

# POSICIÓN JURÍDICA DEL PARTICULAR FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

*María Cristina Vázquez Pedrouzo<sup>1</sup>*

## ***NUESTRO HOMENAJE AL MAESTRO ENRIQUE SAYAGUÉS LASO***

*Siempre resultarán insuficientes las palabras que podamos decir quienes pertenecemos a la generación que ha abrevado en el rico manantial de su obra, sin conocerle más que por ella.*

*Por ella y alentados por los discípulos que sí le conocieron, hemos aprendido a llamarle Maestro.*

*Vayan al Maestro del Derecho administrativo uruguayo, nuestro agradecimiento y sentido homenaje.*

---

## **SUMARIO**

**I.** INTRODUCCIÓN; **II.** EL PARTICULAR EN SU RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN; **III.** LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO; **IV.** DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO; **V.** EN PARTICULAR SOBRE DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO, **V.1.** Teorías que niegan la existencia del derecho subjetivo, **V.2.** Teorías que afirman su existencia, a) Teoría de la voluntad, b) Teoría del interés, c) Teoría ecléctica, **V.3.** El análisis de García de Enterría y Fernández, **V.4.** El enfoque de Alessi, **V.5.** La opinión de Cassagne; **V.6.** La doctrina nacional, A. El análisis de Durán Martínez, B. La perspectiva de Biasco, C. El enfoque de Sánchez Carnelli; **VI.** EN PARTICULAR SOBRE LIBERTADES PÚBLICAS; **VII.** DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS; **VIII.** EL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO Y EL INTERÉS LEGÍTIMO EN LA CONSTITUCIÓN; **IX.** EN PARTICULAR SOBRE EL INTERÉS DIFUSO; **X.** ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Mayor de la República (Uruguay); Master en Ciencia de la Legislación y Governance Política de la Università di Pisa (Italia); Posgrado en Utility Regulation and Strategy de la University of Florida (USA); Posgrados en Gestión de las Energías Renovables y El Sector de Petróleo y sus Derivados del Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico (CEDDET); Posgrado en Defensa de la Competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia (España); Profesor Agregado de Derecho Administrativo de la Universidad Mayor de la República (Uruguay); Secretaria del Instituto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de dicha Universidad; Profesor de Derecho Administrativo en Maestría de Políticas y Gestión Públicas de la Oficina Nacional del Servicio Civil; Profesor de Derecho de la Regulación y la Competencia en el Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Procedimiento y Recursos Administrativos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo; Profesor Invitado de Master en Economía y Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona (España); Integrante Académica Supernumeraria de la Academia Nacional de Economía; integrante del Consejo Editorial de la Revista de Derecho y Tribunales; autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad.

## I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo intentaremos sistematizar los principales análisis realizados por la doctrina comparada, en relación con las diferentes situaciones jurídicas subjetivas que caracterizan la posición jurídica del particular frente a la Administración.

Para ello partiremos de examinar la noción de “*administrado*” así como las clasificaciones tradicionales de dichas situaciones jurídicas, definiendo brevemente las categorías de situaciones jurídicas activas o de ventaja, pasivas o de desventaja, intermedias y complejas.

Seguidamente analizaremos el origen, evolución y diferencia entre las nociones de Derecho objetivo y derecho subjetivo, para luego incursionar en particular, en la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. A estos efectos, relevaremos las teorías que niegan la existencia del derecho subjetivo, y las que la afirman, sea poniendo el énfasis en la voluntad, en el interés o en ambos. A continuación, desarrollaremos el punto de vista de doctrina española, italiana, argentina y nacional, en la materia.

Para cerrar el análisis teórico de estos temas, dedicaremos un apartado a las llamadas libertades públicas y analizaremos la noción de derecho público subjetivo y su relación con el Derecho administrativo. Ya procurando encontrar el alcance de los conceptos desarrollados teóricamente, en nuestro ordenamiento positivo, examinaremos las normas constitucionales que refieren a derecho subjetivo e interés legítimo.

El análisis de las situaciones jurídicas subjetivas concluirá con el de la situación de interés difuso.

Finalmente, intentaremos extraer algunas conclusiones personales, de los desarrollos realizados.

## II. EL PARTICULAR EN SU RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN

La expresión normalmente empleada por la doctrina para designar a quien se encuentra en una relación jurídica frente a la Administración<sup>2</sup>, es la de “*administrado*”, a pesar de que, en reiteradas oportunidades, se ha observado que sería conveniente encontrar algún otro vocablo que –a diferencia de este participio pasivo- se vea libre de la connotación de subordinación a la otra parte del vínculo jurídico.

Entre los autores que han señalado este aspecto, se encuentran los españoles García de Enterría y Fernández<sup>3</sup>, quienes al respecto expresan: “*Como participio pasivo del verbo administrar, parece argüir una posición simplemente pasiva de un sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo, la ‘potentior persona’ a la que llamamos Administración Pública. Sin embargo, esta connotación pasiva que el nombre de administrado evoca inevitablemente es inexacta hoy, tanto política como jurídicamente.*”

Los autores, sin embargo, terminan utilizando dicha palabra a falta de otra que cuente con tan extendida comprensión. En cualquier caso corresponde tener presente, como destacan, que la pa-

<sup>2</sup> Empleamos aquí la expresión Administración para designar a toda entidad estatal actuando en función administrativa, comprensiva del Estado Persona Pública Mayor, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados.

<sup>3</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón – Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 2ª. edición, Madrid, 1982, pags. 17 y ss.

labra “*administrado*” refiere en el Estado de Derecho, al verdadero sujeto del poder, y no a un objeto del mismo como acontecía en el Estado absolutista.

García de Enterría y Fernández lo definen como “*cualquier persona física o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la Administración pública o a sus agentes.*” A su vez, distinguen entre administrado simple, que ostenta una posición puramente genérica de ciudadano, y administrado cualificado, que “*matiza su posición de un status especial que le singulariza de la situación genérica por virtud de un tipo de relación concreta que le liga con la Administración de una manera específica.*” Pueden mencionarse como ejemplos de esta segunda posición, la condición de funcionario, la de contratista, la de parte o interesado en un procedimiento administrativo o la de usuario, entre otras.

Esa persona física o jurídica tiene una **capacidad jurídica** (aptitud para ser titular de derechos y obligaciones) y una **capacidad de obrar** (aptitud para actuar ejercitando los propios derechos). Ambas capacidades presentan, en el ámbito de la relación jurídico-administrativa, los rasgos generales que les son propios según la Teoría general del Derecho. En razón de ellas, el sujeto puede ser titular de diversas situaciones jurídicas.

### III. LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO

Para nuestra primera aproximación al tema de las situaciones jurídicas del administrado, continuaremos con el análisis realizado por García de Enterría y Fernández<sup>4</sup>, considerando que el mismo tiene la virtud de partir de una clasificación propia de la teoría general del Derecho, que contribuye a visualizar la matriz teórica común, a partir de la cual distinguir luego las especificidades en la relación con el Estado.

La clasificación adoptada para dichas situaciones jurídicas es la siguiente:

- a) situaciones jurídicas activas o de ventaja (que amplían su esfera jurídica)
  - i. potestad
  - ii. derecho subjetivo
  - iii. interés legítimo por oposición a interés simple
- b) situaciones jurídicas pasivas, de desventaja o gravamen (que limitan su esfera jurídica)
  - i. sujeción
  - ii. deber
  - iii. obligación
- c) figuras jurídicas de carácter intermedio (en las que se ensamblan ventajas y desventajas)
  - i. poder-deber, poder funcional o función

---

<sup>4</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón – ob. cit., pags. 17 y ss.

ii. derecho-deber (como lo es el voto en nuestro ordenamiento)

iii. carga

d) figuras jurídicas complejas (que suponen un conjunto de poderes, derechos, deberes y obligaciones aplicables en bloque al sujeto. como un “*status*”).

#### a) Con relación a las situaciones jurídicas activas

La **potestad** es definida por los autores como una manifestación de la personalidad consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo e independiente de toda relación jurídica concreta (no referido a un sujeto u objeto determinado), y susceptible de actuar frente a círculos genéricos de personas que se encuentran en situación de sujeción. Como ejemplo, mencionan la potestad de acción judicial: cualquier persona puede plantear una acción; el contenido propio de ésta es la apertura del proceso, y no un determinado resultado, el que queda ligado a las cuestiones de fondo. Por su parte, Cassagne alude, entre las potestades de Derecho público, a la reglamentaria, la disciplinaria, y al “*ius variandi*”, entre otras.<sup>5</sup>

Más adelante se expone el análisis de García de Enterría y Fernández en relación con las situaciones jurídicas de derecho subjetivo e interés legítimo, conceptos en que profundizará este trabajo.

#### b) Respeto de las situaciones jurídicas pasivas:

La **sujeción** es el término correlativo a la potestad. Supone la eventualidad de soportar consecuencias -normalmente desventajosas, aunque pueden también no serlo- del ejercicio de una potestad. Señalan García de Enterría y Fernández que constituye una situación puente a otras, como las de derecho, deber u obligación.

La figura del **deber** no ha tenido, según observan García de Enterría y Fernández, tan amplio desarrollo teórico como la del derecho, y ello es consecuencia de que el deber se desprende del reconocimiento mismo de la potestad pública. El derecho, en cambio, necesita de constante afirmación de modo de prevenir su desconocimiento. El deber, al igual que la obligación, implica un “*comportamiento positivo o negativo que se impone a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad.*”<sup>6</sup> El deber en sentido estricto tiene su origen directamente en la norma y no en una relación o negocio jurídico concreto; por tanto, frente al gravado por un deber no existe un sujeto titular de un derecho subjetivo. Un ejemplo puede ser el deber de prestar el servicio de agua potable y saneamiento anteponiendo razones de orden social a las de orden económico (artículo 47 de la Constitución).

García de Enterría y Fernández analizan en particular los deberes establecidos en la Constitución, a los que no corresponden derechos subjetivos ni, por tanto, sujetos que puedan exigir la efectiva adopción de las conductas respectivas. Al respecto, expresan que la articulación de su contenido y alcance exige una cobertura a nivel de ley formal. En nuestro caso, sin embargo, corresponde tener en cuenta el artículo 332 conforme al cual, los preceptos constitucionales “*que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a*

<sup>5</sup> Cassagne, Juan C. – Derecho Administrativo, Tomo II, Bs.As., 1998, pag. 99.

<sup>6</sup> García de Enterría y Fernández, ob. cit., pag. 33.

*las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.*”

A su vez, García de Enterría y Fernández observan que la imposición de deberes y obligaciones no siempre deriva de actos de gravamen, sino también de actos favorables, como es el caso de la obligación para el autorizado, de desarrollar la actividad autorizada. En tal supuesto, el acto administrativo de autorización tiene las características de un acto-condición, que coloca al autorizado en el “*status*” de tal (situación jurídica objetiva e impersonal, prevista por norma general preexistente), dando lugar al complejo de situaciones jurídicas subjetivas que componen dicho “*status*”.

En el caso de la **obligación**, la situación tiene lugar en el seno de una relación y en correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación, con poder de exigir el cumplimiento del comportamiento previsto.

Señalan García de Enterría y Fernández que, entre deber y obligación, tanto como entre potestad y derecho subjetivo, existe un proceso de concreción que se resuelve en actos administrativos de “*ascertainment*” o determinación.

### c) Respetto de las situaciones jurídicas intermedias

Ya en el ámbito de las situaciones jurídicas subjetivas intermedias, en el caso del **poder-deber, poder funcional o función**, el poder se otorga teniendo en cuenta el interés de otro sujeto o un interés objetivo, de cuya satisfacción depende la legitimidad de su ejercicio.

El autor pone como ejemplos de figuras intermedias, la patria potestad y el derecho-deber de trabajar. En nuestro ordenamiento podríamos mencionar como ejemplo, la consideración del “*trabajo*”, que realiza la Constitución de la República en los artículos 53 y siguientes, consagrando tanto su protección como el deber de trabajar.

Por otra parte, en el caso de la **carga**, como imperativo del propio interés, estamos ante una figura instrumental con respecto al ejercicio de ciertos poderes. La carga impone un comportamiento conectado con un interés propio del mismo sujeto gravado. Si éste lo omite, no incurre en responsabilidad pero se ve privado de un beneficio o ventaja del que el comportamiento es presupuesto.

