

RESPONSABILIDAD

Agencias, la viciosa calificación de los profesores latino-americanos José Roberto Dromi y Juan Rodríguez - Azaiz Busto...

A todas las que por su gestión participarán en esta...

DERECHO SUBJETIVO:

PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD PUBLICA

Dr. José Roberto Dromi

Prof. Derecho Administrativo Universidad de Mendoza - Argentina.

Sumario: I. RELACION, SITUACION Y DERECHO SUBJETIVO.

1. La relación derecho subjetivo-responsabilidad pública.
2. Relación jurídico-administrativa. 3. Contenido de la relación: derecho y deber jurídico. 4. Tipos de relación. a) Por la regulación. b) Por el origen. 5. Partes de la relación: situación jurídico-administrativa. 6. Situación jurídica de la Administración: derecho subjetivo del Estado. a) Derechos personales. b) Derechos prestacionales. c) Derechos funcionales. d) Derechos públicos reales. 7. Situación jurídica del administrado: derecho subjetivo del individuo. a) Diversidad social y unidad jurídica. b) ¿qué fue? ¿qué es? y ¿qué debe ser? II. DERECHO SUBJETIVO: CATEGORÍA JURIDICO PLURAL. ENFOQUE FORMAL 8. Derecho subjetivo. 9. Interés legítimo. 10. Interés simple. 11. Situación jurídica subjetiva. Medida de protección. III. DERECHO SUBJETIVO: CATEGORÍA JURIDICA UNITARIA. ENFOQUE SUSTANCIAL. 12 Las libertades públicas como derechos subjetivos. a) Libertad y derecho. b) Situaciones y derechos. 13. ¿Derecho subjetivo o libertad reglamentada? a) Los derechos subjetivos como límites del poder. b) El poder como límite de los derechos subjetivos. 14. Categoría propia de la teoría general del derecho. 15. El origen del criterio de la diversidad de situaciones subjetivas: Oportunismo jurídico. a) El sistema francés de la diversidad de acciones. b) El sistema italiano de la diversidad de tribunales. c) Crítica y valoración. 16. La subjetividad de la objetividad. a) Las partes en el proceso objetivo de anulación. b) Unidad de acción y diversidad de pretensión. 17. Problema procesal de legitimación. a) Legitimación: ¿una o varias? b) ¿Legitimación procesal o legitimación sustancial? c) ¿Legitimación abierta, cerrada o mixta? 18. Jerarquía entre las situaciones subjetivas. a) Gradación procesal. b) Gradación sustancial. 19. El interés colectivo. a) Legitimación de los intereses supraindividuales. b) La acción popular. c) Indefensión del interés público. 20. Conclusión y caracterización. a) Unitario. b) Sustantivo. c) Normativo primario. d) Potestativo. e) Limitativo. f) Irrenunciable.

26139 R N° 39 (SET/DIC) 1979

I. RELACION, SITUACION Y DERECHO SUBJETIVO *

1. La relación "derecho subjetivo - responsabilidad pública".

La responsabilidad pública constituye el presupuesto sustantivo del derecho subjetivo. Sin "responsabilidad" no existe "libertad". Precisamente, el Estado de derecho —como medio— y el Estado de bienestar —como fin— enmarcan el obrar público en pautas jurídicas y políticas en las que la salvaguardia de la libertad —modelo político de los derechos subjetivos— requiere de un sujeto público responsable: *el Estado*. Estado que responde por todos aquellos actos y hechos que lesionan el *cuadro jurídico formal*, conformado en vista de una *axiología política final*.

A la inversa, *el derecho subjetivo es un presupuesto de la responsabilidad pública.* Toda "responsabilidad" o imputación de deberes a un sujeto jurídico pasivo, cualquiera sea, requiere como contrapartida la legitimación sustancial y procesal del sujeto jurídico activo. En nuestro juego relacional público los sujetos son "Estado" e "individuo", o más específicamente "Administración Pública" y "administrados".

Para que se opere la *atribuibilidad del deber* al caso concreto, con su consecuente carga reparatoria, indemnizatoria, obligacional, prestacional, etc., por cuenta de un sujeto jurídico pasivo, que puede ser el Estado o el administrado, según la tipología relacional, es indispensable la titularidad de un *derecho subjetivo* en el sujeto jurídico activo.

El derecho subjetivo del Estado es una exteriorización del "poder", así como el derecho subjetivo del administrado es una exteriorización del "poder", así como el derecho subjetivo del administrado es una exteriorización de la "libertad". Ambos son "poder" o "libertad" —según el caso— en el caso concreto. Precisamente, a través del derecho subjetivo se *actualiza*, en el *obrar* y en el *hacer*, la existencia y la vigencia real y material del "poder" y de la "li-

* Este trabajo forma parte del capítulo II del libro "Derecho subjetivo y responsabilidad pública" del autor, en prensa, ed. Temis, Bogotá - 1980.

bertad". Esa *actualización* implica llevar a "acto" la potencia intrínseca e inmanente que tiene acumulada *el Estado en el poder y el administrado en la libertad*.

Las situaciones jurídicas subjetivas son abstractas, generales y comunes. Conforman una "categoría jurídica" por la que se puede titularizar, de modo activo, un *derecho subjetivo* y, de modo pasivo, un *deber jurídico*.

La responsabilidad pública emergente del juego relacional administración-administrado, generado por una ley, contrato, reglamento, acto unilateral, como *fuerza obligacional*, está condicionada objetivamente a la existencia de una situación subjetiva. Para que se efectivice la responsabilidad es menester la ejecución de un acto, hecho u omisión atribuible a un sujeto que viola "derechos del poder" o "derechos del individuo" constitucionalmente reconocidos. La responsabilidad parte del presupuesto de que alguien haya sufrido una lesión dañosa en sus derechos, con motivo del obrar antijurídico de otro sujeto de derecho.

2. Relación jurídico-administrativa.

Una consecuencia obligada de la *legitimación activa* (para el titular del derecho subjetivo) y de la *legitimación pasiva* (para el obligado con el deber jurídico) es la existencia de la *relación jurídica administrativa*, y en ella la responsabilidad del segundo por sus actos y hechos que vulneran, desconocen o incumplen el derecho subjetivo del primero.

La actividad estatal, exteriorizada de diferentes maneras (acto, reglamento, simple acto y contrato administrativo, ley, sentencia y acto político), genera directa o indirectamente consecuencias de tipo jurídico. Estas consecuencias instituyen, recíprocamente, derechos (o prerrogativas) y deberes (u obligaciones) para las partes intervinientes, traduciendo una "relación jurídica" entre la Administración (Estado) y los administrados (individuos).

El deber de uno implica el derecho de otro y la inversa. Por tanto tenemos derechos y deberes de los administrados y de la Administración, dada la correspondencia entre las situaciones en que se encuentran cada uno de ellos respectivamente.¹ El reconoci-

¹ VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la Noción de Derecho Subjetivo*, ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Chile 1976, cap. I, "Los orígenes de la noción de derecho subjetivo", p. 23 y ss. RUBIER,

miento de los derechos subjetivos públicos no significa que el individuo ejerza un poder sobre el Estado, ni que tenga parte del imperium jurídico, sino que posee estos derechos como correlato de la obligación del Estado de respetar el ordenamiento jurídico.

La relación jurídica es aquella que se da entre dos sujetos de derecho cuando la situación de poder —derecho— en que se encuentra uno de ellos, se corresponde necesariamente con una situación actualizada de deber —obligación— de otro.

La situación jurídica difiere a la *ubicación* o disposición jurídica de un sujeto de derecho, mientras que la segunda es la *referencia* que impone la situación a otro u otros sujetos terceros obligados a dar, hacer o no hacer.² Por su parte, el objeto de la relación jurídico-administrativa son derechos y deberes que pueden consistir en *hacer, tolerar y omitir*. Toda "relación jurídica" implica "situaciones jurídicas". Vale decir, distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho, que traducen el activo y el pasivo de su haber jurídico. En suma, la situación jurídica revela al mundo exterior "cualidades de la persona" que la ley toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos. La idea de situación jurídica se integra con los conceptos "derecho subjetivo"

Paul, *Droits subjectifs et Situations juridiques*, París, Balloz, 1963, p. 97-103. CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed. Madrid, Tecnos, 1974, p. 480. GARCIA TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Rev. del Derecho Privado, 1964, t. I, ps. 444-446. RIVERO ISERN, *El Derecho Administrativo y las Relaciones entre Particulares*, Sevilla, 1960.

GRAU, Armando E., *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa*, La Plata, Platense, 1971, p. 42. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, I.E.P., 1966, p. 328. GONZALEZ PEREZ, Jesús, *El Administrado*, Madrid, 1966, ps. 20 y ss.

ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Trad. Héctor Masnatta, vol. I, Bs. As., ed. Arayú, 1954, p. 299 y ss.

GOMEZ MEJIA, Francisco E., *Fundamentos de Derecho Administrativo Colombiano*, Bogotá, Edit. Kelly, 1969, ps. 67 y ss.

La relación jurídico-administrativa, como cualquier tipo de relación jurídica, puede tener su origen en la ley, actos y hechos jurídicos públicos y privados.

ROUBIER, por su parte, distingue entre reglas jurídicas de carácter general y situaciones jurídicas de carácter individual y concreto. Respecto de la relación de derecho y de deber, señala que la infracción a un deber jurídico genera un derecho subjetivo. El deber jurídico del obligado es a su vez derecho subjetivo del titular.

² ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, t. II, p. 446. La relación jurídica "es un complejo de poder obligación con elementos contrapuestos y complementarios". FORSTHOFF, Ernst *Tratado de Derecho Administrativo*, Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 252-274.

y "deber jurídico" como polos personales inseparables de la relación.

3. Contenido de la relación: derecho y deber jurídico.

En toda relación jurídica tenemos dos sujetos: uno activo, titular del derecho, y otro pasivo, titular del deber correlativo de aquel. Esta distinción también impera en la relación jurídico-administrativa, aunque los presupuestos de la misma no son idénticos a los de la relación jurídico-privada. En efecto, la primera supone siempre, como uno de los sujetos de la relación, al Estado o a un ente público, estatal o no estatal, en ejercicio de funciones administrativas. La otra parte puede ser un particular, persona física o jurídica, u otro ente público estatal o no estatal.³

En la relación jurídico-privada el presupuesto es siempre la "capacidad", mientras que en la administrativa, obligadamente, al menos en uno de los sujetos, es la "competencia". Tanto la capacidad de las personas privadas como la competencia de las personas públicas implican un marco de atribuciones, facultades o derechos, que constituyen el antecedente de las situaciones jurídicas subjetivas concretas.

La capacidad y la competencia son situaciones que configuran el presupuesto de las distintas relaciones, las cuales establecen el derecho entre los sujetos. Son, por ello, aptitudes o posibilidades abstractas y potenciales. Las relaciones jurídicas, en cambio, son situaciones concretas, en acción, que han de traducirse en derecho subjetivo para uno y deber equivalente para otro.⁴

En consecuencia, hay derechos subjetivos del Estado hacia los particulares y de éstos hacia aquél; y puede también haberlos del Estado hacia otros entes públicos y de éstos hacia el Estado o

3 Como los órganos no tienen personalidad —no son sujetos—, las relaciones interorgánicas quedan al margen de la relación jurídico-administrativa. Si los dos sujetos son entes públicos, la relación jurídica es interadministrativa.

