

# CONFERENCIAS MAGISTRALES

## CONCEPTOS CONSTITUCIONALES DEFINITORIOS DE LA LEGITIMACIÓN DEL ACTOR RELACIONES ENTRE DERECHO SUBJETIVO, INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS GENERAL\*

*Juan Pablo Cajarville Peluffo\*\**

Señor Presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Señores Ministros del Tribunal.

Señor Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo.

Estimados colegas:

Cuando recibí la invitación para participar en estas Jornadas, que por supuesto mucho agradezco al Dr. Preza como Presidente y al Tribunal que preside, a pesar de que sea exagerada frente a mis merecimientos –excesiva en honor, pero también excesiva en responsabilidad, porque clausurar o dictar la conferencia final en una Jornada del nivel que han tenido todas las exposiciones que me precedieron, implica por cierto un peso sobre mis espaldas que no sé si lograré transportar– la amabilidad del Dr. Preza llegó a tal punto que dejó a mi arbitrio elegir el tema de esta exposición. Entonces le expliqué, en una conversación telefónica, que hay un tema que sin exageración hoy me angustia; tal vez sea

---

\* Conferencia Magistral dictada por el autor en las VII Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con la Co-Dirección de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, celebradas los días 5 y 6 de noviembre de 2012. Versión corregida por el expositor, que también incorporó las notas al pie.

\*\* Ex-Catedrático de Derecho Administrativo y ex-Director del Instituto de Derecho Administrativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

por mi edad, pero pienso que también es por la importancia del tema, porque sin duda el tema es preocupante.

## I. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Ocurre que, en mi opinión, a través de construcciones doctrinales y jurisprudenciales muy alambicadas sobre los requisitos y las características procesales atribuidas a las acciones que la Constitución prevé como protección frente a la acción del Estado, hemos llegado a una situación en que nosotros, cada uno de nosotros como individuos, nos encontramos desamparados, sin protección jurisdiccional, frente a los más graves atentados que puedan consumarse contra el orden institucional que la Constitución consagra.

Como expuse mi angustia invocando algún caso concreto, se me señaló, con razón, que esa angustia debe ubicarse más en el ámbito de la competencia de la Suprema Corte, y estamos es una jornada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sin duda es así; pero también es verdad que los conceptos sobre legitimación, que menciono en el título de la exposición, son comunes a ambas acciones.

Sin duda es común el interés legítimo, y además personal y directo, que está mentado tanto en el art. 258, como legitimación en cuanto a las defensas frente a la inconstitucionalidad de una ley, como en el art. 309 para la acción de nulidad. También es común la otra vía de legitimación, la del derecho subjetivo, si admitimos la tesis de Martín Risso, que señala<sup>1</sup>, con razón textual, que la excepción que la Constitución establece al principio general de prevalencia de la norma de mayor jerarquía o de mayor valor y fuerza no está en el art. 258, que se refiere a la legitimación, sino en los arts. 256 y 257, que preceden inmediatamente al tema de legitimación, y prevén que las leyes—sin distinguir— pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, y confieren competencia originaria y exclusiva en la materia a la Suprema Corte. Por eso Martín Risso sostiene que las hipótesis en que la lesión recae sobre un derecho subjetivo no deben considerarse excluidas de la acción o excepción de inconstitucionalidad de la ley lesiva, y que en cuanto a la legitimación debe aplicarse por analogía el art. 258. De manera que en esta tesis, sin duda, todas las hipótesis de legitimación son comunes a los casos en que es competente la Suprema Corte y a los que es competente el Tribunal.

Ocurre además, que aún admitiendo la tesis de Cassinelli, que sostiene que el derecho no está previsto como una hipótesis de legitimación para impugnar la constitucionalidad de una ley, porque si se trata en verdad de un derecho, absoluto, ilimitado e incondicionado, que emana de la propia Constitución, lo que corresponde es que el juez desaplique directamente la ley y ampare el derecho constitucional incondicionado<sup>2</sup>, aún en esa hipótesis, digo, la acción o excepción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte puede ser necesaria, porque perfectamente podría ocurrir que el juez competente, pese a la

<sup>1</sup> RISSO FERRAND, Martín, **Derecho Constitucional**, T. I, Montevideo, 2005, págs. 171 a 173.

<sup>2</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en AA.VV., Dir. León Cortiñas Peláez, **Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX**, Homenaje a Enrique Sayagués Laso, T. III, Madrid, 1969, págs. 295/296; también en Carlos Sacchi, comp., **Derecho Constitucional y Administrativo**, Montevideo, 2010, págs. 335/336.

manifiesta inconstitucionalidad de una ley que limitara un derecho absoluto, como puede ser el derecho a la vida, no la desaplicara espontáneamente, y entonces el único amparo que quedaría sería ir a la Corte a pedir la declaración de inconstitucionalidad.