### d) La clasificación de Garrido Falla

También en la doctrina española, Garrido Falla<sup>7</sup> distingue entre situaciones jurídicas activas o de poder y pasivas o de deber.

Entre las primeras, están las siguientes:

a) las que implican la posibilidad de obrar en un determinado sentido, incluso contra la oposición de alguien,

b) las que suponen la posibilidad de oponerse al obrar ajeno, y

---

<sup>7</sup> Garrido Falla, Fernando – Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1985, V. I. pags. 520 y ss.

c) las que implican la posibilidad de exigir que otro obre de un modo determinado.

Entre las segundas se encuentran:

a) las que suponen el deber de obrar en un sentido determinado en interés de un tercero,

b) las que implican el deber de abstenerse de obrar de una forma determinada,

c) las que suponen el deber de soportar la actuación de un tercero, y

d) las que implican el deber de obrar en un determinado sentido si se quiere que prevalezca un interés propio.

#### IV. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

**El Derecho objetivo** es, al decir de Pacheco, el “conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres con el objeto de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.”<sup>8</sup> Y cabría decir que la idea de “Derecho”, como instrumento regulador de la convivencia, resulta inherente a la vida del hombre en comunidad, aunque sea en su modo más intuitivo y embrionario.

Según expresa el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, Michel Villey,<sup>9</sup> en su sentido ya más técnico la noción de Derecho objetivo es un producto del pensamiento griego, fundado en la existencia de un orden natural que reina en el mundo social.

**La noción de derecho subjetivo**, en cambio, se vincula a formas de convivencia regulada más modernas. Al respecto señala Villey que ni aún los romanos habían desarrollado dicha noción, al punto que ni siquiera contaban con un término que la contemplara.

El concepto refiere a las facultades de que son titulares las personas, en virtud de las cuales pueden determinar normativamente la conducta de los otros.

En la historia de la filosofía del Derecho, Pacheco encuentra la primera idea que puede vincularse con el concepto de derecho subjetivo, en Hugo Grocio (1583 – 1645), en la obra “*Del Derecho de la Guerra y de la Paz*”. Allí, Grocio alude a la “*facultad*”, expresando que los jurisconsultos la llaman con el nombre de lo suyo, y que él en adelante la llamará “*derecho propio*”, en la que entiende se contienen la potestad en sí, la cual se llama libertad, y la potestad en otros “*como la patria, la señorial; el dominio, pleno o menos pleno, como el usufructo, y el derecho de pignorar; y el crédito, al que corresponde como contrario la deuda*”.

La idea se desarrolla luego con el jusnaturalismo y el iluminismo, fundamentos filosófico políticos de las revoluciones liberales.<sup>10</sup> A partir de esos orígenes se ha constituido en categoría conceptual central de nuestra cultura.

<sup>8</sup> Conf. Pacheco, Máximo – Teoría del Derecho, 4ª Edición, Santiago, 1990, pag. 127.

<sup>9</sup> Villey, Michel – Leçons d’histoire de la philosophie du droit, cit. por Pacheco, ob. cit.

<sup>10</sup> Conf. Maestro, Gonzalo (Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco) – Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX, en Rev. de D. Político N° 41, 196, pags. 119 a 175.

Como expresa Sforza<sup>11</sup>, en el marco del pensamiento jusnaturalista el ser humano es portador de derechos innatos que el Derecho debe reconocer, marcándose una preeminencia del sujeto privado sobre el mundo normativo. Los derechos innatos son “*genéricas formulaciones de existencias no tanto de la naturaleza, como de la razón humana, válidas como principios reguladores del orden jurídico.*”

Tal preeminencia se encuentra en el soporte filosófico jurídico de las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII.

Según observan Sforza y Maestro, es la idea de Rousseau sobre la conversión de los derechos naturales en civiles a través del pacto social, por el que opera el sometimiento a la Ley como expresión de la voluntad general, la que inaugura una perspectiva diferente. En esta perspectiva, el centro de gravedad comienza a trasladarse hacia la centralidad de la norma como paradigma científico del mundo jurídico.

La culminación del proceso se concreta con la formulación de los derechos públicos subjetivos.

## V. EN PARTICULAR SOBRE DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO

### V.1. Teorías que niegan la existencia del derecho subjetivo

A pesar de lo que viene de exponerse, procede señalar que la noción de derecho subjetivo no ha estado exenta de duros cuestionamientos.

Entre los autores que han llegado a negarla, **Duguít**<sup>12</sup> explica que el derecho subjetivo, como otras situaciones jurídicas subjetivas nace cuando la norma jurídica, que en su origen es objetiva y social, se aplica al individuo transformándose en una norma particular, individual.

En definitiva, las situaciones jurídicas subjetivas no serían más que concreciones de la regla objetiva de Derecho respecto de sujetos particulares, expresando la idea de solidaridad social. Las mismas no afirmarían poderes del hombre sobre el hombre sino que representarían “*funciones sociales*”.

A partir de esta concepción, los sujetos como miembros de la colectividad no son titulares de derechos sino de deberes.

También la Teoría Pura del Derecho postulada por **Kelsen**<sup>13</sup> niega existencia al derecho subjetivo. Kelsen sostiene que la formulación tradicional de la noción de derecho subjetivo tiene una función ideológica, en cuanto procura imponer límites infranqueables al Derecho objetivo afirmando “*la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo*”.

Para dicho autor, podemos imaginar un orden jurídico que no establezca derechos subjetivos, aunque ninguno puede abstenerse de determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas. A su juicio, entonces, el derecho subjetivo existe “*cuando entre las condiciones de la sanción*

<sup>11</sup> Sforza, W. Cesarini – Diritto soggettivo, en Enciclopedia del Diritto, Milán, 1964, cit. Por Maestro, ob. cit.

<sup>12</sup> Duguít, León – Le droit social individuel et la transformation de l’Etat, Madrid, pag. 6.

<sup>13</sup> Kelsen, Hans – Teoría pura del Derecho – 16ª. edición, Bs.As., 1979, pags. 101 y ss.

*figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al Derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste.”*

En sentido similar, **Thon**<sup>14</sup>, expresa que sólo existe derecho subjetivo al producirse una infracción a la norma, que pone a disposición del perjudicado una acción para perseguir la transgresión.

Por otra parte, **Cohen**<sup>15</sup>, integrante de la escuela funcional norteamericana, coloca a la expresión derecho subjetivo entre los conceptos que carecen de significado por no poder ser definidos en términos de los elementos de la experiencia. Para esta corriente de pensamiento, debemos redefinir los conceptos del pensamiento abstracto como construcciones de las cosas que efectivamente vemos o hacemos.

Para **Gény** y **Ross**<sup>16</sup>, el derecho subjetivo es una noción de técnica jurídica y no un producto de la naturaleza de las cosas. Como tal, puede cambiar y aún desaparecer, si deja de prestar su utilidad como instrumento.

Incluso, señala Ross, se trata de una noción que no designa fenómeno alguno con existencia en ciertas condiciones específicas, resultando posible exponer el Derecho vigente sin utilizar tal noción. En su opinión, todos los textos que la recogen podrían reescribirse prescindiendo de la misma.

## V.2. Teorías que afirman su existencia

En la perspectiva antes mencionada, de la filosofía jusnaturalista, el derecho subjetivo tiene existencia incluso anterior a la sociedad y pasa a la regla de Derecho por virtud del pacto social.

Como señala el profesor de Lovaina, **Jean Dabin**<sup>17</sup>, esa regla lo inviste a su vez de prerrogativas, de manera que puede definirse al derecho subjetivo como la *“prerrogativa concedida a una persona por el Derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido.”*

Aceptada la existencia del derecho subjetivo, diferentes han sido los criterios en lo que refiere a su contenido.

### a) Teoría de la voluntad

Puede mencionarse como primera formulación de la dogmática jurídica en relación con el contenido del derecho subjetivo, la de **Savigny**<sup>18</sup>, que ve en el mismo un poder de la voluntad para obrar dentro de los límites señalados por el Derecho objetivo.

<sup>14</sup> Thon, Augusto – Rechtsnorm und subjektives recht, pag. 37, citado por Pacheco, ob. cit.

<sup>15</sup> Cohen, Félix – El método funcional en el Derecho, pag. 65, citado por Pacheco, ob. cit.

<sup>16</sup> Gény, François – Science et technique en droit privé positif, Tome I, pag. 26; Ross, Alf – Sobre el Derecho y la justicia, pags. 164 y ss., citados por Pacheco, ibidem.

<sup>17</sup> Dabin, Jean – El derecho subjetivo, pag. 130, citado por Pacheco, ob. cit.

<sup>18</sup> Savigny, Federico Carlos de – Sistema del Diritto Romano attuale, Torino, 1888, pag. 336.



En sentido similar, **Windscheid**<sup>19</sup> expresa que el derecho subjetivo es un deber o señorío concedido a la voluntad por el ordenamiento jurídico positivo.

### b) Teoría del interés

Para **Ihering**<sup>20</sup>, la voluntad es la fuerza motriz del derecho subjetivo, pero éste existe en razón de intereses o fines que el individuo desea alcanzar. A partir de esta observación, Ihering expresa que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido.

En el derecho subjetivo pueden distinguirse, entonces, un elemento sustancial y un elemento formal. El primero está dado por el fin práctico del derecho, que produce una utilidad. El segundo es la protección jurídica del derecho. El primero es el fruto, el segundo la cáscara, en metáfora del autor.

### c) Teoría ecléctica

**Michaud, Bekker, y Jellinek**<sup>21</sup>, toman los elementos que consideran más adecuados de las teorías de la voluntad y el interés. Voluntad e interés son los elementos estructurales del derecho subjetivo, y unidos al poder de actuar lo tipifican completamente.

Así Jellinek expresa que *“el derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual.”*

En sentido similar, **Coviello** lo ha definido como el *“poder de obrar para la satisfacción de los propios intereses, garantizado por la ley”*.<sup>22</sup>

En el ámbito de la filosofía del Derecho, se ha señalado que el derecho subjetivo tiene un elemento interno (la posibilidad de querer y de obrar) y un elemento externo (la posibilidad de exigir el respeto de los otros). También se señalan, en ese ámbito, las diferentes formas de manifestación del derecho subjetivo<sup>23</sup>:

a) como derecho de libertad jurídica (que permite al titular optar entre ejecutar o no una conducta),

b) como poder de creación de derechos y deberes, o poder jurídico (que permite al titular crear nuevos derechos y obligaciones, por ejemplo el poder para constituir una fundación),

c) como pretensión o derecho a exigir el cumplimiento del deber ajeno (por ejemplo en el caso del acreedor respecto del deudor),

d) como derecho de cumplir el propio deber (por ejemplo el derecho del deudor de pagar por consignación cuando el acreedor se rehúsa a cobrarle).

---

<sup>19</sup> Windscheid, Bernardo – Diritto delle Pandette, citado por Pacheco, pag. 108, ob. cit.

<sup>20</sup> Ihering, Rudolf von – El espíritu del derecho romano, citado por Pacheco, pag. 137.

<sup>21</sup> Bekker, Ernst Immanuel; Michaud, León; Jellinek, Jorge – La teoría de la personalidad moral, citados por Pacheco.

<sup>22</sup> Coviello, Nicolás – Doctrina General del Derecho Civil, cit. por Pacheco, ob. cit.

<sup>23</sup> Conf. Pacheco. ob. cit.

### V.3. El análisis de García de Enterría y Fernández

García de Enterría y Fernández definen el **derecho subjetivo** como “*un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición.*”

Según señalan dichos autores, esta noción, construida en el ámbito del Derecho privado, es enteramente aplicable en el del Derecho administrativo, tanto respecto del Estado como de los particulares. Estos pueden ser titulares de derechos subjetivos de diversa naturaleza:

i. patrimonial (tanto de carácter obligacional -sea de origen contractual, extracontractual o legal- como real, en calidad de poseedor, propietario, titular de servidumbres sobre bienes del Estado, etc.)

ii. creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares (concesiones, autorizaciones, permisos, beneficios tributarios, y otros)

iii. situaciones de libertad individual técnicamente articuladas como derechos subjetivos.