4 CARRIO, Genaro R., *Sobre el Concepto de Deber Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, ps. 33-38.

ENTRENA CUESTA, op. cit., p. 469: "Las relaciones jurídico-administrativas son en muchos casos complejas: los sujetos que en ellas intervienen actúan al mismo tiempo como titulares de derechos y obligaciones. Recuérdese al respecto el contenido de la relación de servicio, existente entre la Administración y sus funcionarios". Cfr. GARCIA TREVIJANO FOS, *Tratado...*, op. cit., t. I, p. 505, quien distingue entre "sumisión", "obligación" y "carga" como aspectos positivos de la relación jurídica.

entre entes públicos. En todos los casos, el derecho subjetivo de un sujeto es el reflejo material del deber jurídico de otro.

4. Tipos de relación.

Las relaciones jurídico-administrativas que traducen el *modus operandi* —para el derecho— de los sujetos "Estado" e "individuo", pueden ser de diverso origen y regulación.

a) Por la regulación.

En cuanto al aspecto formal reglamentario de la relación jurídica, el tipo sustantivo de regulación determina sus diversos modelos. En efecto, de acuerdo al contenido prestacional, la relación puede ser de derecho "tributario", "previsional", "aduanero", "municipal", "laboral", "consorcial", "vecinal", "policial", que determinará variantes procesales siempre dentro del común denominador público que la califica. A su vez, de esa diversidad relacional, en mérito al tipo regulador, dependerán los caminos formales para la protección y tutela de las situaciones subjetivas, comprendidas en la relación "Administración-administrados".

b) Por el origen.

La relación jurídico pública debe emerger de un título vinculativo. Tal título, que enlaza a las partes de la relación, puede ser de origen estatutario (por ejemplo, Constitución, ley, decreto, reglamento) o voluntario (por ejemplo, contrato, cuasicontrato, pre-contrato, acto unilateral). Al igual que las relaciones jurídicas diversas, en mérito a su variable regulativa, la protección subjetiva es procesalmente distinta en cada uno de los supuestos. Por ejemplo, una es la vía para la impugnación de actos reglamentarios y otra para los actos individuales, una para los actos "impuestos" y otra para los "propuestos".

1º Las relaciones de contenido estatutario se traducen normalmente en actos unilaterales generales, de forma reglamentaria, que prevén supuestos comunes de relaciones jurídicas varias con indeterminación subjetiva concreta. Es el caso, por ejemplo, de los reglamentos en materia de servicios públicos, cargas públicas y usos públicos. La forma jurídica concreta puede ser: Constitución, ley, reglamento u otras disposiciones del estilo.

2º Las relaciones de contenido voluntario son aquellas nacidas por el acuerdo creador de derechos y obligaciones (por ejemplo, contrato, cuasicontrato) o por actos unilaterales de administración (por ejemplo, permisos, concesiones, autorizaciones, etc.).

Los acuerdos creadores de derechos y obligaciones, nacidos por el ejercicio de la competencia voluntaria de los entes públicos, pueden revestir forma jurídica diversa, en razón de la modalidad formativa de la voluntad, a saber: contrato, pre-contrato, cuasi-contrato.⁵

El *contrato* público importa una modalidad de colaboración voluntaria, a diferencia de la carga pública o prestación personal obligatoria, que versa sobre contenidos prestacionales en materia de suministros, obras públicas, servicios públicos, empréstitos, empleo público, etc. Se opera a través de un acto de declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre un ente público en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente público. La presencia del ente público —estatal o no estatal— es un presupuesto subjetivo fundamental, porque dicha entidad está investida contractualmente de prerrogativas (por ejemplo, cláusulas exorbitantes) y deberes jurídicos especiales (por ejemplo, equilibrio de la ecuación económico-financiera), a los efectos de asegurar la prestación pública, objeto de la contratación.

En el *cuasi-contrato*, la fuente relacional se justifica a través de un acto voluntario lícito que produce efectos semejantes a los contratos, sin existir acuerdo de voluntades ni consentimiento sobre lo que es materia concreta de tal hecho o acto. En el derecho administrativo hay un indudable auge de esta figura jurídica, como manifestación de respeto por la justicia y la equidad compensatoria. El cuasi-contrato comprende no sólo las nociones de enriquecimiento sin causa, gestión de negocios ajenos, funcionarios de facto, etc., sino también la concesión de servicio público para el caso de que el concesionario, vencido el plazo de la concesión, continúe prestando el servicio.

En el *pre-contrato*, las tratativas previas suponen una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por

⁵ Ampliar en nuestros trabajos, *Licitación Pública*, Bs. As., Astrea, 2ª ed., 1977, p. 514-515, parágrafos, 62 a 66 y 476; *Los Actos Separables en la Contratación Administrativa*, J.A. Doctrina, 1975, ps. 216-227.

WALINE, Marcel, *L'Individualisme et le Droit*, París, Domat-Montcherestien 1945, ps. 115 y ss.

BIBLIOTECA, PA
DE DERECHO

manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato por venir, por ejemplo, acto administrativo de llamado a licitación, acto jurídico de oferta, acto administrativo de recepción y admisión, etc.

Los actos separables del procedimiento de contratación generan una relación o vínculo regulado por el derecho, con efectos jurídicos recíprocos implicados en los derechos y deberes de cada parte, que en lo procesal administrativo tiene particular trascendencia por cuanto se admite la impugnabilidad directa e independiente de dichos actos previos al contrato.

La particularidad de esa relación está dada por las obligaciones que unilateralmente asumen licitante y licitadores de modo preliminar al contrato; así, los deberes jurídicos de aquél importan derechos para éste y recíprocamente.

Por otra parte, la relación jurídica pre-contractual es: a) de tipo personal, desarrollada entre sujetos de derecho, sin referirse a los vínculos entre una persona y una cosa, supuesto de las relaciones reales; b) de efectos relativos, no absolutos o *erga omnes*, pues la pretensión sólo puede ser exigida a un sujeto pasivo determinado; c) de origen unilateral, en razón de ser la fuente obligacional: un acto administrativo para el licitante (llamado a licitación) y un acto jurídico para los oferentes (presentación de la oferta).

Los *actos unilaterales* de la Administración, por último, creadores de derechos y obligaciones, son la fuente administrativa más común generadora de las relaciones jurídico-públicas, revistiendo por lo general forma de "permiso", "orden", "autorización", "concesión", "sanción", u otra modalidad administrativa unilateral especial.

5. Partes de la relación: situación jurídico-administrativa. X

La relación implica siempre dos situaciones jurídicas distintas que podríamos conceptualizar como la posición o ubicación jurídica de los sujetos intervinientes en ella, constituida por un complejo de derechos y deberes.

La situación es siempre *activa* para el titular del derecho y *pasiva* para el titular del deber correlativo de aquél. En razón del objeto o contenido de la prestación, las situaciones pueden ser *positivas* (de dar o hacer) o *negativas* (de dejar hacer o no hacer).

Por último, entiéndese por situación jurídico-administrativa la ubicación o posición jurídica de cada una de las partes intervinientes en la relación jurídico-administrativa. Esta última supone *dos situaciones jurídicas distintas: de los administrados y de la Administración.*

6. *Situación jurídica de la Administración: derecho subjetivo del Estado.*

La relación "autoridad" y "libertad"⁶ se manifiesta en la normativa constitucional, en "poder" para el Estado y "derechos" para los particulares.

La Constitución, como equilibrio y control del poder público estatal, concede y reconoce a los habitantes (administrados en general) una serie de derechos subjetivos públicos.⁷

El poder público se traduce, en el orden existencial, en derechos subjetivos del Estado, exteriorizados en *actos del poder* como forma del ejercicio de su competencia. Por lo tanto pueden señalarse, en general, como derechos subjetivos del Estado, resultantes del ejercicio de su competencia:⁸

a) *Derechos personales.* Reconocimiento de su específica capacidad y eficacia jurídica de sus actos, derecho al nombre y demás signos distintivos.

b) *Derechos prestacionales.* 1) *Derecho a prestaciones positivas:* de cosas, dinero y servicios por parte de los individuos, entre derecho públicos y crédito, tributos, etc.; y 2) *derecho a prestaciones negativas:* observancia de prohibiciones y limitaciones por parte de los administrados.

6 Cfr. y ampliar DROMI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bs. As., Astrea, 1973. *Acto Administrativo, ejecución, suspensión y recursos*, Bs. As., Macchi, 1973 p. 3-13; *Autoridad y Libertad en el Derecho Administrativo*, J.A. 1978- ps. 739-745.

7 ROUBIER, Cit., p. 145; LINARES, Juan F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Bs. As., Astrea, 1975, p. 441.

8 ZANOBINI, op. cit., ps. 254-257. FORSTHOFF, cit. ps. 482 y ss. DABIN, Jean, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, ed. Rev. Derecho Privado, 1955, ps. 205 y ss. HAURIOU, Maurice, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, Trad. Arturo Sampay, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, ps. 32 y ss. GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derechos Reales Administrativos*, Madrid, Ed. Civitas, 1975.

c) *Derechos funcionales.* Prestación de servicios públicos.

d) *Derechos públicos reales.* Sobre bienes de su dominio (propiedad pública) y limitaciones a los bienes privados en interés público (por ej. servidumbres públicas).

7. *Situación jurídica del administrado: derecho subjetivo del individuo.*

a) *Diversidad social y unidad jurídica.*

La situación jurídica subjetiva de los particulares (administrados, contribuyentes, ciudadanos, vecinos, usuarios, oferentes, contratantes, etc.), en la relación jurídico-administrativa, puede ser como titular de derechos o de deberes jurídicos.

El panorama *obligacional* es multifacético. El capítulo de los "deberes públicos" de los administrados constituye, precisamente, el soporte del orden y del poder comunitario (por ejemplo, deberes vecinales, fiscales, previsionales, laborales, políticos, etc.).

El panorama de los *derechos* es también *multifacético* en su ejercicio, cantidad, alternativa, regulaciones, fuentes, pero *unitario* en su esencia jurídica.

La diversidad de derechos subjetivos emerge de la Constitución, que consagra la juridización positiva formal de los derechos naturales de los hombres, anteriores y superiores a la Constitución misma. Tales derechos individuales siempre deben ser tutelados y salvados; por ello la Constitución los "reconoce". Son el fin primordial de la sociedad, hacen al objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política y no algo ajeno a la misma.⁹

En su visión *social*, los derechos son muchos y diversos, por ejemplo, libertad de comercio, industria, trabajo, enseñanza, culto, tránsito, etc., pero en su visión jurídica tienen todos ellos un con-

9 Cualquiera que sea el nivel de la regulación y en razón de las normas reguladoras de la relación: Derecho Administrativo, Derecho Fiscal, Derecho Constitucional, etc., se califica al particular o individuo de "oferente", "contribuyente", "ciudadano", "administrado", etc.; Cfr ENTRENA CUESTA, op. cit., ps. 474-475; GONZALEZ PEREZ, Jesús, *El Administrado*, cit. p. 24. Al considerar la posición jurídica del administrado, dice que "ante la complejidad de las funciones administrativas puede hablarse... del estatuto del *contribuyente*, del *expropiado*, del *usuario* del servicio público, etc.". Ampliar en GARCIA TREVIJANO FOS, op. cit., t. I, ps. 454-457. TAGLE, Carlos. *El Amparo Judicial de los Derechos Individuales*, J.A., 1958-IV, p. 218. VILLEY, cit., ps. 26 y ss.

tenido y régimen unitario. La "libertad pública" se traduce en el campo jurídico con forma de derecho subjetivo.

b) *¿Qué fue, qué es y qué debe ser?*

La concepción puramente formalista ha pluralizado las situaciones subjetivas. Ha hecho de las libertades varios derechos subjetivos (fuertes y débiles) y hasta les ha dado distintos nombres: derecho subjetivo propiamente dicho, interés legítimo general, interés legítimo especial, interés simple.

