

LA LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES CONTRA EL ESTADO *

(Acción popular. Interés simple. Interés difuso.
Acto administrativo discrecional)

por el Académico DR. MIGUEL S. MARIENHOFF

SUMARIO: I. Legitimación: noción conceptual. Doble aspecto: legitimación procesal y legitimación sustancial. - II. Legitimación y habilitación de instancia. - III. Las reglas generales sobre legitimación se aplican a todo tipo de acción contra el Estado. La acción de hábeas corpus. - IV. Las prerrogativas jurídicas individuales. Derecho argentino. El llamado interés difuso. - V. Las prerrogativas jurídicas individuales y la legitimación. Lo atinente al interés simple. - VI. La legislación provincial y las prerrogativas jurídicas individuales. - VII. El interés difuso como prerrogativa jurídica. - VIII. Interés simple e interés difuso. La cuestión en el derecho argentino. - IX. Casos de jurisprudencia sobre prerrogativas jurídicas individuales y legitimación. - X. La acción popular. La denuncia. Inexistencia de acción popular genérica en el derecho argentino. La acción popular y la Constitución Nacional. - XI. Inconstitucionalidad de la acción popular. Acción popular genérica y acción popular específica. - XII. Legitimación material o sustancial. - XIII. Palabras finales.

I

LEGITIMACIÓN: NOCIÓN CONCEPTUAL. DOBLE ASPECTO: LEGITIMACIÓN PROCESAL Y LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL

En general, la legitimación —como expresan los procesalistas del derecho administrativo— significa la aptitud

* Tema de la conferencia pronunciada por el autor, el 14 de mayo de 1986, en el Museo Social Argentino, bajo los auspicios de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

Este trabajo apareció originariamente en el diario "La Ley", el 23 de junio de 1986; se lo reproduce ahora con la conformidad de dicha editorial y del autor.

de ser parte en un determinado proceso o asunto judicial. Y tal aptitud se determina por la posición en que se encuentre el actor respecto de la pretensión que dé lugar al proceso o asunto, entendiendo aquí por *pretensión* lo que el actor pide que le sea reconocido jurisdiccionalmente.

Como lo expresa el maestro español Jesús González Pérez, sólo las personas que se encuentran en *determinada relación con la pretensión* pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Esto es fundamental. Pero a su vez esa idoneidad específica se deriva o vincula con el problema de *fondo* a discutir en el proceso. Por ello, el problema *procesal* de la legitimación hállase íntimamente ligado con el derecho *material* o sustancial que motiva la litis.

De ahí que, doctrinariamente, la legitimación es también un problema o cuestión de *fondo* o sustancial y no meramente *procesal* o formal. Tanto es así que, incluso como defensa básica, al contestarse una demanda suele oponerse la de *falta de acción*, que en tal supuesto no sólo afecta o se vincula al derecho procesal o formal (legitimación *stricto sensu*), sino también al derecho material o sustancial. Demás estará decir que, desde el punto de vista sustancial, un pleito puede perderse incluso teniendo acción, procesalmente considerada, si hubieren otras razones o causas que así lo justificaren, por ejemplo: falta de pruebas idóneas, y, en ciertos casos especiales, por reconvencción, etc. La *falta de acción* puede ser una defensa drástica que obstaría a que el juez hiciera lugar a lo pretendido por el actor. En concreto, una demanda judicial puede ser *procesalmente* válida y eficaz, pero puede carecer de fundamento desde el punto de vista sustancial o material.

Sintetizando, como lo expresó González Pérez, la aptitud para iniciar un proceso determinado dependerá de las peticiones que el demandante formule ante el órgano jurisdiccional. Y ello, por cierto, comprende simultáneamente dos cuestiones: una procesal o formal, consistente en determinar si al actor le corresponde el ejercicio de la acción que promovió, y otra sustancial o material consistente en determinar si el recurrente, dado el objeto que persigue con su demanda, está o no protegido por el derecho para recibir el apoyo jurisdiccional. En sentido concordante se expide el maestro Fernando Garrido Falla.

La "legitimación", pues, apareja, simultáneamente, dos problemas: uno procesal o formal y otro material o sustancial. De ambos me ocuparé en este trabajo tratando de ser lo más breve posible.

Huelga recordar que acerca de estos problemas relacionados con la "legitimación" se ha escrito muchísimo y en diversos sentidos. Por eso se ha dicho que el concepto de legitimación es uno de los más debatidos y, al propio tiempo, más confusos del derecho procesal.

Reitero que comparto las expresadas posiciones de González Pérez y de Garrido Falla en cuanto consideran que la *legitimación* no sólo constituye un problema procesal o formal, sino también un problema material o sustancial. Recuérdesse, además, como ya lo expresé, que en muchos pleitos o litis, como defensa de fondo suele oponerse o alegarse la de *falta de acción*, que indudablemente envuelve también una cuestión sobre *legitimación*.