No obstante, los autores marcan peculiaridades en el derecho subjetivo cuando el mismo se inserta en una relación de Derecho administrativo, que pueden traducirse en alguna forma de sacrificio, modificación o limitación, como consecuencia de la situación preeminente de la Administración en tanto que titular del interés público.

Por otra parte, García de Enterría y Fernández señalan que las tres formas típicas de derecho subjetivo antes mencionadas -derechos subjetivos de naturaleza patrimonial; derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares; y situaciones de libertad individual técnicamente articuladas como derechos subjetivos- presentan un contenido técnico común con los derechos subjetivos propios del Derecho privado.

Pero, **fuera del ámbito cubierto por ellos, se extiende “lo más importante de las posibilidades de actuación de la Administración.”** Y ponen como ejemplo las situaciones en las que se pone en juego el interés del ciudadano en el cumplimiento de las normas jurídicas, más allá de ese ámbito de sus derechos subjetivos. ¿Puede el ciudadano hacer valer esas normas?

Estos autores exponen el modo como los diferentes ordenamientos jurídicos construyeron soluciones diversas para dar respuesta a esta cuestión.

**En el Derecho Administrativo francés**, mientras el derecho subjetivo es protegido con el llamado “*recurso de plena jurisdicción*” (en que se dota al juez contencioso de las mismas potestades de cualquier otro juez), se busca asegurar el cumplimiento de la norma por la Administración a través del llamado “*recurso por exceso de poder*”.

García de Enterría y Fernández señalan el origen de este segundo recurso, en 1806, con la configuración del “*recurso por incompetencia y exceso de poder*”. En virtud de dicho recurso, el Consejo de Estado actúa como órgano administrativo (sistema de justicia retenida), operando un control interno sobre la Administración a efectos de evitar las irregularidades más groseras de los administradores. Las reclamaciones individuales se presentan, en esta etapa, como meras denun-

cias. Desde 1852, se le añade el control por vicios de forma, violación de Ley, desviación de poder y actividad discrecional. Posteriormente, por ley de 1872, se pasa del sistema de justicia retenida al de actuación propiamente jurisdiccional y -en lo que García de Enterría y Fernández definen como “una de las más grandes construcciones de la Historia del Derecho de todos los tiempos”- el Consejo de Estado perfila el recurso por exceso de poder como un verdadero proceso para asegurar el cumplimiento de la ley por la Administración, y ya no como una simple vía de denuncia. No obstante, se señala a la “*legalidad objetiva*” como objeto del fallo, calificando al proceso como “*proceso al acto*”, y al recurso como “*recurso objetivo*”.<sup>24</sup>

**En Italia** -según también historian García de Enterría y Fernández- se construye la noción de **interés legítimo**, como instrumento vinculado a la protección del interés que no alcanza el rango de verdadero derecho subjetivo. Por reforma de 1889, se atribuye al Consejo de Estado la tutela de los intereses en el ámbito administrativo, que más tarde la doctrina denominaría intereses legítimos, inaugurando la división de la justicia administrativa en dos ámbitos: el mencionado de protección de los intereses legítimos a cargo del Consejo de Estado, y el de protección de derechos subjetivos, confiado a los tribunales ordinarios.

Como explican García de Enterría y Fernández, la doctrina italiana clásica en la materia (Ranelletti, Cammeo y Zanobini) define al interés legítimo señalando que se trata de un interés de un administrado que simplemente coincide de hecho con el interés general en función del que se dictó la norma. La tutela es, por tanto, indirecta u ocasional.

Guicciardi, por su parte, afirma que los derechos subjetivos resultan de las normas de relación (normas que crean relaciones jurídicas), mientras que los intereses legítimos resultan de normas de acción (orientadas al plano interno de la Administración y al establecimiento de procedimientos). Tiene un interés legítimo aquel que se ve afectado de modo particular por el incumplimiento de las normas de acción.<sup>25</sup>

Otra explicación identifica el interés legítimo con la legitimación para recurrir.<sup>26</sup>

Resulta interesante la observación formulada también en la doctrina italiana, por Cannada-Bartoli<sup>27</sup>, quien puntualiza que, en definitiva, el derecho subjetivo es siempre presupuesto de las situaciones de interés legítimo. Así, quien participa en un procedimiento administrativo e impugna un defecto del mismo, está defendiendo, en realidad, su derecho subjetivo comprometido en tal procedimiento.

**En Alemania**<sup>28</sup>, por su parte, Jellinek refiere a una extensión de los derechos públicos subjetivos del ciudadano en torno a status derivados de las libertades fundamentales, dejando al margen de la tutela judicial los que Ihering ya había llamado “*reflejos del Derecho objetivo*” (casos en que la norma prescribe una acción u omisión a los órganos estatales en interés general, derivándose situaciones de ventaja o desventaja para determinados individuos según se cumpla o no esa norma).

Posteriormente, en la Ley Fundamental de Bonn, se incluye la “*cláusula general*” de protec-

<sup>24</sup> En este proceso se exige al denunciante la titularidad de un interés directo y personal en el asunto.

<sup>25</sup> Citado por García de Enterría y Fernández, ob. cit., pag. 41.

<sup>26</sup> Más adelante se analiza el concepto en Alessi.

<sup>27</sup> Citados por García de Enterría y Fernández, ob. cit. pag. 50.

<sup>28</sup> Conf. García de Enterría y Fernández, ob. cit., pag. 42.

ción jurisdiccional del ciudadano, que procura una “*protección sin lagunas*”. Doctrina posterior da a esta cláusula, alcance de tutela similar a la lograda con la construcción de las nociones de “*recurso objetivo*” en el sistema francés y de “*interés legítimo*” en el italiano.

**En España**, el recurso por exceso de poder o de anulación se incorpora por vía jurisprudencial primero, y en normativa local después. A partir de 1956 ingresa en la Ley Reguladora de la Justicia Contencioso Administrativa. Posteriormente, la expresión “*interés legítimo*” se incluye en el texto constitucional (artículo 24).

En postura que cabe vincular con la sustentada por Cannada-Bartoli en la doctrina italiana, en cuanto postula que toda situación de interés se asocia de algún modo con un derecho subjetivo, García de Enterría y Fernández señalan que, en todo caso, nace un verdadero derecho subjetivo cuando se afectan prescripciones legales: el derecho a la eliminación del perjuicio, un derecho de defensa o protección que, siguiendo a Roubier, denominan “*situación reaccional*”. Antes de la infracción solo existiría un deber de respetar la norma; una vez violada surge el derecho subjetivo de reparación o de restitución.

Más concretamente, expresan estos autores: la Administración no tiene hacia un ciudadano o un conjunto de ciudadanos, la obligación jurídica de observar la legalidad. Por ello, no existe un derecho subjetivo a la observancia de la legalidad, salvo para los titulares de verdaderos derechos subjetivos singularizados. “*Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa situación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. Ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento y plenamente.*”

García de Enterría y Fernández denominan a este tipo de derechos dirigidos a la eliminación de la actuación ilegal y al restablecimiento de sus intereses, “*derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios*”, diferentes de los “*derechos subjetivos típicos o activos*”. Entre ellos no hay una diferencia de naturaleza o funcionalidad. Estos autores atribuyen enorme trascendencia a los derechos subjetivos reaccionales porque son los que permiten que los particulares “*fiscalicen la totalidad de la legalidad administrativa, y no solo la franja minúscula que entra en juego en la vida jurídico-administrativa a propósito del tráfico de los derechos subjetivos activos de corte tradicional.*”

#### **V.4. El enfoque de Alessi<sup>29</sup>**

Particularmente interesante, también desde el análisis de la situación jurídica del sujeto frente a la Administración, es el enfoque de Alessi sobre el tema.

Alessi señala que, conforme a la doctrina dominante, el derecho subjetivo frente a la Administración supone “*un interés directa, individual y completamente protegido*”, en tanto que el interés legítimo refiere a un interés protegido “*de modo menos perfecto*” o “*de forma ocasional o refleja*”. El interés legítimo sería un “*quid*” intermedio entre el derecho subjetivo y el mero interés (no tutelado). Según dicha doctrina, ambas nociones son categorías de orden sustancial, distinguibles de las figuras procesales del interés a la acción judicial, y existiría entre ellas una diferencia exclusivamente en el grado de protección.

<sup>29</sup> Alessi, Renato – Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona 1970, T. II, pags. 444 y ss.

Tomando elementos de la ciencia económica, el autor parte de considerar el cúmulo de necesidades que pueden afectar al ser humano, susceptibles de ser satisfechas a través de bienes o servicios. La aptitud de esos bienes o servicios para satisfacer las necesidades humanas es denominada utilidad. Al concepto objetivo de utilidad corresponde el concepto subjetivo de interés: *“posición subjetiva del hombre frente a la utilidad ofrecida por determinados bienes o servicios capaces de satisfacer algunas de sus necesidades.”*

También informado por la ciencia económica, el autor constata que, frente a la masa ilimitada y creciente de utilidades, el ser humano se encuentra con la limitación de los bienes o servicios necesarios para su satisfacción, dando lugar a conflictos de intereses que se resolverían por la violencia, de no intervenir la norma jurídica apoyada en la soberanía del Estado.

Las normas aseguran —señala— la prevalencia de los intereses que coinciden con el interés colectivo y la subordinación de los que no lo hacen. A veces la norma sacrifica intereses individuales para garantizar la satisfacción del interés colectivo, y otras lo hace para garantizar intereses contrapuestos de otros individuos.

En muchos casos, la sola imposición de un vínculo o de una obligación a los sujetos titulares de los intereses que habrán de verse sacrificados, es suficiente para que se cumpla de modo espontáneo. En otros casos, en cambio, la norma no es espontáneamente cumplida y se constituye el conflicto.

Señala Alessi que el elemento teleológico de la obligación normativa es la realización de un interés perteneciente a otro sujeto, interés que se realiza asegurando la satisfacción de la necesidad o, lo que es igual, asegurando la utilidad capaz de tal satisfacción (como se anticipó, dicha utilidad está representada por bienes o servicios).

La utilidad puede ser de carácter real o personal. Cuando es real, basta con asegurar al sujeto una libertad de actuar sobre los bienes o actividades propios. En tal caso, el vínculo asume un contenido negativo imponiendo una abstención a todos: *“erga omnes”*. Este vínculo da lugar a los derechos reales y del mismo deriva una esfera de *“agere”* (hacer, llevar a cabo) lícito y garantizado. Cuando la utilidad es personal, debe asegurarse la prestación por parte de otros sujetos determinados. En tal caso, el vínculo tiene un contenido positivo. Este vínculo da lugar a los derechos de crédito y del mismo deriva una *“expectativa garantizada”* (con un significado objetivo de expectativa, diferente del subjetivo de interés). En ambos casos hay una utilidad y una garantía (efecto de la protección por el Derecho objetivo).

A partir del análisis realizado, Alessi define al derecho subjetivo como *“una situación jurídica subjetiva caracterizada por una garantía legal de una utilidad sustancial y directa para el sujeto titular.”* En su construcción teórica:

a) El interés no es intrínseco al derecho subjetivo sino que es el elemento teleológico del vínculo del que dicho derecho nace;

b) El derecho subjetivo no es la protección del interés porque éste nace de esa protección (por medio del vínculo), siendo en realidad su efecto;

c) El mandato no es un elemento del derecho subjetivo; el goce de los bienes o prestaciones

no constituye ejercicio de un poder jurídico, sino de un “*poder de hecho*” que deviene jurídico a través de la licitud y la garantía de poder hacerlo, ofrecida por la norma. La obligación está en la norma. Si el tercero obligado no permite gozar o no cumple con la prestación, no se le obliga recurriendo al derecho subjetivo en sí mismo, sino recurriendo al derecho de acción, en el que existe un poder dirigido a los órganos estatales para restablecer el orden jurídico violado.

d) La obligación es la fuente del derecho subjetivo y, por tanto, es extrínseca y anterior al mismo. No es la contraposición al poder.

e) La relación jurídica no liga al titular del derecho subjetivo con el sujeto obligado, sino que se da entre la norma jurídica y el sujeto obligado (dando lugar al vínculo), por un lado, y entre dicha norma y el titular del derecho subjetivo (dando lugar a la garantía), por otro.

Desde estas consideraciones de teoría general del Derecho y ya instalado en el vínculo entre Administración y ciudadano, el autor señala que el ciudadano frente a la Administración es destinatario de una serie de utilidades (sustanciales e instrumentales) adecuadas para satisfacer sus intereses y garantizadas por el Derecho objetivo.