Tales *categorías* jurídicas de situaciones subjetivas, que fraccionan la "libertad pública" en diversos modelos jurídicos operativos (de más o menos o de menos a nada) según la pretensión y el alcance de lo reclamable, nacen de una interpretación restrictiva en la que se hace privar erróneamente la voluntad del legislador (inventor de las *categorías jurídicas de derecho subjetivo, interés legítimo y simple*, por ejemplo, en los códigos contencioso-administrativos) por sobre la voluntad primaria del constituyente (inventor de las *categorías políticas: libertades públicas*).

Es más, la cláusula constitucional abierta de los derechos "no enumerados", pero igualmente válidos y reconocidos, que contiene, por ejemplo, el art. 33 de la Constitución Argentina, en tanto salvaguarden la raíz republicana y la soberanía del pueblo, nos permite afirmar que *lo que la Constitución dio, la legislación lo negó*.

El *derecho subjetivo es todo*. Es la libertad pública con forma jurídica. Pero nos preguntamos: ¿Qué ha sido? El derecho subjetivo, a veces ha sido *nada* y a veces *algo*. Decimos que ha sido nada porque al separarse la raíz "política" de la "jurídica" se pretende, con una visión formal, ver al derecho subjetivo como una pura fórmula reglamentaria. ¿Puede existir derecho subjetivo donde no hay libertades públicas? ¿O es que la abstracción racionalista puede decir que, no obstante la negación constitucional de la libertad hay *afirmación en la legislación de los derechos subjetivos*? Por ello pensamos que a veces el derecho subjetivo ha sido nada. Es de esperar que la historia no se repita. Además, se cae en el equívoco de creer que *existe* lo que *no existe*, pues las reglamentaciones y criterios doctrinarios, que disfrazan la realidad generando categorías *formales* (por ejemplo, derechos subjetivos) donde no hay categorías *reales* (por ejemplo, libertades públicas), le hacen un pobre

servicio a la naturaleza humana. Quizás será mejor o, por lo menos, más auténtico decir: porque *no hay libertad no hay derecho*.

Decimos que a veces el derecho subjetivo ha sido *algo*, porque no obstante la existencia normativa y empírica de las libertades públicas, en el mejor nivel constitucional, se carece, a la hora de la realidad, de vías eficaces y cabales de protección. A la desjerarquización de la libertad pública, como categoría política, contribuye sensiblemente la anarquía procesal de desprotección y la diversidad situacional del administrado (por ejemplo, derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple) que fracciona caprichosamente la unidad esencial del derecho subjetivo público, como una situación del individuo ante el Estado.

Pretendemos que el derecho subjetivo *sea todo y siempre*. Un Estado de derecho que consagre *libertades públicas* eternas y de las otras y que afiance con seguridad y celeridad su tutela por medios procesales idóneos para traducir en realidad concreta aquella fuerza potencial inmanente del individuo, que para la política se llama "libertad" y para el derecho "derecho subjetivo".

Estamos educados en un sistema que jerarquiza los derechos y situaciones subjetivas. Es difícil pensar al derecho como algo ajeno a la noción de derecho subjetivo. No se trata de un principio contingente que un día no fue y que, por tanto, podría un día dejar de ser.

El derecho subjetivo implica un poder del sujeto que está en la entraña de su existencia. Los planteos a priorísticos e historicistas que lo afirman o lo niegan, lo absolutizan o relativizan, no hacen sino ratificar que se puede estar *con o contra* los derechos subjetivos, pero *no sin* los derechos subjetivos. La subjetividad es un dato inherente a la existencia del hombre como sujeto, pues la esfera subjetiva podrá ser ocultada o empañada, pero jamás negada. La empresa intelectual de negarlos puede ser asumida, como lo hizo Duguit, pero los resultados teóricos y las experiencias prácticas nos acreditan que ello es una abstracción formal que contradice pautas pétreas del quehacer humano.

Villey sostiene que el derecho antiguo no conoció la idea de derecho subjetivo, de moderno origen. Es un dato cierto. Quizás no se le llamó así, pero el derecho existía. Recién con la revelación cristiana se descubrió y enalteció la situación humana con ópticas ignoradas por el paganismo antecedente. De todos modos la propia

ley natural le confería al hombre la facultad de "tener" o "hacer", que los romanos llamaron "jus", que traducía distintas potestades, por ejemplo, *potestas in se*: libertad; *potestas in alios*: poder sobre terceros; *potestas in re*: dominum.

El derecho subjetivo presenta clases clásicas: *sobre la persona, las cosas y a las cosas* (jus in personas, in re, ad rem). La palabra "jus" también traduce una facultad, una *cierta clase de poder* que reivindica el status individual. La noción constituye el punto de partida de la ciencia jurídica moderna que revela el valor del individuo, traducido a la humanidad por boca del cristianismo, que defiende los derechos naturales del hombre.

La libertad asume forma jurídica y el derecho se transforma con aquella raíz sustantiva, siendo precisamente el derecho, la libertad que cada uno tiene para usar de sus atributos naturales, conforme a los límites de la razón objetivada (la norma).

El derecho subjetivo es hoy —y siempre— noción jurídica fundamental para una civilización humanista que concibe el derecho en función de la persona: *cuáles son sus derechos y cuáles los medios para hacerlos valer* —dice Villey—, son los interrogantes de la ciencia jurídica. Es el modo de reconocerlos y respetarlos. El derecho subjetivo reina como amo del pensamiento jurídico. Es el antídoto del absolutismo: la libertad jurisdicada. La ley permisiva es la que consagra la autoridad del derecho subjetivo.

De todos modos en el orden teórico, esta fuerza intrínseca del individuo, definida como posibilidad de una persona para exigir de otra un comportamiento adecuado a la satisfacción de intereses humanos, ha sido analizada con diversos enfoques: 1º *tradicional*: formal y pluralista; y 2º *moderno*: sustancial y monista. Con aquél el derecho subjetivo es algo. En éste pretende ser para siempre todo.

II. DERECHO SUBJETIVO:

CATEGORIA JURIDICA PLURAL: ENFOQUE FORMAL

Los derechos, según la intensidad de su protección y particularidad o exclusividad con que se los confiera, se los clasifica tradicionalmente en: a) derecho subjetivo; b) interés legítimo; y c) interés simple.¹⁰

¹⁰ DIEZ, Manuel María, *Derechos Subjetivos, Intereses Legítimos e Intereses Simples*, en "Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó", Madrid, 1972, t. I,

Se procede de modo sumario y formal en la determinación de los elementos esenciales del derecho subjetivo, transformando la teoría de las situaciones subjetivas en un silogismo jurídico.

8. Derecho subjetivo.

Implica la predeterminación normativa de la conducta administrativa debida a un individuo en situación de *exclusividad*. Se trata de una actividad humana, imperativamente protegida. Genera un interés propio, excluyente¹¹ de *titularidad diferenciada* que habilita a exigir una *prestación* también diferenciada. Es la figura subjetiva activa por excelencia, modelo histórico de ellas, que se edifica sobre el reconocimiento de un poder en favor de un sujeto concreto respecto de otro, imponiéndole a éste obligaciones o deberes en su interés propio, que puede pedir hasta con tutela judicial.

Siempre traduce un interés particularizado más intensamente protegido por oposición al interés concurrente o compartido, por el que administrado tiene la exigibilidad exclusiva a que la Administración no exceda sus facultades regladas. Trátase de pretensiones de los individuos frente al Estado, que es quien debe satisfacerlas en forma directa. Así pues, poniendo el acento en lo formal,

ps. 467 y ss. FIORINI, Bartolomé, *¿Qué es el Contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, ps. 47 y ss. GARCIA TREVIJANO FOS, op. cit., t. I, ps. 491 y ss. GORDILLO, Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.

QUIROGA LAVIE, Humberto, *La Teoría de los Derechos Públicos Subjetivos en el Pensamiento de Jellinek y de Vittorio Emanuele Orlando*, en Rev. JUS, La Plata, ed. Platense, 1978, N° 27, p. 23 y ss. GUZMAN BRITO, Alejandro, *Para la Historia del Derecho Subjetivo*, en Anuario de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 1975-76, tomo I, ps. 51 y ss.

¹¹ En el léxico jurídico se utilizan ciertas figuras afines al derecho subjetivo como son: "las potestades", o "poderes", "los privilegios", "facultades", "acciones", "interés jurídico", etc.

FIORINI, *¿Qué es el Contencioso?* op. cit., p. 54, dice: "El derecho subjetivo, que se destaca como una situación jurídica, adquiere carácter de tal con la determinación de *exclusiva* o *excluyente*, en la pertenencia de ciertos bienes jurídicos, donde se manifiesta el goce de la disponibilidad y la exigibilidad de cumplimiento o respecto a terceros. La exigibilidad de la situación jurídica se debe garantizar con la acción jurisdiccional".

Ampliar en DABIN, Jean, *El Derecho Subjetivo*, Ob. cit., ps. 90 y ss. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*, en Anuario de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, 1975-1976, t. I, ps. 67 y ss. ALESSI, *Instituciones...*, op. cit., p. 445. "El interés es la sustancia, el poder el medio de protección, siendo ambos elementos intrínsecos al derecho subjetivo. El poder se resuelve a su vez en una pretensión jurídica: pretensión de prestación o bien pretensión de abstención".

lo que interesa es que la actividad humana —que constituye el objeto del derecho subjetivo— esté protegida mediante la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada ante su no realización.

El derecho subjetivo consta pues de: a) una situación de hecho; b) ante cuyo incumplimiento o violación corresponde; c) una consecuencia jurídica; d) que puede invocar un individuo.

Los tipos de conducta humana exigida al sujeto obligado son tres: dar, hacer y no hacer. Tales actos de conducta pueden ser *comisión u omisión* de una acción (acto específico) o una *actividad* (un proceso o serie de actos relacionados). En los casos comisivos (dar o hacer) existe la probabilidad de exigir la realización de tal actividad (derecho subjetivo positivo). En el supuesto omisivo hay una facultad de actuar, por actividad propia, jurídicamente protegida mediante el deber de no hacer (modo de acción omitente) impuesto al tercero.

El contenido del derecho subjetivo puede ser *plural*, en tanto las prestaciones en su favor pueden ser de naturaleza real o personal; contractual, extracontractual o legal; constitutiva o declarativa;¹² personal o estatutaria; pública o privada;¹³ de permisión o pretensión;¹⁴ absoluta o relativa;¹⁵ directa e indirecta.¹⁶

12 Por ejemplo, de naturaleza *real o personal*: titular propietario de un bien, derechos de aprovechamiento exclusivo sobre bienes públicos (usos especiales); de naturaleza *contractual, extracontractual o legal*, según la calidad del título jurídico generador o causa eficiente del derecho; de naturaleza *constitucional o declarativa*, según los casos y confieran licencias, autorizaciones, permisos, concesiones, exenciones, eximisiones, etc.

13 Según la calidad jurídica del sujeto obligado de la relación.

14 LEGAZ y LACAMBRA Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, ed. Bosch, 1961, ps. 730-731. Lo permitido como ámbito de actuación libre concedido y garantizado por el derecho conforma un derecho subjetivo amplio, universalmente oponible, en el caso de los "derechos-pretensión"; se ha conferido una especial potestad poder jurídico concreto, como facultad individual y potestativa de operar la adquisición, cambio o extinción en una relación jurídica.

15 LACHANCE, Louis, *El Concepto de Derecho Según Aristóteles y Santo Tomás*, Trad. Fernando Cuevillas, Bs. As., 1953, p. 279. Los derechos subjetivos pueden ser *absolutos* por su naturaleza ontológica y relativos por la Historia y el régimen político.