II

LEGITIMACIÓN Y HABILITACIÓN DE INSTANCIA

Desde luego, no puede confundirse *legitimación* con *habilitación de la instancia*. Son conceptos distintos que producen consecuencias diferentes.

La "habilitación de la instancia" consiste y requiere que antes de promover un asunto contencioso-administrativo, se satisfagan ciertos requisitos formales previos; verbigracia: agotamiento de la vía administrativa; promoción de la acción o recurso en término útil; etc. En cambio, la legitimación (*legitimatío ad causam activa*) consiste en la aptitud de ser parte en un determinado proceso o asunto judicial. La diferencia entre ambos institutos es notoria.

Era entonces conveniente precisar ambos conceptos, ya que implicando éstos un aspecto procesal o formal, se imponía aclarar las ideas para evitar confusiones.

III.

LAS REGLAS GENERALES SOBRE LEGITIMACIÓN SE APLICAN A TODO TIPO DE ACCIÓN CONTRA EL ESTADO. LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS.

Va de suyo que lo que se diga acerca de la *legitimación* para el ejercicio de acciones contra el Estado, es aplicable a todos los supuestos posibles donde se ejercite una acción de esa índole, o sea es aplicable no sólo con referencia al proceso contencioso-administrativo, propiamente dicho, donde el procedimiento es ordinario o solemne, sino también con referencia al ejercicio de cualquier acción que deba tramitar sumariamente, como ocurriría en una acción de amparo, todo ello sin perjuicio del carácter particularísimo de la legitimación para el ejercicio de la acción de *hábeas corpus*, de lo cual me ocuparé más adelante.

IV

LAS PRERROGATIVAS JURÍDICAS INDIVIDUALES. DERECHO ARGENTINO. EL LLAMADO INTERÉS DIFUSO.

En el derecho argentino las prerrogativas jurídicas individuales son tres: derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

Últimamente se ha querido considerar también al *interés difuso* como una prerrogativa jurídica del individuo, entendiendo por tal al interés que no pertenece a persona determinada, ni a grupos determinados de personas, sino a toda la sociedad, vale decir perteneciente al *pueblo* todo.

Por regla general, las referencias a los *intereses difusos* aparecen cuando se habla del medio ambiente y su defensa. Pero como lo haré notar luego, en nuestro derecho el *interés difuso* no constituye una categoría jurídica específica.

V

LAS PRERROGATIVAS JURÍDICAS INDIVIDUALES Y LA LEGITIMACIÓN. LO ATINENTE AL INTERES SIMPLE

Aun dentro de las prerrogativas jurídicas individuales existentes en nuestro derecho, no todas ellas son suficientes o aptas para considerar que una persona esté *legitimada* para ejercer, como actor, una acción ante el Poder Judicial. Así, si dicha persona sólo contare con un *interés simple*, estaría legitimada para peticionar a las autoridades, tal como lo dispone en general el art. 14 de la Ley Suprema. Pero tal prerrogativa no la autorizaría a actuar como actor ante la justicia judicial. Esto es así porque el *interés simple* sólo consiste en ese interés vago e impreciso, perteneciente a cualquiera del pueblo (*civis de populo*), no constituyendo un interés personal, particular y directo, determinante de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, únicas prerrogativas individuales idóneas para legitimar el ejercicio de una acción ante la autoridad jurisdiccional judicial.

Siendo así, si se considerase al *interés simple* como suficiente para que alguien ejercite, como actor, una acción ante el Poder Judicial, estaría admitiendo el ejercicio de una verdadera *acción popular* genérica, que no existe en el derecho argentino y que no podría existir válidamente, por cuanto su admisión implicaría un agravio a un precepto constitucional, según lo haré notar más adelante.

VI

LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL Y LAS PRERROGATIVAS JURÍDICAS INDIVIDUALES

La legislación administrativa de nuestras provincias tiende a ampliar el respeto a las prerrogativas jurídicas del administrado o particular. En tal sentido, la ley de procedimiento administrativo de La Pampa, después de afirmar que cualquier persona titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, puede dirigirse a las autoridades de la Administración Pública peticionando, reclamando o

recurriendo, agrega que también podrán formular peticiones —no recursos ni reclamos— los portadores de un interés simple. Que yo sepa, ésa es la única ley argentina sobre procedimiento administrativo que en alguna forma contempla expresamente la situación de los portadores de intereses simples.

Esa disposición de la ley de La Pampa, en lo sustancial concuerda con el recordado texto del art. 14 de la Constitución Nacional, con la diferencia de que, mientras esta última habla en términos genéricos, la ley pampeana utiliza expresamente la locución *interés simple*. El empleo de términos expresos permite comprender mejor el sentido de la idea que desea expresarse.