Además de estas razones formales, existe una razón sustancial: en los hechos, atentados tan graves contra el orden institucional pueden cometerse por vía de ley, como también por vía de decretos. Un ejemplo histórico es obvio: el Decreto del 27 de junio de 1973, que dispuso la disolución de las Cámaras. Por supuesto, no postulo al invocar este ejemplo un amparo jurisdiccional eficaz frente a situaciones de facto, como un golpe de Estado; no incurro en semejante irrealidad. Pero sucede que a veces, y tal vez hayan sido esas las circunstancias en aquella época histórica, la consumación de esas situaciones de facto podría evitarse si se interrumpiera el “proceso de desconstitucionalización”, que la doctrina denunció en aquella época como realidad que estaba ocurriendo en nuestro país, y luego el propio decreto del Poder Ejecutivo invocó como justificación de esa decisión política; tal vez esa consumación podría haberse evitado si ese proceso de decaimiento progresivo de la Constitución como el que ocurrió entonces, hubiera sido interrumpido a tiempo.

En todo caso, para que ello pueda ocurrir, es necesario no admitir como postulado que la política está por encima del derecho. Por supuesto, los que nos dedicamos al derecho tampoco podemos pretender una superioridad del derecho sobre la política, porque lo que en verdad existe es una relación que se puede decir dialéctica; la política está siempre presente y es la que determina el dictado de una norma jurídica, pero también es cierto que esa decisión política debe luego encausarse en el camino del derecho<sup>3</sup>.

En la conversación con el Dr. Preza, me pidió que le dijera el título de mi exposición, y así un poco improvisadamente, surgió el que ahora voy a desarrollar: “Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor”; que resultó un poco –no se como llamarle– esotérico, un poco elíptico, no se sabe muy bien a qué se refiere, y además resulta un poco insuficiente, porque no me voy a dedicar sólo a cuestiones de legitimación, sino que voy a tener que ingresar también en algunas otras características de estas acciones.

## II. *“...así se reduce a la nada [...] el mayor adelanto que han alcanzado las instituciones políticas, a saber una constitución escrita...”*

Pues bien, mi exposición será en alguna medida un cuestionamiento de algunos de los supuestos de esa construcción, que calificué recién de “alambicada”; en lo cual no debe verse ningún propósito peyorativo ni diminutorio, sino lo que “alambicada” quiere decir para el Diccionario: “sutil, agudo, perspicaz”, de manera que hasta puede considerarse un elogio de esa construcción. Pero voy a procurar hacer un cuestionamiento de esa construcción aceptada, cuestionamiento en el cual me incluyo, porque también he adherido a toda esa construcción doctrinal y jurisprudencial. No es la primera vez que me toca cuestionar una concepción generalmente aceptada, que acepté por serlo, cuando por cualquier circunstancia tuve después que detenerme sobre ella; los que me han hecho el honor y han tenido la paciencia de leer alguno de mis trabajos sabrán a qué me estoy refiriendo; alguno de esos

<sup>3</sup> Sobre esto puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya*, en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, 2ª ed., Montevideo, 2008, págs. 51 a 89, en esp. págs. 60 a 75, y sobre todo la copiosa doctrina cit.

casos ha sido citado aquí. Puede haber ocurrido, y lo advertí al Dr. Preza, que llegado el día de la exposición, no haya llegado a nada que merezca ser expuesto; fue un riesgo que asumí, y ustedes juzgarán.

De cualquier manera me parece que vale la pena el esfuerzo; mi propósito es mostrar a todos la situación en que estamos y exhortarlos a revisar esa construcción que generalmente aceptamos. Porque me parece que es aplicable a esta interpretación a que todos adherimos, la advertencia que el Juez Marshall, en 1803, en el célebre caso “Marbury vs. Madison”, al considerar la potestad del juez de juzgar sobre la constitucionalidad de una ley, y criticando la tesis contraria, dijo<sup>4</sup>: “El hecho de que así se reduce a la nada lo que hemos estimado que es el mayor adelanto que han alcanzado las instituciones políticas, a saber una constitución escrita, sería suficiente en América, donde las constituciones escritas se han visto revestidas de tanto prestigio, para desecharla”; así se reduce a la nada, dice Marshall, lo que dispone una constitución escrita, y esa es razón suficiente para desechar esa interpretación. Creo que en esa situación estamos, y que es necesario, aunque no lleguemos a nada convincente, cuestionar esa interpretación.

### III. CONCEPTO (INSTRUMENTAL) DE “INTERÉS”

Mi desarrollo entonces va a empezar por el principio, como en general es conveniente: por el concepto de “interés”, que la Constitución menciona<sup>5</sup>.

Tengo previsto en este esquema un desarrollo que por obvias razones de tiempo voy a omitir; parte del concepto de “interés” del Diccionario de la Academia<sup>6</sup> y transcurre<sup>7</sup> a través de Couture<sup>8</sup>, de Ihering<sup>9</sup>, de Carnelutti<sup>10</sup>. En su lugar, voy directamente a procurar

<sup>4</sup> Su transcripción, con indicación de fuentes bibliográficas, en: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Supremacía constitucional e interpretación*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 345/346.

