

## CAPÍTULO VI

### TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

1. Razón de ser de este capítulo ..... IADA-VI-1

#### *Primera Parte*

#### *Actividad discrecional y reglada de la administración*

- I. *Criterio de distinción* ..... IADA-VI-1
2. La apreciación de la eficacia u oportunidad del acto como criterio de distinción entre facultades regladas y discrecionales.. IADA-VI-1
- II. *Caracteres de la regulación y la discrecionalidad* ..... IADA-VI-2
3. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y discrecionales ..... IADA-VI-2
4. Todo acto administrativo es en parte reglado y en parte discrecional. El absurdo del “acto discrecional” ..... IADA-VI-3
- III. *Tipos y caracteres específicos de la regulación* ..... IADA-VI-4
5. Competencia: La primera regulación de la actividad administrativa ..... IADA-VI-4
6. El objeto del acto y su regulación normativa ..... IADA-VI-4
7. Los derechos individuales en la legislación común como regulación inversa a la actividad administrativa ..... IADA-VI-4
8. Los derechos individuales constitucionales como regulación residual a la actividad administrativa ..... IADA-VI-5
9. Cuádruple planteo de la regulación normativa a las facultades de la administración..... IADA-VI-5
10. Precisión y alcances técnicos del concepto de actividad reglada. Cómo evitar que se desvirtúe en aras de la claridad didáctica. IADA-VI-6

11. <i>Límites concretos a la actividad discrecional, como variante pedagógica del concepto técnico de actividad reglada</i> .....	IADA-VI-6
12. <i>Delimitación final de conceptos</i> .....	IADA-VI-7
IV. <i>Límites a las facultades discrecionales</i> .....	IADA-VI-7
13. <i>Límites relativos (elásticos) a la actividad discrecional</i> .....	IADA-VI-7
14. <i>El recurso de anulación condiciona en gran medida la aplicación de estos límites relativos</i> .....	IADA-VI-7
15. <i>El capricho como límite a la actividad discrecional</i> .....	IADA-VI-8
16. <i>La desviación de poder como límite a la actividad discrecional</i> .....	IADA-VI-8
17. <i>Vigencia práctica de estos límites</i> .....	IADA-VI-9

## *Segunda Parte*

### *Derecho subjetivo e interés legítimo*

I. <i>Nociones generales</i> .....	IADA-VI-9
1. <i>Derecho y deber jurídico</i> .....	IADA-VI-9
2. <i>Contenido material del derecho y deber jurídico</i> .....	IADA-VI-10
3. <i>Se analizará la manifestación externa, no la esencia, del derecho subjetivo</i> .....	IADA-VI-10
II. <i>El derecho subjetivo en relación con el sujeto</i> .....	IADA-VI-11
4. <i>El derecho subjetivo como poder de voluntad. Crítica</i> .....	IADA-VI-11
5. <i>El derecho subjetivo como interés protegido por una voluntad que lo representa y defiende. Crítica</i> .....	IADA-VI-11
6. <i>El derecho subjetivo como interés. Crítica</i> .....	IADA-VI-13
III. <i>El derecho subjetivo en relación con el derecho objetivo u orden jurídico</i> .....	IADA-VI-14
7. <i>El derecho subjetivo como acción judicial. Crítica</i> .....	IADA-VI-14
8. <i>Aclaración y nueva crítica</i> .....	IADA-VI-15
9. <i>Lo fundamental en el derecho subjetivo: Coincidencia con el juicio lógico de la norma jurídica</i> .....	IADA-VI-15
10. <i>La escisión en el concepto de derecho subjetivo</i> .....	IADA-VI-16
11. <i>Derecho subjetivo positivo y derecho subjetivo negativo: Diferencia de régimen jurídico</i> .....	IADA-VI-17
12. <i>Resumen de conclusiones y definición del derecho subjetivo positivo</i> .....	IADA-VI-18
13. <i>Elementos y definición del derecho subjetivo negativo</i> .....	IADA-VI-19
IV. <i>El derecho subjetivo en relación con el derecho reflejo. Sistematización</i> .....	IADA-VI-23

14. Los dos tipos de derecho reflejo o interés legítimo.....	IADA-VI-23
15. Las consecuencias jurídicas que puede invocar el titular del derecho reflejo.....	IADA-VI-23
16. Relación entre la naturaleza del recurso procesal y la efectividad del interés legítimo.....	IADA-VI-24
17. Resumen de conceptos .....	IADA-VI-24
18. Sistematización de los derechos subjetivos y reflejos .....	IADA-VI-25
Cuadro sinóptico .....	IADA-VI-25
19. Análisis de casos:	
1º caso. Prestación positiva e individualidad: Derecho subjetivo .....	IADA-VI-26
2º caso. Prestación positiva y concurrencia: Derecho reflejo ..	IADA-VI-27
3º caso. Prestación negativa e individualidad: Derecho subjetivo .....	IADA-VI-28
4º caso. Prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.	IADA-VI-29
20. Advertencia sobre los casos analizados .....	IADA-VI-29
21. 5º caso. — Límites concretos, prestación negativa e indivi- dualidad: Derecho subjetivo.....	IADA-VI-30
6º caso. Límites concretos, prestación negativa y concurren- cia: Derecho reflejo.....	IADA-VI-31
7º caso. Límites relativos, prestación negativa e individua- lidad: Derecho reflejo.....	IADA-VI-31
8º caso. Límites relativos, prestación negativa y concurren- cia: Derecho reflejo.....	IADA-VI-32
9º caso. Límites relativos, prestación positiva, individualidad o concurrencia: Ni derecho subjetivo ni interés legítimo...	IADA-VI-32
V. <i>Conclusión</i> .....	IADA-VI-33
22. Método de análisis para determinar si un derecho es suje- tivo o reflejo.....	IADA-VI-33
VI. <i>Resumen final</i> .....	IADA-VI-34
23. Tipificación externa del derecho subjetivo .....	IADA-VI-34
24. Tipificación externa de la forma <i>común</i> de interés legítimo o derecho reflejo.....	IADA-VI-34
25. Tipificación externa de la forma <i>especial</i> de interés legítimo o derecho reflejo.....	IADA-VI-34
26. Comparación entre las tres tipificaciones .....	IADA-VI-34
27. Gráfico de la comparación .....	IADA-VI-35



*Capítulo VI*  
**TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

1. El concepto y distinción de las facultades regladas y discrecionales y de los derechos subjetivos y derechos reflejos (o “intereses legítimos”) es comúnmente explicado por los autores de derecho administrativo en ocasión de tratar algún punto determinado de la materia. (Especialmente, lo contenciosoadministrativo.)

Esos temas, sin embargo, se presentan en mayor o menor grado en toda la disciplina; por ello, y porque su complejidad y oscuridad<sup>1</sup> hacen indispensable su estudio e investigación en forma autónoma, los agrupamos aquí como problemas específicos de técnica jurídica.

*Primera parte*

*Actividad discrecional y reglada de la administración<sup>2</sup>*

*I. Criterio de distinción*

2. La actividad administrativa debe ser *eficaz* en la realización del interés público. Esa eficacia o *conveniencia* u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley (en sentido lato: Constitución, ley, reglamento) y en otro es el órgano actuante, *el que aprecia la oportunidad o conveniencia* de la medida a tomarse.<sup>3</sup>

En el primer caso, *la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo*, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: En tales casos

<sup>1</sup>Sobre todo en lo referente a los derechos subjetivos; y para analizar convenientemente a éstos es necesario a su vez establecer una correlación con las facultades regladas y discrecionales de la administración.

<sup>2</sup>Ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 216 y ss.; WALINE, *op. cit.*, p. 414 y ss. Comparar: FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*. Buenos Aires, 1948; LINARES, JUAN, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958.

<sup>3</sup>LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 217.

el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente.

En este caso la actividad administrativa está *reglada*: El orden jurídico dispone que ante tal o cual *situación de hecho* él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: Su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.<sup>4</sup>

En el segundo caso, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales se dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una circunstancia.

¿Qué es entonces la oportunidad de un acto? Pues, la correspondencia entre el *objeto del acto* y las *circunstancias de hecho*; en un caso se precisan cuáles son las circunstancias de hecho que dan lugar al acto, mientras que en el otro no; el acto puede darse libremente ante cualquier situación de hecho; expresado de otra forma, en un caso se determina un sólo objeto del acto como posible para una determinada situación de hecho, y en el otro puede libremente elegirse la situación de hecho ante la que se adoptará esa decisión, o la decisión que se adoptará ante una situación de hecho.<sup>5</sup>

## II. Caracteres de la regulación y la discrecionalidad

3. En el caso de las facultades discrecionales, el juez no puede anular el acto en lo que concierne al objeto, pues la ley ha entendido dejar libertad al administrador para apreciar la oportunidad de la medida; en el caso de la facultad reglada, el acto deberá ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó; cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el *juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho* para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley.

A primera vista parecería entonces que el juez controlara la oportunidad de la decisión, pero ello es sólo así indirectamente, pues precisamente *la ley hizo de la oportunidad del acto* —entendida según el criterio de la ley y no del agente estatal o del juez— una *condición de su legalidad*.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 217.

<sup>5</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 218.

<sup>6</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 218.

4. Cuando el derecho administrativo estaba en sus orígenes, la falta de regulación normativa hacía que algunos actos de la administración fueran casi totalmente discrecionales; hoy en día todo acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional.

Así, nunca la actividad administrativa es enteramente discrecional o enteramente reglada, “ella dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por ciertas disposiciones legales.”<sup>7</sup> *Toda* actividad administrativa, por ejemplo, esta *reglada* en cuanto a la *competencia*. (Es decir, siempre es algún órgano determinado y no otro el que puede realizar la actividad; siempre es determinada actividad y no otra la que puede realizar, un órgano: Cuando se excede de sus atribuciones propias el acto está viciado de *incompetencia*.)

El juez debe revisar en forma diferente la legitimidad de la parte reglada y de la parte discrecional; algunos códigos provinciales argentinos<sup>8</sup> dicen que el juez *no puede revisar la parte discrecional*, pero dado que *todo acto tiene una porción reglada* (la competencia o la forma, por ejemplo), el juez siempre analiza la legitimidad de cualquier acto. El “acto discrecional,” como acto irrevisible, es un absurdo.

Si por comodidad idiomática, pues, los códigos o los autores hablan de acto discrecional, no significa ello que el acto sea irrevisible ni que sea totalmente discrecional: Sólo quiere decir que es un acto determinado en el que hallamos un margen de discrecionalidad mayor que en otros actos, y que en ese margen el régimen de revisión judicial difiere del común o —en algunos códigos provinciales— no existe; ningún acto es totalmente irrevisible por tener algún contenido discrecional: Sólo en esa parte discrecional puede serlo.

Cuando la ley establece restricciones también a esa pequeña parte discrecional, y faculta por lo tanto al juez a revisar la legitimidad del ejercicio de las facultades discrecionales, se dice que no existe el *poder arbitrario*: La arbitrariedad queda desterrada del derecho positivo;<sup>9</sup> pero si la ley no establece restricciones al ejercicio de las facultades discrecionales, o si directamente dispone que el ejercicio de las facultades discrecionales es irrevisible jurisdiccionalmente, el acto administrativo puede ser *arbitrario* y a pesar de ello *legítimo*: La arbitrariedad está protegida por el orden jurídico.

<sup>7</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 415.

<sup>8</sup> Provincia de Buenos Aires, art. 29; Córdoba, art. 3; Salta, art. 27; San Luis, art. 495; Jujuy, art. 4; Santiago del Estero, art. 3; Santa Fe, art. 12; La Rioja, art. 14. En igual sentido la jurisprudencia francesa del siglo pasado: LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 219.

<sup>9</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 414.

### III. Tipos y caracteres específicos de la regulación

5. Hemos dicho ya que la ley siempre prevé la *competencia* que tienen los órganos administrativos para actuar y generalmente también la *forma* en que deben exteriorizar sus manifestaciones de voluntad: Eso es una primera e importante *regulación* de la actividad administrativa.