En la ley española de procedimiento administrativo, de 1958, el art. 34 admite “peticiones” del “público”, es decir de portadores de un *interés simple*. Al efecto existe una oficina que dicha ley denomina de “Iniciativa y Reclamaciones”, encargada de recibir las iniciativas de los funcionarios y del público tendientes a mejorar la estructura de la administración y el funcionamiento de los servicios administrativos. Esa norma de la ley española me inspiró la respectiva declaración del art. 5° de la ley de La Pampa (ADLA, XXXIX-D, 4303), que tuve el honor de redactar.

VII

EL INTERÉS DIFUSO COMO PRERROGATIVA JURÍDICA

No habiéndose aceptado la situación del portador de un *interés simple* para tenerlo como *legitimado* a efectos de actuar como actor ante los jueces del Poder Judicial, se trató de obviar la cuestión recurriendo a los llamados *intereses difusos*, a cuyo respecto ya dije que la referencia a ellos aparece cuando se habla de la defensa del medio ambiente, y agregué que en nuestro derecho el *interés difuso* no constituye una categoría jurídica específica^a.

Pienso que la defensa del medio ambiente importa una noble e imprescindible necesidad, pues tiende nada menos que a la protección de la vida en el ámbito natural e integral que le corresponde. Pero entiendo que esa im-

^a En el orden provincial, algunas recentísimas Constituciones hablan ahora del “*interés difuso*”.

prescindible defensa o protección sólo debe o puede lograrse a través de los medios jurídicos que ofrece u ofrezca el derecho objetivo.

Sobre estos temas han aparecido entre nosotros muchos y eruditos trabajos de distinguidos juristas. Tales estudios hállanse especialmente relacionados con el daño ecológico, en los cuales, generalmente, se planteó el interrogante de si el portador, no ya de un *interés simple*, sino de un *interés difuso*, tenía o no acción para actuar ante los jueces del Poder Judicial reclamando la cesación del hecho dañoso, la indemnización de sus efectos, etc. De todos esos trabajos rescato la opinión del doctor Carlos Manuel Greco, aparecida en un estudio que publicó en Rev. "La Ley", t. 1984-B, p. 865, donde dijo lo siguiente: "No hay duda en punto a la inexistencia actual, en el orden nacional, de norma que garantice judicialmente la defensa de los intereses colectivos o difusos, y el vacío no es subsanable encuadrando lo que nos parezca (por más merecedor de tutela que se entienda) en el ámbito del derecho subjetivo".

VIII

INTERÉS SIMPLE E INTERÉS DIFUSO. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

El significado que se le atribuye al llamado *interés difuso*, de hecho, es sustancialmente similar al significado que se le asigna al *interés simple*. Pero mientras este último, terminológicamente, constituye una categoría jurídica específica en el derecho argentino, el *interés difuso* no la constituye. A lo sumo, podría considerárselo como integrando la noción de *interés simple*, cuyas características y consecuencias ya puse de manifiesto.

Nuestra legislación no habla de *intereses ditusos*^b. En nuestro orden jurídico las prerrogativas jurídicas individuales —como ya lo expresé— se clasifican en *derecho subjetivo*, *interés legítimo* e *interés simple*. Así resulta de la legislación nacional sobre procedimiento administrativo (art. 1º, inc. f, párr. 1º, decreto-ley 19.549/72 —ADLA, XXXIX-C, 2339, texto actualizado por Miguel Danielián y Juan C. Pereira Pinto—) y de todas las modernas leyes provinciales sobre procedimiento administrativo, como así

^b Téngase presente la precedente nota a.

de los Códigos Procesales Contenciosoadministrativos de nuestras provincias, todos los cuales sólo hacen referencia concreta al "derecho subjetivo" y al "interés legítimo". Por su parte, como ya lo recordé, la ley de procedimiento administrativo de La Pampa habla, además, del *interés simple* (art. 5º, *in fine*). Pero ninguna ley argentina habla de *intereses difusos*, que, según lo digo, como categoría jurídica podrían, a lo sumo, incluirse en el *interés simple*, con las consecuencias propias de éste. Todo esto lo expuse en un trabajo que publiqué en el diario "E.D.", el 29 de noviembre de 1983, capítulo IV.

Después de esa crítica mía, distinguidos partidarios de los *intereses difusos* han preparado un proyecto de ley, que consta de 31 artículos, tendiente a lograr la protección de lo que en el proyecto se denomina "intereses colectivos". La expresión *intereses difusos* sólo aparece en el rótulo del capítulo V del proyecto, refiriéndose textualmente al "fondo de garantía para la defensa de los intereses difusos". Esa expresión no aparece en otra parte del proyecto, aunque sí en la Exposición de Motivos o fundamentos.

