal norma que contempla el caso, su interpretación razonable y plausible es ésta o aquélla, los precedentes jurisprudenciales son los que se explican, etc. El dato jurídico, por el contrario, es el que el mismo decisor incorpora cuando sostiene, por ejemplo, que el acto se encuentra alcanzado por la norma que específicamente el mismo órgano decisor identifica, aun- que para ello se inspire en el juicio de conocimiento contenido en el dictamen.

sobre la causa y su relevancia, entonces, sobre la decisión en cuestión,⁴⁹ y de allí sobre el derecho que la decisión desconoce o agravia. Pero, en el supuesto del dictamen consultivo, éste deberá ser incorporado necesariamente a la causa y valorado o “merituado” por el decisor. Si no lo hace, el perjudicado por la decisión final podrá impugnarla aduciendo, simplemente, la ausencia de tal incorporación, o bien la insuficiencia o inexistencia de mérito –aunque sólo fuere en relación con el dictamen– mérito que, a la vez, deberá quedar expresado en el elemento “motivación”.⁵⁰ Es decir que el dictamen consultivo, por imperio de su propia naturaleza, siempre formará parte del elemento causa y así deberá ser “merituado”, siguiendo o no sus lineamientos, por el órgano emisor del acto.

Por ello, la omisión de incorporar el dictamen consultivo al elemento causa del acto es un vicio *in se* cualquiera sea la trascendencia del contenido del dictamen sobre el contenido del acto. Si el mérito del dictamen, por su parte, fuese manifiestamente irrazonable, estaríamos ante un supuesto similar al anterior. Si tal mérito es simplemente incorrecto, el impugnante deberá producir, en cambio, actividad probatoria destinada a demostrar esa incorrección y su incidencia sobre el contenido del acto, sin perjuicio de las otras hipótesis impugnativas de éste.

El dato determinante, entonces, que nos permite sostener que el “contenido cognoscitivo del dictamen consultivo” –aunque simplificamos refiriéndonos exclusivamente a la denominación de la actuación (dictamen) que contiene el juicio de conocimiento– tiene una funcionalidad causal “imperativa” sobre el acto administrativo decisorio al que sirve, reside en que el juicio cognoscitivo que contiene debe ser siempre meritudo por el órgano decisor, lo que también nos ayuda a distinguirlo de otras especies, como los informes probatorios (“dictamen informativo”). En este caso, como ocurre con toda la actividad probatoria en sí misma, ésta no es de mérito obligatorio en el acto administrativo, aun cuando, de incorporar la prueba un elemento causal relevante y “conducente” (cfr., Artículo 1º, f. 3, LPA), la omisión o incorrección de su mérito importará un vicio en el elemento causa del acto decisorio. Pero la mera omisión de merituar el dictamen consultivo, reiteramos, provoca un vicio en el

⁴⁹ El dictamen informativo, como cualquier otro tipo de informe, quedará incorporado en el expediente –es decir, el cuerpo formal, aunque integrado con elementos materiales, que exterioriza el procedimiento– y así, siempre será un “antecedente”, en sentido impropio, del acto, pero no en cuanto a formar parte de la “causa” de aquél. En el expediente, el informe considerado irrelevante será, igualmente, un antecedente material, ya que se encontrará materialmente incorporado a él. En cambio, en el acto, tal informe no integrará necesaria, formal ni materialmente el elemento “causa”, salvo que el decisor así lo considere, integrándolo como elemento estructural causal del acto administrativo decisorio. Por supuesto esta valoración del órgano decisor podrá ser criticada por el interesado, por ejemplo, como fundamentación única o complementaria, de la impugnación del respectivo acto administrativo.

⁵⁰ El acto, prescribe el Artículo 7º, apartado e, LPA: “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b del presente Artículo”, es decir, la causa y su contenido.

elemento causa; el acto se encontrará insuficientemente causado, siquiera por la negativa, esto es por la ausencia de otros elementos cognoscitivos aportados por el decisor al acto con el propósito de contestar el contenido del dictamen en cuestión.⁵¹

Si no aisláramos esta funcionalidad causal imperativa del dictamen consultivo, lo estaríamos reduciendo a una mera instancia formal dentro del procedimiento decisorio: bastaría con que la instancia se cumpliera para dar por satisfecha la exigencia estructural del Artículo 7º de la LPA. Pero el dictamen forma parte del elemento procedimiento –según lo veremos en el apartado siguiente– desde la perspectiva de la causalidad imperativa de aquél, y participa en la construcción del elemento causa desde la perspectiva, a la vez, de su funcionalidad procesal imperativa. Ésta es la que llamamos “doble funcionalidad ‘imperativa’ e ‘interactiva’ o ‘sistémica’” de forma tal que un solo subelemento, el dictamen consultivo, alimenta, siempre en una doble e interactiva funcionalidad, dos elementos estructurales del acto administrativo: la causa y el procedimiento.⁵²

II. La funcionalidad procesal

La segunda funcionalidad del dictamen consultivo en el procedimiento decisorio consiste, precisamente, en su calidad de parte integrante del, a su vez, elemento “procedimiento” del acto administrativo.⁵³ El dictamen es el *producto de un “procedimiento consultivo” que, como tal, forma parte del elemento procedimiento del acto administrativo decisorio.*

Cuando la norma reguladora del procedimiento así lo establece expresa o implícitamente –y si no lo hace, no estaremos frente a un dictamen consultivo–, éste deberá ser necesariamente incorporado al procedimiento, como una actuación procesal específica, a requerimiento del órgano decisor –la actividad consultiva en sentido

⁵¹ No debe confundirse la calificación causal que hacemos en el texto con otra relativa al elemento “motivación”. Éste es un elemento meramente expresivo de la “autosuficiencia” del acto administrativo decisorio, especialmente en relación con la causa y la finalidad del mismo, como lo estudiaremos con el detenimiento debido en el lugar oportuno. Pero una cosa es la expresión o “relato” de la causa y otra es ésta en sí misma. Ahora bien, nuestra postura es que el contenido cognoscitivo del dictamen consultivo es parte de la causa en sí misma, siquiera por la negativa, es decir, por la contestación de aquel contenido por parte del órgano decisor, como lo sostenemos en el texto.

⁵² Es cierto que todos los elementos del acto administrativo se encuentran ligados en una relación funcional sistémica, pero el caso del dictamen consultivo es singular, ya que tal relación la encontramos dentro de un mismo elemento material.

⁵³ El Artículo 7º, apartado d, LPA, identifica así el elemento “procedimiento”: “Antes de su emisión (del acto administrativo) deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”.

estricto no puede ser realizada de oficio⁵⁴ y funcionalmente preparatoria del acto final.⁵⁵

Para analizar esta cuestión debemos primero detenernos en la interpretación del apartado d, Artículo 7º, LPA, en lo que aquí nos interesa: el lenguaje de la norma, que hemos transcrito en la anterior nota 52, ¿autoriza a sostener que el dictamen consultivo es, en cualquier caso, integrante del “procedimiento” (siempre considerado como elemento del acto) o sólo tiene tal calidad el dictamen de contenido jurídico, emanado de los servicios permanentes de asesoramiento de tal tipo, cuando la decisión “pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”?

En realidad, la norma transcrita está exigiendo el dictamen jurídico en *todos* los actos administrativos, ya que sólo puede ser considerado “acto administrativo” el que, en sus efectos, incide en la esfera jurídica de los administrados, es decir, tiene la “fuerza” suficiente para afectar, positiva o negativamente, algún derecho del administrado al que el acto se dirige –oportunamente también discutiremos de manera crítica la cuestión de las categorías de *derecho subjetivo* y de *interés legítimo*.⁵⁶ Si tal incidencia o afectación no se presentase, siquiera como posibilidad cierta, no estaríamos ante un acto administrativo, sino frente a otra categoría de acto de la Administración. Por otra parte, ya hemos mencionado que toda decisión administrativa –en la medida en que sea productora de elementos para el medio ambiente– reconoce como núcleo esencial el acto administrativo, lo que nos lleva a concluir, entonces, que *todo acto administrativo precisará del correspondiente dictamen jurídico*, lo que por otra parte, reiteramos, se condice con el “modelo burocrático” de organización administrativa que hemos estudiado.

