

Jorge Periano Facio,
Presidente.

Caio Mario Da Silva Pereyra,
Delegado de la Facultad de Derecho de Belo Horizonte,
(Minas Gerais, Brasil).

Fernando Fueyo,
Delegado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de Santiago (Chile).

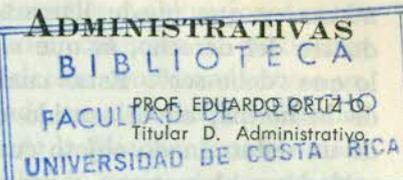
José Sánchez Fontans y Fernando Miranda,
Representantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de Montevideo.

Víctor H. Cairoli,
Secretario.

o O o

Posteriormente, en ese año, la delegación argentina que no había podido concurrir a las Jornadas manifestó: "La delegación argentina se adhiere en un todo a la declaración aprobada en las Jornadas de Experiencia Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal celebradas en Montevideo en mayo del corriente año, con la sola salvedad del empleo que en ella se da a las expresiones "condominio" y "propiedad" para designar los derechos de los titulares del derecho real en cuestión".

SITUACIONES JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS



1.—Situaciones Objetivas y Subjetivas. Concepto y Tipos.

El derecho es un orden o conjunto de normas hipotéticas, porque regulan la conducta en la hipótesis de que el hombre se halle colocado en una determinada situación de hecho. Cuando ésta se realiza, la norma se aplica, por lo que se entiende que se atribuyen al hombre las posiciones que la ley considera debidas de su parte frente a su conducta o a la ajena. Llámense situaciones jurídicas subjetivas estas posiciones que consisten en una relación del hombre con la norma por virtud de la cual aquél resulta normativamente habilitado o imposibilitado para hacer o no hacer algo frente a los demás. La calificación de subjetivas alude al objeto de estas posiciones, que es la conducta de un sujeto determinado autorizada o prohibida por la norma.

Con ello, éstas se distinguen de las llamadas situaciones objetivas, que son la relación de un hecho con la norma cuya aplicación condiciona, por virtud de la cual aquél adquiere la naturaleza jurídica que le permite producir —una vez realizado—, las otras situaciones subjetivas que se analizan. Hay una situación jurídica objetiva, en otras palabras, siempre que un hecho realizado reúne las características que lo capacitan para producir un efecto de derecho de acuerdo con la norma.

Los dos tipos principales de situaciones jurídicas objetivas son las cualidades y los estados jurídicos; ambos integran, como quedó expresado, el hecho a que se refiere la hipótesis legal, que la doctrina latinoamericana más reciente llama el "supuesto jurídico". Esto significa que el derecho define esa hipótesis empleando calificaciones de ser que atribuye a las personas, los actos, los comportamientos o las cosas, o a las relaciones de uno con otro cualquiera de esos elementos, como si describiera la realidad en que

habrá de aplicarse, al modo de una ley natural, y no como verdadera norma que prescribe el deber ser de la conducta. Las notas que atribuye a los elementos integrantes del supuesto otorgan a éstos un modo de ser jurídico, que es el que les confiere la norma misma, y que puede llamarse la cualidad jurídica de un objeto dentro del derecho, lo que el mismo "es" según la ley, y no sólo lo que "debe ser". Estas cualidades implican también un mandato de la norma, en el sentido de que se deben tener como propias de un determinado objeto cuando el mismo se presenta de conformidad con el esquema o descripción dado por aquélla; pero dentro del derecho, la función de estas cualidades es calificar jurídicamente el ser de las cosas, su estado actual de existencia, y no indicar cómo debe ser la conducta.

Así, por ejemplo, para adquirir el derecho a la jubilación es preciso haber alcanzado la edad de 60 años dentro de un determinado régimen; el hecho de haberla alcanzado produce en el sujeto una cualidad —hombre de 60 años, jubilable—, que integra el hecho previsto por la norma para adquirir el derecho a la jubilación. O bien, la declaración de utilidad pública de una obra a realizar, (El Plan Vial) otorga a éste la cualidad de proyecto de interés público y la de "cosa expropiable" a las fincas que se reputan necesarias para su realización, cualidades indispensables para que nazca la potestad del Estado a expropiar en el caso concreto. Es posible que no sólo las cosas, los sujetos o los comportamientos, sino también los actos mismos adquieran determinadas cualidades o modos jurídicos de ser a efecto de posibilitar o impedir un efecto jurídico posterior, como ocurre cuando se habla de actos nulos, ilícitos, ineficaces, inoportunos, extemporáneos, etc. Todas estas son notas que permiten, respectivamente, la anulación posterior del acto nulo o ilícito, el perfeccionamiento mediante la aprobación o confirmación del acto ineficaz, etc.

Los estados son también cualidades y se dividen en estados y relaciones. Estas últimas no son formas de la relación jurídica, definida como el vínculo entre dos o más sujetos, mediante el cual coordinan su conducta recíproca a través de un derecho y una obligación correlativos. La relación que es situación objetiva no es, en otras palabras, la relación jurídica en el sentido usual del término, que siempre alude a la situación subjetiva de dos o más con derechos y obligaciones recíprocos. La relación que ahora ana-

lizamos es aquel estado, de hecho o creado por el derecho mismo, que forma un supuesto para el nacimiento de esas relaciones bilaterales y subjetivas y que se traduce en cualidades de dos sujetos, cada uno considerado por referencia al otro, que sirven de soporte a un conjunto ordenado de derechos y obligaciones entre ambos. Puede definirse, según ello, como el conjunto de cualidades de dos o más personas, dentro de una relación considerada como un hecho por la ley, a efecto de atribuir a cada una derechos y obligaciones recíprocos. Es el caso, por ejemplo, de la filiación o paternidad, de la jerarquía administrativa, de la relación social dentro de una entidad colectiva, del carácter de propietario frente al público en el caso de los llamados derechos reales, etc. En todas estas hipótesis hay dos o más personas ligadas por una relación que el derecho asume como un supuesto de los derechos y obligaciones existentes entre ellas: padre-hijo, socio-cosocio, jerarca-subordinado, etc. En estas relaciones hay una serie de situaciones jurídicas en que se descompone el llamado estado de socio, de jerarca, de propietario, de padre, y que, sin embargo, no se confunden con estas mismas cualidades. Estas —como se dijo—, son el supuesto y causa de dichas situaciones, pero no se identifican con ningún derecho u obligación en particular.

Así el jerarca, por serlo, puede dar órdenes, revocar actos del inferior, imponer sanciones disciplinarias, pero su calidad de tal no depende ni se identifica con ninguna de estas potestades en particular, sino que radica exclusivamente en su intrínseca superioridad administrativa, de la cual automáticamente emanan todas las otras posibilidades de acción indicadas; y lo mismo podría decirse de las potestades del padre para educar a sus hijos (formarlos, disciplinarlos, representarlos, administrar sus bienes, etc.), que nacen todas del hecho fisiológico, puro y simple, de la concepción, que otorga la calidad de progenitor e impone todos los deberes de padre. Padre no es —contra lo que se dice— el que educa sino el que concibe, aunque no eduque nada; jerarca no es el que manda y vigila, sino el que es superior en grado, aunque en los hechos sea mandado o dominado por sus inferiores. Estas cualidades de superior jerárquico y de progenitor o padre, que no depende del ejercicio del derecho que otorgan ni con éste se confunden, sino que lo preceden y causan, son un ejemplo de la llamada relación de hecho como situación objetiva.

Similar pero más restringido resulta el concepto de estado, en sentido estricto, que algunos llaman también status. Se entiende por tal la cualidad de un sujeto perteneciente a un grupo, de la que nace —para todo el que la tiene—, un conjunto igual e irrenunciable de derechos y obligaciones. Es estado, en este sentido restringido, el de ciudadano, el de hijo de familia, el de miembro de un municipio, etc. Generalmente se considera que la comunidad de pertenencia ha de ser de las llamadas necesarias, en cuanto esa pertenencia debe ser obligatoria y depender de un hecho jurídico extraño a la voluntad del calificado como miembro; así con la nacionalidad o ciudadanía, porque la pertenencia al Estado o al Colegio Electoral, respectivamente, no depende de un acto de voluntad del costarricense ni del elector, sino de haber nacido en Costa Rica (o de ser hijo de costarricense) y de haber alcanzado la edad de 18 años. Pero en todo caso, es posible comprender dentro del concepto también la cualidad de perteneciente a una entidad colectiva voluntaria y hablar de estado de socio, de estado de cooperativista, de empleado público, etc.

Es decisivo observar, desde ahora, que muchos de los llamados derechos reales, no son otra cosa que cualidades o relaciones de hecho, asumidas por el derecho como supuestos para la atribución de derechos y obligaciones. Tener un derecho de propiedad, en otras palabras, es fundamentalmente tener la calidad de propietario y, a título de tal, derecho y obligaciones varios que no se confunden con esa calidad, así como ocurre con la de jerarca o de padre de familia frente a los derechos y obligaciones a ella adscritos, según se explicó. Los derechos reales, en otras palabras, no son situaciones jurídicas subjetivas (consecuencias o efectos jurídicos) sino objetivas; y consisten casi siempre en una cualidad de un sujeto que sirve de soporte a una serie de derechos y obligaciones de diversa naturaleza y estructura, como se verá posteriormente.

En síntesis, puede afirmarse que las situaciones jurídicas objetivas son las cualidades y relaciones de hecho, o asumidas como de hecho por la norma, correspondientes a sujetos, cosas, actos o comportamientos, que representan el modo de existencia de unos y otros, dentro del derecho, a los efectos de hacer nacer a partir de los mismos las situaciones jurídicas subjetivas, también llamadas consecuencias o efectos jurídicos. Se trata, en otras palabras, de

la relación entre la ley y el supuesto o hecho jurídico, que permite a este último llegar a ser tal en derecho y producir las consecuencias o efectos jurídicos.

2.—La Relación Jurídica, el Derecho Subjetivo y la Obligación.

Una autorizada doctrina sostiene la bilateralidad como nota esencial del derecho. La bilateralidad de la norma jurídica significa que la misma regula la conducta humana mediante el empleo de dos juicios que se implican mutuamente; uno llamado atributivo, que faculta a un sujeto para hacer algo, y otro llamado prescriptivo, que simultáneamente obliga a otro a hacer algo. Lo característico de la bilateralidad está en que, como se dijo, ambas normas se implican, aunque sólo una de ellas está formulada, de modo que siempre que se atribuye expresamente un poder se impone implícitamente a otro un deber conexo, y viceversa. La regulación de una conducta sólo es jurídica, según ello, si obliga a un sujeto al mismo tiempo que faculta a otro, y lo hace coordinando la conducta de ambos, de modo que la del obligado sirve para hacer posible la del derecho habiente, o por lo menos para no hacerla imposible.

“La referencia (de la norma jurídica) a cada uno de los sujetos implica una referencia correlativa al otro, puesto que el imponer a uno un deber supone el otorgar al otro el derecho de exigir el cumplimiento; del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer al otro (u otros), el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor”... “La fórmula completa de la regulación bilateral es la siguiente: dado el hecho jurídico, el pretensor tiene el derecho de observar cierta conducta y, correlativamente, el obligado debe asumir la que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor” (Eduardo García Maynez, *Lógica del Juicio Jurídico*, Págs. 37 y 47).

De acuerdo con esta concepción, la regulación jurídica efectiva de la conducta humana se da siempre bajo la forma de relaciones jurídicas entre sujetos, por virtud de las cuales cuando uno tiene un derecho siempre hay otro —frente a él—, que tiene un deber cuya función es hacer posible que el primero pueda obtener una “cabal satisfacción de sus pretensiones”. Un derecho sin un sujeto obligado, o un deber sin un derecho habiente, son jurídicamente inconcebibles.

“Relación Jurídica es el vínculo que la disposición atributiva (del derecho) establece entre la persona a quien se permite tal o cual conducta y el (o los) obligados a observar las que hacen posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor (dueño del derecho)” (García Maynez, *Lógica del Concepto Jurídico*, Pág. 178).

O más breve: relación jurídica es el vínculo entre dos personas, establecido por una norma jurídica, que permite a una realizar una conducta y simultáneamente prohíbe a la otra toda conducta que pueda impedir la primera.

Dentro de la relación jurídica, así definida, los sujetos guardan dos clases de posiciones respecto de su conducta propia: o les está autorizada, o les está prohibida, siempre en relación con otro sujeto. La relación jurídica se da, entonces, entre dos posiciones de los sujetos relacionados, una favorable que consiste en una autorización, y otra desfavorable, que consiste en una prohibición, ambas coordinadas para hacer posible su simultáneo cumplimiento.

“Derecho Subjetivo es la posibilidad, concedida a una persona por una norma, de hacer u omitir lícitamente algo... En el derecho subjetivo la forma consiste en la permisión de un comportamiento, y el contenido en lo que en cada caso el titular puede lícitamente hacer o no hacer”. (García Maynez, *Lógica del Concepto Jurídico*. Pág. 147).

“El deber jurídico, es la restricción de la libertad exterior de una persona, deriva de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una acción o una omisión... El deber jurídico restringe la libertad de acción del obligado en cuanto le niega el derecho de omitir la conducta prescrita o el de ejecutar la prohibida, y sólo le concede el de hacer lo que le manda omitir o el omitir lo que le veda” (García Maynez. *Ob. cit.* Pág. 148).

Esta última definición de deber jurídico, centrada en la idea de restricción a la libertad, es criticable porque indica cuál es el efecto del deber sobre la libertad, pero no dice en qué consiste el deber (Oscar Morineau, *El Estudio del Derecho*. Pág. 159). Una definición más precisa puede darse diciendo que el deber es “la necesidad jurídica de observar una cierta conducta” y que esta necesidad significa “la eliminación de toda posibilidad de elección

respecto de esa conducta” (Sebastiano Cassarino, *Le Situazione Giuridiche*, Págs. 15 - 16), lo que lleva directamente a la idea de prohibición, como esencia positiva del deber.

Si hay un deber cuando hay la posibilidad de realizar una conducta sin ninguna alternativa, de modo que la misma es la única autorizada en el caso concreto, puede decirse que hay un deber cuando una conducta está autorizada y está simultáneamente prohibida su omisión. Hay un derecho cuando está autorizada y permitida tanto su comisión como su omisión.

La doctrina mejicana ha elaborado los conceptos de derecho de libertad y de derecho de ejercicio obligatorio para afinar más aún la distinción entre derecho y deber, y separarlos de toda figura conexas. Así, el derecho es la posibilidad fundada en la norma jurídica de realizar una conducta, pero es de ejercicio facultativo cuando va acompañado de otra posibilidad distinta, que es la de optar entre esa realización o su omisión; a esta posibilidad adicional se ha llamado derecho de libertad o derecho de opción, y se da siempre que un sujeto puede no sólo hacer sino también dejar de hacer, a su gusto. Hay un derecho de ejercicio obligatorio, en cambio, cuando la posibilidad de realizar una conducta, que es la esencia del derecho subjetivo, va acompañada de la prohibición de omitirla, en términos que el individuo está en la necesidad de realizarla. Su derecho existe porque puede hacer algo, pero va acompañado de un deber, porque no puede, le está prohibido dejar de hacerlo.

Este afinamiento ha servido para enuclear el meollo irreducible del deber. El deber no corresponde a lo que está ordenado o impuesto, sino a lo que está prohibido. La restricción de la libertad apuntada como esencia del mismo positivamente corresponde a la prohibición de hacer algo, a la imposibilidad jurídica de hacerlo. Hay una restricción de la libertad, porque hay algo que no se puede hacer, que es la omisión de una conducta autorizada.

Según este enfoque pueden darse las siguientes definiciones del derecho subjetivo y del deber:

Es derecho subjetivo la autorización (de conducta), dada por la norma jurídica, que produce en el sujeto la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo. Es deber la prohibición de conducta, impuesta por la norma jurídica, que produce en el sujeto la

necesidad jurídica de no hacer algo o la imposibilidad jurídica de hacerlo.

Creemos que el descubrimiento de los derechos de libertad y de los de ejercicio obligatorio permite afinar conceptos lógicos pero resulta prácticamente irrelevante. Para efectos de definir el derecho subjetivo y el deber puede fundirse aquél con la libertad y éste con el ejercicio obligatorio del derecho. Es decir, pueden bien definirse estos conceptos como sigue: derecho subjetivo es la posibilidad normativa de optar entre la realización o la omisión de una conducta; deber jurídico es la necesidad de realizar una conducta, sin alternativa jurídica alguna.

Clases y Notas del Derecho Subjetivo.