6. Una segunda regulación de la actividad administrativa se encuentra en la prohibición del objeto del acto (la así llamada “violación de la ley”); ello consiste en que el órgano no podía dictar el acto de que se trate, sea porque la ley (en sentido lato) lo prohibía de manera general, sea porque la ley sólo lo autorizaba para ciertas circunstancias de hecho que en el caso no se dieron.

En el caso de que la ley sólo autorizaba al acto para ciertas circunstancias de hecho, se trata de un caso de actividad *reglada* que no debe ser confundido con aquél en que el administrador invoca para su decisión hechos *que no son ciertos*, pero que no fueron establecidos por la ley como condición de legitimidad del acto. Sólo cuando la ley predetermina que para tales y cuales hechos corresponde tal o cual acto, existe regulación; cuando la ley en cambio se limita a exigir que las decisiones tomadas en el ejercicio de facultades discrecionales sean *motivadas*, y establece recursos para el caso de una motivación fundada en hechos erróneos, nos encontramos ante una restricción al ejercicio de la actividad discrecional, pero no por ello ante una actividad reglada.

7. En todos estos casos (competencia, forma, objeto prohibido por la ley, objeto autorizado sólo para ciertas circunstancias de hecho) se trata de una regulación impuesta *directamente* a la actividad administrativa.

Pero en un gran número de situaciones la ley no reglamenta la forma en que *la administración puede actuar* frente a los particulares, sino las condiciones bajo las cuales *los administrados no pueden ser molestados* por la administración. Llamar a ésto “límite de las facultades discrecionales” es erróneo, ya que la administración se ve constreñida a respetar esas *reglas* establecidas: Su situación no es libre; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.

Nosotros designamos a esto como *regulación inversa*, o sea, como actividad administrativa reglada en forma inversa. Se comprenden aquí todos los casos en que la ley *reglamenta* no ya el derecho subjetivo de la administración a actuar sobre los particulares, sino el derecho subjetivo *de los particulares* a que nadie interfiera con sus actividades.

Por ejemplo, si la ley autoriza a la administración a realizar una obra pública, y no establece la forma concreta en que debe llevarla a cabo, no por ello tiene la administración discrecionalidad total: Puesto que el derecho individual de propiedad sí está reglado (en el Código Civil), cuando la administración en su actividad daña a un inmueble de un administrado, (grietas, filtraciones, etc.) comete un hecho



antijurídico y el particular tiene el derecho subjetivo a invocar las consecuencias jurídicas pertinentes.

La regulación *inversa* es pues en general la que se estudia en el derecho civil, laboral, etc.; la administración se encuentra ligada por ella aunque ninguna norma se la haya hecho expresamente aplicable.

8. Cuando falta la regulación directa y también la inversa, no entramos en la discrecionalidad administrativa, pues todavía el orden jurídico prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos subjetivos negativos de la administración y los administrados.

La Constitución argentina, y en forma similar otras constituciones americanas,<sup>10</sup> dispone en su artículo 28 que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio;” ello significa que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la *esencia* de los derechos subjetivos negativos que ella concede. Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada ni en forma *directa* ni en forma *inversa*, le resta todavía esta regulación *residual* que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho.<sup>11</sup>

Claro está, si los tribunales son remisos en considerar que se ha alterado o violado la esencia del derecho subjetivo, la discrecionalidad se extiende considerablemente: Pero eso no es condición de la discrecionalidad, sino de ciertas actitudes jurisprudenciales.

9. Podemos así hacer un cuádruple planteo de la facultad reglada, diciendo que la misma se presenta y por lo tanto falta la discrecionalidad:

1°) Respecto a la *competencia*, y generalmente también respecto al *procedimiento, formas o formalidades* (primera forma de regulación directa);

2°) respecto a los casos en que la ley predetermina qué circunstancias de hecho dan lugar a un acto (segunda forma de regulación directa);

<sup>10</sup> Así, Bolivia, art. 28; Brasil, art. 141, inc. 4); Costa Rica, art. 17; Cuba, art. 40; Ecuador, art. 163; El Salvador, art. 221; Guatemala, art. 50; Honduras, art. 82; Nicaragua, art. 285; Comparar las constituciones de Estados Unidos de Norteamérica, enmienda I; Haití, art. 31; México, art. 107, inc. IX; Uruguay, art. 332.

<sup>11</sup> Ejemplos: La ley no regula el fondo o procedencia de las penas disciplinarias que la administración está autorizada a imponer a sus agentes; tampoco regula esa actividad en forma inversa, al no decir en qué casos el agente está protegido frente a la administración; tiene allí la administración la facultad discrecional de imponer sanciones disciplinarias. Pero tiene el límite residual de que si la pena es tan elevada que afecta derecho al salario o a la estabilidad del agente, el acto es ilegal y viola el derecho subjetivo del agente.

En el caso de un concesionario de servicio público: La ley autoriza a la administración a imponer multas y penalidades al concesionario por causales que aprecia discrecionalmente la administración; los derechos del concesionario no se hallan reglados en este punto, por lo que, faltando tanto la regulación directa como la inversa, la administración tiene la facultad discrecional de aplicar multas y penalidades. Pero cuando las mismas afectan la esencia del derecho de propiedad del concesionario, el acto es ilegítimo y viola su derecho subjetivo.

3º) respecto a los casos en que la ley regula y protege el derecho *del particular* a su propia actividad o conducta libre (regulación inversa de la actividad administrativa);

4º) respecto a los casos en que se llega a vulnerar la esencia del derecho subjetivo privado. (Regulación residual.)

10. Este planteo es a nuestro juicio el correcto.

Sin embargo, hemos comprobado en la práctica que enseñar la aplicación del concepto de “facultad reglada” bajo ese cuádruple enfoque conlleva serias dificultades; y hemos comprobado asimismo que la actitud casi unánimemente adoptada por la doctrina, de mencionar dentro de las “facultades regladas” únicamente a las normas del carácter citado *que se encuentran en una ley que contempla directamente la actividad administrativa*, es más comprensible para la mayoría de los alumnos.

En lugar, pues, de incluir todo posible tipo de *regulación concreta que predetermine cómo debía ser el acto dictado por el administrador*, dentro de las facultades regladas, mencionaremos allí solamente a aquellos que surjan de una ley “administrativa,” esto es, de una ley destinada específicamente a la administración. Diremos que cuando una ley que no contemplaba directamente a la actividad administrativa, establece alguna prohibición o alguna norma general de conducta que resulta aplicable a la administración, hay una “limitación a la actividad discrecional de la administración.”

Hasta allí, en aras de la claridad. Pero aclararemos que *no todos los límites a la actividad discrecional* de la administración participan del mismo carácter: Distinguiremos entre los *límites concretos* y los *límites relativos*.

11. *Límites concretos* a la actividad discrecional serán todos los en que una norma jurídica (sea cual fuere su procedencia o ubicación, pero excluyendo las que se refieren típicamente a la administración) predetermine una conducta concreta que debe realizar el administrador; es decir, límites concretos del orden jurídico a la actividad discrecional son límites de certeza objetiva, que prestables algún requisito que debe llenar el acto del administrador.

*Límites relativos*, en cambio, son aquellos que establecen como principio el que la administración no deba “abusar” de la libertad que le den las normas jurídicas de certeza objetiva: Que no deba actuar “*caprichosamente*,” con “*desviación de poder*,” etc.; aquí el límite a la actividad discrecional no se predetermina objetivamente, sino que se deja librado al criterio del juzgador, para que éste aprecie en la valoración fáctica si ha habido efectivamente un mal uso de la discrecionalidad concedida por el derecho.

Hecha así la distinción de que los límites a la actividad discrecional de la administración son a veces *concretos* y a veces *relativos*, corresponde determinar la diferencia de régimen jurídico: *Los límites CONCRETOS a la actividad discrecional*

de la administración se rigen por los mismos principios referentes a la actividad reglada.

Ello, porque ya vimos que participan de su misma naturaleza, y porque en rigor forman incluso parte de la actividad reglada: Sólo por un criterio de facilitación didáctica se los separa, y por lo tanto no cabe asignarles diferentes consecuencias jurídicas.

12. La utilidad de hacer esta aclaración reside en que, como ya vimos, hay ciertos problemas de derecho administrativo que reciben distinta solución según haya actuado el administrador en ejercicio de una facultad discrecional o reglada. Sus actos son *irrevocables administrativamente* cuando, entre otras circunstancias, han sido dictados en ejercicio de una actividad reglada; a su vez, en algunas provincias argentinas, los actos de la administración son *irrevisibles judicialmente* cuando fueron dictados en ejercicio de una facultad discrecional. En cada uno de estos casos, al dar mayor amplitud al concepto de actividad reglada se da mayor protección a los derechos de los administrados. (En el primero, son más los actos irrevocables administrativamente; en el segundo, son más los actos atacables judicialmente.) Por eso, si con un fin pedagógico se da un concepto estrecho de actividad *reglada*, no por ello ha de dejarse de aplicar el correcto principio de que todo *límite* concreto a la actividad de la administración se identifica en su esencia con la *actividad reglada* y da lugar a sus mismas aplicaciones y consecuencias.

#### IV. Límites a las facultades discrecionales

13. Consideraremos ahora los *límites relativos* a la actividad discrecional de la administración. En el derecho público argentino podrían hallarse límites relativos a la actividad administrativa en algunos principios constitucionales; más indirectamente, en los principios de “razonabilidad” y “arbitrariedad” ocasionalmente recogidos por la jurisprudencia.

Pero en realidad, y como principio general, no existen estos límites relativos de que el administrador no deba *abusar* de la libertad que le conceden las normas, que no deba actuar *desviadamente*.

14. Ello se debe en gran parte a que no existe entre nosotros (salvo en algunas provincias) el *recurso de anulación* (“acción de nulidad” en el derecho uruguayo; “recurso de ilegitimidad” en el derecho provincial argentino; “recurso de exceso de poder” en el derecho francés), el cual se instituye para la protección del *derecho reflejo*.

El mencionado recurso tiene su principal campo de aplicación con referencia a las *facultades regladas*, en verdad. Sirve así, cuando no se tiene un *derecho subjetivo*, para impugnar de nulidad un acto de la administración viciado de *in-*

*competencia, vicio de forma, violación de la ley en el objeto*, casos ellos en todos los cuales nos encontramos ante una *facultad reglada*.

Pero también puede ser instituido para *restringir con un límite relativo el ejercicio de la actividad discrecional*, permitiendo anular el acto:

1º) Cuando falta una situación de hecho determinante. (Cuando, pues, el administrador obra por *capricho*.)

2º) Cuando se ha usado del poder para una finalidad distinta de la prevista por la ley. (Cuando, pues, el administrador ha obrado con *desviación de poder*.)

En estos dos casos, el acto impugnado ha sido realizado, por hipótesis, dentro de la competencia del órgano, observando todas las formas prescriptas, y no cometiendo ninguna violación formal de la ley;<sup>12</sup> pero constituye una decisión *caprichosa* o *desviada*.

15. En el primer caso se exige que toda decisión administrativa repose sobre un motivo, es decir, se justifique por una cierta situación de hecho existente al momento de tomarse la decisión.

Esto se aplica tanto en el caso de una decisión *motivada* —i. e., precedida de una explicitación sobre los motivos de la decisión— como no motivada. En el primer caso, si el administrador invoca como fundamento de su determinación hechos que no son ciertos (error de hecho) o que no tienen el carácter jurídico que les concede (error de derecho),<sup>13</sup> el juez puede comprobar ese error y anular el acto.

Pero aunque la decisión no sea motivada (es decir, aunque no explique cuáles son los hechos que justifican su determinación), debe igualmente reposar sobre una situación objetiva. La agravación de una decisión anterior, sin existir hechos nuevos; el retiro de una autorización, por hechos ya conocidos al momento, de acordarla; la prohibición de una procesión, sin que exista posibilidad de que altere el orden público material, etc., son ejemplos de actos anulables por carecer de una situación de hecho que los justifique.

Estos casos no deben ser confundidos con aquellos en que por tratarse de una actividad reglada, el *legislador* dispone ante qué situación de hecho se tomará una decisión determinada, ya que entonces el juez se limita a analizar si se dan los hechos previstos por la ley, y *no si ellos justifican en realidad la medida*.