El proyecto de referencia propende a la protección de intereses generales o públicos, tratando, para ello, de darle categoría jurídica al *interés difuso*, que el proyecto denomina "interés colectivo".

IX.

CASOS DE JURISPRUDENCIA SOBRE PRERROGATIVAS JURÍDICAS INDIVIDUALES Y LEGITIMACIÓN

Concretamente, para actuar ante la justicia en calidad de actores, sólo están legitimados quienes fueren titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, pues esas prerrogativas jurídicas son *personales, propias y directas* de quienes las invocan, requisitos inexcusables para el ejercicio válido de una acción ante la justicia. En cambio, los titulares de un *interés simple* —perteneciente a cualquiera del pueblo— carecen de esa posibilidad para accionar: les falta la *legitimatío ad causam activa*, la "calidad de obrar", pues no tienen un interés concreto, personal y directo, que justifique su pretensión ante el órgano judicial.

Hubo fallos judiciales que aceptaron como eficaces las pretensiones o petitorios formulados por meras personas particulares disconformes con la medida administrativa que impugnaban, pero a cuyo respecto carecían de un interés concreto, personal y directo. Carecían de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. No obstante, los respectivos magistrados consideraron que esas personas particulares hallábanse *legitimadas* para obrar y accionar como lo hacían, y en tal orden de ideas les dieron curso a las acciones promovidas. Como dichas personas carecían de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, y sólo eran portadoras de un *interés* simple, o sea ese interés vago e impreciso perteneciente a cualquiera del pueblo (*civis de populo*), consideré que semejantes decisiones judiciales eran írritas, porque no hacían otra cosa que aceptar la existencia de una *acción popular genérica*, no existente en el derecho argentino.

En uno de esos casos judiciales a que me he referido, donde se impugnaba una decisión de un organismo administrativo, lamentablemente el fallo —que anuló la decisión de la Administración Pública— quedó firme en primera instancia. No obstante, hice un análisis crítico del mismo en una revista científica.

En el otro de esos fallos, que agraviaba a una decisión del Poder Ejecutivo Nacional, donde también se tuvo por parte al mero portador de un interés simple, la sentencia fue apelada para ante la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia, quien la revocó. Para ello, este tribunal, aparte de otros antecedentes, hizo mérito y transcribió la opinión que yo había expuesto en el estudio crítico al fallo a que anteriormente aludí, en el cual sostuve que en nuestro derecho actual, no existiendo la acción popular —que era la que en realidad se ejerció—, era inadmisibile que personas particulares —sin ser partes en la cuestión—, alegando que, a criterio de ellas, era inconveniente la medida administrativa, pidieran que se decretara la nulidad del acto respectivo. Esa sentencia de la Cámara Federal quedó firme, restableciéndose la buena doctrina.

LA ACCIÓN POPULAR. LA DENUNCIA.
 INEXISTENCIA DE ACCIÓN POPULAR
 GENÉRICA EN EL DERECHO ARGENTINO.
 LA ACCIÓN POPULAR Y LA
 CONSTITUCIÓN NACIONAL

Insisto en que en nuestro país, al menos en el orden nacional, actualmente no existe la acción popular. Antes existió en la antigua ley electoral, 8871, art. 90 (ADLA, 1889-1919, 844); pero las leyes electorales posteriores no la mencionan. Tratábase de una acción popular específica, porque se refería a un caso particular.

No existiendo entre nosotros dicha acción, ninguna persona del pueblo puede en nuestro país (en el orden nacional, al menos) impugnar u objetar judicialmente actos administrativos si éstos no afectan un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo, del accionante. El *interés simple*, si bien basta para *peticionar* a las autoridades administrativas, no basta para impugnar judicialmente un acto administrativo. El *interés simple* no es suficiente para *legitimar* a quien pretenda ejercer acciones ante la justicia judicial.

Por cierto, no debe confundirse la acción popular con la simple *denuncia*; esta última, que no es una acción, hállese al alcance de cualquiera, cumplidos los requisitos generales para formularla.

Si bien en algunos países, como Brasil, por ejemplo, la Constitución prevé expresamente la acción popular, considero que en nuestro país la acción popular no debe instituirse, porque sería *inconstitucional*: vulneraría el art. 22 de la Ley Suprema, en cuanto dicho texto establece que el pueblo no gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. En España, en cuanto a legitimación, según lo hace notar Garrido Falla, la jurisprudencia no llega a patrocinar la llamada *acción popular*. El antiguo derecho romano la contemplaba en el Digesto, libro 47, título 23, ley I, diciendo que "llamamos acción popular la que ampara el derecho propio del pueblo"; pero las legislaciones posteriores no siempre mantuvieron el criterio de aquel derecho ancestral.