En este ámbito, expresa, existen dos situaciones que dan lugar a la figura del derecho subjetivo, con analogía con las antes mencionadas situaciones del Derecho privado, de derecho absoluto (referido a las que llama utilidades reales) y de derecho de crédito (utilidades personales o prestaciones). En ellas, existe un vínculo impuesto por la norma a la Administración, y la idoneidad de dicho vínculo para garantizar una utilidad sustancial y directa. Constituye ejemplo de derecho absoluto, el derecho al respeto de la propiedad, y lo es de derecho de crédito el derecho al cobro del sueldo. En ambos casos se genera una utilidad directa, inmediata y sustancial garantizada, que constituye un derecho subjetivo frente a la Administración.

También en el ámbito del Derecho público, los derechos relativos tienen valor directo exclusivamente frente a un sujeto determinado, en este caso la Administración, en tanto que los absolutos tienen valor frente a cualquiera (“*erga omnes*”) y no solo frente a la Administración. El contenido de los derechos absolutos está dado por una abstención general de perjudicar a los demás (creando una esfera negativa de señorío en torno al sujeto titular), mientras el de los derechos relativos constituye una esfera positiva integrada por prestaciones determinadas de los terceros.

Por otra parte, y más allá de las situaciones que vienen de describirse, Alessi define otra situación con las características de “*un vínculo capaz únicamente de garantizar una utilidad **instrumental** para el individuo, representada por un determinado comportamiento de la Administración, ajustado al interés público (y como tal establecido por la norma) y susceptible de satisfacer solo de modo **eventual y mediato** un interés individual de naturaleza sustancial, pero inadecuado para garantizar al individuo una utilidad sustancial **directa e inmediata**, de manera que no podrá aparecer aquí la figura del derecho subjetivo (caracterizada, como hemos visto, por la garantía de una utilidad sustancial inmediata y directa), sino una figura menor y distinta, caracterizada precisamente por la garantía de una tal utilidad instrumental.*”

Como ejemplo, menciona las normas que imponen a la Administración seguir un procedimiento determinado en materia de concursos para el ingreso, contratación y otros procedimientos competitivos. En estos casos, la garantía ofrecida por el vínculo al individuo es la de la legalidad del comportamiento administrativo y de que el mismo se ajustará al interés público. Su

naturaleza es instrumental, en cuanto por su medio puede esperarse eventualmente el obtener también la satisfacción del interés sustancial.

Para denominar estas situaciones en que la protección sería indirecta, ocasional o refleja, la doctrina tradicional emplea, señala Alessi, la expresión de “*interés legítimo*”. Para él, en cambio, no existe entre derecho subjetivo e interés legítimo una mera diferencia en el grado de protección porque, como ha explicado, el derecho subjetivo no es un interés protegido. Por el contrario, la médula de la distinción se encuentra en lo siguiente:

En el caso del **derecho subjetivo** la norma garantiza una utilidad sustancial directa e inmediata, cuya finalidad y resultado es la realización de un interés individual sustancial.

En el **interés legítimo** el objeto de la garantía es una utilidad solamente instrumental para la realización de un interés instrumental en la legalidad del comportamiento administrativo. El interés sustancial podría realizarse al realizarse el instrumental (de forma eventual y mediata), y de no realizarse dan lugar a un interés procesal.

El interés legítimo, como se ha dicho, sería una especie intermedia entre el derecho subjetivo y el mero interés que no es objeto de tutela.

Las partes de las formulaciones precedentes que refieren a la utilidad proporcionan una definición objetiva de derecho subjetivo e interés legítimo; las que refieren al interés acentúan el aspecto subjetivo.

Similares argumentaciones utiliza Alessi para caracterizar otras situaciones en que la garantía de una utilidad sustancial se transforma en garantía de una utilidad instrumental o de la mera legalidad del comportamiento. Así ocurre en el caso en que la Administración actúa en ejercicio de discrecionalidad<sup>30</sup>, así como en supuestos de vínculos que serían capaces de garantizar al individuo una utilidad sustancial, pero en los que la norma ha concedido a la Administración un poder jurídico antitético<sup>31</sup>. En ambos casos nos hallamos ante **derechos debilitados** (“*diritto affievolito*”).<sup>32</sup>

## V.5. La opinión de Cassagne

Cassagne<sup>33</sup> adopta la definición de **derecho subjetivo** como poder jurídico otorgado o reconocido por el ordenamiento a la persona, que se despliega y contiene dentro del ámbito de una actual y concreta relación con una cosa o sujeto determinados.

A continuación observa que en el orden de la realidad aparecen situaciones jurídicas subjetivas que no encuadran en esta noción. Ellas traducen un poder de reacción reconocido como ga-

<sup>30</sup> Por tanto no resulta obligada a decidir conforme a la pretensión del individuo.

<sup>31</sup> Puede ponerse como ejemplo el caso de una concesión, considerando que la Administración tiene la potestad de revocarla.

<sup>32</sup> Biasco cita la doctrina que distingue entre derechos debilitados desde el origen (como una concesión de un bien de dominio público), y derechos debilitados en virtud de un debilitamiento posterior (como la propiedad cuando el bien es designado para ser expropiado). Al respecto señala que lo que se quiere explicar en términos de debilitamiento no es más que el normal efecto de la imperatividad del acto administrativo. Ver Biasco, Emilio – Las figuras jurídicas subjetivas en el Derecho uruguayo. Apuntes del Curso de Derecho Público III, dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1990, en <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/figsubjetivas.pdf>.

<sup>33</sup> Ob. cit., pag. 99.

rantía instrumental de legalidad, a favor del administrado que se encuentra en una situación cualificada frente a una norma objetiva (por ejemplo un reglamento) o a un acto concreto (por ejemplo actos del proceso de selección en la contratación administrativa). Estas situaciones jurídicas dan lugar, en su opinión, al interés legítimo.

El autor descarta la aplicación al Derecho público, de las definiciones de interés legítimo formuladas por Ranelletti o Zanobini, para quienes el mismo existe siempre que la norma ha sido dictada en interés general, resultando protegidos los intereses de una persona en forma ocasional o refleja. Observa Cassagne que la garantía de legalidad, *“aun siendo instrumental, tiene por efecto directo la protección de los intereses legítimos particulares.”*

También objeta la distinción efectuada por Guicciardi, para quien solo las normas de relación (que crean relaciones jurídicas) dan lugar a derechos subjetivos; no así las normas de acción (orientadas al plano interno de la Administración y al establecimiento de procedimientos).

Para Cassagne, el interés legítimo permite satisfacer de un modo mediato los intereses individuales o sociales de carácter sustancial; es *“un verdadero poder jurídico que permite exigir la garantía de legalidad instrumental en sede administrativa y que tiene adosado un poder de impugnación o reacción, tanto en sede administrativa como en la judicial.”*

Para definir a los llamados *“derechos debilitados”*, cita la posición de Alessi ya mencionada, referente al *“tipo especial de situaciones jurídicas de carácter activo en las cuales el vínculo genera, en forma congénita, su propia revocabilidad por razones de interés público apreciada discrecionalmente o en forma reglada por la Administración.”* Y pone como ejemplo el permiso, susceptible de revocación, dada su precariedad.

El análisis de Cassagne sobre las situaciones jurídicas subjetivas incluye, asimismo, las nociones de interés simple e interés difuso o colectivo.

La situación de **interés simple** es la que caracteriza a la persona física o jurídica como miembro de la comunidad, actuando en función del bien común o de círculos de interés determinados, de carácter genérico, como los de vecinos, familiares, profesionales, comerciantes u otros. En virtud de estas situaciones, el sujeto puede peticionar, plantear iniciativas, denuncias, sugerencias o propuestas.

Citando a Grecco<sup>34</sup>, define al **interés difuso** como aquel en que concurren dos elementos: un elemento subjetivo consistente en la pertinencia a una pluralidad indeterminada de sujetos que pueden ser incluso todos los integrantes de la comunidad, y un dato normativo que atribuye la juridicidad.

## V.6. La doctrina nacional

### A. El análisis de Durán Martínez<sup>35</sup>

Luego de recordar los análisis sobre el tema de las situaciones jurídicas subjetivas, realizados por García de Enterría y Fernández, y Garrido Falla, antes mencionados, Durán repasa las po-

<sup>34</sup> Grecco, Carlos M. – Estudios preliminar sobre los denominados intereses difusos, colectivos y su protección judicial, L.L., t 1984-B, pag. 868, citado por Cassagne, ob. cit., pag. 107.

<sup>35</sup> Durán Martínez, Augusto – En Contencioso Administrativo, Mont., 2007, pags. 103 y ss.



siciones de los diversos autores (Duguit, Kelsen, Windscheid, Ihering, Jellinek, Alessi) sobre el derecho subjetivo, declarando su preferencia por la postura de Jellinek, a la que ve como una variante de la de Ihering.

Entiende el autor que la garantía legal aludida por Alessi no es sino “*una consecuencia de la constitución del interés por parte del Derecho o de su reconocimiento y no a la inversa.*” Y agrega que, en los ordenamientos jurídicos en que no se reconocen los derechos subjetivos inherentes a la personalidad humana, esos derechos de todos modos existen, dado que son anteriores al Derecho Positivo, aunque son inoperantes. “*Su falta de reconocimiento constituye una imperfección del Derecho Positivo y ello se debe a una cuestión cultural.*”

En cuanto al interés legítimo, Durán señala que la clave para su definición radica en la finalidad de la protección. Mientras el derecho subjetivo es protegido “*en atención directa a sí mismo y solo indirectamente en función del interés público*”, el interés legítimo “*es tutelado en atención directa al interés público y solo indirectamente en función del particular. Es decir, la protección de ese interés particular constituye un efecto reflejo de la protección del interés general. Por eso también en estos casos se habla de ‘derecho reflejo’. Naturalmente que si ese ‘reflejo’ no llega a una determinada esfera subjetiva no existe allí un interés legítimo sino simple.*” Y pone como ejemplo el caso de una norma que impone la licitación para la contratación de obra pública. Ella tutela el interés general de modo directo, e indirectamente tutela el de los empresarios de obra pública en participar en el llamado. En consecuencia, estos empresarios tienen un interés legítimo en que se efectúe la licitación. El resto de los ciudadanos tiene a lo sumo un interés simple en que se cumpla la norma.

El autor hace también referencia a la figura del derecho condicionado o debilitado (“*diritto affievolito*”) definido según Alessi. Y, citando a Giorgi<sup>36</sup>, pone como ejemplo de derecho debilitado o condicionado, en nuestro ordenamiento, el caso del permiso, que puede ser revocado en cualquier momento.

Al respecto, Giorgi expresa: “*El interés legítimo es un interés protegido por el ordenamiento jurídico, aún cuando de una manera relativa (‘diritto affievolito’, según la doctrina italiana) o de un modo indirecto, a través de la tutela del interés general (‘diritto riflesso’), es decir, no en la forma absoluta y perfecta de los derechos subjetivos estricto sensu.*”

En su opinión, la figura del derecho debilitado se encuentra más próxima al derecho subjetivo que al interés legítimo: “*Sería una especie de derecho subjetivo. Este sería el género y el derecho subjetivo perfecto y el derecho subjetivo debilitado o condicionado serían especies de aquél.*”

## **B. La perspectiva de Biasco**

Biasco<sup>37</sup> señala que en el ordenamiento jurídico se encuentran diversas figuras jurídicas genéricas, jerarquizadas, separables aunque concatenadas, que se denominan:

a) Calidades jurídicas

b) Capacidades jurídicas

<sup>36</sup> Giorgi, Héctor – El Contencioso Administrativo de Anulación, Mont., 1958, pag. 68.

<sup>37</sup> Biasco, Emilio – Las figuras jurídicas subjetivas cit.

c) Posiciones jurídicas

d) Situaciones jurídicas subjetivas.

Siguiendo a Galateria y Stipo<sup>38</sup>, define a las **calidades jurídicas** como el modo de ser abstracto de un sujeto o una cosa, con relevancia jurídica (por ejemplo la calidad de hombre o mujer, la de pozo o surgente).