16. En el segundo caso se exige que el administrador ejerza el poder que le confiere la ley única y exclusivamente con la finalidad de cumplir el objetivo de la ley. Mientras que en el caso anterior se analizaban los motivos en cuanto *hechos objetivos* que podían justificar la decisión, se consideran aquí los *móviles*, es decir, el *sentimiento*, el *deseo*, la *finalidad* que ha inspirado al autor del acto.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> HAURIU, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1933, 12ª ed., p. 442; doctrina uniforme.

<sup>13</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 208.

<sup>14</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 444.

Son anulables por lo tanto los actos inspirados en la pasión política, la venganza, el favoritismo, etc.; pero también son anulables aquellos actos que sin estar inspirados en un *fin personal* del agente, se apartan del fin previsto por la ley.

Así por ejemplo, si el administrador usa del poder de “policía” de la salubridad, seguridad, etc., con fines fiscales,<sup>15</sup> o del poder de “policía” del dominio público con fines de “policía” de la moralidad o higiene;<sup>16</sup> cuando se paraliza un trámite administrativo de un individuo para coaccionarlo a pagar tasas o derechos adeudados por una actividad que no tiene relación alguna con la que origina el trámite, etc.

Finalmente, cuando el administrador obra con la intención de favorecer a un tercero o a una categoría de terceros: Limitación del número de taxis, en interés de la corporación de taxistas; imposición del uso de un cierto tipo de canillas, en interés del fabricante de tales canillas; exigencia del empleo de cualquier artefacto determinado, en interés del fabricante de dicho artefacto, etc.: En todos esos casos el acto está viciado de desviación de poder.

17. Estas restricciones al ejercicio del poder discrecional, que consisten según vemos en que el mismo no pueda ser caprichoso ni desviado (o sea, que deba responder a una situación de hecho que lo justifique, y que deba ser realizado con la finalidad de cumplir el objetivo de la ley) no existen prácticamente en el derecho argentino.

Es preciso pues distinguir lo que es el orden jurídico y cómo debe aplicarse según lo entiende *la doctrina*,<sup>17</sup> y lo que es el orden jurídico y cómo la aplica *la jurisprudencia*; en este sentido la realidad es que no existen limitaciones al ejercicio de facultades discrecionales, salvo la muy excepcional que se efectúa mediante el *recurso extraordinario* o el *recurso de amparo*, y alguno que otro antecedente aislado. (Ver *Revista de Administración Pública*, n° 2, p. 96 y ss.)

## *Segunda Parte*

### *Derecho subjetivo e interes legitimo*<sup>18</sup>

#### *I. Nociones generales*

1. No existen deberes ni derechos sin destinatario: Todo deber jurídico es derecho de alguien (por ejemplo, si yo tengo que pagar \$ 100, debe forzosamente haber alguien que tenga derecho a cobrar esos \$ 100, o de lo contrario la deuda no

<sup>15</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 451; FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, p. 139.

<sup>16</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 450.

<sup>17</sup> Así por ejemplo lo que dice LINARES, *op. cit.*, p. 241 y ss.; o SARRÍA, FÉLIX, *Teoría del Recurso Contencioso-Administrativo*, Córdoba, 1943, 3ª ed., p. 192 y ss.; o lo que afirmamos *supra*, cap. V, n° 14 *in fine*.

<sup>18</sup> Al hacer este estudio<sup>(a)</sup> no nos interesa en realidad el aspecto filosófico del problema, ni encontrar una definición estilísticamente correcta, aunque hagamos algunas consideraciones acerca de los elementos que integran o no el concepto de derecho subjetivo. Esas consideraciones tienen una sola finalidad: sentar las bases sobre las cuales construiremos luego una serie de reglas que permitan

existiría) y todo derecho es deber de alguien. (Por ejemplo, si él tiene un crédito de \$ 100, debe haber alguien que esté obligado a pagárselo.) Es decir,

a) las relaciones humanas de trascendencia jurídica tienen por contenido una actividad humana positiva o negativa, la cual es para uno de los términos de la relación jurídica, deber jurídico, y para el otro, derecho subjetivo; el contenido de la relación jurídica es uno solo (en este caso, la prestación monetaria de \$ 100) para ambos sujetos de la relación; pero afecta distintamente a ambos;

b) todo derecho exige, para existir, que haya un titular y un obligado; todo deber jurídico exige igualmente que haya un obligado y un titular o beneficiario.

2. Desde el punto de vista del *contenido* u objeto, el deber *jurídico* (que es el derecho subjetivo visto desde el ángulo del obligado, y no del titular) puede consistir en un *hacer, dar o no hacer*. En todos los casos *el deber es una actividad jurídicamente exigible al obligado*; en los dos primeros (hacer, dar), el correlativo *derecho subjetivo* reside en la *posibilidad de exigir la realización de tal actividad*. En el tercer caso (no hacer), en cambio, consiste en una libertad jurídicamente protegida: En la posibilidad de adoptar una conducta determinada que el otro individuo está obligado a respetar (*no haciendo nada*, absteniéndose de intervenir); es pues una facultad de actuar, jurídicamente protegida.

El derecho subjetivo sería así, desde un punto de vista material o de contenido, y en esta primera proposición, ya I) la posibilidad de exigir una determinada conducta a otro individuo, ya II) una actividad propia, jurídicamente protegida.

Esta idea tiene larga data,<sup>19</sup> pero, a pesar de ser exacta, es insuficiente para indicarnos cuándo hay un derecho subjetivo.

3. La *esencia* del derecho subjetivo es puramente conceptual: Se trata de la *calificación* que el orden jurídico da a una actividad humana (protegiéndola imperativamente; ordenándola); el *objeto* del derecho subjetivo es la actividad humana misma.

Se advierte fácilmente que la *esencia* del derecho subjetivo (o la “forma” al decir de IHERING) tiene interesantes posibilidades estilísticas, pero que es insuficiente por sí misma para indicar cuándo hay o deja de haber derecho subjetivo en la práctica. IHERING critica a quienes estudian al derecho subjetivo desde el punto de vista del objeto mismo,<sup>20</sup> pero al presente, pasados muchos años desde esa posición de IHERING sin que todavía se sepa con seguridad cuándo hay o deja determinar en forma práctica *en qué casos hay derecho subjetivo y en qué casos hay derecho reflejo o ningún derecho*.

<sup>(a)</sup> Publicado originalmente en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 1960-III, p. 177 y ss.

<sup>19</sup> Ya IHERING se ocupaba de criticar la definición de MACKELDEY, compartida con mayores o menores diferencias por SEUFFERT, MÜHLENBRUCH etc.: “La facultad de poder hacer por nosotros mismos una cosa, o de exigir de otro que haga u omita una cosa por nosotros.” (*La dogmática-jurídica*, Buenos Aires, 1946, p. 173, nota 486.)

<sup>20</sup> “No podemos contentarnos con semejante modo de definir, que sólo contiene en su fondo una descripción y un indicio de la manifestación exterior del derecho.” IHERING, *ob. cit.*, p. 174.

de haber un derecho subjetivo, parece hora de abandonarla y retomar el camino opuesto. Lo que interesa no es tanto la esencia íntima del derecho, sino la manifestación exterior del mismo, la descripción, es decir, aquello que nos permitirá determinar en el orden jurídico positivo cuándo un individuo tiene un derecho subjetivo y cuándo no.

## II. El derecho subjetivo en relación con el sujeto

4. WINDSCHEID define al derecho subjetivo como “un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico,”<sup>21</sup> pero a esta concepción que encuentra el derecho subjetivo en el poder de voluntad, es decir, en la voluntad misma, opuso IHERING con éxito que no se aplicaba en el caso de los locos, los niños y las personas por nacer, todos los cuales tenían derechos subjetivos sin tener voluntad alguna.<sup>22</sup> Luego, demostró que el derecho subjetivo no residía en la voluntad del sujeto que lo tenía.

5. IHERING definió entonces el derecho subjetivo como un “interés jurídicamente protegido,” definición ésta que MICHOU,<sup>23</sup> no del todo conforme con la exclusión de la voluntad, combinó con la de WINDSCHEID, considerando que el derecho subjetivo es “el interés de un hombre o de un grupo de hombres, jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad, de representarlo y defenderlo.”<sup>24</sup> La voluntad es necesaria, según MICHOU, no para el *ejercicio* del derecho (lo que obvia la crítica respecto a los locos y los niños) sino para la *protección* del mismo;<sup>25</sup> o sea que la ley no protege a la voluntad, sino al interés que esa voluntad representa.<sup>26</sup>

Sin embargo, tanto la doctrina de IHERING como la de MICHOU y las demás “mixtas” —así como también algunas pretendidamente modernas— no toman en cuenta que hoy en día la acción popular y los recursos objetivos de anulación (en el procedimiento contenciosoadministrativo) *también conceden a una voluntad poder para representar y defender un interés.*<sup>27</sup> O sea que la defensa o la protección de un interés existen tanto en el caso del derecho subjetivo como del derecho reflejo (según otras denominaciones “*interés legítimo*,” “derecho objetivo,” “derecho objetivo reflejo,” “derecho debilitado,” “derecho imperfecto,” “reflejos de derecho,” etc.)

<sup>21</sup> V. el apéndice a la obra de IHERING citada, p. 222.

<sup>22</sup> IHERING, *ob. cit.*, p. 174.

<sup>23</sup> Y en sentido similar GEORG JELLINEK, FERRARA, SALEILLES: Son las llamadas “doctrinas mixtas” que combinan el interés con la voluntad. Ampliar en DABIN, JEAN, *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, p. 90 y ss.

<sup>24</sup> MICHOU, LÉON, *Théorie de la Personnalité Morale*, t. I, París, 1924, p. 103.

<sup>25</sup> MICHOU, *ob. cit.*, p. 177.

<sup>26</sup> MICHOU, *ob. cit.*, p. 101.

<sup>27</sup> ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 124.

Si el derecho subjetivo fuera el interés protegido por una voluntad que lo representa y defiende, desaparecería así precisamente la distinción entre derecho subjetivo y derecho reflejo; desaparecería incluso la distinción entre derecho subjetivo e interés simple, ya que quien ejerce una acción popular también tiene un interés protegido por un poder que se le concede a su voluntad de representarlo y defenderlo. Esto lo reconoce ya IHERING, al recordar la *actio populis* romana, mediante la cual se concedía a todo ciudadano romano la posibilidad de exigir que se realizaran las fundaciones instituidas por disposiciones de última voluntad:<sup>28</sup> Según IHERING existe allí un derecho subjetivo; pero esta concepción no puede ser aceptada modernamente. El orden jurídico establece *régimen jurídico diferenciado* para los derechos subjetivos, los derechos reflejos y el interés simple, respectivamente; por lo tanto, con *stilum juris* o sin él, los distingue. El derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción o recurso de *plena jurisdicción*: En tales casos el individuo puede obtener una indemnización; el derecho reflejo (“interés legítimo”) se defiende con un recurso de *anulación*: En tales casos el individuo sólo puede lograr que anulen el acto ilegítimo. Al recurso de plena jurisdicción sólo lo ejerce el lesionado; al recurso de anulación lo pueden ejercer un número determinado de personas; a la acción popular la puede ejercer cualquiera. Estas son realidades del derecho positivo que es imposible dejar de lado.

Observamos así a las doctrinas que incluyen al elemento “interés” que tal interés jurídicamente protegido *existe también cuando no hay derecho subjetivo*. El que se presente a un concurso puede exigir que se excluya a quien no reúne las condiciones mínimas de ingreso: Ese individuo tiene un interés jurídicamente protegido, pero no tiene un derecho subjetivo sino un derecho reflejo; quien se presenta a una licitación puede exigir que la misma se realice de acuerdo a las disposiciones legales: Ese individuo tiene un interés jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad de representarlo y defenderlo, pero no tiene un derecho subjetivo sino un derecho reflejo.