Igualmente exigirá (el dictamen consultivo jurídico) todo reglamento o “acto de contenido general” administrativo, ya que, como lo sabemos, esta categoría de decisiones de la Administración pública también se encuentra alcanzada por el Artículo 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos, la que ninguna distinción efectúa al respecto.⁵⁷

⁵⁴ La emisión e incorporación al procedimiento principal de una opinión o dictamen “espontáneo” o de “oficio” es contradictoria con la funcionalidad procesal del instituto, sin perjuicio de que podría servir como mero informe. Nótese que la valoración del dictamen requiere de su lectura conjunta con el contenido del acto de trámite que lo solicita, como ya lo hemos visto, el conjunto de lo cual genera la actividad consultiva propiamente dicha. También Barbati, *op. cit.*, 20: “Un parecer que no tenga quien lo solicita [...] no poseería los requisitos que permiten ubicarlo como la expresión de la actividad consultiva”, aunque admite excepciones.

⁵⁵ En este sentido, Sandulli, *op. cit.*, *Il procedimento...*, 161, destaca que el dictamen o parecer tiene un “carácter típicamente preparatorio”, con “carencia de autonomía funcional”.

⁵⁶ Sin perjuicio de ello, ver el capítulo VIII de nuestro *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980.

⁵⁷ En el caso del reglamento administrativo, será difícil, o a veces imposible, cumplir con la garantía del “debido proceso adjetivo” al que, respecto del valor del dictamen, haremos referencia más adelante. El carácter general del reglamento dificulta la individuación del administrado a quien dar “noticia y au-

Pero lo expuesto en los párrafos anteriores sólo indica que, como regla general, toda decisión administrativa dirigida al exterior de la propia organización deberá contar, en las condiciones procesales que veremos, con el correspondiente dictamen consultivo de carácter jurídico, pero no con otro tipo de dictámenes consultivos, correspondientes a otras ciencias o técnicas.

Sin embargo, creemos que la cuestión se encuentra contemplada en la letra de la norma citada, ya que si el dictamen jurídico es esencial cuando se hallen comprometidos derechos de terceros, esto es así porque en el contenido de la decisión, en su elemento causa, se encuentra la aplicación o interpretación de una norma jurídica. De la misma manera, entonces, el dictamen consultivo tendrá la calidad de parte necesariamente integrante del procedimiento cuando la decisión consista en –y contenga en su causa– la aplicación de un mecanismo, o de una solución o de un procedimiento que involucre, con el mismo grado de compromiso que en el “caso” jurídico, cualquier ciencia, técnica o rama especial del arte o del conocimiento, profesión u oficio especializado, naturalmente utilizando como fuente de producción del dictamen un organismo de la Administración con el debido *expertise*, o, a falta de ello, recurriendo a los servicios de terceros ajenos a la propia Administración, contratados al efecto.

Esta solución está prevista por el Artículo 7º d, LPA, cuando prescribe que, antes de la emisión del acto, deberán “cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten *implícitos* del ordenamiento jurídico” (destacado agregado). Entendemos que, al menos de manera implícita, recurrir al dictamen consultivo de una organización o de una persona experta cuando la decisión supone la aplicación de ese especial arte, técnica o ciencia involucrados, es un “procedimiento esencial y sustancial”, más que “previsto”, *exigido* por el ordenamiento organización. Éste, por su parte, requiere de la racionalidad de su propio procedimiento decisorio –de lo contrario, no cumpliría los requisitos para ser organización–, racionalidad que debe estar garantizada por mecanismos formales e imperativos ya que, de lo contrario no satisfaría las exigencias propias de una organización pública.

En la conjunta y funcional integración causal y procesal, el dictamen consultivo busca más influir sobre el juicio del órgano decisor que en la decisión misma. Por eso decimos que aquel dictamen debe ser imperativamente “merituado” por el decisor, dado que se integra en la causa y en el procedimiento con la funcionalidad esencial

diencia” previa a la emisión de aquél, o bien obligaría a discriminar irrazonablemente al dar participación a alguno o algunos administrados y no a otros, salvo cuando existan instituciones que los representen, por ejemplo, las contempladas en el Artículo 43 de la Constitución Nacional u otras indicadas por normas específicas que estudiaremos oportunamente. De todas formas, la emisión del reglamento exige, en cualquier caso, el previo dictamen del servicio jurídico que corresponda, en los términos del Artículo 7º, apartado d), LPA. Recordemos que para nosotros los decretos ejecutivos, los decretos de delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia no son reglamentos administrativos, por lo que se encuentran fuera del alcance del citado Artículo 7º.

de ser valorado en tanto opinión experta por parte del órgano llamado a decidir, lo que deberá quedar expresado, también, en el elemento motivación del acto decisorio.

10. LA ACTIVIDAD CONSULTIVA Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO ADJETIVO

La exigencia del respeto del “principio del debido proceso” es una garantía fundamental que nuestra Constitución Nacional otorga, en el Artículo 18, a todos los habitantes de la Nación, siguiendo aquí la fuente de la Enmienda XIV, sección 1 de la Constitución estadounidense. Esta garantía, como es sabido, puede ser adjetiva o sustantiva. Sintéticamente, la primera hace referencia al procedimiento de toma de la decisión, mientras que la segunda, al contenido de ésta.

Así, la decisión pública, en su contenido, no debe afectar a ningún habitante en ninguno de los derechos y garantías consagrados expresamente por la Constitución Nacional o por los tratados internacionales incorporados en nuestro ordenamiento, o por el “del derecho de gentes”, o de aquellos que se derivan de la “forma republicana de gobierno” (cfr. Artículo 31 Constitución Nacional)⁵⁸ o, principalmente, de los que proceden directamente de la misma naturaleza humana. A tal garantía se la denomina “debido proceso sustantivo”.

Lo anterior no es absoluto, ya que es posible la restricción relativa del ejercicio de cualquiera de aquellos derechos mediando para ello un “interés sustancial” por parte del Gobierno, lo que debe quedar demostrado por medio de un procedimiento eficiente —es decir, que proporcione los medios de demostración a la oportunidad de la decisión por tomar— y eficaz a tal fin.

Pero el procedimiento previo a la decisión no sólo debe ser respetado en el caso anterior, sino, en la medida exigida por el ordenamiento, ante cualquier decisión, incluso frente a aquellas destinadas a afirmar, reconocer o cumplir con un derecho de los particulares o con las exigencias que de él derivan. Éste y el supuesto anterior se encuentran alcanzados por la expresión “debido proceso adjetivo”.

La garantía del debido proceso adjetivo implica, esencialmente, la “noticia” y la “audiencia” (*notice and hearing*),⁵⁹ y así la desarrolla el Artículo 1, apartado f) de nuestra Ley de Procedimientos Administrativos como integrada por el “derecho a ser oído”, el “derecho a ofrecer y producir pruebas” y el “derecho a una decisión fundada”.

⁵⁸ No mencionamos derechos de creación legislativa sin apoyo constitucional en la medida en que aquéllos pueden ser derogados por otras leyes. Naturalmente, sí cabría considerarlos cuando la perspectiva fuese la de una norma de jerarquía inferior a la ley.

