para medirla

Nos enfrentamos al problema de la defensa de la legalidad. Nos ha llagado una pregunta de Bielsa “¿Qué virtud tendría la ley si sólo cuando se viola un derecho subjetivo determinado o un interés legítimo diferencial, puede defendérsela? En tal caso su imperio dependería de la buena gana de los funcionarios administrativos.”[1]
Damos por supuesto que todo ciudadano entiende que la violación de la ley es algo disvalioso. Cuando esto sucede surge una primera afección, común, agraviándose el interés general en la legalidad que es un derecho público subjetivo. Puede surgir una segunda afección, particular, menoscabando un derecho subjetivo individual. Pese a que esto no ocurra, no puede quedar desprotegida la primera situación.
Sin embargo, señala Gordillo que “en el estado actual de nuestro derecho positivo (sin duda injusto y deficiente), ningún individuo en tal situación tiene acción judicial para la defensa de ese interés”[2]. Para remediar esta carencia proponemos la acción de amparo colectivo del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional y la de intereses difusos de la ley 10.000 de la provincia de Santa Fe, como herramientas aptas para la protección del interés general en la legalidad.

Sin interés no hay acción.
Este viejo principio nos enseña que el interés es la medida de la acción, por lo tanto si alguien no lo tuviese en el caso concreto no estaría legitimado para instar la actividad jurisdiccional. Sin embargo el concepto de interés debe ser comprendido en un sentido amplio, para no caer en interpretaciones que resulten violatorias del art. 18 de la Constitución Nacional que garantiza el acceso a la jurisdicción, ni de su art. 14 que garantiza el derecho de peticionar a las autoridades.
El objeto del presente trabajo es cuestionar la habitual denegación de justicia cuando se plantean casos donde el perjuicio al reclamante no aparece directo, cuando no se afecta un derecho subjetivo individual. Para esto propondremos una definición acorde a la problemática planteada, definición que extraemos del Diccionario de la Real Academia. Interés: (del latín interesse: importar): conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material.[3]
Nos interesa destacar que de ninguna manera faltando el interés se abrirá la jurisdicción. Así, cuando un sujeto sea totalmente extraño a una relación entre partes nada tiene que cuestionar; del mismo modo cuando hay un sujeto afectado de manera directa, por más que un tercero tuviese un cierto interés, no admitiríamos que esté legitimado ante el silencio o el fracaso del afectado.
Cuestionaremos la restrictiva noción de “caso contencioso” con la que se obsesiona la jurisprudencia e intentaremos demostrar que, aun a falta de éste se presentan

intereses merecedores de tutela jurisdiccional.

Derechos públicos subjetivos.
Los derechos públicos fueron pensados como aquellos que se tienen frente al Estado por parte de cualquier individuo. Para Jellinek los derechos públicos se subjetivizan como un mero reflejo formal de la protección que a la libertad individual le dispensa la ley del Estado. “Lo público sería la suma de lo privado, y lo privado no algo en sí mismo sino un mero reflejo de la ley del Estado. Los derechos públicos subjetivos, en el pensamiento de Jellinek, serían simples atribuciones de los órganos públicos que son los individuos, para actuar el fin del Estado.”[4]
Sarwey sostiene que los particulares, en cuanto órganos de la voluntad del Estado, están llamados no sólo a controlar e impedir las extralimitaciones de aquella voluntad, sino también a una actividad colectiva dirigida al logro del bien de la comunidad y de los individuos, mediante la puesta en práctica de la voluntad del Estado.
Por su parte Gneist, entiende al derecho público subjetivo como un control de la legalidad jurídica pública en abstracto, es decir, como protección del orden jurídico objetivo y no como una protección patrimonial del reclamante.
En la doctrina francesa estos derechos se relacionan en su origen con el derecho de resistencia a la opresión, como forma de expresar la supremacía de la legalidad, no como defensa de la voluntad del Estado, sino como control social frente a los excesos administrativos en el cumplimiento de la voluntad social expresada en la ley.