De estos ejemplos surge además el criterio que nos permitirá distinguir al interés, en el caso del derecho subjetivo, del interés en el caso del derecho reflejo: El interés de que se trata en el derecho subjetivo es un interés propio del portador del derecho,<sup>29</sup> individual a él,<sup>30</sup> es decir, *excluyente*.<sup>31</sup> En el caso del “interés legítimo,” el interés que se defiende es de tal individuo y de otros: Es un interés común con otros individuos, un interés concurrente. (En principio.) En el derecho subjetivo hay un interés propio, excluyente.

<sup>28</sup> IHERING, *ob. cit.*, p. 195.

<sup>29</sup> JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., p. 201.

<sup>30</sup> BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bressgau, 1956, 2ª ed., p. 75: “... un interés individual determinado...”

<sup>31</sup> Ver KORMAN-LIST, *Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts*, 1930, 2ª ed., p. 250.



Esta *exclusividad* por oposición a *conurrencia*, es un elemento de fundamental importancia. Pero, aclarada esa incorrección de las definiciones de MICHOU, SALEILLES, etc., podría pretenderse obviarla completando el concepto con esa nota de “exclusividad.”

6. Así lo intenta WALTER JELLINEK, y con él parte de la doctrina alemana,<sup>32</sup> definiendo al derecho subjetivo como el poder de voluntad conferido por el orden jurídico a un individuo en su *propio interés*.<sup>33</sup> La referencia al “poder de voluntad” es por supuesto equivocada, y para analizar el concepto sin volver a criticar errores ya superados, modificamos la definición con el aporte de lo ya aclarado por MICHOU. Derecho subjetivo sería entonces el “interés propio y exclusivo de un hombre, jurídicamente protegido por medio del poder conferido a una voluntad de representarlo y defenderlo.”

Llega ahora el momento de analizar específicamente ese elemento introducido por IHERING: El interés. IHERING definió al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, y ahora vemos que se trata de un interés *propio y exclusivo* del individuo. Falta saber si realmente es un interés.

Y no lo es. Hay situaciones que el orden jurídico protege a un individuo por medio de derechos subjetivos, sin que ese individuo tenga interés en la situación que se le protege:

a) Considerando al interés desde un punto de vista subjetivo, fácil es advertir que hay muchos individuos a quienes no les interesa la situación que les protege el derecho, lo que no quita que el derecho exista;<sup>34</sup>

b) si nos apartamos del aspecto de la valoración o actitud mental, existen igualmente casos en que se puede apreciar *objetivamente* que el individuo no tiene interés en la situación que se le protege o la facultad que se le confiere. Con criterio objetivo es así claro que el mudo no tiene interés en la libertad de hablar; que el ciego no tiene interés en la servidumbre de vista; que quien ha perdido la razón, y el tonto, y el niño, no tienen interés en la libertad de expresión del pensamiento, etc. En todos estos casos, sin embargo, es claro que el individuo tiene a pesar de todo un derecho subjetivo: Derecho subjetivo en el que no se le protege un interés ni siquiera en un aspecto objetivo, por la sencilla razón de que no puede realizar aquello que se le protege: La situación protegida no le concierne en realidad a él.

c) Finalmente, hay casos en que en lugar de un interés se protege un perjuicio. Todos los individuos tenemos derecho a cruzar a nado el Océano Atlántico: ¿Hay

<sup>32</sup> Se destaca en contra VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 136, sin negar empero la individualidad como elemento del concepto; en sentido similar: DABIN, *ob. cit.*, p. 100 y ss.

<sup>33</sup> W. JELLINEK, *ob. cit.*, p. 201.

<sup>34</sup> Para este aspecto de la crítica, ampliar en KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, p. 93-94.

allí acaso un *interés* jurídicamente protegido? A ninguno nos importa ese derecho; tampoco podríamos realizarlo si nos llegara a importar; y si intentáramos realmente ejercer ese derecho, perderíamos la vida: Luego, objetiva y subjetivamente, hay un *perjuicio* jurídicamente protegido. Lo mismo puede decirse del derecho a dañarse la salud, a tener cualquier vicio, a no aumentar nuestra cultura, etc.

El *interés* no es pues de ninguna forma un elemento que deba tenerse en cuenta para el análisis del derecho subjetivo.

### III. El derecho subjetivo en relación con el derecho objetivo u orden jurídico

7. KELSEN considera que hay derecho subjetivo, “cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito.”<sup>35</sup>

Se advierte al punto que en la definición entran igualmente el derecho subjetivo como el derecho reflejo o aún el interés simple. La acción popular mediante la cual cualquier habitante puede impugnar una lista electoral, por ejemplo, consiste en una manifestación de voluntad o acción judicial emanada de un individuo lesionado en su interés por un acto ilícito (la inscripción en la lista de un individuo que no corresponde) y es una de las condiciones de la sanción. (Borrar al inscripto del padrón.)

Lo mismo sucede con el derecho reflejo: Cuando un particular afectado por un acto administrativo ilegítimo recurre en vía objetiva ante el tribunal de lo contencioso administrativo, hallamos que “entre las condiciones de la sanción” (la anulación del acto) “figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial” (el recurso de anulación), “emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito.” Podrá tal vez pretenderse afirmar que resultaría entonces a la luz de la investigación kelseniana, que el derecho subjetivo y el derecho reflejo son absolutamente iguales, que participan de la misma esencia y pueden por ello compartir la misma definición; pero *in claris et expressis non fit interpretatio*: el derecho positivo rechaza claramente esa asimilación. (Ver *supra*, n° 5.)

Digámoslo una vez más: El derecho positivo (el derecho administrativo al menos) distingue entre derecho subjetivo y derecho reflejo, determinando que *en cada caso corresponde un recurso jurisdiccional diferente, un procedimiento jurisdiccional diferente, y diferentes consecuencias jurídicas*. De modo que es necesario diferenciar cuándo hay derecho subjetivo y cuándo hay derecho reflejo, para saber qué recurso corresponde interponer y cuáles son las consecuencias jurídicas que corresponden.

<sup>35</sup> KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1960, p. 122.

8. Como se ha visto, el autor citado centra el concepto de derecho subjetivo en la acción judicial mediante la cual se lo hace efectivo; existen fundadas críticas para ese planteo,<sup>36</sup> pero la discusión carece de importancia práctica.

Desde luego, si el orden jurídico dispone con carácter taxativo los casos en que puede iniciarse acción judicial para proteger al derecho subjetivo, *sólo en ellos lo hay* efectivamente; si el orden jurídico no crea el recurso de anulación para proteger el derecho reflejo, *no hay derechos reflejos*, Nadie puede negar, en este aspecto, que la acción o recurso es imprescindible para que el derecho subjetivo o reflejo esté verdaderamente protegido y no sea una mera declaración teórica; pero *dado un orden jurídico que cree en forma general la posibilidad de accionar en justicia para defender el derecho subjetiva*, esa existencia de la acción no soluciona el problema práctico que interesa, pues con un planteo tan general no podremos solucionar ningún caso concreto. Lo mismo cabe decir del recurso de anulación.

Se advierte así que aunque la “definición” sea filosóficamente exacta, no sirve en la práctica para indicarle al abogado cuál es la acción que debe emplear, y si tiene un derecho subjetivos o un derecho reflejo, y si puede pedir indemnización, en el caso que le plantea su cliente.

El correcto planteo del problema es aquel que distingue el derecho subjetivo o derecho reflejo como construcción lógico-jurídica correspondiente a una determinada situación, y la *protección* de ese derecho mediante una acción o recurso judicial. Si falta la acción o recurso (sea porque el orden jurídico la instituyó taxativamente para ciertos casos, sea porque no lo instituyó —en el caso del recurso de anulación— en medida alguna) diremos simplemente que el derecho de que se trata no está protegido; si hay acción o recurso (por estar instituidos sin restricciones de ninguna clase; por no aplicarse la restricción al caso concreto) diremos que el derecho que pueda corresponder está protegido, y nos dedicaremos a buscar los elementos que nos indiquen de qué derecho se trata.

Este planteo no será muy “puro,” en cuanto un derecho no protegido por el orden jurídico mal puede ser llamado “derecho” en sentido positivo, pero es la única salida para una discusión estéril.

9. Lo que más interesa, en realidad, es que la actividad humana que constituya el objeto del derecho subjetivo se halle protegida mediante *la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada* ante la no realización de la actividad en cuestión; dicho en otros términos, al derecho subjetivo interesa fundamentalmente *la existencia de una sanción* que proteja contra la violación de aquello que tiene por contenido.

Al respecto es necesario señalar una importante coincidencia entre el derecho subjetivo y la norma jurídica. La norma jurídica general consiste en: I) Una *proposición condicionante* que contiene una situación de hecho, II) cuya realización

<sup>36</sup> Así DABIN, *op. cit.*, p. 121 y ss., y los autores citados en su nota 152; también HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. I, Tübingen, 1953, 2ª ed., p. 686.

suscita la aplicación del segundo elemento: La consecuencia que la regla atribuye a los hechos. La primera parte (o sea los hechos jurídicos, la situación de hecho, el *Tatbestand*) es el antecedente, y cuando ella se da, corresponde aplicar el dispositivo, es decir, las consecuencias jurídicas. (Sanción, *Rechtsfolge*.)

También el derecho subjetivo, que por cierto nace de normas jurídicas, consiste en un *juicio lógico* en el cual hay una proposición condicionante (la actividad humana protegida; el interés; la situación de hecho) y un *dispositivo*. (La protección jurídica; las consecuencias jurídicas.)

El derecho subjetivo consta pues: I, *a*) De una situación de hecho, *b*) ante cuyo incumplimiento o violación corresponde; II, *c*) una consecuencia jurídica, *d*) que puede invocar un individuo. La “protección jurídica” consiste pura y simplemente en la *consecuencia jurídica*, y aparece en forma *negativa*, como sanción que se prevé para la violación de la situación de hecho que se determina; de donde el derecho subjetivo actúa en realidad objetivamente, sobre otros individuos. El *antecedente* de la proposición “derecho subjetivo” es pues *un hecho antijurídico de posible comisión por un tercero*.<sup>37</sup>

10. En efecto, vimos ya que los tipos de conducta humana a que puede referirse un derecho subjetivo son tres: Dar, hacer, no hacer; dijimos ya que en el caso del *dar y hacer* de un tercero frente al cual tenemos el derecho subjetivo, hay *una posibilidad de exigir la realización de tal actividad*; que en el caso del *no hacer* de un tercero frente al cual tenemos el derecho subjetivo, hay una facultad de actuar, una actividad propia, jurídicamente protegida mediante la orden de *no hacer* impuesta al tercero.

Se advierte así que en el primer caso, el derecho subjetivo es la protección jurídica concedida a la exigencia de que un tercero realice una determinada conducta; en el segundo caso, es la protección jurídica concedida a la realización de una conducta propia, mediante una limitación impuesta a la conducta de terceros.<sup>38</sup> En ambos casos el derecho subjetivo es pues *parte inseparable de una relación jurídica con terceros*; en ambos casos es algo *que otro ser humano*, no el que tiene el derecho, debe hacer o abstenerse de hacer.

Sostener en base a esta comprobación que el derecho subjetivo se identifica con el derecho objetivo u orden jurídico<sup>39</sup> puede ser exacto, pero no aporta nada para la finalidad que aquí buscamos.

Esa comprobación debe en cambio usarse para indicar *una evidente escisión en el concepto de derecho subjetivo*: En un caso asume una forma *positiva*, en cuanto

<sup>37</sup> Pues para que la protección jurídica exista es necesario que nuestro derecho sea deber de un tercero, y para que sea deber de un tercero es necesario que deba acarrear una sanción en caso de incumplimiento; luego, nuestro derecho consiste en que si un tercero no lo respeta deba ser que se le aplique una sanción.

<sup>38</sup> Es notorio que el derecho subjetivo, como pura facultación al individuo para actuar, no tendría sentido, pues es inseparable del mismo el que los demás seres humanos tengan la obligación de abstenerse de molestarlos en esa actuación.

<sup>39</sup> KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, p. 112 y ss.

constituye la exigencia de una *conducta positiva* de otro sujeto de derecho; en el segundo caso asume una forma *negativa*, en cuanto constituye un límite negativo a la conducta de terceros, una valla que se pone a la actividad de los demás.