Lo más característico del derecho y de la obligación es su carácter bilateral y correlativo. Este significa que hay una coordinación entre las conductas objeto del derecho y de la obligación de la que nace un bien para el titular del derecho. Como dice la citada definición de García Maynez "el obligado debe asumir (la conducta) que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor".

Las facultades, entendidas como autorizaciones de conducta, no se satisfacen ni son susceptibles de serlo; la satisfacción siempre es de un interés y el único dueño posible del mismo es el sujeto, y no la conducta autorizada. Esto no significa que la definición anterior incluya el interés como objeto del derecho o del deber, sino que lo acepta como el fin de uno y otro. El objeto es aquello a que se refiere la autorización o la prohibición de conducta, y está siempre constituido por la conducta autorizada o prohibida. Pero el fin es aquella modificación que la conducta puede introducir en la vida social y consiste siempre en la satisfacción de un interés. El motivo que lleva a la ley a conferir un derecho es la suposición de que el sujeto titular puede llegar a tener una necesidad que se satisfaga con la conducta que es objeto del mismo. La relación supuesta entre esta conducta y esa necesidad, que es el interés legal, desempeña la función de fin del derecho subjetivo, inconfundible con su objeto.

Para hacer posible esa conducta, la norma no sólo debe autorizarla sino, además, prohibir toda aquella que la haga imposible, y crear el deber correlativo.

El fundamento del deber está en el derecho subjetivo, pues el deber nace para hacer posible la conducta autorizada que satisface las necesidades humanas. El fin de la norma, de la relación jurídica y de los derechos y deberes todos, es conectar al hombre con el mundo de los intereses y los valores y permitirle la vida de relación.

Con este fin el derecho sólo puede autorizar la conducta propia del sujeto autorizado o prohibir la conducta propia del obligado. Es imposible que la autorización tenga por objeto la conducta del obligado y no la del derecho habiente. No hay ni puede haber, en otras palabras, un derecho que consista —como afirma un autor (Oscar Morineau, ob. cit. págs. 134, 138, 263, 277 y siguientes)— en autorizar en favor del dueño del derecho la conducta del obligado. Esto sólo puede querer decir, o bien que el dueño del derecho está capacitado para realizar la conducta del deudor, lo que es absurdo, o bien que puede exigir la conducta obligatoria, lo que implica que el objeto de su derecho es una conducta propia, la de exigir el cumplimiento del deber, la norma, en consecuencia, sólo puede contemplar dos tipos de situaciones en correlación: la autorización a la conducta propia, o la prohibición de la propia conducta. Todos los derechos son autorización a la conducta propia y todos los deberes son prohibiciones de la conducta propia.

Desde este punto de vista, a todo derecho hace frente un deber general de abstenerse de perturbar la conducta ajena. Este deber negativo acostumbra formularse con la vieja regla de que "nadie puede causar injustamente daño a otro", equivalente del latino "alterum non laedere", no dañarás a nadie. Ante la posibilidad genérica de desarrollar la conducta propia, sólo hay el deber genérico a cargo de todo el mundo de no impedir la conducta ajena autorizada.

Esta genérica correlación de derecho y deber puede ajustarse aún más cuando la conducta autorizada se refiere a una cosa determinada, que le está sometida. El deber genérico de no perturbar —sin transformarse—, se concreta algo más y aparece como la prohibición de perturbar a un propietario determinado en relación con una determinada cosa. Pero prueba de que este deber de abstención frente a la cosa sigue siendo el mismo que se da también frente a la actividad ajena autorizada, no referida a ningún bien

determinado, es que puede violarse no sólo atacando la integridad del bien, sino impidiendo su explotación por el propietario. La posibilidad de la conducta de éste integra el derecho de propiedad mucho más que la cosa misma que es su objeto. Ante la propiedad sólo hay un deber genérico de no dañarla, igual al consagrado por el artículo 1045 del Código Civil, cuando dice que será responsable todo aquél que cause un daño a otro por su dolo o culpa.

Finalmente, es posible que la conducta propia que es el objeto del derecho se halle determinada por el sujeto obligado ante el que se da, y no ya por una cosa a ella sometida. Son estos derechos determinados por el sujeto pasivo, los que Morineau ha definido como autorizaciones de la conducta ajena, en fórmula poco feliz. Los derechos frente a un sujeto determinado son siempre y sólo puede ser derechos a la propia conducta, exactamente como los derechos frente a un sujeto indeterminado. Pero, en el caso de aquéllos, la única característica que puede descubrirse es la de que la conducta objeto del derecho es muy peculiar, y consiste en la recepción y disfrute de una conducta ajena.

Estos derechos determinados por el sujeto pasivo del deber correspondiente, que se llaman relativos, no autorizan otra conducta propia que la puramente pasiva de exigir y recibir la conducta ajena. La facultad de exigir el cumplimiento o prestación de esta última, ha sido construida por un famoso autor (Francesco Carnelutti, Teoría del Derecho, Pág. 127) —con toda pulcritud— como la potestad de ordenar al deudor el cumplimiento de su deber, en interés de quien manda.

En el caso de los derechos relativos, hay un estrecho condicionamiento entre la conducta propia y la ajena, objeto del deber correlativo. Esa estrecha relación consiste en que la conducta propia no se puede dar ni ejercerse el derecho en forma plena, mientras no se dé la conducta ajena, objeto del deber. El cumplimiento de éste, en otras palabras, es la condición para el ejercicio del derecho relativo.

En sentido amplio, la bilateralidad del derecho cubre todas estas hipótesis, pero estrictamente concebida sólo puede referirse a los derechos relativos. Toda posibilidad de acción, cualquiera que sea, es correlativa de una prohibición que tiene por fin hacer posible la plena realización de aquélla, deber que es el genérico

“alterum non laedere” a favor de todos y a cargo de todos. El mismo se traduce sólo en una abstención y sólo influye en el ejercicio del derecho correlativo, eliminando el obstáculo que puede impedirlo, pero no poniendo una condición indispensable para hacerlo posible. Dado este carácter negativo y, sobre todo, esta total independencia entre el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, esa genérica relación no puede reputarse seriamente una forma de bilateralidad. Cabe afirmar decididamente, al menos, que la misma puede reputarse tal únicamente dentro del campo de la filosofía del derecho, pero no dentro de una disciplina jurídica particular —como la nuestra—, porque aquí es totalmente irrelevante a efecto de iluminar en qué consiste positivamente el derecho envuelto en esa vaga y negativa forma de bilateralidad.

Dentro del derecho administrativo y para efectos prácticos, la bilateralidad jurídica debe reducirse a los casos de existencia de un derecho relativo, determinado por el sujeto pasivo del deber correspondiente.

Puede extenderse la bilateralidad jurídica, a lo sumo, a los derechos a una conducta propia, determinada por razón de la cosa a que se refiere, que sirve simultáneamente para particularizar respecto de ella la conducta general de abstención y de respeto a cargo de todos los demás.

La relación jurídica, en sentido estricto, debe considerarse existente únicamente en caso de los derechos relativos o, a lo sumo, en el de los derechos sobre una cosa determinada, por todo lo ya explicado. La correlación que se da entre el dueño de un derecho a una actividad propia, totalmente indeterminada desde el punto de vista de las cosas o de los sujetos a que se refiere, y el sujeto del deber correlativo de no impedir que esa conducta se lleve a cabo, es tan vaga e inefectiva, que no debe reputarse verdadera relación jurídica.

Las anteriores afirmaciones no contradicen el carácter jurídico del derecho subjetivo, si se considera:

a)—Que una indeterminada relación entre derecho y deber queda siempre admitida, a modo de confirmación de esa bilateralidad, siempre que se acepte que en muchas ocasiones (derechos absolutos y reales) el deber correspondiente tiene por objeto una mera abstención de impedir la conducta ajena, igual frente a todo

posible derecho y no adecuado al contenido específico de cada una de las posibilidades de acción en que este último consiste;

b)—Que, en tales casos, es posible explicar el carácter jurídico del deber, incluso si se admite que el mismo no integra una relación bilateral, y evitar su identificación con el deber moral, acudiendo a la idea de lo positivo. Se entiende por positividad el hecho de que la norma derive su validez de acto de autoridad social, o de un proceso humano de creación del derecho, regulado por otra norma. La validez de una norma jurídica y de las situaciones objetivas o subjetivas que de ella derivan, depende, según ello, de que la misma pueda referirse a otra norma anterior que regula su proceso de creación, y así indefinidamente hasta alcanzar la norma primera en el tiempo, de la cual dependen todas las demás: la Constitución (teoría kelseniana de la pirámide jurídica). Esto significa que lo distintivo del derecho como orden y como norma, y de las situaciones jurídicas, es el hecho de estar fundadas en otras normas que regulan su creación, mediante la disciplina de un proceso desarrollado por hombres cuya voluntad se estima superior a la de los otros para ese efecto; estos hombres son los gobernantes. No la bilateralidad, que eventualmente puede faltar, sino la positividad así entendida, como el carácter puramente formal y heterónimo del derecho en razón de su origen humano y del procedimiento para su creación, es lo que viene a ser nota esencial del derecho.

De conformidad con lo dicho, hemos encontrado tres tipos fundamentales de derechos, todos a la conducta propia, a saber:

a)—Los que se dan fuera de una relación jurídica, que desde ahora llamaremos facultades y que se caracterizan por una indeterminación, desde el punto de vista tanto del sujeto pasivo como del objeto a que se refieren;

b)—Los que se dan dentro de una relación jurídica y que se pueden dividir en:

b-1.—Determinados por razón de la cosa a que se refiere el derecho, y que se llaman reales;

b-2.—Determinados por razón del sujeto pasivo del correspondiente deber, que se llaman relativos o personales.

Notas comunes a todos son las siguientes:

a) Su objeto es siempre un comportamiento voluntario, que sirve directamente a un fin personal del derecho habiente. Su función es, según se dijo, proveer a las necesidades de la convivencia; y de la misma puede deducirse su carácter de mero comportamiento (no negocial), único apto para procurar esa satisfacción en forma inmediata.

b) La conducta autorizada, en razón de su carácter no negocial, es ineficaz para alterar la esfera jurídica (de intereses o de derechos) de otros sujetos, concreta y especialmente del obligado. El hombre que camina y respira, el propietario que cultiva su fundo, el acreedor que recibe el pago, no realizan un acto capaz para producir un efecto cualquiera de derecho sobre la esfera jurídica de otro sujeto.

Notas diversas fundamentales son las siguientes:

a) Los derechos reales y personales pueden ser —aunque necesariamente ello no ocurra— separados de la persona que los tiene, dado el carácter limitado y determinado de las conductas que autorizan (desde el punto de vista del objeto o del sujeto pasivo del correspondiente deber). Los derechos reales o personales pueden ser renunciables, transmisibles, prescriptibles y agotables por su ejercicio (lo cobrado no se puede volver a cobrar, la finca vendida no se puede volver a explotar ni vender).

Las facultades o derechos indeterminados a la propia conducta material vienen a ser, en cambio, una base mínima de la vida humana de relación, porque representan en realidad un solo derecho fundamental, que es el derecho a la vida y al movimiento. Su separación del titular por renuncia, transmisión, prescripción o ejercicio, significaría lógicamente la imposibilidad indeterminada y total de toda clase de acción propia, que es lo mismo que la absoluta inmovilidad. Dado su carácter fundamental o indeterminado, las facultades son irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles e inagotables por su ejercicio.

b) En segundo lugar, los derechos a cosa determinada o frente a sujeto pasivo determinado, están siempre definidos en cuanto a su objeto por la ley o por el negocio jurídico (acto o con-

trato) que les dio origen. Su referencia a una cosa o sujeto concretos, obliga a denominar su contenido para definir lo que se puede hacer en relación con los mismos. El principio normal en este campo parece ser el de que sólo hay derecho subjetivo (y no facultad), cuando hay un título (ley o negocio jurídico concreto) que lo confiera y lo defina.

Las facultades, en cambio, se rigen en sistemas liberales por el principio de la libertad, que afirma como permitido todo lo que no está expresamente prohibido.

Resulta importante advertir que, dado el carácter material y jurídicamente irrelevante, frente al público, de la conducta objeto de la facultad (en cuanto autoriza conducta propia no negocial) una reciente doctrina sostiene la posibilidad de aplicar igual principio de libertad aún en el campo de la actividad pública del Estado, y permitir a éste la realización de toda clase de conductas materiales, mientras no violen leyes ni derechos, por el mero hecho de no hallarse expresamente prohibidas. La única utilidad que la innovación tendría sería la de permitir que el Estado ejecute toda clase de actividades materiales, no reguladas ni prohibidas, sin ninguna conexión con actos regulados; se trataría, en otras palabras, de autorizar una actividad material autónoma del Estado. Creemos que mientras la misma no viole leyes ni derechos anteriores, tal actividad y la tesis extensiva que la justifica, parecen de toda admisión.

Contrapuesto a la facultad es el deber, el que —según lo dicho—, no corresponda a un derecho subjetivo en sentido estricto, como elemento integrante de una sola relación jurídica. De esta especial figura jurídica pasiva, llamada deber, a la que no corresponde un derecho, nos ocupamos de inmediato.

Correlativo del derecho subjetivo es la obligación, definida como el deber que se da dentro de una concreta relación jurídica, cuyo objeto es la conducta que condiciona o complementa la del titular del derecho correspondiente. La obligación es así, dentro del mundo de los deberes jurídicos, aquel que corresponde específicamente a un derecho real o personal, dentro de una relación jurídica concreta.

3.—Naturaleza de los Derechos Subjetivos Públicos.

La facultad no integra una verdadera relación jurídica con el deber. En rigor, hay una sola facultad indeterminada y un solo indeterminado deber, que corresponden respectivamente a la posibilidad jurídica de actuar y a la necesidad jurídica de no impedir la actuación ajena autorizada. Las autorizaciones o las prohibiciones que se encuentran determinadas, desde el punto de vista del objeto o del sujeto pasivo, dejan de ser facultades y deberes para convertirse en derechos y obligaciones, según la terminología ya explicada.

Es posible que la determinación del objeto —y no del sujeto pasivo— se dé cuando la autorización no se refiera a la explotación y señorío sobre una cosa. Puede darse esa determinación mediante la definición clara de la conducta autorizada o prohibida, como ocurre con las llamadas garantías individuales, que abarcan los derechos a la vida, al movimiento, a la libre expresión intelectual y religiosa, etc., y que se refieren a aspectos más o menos generales de la vida humana. La doctrina sostiene que, en esta hipótesis, hay un verdadero derecho subjetivo y no una mera facultad, en razón de estar específicamente determinada la forma de actividad que es objeto de la autorización. Cabe observar, sin embargo, que en tanto se conciben las garantías individuales como derechos absolutos, que se dan frente a todo el mundo y no únicamente frente al Estado, las mismas no son sino formas de actuación tácitamente permitida, en cuanto no están expresamente prohibidas. Si la Constitución nada dijera al respecto, el hombre tendría iguales derechos de libertad, entendidos como una autorización de la propia conducta con el contenido vario que corresponde a las garantías individuales, y la única diferencia apreciable al respecto estaría en la posibilidad legal de suprimirlas, que no existe si son constitucionales, y en la eliminación de la garantía misma, que se da frente al Estado y no frente a cualquier sujeto en general. Las garantías individuales son verdaderos derechos subjetivos, pero porque son relativos y se dan —como tales garantías—, únicamente frente al Estado, y no frente al público o los terceros en general. De dichas garantías hay una fracción, que es la autorización a la propia conducta, sin relación ninguna con el Estado, fracción que es una simple facultad; y hay otra, que es la garantía propiamente tal frente a este último, que es un derecho subjetivo y que consiste en

la posibilidad de recibir y disfrutar de la abstención del Estado frente a un cierto tipo definido de conducta propia, salvo las intervenciones autoritarias permitidas por la misma Constitución.

La naturaleza de derechos relativos, dentro de una verdadera relación jurídica con el Estado, se patentiza indudablemente en los derechos políticos y en los derechos cívicos. Son los primeros las posibilidades conferidas por la norma (constitucional en Costa Rica) para participar en el desempeño de las funciones públicas de índole política (con el significado de gestión unitaria de los fines estatales, que la doctrina atribuye al término), sea directamente, sea mediante la elección de quienes habrán de desempeñarlas. Se trata obviamente de un derecho frente al Estado y nada más frente al Estado, que sólo éste puede violar, alterando el proceso electoral o la estabilidad de los nombramientos hechos. Los derechos políticos son un típico derecho relativo, correspondiente a una obligación del Estado de respetar y, a la vez, de garantizar el proceso electoral.

