

CAPÍTULO IV

EL INTERÉS LEGÍTIMO

SUMARIO

1. Legitimación e interés legítimo	IV-1 / 179
2. Ilegitimidad o inoportunidad del acto impugnado y legitimación para atacarlo.....	IV-4 / 182
3. Cuándo se decide si hay o no legitimación	IV-4 / 182
4. El “interés personal y directo” como elemento de la noción de “interés legítimo”	IV-5 / 183
5. El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos.....	IV-5 / 183
6. El interés personal y directo	IV-7 / 185
7. Origen y significado actual de este requisito	IV-8 / 186
8. Su antigua interpretación en la práctica argentina. Superación	IV-9 / 187
9. Las asociaciones	IV-11 / 189
10. El interés puede ser patrimonial o moral.....	IV-12 / 190
11. El interés puede ser subjetivo	IV-13 / 191
12. El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo.....	IV-14 / 192
13. Interpretación de este principio en la práctica argentina	IV-14 / 192
14. Evolución actual. El resurgimiento de la denuncia de ilegitimidad	IV-15 / 193
15. El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio.....	IV-16 / 194
16. El interés retrospectivo.....	IV-16 / 194
17. Cuándo se aprecia el interés	IV-17 / 195
18. El interés moral ultraactivo.....	IV-18 / 196
19. El interés moral exclusivo o dominante	IV-20 / 198

Capítulo IV

EL INTERÉS LEGÍTIMO

1. Legitimación e interés legítimo

Cabe preguntarse si todavía tiene sentido la categoría del interés legítimo,¹ cuando ya el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires — para dar un ejemplo cuantitativamente importante en cuanto a justiciables— lo equipara al derecho subjetivo en cuanto a la legitimación² y cuando el derecho

¹ Como bien lo apunta JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia” *LL*, 2003-B, 1333, recordando a GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, “Las partes en el proceso administrativo,” *Separata de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año XLIX, n° 74, Madrid, 1997, p. 24 y ss. GORDILLO; LOIANO; FLAX; GORDO; LÓPEZ ALFONSÍN; FERREIRA; TAMBUSI; RONDANINI; GONZÁLEZ CAMPAÑA, *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. VIII, “Derechos de incidencia colectiva,” pp. 2-3; 6ª ed., GORDILLO-FLAX (coords.), Buenos Aires, FDA, 2007. También denuncia la superación de esta categoría CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Los derechos de incidencia colectiva,” *LL, Sup. Adm.* 2006 (febrero), pp. 1-14, *LL*, 2006-A. Ver también la clasificación que hace la CSJN en el fallo *Halabi, Fallos*, 332: 111, 2009. A partir de este fallo, hay doctrina que considera que la categoría del interés legítimo ha sido eliminada por la CSJN, así, DATES, LUIS E., *Hacia la superación de la categoría del interés legítimo*, Buenos Aires, RAP, 2013, p. 127. Si bien la categoría de interés legítimo era sostenida por gran parte de la doctrina argentina, muchos autores han comenzado a abandonarla, como CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 8ª ed. actualizada, t. II, p. 55 y ss. Ver igualmente MARCER, ERNESTO ALBERTO, *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad. Hoc, 2004, 1ª ed., pp. 66-76; NIETO, ALEJANDRO, “La discutible supervivencia del interés directo,” *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 12, p. 39. Ver también, BALBÍN, CARLOS F., *Manual de derecho administrativo*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 557-570 y OBERDA, GASTÓN DARÍO, “Las partes en el procedimiento administrativo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 216-231. El avance doctrinario no se ve reflejado en la realidad administrativa por cuanto algunos organismos —ej. Inspección General de Justicia— han establecido criterios restrictivos para acceder a sus registros en base a una supuesta protección de datos personales. Dicho criterio ha sido declarado ilegítimo por la justicia. (CNFed, Sala V, 19/VI/13, *Gil Lavedra*.)

² Ese cambio normativo se vio precedido de un cambio jurisprudencial: *Rusconi*, con nota de BOTASSI, CARLOS A., “El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo (Un fallo histórico),” *LL*, 1996-C, 20, 22; lo que antes era la minoría de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en *Thomann* (1984) pasó a constituir la mayoría, con brillante voto de HITTERS. El código procesal administrativo admite la legitimación amplia del derecho subjetivo y el interés legítimo, a lo que cabe agregar la protección de los derechos de incidencia colectiva, que como garan-

constitucional de incidencia colectiva que emerge de las normas nacionales es de aplicación obligatoria en todo el país. Al mismo tiempo van apareciendo casos de tutela judicial del interés legítimo incluso sin tales códigos.³ Esos casos también pueden, si se lo desea, subsumirse en un derecho subjetivo a la legalidad, o en un derecho de incidencia colectiva a la legalidad;⁴ constituyen ejemplos de interés moral —el más débil en nuestra jurisprudencia tradicional— ahora tutelado sin embargo judicialmente con vigor en muchos casos. Con todo, tal vez sea prematuro anunciar su desaparición del mundo jurídico en derecho administrativo, razón por la cual mantenemos por ahora su tratamiento. Aunque puede resultar algo forzado, pareciera ser que no puede asignarse el carácter de derecho de incidencia colectiva a todo interés legítimo, ni viceversa. Mientras que la administración puede sin problema reconocer carácter de parte al titular de un interés legítimo, es difícil que acudan a ella los titulares de derechos de incidencia colectiva, que preferirán la acción judicial directa. En la práctica es así posible que el interés legítimo se transforme en el primer círculo de afectados por el acto, con tutela administrativa pero usualmente no judicial en el orden nacional —sí en muchas Provincias— y el derecho de incidencia colectiva sea una categoría algo más restrictiva que el interés simple de toda la colectividad, con tutela judicial por imperio del art. 43 de la Constitución. En cualquier caso, es obvio que lo mejor sería que los tribunales cortaran por lo sano eliminando estas categorías. Una cuestión es determinar quiénes pueden ser partes en el procedimiento administrativo, esto es, tienen capacidad o aptitud legal para serlo;⁵ otra, las condiciones que se requieren para que uno de los sujetos mencionados pueda ser tenido como parte “interesada” en un procedimiento determinado. En el proceso judicial tradicional, la legitimación deriva de tener o no derechos subjetivos afectados por la litis que se plantea; en el procedimiento administrativo la legitimación no sólo puede surgir de un derecho subjetivo sino también de un interés legítimo afectado. En algunos casos, por excepción, puede serlo por un interés simple, pero la regla es que sea necesario un derecho subjetivo o un interés legítimo y que el interés simple sea insuficiente.

El derecho de incidencia colectiva todavía no ha tenido recepción como legitimación en sede administrativa, pero al tenerla judicialmente por el art. 43 de la Constitución parece inevitable que la administración también deba acogerlo. Una

tía federal impone la Constitución nacional. Ver BOTASSI, “Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo,” en BOTASSI (coord.), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense LEP, 2004, 2ª ed., p. 263-99. Ver también nuestro art. “Administrar sin justicia,” *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25 (2003); POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, cap. 4, “La favola della Girafa Azzurra,” pp. 127-35.

³ *Infra*, § 17 *in fine* y 18.

⁴ Sala II, *Gambier, II, LL*, 1999-E, 624.

⁵ Ver t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. I, “Las partes.”

de sus primeras apariciones es en el procedimiento de audiencia pública⁶ y los casos de tutela del medio ambiente.⁷ La existencia de los derechos de incidencia colectiva en el proceso judicial torna un poco ociosa la discusión en el procedimiento administrativo acerca de si alguien tiene o no un interés legítimo. Es muy posible que de afirmarse en la experiencia el reconocimiento de la legitimación constitucional amplia para aquéllos, la segunda categoría tienda a desaparecer. Pero como adelantamos es un poco temprano para anunciar su desaparición de la vida y del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo no establece recursos diferenciados según se trate de la defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos, como sí lo hace a veces en las provincias el proceso judicial llamado “contencioso administrativo;”⁸ por ello ante la administración no presenta importancia a los efectos de la legitimación el determinar si estamos en presencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. En ambos casos será procedente el mismo recurso.