En el derecho subjetivo *positivo* la protección jurídica reside en la exigibilidad de que un tercero realice una determinada conducta positiva (hacer, dar); en el derecho subjetivo *negativo* la protección jurídica está en la exigibilidad de que un tercero *se abstenga de interferir con la actividad del sujeto*, es decir, realice una determinada conducta negativa. (No hacer.)

En ambos casos, el juicio lógico que es el derecho subjetivo contiene una consecuencia jurídica que se aplica ante la realización de un antecedente que es un hecho antijurídico. Ese hecho antijurídico es, en el primer caso, que el tercero *no realice* la actividad positiva que nos debía, y en el segundo, que *interfiera* con nuestra actividad o esfera jurídica.

11. Esa distinción tiene muy importantes consecuencias, pues ante la regla lógica de que rige la libertad en tanto que el orden jurídico no la restrinja —regla lógica que la Constitución Nacional adopta en su artículo 19—, el derecho subjetivo es de interpretación *extensiva* en cuanto se refiere al derecho a que no nos impidan una actividad, y a que no nos exijan algo; es de interpretación *restrictiva* en cuanto se refiere al derecho a exigir que un tercero realice algo.

En efecto, si nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda, el derecho subjetivo de un tercero a que yo dé o haga algo (derecho subjetivo positivo; prestación positiva) debe estar expresamente mandado por la ley (interpretación restrictiva); en inversamente, puesto que nadie será privado de lo que la ley no prohíbe, el derecho subjetivo de ese individuo a hacer lo que quiera sin que yo lo moleste o se lo impida (derecho subjetivo negativo; prestación negativa) existe *ipso jure* aunque ninguna ley diga nada al respecto. (Interpretación extensiva.)

Como se ha dicho con más tecnicismo, frente a aquel que pretende de otro una conducta no establecida por el orden jurídico vigente, tiene éste un “derecho” concedido por el orden jurídico, a la omisión de esa conducta; derecho en el sentido de libertad jurídicamente garantida. El orden jurídico no sólo contiene la proposición de que sé está obligado a una conducta determinada (en cuanto su incumplimiento acarrea una sanción), sino también la proposición “se es libre de hacer u omitir aquello a que no se está obligado;” esta norma negativa es la que se aplica cuando se rechaza una pretensión dirigida a una conducta no convertida por la ley en un deber jurídico.<sup>40</sup> En el caso citado, se rechaza la demanda aplicando “la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden

<sup>40</sup> Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, p. 172.

jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido.”<sup>41</sup>

Así pues, nadie está obligado a *hacer* o *dar* algo a menos que la ley se lo mande, y correlativamente nadie tiene derecho a exigir a alguien que *haga* o *dé* algo a menos que la ley se lo autorice: Por ello los derechos subjetivos positivos (*i.e.*, aquellos en que se exige una prestación *positiva* del otro sujeto), deben estar *expresamente* considerados en la ley. Por otra parte, todos tienen derecho a que nadie los moleste en su actividad, y correlativamente nadie tiene derecho a impedir la actividad de los demás: Luego los derechos subjetivos negativos (*i.e.*, aquellos en que se exige una prestación *negativa* del otro sujeto) existen de pleno derecho en forma absoluta.

Insistimos pues: El derecho subjetivo positivo (es decir, el derecho cuyo contenido es una obligación de dar o hacer que nos es debida por un tercero) ha de entenderse en sentido restringido, concedido sólo en tanto y en cuanto *la ley expresamente lo regule*; el derecho subjetivo negativo (es decir, aquél cuyo objeto es una obligación de no hacer impuesta a un tercero en relación con nosotros) debe entenderse en sentido amplio, *limitado sólo* por las expresas determinaciones de la ley.

En virtud del régimen jurídico diferenciado que acabamos de ver se concluye que en el derecho subjetivo *positivo* tenemos un elemento nuevo que agregar: El de que la actividad humana que el tercero nos debe a nosotros *debe estar reglada*, esto es, específicamente determinada en cuanto a la oportunidad y modalidades; pues si ha de entenderse restringidamente, sólo en aquello que esté específicamente determinado podremos tener un derecho subjetivo positivo.

12. En los elementos que hemos estado reuniendo del derecho subjetivo se observa que hay: I) Una norma jurídica, II) que protege una situación de hecho, III) individual, exclusiva, IV) mediante la consecuencia jurídica que el titular puede invocar, V) ante la violación o incumplimiento de la misma, VI) y que tratándose de una prestación positiva que exigimos de un tercero, esa situación de hecho debe estar específicamente determinada, esto es, “reglada.”

Hemos eliminado: I) El poder de voluntad, II) el interés jurídicamente protegido, III) el interés protegido por el poder concedido a una voluntad, IV) el interés propio y exclusivo protegido por el poder concedido a una voluntad, V) la acción judicial del individuo lesionado —dando por supuesto que debe existir para que ese derecho se halle efectivamente protegido—.

<sup>41</sup> Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, p. 172 y ss.

Tenemos así finalmente la descripción externa del derecho subjetivo *positivo*. Hay derecho subjetivo positivo, cuando una norma jurídica,<sup>42</sup>

1ª) sobre la base de una actividad humana,

2ª) específicamente determinada en cuanto a la oportunidad y modalidad (“reglada”),<sup>43</sup>

3ª) reconoce a un individuo determinado,

4ª) en carácter de exclusividad<sup>44</sup>

5ª) frente a otro individuo determinado,

6ª) la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada,<sup>45</sup>

7ª) ante la no realización por parte del obligado, de la actividad en cuestión.

Es decir, el derecho subjetivo positivo consiste en la exigibilidad de una actividad humana específicamente determinada en cuanto a la oportunidad y modalidades, reconocida en carácter de exclusividad por el orden jurídico a un individuo determinado frente a otro, y concretada en la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada ante la no realización de la actividad en cuestión. Concisamente, en la exigibilidad exclusiva de la actividad reglada de otra persona, cuya no realización hace aplicable una sanción a ésta.<sup>46</sup>

De tales elementos los más importantes para identificar al derecho subjetivo son la conducta *reglada*, y la *exclusividad*. En los casos concretos se tratará pues de averiguar si la conducta que se cree puede ser exigible por un derecho subjetivo positivo: 1º) Está reglada y 2º) hay exclusividad de un titular respecto a ella. Si hay discrecionalidad (es decir, si no está específicamente ordenada), o si hay concurrencia de más de un titular respecto a ella, no hay derecho subjetivo.

Ello no significa como regla general que al faltar la regulación no haya derecho subjetivo alguno, pues faltan considerar los derechos subjetivos *negativos*; pero sí es regla general con relación a la exclusividad. (El funcionamiento concreto de estos principios lo ejemplificaremos *infra*, nº 19 y ss., al desarrollar las reglas esquematizadas en el nº 18.)

13. Son elementos del derecho subjetivo *negativo*, el que una norma jurídica,

1º) sobre la base de una actividad humana reglada o discrecional,

2º) reconozca a un individuo determinado,

<sup>42</sup>WOLFF, HANS J., *op. cit.*, p. 209: “Una ley material, no solamente declaraciones programáticas.”

<sup>43</sup>Comparar WOLFF, *op. loc. cit.*: “En base a una situación de hecho determinada.”

<sup>44</sup>BENDER, *op. loc. cit.*, W. JELLINEK, *op. loc. cit.*, KORMANN-LIST, *op. loc. cit.*

<sup>45</sup>WOLFF, *op. loc. cit.*

<sup>46</sup>Dicho de otra manera, es la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada, ante la no realización por parte de otra persona de una actividad específicamente determinada, si esa actividad era exigible en carácter de exclusividad por el titular.

- 3°) en carácter de exclusividad,
- 4°) frente a otro u otros individuos,
- 5°) la libertad de realizarla,<sup>47</sup>
- 6°) concretada en la posibilidad de invocar consecuencias jurídicas determinadas,
- 7°) ante la interferencia con esa actividad.

Pero ese enfoque del derecho subjetivo está dado en función del sujeto: Para ser coherentes con el concepto anterior, debemos considerarlo desde el punto de vista de las relaciones con los demás sujetos de derecho. Para adoptar este enfoque hay además otra razón: En el caso del derecho subjetivo negativo frente a la administración pública, existe una dificultad nueva, que aquel concepto no puede solucionar.

En efecto, los individuos tenemos una serie de derechos subjetivos negativos frente a la administración (por ejemplo, los arts. 14 a 20 y 32 de la Constitución Nacional), y la administración tiene a su vez una serie de derechos subjetivos negativos frente a los nuestros, resultantes de que la ley autoriza a la administración a actuar. (Y nos obliga a respetar esa actividad.)<sup>48</sup>

La dinámica se plantea así en una constante colisión de derechos subjetivos negativos: Por un lado, los individuos tenemos derechos subjetivos negativos a que no nos molesten en nuestra libertad, propiedad, etc.; por el otro, la ley autoriza a la administración a actuar de forma que puede resultar lesiva a nuestra libertad, propiedad, etc., concediéndole el derecho subjetivo negativo a que no la molestemos: Allí coliden nuestro derecho subjetivo negativo y el derecho subjetivo negativo de la administración. ¿Cuál prevalecerá? ¿Quién tiene el auténtico derecho subjetivo negativo? ¿Somos nosotros los que tenemos derecho a. que la administración no nos moleste, o es la administración la que tiene derecho a actuar sobre nosotros sin que la molestemos?

Este problema interpretativo se resuelve en cuatro planteos sucesivos. (*Supra*, p. 74 y ss.)

A) A veces la ley prevé expresamente la solución de esa dinámica, reglamentando específicamente la forma en que *puede* actuar la administración frente a nuestra esfera jurídica. En ese caso tenemos un derecho subjetivo negativo a que la administración no propase los límites que le son fijados por la ley *a su propia actividad*; esa es la regulación *directa*, la que se estudia en el derecho administrativo bajo el título de “facultades regladas de la administración.”

<sup>47</sup> O, si se trata de una *situación de hecho*, la libertad de mantenerla.

<sup>48</sup> Ello no debe confundirse con la noción infundada de “poder de policía,” ver GORDILLO, “La crisis de la noción de poder de policía,” en *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, p. 227 y ss.



Cuando la administración actúa *dentro* de sus facultades regladas, tiene un derecho subjetivo *negativo* a que suframos su actuación; cuando viola sus facultades regladas, nosotros tenemos un derecho subjetivo negativo *a no* sufrir su actuación. (Es decir, a que no haga nada en violación de sus facultades regladas, y si lo ha hecho, a que le sea anulado.)

B) Otras veces la ley prevé también expresamente la solución. de la interferencia mutua de derechos. Hay otra “regulación,” la regulación *inversa* (comúnmente designada como uno de los límites a las facultades discrecionales), que se estudia en el derecho civil, laboral, etc.: Cuando la ley regula no ya el derecho subjetivo negativo de la administración a no ser molestada en su actividad que avanza sobre nuestra esfera jurídica, sino el derecho subjetivo negativo *de los individuos* frente a los demás sujetos y entre ellos la administración, diciéndoles: Nadie tiene derecho a interferir con esta actividad o situación de hecho que aquí les regulo a ustedes.

De esta manera la actividad de la administración no se encuentra, es cierto, *directamente* reglada, pero como la actividad de los particulares sí lo está frente a la actividad administrativa, resulta que esa última está reglada en forma inversa. Es el caso, por ejemplo, del derecho de propiedad: La ley autoriza a la administración a realizar obras públicas, y deja librado a la discrecionalidad administrativa la forma concreta de realizarla. Sin embargo, como el derecho individual de propiedad sí está reglado (en el Código Civil), cuando la administración en su actividad daña un inmueble de un administrado (grietas, filtraciones, etc.), comete un hecho antijurídico y el particular tiene el derecho subjetivo negativo a invocar las consecuencias jurídicas del caso. (V. p. IADA-VI-14 y ss.)