Llámanse derechos cívicos los que tienen los súbditos a los servicios del Estado. Su nota principal es la de estar condicionados a la voluntad de éste, que puede suprimirlos en cualquier momento, suprimiendo el servicio mismo y su organización, y, además, el que frecuentemente nacen de un acto discrecional, llamado de admisión al goce del servicio. Una vez éste abierto al público, los jerarcas están obligados a observar la igualdad en el trabajo del usuario y a usar de la discrecionalidad en la admisión en forma igual para casos iguales. Obtenida la admisión, es indudable que nace un derecho de crédito o personal a una prestación del Estado, que se reduce, según lo antes dicho, a la posibilidad de recibir y de disfrutar la prestación del servicio.

4.—La Potestad.

Se explicó que las cualidades y las relaciones de hecho son las relaciones de conformidad entre el hecho jurídico y la norma que lo prevé. El hecho jurídico es la realización de la hipótesis o supuesto de derecho; y las cualidades y relaciones de hecho consisten en la relación de conformidad del hecho con el supuesto jurídico. Cuando el hecho realizado coincide con la hipótesis normativa, el mismo tiene la cualidad de ser (dentro del mundo del de-

recho) que la norma le atribuye para producir determinadas consecuencias jurídicas. En razón de esta función de medio para producir las consecuencias o efectos de derecho, las cualidades y relaciones de hecho se llaman situaciones objetivas o instrumentales. Objetivas porque no se refieren a la conducta de un sujeto sino a las condiciones antecedentes para que ésta pueda darse de conformidad con el derecho; e instrumentales porque sirven para un fin ulterior y no son por sí mismas modos de regulación de la conducta humana.

Frente a las situaciones objetivas o instrumentales, se hallan las facultades y los derechos, y sus correlatos, los deberes y las obligaciones, que se pueden denominar situaciones subjetivas y materiales. Subjetivas porque tienen por objeto una conducta, y materiales porque indican cómo debe ser ésta dentro de una situación o relación jurídica concretas. No sirven para hacer posible la regulación, sino que son la regulación misma, aquello que jurídicamente indica lo autorizado y lo prohibido en el caso.

Se da entre ambas situaciones, una tercera forma de regulación jurídica, que es la potestad. La potestad puede definirse como la posibilidad para realizar actos jurídicos, productores de efectos de derecho. Es una situación híbrida porque es instrumental, en cuanto es medio para el nacimiento de derechos y obligaciones; y porque es material, en cuanto es un modo de regulación que directamente autoriza como lícita la conducta humana.

Lo esencial de la potestad es su carácter indeterminado, por razón del objeto o del sujeto pasivo contrapuesto. La posibilidad de realizar actos jurídicos es una potestad cuando se da frente a una serie indeterminada de cosas, o frente a una serie indeterminada de sujetos desconocidos. Desde este punto de vista, es el equivalente a la facultad; pero a diferencia de ésta tiene por objeto una conducta jurídica, capaz de producir derechos y obligaciones. Así, es una potestad la de contratar, porque puede ejercerse sobre toda clase de bienes, salvo si están fuera del comercio, y frente a toda clase de personas, salvo si hay impedimento legal que lo prohíba específicamente en relación con algunas. No se determina en estos casos sobre qué cosa ni ante qué personas puede contratarse, sino exclusivamente cuáles personas o cosas no pueden entrar en el contrato proyectado. Y la única determinación posible de estos

elementos es la que hace el contrato mismo, en el momento en que la potestad correspondiente se ejerce. Puede afirmarse, por ello, que la potestad es la posibilidad de realizar actos jurídicos cuyo objeto y sujeto pasivo sólo son determinables en el momento mismo de esa realización.

Exactamente como la facultad es el marco esencial de la libertad humana, así la potestad es el marco de la capacidad jurídica de actuar. Puede decirse que si la facultad es el medio para el movimiento o la acción jurídicamente irrelevante, la potestad lo es para la acción jurídicamente relevante, y con efecto de creación, modificación, extinción o consolidación de derechos y obligaciones. La potestad es la autorización para realizar actos jurídicos que integra la capacidad de ejercicio, que bien podría definirse como la suma de las potestades de un individuo. Más correctamente, y supuesto que la capacidad es una situación instrumental y objetiva, cualidad de un sujeto que sirve de soporte a una serie de posibilidades o prohibiciones de acción, puede decirse que la potestad es la posibilidad de acción jurídica que nace de la capacidad de ejercicio, considerada como el hecho jurídico de cuya realización o existencia aquélla depende.

En razón de su función misma, la potestad autoriza actos jurídicos que van destinados a sujetos diversos del titular. Cuando esos efectos se producen unilateralmente y en un sujeto distinto del titular de la potestad, ésta se llama de imperio y es monopolio del Estado. Las principales potestades de imperio son las llamadas funciones públicas: de legislar, administrar y juzgar.

Los elementos de la potestad pueden estar más o menos determinados, pero es únicamente esencial que no lo estén ni el objeto posible ni el sujeto pasivo contrapuesto. Si lo están, el derecho subjetivo se sustituye a la potestad. No es potestado sino derecho, según ello, la posibilidad de testar, porque se refiere a un grupo determinado de bienes, representado por el patrimonio del testador; ni tampoco lo es la posibilidad de testar, porque se refiere a un bien único, que es precisamente su objeto infungible. Parejamente, es derecho y no potestad la del padre sobre el hijo, porque sólo puede darse en sus mutuas relaciones, así como la de la Asamblea General sobre la Junta Directiva o sobre los socios de la entidad colectiva, por igual razón. Para que haya potestad, se requiere, o bien

que el sujeto sea indeterminable, o bien que sólo pueda ser determinado al momento de ejercicio de la potestad, no antes.

Según ello, la potestad —como la facultad—, se da fuera de toda relación jurídica concreta. Frente a la potestad, como autorización de una conducta propia jurídicamente relevante, no hay un obligado, salvo “el público” en general, sometido al deber de respetar esa conducta autorizada, que se traduce en la omisión de todo acto impediendo. El titular de la potestad tiene la posibilidad de realizar actos jurídicos ante un número indeterminado de sujetos, que nada pueden hacer ni para que la ejerza ni para que no la ejerza, fundándose en la existencia misma de la potestad. Si están obligados a no impedirlo, es en virtud del apuntado deber genérico y universal de respeto (*naeminem non laedere*), que se da lo mismo frente a la potestad que frente a la facultad, al derecho subjetivo e incluso al cumplimiento de la obligación ajena. Esta compatibilidad con toda clase de situaciones subjetivas, revela que el deber genérico de abstención no está coordinado a ninguna de las mismas, y que no corresponde a ninguna relación jurídica especial con ellas.

Se ha afirmado que a la potestad hace frente la sujeción, que sería la situación subjetiva del que está obligado a soportar las consecuencias que nazcan de su ejercicio, es decir de los actos jurídicos que la misma autoriza. Tal obligación es inexistente, porque es superflua. Una vez realizado el acto jurídico, el sujeto destinatario del mismo está obligado a respetar y soportar esas consecuencias en virtud del acto mismo y no de la potestad, que es lógicamente anterior. Si el acto se realiza y la potestad no existe, se da un caso de incompetencia que priva a aquél de obligatoriedad definitiva y permite anularlo y liberarse de sus consecuencias. Pero esto sólo significa que la existencia de la potestad es un antecedente o fundamento de la validez y la obligatoriedad del acto como cualidades objetivas de éste, que son la causa verdadera e inmediata del efecto; pero no, en modo alguno, que esa causa sea la potestad y no el acto mismo. El obligado por el acto de ejercicio de la potestad no guarda situación jurídica alguna frente al titular de ésta, porque a nada está obligado frente al mismo. Si, como se admitió, le está vedado impedir dicho ejercicio (rebelarse contra la autoridad, evitar la publicación de los acuerdos oficiales, etc.) ello es en virtud de un deber general de respeto, que también existe a su cargo frente

al deudor que quiere pagar y cumplir su deuda, lo mismo que frente al acreedor que quiere disfrutar del pago hecho.

Las características de la potestad son en síntesis:

- a) Es una situación jurídica activa, que permite realizar actos jurídicos.
- b) Es una situación que autoriza la interferencia en la esfera jurídica ajena, eventualmente con efectos desfavorables para ésta.
- c) Está siempre regulada y prevista por el orden jurídico, y en el caso de las potestades en mano pública, limitada por los principios de regulación mínima, de tipicidad, de articulación, de reserva de ley, y en general, de legalidad;
- d) Es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, porque ello significaría disminuir la capacidad o fuente mínima y elemental de acción jurídica del sujeto titular. En los entes públicos no es susceptible de delegación ni avocación por el superior, salvo disposición de la ley que así lo permita; y cuando ello es permitido, la autoridad titular de la potestad la conserva, excepto para el negocio concreto respecto del cual la delegación o la avocación han tenido lugar. Las leyes pueden autorizar una renuncia o dispensa, en cuanto permiten al órgano no ejercer su potestad en un caso concreto, pero nunca una extinción de la potestad misma para todos los casos futuros, equivalente a una disminución de la capacidad jurídica. En virtud de las anteriores razones, la potestad tampoco es transmisible ni prescriptible.

5.—El Deber.

El deber es una necesidad jurídica de actuar, quiere decirse, la prohibición de una conducta, acción u omisión. Va siempre acompañado de la posibilidad de realizar la conducta opuesta a la prohibición, que es el objeto del así llamado derecho del obligado al cumplimiento del deber.

Este concepto genérico puede descomponerse en dos especies: el deber (a secas) y la obligación. La obligación quedó

ya definida como la prohibición que hace posible a otro —llamado acreedor—, el recibir y disfrutar de una conducta autorizada del mismo sujeto destinatario de la prohibición. O bien, como el deber que se da dentro de una concreta relación jurídica, cuyo objeto es la conducta opuesta a aquélla destinada a ser recibida por otro sujeto, o a hacer posible que otro sujeto desenvuelva su propia conducta.

El deber en estricto sentido es, en cambio, la prohibición de una conducta que no se da dentro de una relación jurídica y que no está coordinada a la conducta de otro sujeto distinto del destinatario de la prohibición misma. Ya se dijo, sin embargo, que para efectos prácticos reputaremos como deber todo derecho de ejercicio obligatorio, considerando que aquél existe siempre que un sujeto está autorizado a hacer algo, fuera de toda relación jurídica concreta con otro sujeto. ¿Cómo es esto posible?

Varias hipótesis pueden darse, a saber:

1.—Ya se advirtió, en primer lugar, que el deber típico es el de respeto a la conducta ajena autorizada. Es cierto que, por virtud del mismo, hay otro sujeto que puede actuar libremente, pero la relación es tan tenue en este caso que resulta válido afirmar que dicha libertad puede ser impedida si aquel deber de respeto se incumple, pero no que sea posible por el cumplimiento de éste. La libertad de cada uno, las actividades materiales o jurídicas que desarrolla, son posibles porque el derecho las autoriza sin considerar relaciones particulares del sujeto autorizado con otros, aunque éstos puedan impedir esa posibilidad jurídica con una indebida interferencia. El deber de respeto, así entendido, es una condición negativa y por abstención de las facultades y potestades propias, nunca un correlato jurídico nacido y destinado para facilitar su ejercicio.

2.—Pero, es cierto, además, que hay deberes de varios tipos, según los intereses que tratan de realizar. Estos intereses pueden ser de un individuo o de un grupo; y, finalmente, pueden ser intereses abstractos que no corresponden a nadie en concreto, meras finalidades perseguidas por la ley más allá de cualquier fin psicológico individual. En este último caso, la ley puede imponer el deber de lograrlas, pero queda imposibilitada para crear el derecho correlativo de exigir la conducta correspondiente, porque no hay in-

dividuo alguno que pueda titular el interés que amerita o justifica el conferimiento de esa posibilidad.

Con esto no se acepta la doctrina del derecho como interés, sino que se afirma que hay intereses a los que no corresponde ningún derecho, porque está exclusivamente protegidos por un deber. Es cierto que ni uno ni otro son intereses, pero es también cierto que ambos se dan para un fin y que éste es siempre un interés de alguien. Cuando el interés es de la sociedad y no de un sujeto determinado, la protección puede consistir en la imposición de un deber de realizarlo, con prescindencia de todo derecho correlativo.

Esta segunda hipótesis puede darse, a su vez, en varios casos:

2-a.—Cuando se impone al Estado una obligación en beneficio de toda la colectividad, sin que la misma se refiera a una conducta divisible en favor de un sujeto o grupo determinado de sujetos; así, un transitorio de nuestra Constitución Política impone a la Asamblea la obligación de traspasar al Poder Judicial la totalidad de las funciones de justicia en manos de autoridades administrativas, mediante la creación de los tribunales correspondientes. Este vínculo se halla establecido en beneficio de toda la colectividad y no hay particular alguno que pueda pretender o exigir de la Asamblea la eliminación de todas las Jefaturas Políticas y la creación de las Agencias Judiciales de Policía, necesarias para juzgar las faltas que ahora son de conocimiento de aquéllas. Igualmente, cuando nuestras autoridades juran el cumplimiento de la Constitución y las leyes, no hay derecho alguno a la legalidad, contrapuesto al deber jurado, mientras la violación del mismo no acarree la de un derecho distinto del particular en contacto con el funcionario. Pero, en esta última hipótesis, lo que se haría valer sería el derecho violado por la ilegalidad cometida, no el derecho a la legalidad pública, que como tal no existe.

2-b.—Cuando el Código Penal sanciona delitos y crea el deber de no cometerlos, sin crear en nadie el derecho a exigirlos. Es cierto que el Estado puede sancionar la comisión de delitos y que, en tal sentido, hay una potestad punitiva contrapuesta a la infracción del deber referido, pero tampoco en este caso puede hablarse de un derecho del Estado a la no comisión de delitos. Es decisiva al respecto la observación de que la potestad de penar nace cuando

el deber ha sido infringido y que no puede, por ello, considerarse como un correlato del deber mismo, que es lógicamente anterior. La única explicación del fenómeno radica en concebir que el llamado derecho de penar es una potestad y no un derecho, en el sentido técnico preciso ya empleado; y que el deber de no cometer delitos no corresponde a ningún derecho contrapuesto.

2-c.—Cuando el derecho administrativo crea deberes a los que sólo se enfrentan intereses de los particulares, sin facultad alguna para exigir su cumplimiento. Es éste el aspecto más interesante del análisis del deber.

6.—El Interés Legítimo.

a) Las notas contrastantes del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo consiste en una autorización de la conducta propia para satisfacer una necesidad vital. Lo esencial del derecho subjetivo o, al menos, lo más digno de connotarse para su definición frente al interés es esta su característica de situación jurídica activa, en virtud de la cual el sujeto es capaz, desarrollando su propia conducta (que pueda consistir en la pretensión, recibo y disfrute de la conducta ajena en el caso de los derechos relativos), de hallar un bien útil para satisfacer directamente sus necesidades. El derecho subjetivo es el medio de poner en contacto al sujeto con aquellos que pueden llamarse bienes de la vida económica o espiritual, canalizando jurídicamente su esencial libertad filosófica. Ese bien o instrumento de satisfacción puede ser también jurídico, como ocurre con los actos administrativos que representan una cierta utilidad económicamente valuable, como las certificaciones y asientos de un registro, las licencias y concesiones para el ejercicio de una actividad empresarial, las subvenciones, etc. En esta hipótesis, hay un derecho subjetivo frente a una potestad de la Administración totalmente reglada o vinculada, y una vez reunidos ciertos requisitos legales por el particular que reclama un acto favorable a él, la Administración está obligada, entonces, a dar lo pedido, autorizando la apertura del establecimiento industrial, concediendo la explotación de una mina, inscribiendo el instrumento notarial constitutivo del derecho de propiedad o de la empresa social, etc. Lo esencial en el derecho subjetivo está en que, a partir de la conducta propia, el sujeto puede lograr un bien o utilidad sustanciales, colo-

cando a los demás sujetos en la necesidad jurídica (no real ni efectiva, sino meramente normativa) de respetar esa conducta (caso de los derechos reales) o de procurarle el bien (caso de los derechos de crédito). Jurídicamente, si hay derecho subjetivo, no hay incertidumbre ni eventualidad en la satisfacción del interés, pues o bien basta la conducta propia o hay garantía de obtener la conducta ajena necesaria, garantía consistente en la necesidad legal que tiene otro sujeto (llamado deudor) de realizar dicha conducta por petición, pretensión o exigencia del derecho habiente. La potestad de obtener y disfrutar exclusivamente de un bien jurídico, sea mediante acción propia, sea mediante pretensión de la conducta ajena, es la esencia del derecho subjetivo clásico. Lo esencial es que cuando hay derecho subjetivo hay la garantía jurídica del disfrute de una utilidad sustancial en la vida de relación.

b) La estructura del interés legítimo.