<sup>5</sup> En la Constitución, se utiliza la palabra “interés” en los siguientes artículos: a) con el calificativo “general”: en los arts. 7º, 28, 32, 36, 47 (ref. en 2004), inc. 1º, e inc. 2º N° 1 letra b) y N° 2, y en el art. 300; b) calificado como “nacional”: en el art. 85 N° 9º y en el art. 288; c) calificado como “directo, personal y legítimo”: en el art. 258 y en el art. 309; d) calificado como “legítimo”: en el art. 318; e) como interés “de la regla de derecho o de la buena administración”: en el art. 311; y f) como interés “de los préstamos”: en el art. 52.

<sup>6</sup> El Diccionario de la Real Academia Española define el “interés”, en la acepción que aquí puede ser en primer lugar adecuada, como: “4. Inclination más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.”. Se trata de una concepción psicológica, que no carece de acogimiento en doctrina muy valiosa; por ej., así puede interpretarse la idea de SANDULLI, Aldo M., **Manuale di Diritto Amministrativo**, Nápoles, 1952, pág. 41, ed. 1954, pág. 50: “El ordenamiento jurídico es composición [‘contemperamento’] de intereses –vale decir de las tendencias de los sujetos hacia los bienes de la vida–.”

<sup>7</sup> Las referencias doctrinales a este concepto podrían ser inagotables; he seleccionado algunas que por distintas razones me han parecido significativas para esta exposición y útiles para llegar a alguna conclusión.

<sup>8</sup> Couture define el interés como: “Aspiración legítima, de orden pecuniario o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta” (COUTURE, Eduardo J., **Vocabulario jurídico**, Buenos Aires, 1988, pág. 344); aquí el interés en sí mismo sigue siendo un estado psicológico; pero el objeto de la aspiración se juridiza: ya no es un objeto físico o ideal ni una persona, sino “una situación jurídica” o “la realización de determinada conducta” que –se supone– está prevista por el derecho.

una conclusión; de lo positivo que recojo de los planteamientos de tan célebres autores, y de los cuestionamientos que se les han formulado, porque no hay concepto en esta materia que

Es conocida la crítica que comúnmente se formula a las concepciones subjetivas o psicológicas: el derecho objetivo tutela intereses y derechos subjetivos aunque no exista el interés psicológico del sujeto titular. En el marco de su “teoría pura”, Kelsen expone asimismo una concepción rígidamente psicológica del interés, y por eso mismo la descalifica: “Decir que alguien está interesado en una cierta conducta de otro sujeto, significa que desea tal conducta porque considera que le es útil. La palabra ‘interés’ denota una cierta actitud mental. Ahora bien: es obviamente falso que sólo se tiene el derecho de exigir de alguien una determinada forma de comportamiento, en cuanto se está interesado en tal comportamiento” (KELSEN, Hans, **Teoría General del derecho y del Estado**, México, 1979, pág. 93). Obviamente no es ese el concepto que se busca para esclarecer las disposiciones constitucionales que invocan el interés como situación jurídica subjetiva legitimante para la promoción de ciertas acciones.

- <sup>9</sup> Para Ihering: “*Los derechos son, pues, intereses jurídicamente protegidos. Utilidad, bien, valor, goce, interés*; tal es el primer elemento del derecho. El contenido de todo derecho es, pues, un *bien*, una cosa que nos puede servir de algo. A las ideas de bien se unen las de valor e interés. El *valor* nos da la medida de la utilidad del bien y el *interés* expresa el valor del bien en relación con un sujeto y sus fines; un derecho que, por sí mismo, tiene un valor, puede no tener interés alguno para un determinado sujeto” (IHERING, Rudolf von, **El espíritu del derecho romano**, Abreviatura por Fernando Vela, ed. Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1947, pág. 429; puede verse la referencia a esta tesis en GARCIA MAYNEZ, Eduardo, **Introducción al estudio del derecho**, México, 1980, pág. 189). En la concepción de Ihering, el interés resulta de la relación del valor del bien (medida de su utilidad) con los fines del sujeto. García Maynez pretende corregir a Ihering, sugiriendo: “Sería más correcto decir que el interés es la apreciación que el sujeto hace de los fines cuya realización se propone” (loc. cit., pág. 189, nota 5, conf. pág. 133); la corrección no es de recibo, porque parece referirse al interés en los fines, y no al interés en un bien, y con ello desvincula el interés en el bien de los fines para cuya obtención vale como medio. Por otra parte, al aludir a una “apreciación que el sujeto hace”, confiere al interés un marcado carácter subjetivo o psicológico. En cambio, en la concepción de Ihering, el interés parece tener un carácter objetivo: existe en tanto el bien es útil para lograr los fines del sujeto y configura un derecho cuando es jurídicamente protegido; los fines son subjetivos, de ahí que el interés puede existir para un sujeto y no para otro; pero la utilidad del bien, su valor en relación con los fines del sujeto, parece determinarse objetivamente. También en el Diccionario de la Real Academia Española puede encontrarse esta concepción objetiva, cuando define el “interés” como: “Provecho, utilidad, ganancia. //2. Valor que en sí tiene una cosa”.
- <sup>10</sup> El concepto de *interés*, que Carnelutti considera fundamental para el estudio del Derecho, “no significa un *juicio*, sino una *posición* del hombre, o más exactamente: *la posición favorable a la satisfacción de una necesidad*. [...] Los medios para la satisfacción de las necesidades humanas son los *bienes*. Y si acabamos de decir que interés es la situación de un hombre, favorable a la satisfacción de una necesidad, esa situación se verifica, pues, con respecto a un bien: *hombre y bien* son los dos términos de la relación que denominamos interés. *Sujeto* del interés es el *hombre*, y *objeto* de aquél es el *bien*” (CARNELUTTI, Francisco, **Sistema de Derecho Procesal Civil**, T. I, Buenos Aires, 1944, pág. 11). La “posición” o “situación” del sujeto se da en relación con un bien, y si ella es “favorable a la satisfacción de una necesidad”, será porque ese bien es medio apto para satisfacerla; así expuesta, la tesis parece tener carácter objetivo, tanto en cuanto a la índole de la posición o situación, como a la aptitud del bien para satisfacer la necesidad (conf. CHAO LAURENTI, Ricardo, **Juicio de alimentos**, Montevideo, 1945, pág. 18). Sin embargo, posteriormente (en su **Teoria generale del diritto**, Roma, 1940, pág. 19, cit. por Chao Laurenti, R., op. cit., pág. 19) Carnelutti le atribuye una naturaleza marcadamente subjetiva: “la relación entre el ente que experimenta la necesidad [es decir: su tendencia a la combinación con un ente complementario] y el apto para satisfacerla es el *interés*. El interés, por tanto, es la utilidad específica de un ente respecto de otro”; pero aquí, en esta concepción, la relación entre el ente que experimenta la necesidad y el complementario resulta de una “fuerza vital” que se manifiesta como “sensación penosa” mientras la “combinación” que satisface la necesidad no se produce. Cabe aquí el mismo reproche formulado a las teorías psicológicas: el derecho objetivo tutela intereses y derechos subjetivos sin considerar la existencia o inexistencia de tales sensaciones del sujeto titular (conf. Chao Laurenti, R., op. cit., pág. 20).