La **capacidad**, por su parte, puede manifestarse a través de la **capacidad jurídica** (aptitud de ser sujeto) y **capacidad de obrar** (idoneidad para ejercer poderes inherentes a los derechos de que se es titular). De ellas se distingue la **legitimación jurídica**, que indica al sujeto que está en posición de ejercer una facultad. En su “Vocabulario Jurídico”, Couture la define del modo siguiente: *“Condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión (Legitimatío ad causam); Aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro (Legitimatío ad processum).”*<sup>39</sup>

La **posición jurídica** es definida en la presentación de Biasco, siguiendo a Santi Romano, como la condición estable y permanente que puede ser fuente y causa de una serie indefinida de relaciones, de las que derivan otras accidentales, específicas y concretas.<sup>40</sup>

Biasco adopta la clasificación de las posiciones jurídicas, en posiciones activas o de ventaja (derivadas de la atribución de poderes), pasivas o de desventaja (derivadas de la atribución de deberes), y mixtas, como el poder-deber. También considera los “*status*” jurídicos, condiciones complejas que se integran con una variedad de posiciones jurídicas.

El autor marca una **diferencia entre las posiciones jurídicas y las situaciones jurídicas**, considerando que las primeras se presentan como condiciones básicas y genéricas (como fuentes de situaciones jurídicas), además de estables y permanentes, en tanto que las segundas tienen carácter temporal e intermitente, con las notas de concreción y especificidad por su vinculación a un evento concreto.

Ya en sede de análisis del **poder jurídico**, observa que del mismo se derivan las potestades, que se dan fuera de toda relación jurídica, y los derechos subjetivos, que se desarrollan en el marco de relaciones jurídicas.

Las categorías resultantes de su clasificación de las posiciones jurídicas, son las siguientes:

a) Posiciones jurídicas activas

a. Derecho subjetivo

b. Libertad jurídica

c. Interés legítimo

<sup>38</sup> Galateria, Luigi y Stipo, Massimo – Manuale di Diritto amministrativo, Principi Generali, pags. 73 y ss.

<sup>39</sup> Cit. por Biasco, ob. cit.

<sup>40</sup> Santi Romano, Corso di Diritto costituzionale, pags. 67-69., cit. por Biasco, ob.cit.

- d. Interés supraindividual
  - e. Interés simple o de hecho
  - f. Expectativa legítima
  - g. Garantía
- b) Posiciones jurídicas pasivas
- i. Deber jurídico
  - ii. Obligación jurídica
  - iii. Sujeción jurídica
  - iv. Carga jurídica
- c) Posiciones jurídicas mixtas

Biasco define al **derecho subjetivo** y a la **obligación**, expresando que el primero es la “*aptitud de quien puede asumir un comportamiento respecto de otro, o de todo otro sujeto; mientras que la posición recíproca, o sea la que es debida a cierto comportamiento frente a otros, es una posición de obligación.*”

En su opinión, en la base del derecho subjetivo existe un interés propio del titular, pero el mismo resulta de la combinación de tres elementos: a) el poder garantido por el ordenamiento, que supone la voluntad del titular para obtener su protección, b) con la finalidad de poder valerse del mismo, c) y con el objeto de satisfacer un interés propio.

Agrega que el derecho subjetivo supone facultades típicas de goce, disposición, pretensión mediante acciones y elección acerca del modo de su ejercicio.

Biasco formula las siguientes clasificaciones de los derechos subjetivos:

- a) absolutos (oponibles a todos, como el derecho a la personalidad o a la propiedad) y relativos (oponibles solo a ciertas personas como el derecho de crédito),
- b) patrimoniales y no patrimoniales, según que refieran o no a intereses económicos,
- c) transmisibles y no transmisibles (a esta categoría pertenecen los personalísimos como el derecho a la vida o el derecho al honor),
- d) reales (que atribuyen señorío sobre una cosa) y de crédito, y
- e) derechos fundamentales o derechos humanos (también denominados de libertad o libertades fundamentales).<sup>41</sup>

<sup>41</sup> También incorpora a su análisis la clasificación de los derechos en: a) derechos de primera generación (civiles y poli-

Los últimos no son adquiribles, sino inherentes a la condición de persona, absolutos, “*erga omnes*”, indisponibles, intransmisibles e imprescriptibles.<sup>42</sup>

Biasco también alude a los llamados **derechos subjetivos perfectos o incondicionados**, derechos que se encuentran garantidos por la Constitución, frente al legislador, al administrador y a la jurisdicción. Los mismos no pueden ser limitados ni aun por razones de interés general.<sup>43</sup> Los que sí pueden serlo se denominan derechos condicionados.

Por otra parte, define al **interés legítimo** como una “*posición jurídica subjetiva autónoma, activa y de ventaja, correlativa de una potestad de la Administración y relativa a un interés sustancial, que el ordenamiento jurídico considera relevante, atribuyendo al titular instrumentos de tutela directa para permitir su realización a través del correcto ejercicio del poder de la Administración, conforme a las normas y a los principios que regulan la función administrativa (como los principios de legalidad, de imparcialidad, de buena administración, etc.)*.”

### C. El estudio realizado por Sánchez Carnelli

Sánchez Carnelli<sup>44</sup> también realiza un recorrido por las clasificaciones formuladas por la doctrina comparada, analizando de modo particular las situaciones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés difuso.

En relación con el par de conceptos derecho subjetivo e interés legítimo, se detiene en la opinión de Giorgi ya citada, compartida por el Juez Pedro Keuroglián, en el sentido de que los intereses legítimos “*en realidad constituyen una especie del género derecho subjetivo.*”<sup>45</sup>

## VI. EN PARTICULAR SOBRE LAS LIBERTADES PÚBLICAS

García de Enterría y Fernández<sup>46</sup> señalan que **la libertad, “decisión política fundamental”**, como principio se especifica en sus **aplicaciones materiales básicas**, de los derechos, deberes y

tivos –libertades negativas, de afianzamiento de la libertad, la propiedad y la seguridad–, surgidos con el primer constitucionalismo de finales del siglo XVIII); b) de segunda generación (económicos, sociales y culturales –libertades positivas, surgidos con el llamado constitucionalismo social de la segunda década del siglo XX e incorporados en las Constituciones de Querétaro de 1917 y Weimar de 1919); y c) de tercera generación o colectivos (aparecidos después de la segunda posguerra, que incluyen el derecho a la paz, a la comunicación e información, a la protección de los consumidores, y a un medio ambiente sano, entre otros); ob. cit., pags. 46 y ss.

<sup>42</sup> Otros caracteres que analiza Biasco, son la inviolabilidad, la indivisibilidad, la interdependencia entre ellos, la progresividad (protección de nuevos derechos), la universalidad, la nota de reconocidos por oposición a otorgados, la no taxatividad, y la no jerarquización entre sí, entre otros, ob. cit., pag. 37, nota 70.

<sup>43</sup> Como ejemplos de derecho perfecto, menciona el derecho a la protección en el goce de la vida (como consecuencia de la armónica aplicación de los artículos 7 y 26, que prohíbe la pena de muerte), el derecho a la igualdad (artículos 8 y 9), el de ‘habeas corpus’ (artículo 17), el derecho a la reparación del daño (artículos 10, 24 y 312), el de libre expresión del pensamiento (artículo 29), el de petición simple (artículo 30), el de interponer la acción o la excepción de inconstitucionalidad de los actos legislativos (artículos 256 y ss.), y el de interponer recursos administrativos (artículo 317). Todos los artículos son de la Constitución. También menciona la lista no taxativa de derechos declarados no suspendibles por la CADH, en su artículo 27. Ob. cit., pags. 40 y 41. Cassinelli, por su parte, menciona como derechos perfectos, el derecho a la vida, el de solicitar la declaración de inconstitucionalidad y el de interponer el recurso de ‘habeas corpus’.

<sup>44</sup> Sánchez Carnelli, Lorenzo – Las situaciones jurídicas subjetivas – En Cuadernos de Derecho Público III, Mont., 1996, pag. 42.

<sup>45</sup> En realidad, parece más bien que podría afirmarse lo contrario, y ver al derecho subjetivo y al interés legítimo como especies del género interés, diferenciadas por el grado de protección otorgada por el Derecho objetivo, mayor en el primero que en el segundo.

<sup>46</sup> Ob. cit., pags. 55 y ss.

garantías, marcando de manera decisiva la posición activa del administrado en el sistema jurídico administrativo.

A partir de la filosofía de la Ilustración, observan, se configuran derechos subjetivos frente al Estado que imponen un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado, reclamando de él una abstención. A su vez, ya en las primeras declaraciones de derechos se incluyen otros derechos, que pretenden la conversión del individuo en ciudadano insertándolo en el propio aparato político o de poder, a los que se conoce como derechos cívicos o políticos.

Tomando la caracterización de Burdeau, estos autores denominan a los primeros “*derechos de libertad-autonomía*” y a los segundos “*derechos de libertad participación*”. Ambas categorías cumplen funcionalidades diversas.

En la primera categoría se busca liberar de la acción del poder, esferas de determinación puramente privadas, definiendo la parte de la existencia individual exenta de la autoridad del grupo, en la que reina “*una libertad individual plenaria e inviolable de determinación*”. Es ésta la tónica que marca el artículo 10 de nuestra Constitución:

*“Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.*

*Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

En la segunda categoría se intenta asegurar el control de los gobernantes por los gobernados, interiorizando el poder en la sociedad y haciéndolo disponible por quienes son también sus destinatarios. En ella se expresa propiamente el principio democrático.

García de Enterría y Fernández aluden a continuación a una tercera categoría, de reconocimiento posterior, la de los derechos económicos y sociales (“*derecho-prestación*”), que reclaman una prestación positiva por parte del Estado, a efectos de asegurarles un nivel mínimo de “*libertades reales*”.

A su vez, estos autores observan que es cada vez más frecuente la integración de las tres categorías de derechos, como modo de garantizar al ciudadano una “*asistencia vital efectiva*”.

## VII. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

La noción de derecho subjetivo se desarrolla inicialmente en el ámbito del Derecho privado, buscando asegurar el ámbito de la autonomía de la voluntad individual en las relaciones inter-subjetivas entre iguales.

Diferente es la cuestión cuando de lo que se trata es de las relaciones entre Estado y particulares, impregnadas de conceptos como el de interés público y el de autoridad.

Cuando, en su libro de Introducción al Derecho Administrativo, Martins<sup>47</sup> nos ilustra sobre los

<sup>47</sup> Martins, Daniel Hugo – Introducción al Derecho administrativo, Mont., 1982, pags. 105 y ss.

fundamentos históricos, políticos, filosóficos y jurídicos de esta rama del Derecho, nos hace tomar conciencia de su origen directamente asociado al advenimiento del Estado de Derecho.

Toda rama del Derecho, afirma, supone un conjunto de principios aplicados y puestos en obra. Y Citando a Ducroq, explica que el Derecho Administrativo no existía, y aún se puede decir que no era posible, antes de que ocurrieran circunstancias como la célebre ley de abolición del régimen feudal, de 4 de agosto de 1789, que elimina los privilegios de los territorios, después de haber suprimido los privilegios de las personas.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresa que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, y que sus límites no pueden ser determinados sino por la Ley.

Como señala Legaz y Lacambra<sup>48</sup>, también citado por Martins: *“El Estado de Derecho es el Estado que está sometido a la limitación inmanente por el Derecho positivo o a la limitación trascendente-inmanente por los derechos individuales, o a la limitación trascendente por el Derecho natural”*.

Esta concepción del Estado supone entre sus requisitos –como puntualiza Martins- *“la existencia de los derechos públicos subjetivos, como fuero de la personalidad jurídica”*, además de un orden jurídico estructurado con primacía de la Ley, la reafirmación de los derechos fundamentales, la existencia de medios de impugnación de los actos estatales, el control jurisdiccional de los actos legislativos y un sistema de responsabilidad por parte de los poderes públicos.

Como expresa Gonzalo Maestro<sup>49</sup>, una vez construido para fundar el espacio autónomo constituido por individuos libres e iguales, el derecho subjetivo sufre una primera publicación cuando reconoce el papel de la autoridad en su protección. Bastante más tardíamente, se construye la elaboración doctrinal de los derechos públicos subjetivos, primero en la doctrina alemana y luego en la italiana.

