

Il diritto amministrativo messicano. Prospettive contemporanee a confronto con il processo evolutivo in America Latina

di Vincenzo De Falco

Abstract: The Mexican administrative law. Contemporary perspectives compared with the evolutionary process in Latin America. - The author analyzes the main theoretical and applicative characteristics of the Mexican administrative law and verifies the influence of the Spanish and French legal experiences. The work then illustrates the impact of contemporary constitutionalism on the administrative law in Mexico, the repercussions in the Ibero-American context and the current applications problems connected to the open government model, the procedural participation, the proportionality and the legitimate expectation.

Keywords: Mexican Administrative Law; Contemporary Constitutionalism; Open Government Model Procedural Participation; Proportionality.

3523

1. La scienza messicana del diritto amministrativo

Il diritto amministrativo messicano registra un'impostazione iniziale piuttosto simile alle esperienze spagnole e francese, da cui resta notevolmente influenzato. Fin dalle prime disposizioni, questa speciale branca dell'ordinamento giuridico si sviluppa innanzitutto come insieme separato di discipline legislative che si occupano di specifici settori dell'azione pubblica¹. Come successo nelle principali esperienze giuridiche, comprende le norme sull'organizzazione dello Stato, degli enti pubblici, sul loro funzionamento, sul rapporto di pubblico impiego, sulle funzioni conferite ai dipartimenti, alle imprese pubbliche; concerne le procedure espropriative, l'esercizio del potere disciplinare, le misure di polizia e di ordine pubblico.

La dottrina messicana ricostruisce il concetto di diritto amministrativo osservando le definizioni di Santi Romano, Zanobini e Romagnosi in Italia, di Auguste Vivienne, Vedel, Jèze e Duguit in Francia, Santamaría de Parades, Colmeiro ed Entrena Cuesta in Spagna. Nelle prime elaborazioni teoriche sulla scienza del diritto amministrativo compiute da Teodosio Lares nel 1852, questo ramo speciale del diritto viene ricostruito ponendo particolare attenzione alle tematiche dell'organizzazione e del funzionamento delle istituzioni pubbliche, diventa una scienza che regola l'azione e le competenze del potere esecutivo.

¹ J. Fernández Ruiz, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, México 2009, 81 ss.

Castillo Vedasco porrà invece maggiore attenzione all'idea di Stato di diritto e tenterà di identificare il diritto amministrativo come un insieme di disposizioni finalizzate ad assicurare il rispetto del principio di legalità².

Dopo un periodo di stallo che si registra nei primi anni del XX secolo, lo studio sistematico di questa nascente branca del diritto pubblico riprende vigore intorno agli anni '30, con le opere di Gabino Fraga, Serra Rojas, Carrillo Flores. Negli anni successivi si registra l'intenso lavoro di Gabino Fraga Magaña con la formazione di una scuola messicana di scienza del diritto amministrativo, mentre Andrés Serra Rojas contribuirà in modo significativo alla composizione del diritto amministrativo sostanziale.

La sua genesi è pertanto fortemente condizionata dalla struttura dell'organizzazione amministrativa che nasce e si sviluppa in chiave autoritaria, gerarchica, con la funzione di eseguire gli indirizzi politici ed agire attraverso l'atto amministrativo, unilaterale ed esecutivo. Ai funzionari delle amministrazioni pubbliche vengono conferiti poteri di nomina, rimozione e coordinamento degli impiegati pubblici, poteri di decisione, di vigilanza, disciplinari, di controllo, revisione degli atti adottati e risoluzione dei conflitti di competenza³. Il diritto amministrativo viene così delineato come una scienza composta dall'insieme di norme e principi del diritto pubblico che regolano la struttura, l'organizzazione ed il funzionamento delle diverse aree dell'amministrazione pubblica, le relazioni tra gli enti pubblici e il rapporto con i cittadini. Vi rientrano la disciplina del pubblico impiego, congiuntamente alla responsabilità civile dello Stato e dei funzionari pubblici⁴.

Al principio di legalità è demandata la funzione di garantire la corretta applicazione della legge, in una visione tuttavia piuttosto attenuata. Le violazioni delle leggi comportano per lo più responsabilità amministrative e disciplinari, mentre gli atti amministrativi invalidi possono essere dichiarati nulli solo quando le norme violate siano considerate espressione delle garanzie per la tutela dei diritti dei privati.

L'atto amministrativo, sul modello francese, è tipico ed esecutivo, e costituisce una dichiarazione unilaterale della volontà dell'amministrazione. La sua forza consente di creare, modificare o estinguere le posizioni giuridiche soggettive. Si presume legittimo ed il suo contenuto e forma sono definiti per

² Idem, *Derecho administrativo mexicano. Surgimiento y evolución*, disponibile in www.juridicas.unam.mx, 144 ss.

³ B. Rodríguez, A. Farid, *Las relaciones de trabajo en el servicio público, el contrato y su impacto en la administración pública federal*, disponibile in www.bibliojuridica.org.