⁵⁹ Schwartz, Bernard, y Wade, H.W. R., “Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States”, Oxford, 1972, 107, con cita (nota 1) de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en “Joint Anti-Fascist Refugee Committee vs. Mc Grath”, Estados Unidos, 1951, 123, 178, opinión concurrente de Douglas, J.

El “dictamen consultivo”, en el ámbito decisorio no soberano del administrador –distinto es en lo que se refiere a la actividad legislativa del Congreso o del Presidente de la Nación, en ejercicio, en este caso, de la que hemos denominado “función presidencial” o “de jefatura”–, integra el complejo constitutivo de la “decisión fundada”, esto es entre otros componentes, basada en opiniones de valor científico o especializado y motivada en referencia a las mismas opiniones (sin perjuicio de su integración en la “causa” del acto, como lo hemos visto en el apartado anterior).

11. DICTAMEN Y PROCEDIMIENTO CONSULTIVO

La especificidad funcional del “dictamen consultivo” conduce a considerar la también especificidad de su procedimiento de producción de aquél. Es decir, que aquella que en apartados anteriores habíamos caracterizado como la “consulta” se nos presenta ahora delineada según un régimen propio, que no puede ser sino, y también de manera imperativa, procesal.

Se trata ésta de una funcionalidad especial, ya aislada por Giannini⁶⁰ al indicar que “el parecer en sentido propio” –aquél al que nosotros llamamos también “dictamen consultivo”– “da siempre lugar a una secuencia de actos constituyentes de procedimiento por actos de procedimiento”. Según el jurista italiano,⁶¹ un acto específico del procedimiento que podemos llamar principal –en este caso la consulta dentro del procedimiento decisorio– puede convertirse, siempre por exigencia del ordenamiento, en “acto constitutivo de un procedimiento particular suyo”. Es decir, que la consulta en el procedimiento decisorio da lugar a un procedimiento especial, el procedimiento consultivo, el que también, para nosotros, es útil, aunque no de manera exclusiva, para distinguir el dictamen consultivo de otro tipo de actuaciones que se le asemejan, las que, normalmente, no constituyen un “procedimiento particular” en el sentido que estamos analizando.

Explica Giannini⁶² que en estos supuestos estamos frente a actos instrumentales que adquieren la estructura “procedimental” del propio acto decisorio al que sirven (ya nos referiremos luego a la naturaleza instrumental del dictamen consultivo). Esta circunstancia es querida por el ordenamiento, tanto para ajustarse a las exigencias técnicas del dictamen, facilitando y garantizando su cumplimiento, como, y principalmente, por la necesidad imperativa que tiene la organización pública productora del dictamen –cuando éste así lo es en sentido estricto– de generarlo a través de un procedimiento propio, es decir, sometido a sus propias reglas que, normalmente, serán independientes de las que rigen el procedimiento decisorio principal.

De todas maneras, hay un necesario puente de conexión entre ambos procedimientos –es decir, entre los que, a estos efectos, podemos denominar como “princi-

⁶⁰ *Op. cit.*, 125.

⁶¹ *Ibíd.*, 212.

⁶² *Op. y lugar cit.*

pal” e “instrumental”, respectivamente–, conexión que se encuentra en la formulación del tema por dictaminar y la solicitud del dictamen, la que se referirá, naturalmente, al tema previamente formulado. El primero pondrá los límites de la actuación del órgano consultivo –como también incidirá sobre la interpretación misma del dictamen–, y el segundo impulsará la actuación de aquel último, dando origen al procedimiento consultivo, tanto que debería ser considerado como el primer acto del mismo.

Este procedimiento consultivo se desenvolverá, reiteramos, según sus normas propias, las que, además de las estrictamente organizativa, reflejarán también las propias de la ciencia, técnica o arte en concreto. Por ello, a diferencia de otras actuaciones propias del procedimiento principal, el consultivo es un procedimiento generado por el procedimiento principal, pero que no se confunde ni se integra con éste, salvo en su acto final, esto es, el dictamen mismo. Desde esta perspectiva, el dictamen es un acto de la administración (consultiva), no decisorio sino meramente cognoscitivo, producto de un procedimiento propio generado en el seno de un procedimiento ajeno que tiene respecto de aquel carácter de principal.

A pesar de la ubicación del dictamen consultivo, dentro de la categoría genérica de “acto de la administración”, es decir, un acto carente de efectos directos sobre el exterior de la organización pública –globalmente considerada–, un aspecto muy importante para discutir es el relativo a la existencia o no de la comunicabilidad de los posibles vicios de tal dictamen al acto decisorio. Podemos desde ya advertir que para nosotros aquella categoría, que se compadece con la “procedimental” identificada por Giannini, no debe ser confundida con la de los “actos administrativos coligados” que estudiaremos en el lugar oportuno.⁶³ Éstos admiten una especie de “transmisibilidad” de los vicios –en realidad, como efecto de la transmisión de ciertos elementos de los actos que se coligan–, lo que los asemeja parcialmente a la situación del dictamen incorrecto en relación con el acto decisorio, según lo veremos luego. Pero, a diferencia del dictamen, el “acto coligado” tiene una doble funcionalidad: primero es un acto administrativo en sí mismo, es decir, es productor de efectos jurídicos sobre la esfera jurídica de los administrados a los que se dirige; segundo, es, a la vez, funcional a un procedimiento complejo que incluye diversos procedimientos en sí mismos decisorios, productores de los respectivos actos administrativos. Por eso es que estos actos gozan, cada uno de ellos, de una verdadera y completa autonomía funcional, sin perjuicio del fenómeno de coligación que los convierte en funcionales a un proceso global. Antes de seguir con este argumento, es necesario precisar a qué nos referimos cuando, aquí, utilizamos la expresión “autonomía funcional”.

⁶³ Véase Barra, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1989. Esta categoría de actos administrativos ha sido también aislada por la Corte Suprema de Justicia en la causa “Serra, Fernando Horacio y Otro vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, *Fallos*: 313:83.

12. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA FUNCIONAL DEL DICTAMEN CONSULTIVO

Debemos aclarar que cuando aquí hablamos de “autonomía funcional” queremos con ello calificar la relación, ya sea del procedimiento o del acto que éste genera, o de ambos, con la decisión expresa o implícitamente esperada por el “medio ambiente” conforme con los insumos que éste aportó al procedimiento decisorio, es decir, con la decisión “sustancial” querida como finalidad del proceso decisorio. Por tal razón, podemos calificarla de “autonomía funcional sustancial”, ya que *su contenido es la sustancia misma de la decisión esperada o requerida*,⁶⁴ sea ésta o no satisfactoria. Es posible así utilizar la expresión “autonomía” –aunque el término usado en estas condiciones está lejos de ser preciso y unívoco– porque sigue las reglas destinadas a su propia regulación,⁶⁵ a la vez que esta autonomía es también “funcional” porque la predicamos respecto de su utilidad, posición, relación o razón de ser dentro de la organización.

El dictamen consultivo pertenece a la categoría denominada por Sandulli “actos preparatorios”,⁶⁶ es decir, actos que se manifiestan dentro del que aquí identificamos como procedimiento decisor, pero que “no son directamente operativos sobre el efecto jurídico” de tal procedimiento,⁶⁷ sino que sirven sólo para su preparación o elabo-

⁶⁴ En un sentido, pensamos que similar, Sandulli, *op. cit.*, *Il procedimento...*, cuando acepta, con reservas, la definición de Forti, a quien cita y transcribe en nota 12, 56, un “acto se encuentra dotado de vida jurídica autónoma cuando produce un efecto a su vez autónomo que, diré así, sea un fin para sí mismo”. En realidad, el contenido de la decisión sólo puede ser un fin para sí misma cuando sustancialmente responde a lo requerido por el exterior de la organización, es decir, cuando es una decisión producida para el medio ambiente. Así, Sandulli, en el mismo lugar, comentando la definición anterior, destaca: “el resultado” del acto preparatorio “no aparece susceptible de determinar por sí sólo la modificación de una determinada posición jurídica”.

⁶⁵ Aun cuando se trate de normas generales, como ocurrirá en la mayoría de los casos. Queremos significar que la “autonomía” de un procedimiento y del acto producido significa que éstos no se someten a reglas destinadas a regir otros supuestos específicos.

⁶⁶ Sandulli, *op. cit.*, 160-161; sobre la categoría de los “actos preparatorios”, 55 y sigs. También, Barbatì, *op. cit.*, 18.

⁶⁷ *Ibidem*, 56. Los actos preparatorios, explica Sandulli, se diferencian y se especifican con los actos “presupuestos”, en general –o con condición de “presupuesto” (*op. cit.*, 45-55) sobre otro acto que consideramos a estos efectos como final o principal–, por “la circunstancia de que ellos solos, entre todos los presupuestos, vienen a existir *en estrecha e inmediata función del fenómeno jurídico* al cual se refieren” (*op. cit.*, 55, destacado en el original; con muchas dudas, traducimos el término empleado por el autor –*fattispecie*– como “fenómeno jurídico”; la expresión no tiene traducción al castellano y tampoco, nos parece, una palabra de significado conceptual equivalente en nuestro lenguaje jurídico; *fattispecie* es el evento particular del cual se trata, pero siempre un evento o acontecimiento con significación o trascendencia jurídica). El acto preparatorio, volviendo a Sandulli, es el único que posee entre todos los actos presupuestos: “[...] aquellos caracteres de funcionalidad e inmediata coordinación a un fin unitario [...]”, que lo unifica así con el acto al que el preparatorio sirve (55-56). Entonces, son actos preparatorios, según Sandulli, aquellos que: “[...] aun *sin ser directamente operativos sobre el efecto jurídico* (en el sentido de que no forman parte de la *fattispecie*, en cuanto que respecto de ésta se vinculan como presupuestos), no sólo son *producidos expresamente en vistas de la fattispecie* en cuestión [...], pero

ración; y por ello, agregamos nosotros, se incluyen también en la ya mencionada categoría genérica de “actos de la Administración”, como supuesto diferenciado respecto de los “actos administrativos”.

Claro está que nosotros podemos admitir la anterior categorización sólo si consideramos el dictamen consultivo en sí mismo y en su funcionalidad procesal. Pero recordemos que éste reconoce una doble funcionalidad: además de la procesal, goza de una funcionalidad causal, imposible de ignorar en tanto el elemento cognoscitivo contenido en el dictamen debe ser incorporado a la determinación y configuración de los hechos o a la identificación e interpretación del derecho aplicable. Esto es así porque, aun cuando fuese conceptualmente rechazado por el decisor, aquel elemento tiene que ser igualmente objeto de expreso mérito en el acto administrativo final. Desde esta otra perspectiva funcional, *el dictamen consultivo no sólo es un acto preparatorio sino un elemento causal*.

Debe notarse, en cambio, que el que denominamos “procedimiento instrumental” –el destinado, en el caso, a la producción del dictamen, goza de “autonomía funcional instrumental”, no “sustancial”. Reconoce tal autonomía funcional dado que se encuentra predisposto a la producción de sus efectos jurídicos propios, esto es, el mismo dictamen consultivo. No obstante ello, tal autonomía funcional será siempre relativa, porque su desarrollo dependerá de la requisitoria del dictamen y de los límites que ésta le imponga, siempre al servicio del procedimiento principal.

Pero aun así, reiteramos, el dictamen en sí mismo carece de tal autonomía funcional⁶⁸ pues exclusivamente sirve al acto decisorio para el que se emite y no se encuentra destinado a producir otros efectos que el de los aportes cognoscitivo y valorativo, en las condiciones procesales y causales que ya hemos estudiado, en beneficio del órgano competente para emitir el acto principal en un procedimiento decisorio concreto.⁶⁹

también *no aparecen [...] dotados de una autonomía funcional*” (paréntesis y destacados en el original). “La vitalidad (se refiere a los actos preparatorios) ciertamente, en el ejercicio de la función que aquí examinamos, se exterioriza únicamente a través de la *fattispecie* sobre la cual repercuten” (57).

⁶⁸ Sandulli, *op. cit.*, 161.

⁶⁹ El dictamen exhibe una diferenciación con las otras “consultas” que se manifiestan en el proceso decisorio a través de una actividad informativa o bien probatoria. Los informes, pericias y otros actos semejantes valen como tales, independientemente de su consideración causal por el decisor. En cambio, el dictamen vale por responder a una imperativa exigencia del ordenamiento y por su necesaria calidad de elemento componente de la causa de la decisión. El informe, aun hecho expresamente para su incorporación en un concreto procedimiento decisorio, vale por sí mismo, como documento que exterioriza la existencia de un hecho o la formulación de una opinión. El dictamen, más allá de su contenido material, existe para y por el acto que expresa la decisión a la que sirve. Esto quiere indicar la idea de la falta de autonomía funcional “sustancial”, con los efectos que veremos en el texto.

Debemos aclarar, sin embargo, que la carencia de aquella autonomía funcional puede predicarse del dictamen consultivo *dentro del procedimiento decisorio*, al que el dictamen sirve, aunque no *dentro de la organización consultiva en sí misma* –la productora del dictamen–, por lo cual, por ejemplo, la sucesión de dictámenes sobre materias y con límites comparables, dará lugar a la formación, en una suerte de “jurisprudencia consultiva”, de “precedentes consultivos” que deberán ser considerados tanto por el propio órgano de producción como por el decisor, e incluso por el tercero administrado a quien la decisión se dirige, en la condiciones que veremos luego.

El dictamen consultivo es una opinión científica, profesional, técnica, artística que, reiteramos, debe respetar sus propias reglas de producción, entre ellas la de la neutralidad cognoscitiva del emisor –vinculada con la neutralidad decisoria a la que nos hemos referido– y las específicas de la rama del saber o del obrar a la que el dictamen se refiera. El “cuerpo de doctrina” que resulta de una continuada actividad cognoscitiva neutral, aunque no pueda ser calificado de “precedente” en sentido estricto –por no poseer la calidad de elemento constitutivo de la garantía de trato igualitario en favor de los administrados (por su falta de fuerza decisoria) y tampoco ser, desde punto de vista organizativo, una condición funcional propia del modelo decisorio burocrático–, no deja de representar para los administrados un dato de previsibilidad, sujeto siempre a su corrección como juicio de conocimiento.

13. LA AUTONOMÍA FUNCIONAL ORGÁNICA Y DOCTRINARIA

Hemos examinado en el apartado anterior algunas notas que muestran la total autonomía funcional del proceso de producción del dictamen, aunque no de este último estrictamente, autonomía sólo limitada por el requerimiento y su contenido, como ya lo mencionamos. Por supuesto, entre las reglas de producción de un juicio de conocimiento determinado se encuentra la de no contradicción con las conclusiones u opiniones ya vertidas en anteriores estudios –que, en el caso, se encontrarán volcadas en dictámenes–, siempre que se presenten los extremos exigidos por el principio de no contradicción y no exista una debida justificación también cognoscitiva –nuevos estudios, descubrimientos, etc.– que justifiquen la mencionada conclusión contradictoria.

Pero no podemos dejar de subrayar otra perspectiva de la no contradicción, no ya científica o lógica, sino orgánica: la previsibilidad, que, como sabemos, exige coherencia orgánica.

Es, el anterior, otro aspecto del “dictamen consultivo” que no debe ser menospreciado y al que hemos hecho referencia más arriba: el dictamen es también producto de una organización específica o conjuntamente creada y dotada para producirlos; es una actividad consultiva producto de una figura organizativa también consultiva, cuya actuación debe ser coherente y científicamente independiente.

Así, por un lado, el dictamen concreto es generado por su propio procedimiento de producción para servir a la decisión que se emitirá en el procedimiento decisorio de

donde partió el respectivo requerimiento –y de ahí sus límites circunstanciales–, y a este último procedimiento es incorporado en las condiciones que ya hemos discutido; éste es el “dictamen consultivo” desde el punto de vista de su doble funcionalidad, causal y procesal, en relación con el proceso y el acto decisorio.

Pero, a la vez, y sin negar lo anterior, el dictamen es producto de un fenómeno organizativo específico –la figura organizativa consultiva– y adquiere su propio valor dentro de él. Es en la organización que lo produce y en el procedimiento de formación del que tal organización se sirve para producirlo donde el dictamen adquiere, sino una “autonomía funcional sustancial” –aquella de la que hablábamos más arriba–, sí una autonomía funcional tanto “orgánica”⁷⁰ como “doctrinaria”, esto es, como producto de un órgano que no se encuentra sujeto a órdenes de sectores ajenos a su propia organización consultiva específica. Y de aquí la calidad de “precedente” de tal cuerpo doctrinario, en sí mismo e independientemente del procedimiento decisorio para el cual fue emitido, aunque eventualmente sea necesario recurrir a él para conocer sus circunstancias.⁷¹

Por supuesto, cabe señalar que este cuerpo de doctrina conformado por los precedentes no dejará de servir de insumos generales –como lo son, por ejemplo, las normas, aunque con mayor obligatoriedad, naturalmente–, independientemente de la requisitoria concreta que se efectúe en un procedimiento decisorio determinado. Pero aun cuando el tema se encuentre perfectamente aclarado en los precedentes, la funcionalidad procesal del dictamen consultivo exigirá que sea específicamente requerido en dicho procedimiento concreto, como también que integre la causa del acto, con un valor superior al de los precedentes, y así deberá ser “merituado” por el decisor.

De esta manera, el dictamen consultivo tiene efectos dentro del procedimiento en el que es requerido, pero además genera un cuerpo de doctrina o cuerpo de precedentes que inciden, en general, sobre todos los procesos decisorios que se vinculen con las materias allí contenidas. No obstante, nada de esto sería posible sin la atribución de la “autonomía funcional” al órgano consultivo –a la organización consultiva como un todo–. Señalemos que esta “autonomía funcional orgánica”, entre sus efectos más importantes, excluye la procedencia de la avocación por parte del órgano

⁷⁰ La autonomía funcional “orgánica” es una institución que, sin perjuicio de sus efectos jurídicos, pertenece específicamente a la “ciencia de la administración”, que es también “ciencia de la organización”. La autonomía funcional “orgánica” es una forma de deferencia hacia la actividad de determinados especialistas, aun por sobre un principio fundamental de las organizaciones, como es el de jerarquía; cfr. Fukuyama, Francis, *State-building. Governance and World Order in the 21st. Century*; utilizamos su versión italiana *Esportare la democrazia. State-building e ordine mondiale nel XXI secolo*, Torino, Lindau, 2005, especialmente 76.

⁷¹ Sin perjuicio de ello, un dictamen consultivo correctamente elaborado debe contener un relato autosuficiente de tales circunstancias, de manera de convertir en autosuficiente el dictamen mismo. Sin embargo, no serán insólitos los casos en que sea necesaria la consulta al procedimiento decisorio o principal para comprender los verdaderos límites y alcances del parecer en concreto.

que, aun con la calidad de “superior”, resulte ajeno a la organización consultiva misma y limite las competencias jerárquicas del superior, incluso dentro de la misma organización consultiva.

14. LA MEDIDA DE LA TRANSMISIÓN DE LOS VICIOS DEL DICTAMEN AL ACTO DECISORIO

Lo discutido en los apartados anteriores puede también ayudarnos en la comprensión de este importante problema jurídico.

Desde el punto de vista organizativo, donde rige la que denominamos “autonomía funcional doctrinaria”, la valoración de los eventuales defectos del dictamen será, a la vez, ajena a la valoración de la decisión para la cual fue emitido. En aquel nivel, el dictamen valdrá como precedente hasta que no sea, fundadamente, corregido, modificado o “derogado” por un nuevo dictamen, a tales efectos contenedor de una nueva doctrina, o, mejor aún, hasta tanto no se haya conformado un nuevo cuerpo de doctrina, lo que en el tiempo puede necesitar la emisión de un conjunto de dictámenes consultivos. Va de suyo que, siempre en este plano, la valoración del dictamen se llevará a cabo de acuerdo con las reglas propias de la rama del saber o del obrar al que aquel dictamen se refiere. Mas, tengámoslo siempre presente, el dictamen no es un acto administrativo, ni aun en el ámbito de la organización consultiva y hasta considerado como resultado o producto del procedimiento interno –“constituido” en la terminología de Giannini–, porque ni siquiera allí goza de “autonomía funcional sustancial”, la que siempre supone y exige en el acto la aptitud de producir efectos jurídicos sobre los terceros administrados, o efectos modificatorios del medio ambiente, de lo que el dictamen consultivo carece.

Lo expuesto en el párrafo anterior es importante ya que nos conduce a concluir que, en el ámbito del procedimiento consultivo, el dictamen sólo puede ser “correcto” o “incorrecto” desde el punto de vista de las reglas de la ciencia, la técnica o el arte que rigen su producción y su contenido.⁷² Los defectos formales,⁷³ como los eventuales vicios de procedimiento o la incompetencia “orgánica” de los sujetos intervinientes en su emisión –siempre que no se trate de una incompetencia científica, lo que nos podría llevar a la calificación de “incorrecto”–, sólo podrán generar responsabilidades disciplinarias en el ámbito del régimen de la función pública o res-

⁷² Desde el punto de vista de su contenido, también podríamos hablar de un dictamen “acertado” o “desacertado”, o “verdadero” o “falso” o “erróneo”, según su grado de conformidad o ajuste con la verdad objetiva del objeto del conocimiento al que se refiere. Estaríamos así, seguramente, incursionando en un problema de teoría del conocimiento, lo que no es totalmente necesario a nuestros propósitos. Para éstos, las calificaciones, en todo caso genéricas e imprecisas, de “correcto” o “incorrecto” nos parecen suficientes.

⁷³ También utilizamos esta expresión –“formales”– en un sentido impropio, a los efectos de diferenciar los supuestos que mencionamos en el texto de las cuestiones que podemos denominar “materiales”, relativas a los contenidos de la materia “conocida” por el dictamen.

ponsabilidades civiles si el dictamen fue contratado con un tercero, y eventualmente penales, pero no a la invalidez del parecer consultivo.⁷⁴ Es que si éste no es un acto administrativo, no se le aplica el modelo constitutivo estructural diseñado por el Artículo 7° de la LPA, y, por tanto, tampoco las causales de nulidad del acto, que han sido establecidas por la misma ley en razón de la presencia y “calidad” de aquellos elementos constitutivos, de los que *el dictamen, jurídicamente, carece*.⁷⁵

Cuando nos trasladamos al ámbito del procedimiento decisorio, al que el procedimiento consultivo sirve, la situación no es muy diferente, aunque sí pueden serlo los efectos. El dictamen *incorrecto*, en el sentido antes indicado, puede viciar la *causa* del acto si la decisión que es su objeto ha sido determinada, en positivo o en negativo, por el contenido incorrecto del parecer.⁷⁶ Podríamos preguntarnos si, en tal caso, sería necesario demostrar de manera plausible que un dictamen correcto hubiese conducido a una decisión no sólo diferente sino, especialmente, beneficiosa para el derecho que pretende hacer valer el interesado concreto. Pensamos que no, ya que en lo relativo al vicio en la “causa” del acto, basta con demostrar la ausencia o insuficiencia de causa, lo que engloba la causa incorrecta en el sentido que hemos visto más arriba.