se haya salvado de cuestionamientos, llego a un criterio instrumental a utilizar para seguir en este desarrollo: voy a entender por *interés*, como concepto jurídico, la situación jurídica en que se encuentra un sujeto que calificará una eventual o efectiva pretensión suya de determinado comportamiento de un tercero.

Esa situación jurídica es *objetiva*, no un interés como estado de ánimo, como situación psicológica. ¿De donde resulta esa situación objetiva? Resulta de la situación de hecho en que se encuentra el sujeto en la realidad y de su calificación por las reglas de derecho que le son aplicables. Situación existente en el ámbito de la realidad, pero en aquel ámbito en que existen los fenómenos jurídicos, no el de la realidad material, sino el de la realidad cultural, ideológica, en el cual existen todos los conceptos jurídicos que manejamos todos los días: el de norma, de derecho, de obligación, de deber, todos los demás conceptos jurídicos.

La calificación de la eventual o efectiva pretensión concluye en una entre distintas categorías. Puede concluir en que se trata de un interés *ilegítimo*: es un interés contrario a derecho. Puede concluir en que se trata de un interés *simple*: es aquel que pretende un comportamiento de otro sujeto que está sometido al arbitrio del pretendido, que no puede calificarse jurídicamente por ninguna norma que vaya más allá del simple ejercicio de la libertad de principio. Puede concluir también en que se trata de un interés *legítimo*; la diferencia con el interés simple consiste que en este caso existen normas que encausan, regulan el comportamiento del sujeto pasivo de la eventual pretensión, pero ocurre que esas normas jurídicas que encausan la conducta del pretendido permiten que la pretensión sea legítimamente satisfecha pero permiten también que legítimamente no sea satisfecha; y entonces la diferencia con el *derecho subjetivo* consiste en que en este caso esas reglas que encausan el comportamiento del sujeto contra el que se dirige la pretensión hacen jurídicamente necesaria la satisfacción de ese interés cuando se actualiza como pretensión<sup>11</sup>.

#### IV. “DERECHO SUBJETIVO” E “INTERÉS LEGÍTIMO”: TÉCNICAS JURÍDICAS PARA SU CONFIGURACIÓN

Así han hecho su aparición las dos situaciones jurídicas subjetivas que conforme a la Constitución legitiman la promoción de las acciones y de la excepción que nos ocupan. En la configuración de esas situaciones jurídica subjetivas, el derecho opera con distintas técnicas<sup>12</sup>. Tal vez sean muchas más que estas que voy a enunciar, pero las siguientes me interesa traerlas a colación, porque serán relevantes.

<sup>11</sup> Sobre el tema: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Poder público y participación ciudadana en el derecho uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 118 a 122; *El marco constitucional del Derecho Administrativo. Reflexiones desde el derecho uruguayo*, en op. cit., págs. 385 a 387; y *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en “Rev. de Der. Pco.”, N° 41, Montevideo, 2012, y doctrina en todos cit.; no puedo, sin embargo, dejar simplemente incluida en esta última referencia, la mención del notable y esclarecedor estudio de CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, ya mencionado *supra*, nota 2.

<sup>12</sup> RISSO FERRAND, M., *Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen Derechos Humanos en el Derecho uruguayo*, en “Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay”, III, Montevideo, 2002, págs. 63 a 65, y también en **Derecho Constitucional**, T. I, cit., págs. 445 a 448; CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *El marco constitucional del Derecho Administrativo. Reflexiones desde el derecho uruguayo*, cit., págs. 387 a 389.

a) En primer lugar, el derecho puede reconocer a nivel constitucional, es decir a nivel de las normas con máxima eficacia formal, derechos a todos los sujetos alcanzados por el ordenamiento, sin posibilidad de excepciones o limitaciones por normas inferiores; ejemplo típico es el derecho a la vida. Esta es la legitimación que Cassinelli enuncia como excluyente de la necesidad de promover la declaración de inconstitucionalidad de una ley ante la Suprema Corte, porque el juez ante el cual la situación se plantee debería simplemente desechar la aplicación de una limitación legal de esos derechos.

b) También ocurre que la técnica que emplea el derecho consista en reconocer a nivel constitucional o legal, derechos a todos los sujetos alcanzados por el ordenamiento jurídico, como en la categoría anterior, pero admitiendo su regulación, limitación o incluso privación, por razones de interés general. De esto hay por supuesto ejemplos; los hay a nivel constitucional: algunos derechos que están reconocidos por la Constitución con carácter general, se limitan o se privan a algunos sujetos; ejemplos clásicos, aquellos derechos cuyo ejercicio tienen vedado quienes ocupan determinados cargos públicos: miembros del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo, magistrados que ejercen función jurisdiccional, que tienen limitaciones de derechos en razón del cargo que ocupan. También pueden existir limitaciones por ley formal: es el ejemplo más común, el de la generalidad de los derechos que reconoce o consagra la Sección II de la Constitución.

c) Una tercera técnica que utiliza el derecho es el reconocimiento de derechos a categorías limitadas, mediante normas generales sí, pero cuya generalidad comprende una categoría de sujetos. Ejemplos constitucionales: los fueros de los legisladores. Ejemplos legales, son inagotables, porque estamos frente a lo que se conoce como legislación para grupos, cuyo límite, como todos sabemos, es el respeto al principio de igualdad y su aplicación mediante el criterio de razonabilidad, que la Corte Suprema de los Estados Unidos consagró y Justino Jiménez de Aréchaga acogió para nuestro derecho; a lo cual Korzeniak formuló una acotación que a mi siempre me ha parecido muy valiosa: que la razonabilidad del criterio de formación del grupo debe consistir en un criterio utilizado por la Constitución de la República a algún efecto<sup>13</sup>.

d) Estas dos últimas categorías, el reconocimiento constitucional con posibilidad de limitación o regulación legal y el reconocimiento legal para categorías limitadas, generan, en cierta forma como reflejos, intereses legítimos: en no ver limitado mediante una ley el derecho que la Constitución reconoce, o en el requerimiento o en la impugnación del reconocimiento de derechos a categorías limitadas<sup>14</sup>.

e) Luego tenemos reconocimiento de derechos individualizados; aquí el sujeto al que se reconoce el derecho está individualizado, con nombre y apellido. Esto también puede ocurrir mediante leyes, por ejemplo el otorgamiento de una pensión graciable, y ocurre todos los días, en innumerables oportunidades en el ejercicio de la función administrativa. Aquí

<sup>13</sup> Acerca del principio de igualdad en nuestro derecho, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre contratación de la Administración*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 2ª ed., Montevideo, 2008, págs. 299 a 304, y doctrina cit.

<sup>14</sup> CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en **Perspectivas ...**, cit., págs. 286 a 291 y 294 a 296, y en **Derecho Constitucional ...**, cit., págs. 326 a 331 y 335/336.

también tenemos la figura del interés legítimo, tanto para requerir el reconocimiento de ese derecho individualizado como para oponerse a ese reconocimiento (Constitución, art. 318).

## V. “INTERÉS GENERAL” O “INTERÉS PÚBLICO”

Si recapitulamos, vemos que en la configuración de estas figuras subjetivas de derecho, para su reconocimiento o para su limitación, ha surgido el otro extremo, que aparece a primera vista como su antítesis: el *interés general*, que la Constitución enuncia como motivo necesario de toda limitación por ley formal de los derechos que reconoce o consagra. Interés *general* que muchas veces se denomina interés *público*, interés *colectivo*, *bien común*. Algunos autores sostienen la posibilidad de distinguir esos conceptos<sup>15</sup>, pero creo que no es necesario hacerlo para interpretar nuestra Constitución, y que cuando nuestra Constitución utiliza el concepto “interés general” incluye todas esas categorías. En esta exposición utilizaré la denominación “interés general”, que emplea la Carta, pero también “interés público”, porque es más común en la doctrina.

Dije que nos encontramos con su antítesis. ¿Es realmente el interés general la antítesis de los intereses personales? En doctrina se ha señalado la existencia de dos tradiciones en cuanto a la concepción del interés público<sup>16</sup>. Una tradición se denomina angloamericana, como tantas veces separándola de la continental europea, en que nosotros después nos incluimos. La tradición angloamericana considera el interés público como una combinación de los intereses particulares de todos los ciudadanos, de todos los habitantes; es *común* porque se trata de intereses personales de todos y cada uno de los sometidos a un ordenamiento. Por otro lado se señala la existencia de una tradición europea continental, que concibe el interés público como un interés diferente, y además superior, a la mera combinación de los intereses privados; a veces se le ha llamado interés nacional, a veces algún autor muy célebre ha distinguido el interés nacional del interés público, pero siempre tratándose de un interés superior a los de los hombres, del común de los mortales.