⁴ M.M. Ivanega, *Las responsabilidades de los funcionarios públicos*, disponibile in www.juridicas.unam.mx. Il diritto amministrativo messicano comprende poi i sistemi di controllo sull'amministrazione pubblica, interni ed esterni. L'attività di controllo interno viene per lo più conferita alla Segreteria della Funzione Pubblica che si coordina con il sistema anticorruzione e sovrintende al corretto funzionamento dell'apparato amministrativo, mentre quella esterna è affidata a specifici organismi, come la commissione nazionale dei diritti umani a livello federale, ed a vari enti istituiti all'interno degli Stati federati, tra cui rilevano le autorità specializzate in materia fiscale. I ricorsi amministrativi rientrano nei sistemi di controllo interni.

legge. La competenza, la motivazione, costituiscono elementi formali, così come la volontà, l'oggetto, la sua finalità. L'atto amministrativo è così ricostruito sulla base della dogmatica del negozio giuridico. Vengono differenziati gli atti individuali da quelli generali, a seconda se siano identificabili o meno i destinatari dei provvedimenti finali. Le classificazioni del provvedimento avvengono in base al contenuto, alle finalità ed agli effetti prodotti sulle posizioni giuridiche soggettive. Le licenze, concessioni e nulla osta vengono catalogati tra gli atti amministrativi che ampliano i diritti, mentre gli ordini, le espropriazioni e le sanzioni rientrano nella diversa categoria dei provvedimenti restrittivi. La dottrina distingue poi gli atti vincolati da quelli discrezionali.

L'amministrazione pubblica dispone del potere di autotutela e può revocare o annullare gli atti precedentemente emanati. Vengono distinte le ipotesi di inesistenza, annullabilità e nullità dei provvedimenti che, comunque, a seconda della gravità della violazione commessa, possono essere anche ratificati, convalidati e sanati. All'inerzia amministrativa viene conferito il valore di inadempimento, rigetto o accoglimento dell'istanza a seconda delle singole fattispecie disciplinate da leggi. Nessuna particolare importanza è attribuita al procedimento amministrativo.

La giurisdizione sugli atti amministrativi, che in una prima fase era oscillata tra il giudice ordinario e il giudice speciale⁵, per poi approdare ad un sistema misto, trova una sua autonomia soprattutto con la riforma costituzionale del 1987. L'attività giurisdizionale dei tribunali amministrativi viene regolata dalla legge federale sul procedimento contenzioso amministrativo, che disciplina il processo in forma d'impugnazione degli atti illegittimi, con un'azione da proporsi entro un termine di decadenza. Il sindacato giudiziario è sull'atto e non sul rapporto giuridico ed il giudice amministrativo non può sollevare d'ufficio i vizi non rilevati nell'azione proposta.

Nelle prime impostazioni, il diritto amministrativo messicano comprende così una vasta serie di discipline che riguardano i vari settori dell'intervento pubblico, senza tuttavia che risultino ancora delineati i principi guida dell'azione amministrativa. In un breve lasso di tempo, il diritto amministrativo messicano subisce tuttavia una rapida evoluzione attraverso la disciplina dettagliata delle prime procedure speciali, in particolare in quelle aree, come l'espropriazione e i procedimenti disciplinari, in cui l'azione amministrativa incide su posizioni giuridiche forti. La Costituzione del 1917 afferma il principio di legalità, di partecipazione e il dovere di motivare gli atti amministrativi.

Con l'incremento delle funzioni statali il diritto amministrativo si espande alla contrattazione pubblica, alla disciplina del patrimonio dello Stato e degli enti pubblici. La dottrina messicana recepisce le problematiche teoriche sul concetto di

⁵ Nel 1853 in Mexico, la giurisdizione sugli atti amministrativi fu conferita al Consiglio di Stato, sul modello francese. Con la costituzione del 1857 la giurisdizione è ritornata ai giudici ordinari per poi transitare nuovamente ai tribunali amministrativi nel 1864, confermata con le riforme costituzionali del 1946 e del 1987. Sul tema C. Huerta, *Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México*, in P. Aberastury, H.J. Blank, (eds), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en latinoamérica y europa*, Kas, Buenos Aires 2011, 489 -518.

servizio pubblico, ma piuttosto che considerare la rilevanza dell'aspetto soggettivo, si concentra sulle caratteristiche tecniche del contenuto delle prestazioni⁶ e vi riconduce l'attività di polizia ed il procedimento di espropriazione. Viene distinto il servizio pubblico proprio, gestito da un ente pubblico, da quello improprio, che corrisponde alle attività d'interesse generale condotte da imprenditori privati su permesso, concessione o licenza. Rientrano nella seconda categoria molte attività condotte a livello locale, tra cui le farmacie comunali e le panetterie.

Un'ulteriore evoluzione si registra in seguito all'approvazione delle norme sulla decentralizzazione amministrativa, maggiormente in linea con l'assetto federale del paese, ed in conseguenza del processo di privatizzazione e semplificazione. Inizia la tendenza a valutare l'aspetto dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa; vengono istituite la commissione federale per il miglioramento della regolamentazione e la Segreteria dello Stato con funzioni di ausilio di carattere politico-amministrativo alle attività dell'esecutivo federale. Sorgono le prime autorità amministrative indipendenti.

Le iniziali forme di procedura amministrativa s'ispirano alle fasi processuali.

I procedimenti vengono distinti e nominati in base all'impatto che l'atto finale avrebbe avuto sulle posizioni giuridiche soggettive. La circostanza determina l'esistenza di numerose procedure speciali e, nel giro di pochi anni, creerà una notevole confusione in tutti i casi in cui o mancasse una regolamentazione specifica di settore, o la materia interessata richiedesse di combinare le fasi procedurali di differenti procedimenti, determinando così i presupposti per l'approvazione della Legge federale sul procedimento amministrativo, che nasce proprio con la finalità di delineare un insieme di regole generali sull'azione amministrativa, da poter integrare con le disposizioni dei singoli procedimenti speciali⁷.