Por el contrario, los defectos o vicios jurídicos del *procedimiento* consultivo, aun presentándose la situación de incidencia antes planteada, no podrán incidir en la validez del acto decisorio en la medida en que la requisitoria haya sido correctamente formulada y el dictamen emane del órgano con competencia –formal, orgánica– para emitirlo. La solución contraria –hacer jugar la incidencia en mayor medida que en tales supuestos– prolongaría exageradamente la relación entre los procedimientos decisorio y consultivo, sin beneficio alguno para la calidad y la estabilidad de la decisión esperada por el “medio ambiente”. Respecto de los dos supuestos contemplados, éstos provocarán vicios en el elemento “procedimiento” del acto administrativo, al igual que si el procedimiento consultivo hubiese sido directamente omitido o el dictamen, no emitido o no agregado a las actuaciones principales.

15. LA CUESTIÓN EN EL DICTAMEN “VINCULANTE”

Las conclusiones anteriores, para nosotros, no varían de tratarse de un dictamen de *efectos vinculantes*, siempre, claro está, sobre el acto decisorio.

Debemos distinguir la obligatoriedad del dictamen de sus efectos vinculantes o no. A la primera característica ya nos hemos referido en apartados anteriores, concluyendo en que sólo aquellos pareceres que deben obligatoriamente ser requeridos por

⁷⁴ En contra, Diez, *op. cit.*, Tomo I, 192, quien sostiene que el dictamen podría estar afectado por el “vicio de forma”, el que influiría sobre el acto administrativo, viciándolo.

⁷⁵ Naturalmente, algunos de esos elementos u otros semejantes estarán integrando, materialmente, el dictamen, pero con total carencia de relevancia jurídica.

⁷⁶ En igual sentido, Diez, *op. y lug. cit.*

el órgano competente en el seno de un procedimiento decisorio generan actividad consultiva, y, por tanto, dictamen consultivo, en sentido propio y estricto. De manera que *todo* “dictamen consultivo” es, por definición, de requerimiento obligatorio, bajo pena de nulidad del acto decisorio por vicio en su elemento “procedimiento”. No puede haber un dictamen consultivo que no sea de requerimiento obligatorio y, así, funcionalmente orientado a integrar ciertos elementos estructurales del acto administrativo: la causa y el procedimiento. Los pareceres que son discrecionalmente requeridos por el órgano decisor son meros informes o dictámenes en un sentido amplio, pero no “dictámenes consultivos”.

Distinto es el problema del efecto del contenido del dictamen –siempre obligatorio, reiteramos– sobre el, a su vez, contenido del acto al que aquél sirve. Es “vinculante” el dictamen cuyo contenido determina, inevitablemente, el contenido del acto administrativo. Ello siempre dentro de los límites de la requisitoria del parecer, que delimitará el objeto, el sujeto y otras circunstancias sobre las cuales el dictamen será vinculante, teniendo en cuenta que la decisión puede contener diversos objetos, estar dirigida a más de un sujeto y que la relación combinada de sujetos y objetos podrá depender de diversas circunstancias de tiempo, lugar, etc. Naturalmente, no será vinculante el dictamen que no se encuentre dotado por el ordenamiento de tales efectos sobre el acto decisorio, permitiendo al decisor valorar si sigue o no el criterio establecido en el parecer en cuestión.

El dictamen vinculante es un fenómeno excepcional, tanto que es dudoso que pueda calificárselo como dictamen, por lo menos en el estricto sentido consultivo, que es el que estamos estudiando ahora.⁷⁷ En realidad, el dictamen vinculante dejaría de ser un “parecer” para transformarse en un verdadero y propio “acto presupuesto”, para seguir con la terminología de Sandulli, pero en este caso determinante de la causa del acto final y de su objeto, eliminando toda competencia valorativa –siempre dentro de los límites arriba indicados– por parte del órgano emisor del acto decisorio.

Pero, en cualquier caso, esta especie vinculante sigue siendo un juicio de conocimiento aportado, en este supuesto, no sólo al procedimiento sino también al mismo acto decisorio, y como juicio de conocimiento no será válido o inválido jurídicamente, sino correcto o incorrecto en el sentido al que ya nos hemos referido. Por tanto, no hay razón para que, en general, en el caso del denominado dictamen vinculante –al que consideramos dictamen sólo en un sentido impropio– y sobre la cuestión aquí analizada, debamos seguir un criterio diferente del aplicado respecto del dictamen no vinculante, o dictamen consultivo en sentido estricto.

⁷⁷ Cfr., Sandulli, *op. cit.*, 162-163. La doctrina italiana tiende a excluir el “parecer vinculante” de la categoría de acto consultivo, para identificarlo como un “acto de acuerdo” (acto “*di intesa o di concerto*”) entre el órgano consultor y el órgano decisor, con pertenencia a la fase decisoria del procedimiento, incluso como una “codecisión del aparato activo y consultivo”; cfr. Barbatì, *op. cit.*, 24, con cita de Sorace en nota 26.

16. SÍNTESIS CONCEPTUAL SOBRE LA ACTIVIDAD Y EL DICTAMEN CONSULTIVO

Sobre la base de los argumentos que hemos desarrollado en los apartados anteriores, estamos en condiciones de efectuar una síntesis conceptual de la que denominamos “actividad consultiva”, productora del “acto o dictamen consultivo”, en consonancia con la definición descriptiva. De esta manera, podremos elaborar un elenco de sus principales caracteres y, así, aislar científicamente una figura⁷⁸ que, por su importancia en el procedimiento decisor, merecería un estudio más detallado y profundo que el que podemos dedicarle en una obra general del tipo de la presente.

La primera característica es la *organizativa* u *orgánica*,⁷⁹ en tanto que la producción del dictamen consultivo sólo puede corresponder a un órgano o complejo orgánico creado por el ordenamiento, exclusiva, principal o circunstanciadamente –es decir, con la única o principal competencia, o con una competencia otorgada sólo para ser ejecutada ante circunstancias especiales– para tal fin. Asimilamos a la misma categoría los casos en que la organización pública necesita contratar la actividad consultiva de una organización privada especializada en la materia, por razones de necesidad –por no contar con una organización propia con el *expertise* necesario– o de conveniencia circunstancial. A tal órgano u organización lo denominamos *consultivo* –incluso “al efecto”, en el caso de la competencia circunstancial–, teniendo en cuenta la competencia que tiene otorgada por el ordenamiento para emitir el acto de aquella misma naturaleza.

La segunda característica es la de la *obligatoriedad*, ya que sólo puede considerarse acto consultivo aquel que debe ser cumplido obligatoriamente antes de la emisión de la decisión que la requiere. Una consulta, en sentido material, de carácter discrecional por parte del órgano decisor, no puede tener la naturaleza de actividad consultiva, ni provocar entonces un acto consultivo o dictamen, independientemente de cuán útil o determinante haya sido para la decisión.

La tercera característica es la de su *específica funcionalidad causal y procesal*, sea considerado el dictamen tanto como elemento destinado a incorporarse en la causa del acto decisorio o como producto de una actividad procesal autónoma y preparatoria exigida a los efectos de la regularidad del procedimiento principal y de su acto final. Como derivado necesario de estas características, el acto consultivo debe ser *necesariamente “merituado”*, es decir, es preciso que su valoración o “mérito” *integre expresa y suficientemente el elemento motivación del acto decisorio*.