Legalidad
El primer derecho público subjetivo, basamento de todos los demás, es el derecho a que la ley sea respetada. El Estado Constitucional de Derecho implica el sometimiento a las leyes, tanto de los ciudadanos como del Estado; surge a contrario sensu del art. 19 que todos estamos obligados a hacer lo que la ley manda.
Pero el Estado no es un individuo más, sino la concreción de la voluntad jurídica colectiva, con una primordial función ejemplarizante, por ello cuando él infringe la ley surge una afección que podemos llamar “afección general”: la de toda la comunidad que ve frustrada la expectativa puesta en el Estado de Derecho, que ve violado el derecho público subjetivo a la observancia de la legalidad.
Frente al mismo acto puede o no nacer otra, que podemos denominar “afección particular”: la del individuo directamente perjudicado, titular del derecho subjetivo individual conculcado.

Nuestro planteo halla su centro de gravedad en la diferencia mencionada, ya que cuando el Estado infringe la ley, en algunos casos no habrá “afección particular”, pero siempre habrá “afección general”. La afección particular genera causa judicial en el sentido de caso contencioso; la afección general no, pero no se puede negar que en ella existe un interés digno de tutela jurisdiccional.
Mencionamos dos ejemplos donde son claras la afección general y la denegación de justicia: las cuestiones políticas no judiciables donde se admite que podría haber violación de la legalidad pero que no es susceptible de contralor (Provincia de Chaco c/ Estado Nacional) o los supuestos de inconstitucionalidad por omisión (Gambier c/ Estado Nacional).
Citemos un pensamiento de Quiroga Lavié que, si bien alude sólo a la Administración Pública, debe hacerse extensivo a todas las funciones del Estado:
“Si la Administración no tiene ante la sociedad o sus ciudadanos la obligación de observar la legalidad ¿ante quién la tiene? (…) Cuando se niega a los jueces convertirse en investigadores de irregularidades en el cumplimiento de la ley ¿qué se predica? ¿acaso que el Estado de Derecho no gobierne los actos de la Administración? Si sólo se puede impugnar la irregularidad que cause lesión a derechos individualizados se dejaría sin garantía al grueso de la legalidad administrativa, convirtiéndose el Derecho Administrativo en una simple regla moral.”[5]

La defensa de la ilegalidad
Sin embargo la jurisprudencia mayoritaria se empecina en negar legitimación activa a quien cuestiona un acto que no lo afecta individualmente sino como miembro de la comunidad preocupada por el respeto a la ley.
La forma habitual de negar esta legitimación es recurrir a una interpretación restrictiva de “causa judicial”, equiparándola a “caso contencioso”, cerrando así las posibilidades del acceso a la jurisdicción cuando no haya controversia entre partes con intereses opuestos.
En este deplorable criterio, se inscriben dos fallos de la Cámara Nacional Contencioso-Administrativa Federal, sala IV:
“Sería insuficiente, asimismo, la invocación del interés público en el respeto a la ley por parte de la administración. Ello, pues en tales casos, invocarían un interés simple, que no bastaría para tener por configurada una “causa” o “caso judicial” en los términos de reiterada doctrina de la C.S.J.N.” (“Abbot Laboratories Arg. S.A. y otros c/ E.N.” 03/11/92).
“Su pretensión es de tal latitud que, por otra parte, no llega a distinguirse de los intereses generales o comunitarios y, por ende, no adquiere una entidad específica

y diferenciada que imponga la tutela judicial.” (“C.P.A.C.F. c/ E.N. -P.E.N. y P.J.N.-” 18/12/92)
El más lamentable y actual ejemplo lo encontramos en el caso “Beltrán Gambier c/ Estado Nacional” fallado el 13/10/98 por la Sala III de la misma Cámara: “No incide la invocación de una pretendida defensa de su parte del principio de legalidad, ya que el amparista no demuestra su condición de afectado en una relación jurídica concreta, tratándose de agravios generales que puede tener un ciudadano cualquiera.”
Tales criterios parecieran coincidir con lo expresado hace 75 años por Benito Mussolini: “Las revoluciones de los siglos XVII y XVIII han sostenido que el poder es una emanación de la libre voluntad del pueblo. Esto es una ficción y una ilusión más. Ante todo, el pueblo no ha sido definido nunca. Es una entidad meramente abstracta como entidad política. No se sabe dónde comenzó exactamente ni dónde terminará. El adjetivo soberano, aplicado al pueblo, es una trágica burla. El pueblo, todo lo más delega; pero no puede ejercer, por cierto, soberanía alguna”.[6]

Afirmación (innecesaria) de la legalidad
Aunque parezca obvio, debemos repetir que la legalidad debe ser preservada, primero por el Estado, y, ante su defección, por los ciudadanos.
Debemos generar conciencia en el sentido de que buscar la regularidad legal es un derecho subjetivo propio de la sociedad, un derecho público subjetivo, consistente en controlar los desvíos en la aplicación de la ley.
En la génesis del Contrato Social los individuos resignan una porción de su libertad para constituir el Estado, correspondiéndole a éste cumplir y hacer cumplir la ley; su no cumplimiento o cumplimiento defectuoso habilita a los ciudadanos a exigir fidelidad a lo pactado, ya que de no ser así se habrían burlado las expectativas de todos y cada uno de los individuos contratantes, tornándose incomprensible la existencia misma del Estado.
Es por eso que no se puede seguir exigiendo en el proceso público la existencia de un interés privado en cabeza del demandante, lo cual es sólo una rémora, propia del proceso privado. La problemática de la legalidad requiere un cambio de perspectiva, puesto que requerir intereses opuestos es excluir el acceso, ya que nadie puede tener legítimamente un interés en que se viole la ley. Nos encontramos así con un ciudadano preocupado en que la ley se cumpla, a lo que nadie se opone, pero a quien nadie escucha.
“Para nosotros el concepto de causa judicial es más amplio. Basta que con referencia a una situación de hecho o de derecho, real y concreta, un sujeto interesado plantee el asunto ante un juez, dé origen a un proceso y provoque con él

una decisión judicial en forma de sentencia, para que haya causa judicial o judiciable.”[7]
Posibilitar el acceso a la jurisdicción exigiendo el cumplimiento de la ley es indudablemente una contribución a la práctica de la democracia participativa; habilitar a los ciudadanos para el ejercicio del control incentiva la participación en la cosa pública, ya que desalentar los planteos judiciales conlleva indirectamente a desanimar la preocupación por lo que a todos nos afecta. Que no haya sanción para la ilegalidad, que el Estado pueda perseguirla en el individuo, pero no éste en el Estado, es fomentar la ajuridicidad.
En este sentido Nino expresaba: “Lo que se requiere de la Corte Suprema es que muestre su activismo respecto del proceso político que mostró con su doctrina de los gobiernos de facto, pero con una dirección exactamente opuesta, o sea, la de promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso. Ese activismo requiere hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial, por vía del reconocimiento de intereses difusos, de las acciones de clase, de la intervención de amicus curiae, de ampliación de las acciones declarativas, etc.”[8]
Téngase en cuenta, por si hace falta aclararlo, que no estamos pidiendo que se dé la razón a quien plantea que el Estado ha incurrido en un supuesto de ilegalidad, sino tan sólo que se abra la jurisdicción para aclarar una situación incierta, por lo menos para el reclamante.
Cabe aquí destacar que suele usarse como argumento pragmático para exigir una estricta legitimación procesal a quienes pugnan por la legalidad objetiva que, caso contrario, los tribunales se verían abarrotados de causas. Pero ello no resulta cierto ya que, como señala Dromi, “Con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la inadmisibilidad de un recurso, podrían resolver el fondo del asunto.”[9]