2. L'influenza del costituzionalismo contemporaneo e l'eterogeneità degli effetti giuridici nel contesto iberoamericano

Il diritto amministrativo messicano mostra dunque la stessa linea evolutiva seguita dalle principali esperienze giuridiche, con l'evidente influenza esercitata dall'impostazione francese e spagnola. Inizialmente pensato come un insieme organico di regole per il funzionamento delle strutture amministrative dotate di speciali poteri che derogano al diritto privato, registra una successiva evoluzione verso la tutela delle posizioni giuridiche soggettive che inizia dai procedimenti di espropriazione e disciplinari. L'area del diritto amministrativo si espande progressivamente per poi mostrare una successiva contrazione soprattutto attraverso il concetto di servizio pubblico improprio, che consentirà la gestione di molte attività amministrative in regime di diritto privato.

⁶ J. Olivera Toro, *Manual de derecho administrativo*, México, 1967, 57 ss.

⁷ C. Huerta, *Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México*, cit., 498 ss.

La riforma costituzionale nel 2008 collega la gestione delle risorse economiche con i principi di efficienza, efficacia, economia, trasparenza ed onestà; circostanza che dal punto di vista legislativo conduce all'approvazione di nuove disposizioni sul funzionamento degli organi della pubblica amministrazione federale. I nuovi precetti costituzionali fanno sentire i loro effetti sul rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione. Le garanzie dei cittadini al cospetto dell'azione amministrativa vengono progressivamente ampliate, con il diritto di accesso ed al risarcimento dei danni causati da azioni amministrative illecite.

La maggior parte dei principi che regolano l'azione amministrativa derivano per lo più da espressi riconoscimenti costituzionali e legislativi. Il ruolo della magistratura resta in secondo piano. Il diritto amministrativo messicano si evolve soprattutto grazie al lavoro della dottrina, che sistema i dati legislativi raccogliendo in gran parte i concetti giuridici delle impostazioni teoriche italiane, spagnole e francesi.

Si tratta di una circostanza piuttosto frequente nei paesi in transizione e non di rado costituisce un elemento da cui è possibile ricostruire la forza che i principi assumono nel sistema costituzionale interno. Per anni in Francia il *Conseil d'État* ha assunto un ruolo assolutamente predominante nella definizione di principi dell'azione amministrativa. La funzione giudiziale è stata ancor più rilevante nel Regno Unito, dove ancora oggi non si avverte la carenza di una disciplina generale sul procedimento amministrativo, in virtù del radicato assetto dei principi affermati negli anni dai giudici inglesi.

L'impostazione messicana tuttavia oggi è fortemente influenzata da una vasta serie di fattori, come sta accadendo in tutti i paesi del mondo, tra i quali emergono l'importante cessione di sovranità e la forza che i diritti fondamentali stanno assumendo nel contesto internazionale⁸. La grande quantità di accordi stipulati dai governi nazionali, di natura bilaterale ma molto più spesso con più parti contraenti, forma specifici regimi in molti settori, tra cui l'ambiente e in vari ambiti economici. Le organizzazioni internazionali stabiliscono standard comuni

⁸ R.B. Stewart, *Il diritto amministrativo globale*, in 3 *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 633 ss.; A. Gordon *et al.* (eds), *Values in Global Administrative Law*, Oxford 2011, 17 ss.; G. Shaffer, *Transnational Legal Process and State Change*, in 37, n. 2 *Law & Social Inquiry*, 2012, 229-264. Nell'Unione europea, la pressione esercitata dall'ordinamento comunitario spinge gli Stati membri ad adeguare le legislazioni interne ai principi di trasparenza, legalità, uguaglianza, sussidiarietà, proporzionalità, con l'obbligo di motivare gli atti amministrativi. L'affermazione dei diritti nei procedimenti è poi notevolmente rafforzata dall'impostazione europea sui meccanismi di tutela giudiziaria, che richiede efficacia, completezza dell'indagine. Sorgono nuovi diritti in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale degli enti pubblici, così come l'idea di procedure non giurisdizionali per la risoluzione di conflitti, e forme di protezione anche per atti che costituiscono il risultato di cattiva amministrazione, anche se non formalmente invalidi. La stessa influenza esercitata dalla Convenzione europea sui diritti umani è enorme. Da decenni la Corte di giustizia europea afferma che i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione costituiscono principi di diritto comunitario e, a sua volta, la Corte europea dei diritti dell'uomo esamina l'azione delle istituzioni comunitarie alla luce della Convenzione europea, in un dialogo costante che influenza i rispettivi regimi giuridici. Cfr. J. Schwarze, *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, in F. G. Snider (eds), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford-Portland Oregon 2000, 163-182.

che devono essere applicati all'interno dei sistemi giuridici, in alcuni casi in modo vincolante, in altri casi attraverso modalità e criteri operativi a cui gli Stati sono obbligati ad aderire. A tali elementi si aggiungono le pressioni che derivano da organismi internazionali che acquisiscono ed elaborano le informazioni provenienti dagli Stati sulle modalità con cui viene svolta l'attività amministrativa interna, mentre altre coinvolgono varie istituzioni con una forte rilevanza internazionale. Molti di questi organismi presentano problematiche simili a quelle che caratterizzano l'azione amministrativa delle agenzie indipendenti negli Stati Uniti, tra cui la mancanza di una legittimità costituzionale e di una solida base democratica. I modelli procedurali prevalentemente utilizzati sono così caratterizzati dall'esistenza di un sistema diffuso di garanzie fondato sulla neutralità, sulle capacità tecnico-professionali dei regolatori, e su ampie forme di partecipazione al procedimento di formazione delle norme⁹. Le pressioni che derivano dall'affermazione delle convenzioni internazionali sui diritti umani spingono così gli Stati ad applicare i principi di un processo equo anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi, che vanno condotti nel rispetto di un nucleo irriducibile di garanzie procedurali tra cui la partecipazione delle parti interessate, la trasparenza, il diritto alla difesa e l'obbligo di motivazione.