C) Cuando falta también esta limitación, todavía no entramos en la plena discrecionalidad administrativa, pues la ley aún prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos subjetivos negativos. En efecto, la Corte Suprema ha declarado que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la esencia de los derechos subjetivos negativos que la Constitución concede.<sup>49</sup> Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada en forma directa, ni esté limitada en forma *inversa*, le resta todavía esta limitación *residual* que ofrece la Constitución cuando la discrecionalidad afecta la esencia del derecho por ella previsto.

D) Queda por considerar un cuarto caso, muy similar al anterior, en que la administración tiene facultades discrecionales, y no hay una regulación inversa o residual que pueda servir para tipificar un derecho subjetivo del administrado, pero existe en el orden jurídico el principio de que la administración no debe *abusar* de sus facultades discrecionales. (Se trataría principalmente de la

<sup>49</sup> Sobre el fundamento de este principio, ver GORDILLO, *Estructuración dogmática del Estado de Derecho*, op. loc. cit.

anulación de actos administrativos por *desviación de poder*, cuando existe el procedimiento objetivo contenciosoadministrativo V. *Supra*, cap. VI, 1ª parte, n° 13 y ss., acerca de los “*límites relativos*.”)

Habiendo individualidad, y una pretensión negativa que se exige a la administración, tendría que admitirse la posibilidad de que exista un derecho subjetivo negativo del administrado (pues ya vimos que los derechos subjetivos negativos también podían presentarse en el caso de las facultades discrecionales). Sin embargo, esa limitación a la discrecionalidad administrativa según la cual sus actos no deben estar viciados de desviación de poder, aparece en Francia y de allí se universaliza como “derecho reflejo,” que se defiende mediante un “recurso de anulación;” o sea que en el presente caso no hay derecho subjetivo negativo del administrado, sino sólo derecho reflejo.<sup>50</sup>

En efecto, hay que tener en cuenta que aquí el administrado está no tanto protegiendo su propia actividad o situación de hecho, como tratando primordialmente de impedir la actividad desviada de la administración: Luego, es aquí donde más manifiesta aparece la colisión de *dos pretensiones negativas*. Si se tratara de una pura pretensión negativa del administrado frente a otro sujeto de derecho, ese principio no reglado podría bastar para crear un derecho subjetivo (y así sucede en el derecho privado con el “abuso del derecho”), pero dado que es una pretensión negativa a la que se opone *otra pretensión negativa* (la facultad discrecional de la administración), y dado que ambas deben interpretarse extensivamente, hay que dar una solución equidistante, y esa es precisamente la de considerar que el particular tiene aquí un derecho reflejo en lugar de un derecho subjetivo o ningún derecho.

E) Hechas estas aclaraciones, podemos ahora describir el derecho subjetivo negativo de un individuo frente a la administración; el mismo existe cuando una norma jurídica,

- 1º) sobre la base de una actividad administrativa,
- 2º) reglada en forma *directa*, o limitada en forma *inversa o residual*,
- 3º) reconoce a *un individuo* determinado,
- 4º) en carácter de *exclusividad*,
- 5º) frente a la administración pública,
- 6º) la posibilidad de invocar una consecuencia jurídica determinada,
- 7º) ante la violación de alguna de las regulaciones a tal actividad.

<sup>50</sup> Nuestra jurisprudencia conoce algunos de estos casos de desviación de poder, en los que se entendió que se trataba de un derecho subjetivo; pero en ellos invariablemente se hizo gala de normas constitucionales —con lo que recaemos en el caso anterior. (N° 13, ap. C.)

Reuniendo estos elementos, diremos que es la prohibición para la administración pública de exceder sus facultades regladas o violar los límites creados en forma inversa o residual a sus facultades discrecionales, exigible en carácter de exclusividad por un individuo determinado y concretada en la posibilidad de invocar consecuencias jurídicas determinadas ante la comisión del hecho antijurídico previsto. Sucintamente, es la exigibilidad exclusiva de que la administración no exceda sus facultades regladas ni los límites objetivos de sus facultades discrecionales, cuya violación hace aplicable una sanción a ésta.<sup>51</sup>

#### IV. El derecho subjetivo en relación con el derecho reflejo. Sistematización

14. Así como hay dos tipos de derecho subjetivo (el positivo y el negativo), hay también dos tipos de derecho reflejo; pero la distinción no se basa ahora en la naturaleza de la prestación que constituye el deber jurídico, sino en la forma en que el orden jurídico haya establecido ese deber. (Como actividad reglada, o como prohibición de abusar de las facultades discrecionales; es decir, como un límite de certeza objetiva, o dependiente de una valoración fáctica.)

En un primer caso, el derecho reflejo es, la exigibilidad *concurrente* de que la administración no exceda sus facultades regladas. Aquí la pretensión es que la administración cumpla lo objetivamente predeterminado en la ley (y puede tratarse de una prestación positiva o negativa), y esa pretensión no le pertenece a ningún individuo exclusivamente, sino *concurrentemente* a más de uno.

En un segundo caso, el derecho reflejo es exigibilidad *individual* o *concurrente* de que la administración no dicte actos en *abuso* de sus facultades discrecionales. Aquí la pretensión no es objetivamente predeterminable; además, constituye una exigencia de una prestación *negativa* de la administración. A diferencia del primer caso, puede haber derecho reflejo también cuando hay *individualidad*.

Se observa así que el concepto varía según se trate de facultades regladas o discrecionales: En las primeras lo que caracteriza al derecho reflejo es la *concurrentencia de varios individuos* en la pretensión jurídica; en las segundas, la circunstancia de que la antijuridicidad de la conducta reprimida no deriva de su comparación objetiva con una norma que preestablezca un marco concreto, sino de un criterio de “abuso,” “desviación,” “exceso,” etc., es decir, de un mal uso de la libertad concedida por las normas jurídicas.

15. Pero las características señaladas no son por sí mismas determinantes de que exista derecho reflejo: Es necesario además que el recurrente o pretensor tenga un *interés personal y directo* en la anulación que pide. (Dicho de otra forma, que el acto atacado lo afecte a él directa y personalmente.)

<sup>51</sup> En otros términos, es la posibilidad exclusiva a un individuo de invocar una consecuencia jurídica determinada, ante la violación por parte de la administración de un límite establecido en forma directa, inversa o residual por la ley a su actividad.

Este nuevo requisito (que explica por qué también, se denomina “interés legítimo” al derecho reflejo) se entiende generalmente con sentido patrimonial,<sup>52</sup> pero excepcionalmente puede ser suficiente un interés *moral*;<sup>53</sup> para el análisis de sus modalidades nos remitimos a las obras generales de derecho administrativo.

En ambos casos de derecho reflejo, las consecuencias jurídicas que el particular puede invocar son: a) Habiendo un *acto*, la *anulación* del mismo, b) habiendo un *hecho* o una mera abstención, que el juez ordene al administrador ajustar su conducta a lo que la ley determina. (Y aplique sanciones por *contempt of court* al funcionario que no le obedezca.) Se observa así que la sanción que protege al derecho reflejo nunca consiste en reparaciones pecuniarias. (Pues entonces aparecería la individualidad y la regulación, es decir, el derecho subjetivo.)

Es fundamental señalar que para que el derecho reflejo esté protegido por el orden jurídico es necesario que se haya establecido un “recurso objetivo” (también llamado “acción de nulidad,” “recurso de ilegitimidad,” “recurso por exceso de poder,” y más comúnmente, “*recurso de anulación*”) en el procedimiento contencioso-administrativo, que permita solicitar del tribunal esta protección.

16. Cabe agregar que si el recurso objetivo es instituido al estilo francés como “recurso de *anulación*,” sólo sirve para atacar ACTOS administrativos (en sentido lato: Particulares o generales), y es inaplicable en consecuencia mientras la administración no haya dictado un acto antijurídico. Por lo mismo que se lo instituye como recurso de *anulación*, sólo se aplica para *anular actos*, y de esa forma deja sin protección a los derechos reflejos que puedan ser afectados por la mera *inactividad* de la administración, o por *hechos* administrativos.

17. Expondremos a continuación las reglas que resultan de lo hasta aquí expuesto en materia de derechos subjetivos y derechos reflejos; lo haremos primero en forma esquemática a fin de permitir una visión de conjunto, y luego en forma desarrollada, con ejemplos.

*En el esquema usaremos los términos “prestación positiva” para indicar que se trata de exigir al juez que obligue a la administración a hacer o dar algo; “prestación negativa” cuando lo que se pide es la anulación del acto o la cesación del hecho; “individualidad” cuando el orden jurídico ha previsto que sea un individuo determinado el que detente la situación jurídica en carácter de exclusividad; “conurrencia” cuando hay más de un individuo reunidos en la misma pretensión.*

Respecto a la “conurrencia” aclaramos desde ya que su identificación varía según el tipo de *prestación* frente al cual la haya; tratándose de una *prestación negativa*, la conurrencia consiste en que la anulación del acto beneficiará por igual a todos los afectados, y no exclusivamente al que lo pidió; tratándose de una *prestación positiva*, hay que distinguir si se trata de una *prestación uti univertitis* o *uti singulii*. En el primer caso (una plaza, un camino, etc., que servirán

<sup>52</sup> “Material,” según la jurisprudencia francesa.

<sup>53</sup> BERTHELEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 993.

indiferenciadamente a una pluralidad de personas), la concurrencia también consiste en que la realización de la prestación beneficiará por igual a todos los afectados (los habitantes del lugar, por ejemplo); pero en el segunda caso (becas, préstamos, premios, etc., a darse individualmente) la concurrencia consiste en que la prestación no es susceptible de reiterarse *tantas veces como individuos concurren*: si todos los peticionantes pudieran obtenerla habría exclusividad y con ello derecho subjetivo (así, el ingreso a la Universidad no habiendo limitación numérica), y por eso es que la concurrencia, en este caso de la prestación positiva individual, presupone que no todos los individuos pueden obtenerla. (Así, el ingreso a la Universidad habiendo un número de vacantes inferior al de aspirantes.) Hacemos notar además que al usar el término concurrencia, dentro del esquema que sigue, lo hacemos dando por sobreentendido que en cada caso es *también* necesario un interés personal y directo en cada uno de los concurrentes para que exista el derecho, reflejo que señalemos.

Usaremos la frase “límites concretos” para referirnos a la limitación inversa y residual de que habláramos *supra* n° 13, ap. B y C; diremos “límites relativos” para referirnos a los casos en que la antijuridicidad de la conducta administrativa resulta sólo de un criterio de “abuso,” “desviación de poder,” “capricho,” etc., y no de su comparación objetiva con requisitos preestablecidos en forma concreta por la norma.

Hacemos notar, finalmente, que los casos en que indicamos que hay *derecho reflejo* sólo están protegidos cuando existe un *recurso objetivo*, y que aún entonces es posible que no estén protegidos sino los casos en que se exige una prestación negativa. (*Supra*, n° 16.) Los casos de derecho subjetivo, por el contrario, están protegidos con la mera existencia de la posibilidad de accionar en justicia mediante acción común o “recurso de plena jurisdicción.”

#### 18. Sistematización .

Los derechos subjetivos y reflejos se presentan en los siguientes casos:

##### A) *En las facultades regladas*

- 1°) prestación positiva, individualidad —D.S.
- 2°) prestación positiva, concurrencia,
  - a) prestación general, *uti universitatis* —D.R.<sup>54</sup>
  - b) prestación individual, *uti singulii* —D.R.
- 3°) prestación negativa, individualidad —D.S.
- 4°) prestación negativa, concurrencia —D.R.

<sup>54</sup> En este caso hay dificultades especiales —además de las indicadas en el n° 16— para la protección del derecho reflejo. Ver *infra*, n° 18, Ap. 2, a.

B) *En las facultades discrecionales*

- 5º) límites concretos, prestación negativa, individualidad —D.S.
- 6º) límites concretos, prestación negativa, concurrencia —D.R.
- 7º) límites relativos, prestación negativa, individualidad —D.R.
- 8º) límites relativos, prestación negativa, concurrencia —D.R.
- 9º) límites relativos, prestación positiva .

19. A continuación ejemplificaremos las nueve reglas expuestas en el esquema.

1º) *Prestación positiva e individualidad: Derecho subjetivo.*

Hay derecho subjetivo cuando la administración debe una conducta positiva, reglada, y en forma exclusiva a un individuo. Luego, en materia de prestaciones generales, *uti universitis*, no puede haber derecho subjetivo alguno (ver caso 2º); tratándose de *una* prestación singular, que es el presente caso (1º), la exclusividad consiste en que *una* prestación sólo puede ser exigida por *un* individuo: Si hay varios individuos que pueden exigir esa prestación, y la misma *es susceptible de reiterarse ante la exigencia de cada uno*, sigue habiendo exclusividad pues hay una actividad para *un* individuo.

El derecho a cruzar un puente, habida una pluralidad de individuos que aspiran a ello, puede ser subjetivo o reflejo, según que la autorización para cruzarlo deba reiterarse ante cada individuo, o sólo pueda darse una vez, frente a uno sólo de los que se presentan. Así, si cada individuo tiene derecho a cruzar el puente, no hay concurrencia (y hay por lo tanto derecho subjetivo), pues respecto al hecho individual de que ese sujeto cruce el puente hay una total exclusión de los demás; si, en cambio, hubiera autorización para que sólo uno o más, *pero no todos* los individuos que estén en iguales condiciones, puedan pasar, deja de existir la exclusión y aparece la concurrencia.

En un barco que está por naufragar, si hay suficientes botes para toda la tripulación, no hay concurrencia: Todos tienen la posibilidad exclusiva de ocupar un puesto en los botes (Hay pues derecho subjetivo.) Si, en cambio, hay menos botes que los necesarios, aparece la concurrencia, pues para cada asiento hay más de un individuo que aspira a ocuparlo: No hay exclusión.

En resumen, en el caso de la prestación positiva singular de la administración, hay exclusión (es decir, individualidad) cuando todos los individuos en igualdad de condiciones pueden obtener la prestación o actividad de que se trata, sea porque I) se trata de un sólo individuo y una sola prestación, II) o, tratándose de muchos individuos y una misma prestación, esta prestación se repite individualmente cada uno de ellos. Si alguno de los individuos en igualdad de condiciones no puede obte-

ner la prestación (por haber menos prestaciones que individuos), no hay exclusión para ninguno, sino concurrencia, nadie tiene derechos subjetivos.

2º) *Prestación positiva y concurrencia: Derecho reflejo.*

a) *Prestación positiva de tipo genérico*

Cuando la ley obliga a la administración a realizar una prestación positiva pero de tipo genérico o universal (es decir que no está destinada a uno o varios individuos singularmente considerados, sino *en forma conjunta a una pluralidad de individuos*), no hay, por hipótesis, un individuo que la pueda exigir en carácter de exclusividad: *Al obtenerla uno la obtienen necesariamente los demás*. El que exige la prestación lo hace en forma concurrente para todos. No hay pues derecho subjetivo, sino derecho reflejo. (Para quienes tengan un interés personal y directo en la prestación.)

Ejemplos: Cuando la ley manda a la administración construir una plaza, un camino, una fuente, etc.; u organizar determinados cursos, enseñar determinada materia, editar un libro o folleto, etc.

Cuando la administración no cumple lo determinado por la ley, sin dictar un acto en tal sentido, el recurso de *anulación* no sirve para proteger el derecho reflejo (pues a pesar de tratarse de una conducta antijurídica, no hay un acto que pueda *anular* el tribunal: *Supra*, nº 16); pero aún existiendo en forma amplia un recurso objetivo que sirva tanto para atacar actos ilegítimos como hechos o meras inactividades *contra legem*, el presente caso ofrece dificultades especiales. En materia de obras públicas se advierte particularmente que el juez no podría en realidad tomar medidas concretas para hacer que se cumpla la ley que manda realizar un puente, camino, etc., pues carece de aptitudes técnicas para ello; en tales casos nunca habría en consecuencia un verdadero derecho reflejo.

Tampoco podría el juez otorgar indemnizaciones a los individuos que no reciben el beneficio de la obra, pues con ello aparecería una prestación individual y exclusiva para cada uno. (Es decir, se transformaría indebidamente al derecho reflejo en derecho subjetivo.) Distinto es el caso, empero, en que la no realización de la prestación positiva genérica causa un daño a los individuos: Cuando los habitantes del lugar han hecho alguna contribución pecuniaria para la obra, o cuando los alumnos han asistido a un curso o carrera que luego la administración deja de realizar, etc.; en estos casos, si la administración persiste en negarse a ejecutar la prestación genérica ordenada por la ley, y no ofrece una prestación compensatoria, debería indemnizar, no a título de la prestación incumplida, sino por el daño particular y exclusivo que le causó a cada individuo. (El dinero aportado, el tiempo empleado, etc.)

b) *Prestación positiva de tipo singular.*

Cuando la ley obliga a la administración a realizar una prestación positiva, pero de tipo individual o singular, habrá derecho subjetivo si todos los individuos la pueden obtener (*supra*, caso 1°), y derecho reflejo *si no todos los recurrentes pueden obtenerla*.

Así, los estudiantes que pretenden ingresar a la Universidad tienen derecho subjetivo a ello si hay suficientes plazas para todos los que reúnen las condiciones del caso; no hay allí concurrencia, pues la actividad de inscribirlos, si bien sustancialmente similar, es en realidad distinta; lo inscriben a *Primus*, lo inscriben a *Secundus*, lo inscriben a *Tertius*; la actividad se presta en forma individual y excluyente. Si, en cambio, hay un número limitado de vacantes, y éste resulta inferior al de aspirantes, aparece la concurrencia, pues no todos pueden recibir la misma prestación en el mismo período lectivo. Entonces, en vez de derecho subjetivo, todos los aspirantes tienen tan sólo un derecho reflejo.

Cuando muchos individuos se presentan a la Universidad, después de aprobados sus exámenes, a solicitar un diploma, hay *exclusión* si la Universidad les va a otorgar un diploma a cada uno: La actividad es sustancialmente igual, pero no hay concurrencia, pues la actividad se repite tantas veces como individuos en condiciones la soliciten; hay pues derecho subjetivo. En cambio, si la Facultad va a dar un premio a la mejor tesis de todas las recomendadas por las mesas examinadoras, aparece allí la concurrencia, desde que sólo uno de los afluyentes puede obtener ese premio; por el otro lado, si la Facultad va a dar una mención accesoria a todos los que no obtengan el premio principal pero hayan obtenido la recomendación, no hay concurrencia sino exclusión, pues la prestación se realizará en forma individual a cada uno, y tantas veces como sujetos se encuentren en esas condiciones.

Tratándose de una prestación positiva que se exige a la administración, y de un derecho *reflejo* para pedirla, repetimos la observación de que si el recurso objetivo es de “anulación” sólo puede ser utilizado en caso de que la administración dicte un acto negándose a realizar la tal prestación.

3°) *Prestación negativa e individualidad: Derecho subjetivo.*

Hay derecho subjetivo cuando la administración debe abstenerse de violar lo dispuesto reglamentariamente por la ley con referencia a individuos determinados. Así por ejemplo, si la administración tiene reglada por la ley su facultad de retirar permisos y autorizaciones, cada individuo que tiene un permiso, autorización, etc., tiene un derecho subjetivo a que no se lo cancelen *sino en las condiciones y circunstancias previstas por la ley*.

Luego, si la ley dispone que se dará permiso de conductor a todo aquél que sea mayor de edad, no registre condenas por accidentes de tránsito y apruebe un



examen, cada individuo que reúna esas tres condiciones tiene un derecho subjetivo positivo a obtener su permiso (caso 1°); si la ley dispone además que ese permiso sólo le podrá ser retirado por sufrir una tal condena, por conducir en estado de embriaguez, o por no pagar el derecho o patente respectivo, cada individuo que no se encuentra en ninguna de esas tres circunstancias, tiene derecho subjetivo negativo a que no le retiren el permiso. (Caso 3°.)

#### 4°) *Prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.*

Hay derecho reflejo cuando la administración debe abstenerse de violar lo dispuesto reglamentalmente por la ley con referencia a una pluralidad de individuos en forma concurrente.

Cuando la ley dispone, pues, la forma de hacer una licitación pública o un concurso, los licitantes o concursantes no tienen derechos subjetivos a que se cumplan los requisitos establecidos para la licitación o el concurso, por cuanto esa obligación negativa de la administración es debida en forma genérica y *no exclusiva a cada uno*; pero como la posibilidad de ganar la licitación o concurso constituye un interés personal y directo, tienen derechos reflejos.

En general, cuando la administración hace un nombramiento contrariando *expresas* disposiciones legales (por ejemplo, condiciones de edad, nacionalidad, diploma, etc.) en vigor, nadie tiene derecho subjetivo a impugnar el nombramiento; pero tienen derecho reflejo a hacerlo todos aquellos que ostentan un interés personal y directo, como puede ser el reunir los requisitos exigidos por la ley para dicho cargo y poder en consecuencia haber sido nombrados ellos mismos en lugar del otro, o ser otro funcionario al cual ese nombramiento ilegal perjudica creándole un competidor en su avance en la carrera.

Los jubilados o pensionados de una Caja de Previsión Social tiene derecho reflejo a impugnar cualquier jubilación o pensión ilegítimamente conferida por la Caja de que forman parte, pues la posibilidad de que ese acto contribuya a trastornar la estabilidad económica de la Caja constituye un interés personal y directo.

Estos casos en que una pluralidad de individuos puede pedir que se anule un acto ilegítimo son los más frecuentes de derecho reflejo, y son también aquellos en que se hace especialmente necesario el requisito de que el recurrente tenga un interés personal y directo en la anulación que pide, pues esa es la única forma de evitar que el recurso se transforme en acción popular.

20. En los cuatro casos cuyas reglas hemos considerado, se trata de facultades *regladas* de la administración; en cualquiera de los ejemplos, si faltara esa regulación, esa determinación *específica* de qué era lo que *debía* hacer la administración, no habría el derecho indicado. En los casos de prestación positiva (1°, 2°a 2°b), desaparecen tanto el derecho subjetivo como el derecho reflejo: I) Si la ley en lugar de *obligar* a la administración a realizar esa prestación, simplemente la *faculta*,

dándole la posibilidad de realizarla o no si lo considera oportuno, II) si la ley no aclara concretamente en qué consiste la prestación positiva que debía hacer la administración: Si la obliga a hacer escuelas, pero no aclara dónde; si la obliga a proveer cargos, pero no dice cuándo, etc. En los casos de prestación negativa (3º, 4º), si la ley faculta a la administración a dar y retirar permisos cuando lo considere oportuno, a realizar licitaciones y concursos con los requisitos que le parezcan convenientes, a nombrar agentes públicos sin necesidad de que éstos reúnan condición alguna, etc., es obvio que en esa dirección no se encontrará derecho subjetivo o reflejo alguno; pero puede haberlos, sin embargo, por causas distintas. (*Infra*, casos 5º y ss.)

Inversamente, es de destacar que la simple reglamentación e inclusive orden interna dirigida por el Estado a sus agentes ordenándoles realizar determinada actividad (lo que por interpretación técnica de dicho reglamento u orden sería exigible solamente por el Estado a su agente, y no sería exigible por el particular al agente o al Estado), se transforma automáticamente, en virtud del art. 1112 del Código Civil, *en obligación reglada del Estado frente a los particulares*,<sup>55</sup> y da lugar a derechos subjetivos cuando normalmente no habría ningún derecho.

21. Entramos ahora a considerar los casos de derechos subjetivos y reflejos en las facultades discrecionales de la administración.

##### 5º) *Límites concretos, prestación negativa e individualidad: Derecho subjetivo*

Hay derecho subjetivo cuando la administración debe una conducta negativa establecida en forma inversa o residual (*supra*, nº 13, ap. B y C), a un individuo determinado.