En cambio, reviste mayor importancia a los efectos de la legitimación en el procedimiento administrativo, la distinción entre el interés legítimo y el interés simple, pues aquí las vías de recurso se abren. Cuando existe un interés legítimo proceden todos los recursos: Jerárquico, reconsideración, etc.⁹ Cuando se invoca un interés simple, tales recursos no proceden y tan sólo pueden interponerse denuncias.

Desde un punto de vista práctico, la cuestión de la legitimación en el procedimiento administrativo se centra en determinar si hay solamente interés simple; interesa menos precisar si se trata de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Claro está que esta última cuestión no es intrascendente, ya que resolverá luego la pertinencia de la indemnización y en algún caso resuelve también la legitimación, p. ej. en el reclamo administrativo previo, que sólo procede para la defensa de derechos subjetivos y no hace falta para los derechos de incidencia colectiva. Por último, corresponde destacar que muchas provincias han admitido en sus códigos de la materia la tutela judicial del interés legítimo y que la Provincia de Buenos Aires, una de las más conservadoras al respecto, finalmente admitió la tutela judicial del interés legítimo primero por un cambio jurisprudencial¹⁰ y luego legislativo.¹¹ Falta ahora que lo haga la Nación, aunque como veremos más adelante hay algunos adelantos importantes del fuero.

⁶ *Infra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” Ver también SARCIA, ALBERTO D., “El procedimiento de audiencia pública,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 487-496.

⁷ Ver ROSSI, ALEJANDRO, “La defensa supranacional del derecho a un medio ambiente sano,” en GORDILLO-GORDO-LOIANNO-ROSSI, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 3ª ed.

⁸ A través de los llamados recursos de plena jurisdicción y de anulación, respectivamente.

⁹ Estos recursos podrían reducirse a uno sólo, como explicamos en el t. 4, *op. cit.*, cap III, “Los recursos administrativos,” § 22, “Hacia la unidad del recurso administrativo.”

¹⁰ Ver *supra*, nota 2.

¹¹ La ley 13.101 que modificó la ley 12.008, también lo contempla en su art. 13.

2. Ilegitimidad o inoportunidad del acto impugnado y legitimación para atacarlo

A veces se presenta una dificultad terminológica por el distinto empleo de las palabras “legitimidad” y “legítimo,” usadas con *un* sentido en la expresión “interés legítimo” y su símil “legitimación” y con *otro* sentido en cuanto a la “legitimidad” o “ilegitimidad” del acto. La dificultad no debiera pasar de lo verbal, pues a pesar de la similitud que puedan tener, su significado y funcionamiento es independiente. Debe distinguirse el interés legítimo lesionado que habilita a una persona a ser *parte* recurrente o impugnante en un procedimiento administrativo o judicial, de la *ilegitimidad* de la conducta misma que se impugna. Una cosa es la infracción al ordenamiento que el acto tenga y otra los efectos que ocasiona a quienes sean *afectados*. Puedo estar afectado y tener legitimación (*standing*) para impugnar, pero puede ser legítima la conducta en cuestión y no tener yo derecho a su cese, aunque sí a tramitar esa petición que será denegada en cuanto al fondo, no a la forma para pedirlo.¹²

Por ello, un acto puede ocasionar efectos sobre una parte y así legitimarla, sin ser con todo ilegítimo, lo que llevará a que el recurso sea formalmente procedente pero habrá de ser rechazado en cuanto a la pretensión material, de fondo. Del mismo modo, podrá ocurrir que un acto ilegítimo no cause lesión a determinados individuos, los que no podrán así atacarlo por vía de recurso a pesar de que el acto efectivamente sea contrario a derecho.¹³

También se da el caso de que una impugnación a un acto, fundada en que éste es ilegal, tenga legitimación sobre la base de la lesión de un interés tan sólo moral del recurrente, según veremos después.¹⁴

Y finalmente, puede haber interés legítimo, sea patrimonial o moral, a impugnar un acto, no porque él es ilegal, sino tan sólo porque es inoportuno, impugnación ésta que sería inadmisibles en el proceso judicial actual, pero que es perfectamente normal en el procedimiento administrativo. Como se advierte de lo expuesto, no existe ninguna necesaria coincidencia entre el concepto de legitimación (interés legítimo a atacar el acto) y la legitimidad u oportunidad del acto que se ataca.

3. Cuándo se decide si hay o no legitimación

Veremos más adelante que la legitimación debe existir al interponer el recurso, pero que según los casos puede admitirse una legitimación retrospectiva y también futura o eventual. Ello es una cuestión distinta de cuándo se decide, por parte

¹² Comp. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1961, p. 109. Comp. CSJN, *Fallos*, 321-1: 1352, *Consumidores Libres*, 1998; *DJ*, 1998-2, 820, cons. 2.

¹³ En tales casos puede de todos modos hacerse una denuncia, requiriendo el control de oficio de los actos administrativos, o también invocar los derechos de incidencia colectiva, en su caso.

¹⁴ *Infra*, § 17 y Sala I, *Ángel Castro, LL*, 2000-B, 305, año 1999.

de la autoridad administrativa, si existe o no esa legitimación; o sea, cuándo el órgano administrativo resuelve si la legitimación (sea ella actual, retrospectiva o eventual, desde el punto de vista del recurrente) se da o no en el recurso.

En el procedimiento administrativo la apreciación de la legitimación del recurrente no es efectuada por los órganos inferiores, sino por la propia autoridad que debe decidir sobre el fondo del asunto y además esa decisión es adoptada en ocasión de decidir sobre dicho fondo. En el proceso judicial la analiza el juez de acuerdo con el art. 347, inc. 3° del CPCC.

En consecuencia, en sede administrativa no es necesario que haya una decisión previa sobre la legitimación del interesado y luego la tramitación del recurso para llegar posteriormente a la decisión de fondo en caso de haberse admitido anteriormente la legitimación, sino que la mera presentación del recurso asegura normalmente su tramitación por todas las autoridades que deben intervenir y la resolución final del órgano competente.

Éste decidirá de una sola vez si existe legitimación, caso en el cual pasará a resolver también sobre el fondo, o si no existe, caso en el cual puede no pronunciarse sobre el contenido del recurso. Y decimos puede no pronunciarse, pues también puede sí hacerlo, no ya como resolución del recurso sino como control de oficio de la legitimidad de sus actos o de los de sus inferiores.

Todo esto no significa que la distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple carezca de importancia, sino que se presenta en distinto momento. Pues al momento de la decisión final del recurso, si se encuentra que el recurrente está animado por un mero interés simple, es muy posible que esta circunstancia baste para llevar a la autoridad decidente a rechazarlo.

4. El “interés personal y directo” como elemento de la noción de “interés legítimo”

Expresamos ya que en el concepto clásico de interés legítimo hay por lo general una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial. También en el interés simple hay una concurrencia de individuos, sólo que en tal caso dicha “concurrencia” abarca a todos los habitantes. La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está dada por el hecho de que en el primero se requiere que el individuo tenga un “interés personal y directo” en la impugnación del acto. Toca ahora analizar, entonces, qué caracteres reviste dicha noción de “interés personal y directo.”

5. El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos

La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está en que en el interés simple el interés es común a todos los habitantes, mientras que en el interés le-

gítimo debe pertenecer a “una categoría definida y limitada” de individuos.¹⁵ Las circunstancias que rodean al acto o hecho cuestionado deben trazar un círculo de interés, definido con precisión suficiente;¹⁶ puede así tratarse de una medida administrativa que afecte a todos los comerciantes, o a todos los usuarios de un servicio público, etc. pero no a todos los contribuyentes del Estado, o a todos los ciudadanos o habitantes;¹⁷ puede, en cambio, tratarse de todos los contribuyentes o habitantes de una comuna determinada;¹⁸ lo importante en esta concepción, hoy superada en el derecho argentino, era que el círculo no se ampliara “hasta las dimensiones de la colectividad nacional.”