Nel contesto ibero-americano, le recenti riforme costituzionali hanno apportato innovazioni significative alla democrazia partecipativa, ed i diritti degli individui trovano ampi spazi di protezione, attraverso l'*amparo*, presente ovunque, il *defensor del pueblo* ed il penetrante controllo di costituzionalità¹⁰. La maggior parte dei paesi dell'America Latina si è impegnata a rispettare la Convenzione americana sui diritti umani ed ha ceduto parti della propria giurisdizione alla Corte interamericana. Gli accordi internazionali sottoscritti tramite il *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York* del 1966 orientano gli Stati verso una maggiore tutela delle posizioni giuridiche soggettive. Negli assetti costituzionali interni gli strumenti internazionali vengono collocati al di sopra delle leggi. Sono circostanze che negli ultimi tempi hanno indotto i paesi dell'America Latina a sviluppare una straordinaria stagione di riforme, e prevedere contenuti e meccanismi di protezione dei diritti particolarmente innovativi.

Grazie alla giurisprudenza del tribunale interamericano per i diritti umani si è incrementata la connessione tra gli elementi del procedimento ed il processo¹¹. Questa sfera d'influenza ha riguardato in particolare i diritti di difesa nell'ambito dei procedimenti, con la progressiva affermazione del diritto di accesso, all'informazione, alla trasparenza ed alla partecipazione. I sistemi interni hanno poi amplificato i dati derivanti dal diritto internazionale, e regolato le procedure

⁹ A. Meyerstein, *Global Private Regulation in Development Finance: The Equator Principles and the Transnationalization of Public Contracting*, in Audit, Mathias & Schill Stephan W. (eds), *The Transnational Law of Public Contracts*, Bruxelles 2014, 1-41.

¹⁰ A.R. Brewer Carías, *El tratamiento del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento en América Latina*, in 8 *Revista AIDA*, 2010, 50-81.

¹¹ J.P. Machado Arias, *El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, in Idem (eds), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México 2009, 123-161.

amministrative combinando i modelli francese e spagnolo, fondati sulla centralità dell'atto amministrativo, con le necessità di garantire i diritti derivanti dalle proprie impostazioni costituzionali.

Le leggi sui procedimenti amministrativi generali adottate nei principali paesi dell'America Latina presentano una caratteristica uniforme, che è rappresentata, in sostanza, dal fatto che prima della dettagliata regolamentazione vengono specificati con forza tutti i principi fondamentali su cui deve fondarsi l'azione amministrativa¹²: imparzialità, legittimità, impulso d'ufficio, verità materiale, economia, celerità, efficacia, trasparenza, flessibilità-informalità, procedimento giusto, contraddittorio, buona fede, lealtà nella ricerca della verità, motivazione della decisione, gratuità, proporzionalità¹³. Questa circostanza è dovuta alla necessità di affermare attraverso la legislazione quella forza dei principi che non ha avuto modo di consolidarsi nel tempo, per effetto del ruolo scarsamente incisivo assunto dalla magistratura interna nel contesto iberoamericano¹⁴. A questa tendenziale uniformità non corrisponde tuttavia la convergenza degli assetti normativi. Ogni paese dell'America Latina mostra un diverso grado di equilibrio tra le esigenze di definire l'interesse pubblico ed il rispetto dei diritti individuali; ed in ogni esperienza cambia l'intensità con cui si sono affermati i principi provenienti dai fattori di convergenza internazionali.

3. La complessa implementazione dei principi. L'open government model e la partecipazione procedimentale

In Messico, tra i principi fondamentali troviamo quelli di economicità, celerità, efficacia, legalità, pubblicità e buona fede¹⁵, oltre alla presunzione di legalità dell'atto amministrativo¹⁶, di brevità¹⁷, continuità¹⁸, che vanno poi coordinati con le norme costituzionali sull'efficienza ed onestà dell'azione amministrativa, e con le disposizioni sulla trasparenza. La recezione del sistema dell'*open government* è recente¹⁹ ed ancora piuttosto debole, mentre ha trovato maggiore affermazione il

¹² A.R. Brewer Carías, *La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444)*, in *Derecho PUCT*, n. 67, 2011, 47-76.

¹³ In Venezuela la disciplina dei principi è contenuta nel decreto legge n. 368 del 05-10-99, e nella legge organica sulla pubblica amministrazione del 17.10.2001, in Colombia nella legge n. 1437 nel 2011, in Brasile nella legge generale sulla procedura n. 9,784 / 99, in Panama nella legge n. 38 del 31 luglio 2000, in Perù nella legge n. 27.444 del 2000, in Bolivia, nella legge n. 2341 del 23 aprile 2002 ed in Cile nella legge n. 19.880 del 29 maggio 2003.

¹⁴ J. Tapia Tovar, *El buen derecho. Los principios generales del derecho*, in *Nuevo consultorio fiscal*, México, año 13, núm. 228, febrero de 1999, 55. R. Sánchez Vázquez, *Los principios generales del derecho y los criterios del poder judicial de la federación*, México, 2004, 101.

¹⁵ Art. 13 *ley federal de procedimiento administrativo*.

¹⁶ Art. 8.

¹⁷ Art. 17.

¹⁸ Art. 18.

¹⁹ *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública* del 2002 e la successiva riforma del 2015.

modello ad accesso riservato, che consente l'accessibilità ad atti e documenti soltanto a favore di specifici destinatari dell'azione amministrativa e previa dimostrazione dell'interesse ad accedere.

In diversi paesi dell'America Latina infatti, sia per la tradizionale assenza di una cultura della trasparenza, sia per le carenze delle strutture organizzative, il modello di massima accessibilità alle informazioni è soltanto affermato, ma non applicato. In quest'area l'idea di trasparenza non è pertanto funzionale alla partecipazione diretta alle procedure amministrative, quanto piuttosto appare collegata all'esigenza di conoscere elementi e dati necessari per valutare l'operato dei rappresentanti politici. I cittadini hanno così la possibilità di influenzare l'azione politica ed esercitare pressioni per far valere le relative responsabilità. È una comune tendenza nei paesi in transizione e che appare evidente soprattutto nell'area dell'ex Unione Sovietica e dell'Europa centro-orientale.

Tuttavia, la pressione internazionale spinge verso il riconoscimento di nuovi contenuti dei diritti umani, e le libertà di informazione ed espressione si espandono. In America Latina, la Columbia mostra gli aspetti più innovativi. In questa esperienza, la Corte costituzionale ha affermato che la libertà di espressione e il diritto all'informazione costituiscono le condizioni essenziali affinché la democrazia possa esistere nei rapporti tra cittadini e poteri pubblici²⁰. L'aspetto centrale di questa relazione è l'informazione pubblica. Le autorità devono funzionare prima di tutto al servizio dei cittadini²¹.

In altri paesi la situazione è diversa. In Argentina, la prima apertura verso il modello dell'*open government* si registra con l'approvazione della legge n. 25.152 del 1999. La disposizione prevedeva l'obbligo per le autorità finanziarie di rendere noto ogni informazione relativa all'azione eseguita, a chiunque ne faccia richiesta. Nel 2003, con il decreto n.1172, il principio di trasparenza è stato rafforzato con il diritto di accedere a tutte le informazioni possedute dalle autorità pubbliche, senza la necessità di dimostrare l'esistenza di un interesse qualificato. Al concetto di informazione accessibile è stato conferito un ampio significato, con l'unico limite che i dati siano già disponibili. Sono pertanto inammissibili solo le richieste di accesso che comportano l'obbligo per l'ente pubblico di redigere atti e documenti al solo scopo di fornire le informazioni richieste.

In Messico le regole sulla trasparenza del 2015²², da un punto di vista tecnico, non presentano particolari problemi. Tuttavia, per anni la loro scarsa applicazione è stata costante, sia per la carenza di consapevolezza da parte dei cittadini sulle possibilità di esercitare il diritto di accesso, sia per il fatto che le autorità stesse pongono diversi ostacoli, e di norma la richiesta viene soddisfatta solo dopo un'azione giudiziaria²³. La tradizione della segretezza è alquanto radicata, come si evidenzia dai ritardi diffusi nell'elaborazione delle istanze,

²⁰ Corte Constitucional de Colombia Sentenza C-371/2011, Luís Ernesto Vargas Silva.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentenza T-210/2010, Juan Carlos Henao.

²² Ley general de transparencia y acceso a la información pública, 4 maggio 2015.

²³ R. Cortés Ontiveros, *La transparencia in México. Razón, origen y consecuencias*, disponibile in www.derecho.unam.mx, 28.

l'interpretazione estensiva delle eccezioni, le disfunzioni nelle procedure e l'inerzia costante; tutti elementi che riducono notevolmente l'applicazione del modello²⁴.

Mancano allora gli elementi che consentano l'efficacia funzionamento del modello dell'*open government*. Le innovazioni vanno accompagnate da un'attenta programmazione, in un contesto che deve prevedere un'organizzazione efficiente per poter garantire lo svolgimento delle nuove funzioni e l'assegnazione di adeguate risorse finanziarie. Le regole sulla trasparenza non si occupano di questi aspetti, che sono alla base del modello e rappresentano le condizioni per l'efficienza. È così che le dichiarazioni di principio contenute nella disciplina sulla trasparenza non possono produrre innovazioni importanti, se le riforme non vengono accompagnate da modifiche della struttura organizzativa e da risorse finanziarie aggiuntive.

Il principio costituzionale di efficacia è inteso come criterio di valutazione del grado di soddisfazione degli amministrati e spinge verso l'ampliamento delle forme di partecipazione. Questa impostazione si riscontra anche nelle leggi sul procedimento amministrativo in Colombia (articolo 11), Bolivia (articolo 43), Venezuela, (articolo 45), Honduras (art. 115), Panama (articolo 76) e Perù (articoli 125 e 126), Messico (articolo 17), nella parte in cui obbligano gli enti pubblici a comunicare alle parti interessate gli errori e le omissioni presenti nelle loro richieste, ed evitare così che le carenze documentali possano costituire validi motivi per respingere le richieste presentate. In Colombia, il Tribunale costituzionale ha sancito il principio in base al quale, in caso di conflitto tra interesse generale e particolare, deve essere data precedenza ai diritti inalienabili della persona, ai sensi dell'art. 5 della Costituzione²⁵.

In tutta l'America Latina le forme di partecipazione ai procedimenti amministrativi sono disciplinate nelle leggi generali sui procedimenti e stimolate dal principio del contraddittorio, della buona fede e della verità materiale, che orientano l'azione amministrativa verso l'adozione di misure che devono essere in linea con la verità sostanziale. Sono tutti elementi che inducono le amministrazioni a consentire la partecipazione, oltre che in chiave difensiva, anche per finalità di completezza istruttoria e per ricercare la soddisfazione degli amministrati.

3.1. La proporzionalità

L'applicazione del principio di proporzionalità è differenziata in America Latina²⁶. La dottrina brasiliana tende ad attribuire una caratterizzazione specifica al

²⁴ Cfr. R. Uvalle Berrones, *Gobernabilidad, Transparencia y reconstrucción del Estado*, in *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. I no. 203, mayo-agosto, 97-116, (2008), Universidad Autónoma de México, México. J.C. Durand, *El procedimiento administrativo en la Argentina*, in P. Aberastury, H.J. Blank (eds), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en latinoamérica y europa*, cit., 307 - 312.

²⁵ *Corte Constitucional de Colombia*, Sentenza T-669/1996, Alejandro Martínez Caballero.

²⁶ A.R. Brewer Carías, *El tratamiento del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento en América Latina*, cit., 62 - 64.

principio, come diversa e distinta da quella della ragionevolezza. La legge 9.748 / 98 richiede che l'azione amministrativa sia condotta con un adeguato equilibrio tra mezzi e fini, e vieta l'imposizione di obblighi, restrizioni e sanzioni in misura superiore a quella strettamente necessaria per l'attuazione dell'interesse pubblico. La connessione con l'interesse pubblico evidenzia che la proporzionalità costituisce un modo per effettuare il confronto tra interessi, insieme ai principi di uguaglianza, buona fede ed aspettativa legittima, nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale²⁷. In Colombia, il principio di proporzionalità si riscontra nell'articolo 36 del decreto legge 01 del 1984 e nell'articolo 44 della legge 1437 del 2011, in base al quale il contenuto di una decisione discrezionale generale o specifica deve essere adeguato agli obiettivi indicati dalla legge e proporzionale ai fatti accertati. Il Consiglio di Stato colombiano applica il principio senza distinguere l'intensità del controllo, concentrandosi invece sulla verifica dell'esistenza di tutti gli elementi, sia fattuali che legali, necessari per perseguire l'obiettivo attraverso criteri ragionevoli²⁸. Per la Corte costituzionale l'idea di proporzionalità rappresenta soprattutto un percorso argomentativo, un criterio interpretativo, che cerca di evitare gli eccessi o i difetti nell'esercizio del potere pubblico, come forma specifica di protezione o realizzazione dei diritti e libertà individuale. Questo approccio sostiene, infatti, che l'azione amministrativa deve essere considerata proporzionale quando le limitazioni delle sfere giuridiche soggettive seguono un obiettivo che è costituzionalmente legittimo, le misure adottate costituiscono un mezzo idoneo per realizzarlo e soprattutto se non esistono altri mezzi meno dannosi per realizzare lo stesso obiettivo. Riguarda generalmente gli stessi elementi che caratterizzano il giudizio di proporzionalità in ambito europeo²⁹.

In Venezuela, il rispetto del principio è tra gli elementi portanti della struttura della legge sulle procedure e costituisce il limite principale alla discrezionalità amministrativa³⁰. L'approccio di base cerca quindi di evitare che il potere delle autorità pubbliche possa determinare, in nome dell'interesse generale, l'eccessiva limitazione delle facoltà connesse ai diritti rispetto all'obiettivo da perseguire. Le maggiori applicazioni si registrano in relazione ai procedimenti per l'adozione di misure di emergenza, dove la disciplina generale ha elaborato una serie di criteri guida per superare la prova di proporzionalità. L'amministrazione deve dimostrare la presenza di elementi efficaci di pericolo, e l'urgenza deve essere

²⁷ R. Perlingeiro, *Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica*, in P. Aberastury, H. J. Blank, (eds), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en latinoamérica y Europa*, cit., 324 – 325.

²⁸ R. Araujo Oñate, *El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano*, in P. Aberastury, H. J. Blank, (eds), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en latinoamérica y Europa*, cit., 399 ss.

²⁹ Corte Constitucional, C-575, 26 Agosto 2009, www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-575-09.htm. Cfr. R. Araujo Oñate, *El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano*, cit., 452 – 453.

³⁰ Art. 12 della legge organica sulle procedure.

tale da non consentire l'adozione di una misura ordinaria³¹. Il provvedimento urgente potrà essere adottato soltanto in assenza di altra tipica decisione e deve essere perfettamente in linea con il potere conferito.

Un approccio simile esiste in Perù³² e in Costa Rica³³, dove l'articolo 160 della legge generale sull'amministrazione pubblica sanziona l'invalidità di un atto discrezionale quando viola le regole elementari della logica, della giustizia o della convivenza. La proporzionalità appare anche nel precedente articolo 132.1, nella parte in cui richiede che le decisioni amministrative siano proporzionate alla finalità da raggiungere.