16 LINARES, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit. ps. 430-431, quien señala a su vez dos modos de conferir derechos subjetivos administrativos: a) *directamente* por ley operativa (vgr. leyes impositivas que confieren exenciones y ciertas leyes que organizan servicios públicos industriales); b) *indirectamente* a través de actos administrativos, como en el caso de las jubilaciones, pensiones y retiros regulados por leyes orgánicas.

9. *Interés legítimo.*

No todo interés jurídico importa para su titular un derecho subjetivo sino que puede asumir otras formas: interés legítimo e interés simple.

El interés legítimo puede ser común o especial. El interés legítimo *común* se caracteriza por los siguientes elementos: a) norma jurídica que *predetermine* concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta *no sea debida* a un sujeto particular en situación de *exclusividad*, sino a un conjunto de individuos en concurrencia; c) interés *personal y directo* del individuo en la conducta administrativa.¹⁷

Por su parte, el interés legítimo *especial* se caracteriza por: a) *ausencia de una norma jurídica* que predetermine concretamente cómo debería ser la conducta administrativa, si bien la Administración debe someterse a la existencia de un límite elástico impuesto por la razonabilidad, desviación de poder, etc.; b) *situación de exclusividad o concurrencia*; c) *interés personal y directo* del recurrente.

10. *Interés simple.*

Es el que no pertenece a la esfera de las necesidades o conveniencias particulares del titular, sino solamente a la de las necesidades y conveniencias públicas. Es una especie debilitada de *derecho subjetivo a la legalidad*, como le llama Bonnard. Es el interés que tiene todo particular en que la ley sea cumplida.

Los elementos que lo caracterizan son: a) actividad *reglada o discrecional* con límites jurídicos que predeterminan la conducta administrativa; b) situación de *concurrencias*; c) *ausencia* de interés personal y directo.¹⁸

11. *Situación jurídica subjetiva: medida de protección.*

Según sea la situación jurídica subjetiva del administrado será la protección que el ordenamiento positivo le depara.¹⁹

17 LINARES, *Fundamentos*, op. cit., ps. 436-438.

18 GRAU, cit., p. 43. FORSTHOFF, cit. ps. 270-271.

BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, París, 1935, ps. 81-83.

a) Quien tiene un *derecho subjetivo* puede reclamar su reconocimiento tanto ante la propia Administración (por vía de recursos administrativos) como ante la jurisdicción (por vía de acciones judiciales ordinarias, interdictos, acciones sumarias, acciones procesales administrativas, entre otras vías). Si aquélla no le reconoce su derecho, el particular puede accionar judicialmente —por proceso administrativo— ejerciendo la *acción subjetiva* de plena jurisdicción y peticionando, además de la extinción del acto lesivo (anulación total o parcial), el restablecimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido y el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

b) Quien tiene un *interés legítimo*, puede reclamar su reconocimiento ante la Administración por vía de recursos administrativos. En algunas legislaciones se concede protección judicial para su tutela por medio de la acción procesal administrativa de ilegitimidad o anulación, también denominada *contencioso objetivo*.²⁰ El titular de un interés legítimo sólo puede pedir la revocación o anulación del acto que lo afecta y no indemnización por daños y perjuicios.

c) Quien tiene un *interés simple* sólo tiene protección administrativa por vía de "denuncias". No puede pretender revocación administrativa ni anulación judicial, como tampoco resarcimiento indemnizatorio. No obstante, dicho principio tiene excepciones, como el caso de la acción judicial de "hábeas corpus", en que la promoción de la misma puede ser realizada por terceros, extraños en el proceso, por ejemplo amigos, parientes.²¹

19 CASSARINO, Sebastiano, *Le Situazioni Giuridiche e L'oggetto della Giurisdizione Amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1956, ps. 299 y ss.

Cfr. DIEZ, Manuel María, *Control Judicial de la Administración. El Proceso Administrativo*, R.A.D.A., Buenos Aires, julio 1971, año I, N° 1, ps. 11 y ss. VILLEY, cit., p. 152 y ss.

20 Se le han dado diversas denominaciones: "acción de nulidad" (arts. 58, 120 y 122, Cód. Corrientes; "recurso objetivo o demanda de ilegitimidad" (art. 5°, Cód. Córdoba); "recurso de ilegitimidad" (arts. 13 y 55 Cód. Santa Fe); "acción de ilegitimidad".

21 GRAU, *Habilitación de la Instancia Contencioso-Administrativa*, op. cit. ps. 35 y 48. ALVAREZ GENDIN, Sabino, *Acción Popular y Recursos Administrativos contra Actos de la Administración*, R.A.P., Madrid, 1953, N° 11, p. 221. Ampliar en MARTIN RETORTILLO, Sebastián, *Responsabilidad de la Administración Pública por Lesión de Intereses Legítimos*, R.A.P., Madrid, 1963, N° 42, p. 453.

III. DERECHO SUBJETIVO: CATEGORIA JURIDICA UNITARIA ENFOQUE SUSTANCIAL

Desde una perspectiva sustancial, en relación a la esencia y contenido más que a los "resultados procesales", el derecho subjetivo es una categoría jurídica unitaria "activa", comprendida siempre en toda relación jurídica. Es aquella situación favorable del sujeto de derecho producto de la relación con otro sujeto, por la cual este último resulta obligado.

A nuestro entender, más que la pura "legitimación" formal (que las categorías subjetivas varias pueden otorgar en el plano procesal) interesa la determinación precisa del contenido real del derecho subjetivo, como medio sustantivo identificado con los derechos de fondo y las libertades públicas.²²

12. Las libertades públicas como derechos subjetivos.

Superada la etapa del absolutismo monárquico, que veía al rey como vicario de Dios en la Tierra, el hombre pasó de "súbdito" (objeto del poder) a "ciudadano" (sujeto dueño del poder). Jurídicamente ya no sólo titulariza situaciones jurídicas "pasivas", sino también es un sujeto "activo" en lo político y en lo jurídico, como ciudadano y como administrado.²³

a) Libertad y derecho.

Pertenecen al pasado las épocas del poder irresistible sobre el súbdito, que sólo tenía deberes y no derechos y al que se le negaba la calidad de sujeto de derecho. Sólo era sujeto pasivo del derecho

22 LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., ps. 732-733. El uso lingüístico lleva a creer que el derecho subjetivo es distinto de sus efectos. Ver ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963, p. 172. GARRIDO FALLA, Fernando, *Las Tres Crisis del Derecho Público Subjetivo*, en Estudios dedicados al Prof. García Oviedo, Sevilla, t. I, 1954, p. 177 y ss. Una perspectiva histórica del tema, puede verse en GUZMAN BRITO, Alejandro, *Para la Historia del Derecho Subjetivo*, cit. ps. 51-65.

La tesis negativa sobre la existencia de derechos subjetivos puede verse en LEON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1927, 3° ed. t. 1°, ps. 22 y ss.

23 Es precisa la reserva terminológica de la palabra "administrado", que realizan García de Enterría y Fernández, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. IV, Madrid, Civitas, 1977, ps. 15-16, por cuanto el vocablo alude a una posición simplemente pasiva de un sujeto, que soporta la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo, llamado Administración Pública.

atento a su sujeción política y la "relación, por consiguiente, era puramente unilateral".²⁴ Una sociedad de esclavos no es un Estado. Sólo con libertad manifestada en el derecho subjetivo público existe el Estado, pues la soberanía estatal es restringida por atributos inalienables de la personalidad humana.

El hombre "sujeto de derecho" opera como tal, a su vez, a través de cualidades, calidades o *atributos naturales inescindibles*: los derechos subjetivos. Ello equivale a decir: "no hay sujeto sin derechos" y éstos son propios y esenciales de aquél. Son los atributos jurídicos del *status libertatis*, que en su primera manifestación aparecen como "poderes o potestades jurídicas", independientes de toda relación jurídica concreta, como cualidades genéricas no referidas a un sujeto en particular ni a objeto determinado, sino común denominador de los "sujetos de derecho". Su ejercicio se actualiza en un *poder concreto*: derecho subjetivo.

Las libertades individuales se articulan técnicamente como derechos subjetivos. Las libertades públicas, que no están coordinadas con la técnica del derecho subjetivo, son derechos constitucionales "declarados", pero no asegurados ni garantizados en su tutela y defensa. En suma, allí sólo se ha "declamado" el derecho pero no se ha "tutelado" su ejercicio.²⁵

24 LAUN, Rudolf, *Derecho y Moral*, México, U.N.A.M., 1953, Cuaderno N° 5, ps. 18 y ss. DEL VECCHIO, Jorge, *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, cap. I, ps. 1-45.

25 BRAUD Philippe, *La Noción de Liberté Publique en Droit Français*, collection Bibliothèque de Droit Public, París, L.G.D.J., 1968, p. 243 y ss. BURDEAU, Georges, *Les Libertés Publiques*, París, L.G.D.J., 1972, p. 103 y ss.

COLLIARD, Claude Albert, *Libertés Publiques*, 5ª ed., París, Dalloz, 1975, Cap. V, p. 130 y ss.

DROMI, *Autoridad y Libertad en el Derecho Administrativo*, ob. cit.

BIELSA, Rafael, *La Acción Popular y la Facultad Discrecional Administrativa*, en rev. La Ley, t. 73, ps. 711 y ss.

BREWER CARIAS, Allan R., *Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre*, Caracas, ed. Jurídica Venezolana, Monografía N° 1, 1976, señala con criterio que compartimos, p. 13 "los medios o recursos procesales son en efecto, la real garantía constitucional que se establece en el texto constitucional para hacer efectivos el goce y disfrute de los derechos y libertades individuales. De no existir estos medios procesales, la sola consagración de los derechos y libertades en la constitución resultaría vana"; Cfr. RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques*, París, 1973, p. 199. Se utiliza la expresión "libertades públicas", en lugar de "derechos del hombre", teniendo en cuenta primordialmente el derecho positivo (RIVERO, cit. ps. 17, 48 y 107).

FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Protección Procesal de las Garantías Individuales en América Latina* en revista de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, Dic. 1968, Vol. IX, N° 2, p. 71 y ss.

En una palabra, "no hay derecho". La falta de ley reglamentaria no debe menoscabar el ejercicio de los derechos. Estos tienen imperatividad constitucional.

b) Situaciones y derechos.

En la relación pública se dan situaciones antinómicas de *supremacía* (desde la perspectiva administrativa) y de sujeción (desde la perspectiva del administrado). Las diversas situaciones no niegan, a pesar de la sujeción pública, que el individuo disponga de un sistema de garantías y de las consiguientes situaciones subjetivas para imponer, incluso procesalmente, la tutela por vías "administrativas", "judiciales" y "legislativas".

La *diversidad de situaciones "sociales"* no altera la *unidad jurídica* del atributo, pues la relación puede ubicar al administrado como "interesado", "parte", "funcionario", "usuario", "vecino", "soldado", "preso", "concesionario", "consorcista", "contratado", "oferente", "permisionario", "alumno", "becario", etc., pero ello no significa que las situaciones que emerjan de la relación tengan distinta naturaleza, entidad o régimen, por la sola razón circunstanciada del modelo relacional.²⁶

El principio de legalidad cubre la universalidad de la actuación administrativa. Por ello, el derecho subjetivo requiere de un *título jurídico* que opere como una función de ajuste del derecho al obrar exterior, actualizando de manera formal y objetiva la constitución e individualización del beneficiario del derecho. Las *fuentes del título* dependen de la naturaleza de la relación jurídica: "pública" o "privada", de justicia "distributiva" o "conmutativa".