Desde que el derecho subjetivo tiene por objeto una utilidad sustancial (espiritual o económicamente evaluable), el mismo puede referirse tanto a comportamientos como a actos jurídicos, a actividades técnicas (como la prestación de un servicio), como a actos administrativos o negociales iguales o similares a los antes enumerados.

Una característica reveladora del interés legítimo es que el mismo se da siempre frente a potestades y actos jurídicos, nunca frente a facultades y comportamientos materiales (intelectuales o no). La razón que lo explica atañe a la esencia del interés, pues el mismo no es otra cosa que una expectativa de obtener o conservar una utilidad sustancial de la vida a través del ejercicio legítimo de potestades que corresponden a un sujeto distinto del interesado, en nuestro caso de potestades de la Administración Pública. El ordenamiento no garantiza al interesado la conducta apta para satisfacer su interés legítimo en ningún caso, sino que hace depender esa satisfacción de los actos jurídicos de otro sujeto en ejercicio de sus potestades, lo cual conlleva la idea de que ese ejercicio es libre o, en el caso de la Administración Pública, discrecional. El interesado no puede exigir la conducta que satisfaga su interés, en cuya hipótesis tendría un verdadero derecho subjetivo, sino a lo sumo la legalidad de la conducta administrativa y, consiguientemente, la anulación de los actos ilegítimos que hacen imposible esa satisfacción,

para restablecer con la legitimidad aquella expectativa o eventualidad en que el interés consiste. Puede ocurrir, de este modo, que una vez anulado el acto ilegal se dé un nuevo acto desfavorable al interesado, en entera conformidad con la ley, justamente porque no hay ninguna necesaria correlación entre la satisfacción del interés legítimo y la conducta administrativa discrecional de ejercicio de la potestad. La legalidad puede permitir normalmente tanto el acto favorable como el desfavorable al interesado y de esa alternativa nace la expectativa o eventualidad que es sustancia del interés.

Lo dicho significa que cuando la potestad discrecional se ejerce y se dicta el acto, el interés legítimo desaparece, sea porque se satisface con los derechos subjetivos que el acto esperado produce en favor del interesado, sea porque se frustra por haberse denegado el acto o haberse dictado el mismo en favor de otro, contra el interesado.

En este último caso el único medio de revivir el interés, en cuanto eventualidad o expectativa, es anular el acto desfavorable, volviendo las cosas al estado anterior al acto anulado. De aquí que la acción de anulación para pedir la declaración de ilegalidad del acto lesivo y lograr su eliminación, sea inherente a todo interés legítimo, pues sin ella éste carecería de toda defensa.

Hay entera independencia entre el interés legítimo y dicha potestad de acción, en cuanto, según lo dicho, el interés es necesariamente anterior al acto lesivo y queda suprimido por éste, mientras que la potestad para pedir la anulación es necesariamente posterior y nace con el acto. Si la acción triunfa, logrando la anulación pedida, el interés renace.

El interés es legítimo incluso cuando fracasa la acción de anulación que intenta protegerlo y se confirma el acto lesivo, pues dada esa lógica precedencia antes apuntada, el interés se da por el mero hecho de la existencia de una potestad discrecional y de la alternativa que conlleva, no frente al acto administrativo que, al elegir, elimina esa alternativa. Pero es verdad, por otra parte, que el interés legítimo suprimido o lesionado sólo puede recobrar su existencia si es ilegal el acto contrario, sea por violación de la ley, sea por violación de los límites a la discrecionalidad administrativa. El interés lesionado sólo puede reestablecerse cuando triunfa

la demanda de anulación. La legalidad frente al acto lesivo juega como un medio de restauración del interés, no como su causa u origen.

El interés legítimo no puede definirse, entonces, como una pretensión a la legalidad de la conducta o del acto administrativos, como lo sostiene la mayoría de los autores. Esa pretensión, expresada en la acción de anulación y, eventualmente, en la anulación misma, es un medio al servicio del interés, para lograr su restauración, no es el interés mismo. El interés en la legalidad administrativa es una consecuencia de la lesión del interés legítimo y está sujeto a requisitos de existencia propios del derecho procesal e independientes del administrativo, que se examinarán casi de inmediato. Cuando no es posible ya el interés legítimo preexistente, se sustituye por el interés en la legalidad, con el fin de restaurar aquél. El interés legítimo como tal es anterior e independiente y tiene por objeto una utilidad sustancial de la vida (una cosa, un servicio, una situación económica o espiritualmente evaluable) y no la legalidad que, como tal, es incapaz para prestar esa utilidad. El objeto del interés legítimo es el mismo que el del derecho subjetivo, con la diferencia de que en éste el ordenamiento garantiza la obtención y disfrute de ese objeto, haciéndolos depender de la conducta propia del derecho habiente, en tanto que en el interés legítimo no da esa garantía, haciendo depender el logro de la utilidad sustancial del ejercicio de la potestad de la Administración, eventualmente contrario al interés.

De todo lo cual se puede concluir en que la conexión esencial entre legalidad e interés legítimo, esencial porque radica en la estructura de éste, es doble: consiste en primer término en que un ingrediente necesario de un interés legítimo es la existencia de una ley que confiera una potestad administrativa discrecional, frente a la cual el interés se dé; y, en segundo término, en que la restauración del interés legítimo sólo es posible a través de la aplicación de normas jurídicas que limitan el ejercicio de esa potestad discrecional.

Cuando el fundamento y medio de restauración del interés está en la violación del ordenamiento o en la aplicación de normas no jurídicas, como las reglas de oportunidad, que no sólo limitan sino que determinan y orientan lo discrecional, el interés, aunque

existente psicológica u objetivamente, no es jurídico ni legítimo, sino ilegítimo o de hecho.

De donde puede concluirse, con plena conciencia de la paradoja, en que si bien una parte importante del fundamento u origen del interés legítimo es la norma que confiere una potestad discrecional, al punto de que si esta fuera totalmente reglada surgiría en su lugar el derecho subjetivo, así también la restauración del mismo interés legítimo es posible únicamente por la existencia de normas que crean otros aspectos reglados de esa misma potestad, eliminando la discrecionalidad a su respecto.

El enfoque erróneo de considerar el interés legítimo como una mera pretensión formal a la legalidad administrativa ha conducido a muchos a la conclusión de que el correlato jurídico del interés legítimo es el deber de cumplir la ley que regula y limita el ejercicio de las potestades discrecionales. Se trata de un error, porque el verdadero correlato es, como se dijo, la potestad discrecional misma, dado que el objeto del interés es el bien jurídico que el ejercicio de ésta puede eventualmente conceder, no la legalidad de ese ejercicio, que por sí carece de valor sustancial. La legalidad administrativa, se dijo, es garantía de restauración del interés lesionado, no causa ni objeto de su existencia.

c) La teoría del interés ocasional o reflejamente protegido. Su utilidad.

Lo dicho revela, sin embargo, la importancia capital que tiene la legalidad administrativa como instrumento al servicio de la conservación del interés legítimo. Conviene mencionar al respecto la llamada doctrina del interés ocasionalmente protegido, que extrae de ese hecho la consecuencia inadmisibles de que el interés es producto de una forma especial de relación entre la ley y sus fines.

Es principio general del derecho administrativo el que no hay potestades absolutas porque todo conferimiento de las mismas debe contener una regulación mínima de los elementos del acto que habrá de nacer de su ejercicio, normalmente sujeto, fin y contenido (y excepcional y alternativamente, respecto del contenido, el motivo). Todo acto discrecional tiene, además, límites implícitos de razonabilidad que condicionan su validez, aunque no sean escritos, y hay generalmente normas jurídicas que regulan el procedimiento

y forma del acto, es decir: la concreción de la potestad en conducta a través de un canal jurídicamente establecido. Dichas normas pueden llamarse de acción, como contrapuestas a las de relación, según terminología de un ilustre autor italiano (Enrico Guicciardi), que ha terminado por incorporarse a la jurisprudencia de su país, el que más ha afinado la noción y función del interés legítimo. Según esta doctrina (que es el resultado de una larga evolución científica originada en Oreste Rannelletti y el germen de otra no menos rica veta de doctrinas sobre la justicia administrativa) la característica fundamental de la norma de acción está en que se encamina a garantizar la realización más eficiente posible de los fines de la Administración, en tutela de los intereses públicos que esta última persigue, para lo cual impone deberes en función de esos intereses, que no corresponden a ningún individuo en particular. Dichos deberes, consecuentemente, no son exigibles por ningún sujeto en su exclusivo y personal beneficio, sino por órganos superiores o controladores de la Administración Pública. El beneficiario es la comunidad o los grupos, nunca sujetos individualizables y determinables. Ello no obstante, éstos pueden encontrarse en una situación de hecho tal, respecto del cumplimiento de esos deberes públicos, que su interés en el cumplimiento deviene distinto del que puede tener el resto de la comunidad.

El cumplimiento de esos deberes beneficia en forma particular a los sujetos en tal situación, como consecuencia de la realización de un fin público. Si bien la satisfacción del interés privado no está garantizada por la ley en estos casos, pues la misma sólo mira a la del interés público, aquél otro resulta siempre indirecta, ocasional o reflejamente protegido, como consecuencia de la protección directa y primaria brindada a éste último. El interés privado ocasional o reflejamente protegido es, entonces, un interés legítimo. Esta doctrina suele distinguir a tal efecto dos tipos de intereses, a saber:

i) El interés genérico o *uti universi*: Es el interés cuya satisfacción no es divisible frente al beneficiario o cuya satisfacción sólo es posible en relación con un grupo de gran envergadura: el interés de todos y cada uno en el mantenimiento de las calles, del alumbrado público, en la construcción de obras necesarias (como la planta física de nuestro sistema penal, de la Facultad de Derecho, etc.), en la promulgación de leyes con cierto interés social, etc.

Estos son intereses de hecho, no legítimos, y a los mismos se equipara el que tiene el ciudadano en la eficiente y buena administración pública, en la aplicación correcta de las reglas de oportunidad administrativa, etc.

ii) El interés legítimo: es el que nace de una situación o posición peculiar y personal del administrado frente a la ley que regula las potestades y procedimientos de la Administración: es el caso del participante en una licitación para la construcción de una obra; o el del propietario fronterizo a la obra en construcción o construida; o el del mismo propietario que quiere construir y necesita una licencia, etc., hipótesis todas en que de la aplicación de la ley administrativa puede nacer una situación jurídica individual del administrado, favorable o desfavorable, como repercusión de la tutela del interés público.

Para unos autores el interés así concebido es también de hecho o no legítimo, como situación subjetiva de naturaleza no sustancial (Guicciardi); para otros es el típico interés sustancial, cuya pareja procesal, el interés en demandar o recurrir, es mero reflejo del mismo.

La crítica de esta doctrina se ha hecho ya en este curso, por lo que conviene agregar simplemente que la misma resulta inútil, pues su definición del interés legítimo como el que es refleja u ocasionalmente protegido impide su distinción teórica y práctica de cualquier otro tipo de interés (incluso del que es *uti universi*), dado que el argumento puede proyectarse al infinito, afirmando que toda ley puede resultar indirectamente protectora de cualesquiera intereses, según la situación de hecho en que se encuentren las gentes frente a su aplicación: así como es posible afirmar, a la inversa, que esa misma situación de hecho, y no la naturaleza de la ley ni menos la del interés protegido en sí consideradas, puede impedir que haya interesados en la aplicación de aquella. Todo esto es posible sintetizarlo afirmando que con decir que un interés es legítimo a condición de que sea indirecta u ocasionalmente protegido por la ley, nada se dice que permita identificarlo, mientras simultáneamente no se indique en qué grado y cómo ha de darse esa indirecta protección, que de lo contrario puede predicarse de cualquier ley y de cualquier interés.

De esta doctrina nace, sin embargo, un enfoque válido del interés, en cuanto permite advertir que el mismo se da normalmente cuando se trata de dirimir un conflicto de competencia económica entre dos sujetos. En esta hipótesis el competidor es el destinatario del acto administrativo y el interesado es un tercero respecto del mismo, quien, sin embargo, guarda una posición de conflicto con los intereses del otro y por ahí un vínculo indirecto con el acto. En esta situación la existencia del derecho subjetivo en favor del interesado resulta imposible, pues la conducta de la Administración que podría servirle de objeto va dirigida a otro sujeto, de modo que el interesado nunca podría tener garantizada una utilidad sustancial como resultado del acto administrativo que pretende servir a ese otro y no a él. En esta hipótesis puede aceptarse la doctrina en examen, porque la misma contiene una indicación precisa de sus elementos que permite saber con exactitud cuándo hay y no hay interés legítimo: lo hay cuando el interesado compite con un tercer destinatario de un acto administrativo que favorece su posición en la competencia, debilitando simultáneamente la de aquel.

Lo dicho valdría incluso cuando la potestad ejercida fuera reglada y obligatorio el acto, pues aunque el interesado pudiera exigir no sólo la anulación del favor hecho al competidor sino también la emisión del acto debido que la perjudicara, ello fortalecería la posición del interesado en la competencia, pero no le garantizaría la disponibilidad de una cosa, de un servicio o de una empresa de ese competidor ni de la Administración, únicos bienes que en el caso podrían reputarse utilidades sustanciales susceptibles de formar el objeto de un derecho subjetivo.

La anterior conclusión no es incontrovertible y hay autores (Ascarelli, Asquini y Ferri) que estiman como verdadero derecho subjetivo la posibilidad de inhibir o impedir la competencia desleal, una de cuyas formas es justamente la obtención ilegal de beneficios y actos administrativos necesarios para el giro de la empresa, lo que también conlleva su lógica. Es un hecho, en efecto, que la posición del competidor es por sí una utilidad sustancial en el mundo de los negocios, mensurable a través de ganancias y pérdidas. Conservar o mejorar esa posición competitiva es un bien económicamente útil en sí considerado. Pese a ello, la doctrina tiende a reputar como meros intereses legítimos los beneficios del interesado como competidor en el mercado por la complejidad de

los factores que los determinan, irreducibles a un simple acto administrativo. Puede afirmarse que, incluso en los casos en que el ejercicio de potestades —regladas o no— haya causado daño al interesado, como repercusión del beneficio atribuido a su competidor, tal resultado proviene, en último término, del ejercicio empresarial de éste último, que es libre, y no del acto administrativo habilitante. El punto es polémico en el mejor de los casos, pues a la última observación cabría replicar que objeto de un derecho subjetivo puede ser todo acto favorable y exigible de la Administración, aún si el beneficiario no llega a ejercer los derechos que produce y con entera independencia del provecho real, y no meramente jurídico, que pueda extraer de ese acto.

Podemos resumir la doctrina de los intereses ocasionalmente protegidos concluyendo en que la opinión dominante —con cierto rezago de la jurisprudencia— rechaza como inútil e imprecisa la parte de aquella que atañe a los actos de la Administración dirigidos al interesado, mientras que, a la inversa, acepta su enfoque en relación con los actos destinados al competidor, en cuanto los mismos y sus consecuencias sólo pueden ser objeto de derecho subjetivo para éste último, no para el interesado que siempre es un mero tercero frente a dichos actos y beneficiario o perjudicado por sus resultados sólo en forma indirecta.

Se examinará de inmediato este último tipo de interés ocasionalmente protegido, así como el problema tocante a la resarcibilidad de los intereses legítimos, para retomar ahí la polémica sobre el carácter que tienen aquellos que se dan en las relaciones de competencia en el mercado.

d) **Las situaciones legitimantes. La clasificación de los intereses legítimos.**

La competencia económica puede ser, como se ha visto, el punto de origen y de atribución de un interés legítimo. Todo interés legítimo deriva de una situación de hecho en la que se encuentra su titular, la cual al connotar y diferenciar la posición de éste frente al acto administrativo, otorga a esa situación un carácter subjetivo. A este efecto una situación jurídica cuenta también como un hecho, en el sentido de que funciona como fuente del interés, no como objeto de éste. Así, el propietario tiene interés

legítimo en conservar su propiedad frente a la potestad expropiatoria del Estado, en razón de su carácter de titular del derecho correspondiente, el cual es el origen de su posición diferenciada frente a la Administración; ese interés es de él y no de otro porque es él —y no otro— el titular del derecho de propiedad afectado. De este modo, la naturaleza jurídica de una situación no impide sino que más bien define la titularidad y naturaleza del interés legítimo, en cuanto ayuda a precisar mejor la relevancia jurídica del antecedente de dicho interés y la función que éste tiene. Llámase situación legitimante la situación jurídica o de hecho en que ha de encontrarse un sujeto para reputarse interesado en el ejercicio de las potestades de la Administración.