Il Messico mostra invece un approccio piuttosto conservativo³⁴, ed il principio di proporzionalità trova applicazione soprattutto in materia fiscale, come limite per l'autorità amministrativa nella determinazione degli oneri tributari³⁵ e come elemento d'interpretazione costituzionale delle leggi³⁶; non costituisce un criterio generale e di norma non è utilizzato con l'intensità delineata dall'esperienza tedesca.

3.2. La buona fede ed il legittimo affidamento

Nel contesto ibero-americano si avverte con forza l'affermazione dei principi di moralità, buona fede e lealtà a cui devono attenersi entrambe le parti dei procedimenti amministrativi. La moralità sociale richiede onestà, fiducia, giustizia, correttezza, coerenza, credibilità, obiettività, e rende possibile che l'azione amministrativa si muova in un assetto normativo stabile e prevedibile.

In America Latina questi elementi sono diffusamente richiamati nelle caratteristiche fondamentali delle leggi sui procedimenti. In Colombia, il principio è espresso nell'art. 83 Cost., e la dottrina distingue tra buona fede e fiducia legittima³⁷. Entrambe si fondano sul dovere di fedeltà, poiché risulterebbe inimmaginabile un affidamento legittimo in assenza di una fiducia reciproca. Tuttavia, in quest'ottica, la buona fede non richiede che l'amministrazione debba mostrarsi coerente nei propri comportamenti, elemento che invece caratterizza

³¹ V.R. Hernández-Mendible, *Tendencias de los procedimientos administrativos en Venezuela*, in P. Aberastury, H.J. Blank, (eds), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en latinoamérica y Europa*, cit., 587 – 590.

³² A.R. Brewer Carías, *El tratamiento del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento en América Latina*, cit., 47-76.

³³ A.R. Brewer Carías, *Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica*, in *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, 31-57.

³⁴ *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* n. 130/2007.

³⁵ C. Huerta, *Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México*, cit, 505 – 506.

³⁶ R. Sánchez Gil, *Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México*, disponibile in www.revistas.juridicas.unam.mx. R. Aguilera Portales, R. López Sánchez, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*, disponibile in www.biblio.juridicas.unam.mx, 103 – 106.

³⁷ M.J. Viana Cleves, *El principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo colombiano*, Bogotá 2007, 44 e 45.

l'istituto del legittimo affidamento³⁸. Le norme consentono la revoca degli atti amministrativi, anche di quelli formati attraverso il meccanismo del silenzio assenso, con il consenso del titolare dei relativi diritti³⁹. L'orientamento prevalente del Consiglio di Stato conferma l'esigenza di reciprocità dell'elemento della buona fede⁴⁰; cosicché, mentre appare riluttante ad ammettere la legittimità degli atti di revoca che incidano su posizioni giuridiche consolidate, mantiene la tendenza esattamente contraria quando l'atto amministrativo sia stato ottenuto con l'utilizzo di mezzi illeciti, possibile, in questo caso, anche senza il consenso del destinatario del provvedimento.

Nell'ordinamento brasiliano molte disposizioni della legge n. 9784/99 riconducono al principio del legittimo affidamento: il divieto d'interpretazione retroattiva delle norme amministrative⁴¹, la necessità della motivazione obbligatoria per gli atti di revoca, o di annullamento, nel rispetto dei diritti acquisiti⁴², il termine massimo di cinque anni per annullare i provvedimenti che ampliano le sfere dei diritti soggettivi⁴³, la possibilità di convalidare gli atti che presentino vizi e che non comportano lesioni al pubblico interesse o nei confronti di terzi⁴⁴. Lo stesso principio si trova in Perù, ed in Venezuela, dove è formulato nella legge generale sul procedimento amministrativo, all'art. 23: la buona fede costituisce una presunzione a favore dei cittadini, e le dichiarazioni rese nei procedimenti dalle persone interessate vanno considerate veritiere, fino a prova contraria.

In Argentina, sebbene dalle disposizioni sul procedimento non sia ricavabile alcun principio sul legittimo affidamento, l'istituto ha trovato una qualche applicazione, seppur limitata, attraverso il richiamo all'elemento privatistico della buona fede⁴⁵. In questo ordinamento tuttavia è diffusamente avvertita la mancanza di disposizioni che possano indirizzare l'amministrazione verso il rispetto dell'affidamento e, non di rado, la dottrina pone a riferimento l'esperienza tedesca e richiama la relativa disciplina⁴⁶.

³⁸ R. Araujo Oñate, *El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano*, cit., 444; Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta*, Sentenza del 3 agosto 2006, Radicación número: 11001-03-27-000-2004- 00077-00 (14897), María Inés Ortiz Barbosa.

³⁹ Artt. 69 e ss. del decreto legge 01 del 1984.

⁴⁰ Colombia, *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A*, Sentenza dell'11 novembre 2009, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04242-01(1127-07), Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴¹ Art. 2.

⁴² Art. 53.

⁴³ Art. 54. Rispetto alla necessità di collegare l'applicazione del principio con il trascorrere del tempo è critico R. Perlingeiro, *Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica*, cit., 345 ss. A suo avviso l'effetto sanante del principio di legittimo affidamento dovrebbe formarsi indipendentemente dal tempo trascorso ed analizzato caso per caso.

⁴⁴ Art. 55.

⁴⁵ P.J. J. Coviello, *La Protección de la Confianza del Administrado. Derecho Argentino y Derecho Comparado*, Buenos Aires 2004, 33. L. E. Rey Vázquez, *El principio de confianza legítima. Su posible gravitación en el derecho administrativo argentino*, in *AFDUC*, n.17, 2013, 259-282.

⁴⁶ J.C. Durand, *El procedimiento administrativo en la argentina*, cit., 306.

In Messico il principio di buona fede è per lo più di origine dottrinale mentre il legittimo affidamento opera in un diverso spazio costituzionale, verso la tendenza alla stabilità delle prescrizioni legislative⁴⁷. In linea con l'evoluzione assunta in America Latina la buona fede indirizza sia l'amministrazione che i cittadini a tenere un comportamento leale nei loro rapporti⁴⁸ e la sua violazione comporta la nullità degli atti adottati⁴⁹. Il principio costituisce quindi un limite piuttosto rilevante per l'azione amministrativa che sarà viziata quando un ente pubblico abbia di fatto indotto in inganno il cittadino. La correttezza del comportamento della pubblica amministrazione è richiesta in ogni fase, e quindi anche nell'ipotesi di revoca o annullamento di un atto amministrativo nonché nell'esercizio delle funzioni giudiziarie⁵⁰.

4. Problematiche evolutive e prospettive moderne

Il diritto amministrativo messicano è ancora fortemente influenzato dalle caratteristiche della forma di governo che esiste nel paese, che non solo registra spesso deviazioni presidenzialiste, quanto non è ancora pervenuta ad un grado di maturazione tale da garantire il corretto equilibrio tra i poteri. La funzione esecutiva del Presidente non trova in questa esperienza gli stessi limiti che la magistratura ed il potere legislativo hanno imposto al Presidente degli Stati Uniti. In Messico, la genesi e l'evoluzione di un forte apparato burocratico, fondato sul principio gerarchico e di stretta legalità, ha lasciato poco spazio all'idea che le strutture e l'azione amministrativa dovessero fondarsi su un equilibrio tra le esigenze di definizione dell'interesse pubblico e gli interessi privati. Il diritto amministrativo è nato e si è sviluppato soprattutto come una branca dell'ordinamento giuridico che si occupa dell'organizzazione ed il funzionamento delle strutture pubbliche, a cui è stato attribuito il potere di agire attraverso l'atto amministrativo, tipico ed esecutivo, con la capacità di creare, modificare o estinguere le posizioni giuridiche soggettive. Questa idea, che in molte altre esperienze giuridiche è stata poi superata per effetto della crisi del concetto di autorità, in Messico sta resistendo alle pressioni del costituzionalismo contemporaneo e dei fattori di convergenza internazionali. L'attenzione posta al rispetto dei diritti di trasparenza, partecipazione, giusto procedimento, motivazione ha indotto per lo più ad una maggiore decentralizzazione delle funzioni, ed all'istituzione di autorità amministrative indipendenti, piuttosto che al rafforzamento delle tutele dei diritti procedurali, affermati dal punto di vista

⁴⁷ *Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo de revisión n. 894/2015.*

⁴⁸ C. Huerta, *Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México*, cit., 504. A.E. Pérez Duarte, V.G. García Moreno, *Buena fe*, in *Nuevo diccionario jurídico mexicano*. A-C, México, UNAM, 1998, 422.

⁴⁹ C. Huerta, *Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México*, cit., 505 ss.

⁵⁰ J. González Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1989, 161.

normativo ma non diffusamente applicati⁵¹. La parte del diritto amministrativo che si occupa delle relazioni tra poteri pubblici e cittadini non appare ancora radicata nella coscienza civile del paese. Il ruolo della magistratura è in via di sviluppo, i principi di proporzionalità e legittimo affidamento registrano scarsa applicazione, in termini di limiti al potere discrezionale. Esistono ancora diffusi fenomeni di corruzione, di disapplicazione delle regole procedurali, ed una scarsa implementazione del principio di trasparenza.

Nonostante abbiano ampi spazi di competenza, gli Stati non hanno realmente contribuito all'evoluzione del diritto amministrativo messicano. D'altronde si tratta di un federalismo ancora piuttosto debole, al cospetto dei modelli maggiormente avanzati. Le leggi interne, a partire da quelle sui procedimenti amministrativi generali, ricalcano per lo più l'impostazione della disciplina federale sul procedimento. In alcuni casi, tra cui emerge l'esperienza dello Stato di Jalisco, proviene la pressione verso un sistema di giustizia amministrativa e di protezione dei diritti dei cittadini maggiormente efficace. Ma in Messico non vi sono ancora le condizioni per l'affermazione del pluralismo istituzionale, culturale, sociale e politico, che di norma è fortemente agevolato dall'organizzazione federale di un paese.

Esistono molti dei principi che nel panorama internazionale e comparatistico governano l'azione amministrativa. È la crisi del concetto di autorità che invece non appare ancora sufficiente affermata nel diritto amministrativo messicano. Vi è la necessità di conferire la forza necessaria ai principi ed alle regole che pur esistono. Funzione che spetta soprattutto alla magistratura, nel compito insostituibile di rendere effettivo il rispetto dei diritti degli individui nel momento della definizione dell'interesse pubblico.

Vincenzo De Falco

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"
vincenzo.defalco@unicampania.it

⁵¹ S. Venegas Álvarez, *Contenido y retos del derecho administrativo mexicano en el siglo XXI*, disponibile in www.derecho.unam.mx, 57-58.