Ahora bien, la *calidad del título* determinará el alcance de las pretensiones procesales (anulaciones, modificación, indemnización, etc.) y no la supuesta diversidad de situaciones subjetivas. El

CRETELLA JUNIOR, José, *Libertades Públicas*, São Paulo, Bushatsky, 1974, cap. XV, p. 203-219.

ROBERT, J., *Libertés Publiques*, París, 1971, éditions Montcherestein.

ROMERO, César E., *Derecho Constitucional*, Bs. As., Zavalía, 1975, T. I., cap. 18, ps. 318 y ss., y T. II, cap. 2, p. 25 "los derechos en la concepción liberal eran derechos de ser: los derechos en la concepción social de nuestro tiempo son *derechos de obtener*".

MARTIN RETORTILLO, Lorenzo, *El Via Crucis de las Libertades Públicas*, Cuadernos para El Diálogo, Madrid, 1976, p. 41 y ss.

26 MONTIEL, F., *El Ciudadano y el Administrado*, en R.A.P., Madrid, N° 48, ps. 127 y ss.

derecho subjetivo, de existir, es siempre el mismo. Varían los *títulos jurídicos*.²⁷

13. ¿Derecho subjetivo o libertad reglamentada?

La Constitución ofrece un cierto equilibrio de las atribuciones que otorga. Por una parte, reconoce atribuciones al Estado (competencias) y, por otra, reconoce derechos inalterables a los individuos. Ni una ni otra pueden tener supremacía; ambas deben armonizarse dentro del marco del orden jurídico constitucional.

a) Los derechos subjetivos como límites del poder.

Los derechos subjetivos limitan la autonomía del imperium del Estado, pues traducen la exigencia jurídica directa al poder del Estado. Desde el punto de vista normativo, el derecho subjetivo es reconocido por el Estado para ser ejercido frente al mismo.

El derecho prevé una normación bilateral, contraponiendo "sujetos" a "sujetos", atribuyendo una pretensión de un lado, a la cual corresponde un deber en el otro.²⁸ Establece límites a esa relación para los casos que los sujetos se invadan la esfera de sus derechos y prevé el restablecimiento del equilibrio jurídico por diversos medios. Así se le *faculta a la Administración*: 1º ejecutar por sí sus actos (ejecutoriedad del acto administrativo); 2º presumir los

27 LACHANSE, Louis, O.P. *El Concepto de Derecho Según Aristóteles y Santo Tomás*, Cit., cap. XII, "El Título Jurídico" ps. 293 y ss.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de Legalidad de la Administración*, en R.A.P., Madrid, N° 34.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*, en R.E. D.A., Madrid, N° 6, ps. 427 y ss.

GARRIDO FALLA, F., *Las Tres Crisis del Derecho Público Subjetivo*, ob cit., Vol. I, ps. 154 y ss.

NIETO A., *La Discutible Supervivencia del Interés Directo*, en R.E.D.A., Madrid, N° 12, ps. 39 y ss.

28 QUIROGA LAVIE, *La Teoría de los Derechos Públicos Subjetivos*, cit. p. 33. DEL VECCHIO, Jorge, *Supuestos, Concepto y Principio del Derecho* (trilogía), Ed. Bosh, Barcelona, 1962, ps. 257 y ss.

DIAS ARAUJO, Enrique, *Prometeo Desencadenado o la Ideología Moderna*, en Rev. Idearium, Fac. de Derecho, Universidad de Mendoza, N° 3, Mendoza, 1977, ps. 205-210.

Así como la libertad sin frenos equivale a la *anarquía*, la *autoridad* absoluta, sin límites, degenera en el despotismo y en el totalitarismo que importa el menosprecio del propio derecho subjetivo, a cuya lamentable situación recuerda aquel célebre aforismo que ya Cicerón reputaba como antiquísimo "Summun ius, summa iniuria".

actos regulares y dictados de conformidad al ordenamiento jurídico (presunción de legitimidad del acto administrativo); 3º efectuar una ejecución en subsidio ante el administrado incumplidor y remiso; 4º promover la acción procesal administrativa de lesividad para lograr la anulación de actos administrativos favorecidos con la estabilidad; 5º imponer limitaciones administrativas; 6º ejercer prerrogativas exorbitantes en los contratos administrativos.

Como contrapartida, cuando se acrecienta el área de poder se crean los *remedios institucionales*, de jerarquía sustancial o procesal, para resguardar los *derechos subjetivos de los administrados*: a) hábeas corpus; b) acción de amparo; c) recurso extraordinario; d) acción de inconstitucionalidad; e) recurso de inconstitucionalidad; f) interdictos, etc., además de la protección jurídica ordinaria en sede administrativa (procedimiento administrativo), por medio de recursos (aclaratoria, queja, reconsideración,alzada, apelación, jerárquico, etc.), y en sede judicial (proceso administrativo) por medio de acciones procesales (subjetiva o de plena jurisdicción, objetiva o de anulación, de interpretación, etc.). Tales remedios hacen al derecho subjetivo. Son de su propia esencia. Sólo el uso lingüístico lleva a creer que el derecho subjetivo es distinto a sus efectos.

El acrecentamiento de las funciones del Estado moderno, al asumir tareas económico-sociales irrenunciables, debe hacerlo sin desmedro de las libertades públicas a las que debe servir.²⁹

Los derechos de los administrados que concurren bilateralmente con el Estado, en el convivir diario de cada individuo, son tan sólo reconocidos por el ordenamiento jurídico, pues muchos de ellos le vienen dados por la naturaleza, por su condición de hombre, de ser en libertad.³⁰

29 OYHANARTE, Julio, *Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina*, Bs. As., Paidós, 1969, ps. 72-73 y ps. 95-96. C.S.N., caso "KOT", 1958, Fallos t. 241, p. 291. Cfr. y ampliar VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1978, cap. V, p. 191 y ss. "El Estado y las Libertades Públicas", y el estudio de los conceptos de libertades "límites" y libertades "oposición". GUSTAVINO, Elías P., *Derecho Subjetivo e Interés Legítimo en Materia Civil*, Rev. JUS, La Plata, 1973, N° 22, p. 41.

30 OYHANARTE, cit. p. 95-96, todos permanentemente estamos en relación jurídica con el Estado, ya sea utilizando un "servicio público", un "bien público", tributando "tasas", "contribuciones", "impuestos", etc.

CASARES, Tomás D., *Orden Social, Desarrollo y Ultimo Fin de la Existencia Humana*, en el libro "La Justicia y el Orden Social" Mendoza, ed. Idearium, 1977, p. 7 y ss.

Es justamente *el reconocimiento y la protección acordada por el Estado a tal actividad 'en libertad'*, lo que transforma esa facultad natural del individuo en derecho subjetivo,³¹ en facultad excluyente de uno reflejada en el deber de otro, por imposición del ordenamiento jurídico que asegura el cumplimiento de la prestación debida. La seguridad de la exigibilidad la establece así el derecho objetivo.³²

X b) *El poder como límite de los derechos subjetivos.*

Por tales razones los derechos individuales *preexisten* a las leyes y a los actos administrativos. La Constitución Nacional expresa que los habitantes gozan de los derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Los derechos ya existen y las leyes sólo podrán regularlos, fijando sus alcances y límites, pero aunque la ley no sea dictada, ya existen por imperativo constitucional. La jurisprudencia ha señalado las *limitaciones implícitas* de los poderes del Estado que emergen de los principios constituciones fundamentales. La C.S.N. en el caso Municipalidad de la Capital c/Isabel de Elortondo (Fallos, tomo 33, p. 162), dijo: "Declarando la Constitución que la propiedad privada podía ser tomada para uso público, implícitamente declara que no podrá ser para uso privado: lo contrario sería violatorio del derecho natural".

El mismo criterio reitera en el fallo in re "Quinteros c/Cía. de Tranvías Anglo Argentina (La Ley, tomo 8, p. 405 y Fallos, tomo 176, p. 22, año 1936) donde se expresa: "... La Constitución

Cfr. y ampliar en LACHANCE, Louis, *El Concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, op. cit. p. 273 y ss. "el individuo como sujeto del Derecho", ps. 279 y ss., "El Estado como sujeto del Derecho".

31 SEPICH, Juan R., *Sacralidad y Secularización del Derecho*, ed. Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Univ. de Mendoza, 1976, ps. 6 y ss. Así se justifica que en doctrina se diga que el derecho subjetivo se presenta como "la licitud de actuación en orden a la satisfacción de los intereses que la norma asigna...". BARBERO, D., *Sistema del Derecho Privado*, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967, vol. I, N° 59. GUZMAN BRITO, Alejandro, Presentación al libro de Michel Villey "Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo", Univ. Católica, Valparaíso, Chile, 1976, p. 15 y ss.

32 LEGAZ y LACAMBRA, cit. p. 715; BREWER CARIAS, Allan R., op. cit. p. 17 y ss., clasifica los derechos, respecto de su consagración constitucional y la tipología de las regulaciones, en (1) derechos fundamentales (absolutos), (2) derechos cuyo ejercicio puede ser restringido o suspendido por actos de gobierno, (3) derechos limitables por el legislador en aspectos específicos, (4) derechos limitables por el legislador en sentido amplio, (5) derechos cuyo ejercicio queda supeditado a reglamentación legal.

es individualista pero debe entenderse tal calificación en el sentido de que se reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éstos no puede privarlo. Pero no es individualismo en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias... De su preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución se propone el bienestar general, el bien común de la filisofía clásica...".

La misión del *derecho objetivo* es reconocer y proteger esos *derechos subjetivos* por un lado y limitarlos por otro, aunque sólo en lo mínimo y en la medida necesaria para asegurar su mayor efectividad.

El derecho subjetivo subsiste muy a pesar de la ley inconstitucional y de cualquier otra que lo reglamenta irrazonablemente, modificándolo, alterándolo de algún modo.

Tales derechos, que el ordenamiento jurídico "reconoce" y se obliga a "no alterar", no son absolutos, ilimitados o soberanos in eternum. *No hay derechos absolutos*. Hablar de ello importa aceptar una tesis antisocial. La vida en sociedad obliga a la restricción, al *cercenamiento reglamentario de los derechos*, en salvaguarda del bien común y de los intereses económico-sociales de la colectividad. La vida en sociedad obliga a la restricción de los derechos humanos para adecuarlos al bien común. La potestad estatal tendiente a hacer efectiva esa restricción recibe el nombre de *poder de policía*, denominación que se emplea con más comodidad que propiedad.

Además, la noción de "poder de policía" está llena de vicisitudes e incertidumbres jurídicas, a lo que se suma una evolución accidentada, pues su acepción etimológica explicativa de su concepto originario —no el actual— deriva de "politeia" (política), y ésta a su vez de "polis" (ciudad); de suerte que textualmente sería administración de la ciudad o gobierno mismo. La modernidad no lo entendió así. Aparece como una función del poder, de aseguramiento de fines, para lo cual se hace necesario reglamentar y regular derechos públicos y privados.

14. *Categoría propia de la teoría general del derecho.*

Las figuras jurídicas subjetivas son propias de la teoría general del derecho. El administrado, como todos los demás sujetos, al

desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica que le reconoce el ordenamiento jurídico, resulta titular de: a) situación jurídica de "poder activo o ventajas"; b) situación jurídica de "deber pasivo o desventajas"; c) figuras subjetivas intermedias como los "derechos-deberes" (por ejemplo el sufragio)³³ y "derechos-condiciones" que exigen un determinado comportamiento (por ejemplo, las cargas).