Si una autoridad pública, en ejercicio de su competencia funcional, dicta un acto disponiendo o autorizando determinada medida, y luego una persona del pueblo, o un grupo de esas personas, alegando que dicha medida no le parece satisfactoria, se presenta ante un juez del Poder Judicial pidiendo que dicha medida sea dejada sin efecto, anulándose el acto administrativo que la dispuso, y el juez hace lugar a ello, ¿quién gobierna, o quién ha gobernado en la especie, la autoridad pública que emitió el acto disponiendo la medida, o la persona o grupo de personas del pueblo que, ejercitando una acción que no les compete, porque tal acción no es otra cosa que una *acción popular* inexistente entre nosotros—, logran que la medida administrativa de referencia sea dejada sin efecto, anulándose el respectivo acto administrativo? Paréceme claro que semejantes actitudes vulneran el citado art. 22 de la Constitución Nacional, que dispone que el pueblo no gobierna, sino por intermedio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. En el caso mencionado, en lo que a esa actividad particular concretamente se refiere, ha gobernado el pueblo, a través de los actores de ese juicio improcedente. Va de suyo que cuando la Constitución habla ahí de *pueblo*, prohibiendo que éste gobierne, se refiere a cualquiera de sus partes o integrantes; no se refiere al *pueblo* como unidad política total, sino a cualquiera de sus partes: sería inconcebible que una acción popular fuere promovida ante la justicia simultáneamente por todo el pueblo, en su conjunto total.

Lo que antecede resulta tanto más exacto si se tiene en cuenta, como lo advierte la más autorizada doctrina, que, dado el objeto de la acción popular, ésta es considerada como ejemplo típico de ejercicio privado de funciones públicas; pero estas funciones, en nuestro país —en todo o en parte—, están reservadas, como principio, a las autoridades creadas por la Constitución, y en modo alguno a una o varias personas del pueblo para cuyo criterio la medida administrativa no fuere satisfactoria.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ACCIÓN
POPULAR. ACCIÓN POPULAR GENÉRICA
Y ACCIÓN POPULAR ESPECÍFICA

Aunque, como ya lo manifesté, la acción popular genérica es constitucionalmente objetable en nuestro derecho, considero que, en materia de legitimación, correspondería decir dos palabras acerca de la acción de *habeas corpus*, pues hay quienes la consideran como una acción popular, dado que puede promoverla cualquier persona en beneficio de otra.

En el campo teórico, advierto dos especies de acción popular: la específica y la genérica, según que la misma se limite a un supuesto determinado o a cualquier supuesto indeterminadamente.

Respecto a la legitimación, la acción de *habeas corpus* debe tenérsela al margen de las reglas ordinarias que la rigen.

El carácter "popular" que tenga la acción de *habeas corpus* es específico, mientras que la acción popular que considero inconstitucional es la de carácter genérico. De ahí derivan notables consecuencias, dado que cada una de esas acciones populares —la específica y la genérica— quedan contempladas por preceptos constitucionales distintos.

La acción de *habeas corpus* tiene por objeto hacer efectivas las garantías a la libertad aseguradas en el art. 18 de la Constitución Nacional. La ley que, específicamente, reglamente la acción de *habeas corpus*, es una ley que ejecuta la Constitución y que está de acuerdo con ella, máxime si sus disposiciones son razonables. Eso relaciónase al *habeas corpus*, que es una materia específica. En cambio, la acción popular, de contenido genérico, por vulnerar el art. 22 de la Ley Suprema, sería írrita por inconstitucional, como lo expresé precedentemente.

La específica acción popular que emerge de la ley reguladora del *habeas corpus*, es constitucionalmente válida, porque halla sustento en el art. 18 de la Ley Suprema. En cambio, la acción popular genérica que se estableciere, sería írrita por vulnerar el art. 22 de la Constitución, según lo manifesté en párrafos precedentes.

Tanto el art. 18 como el art. 22 de la Ley Suprema son válidos en su esfera y respectivas consecuencias, aunque éstas aparezcan como contradictorias entre sí en lo atinente a la legitimación. Ninguno de esos preceptos desvirtúa al otro, pues los textos constitucionales son todos de igual rango y jerarquía, legislando con igual valor y eficacia en los asuntos que respectivamente contemplan. De ahí que mientras la *específica* acción popular que implicare el *habeas corpus*, sería válida constitucionalmente, por aparejar una razonable aplicación del art. 18 de la Constitución, la acción popular que se estableciere con carácter genérico, a mi juicio sería írrita por vulnerar el art. 22 de la Ley Suprema. En las formas indicadas, la acción popular *específica* —supuesto del *habeas corpus*— implica *ejecución* de la Constitución; la acción popular *genérica* implica violación de la Constitución.

XII

LEGITIMACIÓN MATERIAL O SUSTANCIAL

Me he ocupado de lo atinente a la *legitimación* en su aspecto procesal o formal. Diré ahora dos palabras acerca de ella en su aspecto material o sustancial.