Intereses simples y acción popular
Conviene en este punto diferenciar las tres categorías de sujetos que distingue la doctrina frente a la violación de un derecho constitucional.
Titular de Derecho Subjetivo: sufre un perjuicio propio, concreto, diferenciado e impugnable judicialmente. Titular de interés legítimo: hay un perjuicio personal y directo aunque en su reparación sólo está en juego el interés general. Titular de interés simple: no sufre agravio directo o personal. El interés simple coincidiría con la mera pretensión de exigir genéricamente el cumplimiento de la Constitución Nacional y el respeto a los derechos que ella reconoce. Salvo excepciones, a este

sujeto no se le reconoce legitimación.
Según Sagüés estas distinciones “son estrategias procedimentales para impedir o regular reclamos ante la infracción a derechos constitucionales.”[10]
En los ordenamientos donde se protegen los intereses simples se lo hace mediante acciones populares, son aquellas en las que el impugnador no se halla en una relación jurídica donde se ve afectado directamente por la ilegalidad. En nuestro país sólo es reconocida como tal el habeas corpus.
Caractericemos la acción popular. Ésta legitima la intervención de cualquier ciudadano o persona del pueblo para reclamar la intervención de la justicia en defensa, sea de la legalidad objetiva, sea del interés público. La base del reclamo es el interés en lo público, lo cual no es un supuesto sujeto a prueba, pues se presume en todo ciudadano.
Según Quiroga Lavié[11], el efecto de la acción popular es erga omnes sólo si se declara la nulidad o la ilegalidad de los actos impugnados. En cambio, si la acción es rechazada, ella puede ser intentada nuevamente, probándose nuevos hechos o acercando nuevas pruebas o fundamentos. Esto para evitar la posible connivencia entre accionante público y denunciado para fraguar un rechazo de la acción que deje firme la irregularidad cometida. Es por ello que la acción puede ser proseguida, si el iniciante la abandona, por otro ciudadano como si se tratase de una posición de lucha, de un fortín de legalidad contra la ilegalidad.
Como reflexión final al respecto podemos decir que la acción popular no tiene el designio de romper con el equilibrio de la división de los poderes del Estado; al contrario, en ella lo que se busca es garantizar el equilibrio entre los poderes de la sociedad (tradicionalmente desconocidos y menoscabados) y los poderes del Estado.

Herramientas aptas para el control.
Consideramos que el interés general en la legalidad es un derecho público subjetivo, encuadrable como interés difuso o derecho de incidencia colectiva; en su fondo subyace el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 18) y el de petición a las autoridades (art. 14).
Estos derechos sólo son tutelables mediante las acciones populares descriptas.
Estas acciones se hallan contempladas, a nuestro criterio, en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 10.000 de la Provincia de Santa Fe, reglamentaria del art. 13, tercer párrafo de la Constitución Provincial.
En cuanto al amparo el art. 43 dice, en lo que aquí es de interés: “Podrán interponer esta acción (…) en lo relativo (…) a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines

(…).”
Debemos hacer algunas consideraciones: la expresión “en general” es una ‘cláusula válvula’, en la cual se incluye, indudablemente, por ser base de todos los demás, el derecho colectivo a preservar la legalidad en la actuación del Estado. En cuanto al “afectado”, entendemos por tal a todo ciudadano con interés en lo público, interés que, como hemos dicho, no requiere prueba.
En cuanto a la acción de intereses difusos consagrada por la ley provincial 10000 de Santa Fe, su art. 1 dice: “Procederá el recurso contencioso administrativo sumario contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que, violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de los habitantes de la Provincia en la tutela de la salud pública, en la conservación de la fauna, de la flora y del paisaje, en la protección del medio ambiente, en la preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, en la correcta comercialización de mercaderías a la población y en general, en la defensa de valores similares de la comunidad”. En tanto que su art. 5 da legitimación a las personas físicas o jurídicas interesadas.
Esta norma halla su fundamento en la progresista disposición constitucional del art. 13 “Los habitantes de la Provincia gozan del derecho de petición a las autoridades públicas, en defensa de intereses propios o generales.”
Para terminar podemos decir con Bidart Campos que “la lección mínima, pero básica, que nos queda es ésta: desconocer, negar, o estrangular la legitimación procesal, privando de llave de acceso al proceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él para hacer valer un derecho que cree titularizar es inconstitucional.”[12]

Conclusión. Con interés hay acción.
“Es grave confundir la anestesia con la esperanza; también lo es, tomar el noble rábano de la paciencia
por las ruines hojas –lacias, ajadas, trémulas– de la renunciación.”(Camilo José Cela)

En este trabajo hemos intentado demostrar que la preservación de la legalidad es un interés que no necesita contraposición, y que siempre que aparezca deberá admitirse la acción. No pretendemos que se recepte la impugnación, pero exigimos que se analice el fondo del planteo, puesto que hay aquí una situación de incertidumbre, por lo menos desde el punto de vista de quien reclama, sobre un asunto tan grave como es la legalidad en la actuación del Estado, asunto que merece la atención del Poder Judicial.

De la existencia del interés sólo es juez el ciudadano, él hace el análisis de admisión. A la magistratura lo que le incumbe es determinar si efectivamente se violó la legalidad, si hubo un agravio real a la comunidad.
“Es de fundamental importancia para maximizar la eficacia de las normas jurídicas, abrir tanto como sea posible el acceso a la justicia por parte de todos los sectores de la población”.[13]
El pleno acceso a la jurisdicción, por más temor que algunos sientan, es la forma moderna de la democracia pura. Por eso hay que protegerlo, porque la democracia se fortalece con su ejercicio, porque sólo si todos nos sentimos parte, la ‘res’ será verdaderamente pública, y no sólo de una casta de privilegiados: poderosos, gobernantes, amigos del juez.
El requerimiento del caso contencioso implica que no podamos actuar previsoramente, puesto que primero debemos soportar el agravio para luego alegar la ilegalidad que, quizás mucho tiempo atrás, podríamos haber denunciado y evitado.
Los campos donde más se nota la ausencia de la posibilidad de control es en el de las cuestiones políticas no judiciables y en el de la inconstitucionalidad por omisión. Vedar a los ciudadanos y a los jueces el ejercicio del control nos hace a todos cómplices en el descontrol de los poderes, partícipes de la ilegalidad.
Si al ciudadano se le exige que cumpla la ley ¿cómo no va a tener él una oportunidad para exigir al Estado que también la cumpla? Advertimos así que la falta de acción es la cláusula leonina del Contrato Social.
Nos podrán seguir negando el acceso para atacar la ilegalidad, nos podrán declarar inadmisibles mil recursos, pero no podemos cejar, no podemos caer en la renunciación de que nos habla Cela en el acápite. Somos ciudadanos y construir el Estado Constitucional y Democrático de Derecho es nuestro deber y nuestro derecho.

Domingo José Rondina – Amalia Cassina

[1] BIELSA, Rafael; “La acción popular y la facultad discrecional administrativa”; LL-63-175.
[2] GORDILLO, Agustín; “Tratado de Derecho Administrativo”; cap. XIV-22.
[3] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; “Diccionario de la Lengua Española” (Madrid, Espasa Calpe, 1992) XXI Edición, Voz INTERÉS.
[4] QUIROGA LAVIÉ, Humberto; “El amparo colectivo”, (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998) pág. 12.
[5] QUIROGA LAVIÉ, Humberto; op.cit.; pág. 31.

[6] MUSSOLINI, Benito; “Preludio a Maquiavelo” (1924); en “El Príncipe”; Alba, Madrid, 1998.
[7] BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada” Tomo I; (Bs. As., Ediar, 1996) pág. 365.
[8] NINO, Carlos Santiago; “Fundamentos de Derecho Constitucional” (Bs. As., Astrea, 1992) pág. 696.
[9] Dromi, Roberto; “Derecho subjetivo y responsabilidad política”; (Bogotá, Temis, 1980); citado por QUIROGA LAVIÉ, op.cit, pág. 40.
[10] SAGÜÉS,Néstor Pedro; “Elementos de Derecho Constitucional” Tomo 2; (Bs. As., Astrea, 1997); pág. 252.
[11] QUIROGA LAVIÉ, Humberto; op.cit.; pág. 104.
[12] BIDART CAMPOS, Germán op. cit. pág. 513.
[13] NINO, Carlos Santiago, citado por Jiménez, Eduardo Pablo, LL Const. 28/05/99; pág. 23.