Pacheco formula diversos criterios de clasificación de los derechos subjetivos<sup>50</sup>, uno de los cuales es precisamente el que atiende al carácter público o privado de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza de la norma de Derecho objetivo en que se fundamentan.

En la tradición francesa, puede apreciarse que el fuerte énfasis en la afirmación de la soberanía de la ley deja un espacio importante para la restricción de los derechos a través de la misma. Algo similar ocurre en Alemania durante la Constitución del I Reich y en Italia bajo el Estatuto Albertino de 1848.

La doctrina alemana que, según observa Maestro, marca el nacimiento del Derecho público alemán, procura introducir el rigor de las construcciones dogmáticas del Derecho privado en el público, trasladando a las relaciones Estado-particulares una lógica paralela a la de aquella rama del

<sup>48</sup> Legaz y Lacambra, Luis – El Estado de Derecho, en Rev. de Administración Pública, N° 6.

<sup>49</sup> Ob. cit.

<sup>50</sup> Pacheco, ob. cit., pags. 138 y ss. Otros criterios de clasificación mencionados por el autor son el que atiende a la eficacia y naturaleza de los derechos subjetivos, dando lugar a las categorías de absolutos y relativos, originarios y derivados, simples y condicionados, transmisibles e intransmisibles; y el criterio que refiere a su objeto y contenido (patrimoniales y extrapatrimoniales, etc.).

Derecho. Este fenómeno se refleja en el modo en que las definiciones clásicas de derecho público subjetivo toman elementos de las definiciones de derecho subjetivo formuladas en sede de Derecho privado.

Los primeros derechos visualizados como derechos públicos subjetivos son los de libertad y políticos. En su reconocimiento está presente la siempre difícil tensión entre libertad y autoridad.

También señalan la relación entre Derecho Administrativo y derechos públicos subjetivos, García de Enterría y Fernández<sup>51</sup>, cuando expresan que el administrado, sin perjuicio de resultar destinatario de situaciones jurídicas pasivas “*es, a la vez, como subrayó enérgicamente el pensamiento revolucionario, titular de situaciones jurídicas activas frente a la Administración. Sin esta realidad, el Derecho Administrativo no existiría, pura y simplemente.*”

Cassagne, por su parte, expresa: “*En el Derecho público, la noción de derecho subjetivo cumple una función de garantía al asignar a la persona el poder jurídico de reclamar al Estado lo suyo e impedir las violaciones de sus derechos individuales de propiedad y libertad. Para cumplir adecuadamente con esa función de garantía, el modelo histórico del Estado de Derecho se somete al Derecho objetivo, organizándose bajo el principio de la separación de poderes y la justicia administrativa.*”<sup>52</sup>

## VIII. DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO EN LA CONSTITUCIÓN

Como explica Cassinelli<sup>53</sup>, es en 1952 que se introduce por primera vez el concepto de interés legítimo como situación subjetiva distinta del derecho subjetivo propiamente dicho. El autor identifica a la doctrina italiana como fuente de esta previsión, adoptando una noción que en aquel país resultaba imprescindible en consideración de la distribución de competencia jurisdiccional entre las autoridades judiciales y los órganos de la jurisdicción administrativa. Observa Cassinelli que tal noción terminó por desconectarse del problema contingente de la delimitación de competencias jurisdiccionales, pasando del Derecho de lo contencioso administrativo al Derecho administrativo general y de éste a la teoría general del Derecho.

El autor enfatiza que la configuración de cada situación jurídica subjetiva y de sus medios de protección es una cuestión de Derecho positivo. Es así que muchas discrepancias entre construcciones doctrinales y jurisprudenciales extranjeras sobre el interés legítimo se explican precisamente en virtud de interpretaciones de los textos y de cambios en ellos, o en normas consuetudinarias o jurisprudenciales construidas para salvar lagunas o ambigüedades de las normas escritas.

Según Cassinelli, el Derecho objetivo puede emplear dos técnicas de atribución de la titularidad de un interés legítimo:

a) de modo específico, a personas determinadas por su pertenencia a una categoría o aun individualmente;

<sup>51</sup> Ob. cit., pag. 30.

<sup>52</sup> Ob. cit., pag. 98.

<sup>53</sup> Cassinelli Muñoz, Horacio – El interés legítimo como situación garantida en la Constitución uruguaya, en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, T. III, pags. 282 y ss.

b) de modo genérico, a toda persona que tenga un interés de hecho con determinados caracteres definidos genéricamente.

Como observa el autor, la Constitución uruguaya adopta las segunda de las técnicas mencionadas. La Carta no contiene norma alguna que atribuya específicamente a alguien un interés legítimo, sino que emplea la expresión “*interés legítimo*” (artículos 258, 309 y 318) para atribuir a su titular, legitimación para promover algún procedimiento administrativo o jurisdiccional. Se trata, entonces, de una titularidad que es supuesto de la norma y no su consecuencia.

Expresa Cassinelli: “*Para saber quiénes son titulares de interés legítimo, caso por caso, no corresponde, pues, que busquemos el elenco respectivo en la legislación; habremos de estudiar si en el caso concreto se dan los elementos de un concepto que habrá de ser construido sobre la base del sentido natural y obvio de la palabra ‘interés’, de las doctrinas generalmente admitidas sobre el punto y de la interpretación sistemática de los textos constitucionales.*”

Buscando el sentido natural y obvio de las palabras a efectos de definir la estructura del interés legítimo como situación jurídica sustancial, el autor señala que -para que un sujeto sea titular de un “*interés*” (en la conservación o en la obtención de una situación determinada)- es necesario que a ese sujeto le concierna el cumplimiento de una prestación para con él (prestación positiva o negativa que impida la pérdida de la situación o que la produzca). A su vez, para que ese interés sea “*legítimo*”, debe ser conforme con el ordenamiento jurídico, conformidad que debe traducirse en la aptitud del ordenamiento para procurarle satisfacción. Reuniendo ambos elementos, define el interés legítimo como “*un interés en una situación susceptible de ser conservada u obtenida mediante procedimientos legítimos.*”<sup>54</sup>

Pero –señala Cassinelli- la prestación que es objeto del interés legítimo no está necesariamente asegurada por el funcionamiento regular de las normas jurídicas. Requiere una decisión de actuar de modo favorable al mismo. Esta decisión “*puede consistir en el ejercicio legítimo de un poder jurídico (potestad), o en la opción legítima por no ejercerlo, o en un hacer o no hacer, siempre conforme a Derecho, esto es, en el ejercicio de un poder hacer (facultad).*”

La eventualidad de la prestación deseada puede resultar, según señala, de dos circunstancias:

a) de la pluralidad de interesados entre lo que habrá de escogerse (ejemplo de un concurso de ingreso a la función pública o de un procedimiento competitivo de contratación),

b) de la discrecionalidad del poder, para decidir la oportunidad o el contenido de la prestación, o de la vinculación de la decisión a resultancias de un procedimiento administrativo relativo a hechos futuros o todavía inciertos.

La lesión de interés legítimo se configura sólo “*cuando éste queda insatisfecho como consecuencia del ejercicio (o no ejercicio) ilegítimo del poder respectivo.*”

Cassinelli recuerda que alguna doctrina requiere que el poder de acceder o no a la satisfacción del interés legítimo sea un poder discrecional, lo que excluiría del concepto los casos en que

<sup>54</sup> También en la línea de encontrar el sentido natural y obvio de las palabras, Enrique Vescovi expresa que es el interés no contrario a la regla de derecho, a la moral o a las buenas costumbres, en El proceso de inconstitucionalidad de la ley, en Cuadernos N° 18, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mont., 1967, pag. 148.



el poder es arbitrario o reglado. A su juicio la normativa constitucional uruguaya parece inadecuada a la protección de intereses cuya satisfacción dependa de decisiones arbitrarias o políticas. En consecuencia, la prestación que es objeto del interés legítimo depende de un poder reglado o discrecional, que se ejercita conforme a reglas de Derecho o de buena administración.

Cuando esas reglas imponen la satisfacción para el titular del interés legítimo, la situación jurídica se parece al derecho subjetivo. En este caso, el constituyente o el legislador tienen libertad para calificarla como derecho subjetivo o como interés legítimo.

En su opinión, la situación de interés legítimo es la solución de principio, en virtud de la atribución genérica implícita en los artículos 258, 309 y 318 de la Constitución, por lo que -salvo argumentos de texto (que dicho texto incorpore las expresiones “*derecho*” u “*obligación*”, o consagre medios de protección propios del derecho subjetivo)- la situación subjetiva debe ser tratada como interés legítimo. En particular, la posición de los interesados frente a los poderes legislativos o administrativos es, en su opinión, de interés legítimo. La situación es de derecho subjetivo sólo en los casos en que la prestación no depende del ejercicio de un poder, de manera que el decisor está directamente obligado a dar, hacer o no hacer algo. Y alude a los casos en que la norma impone a la Administración una prestación determinada para con alguien, pero la autoriza simultáneamente a no ejecutarla en ciertas circunstancias prefijadas o por razones de interés público. En tales supuestos, entiende que el interesado es titular de un derecho subjetivo a la prestación sustancial y de un interés legítimo a no ser privado de ese derecho mediante un acto administrativo.

Cassinelli concluye analizando las más importantes garantías jurídicas del interés legítimo<sup>55</sup>:

a) Garantía contra la falta de reglamentación del ejercicio de los poderes públicos (artículo 332 de la Constitución). Es una garantía también del derecho subjetivo.

b) Garantía contra el ejercicio insatisfactorio de la función legislativa por el recurso de referéndum (artículos 79 y 304 de la Constitución).

c) Garantía contra el ejercicio inconstitucional de la función legislativa (artículos 258 a 261 de la Constitución).

d) Garantía contra la abstención de ejercicio de la función administrativa. Esta garantía, consagrada en el artículo 318 de la Carta, protege la situación sustancial de interés legítimo mediante el otorgamiento de un derecho subjetivo a la decisión sobre la petición realizada, sancionando el incumplimiento de la obligación de la Administración de decidir, con la configuración de la denegatoria ficta de dicha petición.

e) Garantía contra el ejercicio insatisfactorio de la función administrativa, por la vía de los recursos de revocación o reposición y jerárquico o apelación (según el ámbito sea nacional o departamental), conforme lo prevé el artículo 317 de la Constitución, protegiendo en particular el interés legítimo cuando se pide la revisión del acto por razones de mérito.

---

<sup>55</sup> Incluye en el concepto de garantía jurídica del interés legítimo a todas las disposiciones que tienden a evitar o remover los obstáculos al ejercicio del poder que puede satisfacerlo, a provocar el ejercicio de tal poder, o a anular o desaplicar los actos resultantes de su ejercicio ilegítimo e insatisfactorio, o a reparar la lesión que resulte de tal ejercicio.

f) Garantías contra la lesión administrativa del interés legítimo. Bajo este título, Cassinelli menciona la posibilidad de obtener la anulación del acto en sede jurisdiccional. *“En esta última sede, para anular un acto administrativo por causar lesión a un interés legítimo, se necesita la mayoría especial de cuatro quintos de los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (inciso tercero del artículo 310).”*

Con análisis profundo que en alguna medida excede el propósito de presentación general del tema en este trabajo, Cassinelli explica que, en el marco de nuestra Constitución, la pretensión de satisfacción del interés legítimo mediante la prestación que es su objeto, sólo puede plantearse en vía administrativa. En vía jurisdiccional supone un acto lesivo del interés legítimo y sólo conduce a la anulación de dicho acto y a la reparación del daño que haya causado, pero no permite obtener condena a la prestación positiva de la Administración. *“Sólo los derechos subjetivos sirven de base a una acción de condena”.*

En efecto, dado que, por definición, en el interés legítimo la prestación satisfactoria de la pretensión es eventual, la denegatoria de la misma es una alternativa posible no contraria a Derecho; y únicamente puede irse al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) demandando la nulidad de actos administrativos contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. En estos casos, si el acto es lesivo de un interés legítimo, el TCA puede anularlo y puede pedirse la reparación del daño causado. La razón de que no pueda obtenerse condena a la prestación positiva de la Administración es que, por tratarse de un interés legítimo, ésta puede decidir satisfacerla o no.