He preferido, antes de ahora<sup>17</sup>, considerar estas dos tradiciones, no como antitéticas, como separadas, sino como dos vías para caracterizar la forma por la que un interés adquiere ese calificativo, esa calidad de interés *público*. Por supuesto, sin ninguna pretensión de definir; porque no puedo olvidar la última conferencia con que nos deleitó Guillermo Muñoz, aquel notable jurista argentino, tan amigo de los uruguayos, cuando nos dijo, con aquel ingenio fantástico que lo caracterizaba, y así tituló su conferencia, que: “El

<sup>15</sup> En este sentido: DURAN MARTINEZ, Augusto, *Derechos prestacionales e interés público*, en **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**, Montevideo, 2012, págs. 203 y sgts., en esp. págs. 210 a 213.

<sup>16</sup> GONZALEZ MORAS, Juan M., **Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad**, Buenos Aires, 2000, pág. 128 nota 89, invocando la opinión de Montero Pascual, Juan José, *Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones*, en REDA, n° 92, pp. 567 y ss., Madrid, año 1996.

<sup>17</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Poder público y participación ciudadana en el derecho uruguayo*, cit., págs. 97/98; y *El marco constitucional del Derecho Administrativo. Reflexiones desde el derecho uruguayo*, cit., págs. 383/384. También, brevemente, en un tema muy relacionado: *Autonomía e intervención en la vida privada: ¿dilema falso o verdadero?*, en Rev. CADE. Doctrina & jurisprudencia, T. XVIII, Montevideo, setiembre 2012, págs. 101 a 105.

interés público es como el amor”<sup>18</sup>, porque todos sabemos de qué se trata, pero difícilmente alguno pueda definirlo. Entonces, no pretendo definirlo, pretendo, instrumentalmente otra vez, ver por qué caminos un interés adquiere el calificativo de público, tan relevante a los efectos constitucionales.

Creo que un interés subjetivo adquiere el carácter de público o se incorpora al interés público, cuando es un interés que corresponde a la generalidad de los individuos alcanzados por un ordenamiento jurídico. Por esta vía, como ustedes se dan cuenta, ingresan las dos técnicas de reconocimiento de derechos que enunciamos en primer término, las dos que consisten en reconocimiento de derechos generales (*supra*, ap. IV, a y b), tanto los reconocidos constitucionalmente a todos, sin posibilidades de limitación o privación, como los reconocidos generalmente a todos, por la propia Constitución o legalmente, con excepciones o limitaciones taxativas; estas dos categorías son situaciones jurídicas de derecho reconocidas generalmente a todos los habitantes de nuestra República.

Pero además, ciertos intereses existen *porque* la comunidad existe, que en ese sentido pueden decirse intereses de la colectividad o de la comunidad; uso las dos palabras como sinónimos, aunque tal vez no siempre lo sean. Pero hay que tener en cuenta que cuando decimos intereses que deben su existencia a la de la comunidad o la colectividad, no estamos hablando de un interés de una entidad colectiva, transpersonal, sino de intereses coincidentes de todos los individuos que forman parte de la colectividad<sup>19</sup>: el interés que todos los

<sup>18</sup> MUÑOZ, Guillermo A., *El interés público es como el amor*, conferencia inaugural del “IV Congreso de la Asociación de Derecho Público del MERCOSUR”, pronunciada en Buenos Aires el 28 de mayo de 2003, publicada en la “Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo”, N° 8, Buenos Aires, 2010, págs. 6 a 15.

<sup>19</sup> CARNELUTTI (op. cit., pág. 12, destacados del autor) afirma que “todas las necesidades son individuales [...] no existen *necesidades de la colectividad* como tal. Cuando se habla de *necesidades colectivas*, se emplea una expresión traslaticia, para significar necesidades que son sentidas por todos los individuos pertenecientes a un grupo dado. Existen, en cambio, *intereses individuales e intereses colectivos*”; esto se debe “a que la situación favorable para satisfacer ciertas necesidades pueda determinarse *también respecto a un solo individuo* o, por el contrario, a que *únicamente* quepa que se origine *respecto a varios, a muchos o a todos los individuos*”; pone como ejemplos de unos y otros: el interés individual en el disfrute de una casa y el colectivo de una gran vía de comunicación. Concluye entonces: existen intereses *colectivos* “*cuando la situación favorable a cada uno, para la satisfacción de una necesidad suya, no puede determinarse sino junto a otras idénticas situaciones favorables de los demás miembros de un determinado grupo*”. Es ostensible que cuando el ilustre autor se refiere a intereses (“*situaciones favorables*”) que pueden o no “determinarse” respecto a solo uno o necesariamente a todos los miembros de un grupo, está teniendo en cuenta la posibilidad fáctica, seguramente económica, de satisfacer esa necesidad respecto a un individuo o necesariamente para todo un grupo más o menos amplio. No se trata de una dificultad conceptual de identificar un interés *individual* en el disfrute de un bien que también habrá de satisfacer necesidades de los demás miembros de un grupo; lo demuestra su propia exposición, que alude a “*la situación favorable de cada uno*” y a “*idénticas situaciones favorables de los demás miembros de un determinado grupo*”. También en esta concepción, entonces, el interés colectivo se descompone en múltiples intereses individuales que lo constituyen.