Pero con la Constitución de 1994 es una tesis que no puede ya sostenerse. En este aspecto existían de todos modos dificultades para precisar el círculo de personas legitimadas, por cuanto el interés va descendiendo gradualmente a distintos sectores de personas, sin producirse separaciones tajantes. Este principio da una explicación de por qué GAMBIEP invocó en un caso la calidad de “ciudadano argentino” y fue admitido¹⁹ y en otro la calidad de habitante o vecino;²⁰ o por qué la justicia enfatizó el interés de TORELLO como jubilada.²¹ Del mismo modo explica el interés de los vecinos de una localidad,²² o de quienes defienden los intereses de un grupo actual o potencialmente amenazado por una enfermedad,²³ o los usuarios actuales o potenciales de un servicio.²⁴

En tales casos, ¿dónde poner el límite de separación entre el derecho de incidencia colectiva y el interés legítimo, frente al interés simple? ¿Se hace llegar la legitimación, p. ej., a todos los habitantes que sin duda constituyen un círculo definido y delimitado? ¿O en cambio se la limita sólo a grupos menos generales? La cuestión es siempre de hecho y debe resolverse de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular.

De cualquier manera, queda dicho que el interés a veces se va esfumando progresivamente y entonces el límite habrá que fijarlo, si es necesario, en algún

¹⁵ KORNPROBST, BRUNO, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, París, 1959, p. 127.

¹⁶ KORNPROBST, *op. cit.*, p. 129.

¹⁷ KORNPROBST, *op. cit.*, p. 129; DEBBASCH, CHARLES, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, t. 2, Aix-en-Provence, 1960, pp. 283-4.

¹⁸ DEBBASCH, *op. cit.*, pp. 283-4 y jurisprudencia que cita; GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative*, París, 1960, p. 147.

¹⁹ *Gambier II*, Sala II, 1999-E, 624, medida cautelar autosatisfactiva.

²⁰ *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97.

²¹ *Torello*, Sala II, LL, 2000-B, 275, con nota de BELTRÁN GAMBIEP, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad.” Ver *supra*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

²² *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97; *Viceconte*, Sala IV, LL, 1998-F, 305, firme; *Defensora de Menores n° 3 c/ Poder Ejecutivo municipal s/ acción de amparo*, TSJ de Neuquén, expte. 46-99, LL, 2000-D, 882 y en *DJ*, 2000-2, 702.

²³ *Asociación Benghalensis*, causa 33.929/96, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), LL, 2001-B, 126, año 2000, sentencia de la CSJN.

²⁴ *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, CNFed. CA, Sala IV, LL, 1997-E, 535; *Youssefian*, Sala IV, LL, 1997-F, 270 (cautelar), sentencia definitiva, LL, 1998-D, 712.

punto determinado que desde luego no puede ya ser el derecho subjetivo individual solamente —como quedó explicado y tantos precedentes lo demuestran— sin que sea posible tener soluciones precisas y seguras.

6. *El interés personal y directo*

Antaño se señalaba que el interés debe ser además “personal y directo.” Ésta es la formulación tradicional del principio y por eso debe manejárselo con precaución, pues dice más que su verdadero contenido actual. No debe pues interpretárselo en un sentido “excesivamente estricto.”²⁵ Una primera temperación surge de agregar, como lo hace con acierto la jurisprudencia, que puede ser actual o potencial. No se trata de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pues ello implicaría acercarnos a la hipótesis del derecho subjetivo; ni de que el interés deba surgir en forma inmediata y actual, pues ello también implicaría acercarnos a la mencionada hipótesis. La “actualidad” del interés queda pues superada por la nueva formulación jurisprudencial que admite la calidad de afectado actual o potencial²⁶ o usuario actual o potencial,²⁷ sea en forma material o moral.²⁸ Por lo demás, antiguamente la hipótesis de exigir un interés personal y directo estaba centrada en la situación de la persona física; con el reconocimiento constitucional de los derechos de las asociaciones, que también se encuentra desde antes en la ley 24.240, no parece ya tener importancia. Históricamente, pues, se trataba de que el recurrente debía justificar no ser un mero curioso o entrometido en la cuestión, ni luchar líricamente por el interés público. Es decir, que debía ser plausible su interés, diferenciado del interés general.²⁹ También ello cambió, al admitirse, a la inversa, lo que BELTRÁN GAMBIER denomina el civismo jurídico.³⁰ Ello ocurre cuando se invocan cualidades como la de ciudadano,³¹ vecino,³² usuario,³³ jubilado,³⁴ etc. En las asociaciones cuyo objeto

²⁵ HEREDIA, HORACIO H., “Los medios administrativos para la protección de los administrados,” en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 2: 261, año 1945; BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963, p. 19.

²⁶ *Asociación Benghalensis*, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), *LL*, 2001-B, 126, año 2000, sentencia de la CSJN; *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme; *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de BELTRÁN GAMBIER, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” *op. cit.*

²⁷ *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, CNFed CA, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535; *Youssefian*; Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar), sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 712.

²⁸ *Ángel Castro*, Sala I, *LL*, 2000-B, 305; *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97.

²⁹ ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958, p. 64.

³⁰ Nota al caso *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad.”

³¹ *Gambier II*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624, medida cautelar autosatisfactiva.

³² *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme; *Schroder*, Sala III, *LL*, 1994-E, 449; *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97.

³³ *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535; *Youssefian*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar), sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 712.

³⁴ CNFed. CA, Sala II, *Torello*, *LL*, 2000-B, 275.

es la defensa de todos o algunos de los derechos de los usuarios y consumidores, o del medio ambiente, etc., su existencia ya demuestra suficiente diferenciación del interés general y la habilita en consecuencia para actuar tanto administrativa como judicialmente, en defensa de los derechos que constituyen su objeto asociativo *lato sensu*.³⁵ En los derechos de incidencia colectiva tanto la ley 24.240 como la Constitución reconocen a las asociaciones interés jurídico suficiente para actuar, administrativa y judicialmente, en defensa del interés que constituye su objeto social o estatutario.

7. Origen y significado actual de este requisito

Para comprender mejor el significado actual que debe darse al concepto de “interés personal y directo,” es necesario referirse a su origen. En un comienzo los actos impugnados ante el Consejo de Estado francés afectaban a un individuo determinado, o a un grupo reducido de individuos personalmente designados y considerados.³⁶ Por ello se estableció el hábito de considerar que el recurso no podía ser ejercido sino contra los actos individuales que se referían a un pequeño número de personas: “de allí la regla del interés directo y personal.”³⁷ No se había planteado todavía el caso de los recursos contra actos que afectaran intereses generales. En esa tesitura, el objetivo de la regla del interés personal es “evitar que una persona pretenda representar los intereses generales de la Administración;”³⁸ “en otros términos, hace falta que el peticionante tenga un interés distinto de aquel que tendría la persona administrativa misma, por cuenta de la cual el acto ha sido hecho; distinto incluso del interés que tendría el Estado cuyas prerrogativas habrían sido violadas.”³⁹ De allí se advierte que el concepto de interés personal se entiende simplemente como interés no administrativo, como interés de índole privada, que afecta a individuos particulares.

Por ello es que bajo este concepto cabe excluir del recurso a las personas que no pueden invocar sino el interés general de que se cumpla la ley o se respeten los principios del derecho, pues este interés es común a todos los habitantes y también a la administración pública: Es el interés simple de la acción popular. Se requiere, entonces, un interés más “privado,” “personal,” “no-administrativo.” En este concepto, puede haber un interés personal, aunque el individuo que lo

³⁵ Prueba de ello han sido, entre otros fallos, *ADECUA c/ ENARGAS*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 339; *Consumidores Libres*, *LL*, 1995-E, 516.

³⁶ DEBBASCH, *op. cit.*, p. 281 y ss.

³⁷ HAURIUO, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II, París, Sirey, 1929, p. 208.: “De allí esta regla [...] de que el recurso [...] no es admisible de parte del peticionante si no tiene un interés personal en la anulación del acto, es decir un interés diferenciado del de un administrado ordinario en tanto que este administrado desea una buena gestión de los intereses comunales.”

³⁸ DEBBASCH, *op. cit.*, p. 281.

³⁹ HAURIUO, *op. cit.*, p. 208: “En otros términos [...] es esencialmente un recurso de interés privado, no debe ser ejercido en el interés de la cosa pública.”

esgrima no esté particularmente afectado por la medida; el interés será en este aspecto “personal” siempre que el particular pueda aducir motivos de agravios distintos del interés administrativo de que se cumpla la ley. Lógico es advertir que estas limitaciones para diferenciar al interés legítimo del interés simple no son aplicables a los derechos de incidencia colectiva, más próximos a la *class action* o *actio popularis*.⁴⁰

8. *Su antigua interpretación en la práctica argentina. Superación*

Por tal razón es que debe admitirse el recurso presentado por asociaciones (gremiales, profesionales, industriales, etc.) contra actos que afectan a sus miembros o asociados.⁴¹ Allí la asociación actúa por un interés legítimo y un derecho de incidencia colectiva. Puede incluso actuar hasta por un derecho subjetivo propio, en la medida que su objeto estatutario sea precisamente la defensa de tales intereses o derechos. Cuando la asociación se presenta para defender derechos del tipo de los que son parte de ella como socios, pero no necesariamente lo son, entonces estamos en presencia de un derecho de incidencia colectiva. Se requiere en estos casos —en el interés legítimo— que la decisión atacada concierna directa o indirectamente al común de los miembros adherentes a la asociación⁴² y si ella afecta sólo a uno de los miembros, o a una parte de ellos, no habría tradicionalmente y en principio interés legítimo de parte de la asociación para recurrir contra dichos actos; pero puede haber hoy en día derecho de incidencia colectiva, conforme el art. 43 de la Constitución nacional. La práctica administrativa argentina no había recibido hasta el presente esta aplicación del principio y así es como se había negado interés a dicho tipo de agrupaciones o asociaciones, incluso cuando el acto afectaba a la totalidad de sus miembros.⁴³ Esa vieja tesis ha quedado superada en la evolución del derecho argentino a partir del fallo de la CSJN *in re AGUEERA*, en que se reconoce legitimación judicial para actuar por sus asociados a título individual a una asociación en una acción declarativa de inconstitucionalidad.⁴⁴ Aquella otra solución administrativa se había dado debido a una interpretación literal del concepto de “interés personal y directo,” que la llevó, en ese caso, a un incorrecto rigorismo. Ello se advertía en los fundamentos dados para así resolver el problema: “Promueven el recurso dos asociaciones de

⁴⁰ Ver *supra*, cap. II, nota 2.3.

⁴¹ GABOLDE, *op. cit.*, p. 146; HEREDIA, *op. cit.*, p. 261. Incluso a quienes no lo son: Si el estatuto social lo prevé, está entre sus finalidades legales.

⁴² HEREDIA, *op. cit.*, p. 161; GABOLDE, *op. cit.*, pp. 146-7; DEBBASCH, *op. cit.*, p. 295 y ss.

⁴³ Así PTN, *Dictámenes*, 68: 239, *Cámara de Envasadores de Aceites Comestibles*, 1959; 77: 220, *Asociación de Empresarios Cinematográficos de la Provincia de Buenos Aires*, 1961; 79: 223, *Asociación Argentina de Compañía de Seguros y Asociación de Aseguradores Extranjeros en la Argentina*, 1961.

⁴⁴ AGUEERA, LL, 1997-C, 322, con nota “Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad),” reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 61, p. 140.

empresarios cinematográficos contra medidas reglamentarias que no afectan de modo personal, directo e inmediato a las asociaciones recurrentes como tales entidades.” “Con arreglo al art. 1º del decreto 7520/44 (*B.O.*, 4/IV/944), el recurso jerárquico presupone para su procedencia la lesión de un derecho o interés legítimo, es decir, una injerencia en la esfera legal propia del recurrente; esta condición no aparece cumplida, según lo expuesto arriba, con respecto a las asociaciones presentantes, ni tampoco ha sido invocado por las mismas. En el expediente [...]”⁴⁵ esta Procuración entendió que, no habiendo acreditado una cámara gremial que podía representar a sus afiliados particularmente y por asuntos propios de ellos, el recurso jerárquico no era procedente. La misma solución se impone en este caso.”⁴⁶ Bien se advierte que cuando estos dictámenes afirmaban que las asociaciones quieren “representar a sus afiliados particularmente y por asuntos propios de ellos,” están exigiendo poco menos que un derecho subjetivo para recurrir, en lugar de un interés legítimo.

Si la jurisprudencia francesa ha entendido que tales cámaras, asociaciones, etc., tenían suficiente interés para recurrir,⁴⁷ parece incongruente que en un simple procedimiento administrativo, en que estamos en presencia de un recurso administrativo y no jurisdiccional, se aplique un mayor rigorismo. El criterio administrativo argentino tradicional es contrario a la eficiencia administrativa y debería considerarse abrogado a la luz del art. 43 de la Constitución Nacional. Negar interés a las asociaciones es exigir que sus asociados se presenten individualmente, con lo cual se desembocará en definitiva en una multiplicidad de recursos que deberán luego ser acumulados de oficio por la administración, llegándose así en definitiva a un resultado similar, aunque más costoso y complicado, que el que se hubiera obtenido de haberse admitido la presentación de la asociación misma. Es el mismo drama que aquejaba a la justicia y que ésta no había atinado a resolver hasta hace muy poco tiempo.⁴⁸

Esa vieja y en principio derogada jurisprudencia es incongruente hasta con un restringido concepto. En sentido estricto, resultaría que las asociaciones sólo tendrían interés cuando se tratara de cuestiones que las afectarán a ellas en cuanto asociaciones. Dado que dichas asociaciones se constituyen para la defensa de los intereses de los asociados o del sector, es obvio que afectarlos a estos es afectar también el interés directo y personal de la sociedad. Negarle interés en la impugnación de las medidas ilegítimas que afectan a sus asociados o al sector

⁴⁵ Se trata del que figura en PTN, *Dictámenes*, 68: 239, *op. cit.*

⁴⁶ PTN, *Dictámenes*, 79: 233.

⁴⁷ Más aun, son claras las múltiples razones que determinan la utilidad de su actuación en pro del bien común: BRAIBANT, GUY y STIRN, BERNARD, *Le droit administratif français*, París, Presses de Sciences Po y Dalloz, 1999, 5ª ed., p. 537.

⁴⁸ Nos remitimos a nuestro art. “Los fallos repetitivos como merma de justicia: Cómo evitarlos en el derecho actual,” *RAP*, 227: 5 (Buenos Aires, 1997); *infra*, cap. XIV, § 4.

es negarle su misma razón de ser.⁴⁹ Ello ha obligado a los abogados a agudizar el ingenio y, en definitiva, atiborrar innecesariamente a los tribunales de causas. Pues en algunos asuntos que han concitado mucho interés público se han presentado, en diversas acciones, una multiplicidad de actores, desde usuarios o afectados a título individual o por derechos de incidencia colectiva, pasando por asociaciones de usuarios y llegando a la corporación de las decenas de miles de abogados de la Capital Federal, litigando también por sus propios teléfonos.⁵⁰ Es una solución forzada a la cual llevaban estas restricciones al acceso a la justicia.

9. Las asociaciones

El art. 16 de la ley 14.555, ya de antaño, facultaba a las asociaciones profesionales para representar los intereses individuales de cada uno de sus asociados ante la administración y la justicia, por derecho propio o como terceristas, cuando por la naturaleza de la cuestión pudiera afectar intereses de la actividad o categoría sindical de que se trate.⁵¹

Igual solución amplia existe en el plano supranacional, pues las asociaciones, sindicales o no, tienen expedita la vía ante la ComisiónIDH, a pesar de no ser ellas mismas personas físicas ni actuar en nombre o representación de sus asociados. Así lo establece el art. 26 del reglamento de la ComisiónIDH, que confiere legitimación a “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros,” los que pueden actuar “en su nombre propio o en el de terceras personas.”⁵² Es lo mismo que en los casos *Asociación Benghalensis*, *Consumidores Libres*, *ADECUA*, etc., que en el orden local no actúan por sus asociados sino por terceros y fueron sin embargo legitimados para actuar en justicia.⁵³

La citada norma ha sido interpretada en el sentido de que el interés no ha de considerarse con relación a la asociación profesional, sino también al de sus afiliados e incluso “al efectivo cumplimiento de las reglamentaciones que les protegen o le son inherentes.”⁵⁴ El mismo criterio se amplió en las leyes 20.615,

⁴⁹ ROMIEU, *Sindicat des Patrons Coiffeurs de Limoges*, fallado por el Consejo de Estado el 28-XII-1906. (Citado por DEBBASCH, *op. cit.*, p. 295.)

⁵⁰ Ver LL, 1995D, 304, *Schroder*, Sala III; LL, 1995-E, 516, *Consumidores Libres*; LL, 1996-B, 517, *Confederación Unificada Bioquímica de la República Argentina*, Sala II; LL, 1996-B, 520, *Garrido y Marcos*, Sala II; *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, pp. 67, 88 y 92.

⁵¹ Art. 16, inc. 2°.

⁵² *Supra*, t. 1, *Parte general*, *op. cit.*, cap. VI, notas 1.5 y 2.13. Ver también el art. 44 de la Convención de San José, el art. 22 inc. 2 y el art. 23 del reglamento de la CorteIDH.

⁵³ Cap. “La justicia administrativa internacional,” § 1, “Observaciones comunes” del t. *Hacia el derecho administrativo global*.

⁵⁴ PTN, *Dictámenes*, 91: 184, 185; DEVEALI, MARIO, *Derecho sindical*, Buenos Aires, 1952, p. 93. El criterio se ha extendido, como surge de *Gambier I y II*, *Torello*, *Asociación Benghalensis*, *Labatón*, *Verbrugge*, *Viceconte*, *Monges*, *Ekmedjian*, *Blas*, *Barsanti*, *Defensora del Pueblo* n° 3, etc.: *supra*, caps. II y III.

22.105 y 23.551,⁵⁵ que precedieron la solución genérica que vendría luego a dar la Constitución de 1994,⁵⁶ superando las leyes precedentes. La importancia de la legitimación administrativa y judicial de todo tipo de asociación es fundamental para la vigencia del derecho.⁵⁷ Esa legitimación se confirma con la ley 24.240 y el art. 43 de la Constitución.⁵⁸

10. *El interés puede ser patrimonial o moral*

El interés suficiente para conferir legitimación o calidad de parte en un procedimiento administrativo o jurisdiccional a un sujeto de derecho, puede ser patrimonial (material, pecuniario) o también moral.⁵⁹ Pero es más, aún el interés moral no necesita ser actual, inmediato. Se ha admitido que puede ser retrospectivo o ultraactivo.⁶⁰ El concepto de interés “moral” es tomado en sentido psicológico, subjetivo o valorativo, por oposición a “interés material”⁶¹ y por ello comprende los casos de intereses de orden moral o religioso, intelectual, filosófico, artístico, etc.⁶² Incluye también el interés en hacer respetar una situación, una prerrogativa, o un rango honorable,⁶³ como un nombramiento o una mención honorífica.⁶⁴ Desde luego, en todos los casos se requiere que el interés en cuestión sea reconocido como valioso y digno de ser defendido.⁶⁵ La apreciación del interés debe hacerse

⁵⁵ Dice el art. 23 de la ley 23.551: “La asociación a partir de su inscripción, adquirirá personería jurídica y tendrá los siguientes derechos: a) Peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados; b) Representar los intereses colectivos, cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial.” Esta fórmula queda superada con el inc. b) y el art. 43 de la Constitución nacional.

⁵⁶ Otras leyes que prepararon el cambio *supra*, cap. III, § 2.

⁵⁷ Como lo explican BRAIBANT y STIRN, *op. loc. cit.*

⁵⁸ Normas posteriores de algún modo lo presuponen, como el art. 9° del decreto 229/00: “A los efectos de la aplicación del presente Decreto, se consideran Servicios a los Ciudadanos a las prestaciones que el Estado brinda, por sí o por terceros, a los particulares, *grupos de ellos* o personas jurídicas, a fin de satisfacer sus necesidades, en virtud de las responsabilidades y competencias que le son propias.” Sobre el alcance de la legitimación de las asociaciones luego de la reforma constitucional de 1994, ver: CAPUTI, MARÍA C., “Los alcances de la legitimación de las asociaciones,” *ED*, 2000/2001, 797 y “Perspectivas actuales de la legitimación de las asociaciones,” en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2005, pp. 567-592; OBERDA, *op. loc. cit.*

⁵⁹ Ampliar *infra*, § 17. Confr. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 216, BODDA, *op. cit.*, p. 20: doctrina uniforme. Alguna vez se negó el interés moral, por considerar que siendo “legítimo” el interés, debía provenir de una norma jurídica, lo que excluiría lo moral. Sin embargo, es de advertir que lo que debe provenir del orden jurídico es sólo el principio que demuestre la antijuridicidad del acto atacado; lo que aquí se trata es si ese acto, objetivamente antijurídico, puede ser impugnado por quien se ve afectado moralmente por él, aunque no pecuniariamente; y la respuesta afirmativa es así correcta.

⁶⁰ *Infra*, § 18, “El interés moral ultraactivo.”

⁶¹ Conf. KORNPROBST, *op. cit.*, p. 135, nota.

⁶² GABOLDE, *op. cit.*, p. 145 y jurisprudencia que cita.

⁶³ GABOLDE, *op. loc. cit.*

⁶⁴ KORNPROBST, *op. cit.*, p. 136.

⁶⁵ KORNPROBST, *op. cit.*, p. 132, admite que pueda ser inmoral. Se trata del precedente del Consejo de Estado frances, *Dol et Laurent*, del año 1919 en que dicho interés fue tutelado incluso en las

desde el punto de vista del recurrente. Cabrá dar mayor amplitud al concepto de “interés artístico,” cuando se trate de un artista, de profesión o vocacional; de “interés intelectual,” cuando se trate de un estudioso, etc. Lo que para un creyente puede ser de suma importancia y conferirle legitimación para accionar⁶⁶ puede no tenerla para un no creyente, el cual podrá entonces en igual situación carecer de interés tutelable. Cabe pues reconocer el interés moral a quien por su situación u ocupación puede acreditar, incluso por presunciones,⁶⁷ un interés subjetivo u objetivo⁶⁸ en la cuestión de que se trate. De tal manera, es también admisible que una asociación creada para defender ciertos y determinados principios, pueda recurrir contra decisiones que afectan los principios que ella tiene por misión defender o propagar.⁶⁹

11. *El interés puede ser subjetivo*

El interés, como puede advertirse, es una apreciación conforme a las condiciones personales del actor. Una medida que afecta a la generalidad de los habitantes puede así no afectar intereses de grupos determinados; pero pueden existir individuos o grupos de individuos que sean alcanzados con más intensidad por la misma disposición, con lo que pueden llegar a justificar suficiente interés para atacar el acto. Así p.ej., una decisión referente a lugares de *camping* afecta en general a toda la colectividad, ya que son todos los individuos los que tienen derecho a visitar un lugar de *camping*. Pero un individuo que aduce su calidad de miembro de una asociación de *camping* y que efectúa su práctica asidua, se encuentra en una situación particular y no en la de cualquier ciudadano. Tiene por lo tanto suficiente legitimación.⁷⁰ Esto demuestra que la apreciación del interés debe hacerse conforme a las condiciones personales del recurrente y en ese sentido el interés “puede ser subjetivo.” Es decir que la situación de cada sujeto puede dar una distinta inflexión, con respecto a él, a un acto determinado. Pero la apreciación de si ese sujeto tiene o no un interés legítimo no es “subjetiva,” en el sentido de que dependa de una manifestación de voluntad del interesado, afirmando que a él le interesa impugnar el acto; por el contrario, dicha apreciación

circunstancias excepcionales y del ejercicio de los poderes de guerra. Ver MARCEAU LONG, PROSPER WEIL, GUY BRAIBANT, PIERRE DELVOLVÉ, BRUNO GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14ª ed., París, Dalloz, 2003, cap. 35, pp. 214-6.

⁶⁶ *Ekmekdjian*, CSJN, Fallos, 308: 647; ED, 148: 354, año 1992.

⁶⁷ *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, CNFed CA, Sala IV, LL, 1997-E, 535; *Youssefian*, Sala IV, LL, 1997-F, 270 (cautelar), sentencia definitiva, LL, 1998-D, 712; los terceros afectados por la sentencia en *Asociación Benghalensis*, causa 33.929/96, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva); CSJN, LL, 2001-B, 126.

⁶⁸ *ADECUA c/ ENARGAS*, Sala IV, LL, 1998-F, 339, año 1998; *Consumidores Libres*, LL, 1995-E, 516; puede considerarse una solución firme.

⁶⁹ Así el Consejo de Estado francés, *Ligue Nationale de Défense contre l'Alcoolisme*, 1934, citado por GABOLDE, *op. cit.*, p.146. Es el caso de *Consumidores Libres*, constituida, autorizada e inscripta para defender los derechos de los usuarios en general. Hay desde luego otras.

⁷⁰ Caso *Abisset*, Consejo de Estado, 14-II-1958, citado por DEBBASCH, *op. cit.*, p. 284.

es siempre resuelta objetivamente, atendiendo a esas condiciones personales o a la situación individual. Reiteramos que estas apreciaciones son para explicar antiguas características de una categoría en vías de extinción, en tanto no llegue el momento de pronunciarla formal y oficialmente superada, de una vez y para siempre, por el derecho de incidencia colectiva. Sólo hace falta que éste quede firmemente reconocido y aplicado por todos los tribunales del país: Ese momento no ha llegado aún, pero tampoco se encuentra demasiado distante.

12. *El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo*

Si bien en principio el interés debe ser actual,⁷¹ ello no es absoluto. Por de pronto, es importante señalar que hay interés actual no sólo cuando se produce o ha producido un daño material⁷² o moral, sino también cuando el daño está próximo a cumplirse y cuando se efectúa una modificación reglamentaria a la situación jurídica del particular. Es que las disposiciones generales afectan en forma actual e inmediata los intereses de las personas que deben someterse a ellas o cuyas situaciones jurídicas son de alguna manera modificadas por ellas. Tal interés existe prescindiendo de que la norma se ejecute o no en los hechos. “Las resoluciones dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que constituyen una «decisión» en el sentido técnico que son contempladas por el Decreto 7520 (primer apartado del art. 1º), que implican una manifestación de voluntad de la administración al admitir la existencia legal de la obligación del administrado y son susceptibles de lesionar en forma directa y actual los derechos o intereses legítimos de este último, son impugnables por la vía del recurso jerárquico. Cabe agregar todavía que ante una resolución que origina nuevas obligaciones o introduzca variantes en el ámbito jurídico del administrado, se está en presencia de lo que se denomina una medida constitutiva —por oposición a las meramente declarativas, sin efectos legales propios— que, por causar gravamen, hace procedente el recurso jerárquico.”⁷³

13. *Interpretación de este principio en la práctica argentina*

Este mismo dictamen deja ya traslucir la aceptación del interés eventual como base de un recurso administrativo; dicha aceptación cuenta también con antecedentes jurisprudenciales franceses; se ha dicho así que “no es necesario que el acto atacado provoque ya mismo por sus efectos la situación que justifica el recurso. Este puede ser presentado en la eventualidad de la aplicación ulterior y posible del acto.”⁷⁴

⁷¹ Así lo dice en general la doctrina. Ver p. ej. BODDA, *op. cit.*, p. 19.

⁷² DEBBASCH, *op. cit.*, pp. 307-9.

⁷³ PTN, *Dictámenes*, 71: 290.

⁷⁴ GABOLDE, *op. cit.*, p. 145, quien señala que la justicia exige al menos la inminencia de la amenaza que pesa sobre el recurrente.

Esto presupone, en el caso de los recursos, que existe un acto que origina el interés eventual: si sólo hay medidas preparatorias de actos administrativos, el interés es también “eventual” pero ya no es suficiente para justificar un recurso; en tales hipótesis sólo serían admisibles simples escritos de procedimiento, sin carácter formal de recurso.

Así en el caso de una resolución meramente preparatoria de un funcionario que “no tenía competencia suficiente para resolver sobre el punto,” ni tampoco había dictado el acto con voluntad de producir ese efecto jurídico, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que “cuando los interesados interpusieron sus recursos, no existía lesión efectiva de sus derechos e intereses sino solamente la posibilidad de que esa lesión se produjese. Mientras no hubiera sido emanado el acto administrativo adverso al solicitante, éste no podría interponer así sea en subsidio, recurso jerárquico, esto es, para el evento de que se produjese la lesión de su derecho subjetivo o interés legítimo, porque faltaría la actualidad de su interés, condición entre otras, para la procedencia del recurso.”⁷⁵

14. *Evolución actual. El resurgimiento de la denuncia de ilegitimidad*

Esta solución ha sido justamente criticada de formalista en exceso. Es suficiente con que una persona manifieste su voluntad una sola vez en el sentido de qué es lo que pretende o reclama de la administración pública, para que ésta se encuentre con la posibilidad e incluso con el deber jurídico de resolver esa presentación, hubiere o no sido dictado el acto adverso al momento de su interposición. Ello dimana también del expreso derecho que el decreto 229/2000 reafirma a las personas a que sean resueltos *en cuanto al fondo* —obviamente— tanto sus recursos y reclamos como sus *denuncias*.⁷⁶ Lo cual debería, en buen derecho, hacer desaparecer la tendencia de las últimas décadas a quitar todo derecho y toda expectativa al que interpusiere una denuncia de ilegitimidad. Es una etapa que cabe considerar relegada a la época histórica en la cual nació y floreció. Cabe pues señalar, a la inversa, los avances que ya se produjeron en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación⁷⁷ y en la justicia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.⁷⁸

⁷⁵ PTN, *Dictámenes*, 73: 153.

⁷⁶ Dice el art. 3º, inc. i): “DERECHO a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o *denuncias*.”

⁷⁷ Dictamen PTN del 24-VIII-06, Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), con nota de VILLASUR GARCÍA, MARÍA ALEJANDRA y FERRER, FRANCISCO “La denuncia de ilegitimidad como técnica de control de la actuación administrativa. Avances en la doctrina de la PTN y en la Jurisprudencia,” en *Derecho Administrativo, Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, LexisNexis, n° 61, Julio/Septiembre 2007 pp. 949-60. Comparar COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996; MINORINI LIMA, IGNACIO, “La denuncia de ilegitimidad,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 425-440.

⁷⁸ En la causa *Frávega, SA v. GCBA s/ impugnación de actos administrativos*, del 26-XII-06, la Sala 2º de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires ha

15. *El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio*

Como surge de lo anteriormente dicho, la orientación administrativa fue a veces estricta en exigir un interés actual, rechazando la posibilidad de que un interés eventual justifique la interposición del recurso.⁷⁹ Se ha dicho así, en un pasado ya muy distante, previo al decreto-ley 19.549/72 y su reglamento, que el recurso jerárquico interpuesto en subsidio, juntamente con el de revocatoria, habría sido improcedente.

Se argumentaba en tales tiempos que la lesión de los derechos subjetivos o intereses legítimos del recurrente, que condicionaba el recurso, debía ser actual y ello no ocurriría mientras no se dictara el acto administrativo adverso a sus pretensiones; en el caso, el rechazo del recurso de revocatoria.⁸⁰ La solución cambió en nuestro país en 1972, pero ya el derecho uruguayo se había adelantado y admitía la posibilidad de presentar el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico en subsidio.⁸¹

Dicha tesis⁸² fue recogida por el decreto 1.759/72, que admite los recursos en subsidio, *v.gr.* el recurso de reconsideración (art. 88). Quedan algunos pasos por dar, en lo que se refiere a la unidad del recurso administrativo.⁸³

16. *El interés retrospectivo*

El interés retrospectivo existe cuando un acto que produjo efectos durante un lapso y luego fue extinguido *ex nunc*, haya afectado a un individuo: Éste tiene un interés retrospectivo a lograr la anulación *ex tunc* del acto;⁸⁴ desde luego, también puede ser un interés moral retrospectivo.

En el ámbito *judicial* nacional, en que no se tutelaba tanto el interés legítimo como el derecho subjetivo y los derechos de incidencia colectiva, los tribunales han sido contrarios a resolver cuestiones que en sentido material hayan devenido “abstractas,” entendiéndose por ello que los hechos pertenecen al pasado. Pero la calificación jurídica de un acto sigue teniendo interés moral para la sociedad,

declarado la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Procedimientos Administrativos local, en cuanto establece que la decisión que resuelve la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial. Es un muy importante retorno a la mejor doctrina tradicional, en pos de la vigencia del Estado de Derecho.

⁷⁹ Aunque no se admita el “interés eventual” para recurrir, sí se admite el interés para actuar hasta que se produzca el acto lesivo que hace nacer al interés actual para recurrir.

⁸⁰ PTN, *Dictámenes*, 38: 38; 55: 342; 69: 105. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 65: uniforme.

⁸¹ REAL, ALBERTO RAMÓN, “Recursos administrativos,” en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. 3, Montevideo, 1962, § 1-4, p. 22.

⁸² Lo sostuvimos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Jorge Álvarez Editor, 1964, 1ª ed., cap. IV y en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., cap. XII.

⁸³ Lo explicamos en el t. 4, *op. cit.*, cap. III, § 22.

⁸⁴ GABOLDE, *op. loc. cit.* y los fallos que cita.

incluso cuando el acto se ha extinguido por cumplimiento o cualquier otra vía. Es una cuestión que interesa a la vigencia del Estado de Derecho, pues está en tela de juicio el ejercicio legítimo del poder público.

Dado que se postula la vigencia del principio de legalidad objetiva, no parece que pueda considerarse “abstracto” o “carente de interés” determinar si la administración violó o no ese principio de legalidad objetiva. Pues si no existe interés jurídicamente tutelable, tampoco existe el principio de derecho explicitado. Es el mismo problema que explicamos al comienzo del cap. II.

17. *Cuándo se aprecia el interés*

En principio, el interés debe existir y se aprecia con referencia al momento en que se interpone el recurso⁸⁵ Sin embargo, se admite también que si el interés es adquirido sólo con posterioridad a la presentación del recurso, pero antes de la decisión definitiva, el recurso es procedente.⁸⁶

Este criterio, teóricamente correcto a nuestro juicio, no es el imperante en la práctica administrativa argentina, aunque tiene distinguidas excepciones. En cuanto a la regla, se ha dicho en alguna ocasión que un recurso presentado contra una medida preparatoria era improcedente, por faltar el interés actual al momento de la interposición del recurso, aunque con posterioridad al recurso se dictara un acto del tenor del que se proyectaba. “Si se tiene en cuenta que el escalafonamiento de los interesados se produjo con posterioridad a sus presentaciones, la improcedencia del recurso resulta evidente por no existir al tiempo de su interposición contra la providencia de que se agravia, interés suficiente para su sustentación.”⁸⁷

Ello significa que en nuestra práctica tradicional era necesario presentar otra vez el recurso cuando el acto proyectado era efectivamente dictado.⁸⁸ Demás está decir que la solución es injusta e inútilmente formalista y que debe ser corregida en atención, entre otras razones, al principio de la buena fe administrativa. Lo que debe analizarse es si hay interés en el sentido de lesión a la situación jurídica del recurrente, sea ella material (*ergo*, actual) o moral. (Actual o retrospectiva y, por qué no, futura.)

Lo que interesa, en consecuencia, es si la lesión existe al momento de interponerlo *o de resolverlo*. Si al momento de decidirse, el proyecto de acto que se atacaba

⁸⁵ ODENT, RAYMOND, *Contentieux administratif*, t. II, París, 1958, p. 470. En criterio similar, BODDA, *op. cit.*, p. 19, admite que el interés pueda existir dentro del término de presentación del recurso. Los casos de interés no actual por tratarse de una lesión futura a una situación jurídica generalmente son los de proyectos de actos, actos sometidos a referéndum o aprobación, etc., en los que el acto todavía no es apto para producir directamente el efecto jurídico lesivo.

⁸⁶ ODENT, *op. cit.*, pp. 470-1.

⁸⁷ PTN, *Dictámenes*, 73: 153.

⁸⁸ Tributo, como pocos, al más exagerado de los inútiles formalismos.

no fue transformado en acto administrativo, o si el referendo no fue otorgado o no fue conferida al acto la aprobación que requería para producir efectos jurídicos, entonces puede ser admisible la solución tradicional de rechazar el recurso por falta de agravio del recurrente.

Pero, si después de presentado el recurso se confirman los temores del peticionante y el acto es dictado y produce sus efectos jurídicos, es impropio pretender que el recurrente carece de agravios, al momento de tomarse la decisión sobre el recurso, porque no los tenía al momento de recurrir. Aducir semejante cosa cuando consta que el acto que se impugnaba ha sido efectivamente dictado, sólo que después de la impugnación, no sólo es irreal y por tanto arbitrario, sino también malicioso. Posteriormente se concretó una posibilidad de cambio de tal criterio, ya que en un ulterior dictamen se ha dicho que “el momento en el que es suficiente que se den los requisitos de la admisibilidad del recurso es el del decreto que lo resuelve;”⁸⁹ este concepto, que es el que propugnamos, fue incluido incidentalmente y en cierto modo supletoriamente, pero es muy posible que llegue a afirmarse, modificando entonces el criterio tradicional.

De cualquier manera, por razones prácticas, convendrá reiterar el recurso ya interpuesto contra un proyecto, acto no aprobado, acto sometido a referéndum, etc., una vez que el proyecto se convierta en decisión definitiva o la aprobación o refrendo sean otorgados: Ello evitará toda discusión futura sobre la actualidad del interés.

18. *El interés moral ultraactivo*

Aunque el recurrente haya tenido interés al momento de la presentación del recurso, si por causas posteriores deja de tenerlo, se dice que el recurso se transforma en improcedente. Ha perdido en tal caso, se sostiene, el interés legítimo para seguir siendo considerado como parte.⁹⁰

Ello es así a menos que pueda invocarse la subsistencia de un interés moral en la declaración retroactiva de nulidad. En efecto, aquella solución no dejaba de tener sus problemas, pues importaba contravenir el principio general del procedimiento administrativo conforme al cual incluso en caso de desistimiento del particular, la administración sigue teniendo obligación de resolver si hubo o no ilegalidad en la conducta impugnada. También hace al interés público en el mantenimiento del principio de legalidad objetiva. Por otra parte, el recurrente pudo haber perdido el interés material en el resultado del acto y de su impugnación, pero no por ello pierde el interés moral en que se resuelva si la conducta impugnada era o no conforme a derecho. Muchas veces los recurrentes se can-

⁸⁹ PTN, *Dictámenes*, 86: 48, 50 vta.; se siguió allí la opinión de GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Aguilar, 1962, 2ª ed., p. 383.

⁹⁰ ODENT, *op. cit.*, p. 471; BODDA, *op. cit.*, p. 19.

san de lo que perciben como una excesiva demora de la administración,⁹¹ o en el mejor de los casos obtienen otra solución a su problema, pero ello no libera a la administración de la obligación genérica de resolver.

Se podrá objetar que esto importa un recargo innecesario de tareas. Pero ello significa no advertir que el recargo de tareas proviene en primer lugar de la comisión de actos ilegítimos. Y es esto lo que debe procurarse prevenir y evitar, al menos mediante la declaración de ilegitimidad de los actos que merezcan ese calificativo. Si el interés para recurrir se juzgara al momento de la interposición del recurso, entonces ese principio debería mantenerse también si el recurrente pierde su interés —y con él, por supuesto, también su recurso— con ulterioridad al acto de interposición del recurso administrativo.

No vemos qué inconveniente de orden lógico o práctico existe en admitir que también pueda ganar dicho interés luego del recurso y antes de la decisión. Puede ocurrir que la pérdida del interés se presente bajo la forma de revocación del acto impugnado, producida independientemente del recurso interpuesto. P. ej., si se impugna un acto de un director nacional ante el Poder Ejecutivo y el secretario de Estado revoca el acto, el recurrente perdería el interés de que el propio Poder Ejecutivo, el Jefe de Gabinete o el ministro se pronuncie. Allí faltaría el interés o gravamen actual en la resolución del recurso.

Sin embargo, a veces la revocación del acto atacado no hace perder el interés, pues éste puede subsistir, no ya desde un punto de vista material, sino moral. En tal sentido, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re Castro, Ángel*,⁹² resolvió por mayoría de votos que tenía interés y el caso no había devenido abstracto, el postulante perdedor en un concurso, aunque al momento de la sentencia quien resultara ganadora del concurso ya no revistaba en el cargo.

En otro ejemplo, si un acto sanciona a un individuo por la supuesta comisión de determinada infracción y aquél lo impugna, una “condonación” de sanciones administrativas por motivos de gracia no le quita en modo alguno legitimación para que se declare, si así corresponde, que la infracción no fue cometida y que fue indebidamente sancionado, antes que graciosamente “perdonado” por una “infracción” o un “delito” no cometidos.⁹³ En esta perspectiva, consideramos que tampoco se pierde el interés retrospectivamente, con respecto al tiempo en que el acto estuvo en vigencia, pues subsiste actualmente al menos como interés moral, jurídicamente tutelable según estamos viendo.

⁹¹ BARBARÁN, JOSEFINA, “El agotamiento del administrado,” *LL*, 2005-E, 1120; la misma reflexión encontramos posteriormente en BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, *op. cit.*, pp. 39 y 43.

⁹² *LL*, 2000-B, 305, año 1999.

⁹³ Era el caso del indulto a *Norman Brisky*, que analizamos en la primera edición de *Derechos Humanos*, 1990 y reimpresión 1992.

19. *El interés moral exclusivo o dominante*

Por fin, hay situaciones en que el interés moral es la única o principal preocupación del derecho, sin ninguna connotación importante en lo material o económico de la tutela.⁹⁴ El concepto de interés moral se utiliza entonces en el sentido de espiritual, intelectual, mental, etc., por oposición a material o de contenido económico. El caso inicial más destacado es *Ekmekdjian*, previo a la reforma constitucional, en que se aceptó la legitimación de un creyente ofendido en sus sentimientos por un programa televisivo.⁹⁵ Pero hay más.

a) Del mismo tenor moral es una acción, en nuestro país, que busca evitar la repetición de situaciones viales propicias a los accidentes (*Dalbon*), o

b) Investigar la verdad del pasado (*Urteaga*).⁹⁶

c) Es un supuesto de interés moral tutelable el que permite pedir sanciones a quienes maltratan a los animales.⁹⁷

d) Es la situación de los inscriptos en el padrón electoral que piden judicialmente que el Tribunal Electoral corrija algún vicio del padrón del que forman parte, sea o no directamente vinculado a su propia persona; del procedimiento electoral, etc.

e) Las acciones de GAMBIER por el teatro Odeón⁹⁸ o contra el financiamiento estatal de una campaña política,⁹⁹ se fundan en un interés moral, no material.

f) Lo propio ocurre con quienes cuestionan cláusulas nulas de contratos que son *inter alios acta*,¹⁰⁰ aunque tengan efectos indirectos de índole material para la jubilada actora.¹⁰¹

g) Comprende también el goce del ambiente y su tutela. (CN, art. 41.)¹⁰²

⁹⁴ En el caso de la comuna francesa de *Saint Just Chaleyssin*, el prefecto había resuelto exhumar de oficio una parte de los cuerpos del cementerio local, para hacer disponible más lugar. El Tribunal de Conflictos consideró que el acto era ilegal pues constituía “una violación al respeto debido a los muertos” y constituía una vía de hecho. BRAIBANT y STIRN, 1999, 5ª ed., *op. cit.*, pp. 194-5. Otros ejemplos en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, arts. 43 y ss. Estos bienes colectivos o individuales habilitan la vía judicial, como recuerda MILITELLO, SERGIO A., *Código contravencional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 82.

⁹⁵ *Ekmekdjian*, CSJN, *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 354, año 1992.

⁹⁶ CSJN, *Urteaga*, *LL*, 1998-F, 237.

⁹⁷ Ver y comp. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros, *Los animales y el derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 107: “en defensa de la colectividad, herida en su sensibilidad.”

⁹⁸ Que encuentra apoyo también en el derecho local. Ver al respecto MILITELLO, *op. loc. cit.*

⁹⁹ *Op. cit.*, cap. II y en el cap. III, § 6.6.

¹⁰⁰ *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275.

¹⁰¹ *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo...,” *op. cit.*

¹⁰² Los casos ya vistos: *Schroder*, *Defensoría de Menores n° 3*, *Dalbón*. El medio ambiente sano involucra, como es obvio, una vida sana, o sea el derecho a la salud que pauta el art. 41. Allí aparecen otros casos como *Viceconte*, *Asociación Benghalensis*, etc. Nos remitimos a los caps. II “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

h) La protección contra daños potenciales a la salud pública,¹⁰³ etc.

i) Es moral el interés que se tutela en el *hábeas data*,¹⁰⁴ pues la privacidad, la intimidad, pertenecen fundamentalmente a la esfera de lo espiritual y no de lo material. Con todo, el derecho a la imagen puede llegar a tener contenido económico si se trata de un artista, que debe administrar la imagen como un recurso.¹⁰⁵

j) De igual naturaleza es el derecho a ver un espectáculo que la administración quisiera prohibir, o asistir al culto y en general practicar sus creencias en libertad y sin ofensas.¹⁰⁶

k) El derecho a informarse y a la libertad de prensa es igualmente, en primer lugar, un interés moral o intelectual, íntimamente vinculado al ámbito de libertad del ser humano.

l) Igual cosa corresponde respecto del derecho a participar en una audiencia pública que se omite realizar,¹⁰⁷

ll) A que un ente regulador esté bien constituido,¹⁰⁸ etc.

¹⁰³ *Asociación Benghalensis*, causa 33.929/96, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), *LL*, 2001-B, 126 (sentencia de la CSJN); *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme.

¹⁰⁴ *Supra*, cap. III, § 6.5, “El caso de los bancos de datos y la privacidad;” GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed., pp. 504-521.

¹⁰⁵ En tal caso corresponde indemnización por daño material, no moral. Pero no son casos fáciles.

¹⁰⁶ CSJN, *Ekmekdjian*, *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 354, año 1992.

¹⁰⁷ El caso *Youssefian*, sala IV, que el actor desistió cuando iba a la CSJN, con lo cual quedó abstracto *pero firme*. Ver *LL*, 1997-F, 270 y *LL*, 1998-D, 712, año 1998.

¹⁰⁸ *ORSNA*, Juez Dr. SILVA GARRETÓN, segunda causa iniciada por *ADECUA*. Ver ELIASCHEV, NICOLÁS, “En defensa de la ley,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *LL*, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario, 2010, pp. 72-80, quien recuerda las acciones interpuestas por la ADC en relación a la omisión del PEN en integrar los órganos directivos de los entes reguladores.