Están comprendidos aquí los casos en que la ley no ha reglado como debe ser la actividad administrativa (o como debe *no ser*), pero otra ley o la Constitución misma han dispuesto en qué situaciones es antijurídico interferir en una situación de hecho individual de un particular. Ejemplos: La ley autoriza a la administración a imponer multas y penalidades al concesionario de servicios públicos por causas que aprecia discrecionalmente la misma administración, pero el Código Penal dice en qué casos un particular puede sufrir penas privativas de la libertad: Luego, este individuo tiene derecho subjetivo negativo a que la administración no le imponga tales penas privativas de la libertad a pesar de la discrecionalidad indicada por la primera ley. Además, la Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad: Luego, la administración tampoco puede confiscarle sus bienes ni imponerle multas tan severas que afecten una parte sustancial del patrimonio del mismo, en relación con lo invertido en el servicio; a lo que el concesionario también tiene derecho subjetivo negativo, no obstante aquella discrecionalidad. Lo mismo sucede en el caso que la administración tenga facultades discrecionales

<sup>55</sup> GORDILLO, "La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado," en *Lecciones y Ensayos*, nº 14, p. 94, donde explicamos cómo funciona el artículo 1112 en este aspecto.

para imponer sanciones disciplinarias a sus agentes, o penas administrativas a los administrados;<sup>56</sup> es también el caso citado de la obra pública, que aunque producto del ejercicio de una facultad discrecional de la administración, viola un derecho subjetivo negativo de los particulares cuando daña inmuebles.

6°) *Límites concretos, prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.*

Habiendo un límite concreto establecido en el orden jurídico (por ejemplo, una prohibición de realizar determinados actos), la pretensión negativa de que la administración no lo viole, y concurrencia en lugar de individualidad, hay derecho reflejo. Así como el caso 5° se soluciona similarmente al 3°, dando lugar a un derecho subjetivo, el presente se soluciona igual al 4°, dando lugar a un derecho reflejo. No hay ninguna razón particular para exponerlo como un caso específico, pero lo hacemos para mayor simetría lógica del esquema.

En cuanto a las posibles prestaciones *positivas* que correspondería considerar con referencia a los “límites concretos,” recordamos aquí que no puede haber derechos subjetivos ni reflejos por la sencilla razón de que estamos considerando prohibiciones, limitaciones, y por lo tanto meras obligaciones de *no hacer*.

7°) *Límites relativos, prestación negativa e individualidad: Derecho reflejo.*

Hay derecho reflejo cuando la administración deba a un individuo determinado la prestación negativa de no abusar de sus facultades discrecionales.

Usamos los términos “abusar de sus facultades discrecionales” para referirnos a los casos en que el orden jurídico no ha preestablecido un requisito concreto que determine con certeza la juridicidad o antijuridicidad de su conducta, pero ha creado el principio de que a pesar de esa discrecionalidad las decisiones administrativas no deben ser *caprichosas o desviadas*. Lo primero significa que los actos administrativos deben tener alguna situación de hecho que los justifique, y no deberse al mero capricho del administrador. (Sería caprichosa, por ejemplo, la agravación de una sanción anterior sin existir hechos nuevos; el retiro de una autorización, por hechos ya conocidos al momento de acordarla, etc.) Lo segundo, que el administrador, además de cumplir con lo que objetivamente disponga la ley, debe actuar con la finalidad de cumplir el objetivo de la ley; si, pues, el sentimiento, deseo o finalidad del agente público está inspirado en la pasión política, la venganza o el favoritismo y no en realizar el fin de la ley, se dice que hay *desviación de poder* y el acto es nulo.<sup>57</sup>

Dado pues un caso en que el acto impugnado ha sido realizado dentro de la competencia del órgano, observando todas las formas prescriptas, y no cometiendo

<sup>56</sup> Sobre “policía” ver nota 48 y su remisión.

<sup>57</sup> Ampliar LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1957, 2ª ed., p. 373 y ss. Sobre el *capricho* (en Francia se habla de “*defaut de motif legal*”) ver WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 436 y ss.

ninguna violación formal de la ley<sup>58</sup> pero que constituye una decisión *caprichosa* o *desviada*, el particular afectado tiene un derecho reflejo a solicitar la anulación del acto. Aunque la pretensión sea detentada en carácter de exclusividad por un individuo determinado, no hay derecho subjetivo sino derecho reflejo.<sup>59</sup>

Ejemplo: Si la administración, en uso de facultades discrecionales y sin afectar el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, aplica al concesionario una multa moderada, pero viciada de desviación de poder (pues se la impone por venganza personal, o para zaherirlo, etc.); si revoca una concesión precaria (que como tal podía ser revocada en cualquier momento), pero con desviación de poder; si un Concejo Deliberante dicta una ordenanza diciendo: "Todos los sanatorios deben estar a tantos kilómetros de la Ciudad," y se prueba que en la ciudad sólo hay un sanatorio, y que pertenece a un adversario político; los dos casos de capricho citados. En todas estas situaciones hay *límites relativos* a la actividad administrativa, una prestación negativa que se exige, e individualidad: Corresponde el derecho reflejo.

8º) *Límites relativos, prestación negativa y concurrencia: Derecho reflejo.*

Hay también derecho reflejo cuando la administración debe a una pluralidad de individuos en forma concurrente la prestación negativa de no abusar de sus facultades discrecionales.

El caso es similar al anterior, con la sola diferencia de que hay varios individuos afectados por el acto: Una sanción colectiva, la exigencia caprichosa o desviada a un grupo de administrados de que cumplan con determinados requisitos, etc. Ejemplo: La administración, en ejercicio de facultades discrecionales, exige a todo los comercios que instalen un aparato de higiene, seguridad, etc. *de una determinada marca*, y se advierte, lo que no es difícil, que el fin del acto es realizar un negociado con el fabricante respectivo, y no exclusivamente proteger la higiene o seguridad de la población.<sup>60</sup>

9º) *Límites relativos, prestación positiva, individualidad o concurrencia: Ningún derecho.*

No hay ningún derecho (salvo el interés simple de presentar denuncias) cuando la administración debe a uno o más individuos una prestación positiva no reglada.

El caso es simple, y la falta de regulación puede presentarse en dos formas: I) Ninguna norma jurídica dice concretamente *qué es* ese algo que la administración debe *dar* o *hacer*, y es por lo tanto absurdo pedir algo que no puede especificar, II) o la ley dice expresamente cuál es la prestación positiva a que se refiere, *pero*

<sup>58</sup>HAURIU, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1933, 12ª ed., p. 442; doctrina uniforme.

<sup>59</sup>El fundamento lo expusimos *supra*, n° 13, ap. D.

<sup>60</sup>Entre nosotros, a falta de recurso objetivo, se lo anuló por violación de la libertad de comercio, lo que si bien no muy exacto, era necesario ante la notoria inmoralidad del acto.

*no obliga a la administración a realizarla*, sino que simplemente la faculta para ello, dejando librado a su criterio el efectuarla o no.

En este segundo aspecto del caso, que es el más común, no hay ningún derecho, mientras la administración se limite a no actuar; pero si la administración dicta un acto negando la prestación respectiva, puede atacársele a éste en caso de que estuviera viciado de *desviación de poder*. Esta posibilidad es *distinta* de la señalada *supra*, n° 16 y n° 19, ap. 2ª, pues allí se trataba de algo claramente establecido en la norma, que no se podía cumplir por la inaplicabilidad del recurso de anulación (faltando un acto que se negara a cumplir la ley), mientras que aquí *no se trata de argüir la violación concreta de un requisito legal*, sino sólo el capricho o la desviación con que la administración ha actuado en una determinada circunstancia; ello sólo es posible establecerlo en el caso concreto.

### V. Conclusión

22. Indicaremos ahora el método a seguir para usar el esquema ofrecido en el análisis de un caso dado. (Ver *supra*, n° 18.)

Para averiguar qué ubicación corresponde a una situación de hecho determinada y con ello qué derecho corresponde al particular, hay que analizar en primer término si la actividad administrativa *se halla reglada o no, directamente*, por alguna norma jurídica. (Ley, reglamento, ordenanza.) Es en ello donde debe ponerse mayor cuidado, pues es fácil incurrir en error. (Ver *supra*, n° 20.)

Si la actividad administrativa estuviera reglada, corresponderá ubicarse en el grupo "A," de los cuatro primeros casos, y analizar a continuación si se trata de una *prestación negativa o positiva* que se pretende de la administración. (*Supra*, n° 17 y n° 10.)

En el primer caso (prestación negativa) la averiguación de si se trata de una situación individual o concurrente soluciona la pregunta. (Casos 3° y 4°: Derecho subjetivo y reflejo, respectivamente.) En el segundo caso (prestación positiva) también, pero habrá que prestar atención a si se trata de una prestación positiva de tipo general (caso 2ª: Derecho reflejo), o de tipo individual: En esta última circunstancia puede haber tanto individualidad como concurrencia. (Casos 1° y 2°b: Derecho subjetivo y reflejo respectivamente.)

Si la actividad administrativa no estuviere reglada en forma directa, corresponderá dirigir la búsqueda hacia los cinco últimos casos (5° al 9°), y analizar primero si se ha violado un límite concreto (*supra*, n° 13, B y C) a las facultades discrecionales (caso 5°) o un límite relativo cual el de la desviación de poder, abuso o capricho.

En el caso del límite concreto, habiendo individualidad, corresponde el derecho subjetivo (caso 5°); habiendo concurrencia, el derecho reflejo. (Caso 6°.) En el caso del límite relativo, debe averiguarse si se trata de una *prestación positiva*

*o negativa:* En el primer caso no hay derecho alguno (caso 9°), y en el segundo, hay derecho reflejo tanto en el caso de que haya individualidad (caso 7°) como concurrencia. (Caso 8°)

#### *VI. Resumen final*

23. En resumen, los caracteres externos que tipifican al derecho subjetivo son dos:

*a)* La existencia de una norma jurídica que regule o limite concretamente cuál es la actividad debida. (*Supra*, pp. IADA-VI-5 y ss., IADA-VI-16 y ss., IADA-VI-30.)

*b)* La individualidad con que esa norma atribuya la protección jurídica a una persona determinada.

24. Por su parte, el derecho reflejo o interés legítimo no presenta una tipificación externa única, sino que existe en dos formas: Una común, que la denominamos así por ser la que más usualmente se presenta en la práctica, y una forma especial, a la que así llamaremos por la menor frecuencia con que cabe aplicarla.

La *forma común* de interés legítimo se tipifica con dos caracteres:

*a)* La existencia de una norma jurídica que regule o limite concretamente cuál es la actividad debida (en esto al igual que el derecho subjetivo);

*b)* la concurrencia de varios individuos en la exigencia de esa conducta (*supra*, p. IADA-VI-24), o sea, la ausencia de individualidad en la relación. (Y aquí está la diferencia entre este tipo de interés legítimo y el derecho subjetivo.)

25. La *forma especial* de interés legítimo se tipifica también con dos caracteres.

*a)* La ausencia de una regulación o limitación normativa concreta, y la existencia en cambio de un límite relativo, elástico (arbitrariedad, capricho, desviación de poder); en esto se diferencia este tipo de interés legítimo con el otro, y también con el derecho subjetivo.

*b)* Individualidad o concurrencia. (Puede indistintamente presentarse uno u otro elemento.)

26. En la forma común de interés legítimo, la diferencia entre el mismo y el derecho subjetivo está en la concurrencia, que aparece en el primero y falta en el segundo; en ambos hay regulación o limitación concreta.

En la forma especial de interés legítimo, la diferencia entre el mismo y el derecho subjetivo está en la ausencia de regulación o limitación concreta que aparece en el primero, frente a la existencia de regulación o limitación concreta que caracteriza al segundo; en ambos puede haber individualidad.

La diferencia entre la forma común y la forma especial de interés legítimo estriba en que en el primero hay regulación o limitación concreta y en el segundo no: Y que en el primero nunca hay individualidad, y en el segundo puede haberla.

El derecho subjetivo, por su parte, deja de presentarse, para ceder el paso al interés legítimo en sus dos tipos, toda vez que falte la individualidad o la regulación normativa concreta.

27. Y para expresarlo gráficamente:

	<i>Derecho subjetivo</i>	<i>Interés legítimo (forma común)</i>	<i>Interés legítimo (forma especial)</i>
Regulación o limitación concreta	sí	sí	—
Falta de regulación concreta	—	—	sí
Individualidad	sí	—	sí
Concurrencia (más interés personal y directo)	—	sí	sí