La cuarta característica es su *contenido cognoscitivo* en beneficio del acto decisorio, respecto del cual posee la calidad de *servicial*. En este sentido, sólo admitimos,

⁷⁸ Sin embargo, Travi, *op. cit.*, niega –a pesar de la opinión de la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia italianas que cita– la factibilidad de una noción unitaria de “dictamen”. No obstante, reducido el objeto de estudio a lo que hemos intentado identificar como “dictamen consultivo”, la reducción a la unidad conceptual nos parece posible y, además, de gran utilidad práctica.

⁷⁹ Cfr., Barbati, *op. cit.*, 27-29.

como acto consultivo propiamente dicho, el dictamen que contenga un juicio de conocimiento fundado sobre criterios principalmente objetivos, lo que nos conduce a rechazar como actividad consultiva propiamente dicha aquella concretada en sugerencias o recomendaciones meramente de oportunidad,⁸⁰ como es el caso del asesoramiento político y otros similares. De esta característica de ser suministrador, en beneficio del acto decisorio, de datos objetivos, siempre valorados de acuerdo con reglas cognoscitivas, se explica también la *carencia de autonomía funcional sustancial* del dictamen.

Pero también podemos precisar mejor una quinta característica, que es su condición de producto de un proceso en sí mismo autónomo –autonomía funcional “orgánica” y “doctrinaria”–, susceptible de dar lugar a un acto que si bien, como tal, carecerá de valor jurídico fuera del proceso decisorio, sirve como “precedente doctrinario” dentro y para la organización que lo produce. Esto último no quiere decir que no pueda ser invocado por otros sectores, sean activos o consultivos, del sector público, o bien por los terceros administrados, pero siempre en exclusiva calidad de precedente doctrinario y no como dato generador de un derecho al tratamiento igualitario en sentido estricto, como sí lo será el acto decisorio. Es que nadie tiene derecho a una determinada conclusión científica o técnica, sino a una simple expectativa acerca de la influencia que es dable suponer tendrá, sobre el órgano decisor en un procedimiento concreto, el cuerpo de doctrina conformado por los dictámenes agrupados según diferentes criterios científicos de conexidad.

Precisamente, el dictamen no es “precedente” en el sentido jurídico del término porque no *es acto administrativo*,⁸¹ porque no es un acto decisorio.⁸² El dictamen

⁸⁰ Por consiguiente, no compartimos la clasificación que la doctrina suele realizar en relación con dictámenes “de legitimidad, técnicos y de oportunidad” (véase Barbati, *op. cit.*, 35 y citas en nota 44). Todo dictamen –incluyendo, naturalmente, el jurídico– debe contener una elaboración, normalmente descriptiva y valorativa conforme con los límites del requerimiento, basada en reglas cognoscitivas de la ciencia, técnica, arte o profesión de que se trate. De todas formas, es posible que un mismo “dictamen” contenga elementos estrictamente consultivos que, a la vez, sirvan de apoyo a una recomendación de oportunidad.

⁸¹ En el mismo sentido, Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, 10ª ed., 459, señala: “En lo que respecta a su naturaleza jurídica, los dictámenes son estrictamente operaciones administrativas formales, y no actos administrativos, ya que no obligan, en principio, a los órganos ejecutivos decisorios, ni extinguen ni modifican una relación de derecho con efectos respecto de terceros”. También Diez, *op. cit.*, 191-192, quien considera el dictamen como un acto interno de la Administración que integra el procedimiento administrativo dirigido a la emisión del acto administrativo al que el dictamen se refiere.

⁸² Barbati, *op. cit.*, 15: “Quien emite un dictamen no decide, sino provee elementos cognoscitivos y/o valorativos sobre cuya base será tomada por otros la decisión”. En cambio, las sentencias judiciales pueden ser consideradas “precedentes” precisamente por su condición de decisorias. Aun así, en nuestro ordenamiento, los litigantes carecen de derecho a una decisión conforme al precedente –carecemos de sistema como el del *stare decisis* estadounidense–, aunque de hecho éste sea habitualmente respetado y, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos de excepción, la contradicción del precedente pueda dar lugar a la tacha de “arbitrariedad” de la sentencia. Naturalmente distinto es el sistema de los “fallos plenarios” de las cámaras de apelaciones, cuya doctrina es de aplicación obligatoria en las condiciones establecidas por la legislación procesal.

consultivo no es una declaración de voluntad,⁸³ sino sólo, pero nada menos, que un acto procesal expresivo de un juicio de conocimiento, cuya corrección deberá ser siempre valorada objetivamente, conforme con las reglas propias de la rama del conocimiento (de una ciencia, de una técnica, de un arte o de una profesión) que sea materia del parecer concreto. No obstante ello, el dictamen será un acto jurídico, en la medida en que es resultado de una actividad voluntaria del hombre, a la que el ordenamiento le otorga determinadas consecuencias jurídicas susceptibles de ser conocidas y, así, queridas por el órgano emisor.⁸⁴

En estas condiciones podemos intentar una definición del dictamen en sentido estricto —el dictamen o acto consultivo— sobre la base de la que provisionalmente hemos utilizado para identificar la actividad consultiva: *el dictamen es un acto procesal servicial que contiene un juicio de conocimiento emanado de un órgano competente a tal efecto como resultado de un procedimiento consultivo de práctica obligatoria, y destinado exclusivamente a integrar, en su valor cognoscitivo, los elementos estructurales “causa” y “procedimiento” del acto decisorio para el que es emitido conforme con el requerimiento que lo insta en el curso de un procedimiento decisorio determinado, perjuicio de su valor científico para la organización productora y para terceros.*

17. EFECTOS DE LA ACTIVIDAD CONSULTIVA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DECISOR

Como ya hemos visto, desde un punto de vista jurídico formal, y con los alcances ya estudiados, el dictamen se integra en la “causa” del acto, mientras que el procedimiento consultivo forma parte del elemento “procedimiento” destinado a la producción del acto. Pero, desde la perspectiva de la psicología de la persona física a cargo del órgano decisor, el dictamen, aun no vinculante (como pensamos que es su naturaleza) se encuentra dirigido a influir sobre el conocimiento y la voluntad de aquella.

El dictamen permite a la persona que debe decidir conocer “científicamente” la cosa o hecho objeto de conocimiento, es decir, conocerla de acuerdo con una exposición lógica de sus causas, a la vez que ontológica, por su composición, naturaleza y efectos. Con este conocimiento del objeto del dictamen, obtenido gracias al procedimiento consultivo, el órgano decisor deberá valorarlo tanto en su corrección científica como, aceptada ella, en su incidencia “causal” sobre el acto a decidir, todo lo cual deberá quedar expresado en la motivación de aquél.⁸⁵ Es entonces el conocimiento

⁸³ Diez, *op. cit.*, 191-192.

⁸⁴ Cfr., Sandulli, *op. cit.*, 162.

⁸⁵ El decisor podrá cuestionar y rechazar la corrección científica del dictamen, sobre la base de sus propios conocimientos, ya sean de dominio personal o aportados por terceros, aunque en este último caso, como ya sabemos, sin el carácter de actividad consultiva propiamente dicha. Aun así, el contenido del dictamen deberá ser valorado como causa hipotética del acto —si el dictamen hubiese sido correcto, habría influido sobre la causa del acto y sobre su objeto en equis medida— lo cual, junto con la crítica y la opinión diversa, deberá ser expresado en la motivación del acto.

aportado por el dictamen, aceptado como correcto y de incidencia causal, el que influye sobre la voluntad del decisor en directa proporción a la incidencia del objeto del dictamen sobre el objeto o contenido decisorio del acto.