La categoría "derechos subjetivo" implica, de suyo propio, "potestad", "poder jurídico", "cualidad jurídica", "prerrogativa individual" o "disposición" de imponer, exigir o recabar el respeto del *meum iuris*, "mi derecho", frente al actamiento, obediencia, cumplimiento u otros obligados por una situación de *deber*.

En la forma externa, el derecho subjetivo opera como "titularidad". Concepto cuyo valor técnico reside en designar la especial condición de ser sujeto activo en una relación jurídica básica. Es un modo de concretar el derecho objetivo.³⁴ Es una realidad existencial como atributo de la persona en su dimensión social. Es íntima y entrañable la vinculación entre los "derechos fundamentales de la persona y los derechos subjetivos". El derecho subjetivo brinda la "disposición facultativa" de medios jurídicos para la defensa de libertades reconocidas u otorgadas por el derecho objetivo.

15. El origen del criterio de la diversidad de situaciones subjetivas: Oportunismo jurídico.

El origen de la estructuración jerárquica de los "derechos subjetivos", en grado de mayor a menor (derecho subjetivo propiamente dicho, interés legítimo e interés simple), en mérito a la técnica protectorial y al alcance reparatorio, nació en el derecho francés. Se enuncian por orden descendente de acuerdo con la mayor o menor intensidad de la ventaja que suponen para su titular. Según la tradición, los verdaderos derechos subjetivos "adquiridos" por los administrados se defendían con el recurso judicial de "plena jurisdicción", con poder judicial amplio para anular e indemnizar.

33 MARTINEZ VAZQUEZ, Benigno, *El Sufragio*, Bs. As., Depalma, 1966.

34 Ver KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, Trad. Luis Legaz Lacambra, México, 1959, p. 72 y ss.; y *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Maynez, México, U.N.A.M., 1969, p. 75 y ss., en especial p. 102-103.

a) El sistema francés de la diversidad de acciones.

La creación pretoriana del Consejo de Estado francés del "recurso por incompetencia y exceso de poder" generó el dualismo derecho subjetivo e interés legítimo. Tal recurso nació a principios del siglo XIX, como una "simple vía de petición o denuncia", para que el Consejo de Estado, por el sistema de justicia retenida, operara un control interno sobre la Administración. A fines del siglo XIX la aplicación del artículo 9 de la ley del 24 de mayo de 1872 suple la ausencia de base legal, admitiendo un recurso ordinario al lado del de plena jurisdicción. Tal recurso *por exceso de poder* deja de ser una simple denuncia. Se convierte en un verdadero proceso por el que se asegura el cumplimiento de la ley por la administración, controlando los vicios de incompetencia, forma, violación de la ley y la desviación de poder.

No se trata de una *justicia subjetiva* para la tutela de derechos propios "como en el tradicional proceso de plena jurisdicción en defensa del derecho subjetivo", sino que es un "proceso al acto" en defensa de la legalidad objetiva.³⁵ Tal objetividad se traduce en la limitación de sus efectos "meramente anulatorios" y en la ampliación de su alcance "erga omnes".

¿Alguien debe promover tal defensa de la legalidad objetiva? Allí aparece la figura del "denunciante" primero y del "recurrente" luego, exigiéndosele un *interés directo y formal* en el asunto. Así, el proceso se transforma en una especie de acción pública que el interesado estaría encargado de intentar en interés de todos. Tal

35 El proceso administrativo de *anulación* está constituido por el "recurso por exceso de poder", "contencioso objetivo", "proceso de legalidad" o "jurisdicción objetiva", que se da contra actos no contra la persona administrativa propiamente dicha. No provoca indemnización o la restauración de un derecho sino que busca asegurar la buena y legal administración. El fallo que se pronuncia anula el acto pero no se sustituye con otro.

Sobre el tema ampliar en los estudios específicos de GIORGI, Héctor, *El Contencioso Administrativo de Anulación*, Montevideo, 1958, y MENDEZ APARICIO, *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Montevideo, 1952; GARRIDO FALLA, *El Recurso Subjetivo de Anulación*, en R.A.P. N° 3, Madrid, 1950, ps. 177 y ss.; RODRIGUEZ ELIZONDO, José A., *Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso del poder)*, Seminario de Derecho Público N° 7, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

DIEZ PELUFO, *El Recurso Contencioso Administrativo*, 1960, p. 25, La "desviación de poder" es una especie o causa del "exceso de poder".

DROMI, *Proceso Administrativo Provincial*, Mendoza, Idearium, 1977, p. 119-120.

situación subjetiva no tenía una normación específica y de allí el nombre de "interés legítimo" e "interés simple".³⁶

b) *El sistema italiano de la diversidad de tribunales.*

Situación similar, por su mera naturaleza procesal, se opera en Italia. Desde su unificación legislativa y ratificado por la Constitución vigente (arts. 24 y 113), la justicia administrativa está dividida en protección de *derechos subjetivos*, confiada a los tribunales ordinarios y protección de *interés legítimo* confiada al Consejo de Estado.³⁷

c) *Crítica y valoración.*

Todo ello nos revela que en un sistema judicialista (por ejemplo el argentino), sin desdoblamientos jurisdiccionales (ordinarios y administrativos), la distinción es inaplicable o al menos debe serlo. Su historia nos confirma que fue un *instituto de circunstancia*, creado a merced de una oportunidad. En Francia para darle sustento a una ampliación tutelar, que la ley originalmente restringía, y en Italia para justificar la división tribalicia de la justicia administrativa. Por ello pareciera que, además de las falencias sustantivas que tiene la distinción, no se justifica hacerla en países donde la "ampliación tutelar está asegurada por otras vías (por ejemplo la acción procesal administrativa única con pluralidad de pretensiones prevista en los códigos contenciosos argentinos de las Provincias de Mendoza y Formosa), o donde no existen tribunales especiales (retenidos o delegados) para el ejercicio de la justicia administrativa".³⁸

36 GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, t. II, p. 36-38.

Cfr. y ampliar en el clásico estudio de ANDREADES, Stratis, *Le Contentieux Administratif des Etats modernes*, prefacio de Jézé, ed. Sirey, París, 1934, cap. IV, p. 78-102, sobre la organización de la jurisdicción administrativa en Francia.

37 CASSARINO, Sebastiano, *Le Situazione Giuridiche*, cit. cap. VIII, p. 361-407. SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, XII edizione, Napoli, 1974, p. 80 y ss.

38 Sobre la justicia administrativa en Argentina, ver: BOSCH, Jorge T., *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?* Bs. As., Zavallia, 1951.

FIORINI, Bartolomé, *¿Qué Es el Contencioso?* cit. DIEZ, Manuel María, *Control Judicial de la Administración. El Proceso Administrativo*, R.A.D.A. N° 1, Bs. As. julio 1971.

BIELSA, Rafael, *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Bs. As., 3er. Ed., 1954.

LINARES, Juan F., *Lo Contencioso Administrativo en la Justicia Federal*, L.L. t. 91.

Estimamos que el criterio de la diversidad de situaciones subjetivas confiesa su *accidentalidad*, respondiendo el derecho a una circunstancia histórica concreta que en modo alguno puede calificarse de universal ni general. Precisamente la falencia del rigor científico en su misma creación y el circunstancialismo práctico que lo originó, permiten definir al criterio como de "oportunisto jurídico". Vale decir, el derecho al servicio de circunstancias, válido pues, siempre que se opere en la realidad "esas circunstancias" No siendo así, el derecho peca de vacío. Es pura forma. No tiene historia, ni menor razón de ser. Es un mero nombre que traduce un continente sin contenido.

Prueba de ello lo da, también, el dogmatismo alemán que con todo acierto hizo un axioma de la correlación entre "derechos subjetivos y tutela jurisdiccional", reconociéndose como derechos subjetivos del individuo todos los derivados de las libertades públicas constitucionalizadas.

Superando estas falencias formales, *unificando "responsabilidades", "vías" y "situaciones"* se logrará un enriquecimiento del angosto sistema de protección jurisdiccional.

16. *La subjetividad de la objetividad.*

En la práctica, los "recursos contenciosos administrativos" o "acciones procesales administrativas" de plena jurisdicción y anulación se tienden a confundir. En efecto, el llamado recurso por "exceso de poder" —de anulación— ha ido perdiendo su objetividad, exigiéndose la titularidad de una situación subjetiva específica de "interés legítimo" para su admisibilidad. Además, para merituar la "violación de la ley", una de las causales de la acción de nulidad no es suficiente examinar y decidir sobre la *legalidad externa*, sino que obligadamente habrá que juzgar la *legalidad interna*, resultante de la violación de los derechos individuales en el caso concreto.³⁹

a) *Las partes en el proceso objetivo de anulación.*

Por otra parte, la admisión de la *noción de "partes"* en el proceso de anulación ha hecho perder a esta acción su carácter

39 DROMI, *Acciones Procesales Administrativas*, en Revista "Justicia Administrativa", vol. I, N° 8, Bogotá, 1979, p. 476 y ss. Ver BERCAITZ, Miguel A., *Proceso y Procedimiento Contencioso Administrativo*, Madrid, 1964, R. A.P., N° 44, p. 128.

objetivo. A todo ello se suman las dificultades procesales que entraña la regulación independiente de ambas acciones, por la complejidad de los propios institutos procesales aún hoy discutidos en el proceso administrativo, por ejemplo reconvencción, caducidad de instancia, coadyuvantes, etc. y la inseguridad jurídica que genera el exigir presupuestos procesales y sustanciales distintos para cada acción, que puede determinar desgastes procesales inútiles. Por ejemplo, ¿demandar por anulación creyendo que sólo tiene interés legítimo cuando en realidad al final del proceso probó su derecho subjetivo? o, a la inversa, ¿interponer la acción de plena jurisdicción pretendiendo nulidad e indemnización porque se cree titular de un derecho subjetivo y luego no logró probar sino su interés legítimo?

La dicotomía de tales remedios jurisdiccionales, de origen francés, conduce obligadamente a la diferenciación de ambos procesos y, consecuentemente, a la interdicción de acumular dichas acciones con la consiguiente prohibición de deducirlas conjuntamente o en forma subsidiaria, aunque algunas legislaciones, por excepción, admiten la interposición conjunta de las acciones.⁴⁰

b) *Unidad de acción y diversidad de pretensión.*

La acumulación de ambas pretensiones es factible. Vale decir: la declaración de que el acto impugnado no es conforme a derecho y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, más la indemnización de los daños y perjuicios cuando procedan. En suma, la división de las acciones debe ceder, admitiendo la unidad procesal, en beneficio de los administrados. Se actualizan así las clásicas palabras de Joseph Barthélemy que, (*Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, 1899), intentando salvar el viejo dogma de la equiparación entre acción y derecho subjetivo, afirmó que quien puede *utilizar el recurso por exceso de poder es titular de un derecho subjetivo.*

Por ello es más práctico *unificar las acciones* procesales administrativas, excluyendo incluso su nomenclatura, y sobre la base de un trámite común, habilitarlas en todos los casos para la defensa de una situación subjetiva (clásicamente: derecho subjetivo e inte-

⁴⁰ V. gr. Código de la Provincia de Catamarca, art. 16.

rés legítimo). En razón de la pretensión procesal y la prueba sustanciada serán los efectos y alcances de la sentencia.⁴¹

17. *Problemas procesal de legitimación.*

La titularidad de un "derecho específico" es la condición de sentencias estimatorias. No es la acción en sí la que promete un resultado, pues ella sólo permite excitar el funcionamiento jurisdiccional.

a) *Legitimación: ¿una o varias?*

La verdad es que *el lego nunca podrá entender el tema de la legitimación y, de entenderlo, se formaría una idea muy pobre del derecho.* Los juristas, en cambio, lo comprenden perfectamente y hasta lo consideran como algo natural e importante, precisamente por haberlo vivido desde siempre.