Tomaré como base la legitimación cuando se trate de impugnar jurisdiccionalmente actos administrativos emitidos en ejercicio de la actividad discrecional, y lo haré con particular referencia a los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya jurisprudencia, en lo pertinente, considero equivocada.

Hay otras especies de actos cuyo juzgamiento jurisdiccional, con relación a la legitimación sustancial o material, también podría haber considerado ahora, como los actos políticos o de gobierno y los actos institucionales; pero la breve extensión de esta publicación no permite referirme ahora a ellos. Por eso me limitaré al acto discrecional, en la forma indicada.

Considero, entonces, fundamental hacer referencia y explicar cómo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación considera todo lo relacionado con el derecho nacido de un acto administrativo emitido en ejercicio de la actividad discrecional o libre, para que así se comprenda a

qué responde su actual posición jurisprudencial. Tratándose del derecho emergente de ese acto, el alto Tribunal le desconoce carácter de derecho perfecto, y, al negarle protección jurisdiccional, le resta la posibilidad de ser fuente de *legitimación sustancial o material*. Esta inconcebible situación se mantiene hasta hoy en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Para llegar a ello, nuestro alto Tribunal comienza diferenciando la naturaleza del derecho, según que éste haya nacido de un acto reglado o vinculado o de un acto discrecional o libre. Al primero lo considera un derecho perfecto; al segundo un derecho precario, lo cual, naturalmente, incide en la consistencia y proyecciones del respectivo derecho. En todo esto hay un grave error. Lo más llamativo —y adviértaselo bien— es que nuestro alto Tribunal continúa actualmente aplicando dicho criterio discriminativo, sin advertir que el art. 17 del decreto-ley 19.549, del año 1972, sobre procedimiento administrativo nacional, sin distinción alguna entre el carácter reglado o discrecional del acto administrativo del que haya nacido el derecho, prohíbe su extinción en sede administrativa cuando el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, agregando dicho decreto-ley que tal extinción del acto debe ser objeto de declaración judicial de nulidad. Esta inadvertencia de la Corte Suprema aumentó la gravedad de su error jurisprudencial.

El expresado decreto-ley sobre procedimiento administrativo nacional, por principio, coloca en el mismo plano el derecho nacido de un acto reglado o vinculado y el nacido de un acto discrecional o libre, siguiendo en esto mis propias ideas, pues la comisión redactora de ese texto legal, en su Exposición de Motivos, declara que en materia de acto administrativo adoptó, en lo esencial, las opiniones expuestas por mí en el t. 2º de mi *Tratado de Derecho Administrativo*.

¿Existe alguna diferencia *sustancial* entre el derecho subjetivo emergente de un acto administrativo emitido en ejercicio de facultades *regladas* o vinculadas y el nacido de un acto administrativo emergente del ejercicio de facultades *discrecionales* o libres?

Como ya lo dije en varias oportunidades, entre tales derechos no existe diferencia sustancial alguna: el derecho

nacido de un acto correspondiente a facultades *regladas* y el derecho nacido de un acto emitido en ejercicio de facultades *discrecionales* son, en principio, de idéntica *sustancia*, de igual naturaleza. Tal es el principio. El carácter “perfecto” o “precario” de un derecho no depende de que el acto pertinente haya sido dictado en ejercicio de la actividad *reglada* o de la actividad *discrecional*: depende de la *índole* del asunto de que se trate.

La *naturaleza* o *sustancia* de un derecho no dependen ni se alteran por la *índole reglada* o *discrecional* de la actividad administrativa en cuyo mérito se emitió el respectivo acto. De cualquiera de esas actividades puede nacer un derecho perfecto o un derecho precario. Es tan erróneo decir que todo derecho emergente de un acto discrecional es precario, como lo sería decir que todo derecho emergente de un acto reglado es perfecto. Todo depende del caso concreto.

El derecho emergente de un acto emitido en ejercicio de facultades *discrecionales* es, o puede ser, tan perfecto como el nacido de un acto dictado en ejercicio de facultades *regladas*. No hay razón alguna, o principio jurídico alguno, que se opongan a ello o permitan afirmar lo contrario. Todo esto tiene trascendental importancia en lo atinente a la estabilidad del respectivo derecho y a la eventual posibilidad de que el mismo sea o no extinguido por la propia Administración Pública, en sede administrativa, por sí y ante sí, sin dar lugar a la intervención del Poder Judicial. Desde luego que todo esto incide también en la posibilidad de que un derecho emergente de uno de esos actos administrativos —sean éstos reglados o discrecionales— sirva de sustento a la legitimación sustancial o material.