Naturalmente, el dictamen, al no ser vinculante, es decir, al no someter la voluntad del decisor persona física a su contenido, no puede tener el efecto de excluir absolutamente la responsabilidad de aquélla sobre el, a la vez, contenido del acto decisorio, ya se trate de la responsabilidad penal, civil o administrativa.⁸⁶ Pero, aun así, la medida de esa responsabilidad deberá ser valorada conforme con la incidencia que el dictamen ha debido tener, según su especificidad, sobre la voluntad del decisor. Supongamos un dictamen jurídico dirigido por el servicio jurídico pertinente a un órgano a cargo de una persona física que no es abogado, dictamen en el que se afirma que, en el caso, es posible, por ejemplo, realizar el contrato en cuestión por el procedimiento simplificado de la contratación directa, sin necesidad de recurrir a la licitación, pública o privada. Este procedimiento contractual –que es el seguido finalmente por el decisor– es considerado luego –por ejemplo, por sentencia judicial firme, como consecuencia de una acción iniciada por un tercero en aptitud de ofertar y competir– violatorio de la ley, por no darse en el caso las causales que autorizan a emplear la vía de la contratación directa. Sería verdaderamente irrazonable –y lo jurídico es o debe ser necesariamente un producto de la razón–, como también absolutamente injusto, pretender que el decisor asuma en tales condiciones cualquier tipo de responsabilidad, lo que no excluye, por supuesto, la invalidez del acto decisorio y la imputabilidad y responsabilidad de la persona jurídica a la que pertenece el decisor.⁸⁷

La situación varía en el caso inverso, es decir, cuando el decisor no conforma su decisión con lo dictaminado y finalmente se determina que lo decidido es contrario a la ley, mientras que el mismo acto administrativo hubiese sido válido de haberse sujetado al dictamen.

⁸⁶ En el texto estamos haciendo referencia, valga la reiteración, a la responsabilidad de la persona física, del “funcionario”, siempre en el sentido más amplio y comprensivo del término. La responsabilidad de la organización, lo que será a través de la imputación a su personificación jurídica, será exclusivamente civil y no podrá ser excusada en ningún caso por el contenido del dictamen consultivo, ni siquiera proviniendo éste de un consultor “externo”, es decir, no perteneciente al sector público.

⁸⁷ Naturalmente, el razonamiento que hacemos en el texto no toma en consideración la eventual prueba del dolo del decisor –por ejemplo, complicidad con el abogado dictaminante a los efectos penales–, o bien su culpa inexcusable. Así, y para poner un ejemplo extremo, si el objeto del contrato no fuese manifiestamente urgente ni vinculado con la defensa ni secreto, y fuese por un valor de muchos millones de dólares, etc., podría esperarse una conducta más prudente del decisor, su recurso a una nueva consulta, etc. Estaremos siempre ante cuestiones que deberán ser apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso, lo que no quita que, en principio, debamos considerar el dictamen como razonable (para un no especialista), como una causal de exclusión de la responsabilidad del decisor, siempre en la medida de la debida incidencia del dictamen sobre la decisión. Distinto es el caso del autor del dictamen, cuya responsabilidad será mensurada de acuerdo con las reglas de su propia ciencia, que permitirán, por ejemplo, calificar al error como inexcusable o no.

Antes de avanzar sobre esta última hipótesis, debemos aclarar que la responsabilidad personal de quienes se encuentran a cargo de órganos del sector público debe ser valorada con sumo cuidado y prudencia. Una política normativa –o bien judicial, desde el punto de vista interpretativo– excesivamente severa en esta materia puede tener como efecto la paralización de la Administración, lo que sería particularmente grave en el caso de la Administración “activa”, por el temor de los funcionarios a decidir, sobre todo cuando la decisión es innovativa, de resolución de casos precisamente novedosos, o donde el recurso al precedente se presenta como manifiestamente inconveniente. Esta excesiva política de responsabilidad alentaría, paradójicamente, al “burocratismo” irresponsable en desmedro de la burocracia responsable, y sería fatal si el órgano decisor, por su jerarquía o naturaleza, perteneciera al nivel político.

Por eso, el mero error, de derecho o de apreciación de los hechos, no puede dar lugar a responsabilidad alguna –con excepción de la política, si el cargo es de esta naturaleza–,⁸⁸ salvo cuando exista de por medio el dolo o una negligencia inexcusable, las que deberán ser razonablemente apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso y el aporte de las pruebas producidas, siempre con una interpretación en favor del funcionario cuestionado.

Estos principios, entendemos, son también aplicables a la hipótesis que nos ocupa –la decisión que se aparta del dictamen–, siempre de acuerdo con las circunstancias del caso, por ejemplo, ¿el dictamen se refiere a una cuestión reglada (la aplicación de una norma que vincula rígidamente la consecuencia jurídica con la hipótesis fáctica)⁸⁹ o se trata de un problema de valoración de hechos, de interpretación de la norma, o de otros elementos cognoscitivos científicos controvertibles por la misma

⁸⁸ La responsabilidad política puede hacerse valer simplemente con la renuncia, exigida, del funcionario en cuestión. Además de las razones que mencionamos en el texto, debemos agregar que una política de excesiva responsabilidad personal alienta también una forma de corrupción del “debate” o competencia política en una democracia, corrupción que se manifiesta en el uso de la denuncia, especialmente penal, con finalidades de descrédito político de la persona ante una opinión pública no debidamente informada sobre la cuestión. La denuncia inicia el proceso penal, la producción de medidas de prueba más o menos espectaculares, quizá la exigencia de una declaración indagatoria seguida de un procesamiento débilmente fundado (o fundado exclusivamente en la existencia de la, así valorada, decisión errónea), hasta llegar a la revocación de aquél, o, en un supuesto extremo, la absolución ya con el juicio concluido. Pero para que se produzcan estas alternativas pasará mucho tiempo y, mientras tanto, el político quedará sometido a la condena mediática y su fama sujeta a la instrumentación que los mismos medios quieran hacer de ella. De este tipo de situaciones tenemos los argentinos una experiencia o, más bien, un *expertise* extraordinario.

⁸⁹ En el texto pensamos en el supuesto en que el objeto del dictamen se refiera a una cuestión “reglada”, en el sentido allí indicado, no por un supuesto a la eventual naturaleza, reglada o discrecional, del acto decisorio. Aún así, el dictamen puede referirse a la validez o a la eficiencia o a la eficacia, o a todo ello, de las distintas opciones discrecionales. Reiteramos, sin embargo, que un dictamen basado exclusiva e integralmente en razones de oportunidad políticas (valga la redundancia, ya que lo puramente “oportuno”, en el ámbito público, será siempre una materia política) no es un verdadero “dictamen consultivo”.

ciencia de que se trate?⁹⁰ También aquí es necesario no exagerar con la severidad de la apreciación de la responsabilidad, ya que, de lo contrario, se lograría que todo dictamen fuese, de hecho, vinculante (contrariando así su propia naturaleza) y convertiríamos el órgano decisor en un “esclavo” del órgano consultivo. No es necesario remarcar la gravedad adicional que esto tendría, para el mismo sistema democrático, en los casos de decisores con jerarquía y responsabilidad políticas.

⁹⁰ Por ejemplo, ¿el contenido del dictamen se refiere a que la estructura molecular del agua es dos de hidrógeno por una de oxígeno, o bien es acerca de una experiencia química novedosa, compleja, que importa muchas horas de estudios y experimentos de laboratorios y que es de por sí controvertida por otros estudios de la misma rama del conocimiento? En el primer caso, es obvio que un apartamiento de *ese* dictamen generará responsabilidad en el decisor; en la segunda hipótesis, la respuesta ya no será, ni mucho menos, obvia, y dependerá de la razonabilidad circunstancial del apartamiento (por ejemplo, el prestigio científico de la opinión diversa de la del dictamen).