Todo esto trae necesariamente a colación el concepto de *servicio público* del maestro Enrique SAYAGUES LASO (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 7ª ed., Montevideo, 1998, parág. 29, págs. 55 a 57), como actividades cumplidas “para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos”. Si la necesidad *colectiva* se satisface mediante prestaciones *individualizadas*, es precisamente porque la necesidad colectiva se constituye mediante la acumulación de necesidades individuales, personales. La idea es en sí misma ciertamente válida, aunque el constituyente no la haya tenido en cuenta cuando utiliza

individuos tenemos precisamente en formar parte de la colectividad. Todos y cada uno de nosotros tenemos interés en formar parte de la colectividad que integramos, por la sencilla razón de que los seres humanos no podemos sino vivir en tal relación con nuestros semejantes<sup>20</sup>. En otra oportunidad académica en que expuse esta misma idea, se me observó que un individualista radical podría negar la existencia de ese interés común, podría desmentirme aduciendo no tener interés en vivir en comunidad. Aunque así fuera, ocurre que ahora, cuando hablo del interés público, como antes cuando hablé de los intereses subjetivos, ni entonces ni ahora me refiero a intereses psicológicos, sino a situaciones *objetivas*, fundadas en hechos reales y valoradas con el derecho objetivo vigente, en cuanto interesa, positivamente. Esto es lo que ocurre con estos intereses que resultan de la vida en comunidad, más allá de que algún individualista radical pueda aducir que no tiene tal interés; porque es obvio que objetivamente ese señor no va a poder generarse la energía eléctrica para sí, ni atender su salud, ni hacer todo lo que recibimos todos los días cada minuto de nuestras vidas de la vida en comunidad. Además, ese interés en vivir en comunidad está valorado positivamente por el derecho, a nivel constitucional; un ejemplo es el que hoy mismo se analizó aquí: el derecho-deber, o derecho o deber, de votar, no tiene otro fundamento que éste. Hay muchos otros ejemplos; en muchos casos está valorado positivamente por la vía de considerar como delito las conductas contrarias.

Si existe ese interés de todos y cada uno, *personal* de todos y cada uno, de vivir en comunidad, también existe el interés de todos y cada uno, *personal* de todos y cada uno, en el mantenimiento de las condiciones que hagan posible esa convivencia. Pueden señalarse dos categorías de esas condiciones, que voy a caracterizar de forma muy arbitraria como condiciones socioeconómicas e institucionales. Es muy arbitraria esa caracterización, porque no cabe duda que las condiciones institucionales también son sociales, y las económicas también lo son; pero creo que a los efectos de nuestro razonamiento y convencionalmente, es posible y conveniente separar esas dos categorías.

Condiciones *socioeconómicas*: en estos días, estuvo con nosotros Fernando Sabater, renombrado filósofo español; en una de sus conferencias, que se tituló precisamente: “Los enemigos de la democracia en el siglo XXI”, Sabater decía que la convivencia democrática tiene en el siglo XXI dos grandes enemigos: la ignorancia y la miseria. De ahí se infiere que las condiciones de la convivencia, en particular de la convivencia democrática, que es la que la Constitución consagra, incluye el respeto de los derechos y la satisfacción de los intereses vitales de todos y de cada uno de los integrantes de la colectividad<sup>21</sup>. Cuando esas condiciones se deterioran, cuando para algunos sectores desaparecen, también se deteriora nuestro derecho a la seguridad, y con ello se deterioran todos nuestros derechos.

¿Esta idea tiene acogimiento en la Constitución? Sin duda: a ella se refiere el art. 72 de la Constitución, cuando declara que además de todos los derechos que antes enunció el constituyente, también existen los derechos, y los deberes y garantías, que son “inherentes

---

la expresión “servicio público” (puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre la noción de “servicio público” en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 155 a 219.

<sup>20</sup> DUGUIT, León, **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid, 1921, págs. 5 y 8. Conf. GUARIGLIA, Carlos E., **El conflicto entre los derechos fundamentales**, Montevideo, 2007, pág. 228.

<sup>21</sup> Conf. GUARIGLIA, C. E., **El conflicto entre los derechos fundamentales**, cit., pág. 228.

a la personalidad humana”. He sostenido, también antes de ahora, que estos derechos son aquellos que corresponden al ser humano por el solo hecho de serlo, y no por lo que haya hecho o dejado de hacer o por los avatares que haya vivido o no vivido en el desarrollo de su vida; esos son los intereses vitales de todos y cada uno de los individuos, que el art. 72 reconoce como *derechos*<sup>22</sup>.