En la *sustancia* o *naturaleza* del derecho emergente de actos administrativos emitidos en ejercicio de la actividad reglada y en la de actos emitidos en ejercicio de la actividad discrecional, no existe diferencia alguna derivada, *directa e inmediatamente*, de esos diferentes tipos de actividad. Sobre este punto esencial existe uniformidad en la doctrina actual. De ahí que tanto el derecho emergente de un acto administrativo emitido en ejercicio de la actividad *reglada*, como el emergente de un acto que emane del ejercicio de la actividad *discrecional* de la Administración Pública, pueden hallarse amparados por la cosa juzgada ad-

ministrativa, en cuanto ésta obsta a que la Administración Pública extinga —revoque— el acto en sede administrativa, por sí y ante sí. Todo radica en que del acto respectivo haya nacido efectivamente para el administrado un derecho perfecto y no un derecho precario, pero en esto —que constituye una cuestión de hecho— nada tiene que ver la calidad *discrecional* o *reglada* de la potestad ejercida para emitir el acto. Si del acto discrecional hubiere nacido un derecho perfecto, su titular hallaríase legitimado sustancial o materialmente para actuar ante la justicia judicial en defensa de tal derecho.

Como criterio general, una vez *emitido* el acto, sea ello en ejercicio de atribuciones *regladas* o *discrecionales*, el respectivo derecho que nace de ese acto es, en ambos casos, de igual rango, porque en ambos supuestos la Administración Pública habrá actuado *en ejecución de la Constitución o de la ley y de acuerdo con ellas*.

En tal orden de ideas, si el derecho subjetivo nacido de un acto administrativo emitido en ejercicio de facultades regladas es inextinguible por la propia Administración Pública, irrevocable en sede administrativa, idéntica prerrogativa debe acompañar al derecho subjetivo nacido de un acto administrativo emitido en ejercicio de facultades discrecionales. Insisto en que no hay principio jurídico que justifique lo contrario. Ya un autor dijo que “la afirmación injustificada de que el derecho particular creado por la discrecionalidad es siempre revocable no tiene ningún sentido y resulta muy difícil discernir la razón en que se la funda”. De ahí que si de un acto administrativo *discrecional* nace un derecho perfecto, su titular estaría legitimado sustancial o materialmente para defenderlo ante el órgano jurisdiccional.

Desde luego, siempre habrá que analizar la índole de la cuestión en debate, a efectos de establecer si en la especie se trata o no de un acto que, por su objeto, es o no susceptible de crear un *derecho subjetivo*, un *derecho perfecto*. Si bien una cosa es el derecho perfecto y otra cosa el derecho precario, nada tiene que ver con ello el carácter *reglado* o *discrecional* del acto, pues tanto en uno como en otro caso el derecho nacido del acto administrativo puede ser perfecto o no. Todo depende de la materia de que se trate.

Sobre estas cuestiones la Corte Suprema de Justicia

de la Nación ha sostenido y sostiene una posición distinta a la que dejo expuesta. En numerosos fallos ha dicho que, para que un acto administrativo produzca cosa juzgada y sea, por tanto, *irrevocable* por la propia Administración Pública, tal acto debe haberse dictado en ejercicio de facultades regladas y no *discrecionales*. Esta posición de la Corte Suprema de Justicia, que considero equivocada y que corresponde a concepciones ya superadas científicamente, no es compartida actualmente por la doctrina ni por la moderna legislación. Es de esperar un cambio fundamental de criterio en nuestro alto Tribunal de justicia.

De acuerdo con lo que dejo expresado, a partir del fallo dictado en 1936, en el juicio seguido por "Elena Carman de Cantón c. la Nación s. pensión", la Corte Suprema dijo: "Es lógico que cuando se obra en virtud de facultades discrecionales la revocación sea procedente" (Fallos, t. 175, pp. 368 y ss.). Desde entonces, a través de numerosas sentencias reiteró dicho criterio. La última decisión dictada en ese sentido es recentísima, pues aparece en Fallos, t. 303, p. 1684 y ss., que corresponde al año 1981, es decir, es posterior al año 1972 en que se dictó la ley nacional de procedimiento administrativo que, sin distinguir entre actos reglados y discrecionales, en su art. 17 prohíbe la revocación en sede administrativa, de actos firmes y consentidos, que hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, derivando tal extinción a los tribunales de justicia. La Corte Suprema ha olvidado la existencia de este precepto legal, y sigue aferrada a su vieja posición, lo cual, como ya lo expresé, acrecienta su error jurisprudencial. De conformidad con dicho art. 17 del decreto-ley sobre procedimiento administrativo nacional, en principio no existe razón alguna para considerar que el titular de un derecho nacido de un acto administrativo discrecional, lo mismo que el titular de un derecho nacido de un acto reglado, no esté legitimado sustancial o materialmente para defenderlo jurisdiccionalmente ante la justicia judicial.