El origen del "interés legítimo", como un derecho subjetivo "a menos", "debilitado" reconoce su razón de ser en la necesidad de darle el "requisito de seriedad" a la formulación impugnativa. En suma, se busca saber quién es el quién detrás del recurso objetivo. Representa una explicación exclusivamente procesal por el descubrimiento de la existencia de una situación subjetiva de fondo como objeto de tutela judicial.

⁴¹ Tal criterio ha sido receptado por el Código Procesal Administrativo de Mendoza y Formosa siguiendo la nueva ley de lo contencioso administrativo de España (del 27 de diciembre de 1956) que no distingue entre recurso subjetivo y recurso objetivo y no confiere una tramitación distinta de uno y otro. Ver OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Introducao ao Direito Processual Administrativo*, Sao Paulo, Dos Tribunais, 1971, ps. 311-312, señala en igual sentido el criterio moderno de la doctrina acerca de la "uniformizacáo dos procesos administrativos", entre los que cabe incluir incluso los procesos especiales del "mandado de segurança" (amparo) y "ação popular".

MENDIZABAL ALLENDE, Rafael, *El Principio de Unidad Jurisdiccional y lo Contencioso Administrativo*, en R.A.P. N° 64 (Madrid, 1971), ps. 337-387. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. t. 2, ps. 44-45.

Esto nos demuestra que la tendencia del contencioso anulatorio lleva hacia la objetivación del mismo. Pero es imposible desconocer que *siempre tiene un sustrato individualista.* Garrido Falla, Fernando, *El Recurso Subjetivo de Anulación*, en R.A.P., Madrid, 1952, N° 2, p. 177 y ss.

RODRIGUEZ ELIZONDO, José A., *Protección Jurisdiccional de los Administrados*, Fac. de C.J. y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, ps. 31 y ss.

Pero es que ¿acaso puede haber proceso sin legitimación procesal? Pero es que ¿acaso la subjetivación del llamado interés legítimo no termina confundiendo con el propio derecho subjetivo? Pero es que ¿acaso no es lo mismo?

Se podría concluir que el *interés legítimo* es un "tipo específico de derecho subjetivo" que se ocupa de la "tutela abstracta de la legalidad". Si así fuera, ¿qué impedimento jurídico, axiológico o formal existiría para decir que el *derecho subjetivo* es un "tipo genérico de interés legítimo" que se ocupa de la "tutela concreta de la legalidad"? Creemos que ninguno. Precisamente, ello nos prueba que la tutela *concreta* —de siempre— implica de suyo propio la tutela *abstracta*. En tanto la defensa de una situación individual comprende la general de la legalidad toda.

b) ¿Legitimación procesal o legitimación sustancial?

En la década de 1930, bajo la influencia de los procesalistas italianos, los conceptos básicos del derecho formal giraban alrededor de la idea de "acción". Corrientes más modernas reemplazaron la idea de acción por la de "legitimación". Ahora bien, acción es dinamismo, legitimación es situación. La primera es objetiva, la segunda subjetiva. La evolución de la ciencia del derecho ha desembocado en un desplazamiento del centro de interés procesal: *de lo real y objetivo a lo subjetivo y personal*.

La "situación subjetiva" no es un mero requisito formal de admisibilidad de la *demanda*, sino de la *pretensión*, en oportunidad de la sentencia, como legitimación *sustantiva* que determina el alcance "reparatorio" y/o "anulatorio" del pronunciamiento judicial final. Para la admisión procesal preliminar (*demanda*) basta la mera invocación de la titularidad de la situación subjetiva, no la realidad de la misma, la cual por pertenecer al fondo de la cuestión se revelará con la sustanciación y prueba.⁴²

42 VIVANCOS, Eduardo, *Las Causas de Inadmisibilidad del Recurso Contencioso Administrativo*, Barcelona, 1963.

VIDAL PERDOMO, Jaime, *La Justicia Administrativa en Colombia*, Colegio del Rosario, Bogotá, Colombia, p. 9. Indica que: "la invocación de normas de índole civil y administrativo como título de legitimación para intentar la acción de plena jurisdicción le confiere a ésta una ancha puerta de entrada; se evita así la discusión sobre los derechos subjetivos y el mero interés jurídico que puede ser dispendiosa. El criterio resulta práctico, pues no será difícil catalogar a las normas por su origen, finalidad o contenido, como civiles o administrativos".

"En la doctrina procesal moderna la legitimación tiene un significado concreto. Así como la capacidad —llamada *legitimatio ad processum*— implica la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, la legitimación, llamada también *legitimatio ad causam*, implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto. Tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentre respecto de la pretensión procesal. Sólo las personas que se encuentren en determinada relación con la pretensión pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva de la relación jurídica debatida en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más íntimamente ligado con el derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal".⁴³

c) ¿Legitimación abierta, cerrada o mixta?

¿Qué sentido tiene el requisito de la legitimación? Se dice: *evitar un exceso de recursos que abrumaría a los tribunales*. Pero tal explicación no resulta convincente ya que, legitimado o no, *nadie pleitea por el simple ocio de gastar su tiempo y dinero en abogados y procuradores*. Quien recurre, con todos los inconvenientes que ello apareja, es porque tiene un auténtico interés general.

No es exacto que la barrera de la legitimación ahorre trabajo a los tribunales, antes al contrario: con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso, podrían muy bien, en gran parte de los casos, resolver el *fondo del asunto*. También es sabido que, dado lo rutinario de su invocación y la necesidad de su respuesta, casi todas las sentencias van precedidas de algún considerando dedicado a la legitimación, que sería perfectamente superfluo de no existir tal causa de inadmisibilidad.

Por descontado que, suprimidas las trabas legitimadoras con la legitimación abierta, pueden aflorar los abusos, pero tal posibilidad no puede ser esgrimida seriamente como obstáculo a la *acción*

43 GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La Legitimación Activa en el Proceso Administrativo*, "Revista de Derecho Procesal", 1956, N° 2, p. 552.

LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y Apariencia Jurídica*, Barcelona, Editorial Bosch, 1952, p. 11-12. Nos dice: "Legitimación es el reconocimiento que jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre hace el Derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto el sujeto agente y el objeto del mismo".

popular (uno de sus modelos procesales), ya que existen remedios adecuados y eficaces para limitar tales excesos: desde la prosecución del proceso, al margen de un eventual desistimiento, hasta una peculiar condena en costas.⁴⁴

El secreto de la legitimación no es una *cuestión técnica sino política*, pues nadie puede negar la significación democrática de la acción popular,⁴⁵ como modelo procesal de la *abierta* legitimación moderna.

Entre la cerrada legitimación tradicional y la ausencia total de la misma, que implica la acción popular, se ha generalizado la legitimación mixta o colectiva y, en su caso, corporativa, recogida en nuestro derecho a través de asociaciones profesionales y cuerpos intermedios, que nunca pueden entenderse como sustitutorios de la legitimación individual indiscriminada.

La legitimación es la facultad de excitar la actividad jurisdiccional y obtener una protección efectiva frente a una Administración absorta y atareada. Muy pronto será realidad lo que hoy se viene llamando "futurología": tema como la polución o la degradación del medio ambiental, la aglomeración urbana, la circulación, la ecología, las áreas industriales, el urbanismo, merecen una profunda reconsideración a la luz de los *derechos e intereses de los ciudadanos*,⁴⁶ requiriéndose una apertura de la legitimación clásica para asegurar la protección subjetiva ante las modernas formas públicas lesivas. El proceso de coerción y limitación de éstas es irreversible, como lo demuestra la experiencia.

Lo que interesa, en la realidad vital del derecho, es la protección de los individuos (frente a una Administración cada vez

44 NIETO, Alejandro, *Prólogo al Libro de Sánchez Isac*, El interés Directo en los Derechos Español y Francés, I.E.A.L., Madrid, 1977, p. 19-20.

45 FERNANDEZ de VELASCO, Ricardo, *La Acción Popular en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1920, ps. 70-73.

46 "Este concepto (de legitimación) ha simplificado extraordinariamente la doctrina procesal administrativa, al establecer una acción contencioso administrativa general".

COSCULLUELA MONTANER, J., *Acción Pública en Materia Urbanística*, R.A.P., Madrid, N° 71, p. 20.

GARCIA DE ENTERRIA, *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*, cit. Menos aún la legitimación es un tema básico del Derecho Administrativo. La legitimación hace el fondo de la cuestión, en materia contencioso-administrativa, no es sólo una cuestión procesal. Está anclada en el campo del Derecho sustantivo. La visión de la legitimación como elemento del proceso es absolutamente lícita y necesaria.

más activa y beligerante) pues, si queremos sobrevivir, debemos defender las *máximas garantías* individuales, dentro de una *máxima eficacia* administrativa⁴⁷.

18. *Jerarquía entre las situaciones subjetivas.* —

a) *Gradación procesal.* —

Normalmente, los juristas y la legislación señalan una gradación procesal de las situaciones subjetivas. Por la *intensidad tutelar* se ubica primero el derecho subjetivo, luego el interés legítimo y finalmente el interés simple.

En rigor, como ya indicamos, esta tripartita división no tiene entidad sustantiva. Todas ellas y muchas otras *se reducen con criterio unitario al "derecho subjetivo"*, omnicompreensivo de los poderes sustantivos y remedios adjetivos de que dispone el administrado. La división sólo se explica por accidentes políticos o histórico-jurídicos, pero sin "ratio essendi", es decir, sin lógica.

De todos modos, a nuestro pesar, el realismo muestra hasta hoy a las situaciones subjetivas en un espectro plural, que sólo sirve para debilitarlas. Cada una de ellas sólo se ocupa de rescatar "entidad óntica", en desmedro de la otra y así sucesivamente. Agravado el supuesto, cuando la "entidad" es conferida por doctrinas y jurisprudencias cambiantes, que han fijado "vías procesales pétreas" para cada situación subjetiva. Con ello, cualquier equívoco del camino procesal echa por tierra la senda transitada (en lo formal) y la propia situación subjetiva (en lo sustancial).

b) *Gradación sustancial.* —

Por otra parte, la gradación que se hace no es exacta en términos de "justicia distributiva" o deberes públicos prestacionales. El "interés simple", el de cualquier ciudadano, es más importante que el "derecho subjetivo público" de sólo algunos administrados. La mayor significación del interés simple está dada por razones de *cantidad y calidad*. No sólo porque "cuantitativamente" es el "interés de todos" (no de unos o algunos), sino porque *cualitativamente* en él están comprendidos todos los intereses públicos y la salvaguarda de la propia *legalidad*, que implica la tutela de "inte-

47 NIETO, Alejandro, cit., p. 61

reses particulares", restablecidos con la restauración del orden jurídico violado.⁴⁸

La jerarquía tradicional de las situaciones subjetivas está enfocada en perspectiva "prestacional conmutativa" y desde un ángulo exclusivamente procesal. Pensamos que a la "luz distributiva" y con perspectivas públicas sustanciales la conclusión es otra.

En una comunidad ideal se deberá hacer del llamado "recurso de anulación" una especie de "actio popularis", ya que cualquier ciudadano tiene o debe tener, al menos, interés en el mantenimiento del derecho objetivo en sí mismo, sin esperar encontrarse en una situación especial de relación con la norma violada.