Existen varios tipos de esas situaciones.

La doctrina y jurisprudencia francesas han construido categorías varias, según la naturaleza del acto administrativo frente al cual se da el interés. Esas categorías son abstractas e iguales para un cierto tipo de actos y constituyen lo que en Francia suele llamarse “los círculos de interesados”. Su definición mejor la dio el comisario de gobierno Mosset cuando dijo:

“La aceptación de un interés que justifique el recurso de anulación (de un acto) está sujeta a una doble condición. Se requiere que el acto atacado lesione material o moralmente al recurrente, que tenga consecuencias perjudiciales para él en uno o en otro plan. Pero es necesario también que dichas consecuencias toquen al interesado en cuanto dueño de una cierta calidad, en un concepto específico, en tanto aquel pertenece a una categoría definida y limitada”.

Según este concepto, es esa calidad, título o situación calificada, la que determina la pertenencia del interesado (recurrente) a un grupo definido y limitado, lo que origina el interés legítimo o, mejor dicho, la calidad de titular de un interés legítimo. Esa calidad pertenece a tal sujeto con base en una situación individual e intransferible, situación subjetiva de hecho, pero la misma no puede generar el verdadero interés mientras no sea igual a una hipótesis abstracta, propia de una categoría o clase de individuos en determinada posición frente a la Administración, según la estructura y función típicas de cada acto administrativo o de cada clase de

acto administrativo. Así, el destinatario de un acto individual siempre es dueño de un interés frente al mismo, el miembro de una colectividad afectada por un acto plural o colectivo también lo es, y, con mayor detalle, el sujeto que reúne los requisitos para hacer una petición tiene interés en el acto pedido, el miembro de una comunidad territorial limitada (como la municipal) tiene interés frente a los actos que afectan el patrimonio y el nivel impositivo de la entidad, etc.

Según la doctrina francesa el círculo de interesados queda determinado por el acto, que es anterior y no posterior a la existencia del interés. Se trata de una inversión visual que no corresponde a la lógica ni a la naturaleza de las cosas, pues es evidente que el interés —como situación substancial, en cuanto dirigida a la obtención no jurídicamente garantizada de un bien de la vida— sólo puede resultar lesionado si preexiste a la lesión, así como que el interesado después de ésta es la misma persona, con igual posición frente a la Administración, que el interesado antes de la lesión. El error de perspectiva se explica en Francia por la sede contenciosa en que ha nacido la anterior doctrina, dentro de la cual es natural que juegue papel determinante el acto impugnado, como causa inmediata del interés en impugnar. Se verá de seguido, ello no obstante, que tal interés en la impugnación es distinto y no coincidente con el interés legítimo, pues éste es anterior al juicio contencioso. La cita de Mosset apunta claramente a la distinción cuando hace ver que además del círculo de interesados, debe haber una lesión o daño, cuya posibilidad de reparación es justamente el sustento del juicio. Sirve la doctrina francesa de los círculos de interesados para resaltar, por encima de sus errores técnicos, el carácter subjetivo y al tiempo susceptible de clasificación y categorización del interés legítimo como entidad sustancial, consistente en una peculiar forma de relación o de posición del administrado frente a las potestades y a los actos administrativos, determinada por la estructura y función de estos últimos. Los intereses pueden ser clasificados, en efecto, de acuerdo con la naturaleza y clases de los diversos actos administrativos.

La doctrina italiana, afinando el enfoque francés, ha orientado su esfuerzo hacia la búsqueda de la situación lesionada como constitutiva o creativa del interés legítimo, restando acento a la importancia del acto lesivo y a su naturaleza. De este modo ha

procedido a tipificar una serie de situaciones jurídicas y de hecho que generan posiciones diferenciadas del administrativo frente a la Administración y que sirven de causa de creación y atribución del interés legítimo. Dichos tipos de situaciones determinan los diversos tipos de intereses legítimos.

- i) Los intereses ocasionalmente protegidos o del interesado tercero.

Una primera categoría a establecer es, según se explicó, la de los intereses ocasionalmente protegidos por la dirección finalista de la ley, no por la naturaleza de ésta (norma de acción o de relación), sino por el destinatario de los actos que la misma regula. Pues si bien es muy dudoso y controvertible el atribuir un fin determinado a una ley, en cuanto directamente encaminada al interés público e indirectamente al privado, es muy simple, a la inversa, el determinar quién es el destinatario de los actos administrativos que aquella regula. Si ese destinatario es el interesado puede haber derecho subjetivo y habrá que recurrir a otro criterio distintivo; pero si es un tercero frente al interesado, la situación de éste último sólo puede ser de interés legítimo, nunca de derecho subjetivo. Debe reiterarse, sin embargo, que existen doctrinas minoritarias, que con bastante lógica sostienen la existencia de un verdadero derecho subjetivo a la exclusión cuando el competidor (del interesado) sólo puede acceder ilegal y deslealmente al mercado.

La situación legitimante consiste aquí, sobre todo, en un concurso o competencia, que se extiende más allá del mundo económico y alcanza, en general, a toda posición del sujeto que lo coloque en pugna con otro por la obtención de un bien jurídico de disponibilidad limitada. Hay concurrencia, se quiere decir, cuando los medios de satisfacción no alcanzan para todos y sólo uno o algunos pueden obtenerlos, excluyendo a los demás. Es evidente que esto ocurre así ante todo en el mercado de cosas y de servicios, pero puede darse también en punto a bienes de valor meramente cultural o espiritual (como cuando se compite por un premio o título, etc.). Esta hipótesis puede ampliarse hasta admitir la existencia de un interés no sólo cuando hay una situación de concurso (económico o de otro tipo) entre dos sujetos, uno de los cuales es el interesado,

sino también cuando, en general, haya una incompatibilidad de intereses que convierta el bien de uno en el mal de otros, y viceversa. En tal situación nace un interés en que el ejercicio de las potestades públicas no produzca ese bien o ventaja al tercero, competidor destinatario del acto administrativo, el cual sería de otro modo perjudicial al interesado, en forma tal que objeto del interés es que se produzca el acto opuesto y concretamente:

- 1) Que no se le confiera al destinatario del acto un derecho, potestad o facultad.
- 2) Que se le suprima un derecho o se le deniegue su ejercicio;
- 3) Que se le imponga una obligación;
- 4) Que se mantenga una obligación o prohibición.

Si ocurre lo contrario, nace el interés en la anulación del acto lesivo y la acción correspondiente, cuyo éxito dependerá de la legalidad del acto.

- ii) Los intereses del interesado — destinatario (del acto administrativo).

Pueden dividirse en dos grupos importantes, a saber:

- i) Los intereses propiamente tales;
- ii) Los intereses — derecho subjetivos, o conexos con derechos subjetivos.

i) Para una cabal explicación del tema conviene anticipar nociones básicas en la clasificación de los actos y procedimientos administrativos, según la estructura y función que presentan, pues dicha clasificación guarda íntimo vínculo con las categorías de intereses legítimos que se examinan. Puede decirse, en efecto, que los intereses legítimos — derecho subjetivos son los que tienen relación con los actos y procedimientos administrativos de autorización y de imposición. Conviene explicar brevemente el sentido de tales afirmaciones.

El particular puede hallarse frente a la Administración en la triple posición siguiente:

- i) El particular pide un bien que normalmente es de pertenencia y goce exclusivos de la Administración, la cual no está

obligada a darlo, en forma que si lo da, amplía con ello la esfera jurídica y económica de aquél.

ii) El particular pide se le permita desarrollar una actividad que le corresponde normalmente, como parte natural de su vida jurídica y económica, pero que está supeditada en su ejercicio a la coincidencia entre el interés privado que la impulsa y el interés público que puede resultar afectado. La Administración da el permiso y hace posible el cumplimiento de esa actividad, o lo niega y el particular queda inhabilitado para ejercer un derecho propio. Puede decirse que así como en la hipótesis anterior la Administración dispone de intereses propios en beneficio de particulares, quienes en el peor de los casos dejan de ganar un derecho sin perder ninguno, en la hipótesis que ahora comentamos el particular rechazado pierde un derecho que tenía, al no poder ejercerlo.

iii) El particular se ve sujeto a imposiciones de la Administración, que limitan su esfera jurídica, sea suprimiéndole o modificándole derechos, sea imponiéndole obligaciones, conexas con esos derechos o independientes.

Conviene ilustrar con ejemplos las tres posibilidades, advirtiendo que las mismas corresponden por su orden a los procedimientos y actos de concesión, de autorización y de imposición.

Son ejemplos del primer tipo de procedimiento (concesional) las concesiones de ocupación y explotación del dominio público, las exenciones fiscales, las subvenciones, las adjudicaciones, los nombramientos públicos, el otorgamiento de la nacionalidad y de la ciudadanía, etc.

Son ejemplos del segundo tipo de procedimiento (de autorización) los permisos de policía (para portar armas, para celebrar reuniones públicas, para emprender en comercio de licores o de estupefacientes, para importar o exportar, etc.), las aprobaciones y autorizaciones en función de contralor sobre las diversas entidades públicas, el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones, la autorización para abrir y explotar establecimientos privados de enseñanza, la admisión al disfrute de los servicios públicos, etc.

Son ejemplos del tercer tipo de procedimiento (de imposición) los de índole tributaria, las expropiaciones, las medidas de sanidad industrial que imponen obligaciones de hacer o no hacer,

de acondicionar locales en cierta forma, las ocupaciones temporales de bienes, la revocación y anulación de actos declaratorias de derechos, etc.

Puede decirse (Sandulli) que en tanto un procedimiento concesional carece de relación con derechos subjetivos preexistentes, puesto que va dirigido más bien a crearlos, los otros dos últimos procedimientos tienen con ellos tan íntima relación que bien pueden enfocarse como vicisitudes del derecho subjetivo, en sentido exactamente contrapuesto. Mientras el procedimiento y el acto de autorización supone un derecho subjetivo en espera de ejercicio efectivo, pasando de la potencia al acto (*diriti in attesa di espansione*) en virtud de la autorización, el acto de imposición supone un derecho perfecto y en ejercicio, sujeto a eventual terminación o limitación por obra de un acto administrativo (de imposición) que lo suprime o comprime (*diritti affievoliti*). De este modo, el derecho sujeto a autorización puede enfocarse como sometido a una condición suspensiva (de su ejercicio); en tanto que el derecho sujeto a imposición está sometido a una condición resolutoria, sobrevenida la cual queda suprimido o comprimido.

La doctrina italiana, que ha estudiado largamente el tema, suele englobar ambos tipos de derecho subjetivo últimamente descritos en el rubro común del llamado derecho debilitado o condicionado (*diritto affievolito*), sin hacer ulteriores distinciones, salvo inteligentes voces aisladas (Sandulli).

La importancia de la correlación anterior entre derechos subjetivos y actos y procedimientos, radica en que, según la doctrina dominante, los derechos condicionados suponen un interés legítimo como fenómeno colateral o sustitutivo. Es decir, la doctrina italiana acepta que el interés legítimo se da en la hipótesis de los derechos condicionados, sea porque acompaña a éstos, que no dejan de ser derechos subjetivos, sea porque éstos son en tal hipótesis una mera apariencia, cuya íntima realidad es la del interés legítimo.

Derecho debilitado es, entonces, el interés legítimo en la conservación o el ejercicio de un derecho subjetivo, ante las potestades públicas opuestas que pueden suprimir o comprimir el derecho subjetivo o impedir su ejercicio.

Varias teorías intentan explicar la relación entre derecho subjetivo debilitado e interés legítimo. Una teoría sostiene que el

acto administrativo opuesto degrada el derecho subjetivo y lo convierte en mero interés legítimo en la anulación de aquel, sucediéndolo en el tiempo; de este modo el interés legítimo es posterior al acto y naturalmente a la potestad pública correspondiente, y se satisface —como entidad meramente procesal— en la anulación de aquel.

Esta es la doctrina dominante.

Otros autores sostienen que desde el momento en que hay una potestad opuesta, no hay verdadero derecho subjetivo, sino única y exclusivamente interés legítimo, cuyo contenido es la conservación del derecho afectado y, secundaria y accesoriamente, la anulación del acto lesivo. Esta tesis parece desconocer la observación elemental de que no hay derechos absolutos, porque todos están expuestos a limitación o supresión en un ordenamiento moderno y de que, de ser cierta su posición, no existirían derechos subjetivos, que se verían anegados por los intereses legítimos. La más nueva doctrina sustenta la coexistencia del derecho subjetivo con el interés legítimo antes del acto, y la desaparición o limitación de aquél por obra de la fuerza ejecutoria típica de este último. Según otros, hay derecho subjetivo pleno ante los otros administrados y no frente a la Administración, armada con la potestad opuesta, lo que equivale a aceptar la tesis anterior de que la posibilidad de limitación o supresión es incompatible (ante la Administración) con la existencia del derecho subjetivo. Algunos, que parecen llevar razón, afirman la plenitud del derecho condicionado o debilitado como verdadero derecho subjetivo, dado que desde su nacimiento supone una autorización de conducta propia (o ajena) que garantiza el disfrute de un bien de la vida, mientras no lo impida jurídica y realmente el acto lesivo. El interés legítimo en este enfoque se da en relación con el ejercicio discrecional de la potestad opuesta y nace desde que se inicia el procedimiento de autorización o de imposición, de oficio o a instancia de parte, que es cuando la posibilidad de la lesión empieza a cobrar existencia real y no sólo jurídica.

No puede negarse la perplejidad que produce el variado y polémico panorama doctrinal alrededor de los derechos condicionados o debilitados. La reacción contra la existencia del derecho subjetivo como interés legítimo no ha tardado en producirse. (Cannada Bartoli, Cassarino) Para esta corriente doctrinal negativa no existen derechos debilitados o condicionados, que son ver-

daderos derechos y no intereses. Sea cual sea el vicio del acto que ilegalmente viola un derecho anterior, éste sobrevive esa ilegítima invasión y produce la potestad de repelerla mediante una acción que podrá encaminarse eventualmente no sólo a la anulación de aquel, sino, además, al resarcimiento del daño causado. El derecho sigue siendo tal y nunca se convierte en interés legítimo ni coexiste con este, por obra de un acto opuesto. En virtud del principio de libertad jurídica (consagrado en C.R. por los arts. 9 y 28 de nuestra Constitución) el individuo tiene derecho a no sufrir otras intervenciones o limitaciones administrativas que las expresamente autorizadas por ley. En consecuencia, todo acto no autorizado está prohibido y permitida la plena manifestación del derecho de libertad ilegítimamente comprimido. Esta doctrina, cierta en relación con el acto inválido, carece de base frente a la potestad contraria al derecho de libertad, en cuyo ejercicio se dicta el acto legítimo que produce la lesión.

Conforme a este panorama las situaciones legitimantes o causantes del interés legítimo en relación con actos cuyo destinatario es el interesado, son las siguientes:

i) La iniciación —de oficio e instancia de parte— del procedimiento concesional, para otorgar un derecho o liberar de una obligación al interesado, en forma discrecional.

ii) La titularidad del derecho condicionado (debilitado o potencial) unida a la iniciación del procedimiento de autorización o de imposición, de oficio o a instancia de parte, con miras a la eventual supresión o compresión discrecionales de aquel derecho.

E) Deslinde de figuras procesales afines. El interés legítimo, el interés en el fallo y el interés en la demanda — Régimen Procesal Positivo.

i) El interés sustancial.

El interés legítimo es procesalmente la situación jurídica sustancial cuya existencia es presupuesto del derecho a obtener sentencia, en el juicio de anulación de un acto. El éxito de la demanda depende de la unión de dos circunstancias, que son la titularidad del interés y la invalidez del acto impugnado, sin la cual última la sentencia tiene que ser confirmatoria y rechazada la demanda. El interés juega, en todo caso, como presupuesto de la

sentencia, en cuanto el pronunciamiento sobre la validez del acto impugnado no es posible y está más bien prohibido cuando el interés legítimo falta en el actor, por no tener ninguno o por pertenecer a otro. Ese interés debe existir, en consecuencia, al momento de entablarse el juicio (interposición de la demanda) y al momento de dictarse el fallo, sin soluciones de continuidad. Su ausencia es causa de rechazo de la demanda.

No es muy claro el régimen procesal del interés legítimo sustancial en nuestro ordenamiento. Según el art. 59. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Nº 3667 de 12 de marzo de 1966) el juez puede dictar sentencias de inadmisión, y según el art. 60 inciso b) *ibídem*, una de las causas que puede justificarlas es el hecho de que la demanda se hubiere interpuesto por persona no legitimada. La ausencia de legitimación, en consecuencia, no impide la sentencia sino que provoca un tipo especial de la misma, llamada sentencia de inadmisión, cuya característica distintiva está en resolver sobre cuestiones formales que ponen en cuestión la validez del proceso, sin entrar a decidir el fondo del asunto planteado. Se trata de decisión que con otra terminología podría calificarse como auto definitivo, en cuyo caso pone fin al juicio con carácter de cosa juzgada, sin resolver sobre el mérito. La decisión declarando rechazada la demanda por ausencia de legitimación comprende los casos en que no hay interés legítimo sustancial en el actor, pues la legitimación alude a la titularidad del mismo por éste último, según expresa declaración del art. 10. 1. a) de la ley 3667. El accionado y la Administración pueden revelar el defecto al contestar la demanda, por la vía de las defensas previas, en cuyo caso el asunto ha de resolverse también previamente a la sentencia (art. 52 de la ley 3667). Parece difícil, ello no obstante, un pronunciamiento sobre legitimación o titularidad de interés legítimo que sea anterior al fallo, por la íntima relación que hay entre el fondo del asunto y esa titularidad. Sólo podrá procederse a conocer previamente el problema de la legitimación (con base en un derecho subjetivo o interés legítimo) cuando sea muy evidente la ausencia de titularidad de uno u otro, sin que enviar el asunto a fallo pueda reputarse como infracción del art. 52, que regula las defensas previas, dado que el pronunciamiento sobre legitimación es posible también en sentencia (de inadmisión). Parece claro, sin embargo, que solo hay dos momentos procesales oportunos para pro-

nunciarse sobre la titularidad del interés legítimo, de acuerdo con nuestro régimen contencioso, a saber: la oportunidad señalada por el art. 50 y sgtes, y la señalada por el art. 60 *ibídem*. Fuera de tal hipótesis el pronunciamiento es imposible durante el curso del proceso, lo que puede provocar un grave despilfarro de energía procesal si la ausencia de legitimación se hace evidente en momento distinto. Se trata de una solución heredada del régimen contencioso español, cuya utilidad es dudosa en este punto. Es definitivo, en todo caso, que el pronunciamiento sobre legitimación es normalmente un presupuesto o antecedente lógico del fallo de fondo, en cuanto sólo puede juzgarse sobre la validez del acto administrativo impugnado después de haber resuelto el problema de la titularidad del interés legítimo para impugnar (legitimación del actor). Está claro que esta última es, además, presupuesto de validez del proceso, dado que un previo pronunciamiento al respecto puede ser posible, como si se tratara de cuestión formal equiparable a la competencia del juez o a la capacidad de las partes.

En muchas ocasiones suele confundirse el interés legítimo con otras dos figuras, netamente procesales, que son el interés en el fallo y el interés en el juicio. Se trata de figuras distintas aunque conexas con el interés legítimo. La diferencia fundamental radica en que éste es una situación jurídica substancial, cuyo objeto es un bien de la vida, cuya titularidad es posible fuera de todo proceso, y de la cual puede disponerse en cualquier momento, renunciando o traspasando la situación legitimante, en tanto que los otros dos intereses son estrictamente instrumentales y tienen por objeto actos procesales o el fallo final, sin valor extraprocesal alguno.

ii) El interés en el fallo. (Interés en actuar).

Llámase interés en el fallo la posibilidad de una utilidad substancial a derivar de la sentencia de fondo, no del ejercicio de la potestad administrativa. Si bien el interés en el fallo parece tener por objeto una utilidad sustancial, su verdadero contenido está dado por el fallo favorable y por los beneficios que el mismo puede producir, consistentes fundamentalmente en la anulación del acto que suprime el interés legítimo frente a la potestad administrativa. Hay interés en el fallo cuando el actor en el juicio contencioso se encuentre en situación tal, al momento del fallo, que de acogerse su demanda recibiría una ventaja o beneficio sustanciales. Es posible que exista el interés legítimo y no el interés en el fallo, en cuyo caso

la demanda debe ser desechada, pues este último es —como el primero— un presupuesto de la sentencia, en cuanto sólo puede resolverse el fondo del negocio si hay interés en el fallo por parte del actor. Se dan los siguientes ejemplos de disociación entre ambos tipos de interés: el que ha vencido en un concurso de selección de personal público puede tener interés legítimo en que se justifique mejor o, incluso, inversamente su nombramiento, pero carece de interés en el fallo, por ser vendedor y no vencido; el vencido en el mismo concurso tiene interés legítimo en ser vencedor, pero carece de interés en el fallo si al mismo tiempo o después ha resultado vencedor en otro concurso para un puesto de más alta jerarquía; el que demanda una indemnización carece de interés en el fallo si en el curso del juicio una ley se la reconoce, aunque preserve su interés legítimo en obtener lo pedido a través de un acto administrativo sustitutivo del impugnado.

La doctrina y jurisprudencia francesas distinguen a este efecto, como ya antes se dijo, entre los círculos de interesados, que originan el interés legítimo, típico y sustancial, y el daño o agravio, entendido como la lesión a ese interés sustancial cuya subsistencia es requisito de admisión de la demanda, sin el cual esta es rechazada ad portas (Auby et Drago). Desde este ángulo el interés en el fallo es condición no sólo de la sentencia (de fondo), sino también de validez del proceso, en cuanto sin el mismo éste último —y no sólo el fallo— resulta nulo. La solución en Costa Rica parece ser exactamente la opuesta, pues el interés en el fallo es, como se verá, presupuesto de la sentencia de fondo.

La doctrina y jurisprudencia francesas han establecido la existencia de cuatro categorías de casos en los que no hay interés en el fallo y en los que, en consecuencia, es inadmisibile la demanda de conformidad con la consideración de este requisito como condición de admisión y de validez del juicio:

1) Inadmisibilidad del recurso contra el acto que carece de efecto frente al recurrente: no puede atacar una alza administrativa de salarios el empresario familiar, que no paga ninguno; no puede atacar una medida de seguridad e higiene en los locales de trabajo el patrono que ya la haya cumplido; no puede atacar una disposición sobre construcciones el habitante de otro municipio, distinto del que las dictó.

2) Inadmisibilidad del recurso contra el acto favorable al recurrente: sirve el ejemplo de la adjudicación respecto del adjudicatario, del nombramiento respecto del nombrado; no es admisible la demanda contra un reglamento cuya anulación desfavorece al actor; no es admisible la demanda contra una promoción de personal cuando la misma determina otra promoción mejor para el actor, etc.

3) Inadmisibilidad del recurso contra el acto a disposición del actor: esta hipótesis se da en relación con acciones de anulación por parte de la entidad autora del acto impugnado, porque puede anularlo administrativamente, por no ser la hipótesis del contencioso de lesividad (actos declaratorios de derechos).

4) Inadmisibilidad del recurso contra actos debidos, sujetos a repetición: si los vicios del acto son puramente formales y ha de repetirse otro con igual contenido, por ser obligatorio, no hay interés en el fallo, por ser imposible obtener una utilidad sustancial por su medio.

El interés en el fallo en C.R. parece ser el requisito de fondo que exige el art. 1 del C.P.C. cuando dice:

“Para entablar una acción ante los tribunales de justicia se requiere:

- 1) Derecho real o personal que sirva de fundamento a su acción;
- 2) Capacidad para gestionar judicialmente;
- 3) Interés actual en ejercitarla”.

Son estos los llamados presupuestos de fondo en el proceso civil, cuya existencia es condición de acogimiento de la demanda, no de su admisión ni de validez del proceso.

El interés en ejercitar la acción, de que habla la citada norma, es el interés en el fallo, entendido —según se dijo— como la posibilidad de un beneficio nuevo para el actor a derivar del fallo, en el momento de dictarse éste, lo que significa que un juicio tramitado sin ese interés es válido, a condición de que el mismo se dé cuando se dicta sentencia.

Nuestra ley de lo contencioso no contiene normas específicas que rijan el interés en el fallo, por lo que parece supletoriamente

aplicable el art. 1 C.P.C., antecitado, en cuanto lo reputa como presupuesto de fondo, antecedente lógico del fallo, y no de forma, antecedente del juicio y condición de su validez. Se trata, en todo caso, de figura netamente procesal, distinta del interés legítimo (sustancial).

iii) El interés en la demanda o en el juicio.

Muchos autores niegan que, fuera de los dos anteriores tipos de interés (el legítimo y el interés en el fallo), pueda existir otro. Algunos suelen distinguir un tercer tipo llamado el interés en la demanda o interés en el juicio. Consiste en lo mismo que el interés en el fallo, pero en cuanto éste se refleja en la redacción de la demanda. Interés en la demanda es el interés en el fallo que se desprende de los términos en que el autor plantea su reclamo. Si de esos términos puede concluirse en que el actor se pretende dueño de un interés legítimo sustancial lesionado y que es posible para él derivar algún beneficio de la sentencia pedida, hay por ese solo hecho un interés en la demanda o en el juicio, que ha de apreciarse ad portas y cuya ausencia origina el rechazo de la demanda y el no trámite del proceso. La diferencia con el interés en el fallo radica en que mientras este último es una posibilidad real y efectiva de una utilidad sustancial a derivar del fallo, tal y como resulta de la prueba de autos, el interés en el juicio o en la demanda es una posibilidad teórica de este mismo beneficio, fundada en las afirmaciones del actor. Si, en consecuencia, el actor expone hechos que evidencian que el acto no lo ha perjudicado, o pide algo imposible o claramente improcedente, o algo que pertenece a otro, el juez puede rechazar la demanda afirmando que basta la lectura de ésta para tenerla por inadmisibile, en virtud de falta de interés en el fallo probada por la redacción empleada. Se trata, en realidad, de una ausencia de interés en la demanda. Es lógico que la existencia del interés en la demanda deba apreciarse al momento de admitir ésta y no después, y que su existencia condicione la validez del juicio. Su tratamiento procesal puede ser igual al del interés en el fallo en los sistemas como el francés, en que el interés en el fallo es presupuesto formal de validez del proceso.

f) Noción y caracteres.

Después de las anteriores observaciones es posible intentar una definición más precisa del interés legítimo, que abarque to-

dos sus tipos posibles. Puede decirse, entonces, que el interés legítimo es la expectativa de una utilidad sustancial, eventualmente derivable —pero no exigible— del ejercicio de las potestades de la Administración, en beneficio del destinatario de los actos de ésta o de un tercero (llamado interesado), nacida de una posición diferenciada (jurídicamente o de hecho) del administrado frente a aquella, y protegida por la posibilidad de restaurarla mediante la anulación, en la vía administrativa o jurisdiccional, de los actos administrativos ilegítimos que la frustran o hacen imposible. Se desprende claro el carácter fundamental de todo interés legítimo, que resulta necesario resaltar para comprender después la resarcibilidad del mismo, a saber: el interés legítimo es una situación subjetiva y sustancial, no meramente procesal. Quiere decirse con ello que tiene por objeto una utilidad de la vida, sin que, como se anticipó, pueda equipararse a una mera expectativa de la legalidad administrativa, cuya existencia es un medio de restauración del interés, no su contenido. El interés legítimo existe desde antes del acto lesivo y del proceso, y naturalmente es también anterior al interés en la demanda y en el fallo. Representa un haber en el patrimonio o esfera jurídica de un sujeto, que si bien indisolublemente ligada a la situación legitimante (jurídica o de hecho) que le da origen y al ejercicio de las potestades administrativas, único que puede satisfacerlo, es por sí un bien económicamente valuable y digno de consideración, por ello, como situación jurídica subjetiva, propia de un sujeto y fuente de beneficios (en este caso puramente eventuales). Es lógico, entonces, que su lesión acarree o debe acarrear una responsabilidad conducente a su plena reparación, hoy negada por la mayoría de los tribunales pero progresivamente afirmada y aceptada por la doctrina.

En ésta se suele afirmar que el interés legítimo debe reunir, además, determinadas características para poder reputarse verdaderamente tal, características que, por otra parte, son las mismas que deben presentar los otros dos tipos de interés antes examinados, el interés en el fallo y el interés en la demanda o en el juicio. Dichas características son:

i) El interés debe ser personal e individual.

Se quiere decir, con lo de individual, que debe ser un interés *uti singuli*, de satisfacción fácilmente localizable en el interesado y

divisible a su favor, no un interés *uti universi*, en el que participen todos los miembros de una colectividad por igual. Este requisito alude en realidad a la exigencia genérica de que el interés sea subjetivo o propio de un sujeto en situación diferenciada, no de todos los miembros de la comunidad. Se dieron ya algunos ejemplos de lo que no se considera interés legítimo desde este punto de vista. Muchos de ellos, sin embargo, presentan graves dudas, pues hay situaciones en que es posible el beneficio de todos o de la mayoría social y, a la vez, la posición diferenciada de unos pocos; no hay duda de que sólo estos son dueños de un interés, pero debe admitirse que por lo menos éstos lo son. Así, hay intereses legítimos —contra lo que sostiene la doctrina dominante— frente a leyes o reglamentos que exijan una legislación favorable para la comunidad y específicamente para algunos sujetos que serían necesaria o muy probablemente sus beneficiarios, pese a la inevitable indeterminación y vaguedad actuales de los sujetos interesados. Todo aquel que pueda considerarse con seguridad como beneficiario futuro de la nueva regulación, debe tener interés legítimo en que se dicte, con medios procesales para lograrlo.

Se agrega que el interés debe ser personal, con lo que se dice que no puede ser de otra persona, lo que es evidente. El problema se presenta cuando hay una interrelación intensa entre intereses, cada uno de los cuales sufre indirectamente la lesión o el beneficio que se da en relación con el otro. Es el caso de las sociedades o personas colectivas con un interés funcional respecto de los intereses de sus miembros, y a la inversa. En la mayoría de los países se niega que un socio o afiliado pueda ejercer acciones por lesión de intereses del sindicato o sociedad a que pertenece, así como la posibilidad de que estos últimos puedan ejercer acciones fundadas en la presunta lesión del interés de sus miembros (Argentina, España, Italia, etc.). En Francia, sin embargo, la jurisprudencia y doctrinas son mucho más amplias y progresistas y permiten que tal tipo de intereses ajenos, pero indirecta y parcialmente personales, puedan ser considerados como verdaderos intereses para todo efecto, en ciertas condiciones de hecho que evidencian la inter-relación. La evolución probable y recomendable en este extremo es la que tiende hacia la eliminación del requisito de personalidad, reduciéndolo más bien a un requisito de relevancia personal, aunque indirecta, del acto frente al interesado. Hoy por hoy el requisito es exigible.

ii) El interés debe ser actual.

Se intenta decir con ello, en primer término, que debe existir en todo momento del juicio para su restauración; pero, en segundo término y también en relación con dicho juicio, que la lesión reclamada debe ser presente y no futura. Debe tenerse en cuenta para este efecto que la lesión de un interés sólo es posible cuando se da un acto definitivo ya eficaz y completo en todas sus fases, incluso en la integrativa (de su efecto), aunque no es necesario que haya sido ya efectuado. Sólo cuando se ha completado el procedimiento administrativo tendiente a la producción definitiva del efecto —aunque sólo sea en primera instancia— la lesión puede producirse y considerarse actual y no futura. En consecuencia, la actualidad no se da cuando se trata de actos no definitivos (preparatorios), o de actos pendientes (ausencia de elementos de perfección, necesarios para la formación o constitución del acto), o de actos ineficaces.

iii) El interés debe ser directo.

Se entiende con ello que debe ser directa la lesión del interés o, mejor todavía, que el único interés verdadero es el que deriva de una situación legítimamente propia del interesado, no de una ajena, en relación con la cual se haya producido un acto lesivo.

De este modo no es directa la lesión cuando deriva de la lesión de otro interés, por ejemplo: la lesión por la no promoción derivada de la no promoción de un tercero; la lesión del comerciante dueño de un restaurante por la cancelación de la concesión ferroviaria de la que dependía el derecho y la rentabilidad de esa explotación comercial, etc. Casos como estos permiten la coadyuvancia o intervención adhesiva de tercero (de dudosa existencia en C.R.), pero no la demanda de anulación. Este requisito se expresaría mejor y con más utilidad si se dijera que la lesión sólo es directa cuando es autónoma y dependiente exclusivamente de un acto, no cuando depende, a su vez, de otros actos dictados en relación con otros sujetos distintos del interesado.

iv) El interés debe ser legítimo, con lo que se dice que debe ser tutelado, o, al menos, no prohibido por el ordenamiento.

Las características apuntadas no son tanto, como se ve, del interés legítimo, cuando del interés en el fallo y apuntan todas hacia

la aptitud de éste último para justificar una sentencia favorable a la pretensión del actor en la vía contenciosa. Es útil aclarar que todas las notas anteriores califican un interés legítimo ya existente y que, en consecuencia, son aspectos de lo que el mismo debe ser para considerarse legítimo, no medios de identificación ni elementos de su existencia. Quiere decirse que el interés existe aún sin esas notas, aunque no puede reputarse como jurídicamente relevante o apto para derivar de él la legitimación sustancial y procesal normalmente conectada a su existencia. El interés sin esas notas sigue siendo tal, pero en forma discrepante de su esquema legal y el juicio basado en él sería ilegítimo y anulable. La única de todas las anteriores que puede reputarse esencial para la existencia e identificación del interés legítimo, en cuanto sin la misma éste no sería tal, es la de ser sustancial y autónomo, anterior al acto lesivo y al proceso. Esta nota es más bien un reflejo de la existencia del interés legítimo, a la cual va necesariamente unido, y sin la cual dejaría de ser lo que es para convertirse en uno de los otros dos tipos comentados. Para justificar un proceso, sin embargo, el interés debe no sólo existir sino aparecer como el ordenamiento lo exige y reunir todas las notas antes examinadas.

g) Signos distintivos.

Se han propuesto varios criterios de identificación práctica del interés legítimo a saber:

i) Normas de acción y de relación.

Se explicó ya esta doctrina, cuya crítica fundamental puede resumirse en dos objeciones:

1) Toda norma de relación es de acción, en cuanto limita la conducta administrativa, vinculándola al respeto de los derechos ajenos y prohibiéndole lesionarlos ilegítimamente;

2) Toda norma de acción que regula una potestad externa, cuyo efecto recae en el administrado, es una norma de relación, si el ejercicio de la potestad es enteramente reglado, pues ello crea un derecho subjetivo de aquél a dicho ejercicio, salvo si el acto va destinado a un tercero en conflicto, en cuyo caso puede haber un verdadero interés legítimo. La conexión necesaria entre este último y la norma de acción queda reducida —hecha la anterior salvedad— a los casos en que no hay discrecionalidad, con lo que el criterio pierde autonomía y utilidad como tal.

ii) Potestad discrecional y reglada.

Es indudable que no hay derecho subjetivo al ejercicio de una potestad discrecional, frente a la cual sólo es posible el interés legítimo. Se ha mantenido que, pese a ello, no es verdadera la hipótesis inversa, pues es posible la existencia de un interés legítimo —y no de un derecho subjetivo— en relación con potestades enteramente regladas. Aparte de que los casos de regulación total son excepcionales, pareciera que la objeción queda confinada al campo de los intereses ocasionalmente protegidos, aquellos que se presentan fundamentalmente en situaciones de competencia económica, en los cuales es posible al interesado exigir el ejercicio de la potestad reglada contra y frente al competidor, sin tener por ello un derecho subjetivo. Se explicó ya que la tesis opuesta, que sostiene la existencia del derecho subjetivo en hipótesis de este tipo, cuenta con fuertes razones y autorizados defensores a su favor. Pero aun suponiendo que en el caso haya sólo interés legítimo, el criterio en discusión sería útil y acertado, pues permitiría formular una regla clara y sencilla. Hay interés frente a la potestad discrecional siempre y en todo caso, mientras que lo hay frente a la reglada únicamente cuando su ejercicio va destinado a un tercero.

Debe insistirse en que el concepto del interés legítimo como correlato del deber subjetivo de observar la ley, deriva del erróneo supuesto de que el interés es una entidad formal e instrumental, cuyo objeto es la legalidad de la conducta administrativa, y no sustancial y autónoma, orientada hacia los bienes económicos y espirituales de la vida. En el primer enfoque es clara la conexión con el proceso contencioso y con la legalidad administrativa, mientras en el segundo es evidente la conexión con la potestad discrecional (parcialmente reglada, como es lo normal) de cuyo ejercicio puede nacer la obtención del bien buscado y la satisfacción del interés. Conviene reiterar, por ello, la aserción de que la legalidad es medio de garantía y de restauración, no objeto ni causa del interés legítimo.

iii) Carencia de potestad y ejercicio ilegítimo de una potestad existente.

La doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia del Consejo de Estado en Italia han ideado un criterio aparentemente claro y objetivo para detectar el interés legítimo. A partir de la clasificación de las normas en reglas de acción y de relación, posteriormente

sometida a amplia crítica, se ha llegado a determinar el punto básico de verdad que radica en la distinción, que es la necesidad de una norma que regule y atribuya una potestad pública (al órgano agente) para la existencia del interés legítimo. La norma atributiva es expresión, en realidad, de una regla superior, que es el principio de legalidad administrativa, según el cual el conferimiento de una potestad requiere la regulación mínima del sujeto, del fin y (normalmente) del contenido (excepcionalmente sólo del motivo) del acto autorizado. Esa atribución, al crear la potestad, degrada automáticamente cualquier derecho subjetivo al rango de un interés legítimo, pues si hay competencia para dictar un acto de contenido incompatible con el derecho subjetivo opuesto, es evidente que —aunque tal potestad se ejerza ilegalmente y con violación de la ley en otros aspectos, que pueden ser meramente formales— el administrado carecerá de derecho subjetivo a que el acto perjudicial no sea dictado. Corregidos los defectos formales o de otro tipo que padezca el acto —y que pueden efectivamente originar su anulación en vía contenciosa— éste podría repetirse con igual resultado, lo que revelaría que el particular sólo tiene un interés en conservar u obtener un beneficio, no un derecho subjetivo, dado que no puede evitar el acto desfavorable. Esta doctrina se ha combinado con la que se refiere a la autoridad ejecutoria del acto administrativo, según la cual todo aquél nacido de una potestad administrativa, incluso si es ilegal, extingue cualquier derecho subjetivo opuesto mientras mantenga su ejecutoriedad típica (que se mantiene mientras no sea anulado). En consecuencia, frente a un acto dictado en uso de una potestad administrativa, aunque sea ilegal y anulable, hay sólo intereses legítimos, nunca derechos subjetivos, puesto que éstos desaparecieron con tal acto, de haber preexistido.

El derecho subjetivo se da únicamente cuando hay carencia total de potestad, la que bien se explica por las razones anteriores aplicadas a contrario sensu.

La doctrina expuesta puede ser empleada con éxito relativo en la identificación del interés legítimo frente al derecho subjetivo. Debe decirse, en primer término, que es útil únicamente para distinguir y localizar el interés legítimo del tipo llamado “derecho condicionado” (debilitado o potencial), pues la problemática que esta doctrina toma en cuenta hace referencia exclusivamente a la

supervivencia del derecho subjetivo como tal y sin menoscabos ni degradaciones, frente a las potestades opuestas que intentan suprimirlo, comprimirlo o inhibirlo, sin relación con las hipótesis en que se trata de obtener un bien (procedimiento concesional) o en que se intenta mantener o mejorar la posición competitiva frente a terceros (intereses ocasionalmente protegidos). En segundo término, es doctrina aceptable sólo a condición de que se haga claro el distinguo entre derecho subjetivo y ausencia de potestad pública opuesta, que no son equivalentes, dado que aquel se da cuando hay una expresa autorización de conducta, salvo si se trata del derecho genérico de libertad, correlato de una abstención general, derecho que es de principio. En virtud de ello, el único derecho subjetivo coexistente con la ausencia de una potestad pública negativa es el de libertad y al mismo tendría que restringirse el alcance del enfoque en comentario, con exclusión de todos los demás creados y regulados por el ordenamiento, que existen por sí con entera independencia causal respecto de las potestades públicas. En tercer lugar, y sobre todo, se trata de una doctrina confusa y de incierta aplicación en la mayoría de los casos, pues es muy difícil discernir la ausencia de potestad del ilegítimo ejercicio de una potestad existente, si no se parte de un concepto tajante y sencillo de distinción. Es evidente que, siguiendo un punto claro de vista, la distinción correría pareja con la que podría hacerse entre la incompetencia y los otros vicios del acto administrativo: si hay incompetencia, no hay potestad y el derecho condicionado se mantiene como derecho subjetivo pleno; y, a la inversa, hay potestad e interés legítimo si el acto está viciado por violación de ley o exceso de poder (con el alcance que oportunamente se explicará). Pero éste no ha sido el criterio aplicado por la jurisprudencia italiana, fuente de la doctrina en comentario. La incompetencia relativa no impide la existencia de la potestad para este efecto, y así la jurisprudencia y la doctrina han introducido una serie de criterios de difuso perfil práctico.

Un reconocido autor (Giannini) ha puesto los tres ejemplos siguientes para ilustrar la incertidumbre del criterio sustentado:

1) La ley exige que antes de una expropiación se dictamine sobre la utilidad del fin y la necesidad del bien, sin los cuales dictámenes aquella se lleva a cabo;

2) La autoridad de contralor (como nuestra Contraloría Gral. de la República) ejerce su función sobre un tipo de acto que

no entra en la lista taxativa y limitativa de los actos sujetos a ella (por ejemplo: sobre el nombramiento o remoción de un empleado público);

3) Expropiación autorizada distinta de aquella que tiene el monopolio de las expropiaciones en un ordenamiento (por ejemplo: el Ministro de Relaciones Exteriores).

La jurisprudencia, según el autor, reputa los dos primeros casos como ejercicio ilegítimo de una potestad y el tercero como ausencia o carencia total de potestad, no obstante la certeza de que también el segundo envuelve un problema grave de competencia. El mismo autor concluye en que el criterio exacto es, no la atribución de una potestad o su ausencia, sino la atribución de función o fin típico, al que se ordene por razón de la materia la competencia del agente. De este modo, hay atribución aunque haya incompetencia si actúa un jefe político en lugar de un Gobernador o éste en lugar del Ministro de Gobernación; pero hay carencia de potestad —y no mera incompetencia— si actúa un órgano en lugar de otro de Ministerio diverso, o, incluso, de otro del mismo Ministerio con fines totalmente distintos, como ocurriría si el Ministro de Gobernación declarara caduco un contrato industrial, o si el Jefe del Registro de Prenda ordenara denegar una inscripción en el Registro de Sociedades Mercantiles. El criterio claro parece ser imposible, según ello, pues cabría plantear interrogantes de muy dudosa respuesta si se entrara a discutir la relación o correlación entre los fines públicos que califican cada competencia, normalmente imbricados en forma muy estrecha (cuando menos en la hipótesis de órganos de un mismo Ministerio). Es posible concluir, sin embargo, en que el criterio podrá aplicarse automáticamente siempre que se dé una incompetencia relativa o una absoluta (por razón del territorio, de la materia o de las personas administrativas), a reserva de examinar cada caso cuando se dé una incompetencia relativa o una absoluta por razones diversas (por ejemplo: por el tiempo límite para actuar). Si hay incompetencia absoluta por las razones dichas habrá ausencia de potestad y derecho subjetivo contrapuesto; si hay otro vicio, o incompetencia absoluta por razones diversas, habrá normalmente ejercicio ilegítimo de la potestad e intereses legítimos afectados, sin excluir hipótesis excepcionales en que podrá darse el derecho subjetivo.

Consideramos elemental la ampliación de la doctrina en examen a las hipótesis de falta de motivo, como equiparable a la falta total de competencia o carencia absoluta de poder. En efecto: si el motivo es el antecedente objetivo —jurídico o de hecho— que hace posible o necesario el ejercicio de la competencia para el caso concreto, es evidente que su total inexistencia implica una imposibilidad del acto dentro de la circunstancia, equivalente a una falta del poder para realizarlo. Así, el caso de una autoridad incompetente para expropiar parece asimilable al de la autoridad competente que actúa sin que medie ni declaración ni comprobación de la utilidad del fin y de la necesidad del bien, condiciones sin las cuales la potestad legal existente en abstracto no puede ni debe ejercerse en concreto. Esta asimilación entre carencia de potestad y carencia de motivo no es aceptada por la doctrina ni la jurisprudencia italianas, con desconocimiento de una lógica elemental y tutelar del administrado y de la legalidad administrativa.

iv) Exclusividad (o concurrencia) del interés y carácter reglado (o discrecional) del acto.

Un distinguido autor argentino (Agustín Gordillo) ha propuesto un criterio práctico y operante de identificación del derecho subjetivo por contraste con el interés legítimo, centrado en dos fenómenos complementarios, a saber:

1) El carácter reglado o discrecional de la potestad en ejercicio;

2) El carácter individual o concurrente del interés a satisfacer con dicho ejercicio.

El derecho subjetivo se da cuando una regla precisa impone a la Administración una conducta en favor de un sujeto considerado como individuo, aunque contenga pareja imposición en favor de otros, integrantes o no de un grupo común. Así, hay derecho subjetivo no sólo cuando la Administración tiene que dar una subvención por monto determinado en favor de una empresa industrial que es monopolio, sino también cuando tiene que darla por igual a todas y cada una de las empresas del ramo, aunque no haya monopolio. Lo importante y decisivo para que haya individualidad y derecho subjetivo es que cada empresa pueda exigir y obtener, con entera independencia de la suerte que corran las otras, la totalidad de la

subvención prevista para todos y cada uno por la ley. Para que haya derecho subjetivo es necesario que se den ambas circunstancias, obligatoriedad e individualidad de la conducta administrativa, pues cada una es necesaria pero no suficiente al efecto: si la conducta debida es también discrecional, o si es debida sólo a unos y no a todos los integrantes del grupo que aspira a ella, hay un interés legítimo y no un derecho subjetivo frente a la Administración. Es posible, en efecto, que una conducta sea obligatoria pero discrecional su contenido, o a la inversa, y en ambos casos es también posible que sólo haya una conducta disponible para uno entre muchos, lo que ocurre con claridad en las licitaciones y demás concursos administrativos organizados, pero, en general, siempre que la demanda de los administrados supere a la oferta de bienes de la Administración. Pareciera que ambas hipótesis, la de discrecionalidad y la de insuficiencia de bienes disponibles, son reducibles a la primera, pues la última opera normalmente a través de una discrecionalidad en la elección del beneficiario, con exclusión del resto. En la doctrina en examen las dos hipótesis aparecen como distintas y complementarias, de modo que el derecho subjetivo nace por el concurso de la obligatoriedad con la individualidad de la prestación, y el interés legítimo por ausencia de una cualquiera de las dos situaciones, sea porque ésta es discrecional (aunque sólo parcialmente), sea porque sólo es una para muchos. Este criterio puede reducirse, en realidad y como se anticipó, al de la discrecionalidad administrativa como fuente del interés y al de la total vinculación reglamentaria de la potestad frente al particular, como fuente del derecho subjetivo. Se trata, como quiera, de un planteo claro y sencillo, que puede ser de fácil manejo y de gran utilidad para los tribunales.

h) Ejercicio y disposición del interés legítimo. Renuncia, transacción y transmisión.

El interés legítimo es, en todas sus formas, una situación jurídica normalmente inactiva que no autoriza la conducta del interesado sino en forma muy limitada. Su manifestación dinámica más sobresaliente es la potestad de acción procesal (de anulación) del acto administrativo opuesto, que lleva implícita. No es esa, sin embargo, su única expresión activa. En cuanto situación jurídica sustancial, el interés legítimo puede ser objeto de disposición por parte de su titular, en forma igual a como lo es el derecho subjetivo.

El interés legítimo depende, para efectos de su disposición, de la situación legitimante que lo produce. En consecuencia, se dispone o transmite el interés legítimo conjuntamente con esta última, sin lo cual resulta imposible para la mayor parte de la doctrina. En los intereses —derechos subjetivos la transmisión se opera con la de estos derechos; en los intereses ocasionalmente protegidos o en los procedimientos concesionales, con la sustitución jurídica del interesado por un tercero, que sobrevenga en el procedimiento en su lugar o asuma su posición competitiva frente a otros en el mercado. Lo anterior está admitido en nuestro ordenamiento por el art. 13.1 de la Ley Reg. Jur. Contencioso administrativo, que dice:

Art. 13.1: Cuando la legitimación de las partes derivase de alguna relación jurídica transmisible, el causahabiente podrá suceder, en cualquier estado del proceso, a la persona que inicialmente hubiese actuado como parte”.

La muerte produce la extinción de los intereses unidos a una situación legitimante de carácter personalísimo, pero no cuando esta última es transmisible, en cuyo caso la sucesión se opera normalmente.

La forma más común de disposición del interés legítimo es la renuncia, tácita o expresa, fundamentalmente bajo la forma de la transacción. En cuanto los intereses envuelven problemas de legalidad administrativa y la contraparte es siempre la Administración, la transacción sobre aquellos resulta pasible de objeciones iguales a las que se hacen normalmente a la transacción administrativa, que es una y la misma cosa. De este modo, parece aceptable únicamente cuando está expresamente autorizada por ley, en la medida de la autorización.

La renuncia unilateral, en cambio, es posible sin límites (fuera de disposiciones cogentes en contrario que la hagan nula), mediante documento que manifiesta la voluntad del titular de soportar, sin accionar contra determinada acción administrativa; o tácitamente, mediante el consentimiento del acto desfavorable, que, una vez consentido, resulta inimpugnable a la luz del art. 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, que veda la acción respecto de los “actos consentidos expresa-

mente o por no haber sido recurridos en tiempo y forma". Una forma de los actos consentidos son los actos confirmatorios y reproductores (cuyo concepto será oportunamente explicado alrededor de la clasificación de los actos administrativos).

Para que la renuncia del interés en estos casos sea válida, es necesario que se dé sin reservas, aunque éstas, a su vez, pueden tenerse por inoperantes si la voluntad de renuncia es clara e inequívoca y aparece evidente el error cometido con la reserva y como contraria a la verdadera voluntad del declarante, según se desprende de la lectura total del documento.

La renuncia, además de clara e inequívoca, debe ser espontánea y no impuesta por la necesidad. Se discute si tal necesidad, excluyente de la renuncia, puede ser real, además de jurídica. Se entiende por ésta última aquella en que se encuentra, por ejemplo: el sujeto a la ejecución forzada de un acto administrativo, en virtud de la ejecutoriedad del mismo, con el fin de evitar penas o consecuencias perjudiciales de mayor envergadura. La ejecución del acto sin protesta ni reserva previa o simultánea es índice concluyente de la renuncia, salvo prueba sustancial en contrario. Diversamente ocurre con la necesidad económica, que surge cuando el acto consentido o a consentir dispone la concesión de derechos vitales de índole personal, como pensiones alimenticias, jubilaciones, indemnizaciones por lesiones, etc. En tales casos la mejor doctrina encuentra posible recibir el derecho aun sin reserva ni protesta, para asegurar su urgente percepción, y salvar después el interés en la legalidad del acto mediante la posterior presentación de una reserva o protesta, que debe ser previa en el caso de derechos de distinto linaje, según se apuntó.

De este modo la regla general a sentar es que la renuncia se opera siempre que haya aceptación tácita o ejecución del acto sin reserva ni protesta previa ni simultánea, salvo casos de urgencia, por ser vital para el administrado la percepción del derecho nacido del acto, en cuya hipótesis la reserva o protesta puede ser posterior.

i) Régimen doctrinal y positivo del interés legítimo.

El interés legítimo ha sido siempre considerado como interés en el fallo o interés en el juicio, que es su faz puramente procesal. Desde este punto de vista se han extraído varias consecuencias le-

gales, todas fundadas erróneamente en su naturaleza no sustancial, que al regirlo limitan e incluso suprimen su verdadera función tutelar del administrado.

Las funciones comúnmente atribuidas al interés legítimo son fundamentalmente dos:

i) Es instrumento de legitimación para entablar las acciones contenciosas llamadas de anulación, que son las que van dirigidas única y exclusivamente a suprimir el acto administrativo ilegal, sin garantizar beneficio ulterior alguno al demandante; tales son las acciones a que se refiere el art. 10.1 de la Ley Reg. de la Jur. Contencioso-Administrativo, y que se contraponen a las previstas por el art. 10.3 *ibidem*, en cuanto éstas van encaminadas, además, al "reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, con o sin reparación patrimonial", lo que alude a la obtención de actos debidos y/o de una congrua indemnización por los daños causados con base en el anulado, lo cual es posible únicamente en favor de quien tiene un derecho subjetivo de base. La anterior distinción corresponde a la añeja clasificación francesa entre la jurisdicción objetiva de anulación y la jurisdicción subjetiva de plena jurisdicción, distinción que se hace allí sobre la base del interés o del derecho subjetivo, respectivamente, como causa petendi, y de la pretensión pura de anulación o de pleno restablecimiento de un derecho violado, respectivamente, como petitum del juicio.

La reducción del interés a causa legitimante del actor en un juicio objetivo de mera anulación, sin posibilidad de obtener ni actos debidos ni indemnizaciones por su omisión, es la consecuencia más grave del enfoque puramente procesalista de dicho interés.

ii) Es instrumento de distingo entre jurisdicciones contra la Administración. En Italia hay dos jurisdicciones para ese efecto: la ordinaria, que es la misma que toca a los ciudadanos, tutelar de los derechos subjetivos de éstos contra la Administración y equivalente a la francesa de plena jurisdicción por los poderes del juez, que aquí puede condenar a la Administración al pago de indemnizaciones; y la (jurisdicción) propiamente administrativa, que conoce únicamente de la legalidad de los actos administrativos en relación con los intereses legítimos del ciudadano, equivalente a la jurisdicción francesa de anulación en cuanto a los poderes del juez,

que aquí sólo puede anular el acto ilegítimo, sin condenatoria alguna contra la Administración, ni aún siquiera con signo meramente resarcitorio. La jurisdicción ordinaria está administrada en Italia por jueces del Poder Judicial y la administrativa por jueces de la Administración (Poder Ejecutivo o Gobierno). Esta función es desconocida en nuestro medio, donde hay una única jurisdicción y un solo procedimiento para todo litigio contra la Administración, sea cual sea su clase (público o privado), su causa petendi (derecho subjetivo o interés legítimo) o su petitum (anulación o restablecimiento de una situación jurídica individual). (Ver al efecto arts. 1 a 5 de la Ley Reg. Jur. Contencioso-administrativo).

Importa detenerse, en consecuencia, en la consideración del interés legítimo como causa de responsabilidades de la Administración, por lesión ilegítima del mismo, sobre todo con vista del art. 49 de nuestra Constitución, que dice:

"La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Será suficiente protección de un interés legítimo la anulación del acto lesivo, sin la imposición del acto sustitutivo que lo satisfaga y sin la reparación de los daños y perjuicios causados por la lesión?

El tema es amplio y espinoso y conviene tratarlo con algún detenimiento.

j) De la resarcibilidad del interés legítimo.

La doctrina y la jurisprudencia del derecho comparado son casi unánimes en afirmar como principio general que el interés legítimo no es resarcible ni puede dar pie para responsabilidades de la Administración, como tampoco a las consecuentes acciones subjetivas, dirigidas a obtener indemnización por el agravio que se le cause. La doctrina sienta acto seguido una serie de salvedades, dentro de las que hay la posibilidad opuesta, de lograr reparación y restablecimiento. La fundamentación de tal postura doctrinal, de enorme trascendencia para la defensa o la indefensión del ciudadano frente a la Administración ha sido ardua y polémica, pero de muy pobre resultado.

Se reconoce, en primer término, que los intereses —derechos subjetivos (condicionados), pueden dar lugar a la acción subjetiva de plena jurisdicción, al menos en cuanto a la reparación plena de los daños y perjuicios causados medio tempore al derecho subjetivo, que sufrió una ilegítima supresión o compresión, con consecuencias materiales irreversibles, mientras no se anuló el acto administrativo causante. Desde el momento en que éste es anulado, el derecho subjetivo condicionado deja de serlo y recobra toda su plenitud, con lo que cualquier menoscabo sufrido antes de esa anulación y después, como repercusión imborrable del acto, adquiere retroactivamente un carácter ilegítimo y la Administración se hace responsable por su total reparación. Esto puede predicarse no sólo de los derechos debilitados que se ven suprimidos o limitados (por una expropiación, una orden de policía, etc.) sino también de los derechos potenciales, (que Sandulli llama "in attesa di espansione"), que se ven inhibidos en su ejercicio por la denegación de un permiso o autorización que, en su lugar, debió concederse cuando fue pedido. La administración, en buena ley, está obligada, entonces, no sólo a reparar las consecuencias del acto ilegal (expropiación, orden o denegación ilegítimas), sino a dictar el acto legal con eficacia retroactiva desde que debió darse ("ora per allora", como dice la doctrina italiana), pero esta segunda consecuencia es bastante más polémica y discutida. Es claro y cierto que, en todo caso, la mayoría de la doctrina reconoce la necesidad jurídica de indemnizar la lesión de los derechos condicionados por la Administración, una vez anulado el acto ilegítimo que los agravió, aunque los mismos se reputen intereses legítimos y no verdaderos derechos subjetivos.

Fuera de este campo, todo es polémica y sutileza legal contra el administrado. La misma doctrina que reconoce la anterior conclusión favorable a los intereses de este último, introduce ya una reserva en el caso de los "derechos potenciales" ("in attesa di espansione"), consistente en decir que la indemnización sólo cabe cuando la Administración, anulado el acto ilegítimo que deniega e impide su ejercicio, concede la autorización o permiso, porque ello prueba irrefutablemente que pudo y debió hacerlo desde un principio. La reserva o salvedad deja la indemnización del caso al arbitrio de la Administración, si ésta conserva una potestad discrecional para dar o rehusar el permiso, después de la anulación de la denegatoria anterior, y restringe la procedencia de aquella a la hipótesis

de que el acto administrativo sea enteramente debido o vinculado, en cuyo caso es objeto de un verdadero derecho subjetivo y no de un interés legítimo.

Todo lo anterior ha movido a un sagaz publicista (Miele) a sostener que cuando se dice que los intereses legítimos son indemnizables en la hipótesis de anulación de los actos que lesionan "derechos condicionados", no se sostiene en realidad esa posibilidad sino que se confirma la vieja tesis de que sólo los derechos subjetivos pueden dar lugar a una reparación patrimonial, porque la misma se concede en la medida en que el interés ha dejado de serlo para convertirse en derecho, es decir: en la medida en que cesa el derecho condicionado para convertirse en pleno, por la anulación del acto opuesto que lo comprime o amenaza.

La confirmación de esa aguda observación la da la misma doctrina —aparentemente amplia y generosa con los intereses legítimos—, al sostener y explicar la conclusión negativa a su reparación patrimonial cuando se trata de los intereses típicamente tales, los que se dan en procedimientos concesionales o los ocasionalmente protegidos, ninguno de los cuales parece guardar relación inmediata con derechos subjetivos preexistentes. Aquí la indemnización se niega sin otra razón que la suministrada por la aparente inexistencia de un derecho subjetivo lesionado en conexión con el agravio inferido al interés legítimo, apariencia que —como veremos— es engañosa.

La doctrina negativa consiste en explicar que sólo el derecho subjetivo garantiza la titularidad y, con ello, el disfrute y disposición de un bien sustancial de la vida, único que puede ser objeto de agravio. Para enmarcar su planteo dentro del esquema clásico de la responsabilidad civil se dice que la lesión de un interés legítimo, en cuanto no garantiza el acceso a esa utilidad de la vida, no puede constituir lo que en teoría de la responsabilidad civil suele llamarse "el daño", o "lesión antijurídica". Sólo el derecho subjetivo puede ser pasible de lesión, daño o agravio, en el sentido en que tales términos se entienden en la dogmática de la responsabilidad estatal.

Consideramos fundado el dogma y su conclusión frente a los intereses relativos a potestades concesionales de la Administración, que al ser discrecionales no garantizan el acceso al bien esperado.

Ello no obstante, es evidente para cualquier jurista que se mantenga en contacto con la vida, que ya ese principio, teóricamente aceptado, envuelve grandes injusticias en su aplicación, para evitar las cuales debería dictarse una norma escrita que supla las deficiencias valorativas del principio y que imponga la indemnización o una compensación adecuada cuando el interesado logre la anulación del acto ilegítimo que frustró su interés, después de cuantiosa inversión de esfuerzo en la vía administrativa y/o jurisdiccional, ante la pasividad de todos los demás cointerésados (en la misma licitación o en el mismo concurso). Su posición después de tales esfuerzos no es igual que la de éstos y el único medio de consagrar esa desigualdad es garantizándole una congrua indemnización, improcedente en favor de los otros. El razonamiento es extensible a las anulaciones de concesiones otorgadas fuera de concurso, pues el fundamento de la indemnización estaría —según se explicó— en el esfuerzo invertido, no en su valor comparativo.

El razonamiento no es de justicia sino de estricta dogmática jurídica cuando nos enfrentamos al caso de los intereses ocasionalmente protegidos, los que se dan en los conflictos (económicos o de cualquier otra índole) entre el interesado y otro tercero, destinatario de un acto administrativo favorable a él. En estos casos la función misma del interés demuestra la necesidad de su reparación pecuniaria, caso de lesión. Es falso, en primer lugar, que tales potestades dirigidas a un tercero en conflicto con el interesado sean siempre discrecionales, por el hecho elemental de que aquí, como en toda la administración, las potestades suelen ser siempre mixtas, parte regladas, parte discrecionales. Pero es falso, sobre todo, que haya una total separación entre este tipo de intereses ocasionalmente protegidos y los derechos subjetivos del interesado.

Esta tajante separación, que se niega en relación con los derechos condicionados, se sostiene briosamente y sin razón alguna frente a los intereses ocasionalmente protegidos. Se trata de un error. Hay una íntima conexión entre los intereses reflejos u ocasionales y los derechos subjetivos del interesado, radicada no en la estructura de aquellos, sino en su función.

Se ha dicho que el interés ocasional o reflejo es un medio para conservar o mejorar la posición competitiva o de parte en un conflicto de cualquier índole, normalmente económica. En tal situa-

ción de hecho el interés equivale a una expectativa en un debilitamiento de la contraparte o, al menos, en un no fortalecimiento de ella. Cuando el interesado pretende que no se fortalezca a la contraparte, instando no se le concedan nuevos derechos ni se le libere de viejas obligaciones, el acto opuesto equivale a un debilitamiento de aquel, porque altera la situación preexistente en favor del adversario. La situación es diversa cuando el interesado intenta lograr un debilitamiento de la contraparte, pidiendo se le cancelen derechos o se le impongan nuevas obligaciones, porque el acto opuesto mantiene la situación anterior y no altera la posición defensiva ni agresiva del interesado. Cuando, a la inversa, la debilita, es evidente el daño que con ello se causa ya no sólo al interés en mantener o conservar la posición propia sino al derecho subjetivo que con el interés se protege, normalmente de contenido económico. Así, la concesión ilegal de una ventaja (como una subvención o exención) al competidor puede desequilibrar la capacidad competitiva del interesado al extremo de producir su ruina, lo mismo que el ingreso ilegal de un competidor en un mercado saturado, como cuando se autoriza un aumento del servicio de autobuses en una línea que no lo requiere, o la apertura de una "bomba de gasolina" a distancia menor de la legalmente exigible, con drástica concurrencia frente a una clientela insuficiente, etc. En todas estas hipótesis se altera la situación preexistente con violación de la ley, creando o estimulando una competencia desleal en virtud de acto administrativo, con grave lesión y ruina eventual para la empresa del interesado. Es un hecho perfectamente comprobable por números la disminución de ingresos, paralela a la de clientela, que en tal hipótesis se produce, con la contracción económica de la empresa perjudicada y el correlativo beneficio de la ilegalmente protegida en su competencia desleal. Se trata de daño igualmente evaluable e individualizado, en cuanto a causa y medida, que el inferido a un derecho subjetivo en los casos comunes de responsabilidad.

En síntesis: procede la indemnización de los intereses ocasionales o reflejos cuando su lesión repercute en la empresa o en la posición competitiva del interesado en forma individual y evaluable, creando o propiciando una situación de competencia o, en general, de conflicto desleal entre aquel y el destinatario del acto administrativo, que ilegalmente le concede derechos o lo exime de obligaciones.



EL DERECHO EN LA
"FENOMENOLOGÍA DEL ESPÍRITU"
DE G. W. F. HEGEL

Seminario Doctoral "Hegel"
impartido por el
Dr. Roberto Murillo.