El alto Tribunal jamás dio la razón lógico-jurídica en cuyo mérito sostiene sus conclusiones. Más aun: algunas de las expresiones utilizadas en sus fallos son inconcebibles. Así, en el recordado caso "Elena Carman de Cantón c. la Nación", la Corte Suprema manifiesta que es *lógico* que cuando se obra en virtud de facultades discrecionales la revocación sea procedente (p. 374); sin embargo, máxime

frente a los razonamientos que expuse, lo que precisamente falta en tal solución es el fundamento *lógico* que, no obstante, la Corte da por supuesto.

Lo cierto es que el alto Tribunal ha generalizado en exceso: no diferencia entre el objeto de las distintas categorías posibles de actos administrativos, ya que unos generan para el administrado derechos *perfectos* y otros no, se trate o no de actividad reglada o discrecional, tal como lo he manifestado.

Claro está que con semejante posición o criterio, nuestra Corte Suprema le niega legitimación sustancial o material a quien, para la defensa de su derecho, accione impugnando un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales. Todo esto es erróneo.

El expresado error conceptual de nuestra Corte Suprema de Justicia tomó origen en la vieja legislación española de 1888, reformada en 1894, sobre jurisdicción contenciosoadministrativa, que, efectivamente, para admitir dicha acción requería que el acto administrativo hubiere sido emitido en ejercicio de facultades regladas, disponiendo la improcedencia de tal acción para impugnar actos emitidos en ejercicio de la actividad discrecional. Pero ese texto de la vieja ley española desapareció con la nueva y actual ley de ese país, del 27 de diciembre de 1956, sobre jurisdicción contenciosoadministrativa, que en modo alguno excluye ahora de la impugnación judicial a los actos administrativos emitidos en ejercicio de la actividad discrecional. Por cierto, los autores españoles de fines del siglo pasado, y principios del actual, refiriéndose a estas cuestiones, siguiendo a la ley entonces vigente en dicho país, sostenían la improcedencia de la impugnación judicial de los actos administrativos emitidos en ejercicio de la actividad discrecional. En ese sentido se pronunció un autor de aquella época, muy divulgado entonces entre nosotros: me refiero a Vicente Santamaría de Paredes, que en su *Curso de Derecho Administrativo*, p. 68; publicado en Madrid en 1898, repite lo que la ley entonces vigente establecía sobre esta cuestión. Esa vieja legislación y bibliografía española fueron tenidas en cuenta y seguidas por el doctor Luis V. Varela, quien basándose en ellas, en su *Código de Procedimientos de lo Contenciosoadministrativo* para la Provincia de Buenos Aires, de 1905, excluía de la acción contenciosoadministrativa la impugnación de

los actos emitidos en ejercicio de la actividad discrecional. El criterio seguido por ese viejo Código de la Provincia de Buenos Aires —bueno en su época, pero hoy al margen de muchos adelantos técnicos sobre la materia— fue precisamente una de las fuentes tenidas en cuenta por la Corte Suprema al dictar el fallo en “Carman de Cantón contra la Nación”. Pero en 1956 esa antigua legislación española fue dejada sin efecto, no obstante lo cual aún hoy nuestra Corte Suprema sigue aplicando un sistema ya abandonado en el propio país de origen. Todo esto es lamentable, máxime si se consideran los perjuicios que reciben los administrados cuando su acción contenciosoadministrativa es injustamente rechazada por el simple hecho de que el respectivo acto administrativo fue dictado en ejercicio de la actividad discrecional.

Todos los modernos y actuales Códigos Procesales Contenciosoadministrativos de nuestras provincias, extienden dicha acción judicial a la impugnación de actos administrativos emitidos en ejercicio de la actividad discrecional. Idéntico criterio sigue el Proyecto de Código Procesal Contenciosoadministrativo para la Nación, redactado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia el 16 de junio de 1981, que tuvo el honor de integrar con los destacados juristas doctores Juan Francisco Linares y Juan Carlos Cassagne.

En presencia de todos los expresados elementos de juicio, y muy particularmente ante la vigencia del mencionado art. 17 de la ley de procedimiento administrativo nacional, del año 1972 que, en lo atinente a la naturaleza del derecho emergente de un acto administrativo emitido en ejercicio de la actividad reglada o de la discrecional no hace distinción alguna, es de esperar que nuestra Corte Suprema de Justicia cambiará de jurisprudencia en lo tocante a la impugnación judicial del acto administrativo emitido en ejercicio de la actividad discrecional, admitiendo la legitimación sustancial del actor cuando éste impugne un acto administrativo emitido en ejercicio de la expresada actividad discrecional o libre.

XIII

PALABRAS FINALES

Con lo expuesto doy por analizados, en lo esencial, los principales problemas de la legitimación en las acciones contra el Estado.