El área protegida, inicialmente limitada a los clásicos derechos subjetivos en sentido estricto, se ha ampliado mucho con la inclusión de los llamados intereses directos, privilegiándose un interés cualquiera con el útil predicado de derecho subjetivo. García de Enterría⁴⁹ detecta junto a los supuestos típicos tradicionales de derechos subjetivos, la figura específica de los derechos subjetivos "reaccionales o impugnatorios". Estos operan cuando el administrado ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal. En este supuesto, el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado como garantía de la libertad, le inviste con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Supuesto que "permite que los particulares fiscalicen la totalidad de la legalidad administrativa, y no sólo la franja minúscula que entra en juego en la vida jurídico-administrativa a propósito del tráfico de los derechos subjetivos activos de corte tradicional".

19. El interés colectivo.

Con la "unificación subjetiva", la dogmática del derecho administrativo ha dado, ciertamente, un paso de gigante, pero en nada ha mejorado con ello la protección de los ciudadanos que no pertenecen al club de los titulares de derechos subjetivos ni, por

48 NIETO, Alejandro, *La Vocación del Derecho Administrativo en Nuestro Tiempo*, R.A.P. Madrid, N° 76, p. 26.

VILLEY, cit., p. 99.

49 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre los Derechos Públicos Subjetivos*, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 6, 1975.

tanto, "se hace justificable en su plenitud toda la actuación administrativa". Siguen quedando fuera del control judicial las actividades de la Administración que, aun siendo ilegales, no afectan la esfera vital de interés de un administrado.

a) Legitimación de los intereses supraindividuales.

¿Por qué unos intereses adquieren el rango de derechos subjetivos y por qué otros son simples y otros directos? Es forzoso reconocer que ni la jurisprudencia ni la doctrina han podido reducir a esquemas lógicos y seguros los criterios de "selección de intereses".

En substancia, se protegen los intereses "personales y directos", es decir los *individuales*, marginando así los *intereses colectivos*, o sea los que el ciudadano tiene en cuanto miembro de una comunidad.

Debe legitimarse el "interés competitivo", el "profesional", "por razón de vecindad", el "interés colectivo".

Debe protegerse no sólo al *individuo* sino también al *grupo*, a la *colectividad*, al *núcleo social*. Lamentablemente, en la estructura procesal actual el panorama tutelar de los *intereses colectivos* es muy pobre. Cabe esperar que se amplíe la protección a *todos* los intereses, máxime cuando con "interés público" se encuentra genérica para todos aquellos intereses, no sólo individuales. Interés público que es el primer interesado en el *respeto del derecho objetivo y la conservación del orden público*.

Interés público que trasciende la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo. Las infracciones administrativas se muestran no sólo como una lesión de situaciones de los administrados, sino como entorpeciendo la buena y recta administración. Cuando la jurisdicción procesal administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no menoscaba su prestigio y eficacia sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública.

b) La acción popular.

La acción de la Administración Pública afecta a todos los ciudadanos y no sólo a unos individuos o a algunos grupos. La

“individualización personal” de las acciones en materia de Administración Pública, es una contradicción no sólo jurídica sino hasta semántica, que sólo puede explicarse por herencias acrílicas del derecho privado.

Los inconvenientes eventuales de un *sistema de legitimación abierto* —al mundo de la acción popular— pueden contrarrestarse eficazmente con una adecuada imposición de costas o de sanciones penales contra los extorsionistas.

En el caso de que exista un interés directo, ¿vamos a resignarnos a admitir que sus efectos se agoten en el nivel procesal y que no tengan nunca influencia sobre el fondo del asunto? Evidentemente, cuando éste haya de resolverse con arreglo a puros criterios normativos (hay infracción —o no— del ordenamiento jurídico), entonces es claro que con el criterio tradicional el interés del recurrente no puede influir sobre la sentencia, ya que ésta está decidiendo sobre derechos y no sobre intereses.⁵⁰

La Administración no tiene el monopolio de la definición de los intereses públicos y generales y, por lo mismo, los colectivos y hasta los privados, si no tiene en cuenta, por lo que a estos últimos se refiere, la indeterminación de fronteras entre unos intereses y otros.⁵¹

Si el *contrainteres* invocado por el recurrente es de *naturaleza pública*, parece muy justificable la intervención judicial porque puede suceder que el interés invocado por la Administración, en su favor, no sea propiamente un interés público, aunque con esta etiqueta pretenda encubrirse, con lo cual nos encontraríamos con un conflicto planteado entre intereses del mismo grado.

Situación que también puede darse cuando el recurrente invoca, por su parte, otros interés colectivo o público que se enfrenta al de la Administración, puesto que la Administración no tiene ni constitucional ni legalmente el *monopolio* de la constatación, declaración y defensa de los intereses públicos.

50 NIETO, Alejandro, Prólogo al Libro de Jaime Sánchez Isac, *El Interés Directo en los Derechos Español y Francés*, cit. p. 31 y ss.

51 Ampliar en DE LA MORENA y DE LA MORENA Luis, *Los Fines del Interés Público como “Causa” y como “Límite” de la Competencia y como “Medio” y “Medida” de Control Jurídico*, en R.A.P., Madrid, 1978, N° 85, p. 151 y ss.

c) *Indefensión del interés público.*

¿Qué pasa con el interés individual o comunitario o colectivo, ante la inactividad material de la Administración?⁵² ¿Cómo tutelar el interés para que se regulen las conductas particulares ajenas y que la Administración *haga cumplir las disposiciones sobre las mismas*? Ya no se trata sólo de exigir que la Administración cumpla sus prestaciones debidas, sino que *los demás ciudadanos se atengan a las normas que les obligan a una determinada conducta*, por ejemplo mantenimiento de precios. En estos casos, el individuo no puede imponer directamente el cumplimiento de las normas ni tampoco es real que se dirija contra el incumplidor. Pero tiene interés en ello y por lo tanto debe recurrir a la Administración, que es responsable del cumplimiento. Como no es ni un derecho subjetivo ni un interés directo, no tiene otra solución que la *denuncia*, lo que parece un remedio procesal demasiado modesto para defenderse de actividades lesivas como las referidas.

Por lo demás, las exigencias legitimadoras han llegado a tales *extremos de rigurosidad* que *niegan al ciudadano su capacidad genérica para poner en conocimiento de la Administración determinadas infracciones legales*. La Ley de Procedimiento Administrativo reconoce expresamente la *reclamación* en queja y las iniciativas y reclamaciones en general. Esta línea se corona con el *solemne “derecho de petición”*.

Es el caso en que se denuncia el incumplimiento del Estado. Por ejemplo en la prestación de un servicio público, o el incumplimiento por parte de otro particular (no concesionario) de normas reglamentadoras de la prestación de servicios privados.

20. *Conclusión y caracterización.*

En conclusión, creemos que el fenómeno jurídico del derecho subjetivo se caracteriza por ser:

a) *Unitario.*

En la medida que “histórica”, “formal” y “sustancialmente” no tiene sentido la distinción tripartita de las situaciones subjetivas

52 NIETO, Alejandro, *La Inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso Administrativo*, en R.A.P. N° 37, Madrid, 1962.

vas. El derecho subjetivo es uno y único, siempre en cabeza de individuos para la defensa propia y ajena, individual o social, pues "reparación y/o anulación" traducen un efecto a la "subjetividad" y a la "objetividad" jurídica. *Se restablece la unidad* dogmática del objeto *protegido por la acción* procesal. Ya no parece esencial la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos puesto que todos, en rigor, pertenecen a este grupo. Debe otorgarse el importante título de derecho subjetivo a los que tradicionalmente venían denominándose intereses legítimos.

b) *Sustantivo.*

En cuanto deriva del reconocimiento de situaciones excluyentes para sí y para la legalidad toda, que la propia legalidad confiere al individuo. En los procesos y procedimientos administrativos y judiciales constituye un presupuesto de fondo que alude a la *legitimación "material"*, concreta, sustanciada y probada.

c) *Normativo primario.*

Porque traduce jurídicamente el equivalente político de la libertad pública. Los derechos subjetivos *son siempre libertades públicas*, en sentido amplio, "constitucionalizadas", "reconocidas" u "otorgadas", según los casos, pero de arraigo supra legal. "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe". Parece ser el mandamiento constitucional primario del Estado de Derecho. La legalidad administrativa garantiza la libertad, reconociendo la misma en el obrar práctico *a través de la técnica del "derecho subjetivo"*. La primera forma de derecho subjetivo se presenta como libertad, que comprende el poder jurídico concreto para su propio resguardo. Ambos son anteriores al Estado. De todos modos, la mejor forma de garantizar los derechos y libertades consiste en incorporarlos a la Constitución para evitar la derogación o alteración por el procedimiento legislativo ordinario.

Esta noción es de importancia fundamental en el derecho público. Los capítulos constitucionales dedicados a las *garantías ciudadanas no son sino un catálogo de derechos subjetivos que los ciudadanos pueden invocar contra el poder público* (los llamados "derechos humanos", desde los tradicionales que intentan proteger la

integridad moral, jurídica y física del individuo, hasta los más modernos, de carácter "social", como los derechos al bienestar, a la educación, al descanso, etc.).

En mérito a la particular significación de los derechos subjetivos, es misión del *legislador*: reconocerlos, protegerlos y limitarlos del *juez*: declararlos del *abogado*: defenderlos y del *jurista*: describirlos.

d) *Potestativo.*

Siempre implica la contrapartida de un "deber"; la exigencia de un cumplimiento como carga jurídica impuesta a otro. Cuando ese otro, que tiene que dar, hacer o no hacer es el Estado o una entidad asimilada se habla de "derechos subjetivos públicos".

e) *Limitado.*

Los derechos subjetivos limitan la autonomía del imperium del Estado (soberanía restringida). Sólo de hombres libres se forma el Estado; sin embargo estos derechos que no son absolutos pueden ser reglamentados y limitados en su contenido, mientras ello no implique su desconocimiento.

f) *Irrenunciable.*

Estado de derecho significa sumisión del Estado a las leyes, pero no a cualquier tipo de leyes, sino a una especial: las llamadas *leyes de libertad*. Por ello los derechos subjetivos como exteriorización de la libertad, así como no pueden ser "desconocidos" por el Estado, no pueden ser "renunciados" por los individuos. No son renunciables aquellos derechos instituidos en resguardo de otros derechos, como son los vinculados con el estatuto personal de la libertad (C.S.N., "Guzmán", Fallos 279-283).

En el ámbito jurisdiccional parece inadmisibles, desde luego, la concepción del interés directo, sea individual o corporativo, como un requisito legitimador. La superación de esta idea no debe limitarse sólo a *reconocer al interés directo la calidad de derecho subjetivo, sino que debe avanzar en una línea doble: la eliminación pura y simple de las trabas formales legitimadoras pero establecien-*

do mecanismos procesales correctores contra terceros detractores del interés público.

No estamos con Duguit, negando enérgicamente la existencia de las categorías jurídicas subjetivas, que consideraba el derecho subjetivo como una falsa y artificial construcción jurídica.⁵³ Compartimos la opinión de Barthélemy ayer y de García de Enterría hoy, negando la diferencia esencial entre derecho subjetivo e intereses legítimos y buscando la unificación de todas las categorías en la fórmula unitaria "derecho subjetivo" que merecen siempre protección integral y amplia. O hay protección o no la hay. Todo lo demás es verbalismo. ¿A qué vienen, entonces, estas sutiles distinciones entre derecho subjetivo e interés legítimo?

PROYECTO DE INTERPRETACION SOBRE LA JURISDICCION AGRARIA EN COSTA RICA

(Necesidad, justificación y límites)*

Prof. Anabelle Porras Zúñiga

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Instituto de Investigaciones Jurídicas

53 DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, ob. cit. ps.200-315.

* Nota: este trabajo es parte de una investigación más amplia sobre este tema, efectuada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho.