

Colección *Thesis*

Luis E. Dates

## Hacia la superación de la categoría del interés legítimo

Un nuevo enfoque sobre las situaciones jurídicas subjetivas del derecho administrativo

Prólogo a cargo de la *Dra. Estela B. Sacristán*

Ediciones  
**IRAP**

**Colección *Thesis***

**Luis E. Dates**

**Hacia la superación de la categoría  
del interés legítimo**  
**Un nuevo enfoque sobre las situaciones jurídicas  
subjetivas del derecho administrativo**

**Prólogo a cargo de la *Dra. Estela B. Sacristán***

Ediciones  
**IRAP**

Dates, Luis E.

Hacia la superación de la categoría del interés legítimo :  
un nuevo enfoque sobre las situaciones jurídicas  
subjetivas del derecho administrativo . - 1a ed. -  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Rap, 2013.  
208 p. ; 20x14 cm. - (Thesis / Eduardo Mertehikian)

ISBN 978-987-694-006-1

1. Derecho Administrativo. I. Título  
CDD 342

© Ediciones *Rap* S. A.  
Talcahuano 758, PB "B" (C1013AAP)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina  
4374-0661 (líneas rotativas)  
consulta@revistarap.com.ar  
www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito  
que establece la Ley 11.723

ISBN 978-987-694-006-1

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos  
o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica  
y cualquier sistema de almacenamiento de información  
sin autorización escrita del Editor.

Este libro se terminó de imprimir en septiembre de 2013  
en Artes Gráficas Delsur. Alte. Solier 2450,  
Sarandí, Pcia. de Buenos Aires, Argentina  
Tel. 4204-2986

**Director Editorial**

Eduardo Mertehikian

**Consejo Editorial**

Armando N. Canosa

Violeta Castelli (†)

Oscar Cuadros

Pablo Gutiérrez Colantuono

Miriam M. Ivanega

Ismael Mata

Alberto M. Sánchez

***Hacia la superación de la categoría  
del interés legítimo***

***Un nuevo enfoque sobre las situaciones jurídicas  
subjetivas del derecho administrativo***

*Luis E. Dates*

Maestría en Derecho Administrativo – Facultad de Derecho  
– Universidad Austral

**Tutora:** Dra. Estela B. Sacristán

**Jurado:** Dres. Jorge I. Muratorio y Julio P. Comadira

**Presentada:** 28 de octubre de 2011

**Defendida:** 21 de noviembre de 2011

**Calificación obtenida:** Diez (10)

***Colección Thesis***

Esta colección se nutre de las elaboraciones jurídicas nacidas en los claustros universitarios en los que se enseña y aprehende el derecho público. Su finalidad es constituir un espacio de divulgación privilegiada del esfuerzo de aquellos que, aspirando a recibir sus títulos de posgrado en la disciplina, hayan obtenido los mayores méritos académicos.

Colección *Thesis* cuenta con un Consejo Editorial integrado por prestigiosos profesores de las materias que conforman el derecho público y por ello también, constituye un ámbito que pretende incentivar la difusión de esos méritos académicos, promoviendo y dándole cabida editorial a la producción científica de sus autores.

Este emprendimiento editorial pretende, por tanto, sumarse al esfuerzo y al mérito de los Autores, Directores de Investigación y Tutores de las obras que integran la presente colección.

*Eduardo Mertehikian*  
Director

## ÍNDICE GENERAL

<b>PRÓLOGO</b> .....	15
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	21
<b>PRELIMINAR</b> .....	23
<b>ABREVIATURAS UTILIZADAS</b> .....	25
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	27
<b>CAPÍTULO 1. DESCRIPCIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS</b>	
<b>SUBJETIVAS ACTIVAS RECONOCIDAS EN LA LNPA Y EN EL RLNPA</b> ....	33
1.1. Nociones preliminares .....	33
1.1.1. El concepto de relación jurídica .....	35
1.1.2. La noción de situación jurídica .....	37
1.1.3. La relación jurídico-administrativa .....	39
1.2. Las situaciones jurídicas clásicas del administrado .....	41
1.2.1. El interés simple .....	41
1.2.2. El interés legítimo .....	42
1.2.3. El derecho subjetivo .....	43
1.3. La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo .....	45
1.3.1. Criterios diferenciadores .....	46
1.3.1.1. La tesis de la exclusividad y de la concurrencia .....	46
1.3.1.2. La tesis de las normas de relación y normas de acción .....	47
1.3.1.3. La tesis de la utilidad garantizada .....	48
1.3.1.4. La tesis de las facultades regladas y discrecionales .....	51

1.3.2. Criterios superadores .....	53
1.3.2.1. La tesis de los derechos subjetivos típicos y reaccionales .....	53
1.3.2.2. La tesis negatoria .....	55
1.4. El régimen de la LNPA y del RLNPA .....	58
1.4.1. Panorama conceptual .....	58
1.4.2. El interesado .....	60
1.4.3. La detección de anomalías .....	62
1.4.4. Algunas conclusiones .....	64

## **CAPÍTULO 2. EVALUACIÓN Y CRÍTICA DE LAS CATEGORÍAS**

<b>JURÍDICAS EXISTENTES</b> .....	69
2.1. Una mirada desde la filosofía del derecho .....	69
2.1.1. Planteo del tema .....	69
2.1.2. El derecho en sentido subjetivo .....	70
2.1.2.1. Acerca del origen del concepto .....	70
2.1.2.2. Su correlación con el derecho objetivo .....	73
2.1.2.3. Diversas manifestaciones del derecho subjetivo .....	75
2.1.2.4. Posibles clasificaciones de los derechos subjetivos .....	76
2.1.3. Distintas teorías para explicar el derecho subjetivo .....	80
2.1.3.1. La teoría de la voluntad .....	81
2.1.3.2. La teoría del interés .....	82
2.1.3.3. La teoría kelseniana .....	83
2.1.4. Corolario .....	86
2.2. El derecho procesal y las situaciones jurídicas subjetivas del derecho administrativo .....	87
2.2.1. La acción como derecho público subjetivo .....	87
2.2.1.1. Su (des)vinculación con el derecho material .....	87
2.2.1.2. Las enseñanzas del derecho romano .....	89
2.2.2. La legitimación .....	91
2.2.2.1. Proemio .....	91
2.2.2.2. La noción de legitimación .....	93

2.2.2.3. ¿Requisito de admisibilidad o de fundabilidad? .....	95
2.2.2.4. El concepto de parte .....	96
2.2.3. El caso judicial .....	98
2.2.4. Las pretensiones procesales .....	102
2.2.4.1. La noción de pretensión .....	102
2.2.4.2. La justificación procesal de las categorías .....	103
2.2.5. Reflexión final .....	104
2.3. La inutilidad de la distinción en el derecho argentino .....	106
2.3.1. Las categorías jurídicas no tienen respaldo constitucional ..	106
2.3.2. La noción de interés legítimo responde a criterios extranjeros ajenos a nuestra realidad jurídica .....	110
2.3.2.1. El sistema italiano de doble jurisdicción .....	111
2.3.2.2. El derecho francés y la diversidad de acciones .....	113
2.3.2.3. Síntesis .....	115
2.4. La categoría del interés legítimo en la jurisprudencia de la CSJN .....	115
2.4.1. El interés legítimo como género del derecho subjetivo .....	115
2.4.2. El interés legítimo como categoría diferenciada del derecho subjetivo .....	117
2.4.3. La inadecuación de la categoría a la luz de "Halabi" .....	119
2.4.3.1. Los hechos del caso .....	121
2.4.3.2. Las categorías de derechos propuestas en "Halabi" .....	122
<b>CAPÍTULO 3. LA UNIFICACIÓN DE TODAS LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS EN EL DERECHO SUBJETIVO</b> .....	129
3.1. El derecho subjetivo como categoría única .....	129
3.1.1. ¿Intereses simples o derechos subjetivos? .....	131
3.1.1.1. Derecho a obtener una respuesta concreta de la Administración pública .....	131
3.1.1.2. Derecho al cumplimiento de la ley .....	134
3.1.2. Los derechos de incidencia colectiva como expresión del derecho subjetivo .....	140

3.1.2.1. El concepto de derecho de incidencia colectiva .....	140
3.1.2.2. Nuestra postura .....	144
3.2. El derecho "a algo" a la luz de la jurisprudencia de la CSJN	148
3.2.1. Derecho al mantenimiento de un determinado régimen normativo .....	148
3.2.2. Derecho a la estabilidad fiscal en una relación de fomento	149
3.2.3. Derecho a recibir un trabajo de parte del Estado .....	150
3.2.4. Derecho a la inalterabilidad de los planes de estudio .....	150
3.2.5. Derecho a una indemnización por cualquier daño sufrido ..	151
3.2.6. Derecho al ascenso, a la intangibilidad del salario y a una correcta desvinculación del empleado público .....	151
3.2.7. Derecho a resultar adjudicatario en una licitación pública ..	153
3.2.8. Derecho a obtener publicidad oficial .....	153
3.2.9. Derecho a abortar en condiciones seguras y de manera rápida y accesible .....	154
3.2.10. Derecho a acceder a una vivienda digna .....	156
3.3. Delimitación del derecho subjetivo .....	156
3.3.1. Una primera advertencia .....	156
3.3.2. La calificación jurídica del interés .....	160
3.3.3. El "vía crucis" del derecho subjetivo (expectativa, adquisición y ejercicio) .....	164
3.3.4. La vigencia del caso judicial .....	168
3.4. Corolario .....	170
3.4.1. Una posible apoyatura en el derecho positivo .....	170
3.4.2. Nuestra propuesta .....	173
<b>CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES</b> .....	177
4.1. Primera parte .....	177
4.2. Segunda parte .....	179
4.3. Tercera parte .....	180
4.4. Epílogo .....	181
<b>CAPÍTULO 5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA</b> .....	183

## PRÓLOGO

Un prólogo es, según la Real Academia Española<sup>1</sup>, un escrito antepuesto al cuerpo de una obra. Etimológicamente, el término "prólogo" implica palabras o expresiones que están antes; así, un prólogo es una introducción escrita, una suerte de preámbulo ubicado antes de la acometida del primer capítulo o escena o lección de la obra del Autor.

Creo que nunca más prístina la identidad entre esas conceptualizaciones y el tema de este libro: así como antes del primer capítulo o escena o lección hay un prólogo, antes de un caso judicial habrá legitimación. Es más: se ha llegado a afirmar, reiteradamente, casi en monótono trena, que sin legitimación no hay caso judicial. Casi como afirmar que sin prólogo no hay libro (aunque algún lector reticente podría brindar por ello).

Un caso judicial tiene mucho de obra; se me hace que la legitimación algo tiene de prólogo.

Permitaseme explicarlo así: en el teatro clásico —pensemos en *Hamlet*— el prólogo<sup>2</sup> era aquella introducción declamada, que efectuaba uno de los caracteres o personajes, dirigiéndose al público, para, por ejemplo, adelantarles algo acerca de aquello sobre lo cual iba a versar la obra —como lo hace Horacio, amigo de Hamlet, en la tragedia respectiva.

<sup>1</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, T. II, Madrid, Espasa Calpe, 1991, 20ª. ed., p. 1110. En igual sentido, Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, T. II, Madrid, Gredos, 1983, p. 855.

<sup>2</sup> Sigo las denominaciones sobre las que enseña Aristóteles; sigo Aristotle, *Poetics* (Halliwell, Stephen, trad.), Cambridge, Massachusetts, Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1995, p. 67.

La acreditación de la legitimación puede ser vista como aquel adelanto, que se le hace al decisor, acerca de cómo, el que se dice legitimado, estará involucrado en la historia o caso. Y allí es donde ese hipotético legitimado, según el prólogo, podrá hallarse ubicado de diversa manera respecto de lo que irá sucediendo - acción comprensiva del desarrollo hasta el momento de cambio, seguido del desenlace ó *dénouement*<sup>3</sup> - en la obra, sea esta última planteada en un procedimiento administrativo, o un proceso judicial.

He aquí el nudo gordiano que Luis Dates encara con riguroso método y sentido institucional: el nudo de los diversos supuestos de legitimación que pueden darse, en especial, en sede administrativa, con sus ecos en sede judicial. Y lo encara con solvencia académica y profesional en este libro titulado *Hacia la superación de la categoría del interés legítimo. Un nuevo enfoque sobre las situaciones jurídicas subjetivas del derecho administrativo*, confiriéndome - en un gesto de confianza, que es recíproco - el honor de prologarlo.

\*\*\*

Como recordaremos, existe una clasificación tripartita que reconoce, en el campo de la legitimación, derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples. La legislación administrativa argentina, luego de mirar a Europa continental, acogió las dos primeras situaciones subjetivas (por ej., en la LPA, Artículo 1.1.1.: en el RPA, Artículo 3º), pero no las definió. De otra parte, el interés simple o difuso es una construcción también adoptada, sin definiciones, en reglamentaciones menos añosas (por ej., en el Decreto Nº 1.172/2003 de Transparencia y Acceso a la Información; en la Resolución Nº 3158/2005 del Enargas; entre otros muchos otros supuestos).

Pues bien, el Luis Dates, en los capítulos que siguen, pone en tela de juicio esa divisoria tripartita. Y, al así hacer, se yergue por sobre todas las apariencias para alcanzar las sustancias. Casi en un juego en el que el aristotelismo vence al platonismo.

\*\*\*

Pero olvidémonos de la cuestión de la necesidad de definición de cada uno de esos tres renglones en las normas: para ello están las

obras de Ihering<sup>4</sup>, Kelsen<sup>5</sup>, Ross<sup>6</sup>, Hohfeld<sup>7</sup>. Releguemos, en especial, esas definiciones, si estamos convencidos del valor docente de la práctica jurisprudencial y su habilidad para delimitar conceptos de forma institucionalmente exitosa: pensemos en "Luján"<sup>8</sup>, de 1992, fallo de la Corte Suprema estadounidense, en el que se exigió a la asociación respectiva mucho más que lo que decía su estatuto; o en el célebre fallo de la Corte Suprema argentina en "Ekmejdjian"<sup>9</sup>, de 1992, en el que el desagravio al primer y único cristiano amparista alcanzó a todos sus iguales.

Mirando desde una atalaya virtual, localizada por encima de definiciones y ejemplos, el estudio que realiza Luis Dates parece enraizar en el desarrollo humano que el derecho procesal ha tenido, de la mano de avances en el reconocimiento de bienes que la Historia misma se ha ocupado de individualizar y apuntalar.

La primera capa, generada desde la antigüedad, propiciada en la Carta Magna de 1215 y la *Bill of Rights* británica de 1689 y floreciendo en la Declaración norteamericana de independencia de 1776 y en la Declaración francesa de 1789 sobre derechos humanos, consiste en derechos humanos de primera generación, que serían derechos civiles y derechos políticos. Tal sería el caso del derecho a la propiedad o el derecho a un juicio justo, o el derecho a expresarse. Casos de esta clase no parecerían suscitar problemas de acreditación o de reconocimiento de legitimación: si la Constitución protege la propiedad, bien podré accionar para que se me paguen los alquileres que se me adeudan, o para que una orden judicial lance a los ocupantes ilegales de mi

<sup>4</sup> Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho* (Posada, Adolfo, trad.), Buenos Aires, Araujo, 1946, p. 86 y su remisión a su *Espíritu del Derecho romano*, III, p. 60.

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (Vernengo, Roberto J., trad.), México, Porrúa, 1997, 9ª ed., pp. 138-178.

<sup>6</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (Carrió, Genaro R., trad.), Buenos Aires, Eudeba, 1974, 3ª ed., pp. 164/183.

<sup>7</sup> Hohfeld, Wesley Newcomb, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en *The Yale Law Journal*, Vol. 26, No. 8 (Jun., 1917), pp. 710-770, esp. cuadro en p. 710.

<sup>8</sup> "Lujan v/ Defenders of Wildlife", 504 U.S. 555 (1992).

<sup>9</sup> "Ekmejdjian, Miguel Ángel c/ Solovitch, Gerardo y otros", *Lallos*: 315: 1492 [1992].

predio. Sea la relación jurídica bipolar, privada (acreedor, deudor) o triangular (propietario, Estado, ocupante ilegal), la presencia de legitimación activa es evidente.

La segunda capa consistiría en derechos humanos de segunda generación o derechos sociales, sancionados en la Declaración de las Naciones Unidas de 1948; entre ellos se advierte la presencia de derechos económicos, sociales y culturales. En esta segunda capa, la cuestión hace más bien a si son verdaderos derechos: si la Constitución garantiza el derecho a trabajar, ¿estoy legitimado para pedir trabajo?, ¿estoy legitimado para obtener un plan de trabajo de tal o cual Ministerio, o para pedir que esos planes se asignen legalmente? Aquí, la situación subjetiva gana en bipolaridad (solicitante enfrentado al Estado), y si se quiere, también en certidumbre: si los derechos generan obligaciones, y estas generan costos<sup>10</sup>, el límite de la efectividad de esa legitimación serían las arcas estatales, y la legitimación del—como mínimo—contribuyente hallará plena justificación.

La tercera capa está formada por los derechos de tercera generación o nuevos derechos humanos o derechos de tercera generación—que nacen con la solidaridad, formadora de cohesión en los grupos—, derechos que no son propios del hombre sino del grupo cohesionado como tal, y que hacen a bienes masivos, como la competencia, o el medio ambiente, o las instituciones republicanas. En esta capa de supuestos, si la Constitución garantiza la libre competencia, la igualdad, y el pie de igualdad entre provincias antiguas y nuevas, ¿puede una provincia accionar para que no subsidien, en una provincia vecina, una industria que no está subsidiada en el territorio de la primera? ¿Puedo accionar para que el Riachuelo luzca tan limpio como el Támesis a la altura de Londres, o el Sena a la altura de París? ¿Puedo accionar para que el dictado de un acto de alcance general sea precedido de algún procedimiento participativo? ¿O no puedo esperar nada, aunque los vecinos de mi provincia fracasen en colocar producciones enteras en el mercado, los habitantes de las riberas del Riachuelo vivan en un ámbito dantesco, o el acto general me signifique una factura de luz imposible de pagar?

<sup>10</sup> Cfr. Holmes, Stephen – Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York y Londres, W. W. Norton & Co., 1999, p. 35 y sigs.

\*\*\*

Todas estas ideas, que he volcado en desparejos acordes, hallan ordenado cauce en los capítulos que el Dr. Dates desarrolla con profundidad y rigor. Esos capítulos se ordenan para licuar las asperezas de planteos similares a los antes efectuados: se ordenan para sostener su tesis con fortaleza. Y esa tesis es la de que no hay diferencias ontológicas entre derecho subjetivo e interés legítimo, quedando éste subsumido en el primero.

He aquí la trascendente finalidad que orienta todas y cada una de las páginas que siguen. Es que no importará el *quién* de cada caso, sino el *a qué* de cada sujeto. O, en palabras del *simile* con el que me permitía abrir este prólogo, el Horacio virtual de *Hamlet* no nos adelantará el *quiénes* de la obra, sino el *qué* ínsito en cada acción humana que se suceda. Trascendente diferencia, que prescinde de definiciones o de generaciones de bienes (derechos), para ubicarse en la justicia que una situación humana tal o cual amerite.

De tal modo, en el primer abordaje de la clasificación tripartita y su recepción legislativa, efectúa el autor un realista balance demostrando la innecesariedad de aquella a tenor de desarrollos reglamentarios más recientes, como es el caso del anexo del Decreto N° 1.172/2003, que no pide ninguna clase de legitimación a efectos de solicitar información en poder estatal. Y ya colocado frente a la sede judicial, somete a la diferenciación derecho subjetivo/interés legítimo a la más dura de las pruebas: la del control judicial que ejercen los jueces, alcanzando incluso a la legalidad administrativa.

El capítulo de evaluación y crítica de las categorías jurídicas existentes es, en rigor, un estudio iusfilosófico y jurídico acerca de la noción de derecho subjetivo. Si antes pensamos a Ihering o Kelsen, o imaginamos a Guillermo de Occam o a Suárez, aquí se suman variada doctrina extranjera y nacional, incluyendo esta última a constitucionalistas, administrativistas y procesalistas argentinos con los que el autor dialoga incansablemente y con soltura. Lo hace para llegar a la conclusión de que el concepto de interés legítimo contiene los caracteres que se atribuyen al derecho subjetivo, y para desembocar en la jurisprudencia conforme la cual la figura del interés legítimo habría sido tácitamente eliminada, fagocitada por la de derecho subjetivo.

Finalmente, en un completo estudio jurisprudencial actualizado y vigoroso, desgrana el contenido actual de la noción de derecho subjetivo en la práctica de la Corte Suprema y, al así hacer, colma de respuestas prácticamente todas las preguntas que antes me permitiera formular. Ello no obstante, destaca la importancia de las definiciones legislativas al respecto, sin quitar valor a las interpretaciones judiciales, pero privilegiando las definiciones de los órganos más democráticamente representativos.

*Hacia la superación de la categoría del interés legítimo* fue, inicialmente, una tesis de maestría para obtener un título de posgrado. Hoy es el fruto de la meditación madura de un joven socio de la sede local de un importante bufete internacional; un producto escrito académicamente elevado y honesto, profesionalmente valioso, enriquecido, moralmente bueno. Pues, como enseña el Tomismo, y recuerda Finnis<sup>11</sup>, un derecho es lo que se requiere de los otros en justicia, y esta, es la justicia requerida en un determinado contexto: no el *quién* sino el *a qué*.

En la determinación de ese *a qué*, Luis Dates nos ha enseñado que la realización de la Justicia, el abrir las puertas en los casos o controversias, bien vale el sacrificio de rótulos, clasificaciones o ubicaciones arbitrarias, fruto del trasplante jurídico o del apego a concepciones eruditas pero alejadas de criterios hermenéuticos que privilegian a la persona.

*Estela B. Sacristán*

<sup>11</sup> Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Law Series, Clarendon Press, 1980, p. 211, o p. 211 de la 2ª ed. de 2011.

## AGRADECIMIENTOS

Dar las gracias es manifestar el agradecimiento por un beneficio recibido. Pero es mucho más que eso. Es sentirse querido y valorado. Es reconocerse acompañado y correspondido. Es una señal de respeto, pero también de afecto. Es algo que nos llena de orgullo, no tanto por el logro individual, sino por el éxito compartido. Cuando se agradece, se piensa con el corazón, se recuerda a quienes en algún momento de nuestra vida nos acompañaron en un determinado tramo del camino. Y esas compañías, que nos enriquecen mutuamente, son inmortales, aun cuando todos —de una manera u otra— estemos destinados al olvido.

En primer lugar, agradecemos a la Dra. Estela B. Sacristán de Bianchi por su paciencia y sus consejos; su guía y apoyo en su rol tutelar fueron fundamentales en la elaboración de la tesina. También a nuestros compañeros y profesores de la Maestría y a las autoridades del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Jorge Albertsen, Alejandro Uslenghi y, muy especialmente, a la Dra. Miriam M. Ivanega. Todos ellos han sido partícipes, de alguna manera u otra, de este proyecto. Asimismo, agradecemos a Jorge Muratorio y Julio Pablo Comadira —miembros del tribunal evaluador de la tesina—, quienes respetuosamente nos brindaron interesantes reflexiones y sugerencias, muchas de las cuales han sido tenidas en cuenta en este libro. Y resulta imperativo agradecer a nuestro editor, Eduardo Mertehikian y a su equipo de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* encabezado por Melisa Mertehikian, por la confianza depositada y por el empeño para que esta obra viera la luz.