Un ejemplo puede ser el caso de un funcionario con interés legítimo en que se convoque a concurso para proveer un cargo vacante. La Administración está facultada para tomar la decisión de acceder a realizar el concurso o no. Si no accede, no hay acto lesivo. Si designa a un tercero sin cumplir con la regla del concurso, el funcionario puede pedir la nulidad del acto que lesiona su interés legítimo en concursar. Puede obtener la anulación y la reparación, pero no puede obtener una sentencia que condene a la Administración a realizar el concurso.

En cualquier caso, según observa Cassinelli -a la luz de lo dispuesto por la Carta cuando alude a la declaración de nulidad del acto por determinada causal- la Administración debe tomar en cuenta el valor declarativo del fallo y sujetarse al alcance del mismo conforme resulta de los fundamentos explicitados en su parte expositiva.

La doctrina discrepa en cuanto a la legitimación activa exigida por la Constitución para plantear la inconstitucionalidad de una ley, en el artículo 258.

Cassinelli<sup>56</sup> entiende que, mientras la acción de nulidad contra un acto administrativo puede plantearse invocando la violación de un derecho subjetivo o la lesión de un interés directo, personal y legítimo (artículo 309 de la Constitución), la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo sólo cabe en caso de lesión de interés legítimo (artículo 258). El autor encuentra explicación para esta solución constitucional que, a primera vista puede parecer incomprensible, en que la Carta encomienda al legislador la tarea de definir los límites de los derechos. Así, si la ley desconoce la esencia de un derecho constitucional, no cabe sostener que actúa fuera de su potestad sino que la ejerce de modo ilegítimo. Y pone como ejemplo una reglamentación del derecho de propiedad que limita ese derecho más allá de lo admisible. Esa reglamentación –señala- no configura una violación del derecho de propiedad sino una lesión del interés

<sup>56</sup> Ob. cit., pags. 294 y ss.

legítimo en no ser limitado en el derecho. No existe derecho a no ser limitado en el derecho de propiedad precisamente porque éste puede ser limitado por ley.<sup>57</sup>

Durán<sup>58</sup>, en cambio, entiende que también puede plantear la inconstitucionalidad el titular de un derecho subjetivo. Al respecto, señala en primer lugar que, sin bien es cierto que el artículo 7° de la Carta admite la privación por ley de los derechos allí enumerados, ello sólo es posible por razones de interés general, con lo que puede pedirse la inconstitucionalidad de una ley que limite esos derechos sin que estén presentes esas razones.

En segundo lugar, citando a Jiménez de Aréchaga<sup>59</sup>, destaca que, en cualquier caso, la ley no puede privar al habitante “*de los derechos que son inherentes a la condición humana*”, aunque pueda privarlo “*del derecho a ser protegido por el Estado en el goce de los mismos*”.

En tercer término, recuerda que el sistema de declaración de inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento incluye también a los decretos legislativos departamentales (artículo 260). Estos actos legislativos no pueden limitar derechos fundamentales porque sólo la ley en sentido orgánico-formal puede hacerlo. En este caso, de seguirse la tesis de Cassinelli, estaríamos ante actos legislativos no facultados por el constituyente para limitar derechos, pero que, no obstante, no podrían ser declarados inconstitucionales en caso de que lo hicieran.

Durán concluye, citando a Windscheid en opinión que nos parece compartible, que la situación de derecho subjetivo debe considerarse comprendida cuando el artículo 258 alude al interés legítimo, dado que el término interés “*expresa elípticamente el concepto de derecho subjetivo*”. Y también adopta tal criterio en lo que respecta al alcance de la expresión “*interés legítimo*”, en el artículo 318 de la Carta, referido al derecho de petición. A su juicio, en este artículo quedan contempladas las situaciones de derecho subjetivo perfecto, de derecho reflejo y de derecho debilitado, antes aludidas.

En el artículo 309, en cambio, cuando la norma emplea la expresión “*interés legítimo*”, lo hace en sentido estricto, en cuanto menciona expresamente, además, al derecho subjetivo.

Adicionalmente, Durán señala que nuestra Constitución menciona expresamente al interés legítimo en los artículos 258, 309 y 318, pero también alude a él, aunque sin nombrarlo, en los artículos 310 y 311. En estos casos, lo hace en el sentido de derecho reflejo.

Los incisos segundo y tercero del artículo 310 disponen que, para dictar resolución, deben concurrir todos los miembros del TCA, pero basta la simple mayoría para declarar la nulidad del acto impugnado por lesión de un derecho subjetivo. “*En los demás casos*”, para pronunciar la nulidad se requieren cuatro votos conformes.<sup>60</sup> Según Durán, estos otros casos son los supuestos de interés legítimo, situación subjetiva aludida además de la de derecho subjetivo, en el artículo 309 (con el alcance, como se expresó, de derecho reflejo).

<sup>57</sup> Para Cassinelli, ante el Estado administrador existen derechos subjetivos perfectos, pero son muy pocos frente al Estado legislador, en la medida en que éste puede limitarlos. Vid. Cassinelli Muñoz, Horacio – Los límites de los derechos humanos en la Constitución Nacional, Cuadernos N° 13, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mont., 1990, pags. 188 y ss.

<sup>58</sup> Ob. cit., pag. 8.

<sup>59</sup> Jiménez de Aréchaga, Justino – La Constitución Nacional, Cámara de Senadores, Mont., 1992, T. I. pag. 221.

<sup>60</sup> La norma agrega que “*el Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada.*”

Por otra parte, en el artículo 311, además de la declaración de nulidad por lesión a un derecho subjetivo (inciso primero), se prevé (inciso segundo), la declaración de nulidad “*en interés de la regla de derecho o de la buena administración*”, caso en que la decisión producirá efectos generales y absolutos. Observa Durán que también esta disposición refiere al interés legítimo en el sentido de derecho reflejo, apareciendo el interés público en el primer plano de la preocupación del constituyente.

Como habíamos expresado “*supra*”, también para Cassinelli se tutela el interés legítimo en los incisos que vienen de mencionarse, de los artículos 310 y 311.

Durán concluye que la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo en la Constitución uruguaya “*sólo sirve para fijar el efecto de la sentencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como para determinar los votos requeridos para la anulación.*” Y no tiene importancia alguna en materia de inconstitucionalidad de actos legislativos. “*Si el acto anulado es de efectos generales, en caso de ser el actor el titular de un derecho subjetivo (incluido el derecho debilitado) los efectos son particulares; en cambio, si el actor es titular de un interés legítimo (en el sentido de derecho reflejo), los efectos serán ‘erga omnes’. En caso de un derecho subjetivo violado (incluido el debilitado) se requiere una mayoría simple para anular; en caso de interés legítimo se requieren cuatro votos.*”<sup>61</sup>

Durán agrega que, dado que el artículo 318 menciona sólo al interés legítimo, sin agregar los adjetivos de personal y directo, cabe inferir que pueden existir situaciones de interés legítimo sin otros adjetivos, de interés legítimo directo, de interés legítimo personal, y de interés legítimo a la vez directo y personal. No obstante, las únicas combinaciones que son relevantes para nuestro ordenamiento constitucional son la de interés legítimo para el artículo 318, y las de interés legítimo, directo y personal para los artículos 258 y 309.

Respecto de la cualidad de “*directo*”, Méndez<sup>62</sup> expresa que se trata de un interés actual, no simplemente eventual ni futuro; Giorgi<sup>63</sup>, en sentido similar, señala que se trata de un interés inmediato, no eventual ni futuro; Jiménez de Aréchaga<sup>64</sup> lo define como el inmediatamente vulnerado por la norma impugnada, no el que remotamente pudiera llegar a ser comprometido si la norma se aplicara; Vescovi<sup>65</sup> alude al inmediatamente vulnerado por la norma impugnada; y Tarigo<sup>66</sup> expresa que supone que el interés sea existente, inmediato, no eventual o futuro.

Con relación a la condición de “*personal*”, Méndez entiende que se busca la defensa de una situación vinculada al sujeto por oposición a la representación personal de intereses colectivos o generales. Giorgi<sup>67</sup> y Tarigo lo definen como el interés que atañe a personas determinadas, por oposición a intereses impersonales o generales; Jiménez de Aréchaga como el propio de quien solicita la declaración de inconstitucionalidad o el de la persona en cuya representación legal éste actúa; y Vescovi como el de quien actúa como parte, por sí o por re-

<sup>61</sup> Ob. cit., pag. 9.

<sup>62</sup> Méndez, Aparicio – Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo, Mont., 1952, pag. 187.

<sup>63</sup> Ob. cit. pag. 188.

<sup>64</sup> Jiménez de Aréchaga, Justino - La Constitución de 1952, T III, pag. 183.

<sup>65</sup> Vescovi, Enrique – El proceso de inconstitucionalidad de la ley, Cuadernos N° 18, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mont., 1968, pag. 148.

<sup>66</sup> Tarigo, Enrique – Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación, Mont., 1999, pag. 30.

<sup>67</sup> Giorgi agrega que el interés concurrente de varios sujetos en la impugnación de un acto no excluye la subjetividad de las situaciones en que cada uno de ellos se halle colocado respecto del mismo.

presentante, alegando ser afectado por el acto.<sup>68</sup>

Durán, por su parte, sostiene en opinión que resulta razonable, que debe irse al sentido natural y obvio de estas palabras y se pronuncia por la protección del interés futuro siempre que éste sea inequívoco.<sup>69</sup>

## IX. EN PARTICULAR SOBRE EL INTERÉS DIFUSO

Cabrera Acevedo<sup>70</sup> señala como hitos en el desarrollo moderno de la doctrina sobre el interés difuso, las obras de los juristas italianos Vittorio Scialoja y Mauro Cappelletti<sup>71</sup>.

Por otra parte, no obstante, hace referencia a antecedentes que se remontan al propio Derecho romano. En tal sentido, cita al especialista de Turín, Andrea di Porto, quien menciona el antecedente del “*interdicto pretorio*” para proteger intereses sobreindividuales como la contaminación de la vía pública. Este interdicto resultaba idóneo tanto para prohibir actos como para obtener indemnización por daños, en tutela de la “*salubritas*” y de la “*res publica*”.

Cabrera Acevedo también cita a Ulpiano (Digesto 43, 8, 2, 2) como antecedente conceptual de la categoría del interés difuso, en cuanto sostiene que el pueblo romano se concibe como una pluralidad de ciudadanos, no como una mera entidad abstracta distinta de sus integrantes.

Sobre los antecedentes romanos se apoya Scialoja, ya a finales del siglo XIX, expresando: “*dritti diffusi in tutti i membri della comunità, da esercitarsi perciò da ciascuno di essi*”.

Para Cabrera Acevedo, los intereses difusos constituyen una categoría de los derechos subjetivos públicos, y menciona como ejemplos los intereses del consumidor y los relacionados con la cultura, el paisaje y el ambiente.

Huerta Lara<sup>72</sup>, por su parte, observa que “*en los países de sistema románico, la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de grupo, ha brindado una pluralidad de soluciones legislativas, desarrolladas, primero por algunos Estados europeos, más tarde, en América Latina, el caso notable es Brasil y su Código de Defensa del Consumidor; ...*”

El artículo 81 del citado Código brasileño resulta particularmente útil para definir la categoría conceptual del interés difuso y para su distinción con otra categoría, la del interés colectivo. Al respecto, expresa:

“*Intereses o Derechos Difusos son, para los efectos de este Código los transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas entre sí por circunstancias de hecho.*”

<sup>68</sup> Mismas referencias bibliográficas del párrafo anterior.

<sup>69</sup> Ob. cit., pag. 7.

<sup>70</sup> Cabrera Acevedo, Lucio – La tutela de los intereses colectivos o difusos, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/14.pdf>

<sup>71</sup> Cappelletti, Mauro – Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, en *Rivista di Diritto Processuale*, V. 30/37, 1975. También citada por Biasco, ob. cit., pag. 85. Cappelletti fue redactor, junto a Bryan Garth, del informe general del II Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Würzburg, en setiembre de 1983, uno de cuyos temas más importantes fue “*La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el litigio civil*”.

<sup>72</sup> Huerta Lara, M. del Rosario – Los intereses colectivos y su tutela, en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/huerta11.pdf>

*Intereses o derechos colectivos son los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas legales unidas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base.”*

En línea similar, bajo el título de “*Intereses supraindividuales*”, Biasco<sup>73</sup> distingue las categorías del interés colectivo, atinente a un grupo determinado o determinable de personas, y del interés difuso, atinente en cambio, a un grupo indeterminado e indeterminable de personas.

Con referencia a lo que denomina “*derechos colectivos o sectoriales*”, categoría que parece resultar comprensiva de los intereses difusos como especie dentro del género de los colectivos, Ekmekdjian<sup>74</sup> alude a una “*categoría de derechos cuya titularidad no corresponde a los individuos (o al menos no solamente a ellos), sino que es ejercida (exclusivamente o en forma compartida con los individuos) por ciertos grupos sociales, más o menos amplios, más o menos indefinidos o, incluso, por toda la sociedad civil o política.*”

En sentido más estricto -citando a Giannini- Biasco observa que el interés colectivo corresponde a una pluralidad de sujetos que constituyen una categoría o grupo homogéneo, organizado para realizar los fines corporativos de la categoría o grupo de que se trata. En cambio, el interés difuso pertenece a personas entre las que no existen vínculos jurídicos o fácticos precisos.

Como expusimos “*supra*”, también Cassagne define al interés difuso tomando en cuenta la indeterminación de los sujetos afectados. Según adelantamos, citando a Grecco afirma que es aquel en que concurren dos elementos: un elemento subjetivo consistente en la pertenencia a una pluralidad indeterminada de sujetos que pueden ser incluso todos los integrantes de la comunidad, y un dato normativo que atribuye la juridicidad.

De igual modo, en la doctrina procesalista uruguaya<sup>75</sup>, la indeterminación en cuanto a la identificación de las personas es indicada como nota propia del interés difuso.

Gelsi, por su parte, sostiene que “*se trata de 1) intereses compartidos por toda una categoría de sujetos; no exclusivos de alguno o algunos en particular; de sujetos no individualizables de antemano; 2) las vías para lograr la satisfacción pueden ser más amplias o más restringidas según la legitimación que resulta de las normas vigentes; 3) el resultado dará satisfacción habitualmente a todos los integrantes de la categoría involucrada, sin perjuicio de que, en el caso concreto, puedan o no interesarse en la actividad pocos o muchos de los que forman parte de la misma.*”<sup>76</sup>

En cuanto a los instrumentos posibles para la protección del interés difuso, Cabrera Acevedo menciona los siguientes;

a) la creación de órganos con competencia específica en la materia, como es el caso del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, en México;

<sup>73</sup> Ob. cit., pags. 84 y ss.

<sup>74</sup> Ekmekdjian, Miguel A. – La protección judicial de los intereses difusos en el Derecho constitucional argentino, en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_003\\_075.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_075.pdf)

<sup>75</sup> Barrios de Angelis, Dante -Defensa judicial de los intereses difusos, LJU, Mont. 1980, T. 81, pags. 281 y ss.; Véscovi, Enrique y otros – Código General del Proceso, Mont., 1993, pags. 74 y ss.

<sup>76</sup> Gelsi Bidart, Adolfo – Por qué puede dilucidarse, en amparo, la tutela de los intereses difusos”, en LJU, T. 114, citado por Biasco, ob. cit.

- b) la actuación del Ministerio Público;
- c) la creación de un “ombudsman” o defensor del pueblo;
- d) la previsión de “*actio popularis*”, en cuya virtud cualquier persona puede accionar en defensa de intereses difusos;
- e) el otorgamiento de legitimación a determinadas personas o asociaciones;
- f) la “*class action*” del Derecho anglosajón<sup>77</sup>.

En nuestro ordenamiento, aluden a los intereses difusos los artículos 42 y 220 del Código General del Proceso, en los términos siguientes:

*“Artículo 42.- Representación en caso de intereses difusos.*

*En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la Ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.”*

*“Artículo 220.- Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos.*

*La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso.”*

El artículo 42 adopta el criterio doctrinario expuesto, que relaciona el interés difuso con el de grupos indeterminados de personas, y confiere legitimación activa al Ministerio Público, a cualquier interesado y a las instituciones o asociaciones de interés social que garanticen la defensa del interés, sea en virtud de definición legal o por decisión del tribunal.<sup>78</sup>

Durán<sup>79</sup> analiza la legitimación para la acción de amparo, para la declaración de inconstitucionalidad y para la acción de nulidad, en relación con la protección de intereses difusos.

Entiende que no cabe duda de la aplicabilidad del artículo 42 para el caso de acción de amparo.

En relación con la declaración de inconstitucionalidad y la acción de nulidad -considerando

<sup>77</sup> Prevista en la norma federal de procedimiento de 1938, tiene como requisitos: a) que se trate de un grupo cuyas dimensiones hacen complicada la comparecencia de todos los afectados; b) la existencia de circunstancias de hecho o de derecho comunes al grupo, c) que los elementos de acción, excepción y defensas sean también comunes, d) que los representantes puedan proteger en forma justa y adecuada los intereses del grupo.

<sup>78</sup> Biasco cita la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 242/998 de 16 de noviembre de 1998, en que se explicita que la enumeración de legitimados activos en esta norma no es taxativa, otorgándose al sentenciante “*facultades o poderes suficientes para determinar en cada caso concreto si una asociación o institución puede tutelar de manera adecuada los intereses que se ventilen en un proceso en particular.*”

<sup>79</sup> Ob. cit., pags. 12 y ss.

que la Constitución exige interés directo, personal y legítimo (artículo 258), y derecho o interés directo, personal y legítimo (artículo 309), respectivamente- estima que tal requisito de legitimación activa “*excluye la posibilidad de que el Ministerio Público o una institución o asociación, actuando en interés de un tercero, plantee una inconstitucionalidad de un acto legislativo o una acción de nulidad de un acto administrativo.*”<sup>80</sup>

A su juicio, en cambio, en caso de personas físicas o jurídicas que actúen en interés propio, no cabe excluir de plano la posibilidad, sino que procede examinar cada situación en particular. La razón es que, en opinión que comparte con Gordillo<sup>81</sup>, “*los llamados derechos de incidencia colectiva pueden comprender intereses legítimos y derechos subjetivos. Es que los intereses difusos, sin dejar de ser colectivos, son individuales a la vez.*”<sup>82</sup>

Ejemplos de derechos que son al mismo tiempo individuales y colectivos son, para Durán y Gros Espiell, el consagrado en el artículo 47 de la Constitución sobre protección del medio ambiente y el de protección del consumidor (Ley N° 17.250 de 11 de agosto de 2000), respectivamente.

## X. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

1. El Derecho administrativo ostenta la distinción de haber surgido en estrecha relación con el advenimiento del Estado de Derecho. No era posible antes de que se abolieran el poder absoluto y los privilegios de las personas. Es de la esencia de esta concepción del Estado y del Derecho, la protección de los derechos subjetivos y los intereses legítimos frente a la Administración.

2. Dichas nociones de derecho subjetivo e interés legítimo, desarrolladas antes en los ámbitos del Derecho privado y de la Teoría General del Derecho, adquieren tonos particulares en el escenario en que son protagonistas la autoridad y el interés público.

3. Perfeccionar los instrumentos para poder reclamar al Estado lo que corresponde a cada uno e impedir las violaciones de derechos e intereses constituye el contenido fundamental del Derecho administrativo, y desafío para sus cultores. De ahí la necesidad de encarar el análisis de los conceptos involucrados.

4. El repaso de la doctrina juspublicista en la materia pone de manifiesto el ingente esfuerzo de los autores para apresar su esquivia naturaleza y hacerla efectiva en su área de estudio.

5. Más allá de matices, podemos estar de acuerdo en que existen situaciones jurídicas de ventaja, de desventaja, situaciones en que se ensamblan unas y otras (poder-deber, derecho-deber, etc.), y situaciones complejas o de “*status*” que suponen un conjunto de ellas.

6. También podemos estar de acuerdo en que algunas situaciones jurídicas subjetivas son atribuidas directamente por la norma objetiva, fuera de toda relación jurídica concreta (potestad, sujeción, deber), en tanto que otras tienen lugar en el seno de ella (derecho subjetivo, obligación).

7. No compartimos las teorías negadoras del derecho subjetivo, correlato, indiscutiblemente

<sup>80</sup> En el mismo sentido, Biasco, ob. cit., pag. 90.

<sup>81</sup> Gordillo, Agustín – Tratado de Derecho Administrativo, Bs.As., 1998, T II, p III-17, citado por Durán, ob. cit.

<sup>82</sup> En el mismo sentido, Biasco, quien cita sentencia T.A.C. 2°, N° 213/00 de 21 de diciembre de 2000, en que se afirma el carácter de derecho, respecto al “*derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado*”.



existente, de la obligación jurídica.

**8.** Entendemos al derecho subjetivo como una especie de poder que puede hacer valer un sujeto en el seno de una relación jurídica concreta, frente al otro sujeto de esa relación, que resulta obligado en virtud de la protección del Derecho objetivo. La existencia del derecho implica que la satisfacción de la pretensión del sujeto que es su titular está garantizada por ese Derecho objetivo. En el derecho subjetivo subyacen intereses directa, individual y completamente protegidos.

**9.** Dentro de la categoría de derecho subjetivo, cabe distinguir los derechos subjetivos perfectos, que son aquellos que la Constitución garantiza frente al legislador, al administrador y al juez, no pudiendo limitarse ni aún por razones de interés general.

**10.** Específicamente entre los derechos subjetivos frente al Estado, cabe distinguir los derechos de libertad-autonomía (que imponen un ámbito de libre determinación individual exento del poder estatal), los de libertad-participación (cívicos o políticos, que pretenden la inclusión del individuo en el ejercicio del poder) y los de derecho-prestación (que reclaman prestaciones positivas del Estado para asegurar una asistencia vital efectiva).

**11.** Por su parte, la noción de interés legítimo involucra los conceptos de interés (en el sentido de que concierna al sujeto el cumplimiento de una prestación), y de legitimidad (o conformidad con el ordenamiento jurídico, que se traduzca en aptitud de éste para darle satisfacción). Se trata de una situación jurídica subjetiva susceptible de ser adquirida o mantenida a través de procedimientos legítimos.

**12.** A diferencia de lo que ocurre con el derecho subjetivo, en el interés legítimo no está garantizada la satisfacción de la pretensión del titular. Dicha satisfacción es sólo eventual y mediata. La eventualidad puede resultar de que existan varios interesados entre los que habrá de escogerse (por ejemplo en un procedimiento competitivo) o de la discrecionalidad otorgada por la norma al decisor.

**13.** Con matices, la doctrina ha descrito la menor protección jurídica del interés legítimo, convocando las figuras de derecho debilitado, derecho reflejo (como reflejo de la protección del interés general) y derecho reaccional o impugnatorio (conferido al perjudicado por actuaciones administrativas ilegítimas, para obtener el restablecimiento de su interés).

**14.** En el caso del interés legítimo, la garantía ofrecida al individuo es de naturaleza instrumental porque se limita a la legalidad del comportamiento administrativo y su ajuste al interés público. El interés sustancial puede resultar como consecuencia de la realización del instrumental, y en caso contrario puede darse lugar a un interés procedimental o procesal.

**15.** Existe lesión de interés legítimo cuando el mismo resulta insatisfecho como consecuencia del ejercicio o no ejercicio ilegítimo del poder respectivo.

**16.** En nuestro ordenamiento, la Constitución no define al interés legítimo ni lo atribuye específicamente, sino que pone su titularidad como supuesto para atribuir legitimación para promover procedimientos administrativos y jurisdiccionales (de inconstitucionalidad en el artículo 258, de nulidad en el 309, y de petición en el 318).

17. La Constitución también alude al interés legítimo, aunque sin nombrarlo, en otros artículos, como el 310 y el 311.

18. Los adjetivos del interés -“*personal*” y “*directo*”- deben tomarse en su sentido natural y obvio, como interés perteneciente o relativo a la persona que lo pretende, en el primer caso, y como interés inmediatamente afectado, en el segundo.

19. La situación de interés simple es, a su vez, la situación de carácter genérico que caracteriza a la persona como mero integrante de la comunidad.

20. Por su parte, lo que caracteriza a los intereses difusos y a los intereses colectivos es su carácter de transindividuales, indivisibles. Se distinguen porque, en los primeros, los titulares son personas indeterminadas, ligadas entre sí por circunstancias de hecho, en tanto que el titular de los segundos es un conjunto determinado o determinable de personas.