Además, existen condiciones *institucionales*. Consisten en que las entidades estatales, en su estructura y en su actividad, lo cual quiere decir también en su competencia, se adecuen al sistema institucional que la Constitución consagra. Esta es también una condición de nuestra convivencia en sociedad. Lo hemos aprendido todos duramente, o debimos haberlo aprendido, cuando nos tocó vivir la dictadura, en que el descaecimiento institucional se tradujo, no solo en la desaparición de las instituciones debidas, se tradujo además y sobre todo en el descaecimiento de todos nuestros derechos, aún de los más elementales. Pero otra vez, no es necesario ir a esa situación extrema para comprender entre nosotros y que no sea necesario explicarnos, que el respeto a la estructura institucional y a las competencias constitucionales es una condición del respeto a nuestros derechos.

¿Esta es una fuente de situaciones jurídicas que nuestra Constitución recoge? Otra vez, sin duda sí. A eso se refiere el art. 72 de la Constitución, otra vez, cuando dice que además de todos los derechos que antes enunció, se reconocen, existen todos los derechos, y también deberes y garantías, “que se derivan de la forma republicana de gobierno”. De esto, ni más ni menos, está hablando la Constitución<sup>23</sup>.

Sin embargo, el contenido del interés público no se ha agotado todavía. Porque la Suprema Corte ha dicho de un contenido del interés general que parece escapar a esta enunciación. La Corte ha dicho muchas veces que: “El interés general a que se refiere la Constitución, no significa el interés de todos los habitantes de la República, sino el de los grupos o sectores, dignos de esa protección de la Ley, por encontrarse enfrentados a determinadas situaciones que deben ser contempladas en justicia”<sup>24</sup>. Como se comprende, se trata de lo que antes llamamos legislación para grupos, otra técnica que utiliza el derecho para consagrar derechos (*supra*, ap. IV, letra c).

En verdad, lejos de escapar de las dos vías antes referidas, ocurre en este caso que esos intereses ingresan por las dos vías. Porque si la legislación para grupos, se atiende, respeta, el principio de igualdad, debe ocurrir que ella se base en la existencia de un interés de la generalidad de los individuos en que el interés de los integrantes del grupo o sector para el cual se legisla favorablemente sea atendido; y será así, y entonces ingresan por la otra vía, porque la satisfacción de ese interés sectorial o grupal debe ser conducente a la satisfacción del interés coincidente de todos los individuos en el mantenimiento de las condiciones necesarias en que la convivencia sea posible.

<sup>22</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 455 a 457.

<sup>23</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 457 a 460.

<sup>24</sup> S.C.J., sent. de 26/XI/86, L.JU, T. 95, caso 10.797, pág. 57, con referencia a pronunciamientos anteriores. La reiteración de estos conceptos es frecuente en la jurisprudencia de la Corte.

En definitiva: la satisfacción de todas estas situaciones jurídicas subjetivas, de derecho, comunes a todos, así como la posibilidad no necesaria de satisfacción de las situaciones subjetivas de interés legítimo, según queda expuesto, todo esto integra el interés público<sup>25</sup>.

Es así que, por esta doble vía, se satisface la inquietud de Gordillo, que Rotondo ayer recogía, cuando sostiene que el interés público o bien común “es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes”, y que “el ‘interés público’ en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia”<sup>26</sup>. Con lo expuesto se satisface esa justificada inquietud, que de otra manera podría interpretarse como la manifestación de un individualismo radical, que no sería de recibo en nuestro derecho<sup>27</sup>.

## VI. COTEJO DOCTRINAL

En este punto, tengo en mi esquema un cotejo, una comparación de la concepción expuesta, con las concepciones sobre el interés público de algunas de las cumbres del pensamiento jusadministrativo, algunas de las que más respeto<sup>28</sup>; por ejemplo, con las de

<sup>25</sup> Intentando *a posteriori* una conceptualización del “interés público”, y partiendo de la comunidad del concepto de *interés*, en el *subjetivo* o *individual* y en el *público*, podría decirse que: *interés general o público es la situación jurídica (general o particular, abstracta o concreta) que hace jurídicamente posible la satisfacción necesaria de los derechos subjetivos, y jurídicamente posible la satisfacción no necesaria de los intereses legítimos, de todos los habitantes sujetos al ordenamiento jurídico de que se trate.*

Así concebido el interés general o público, como situación jurídica, por ende del ámbito del *deber ser*, deviene nítida su distinción del “bien común”, concebido como situación o estado de *hecho*, por consiguiente del ámbito del *ser* (DURAN MARTINEZ, A., *Derechos prestacionales...*, cit., pág. 211).

<sup>26</sup> GORDILLO, Agustín, **Tratado de Derecho Administrativo**, T. 2, Buenos Aires, 1ª ed., 1975, pág. XIII-15, y 4ª ed., 2000, pág. VI-30; conf. ESCOLA, Héctor Jorge, **El interés público como fundamento del Derecho Administrativo**, Buenos Aires, 1989, págs. 235 y sgts., en esp. 249 a 251.

<sup>27</sup> Similar vinculación a la expuesta entre el “interés general” y los derechos e intereses de los individuos, se infiere de la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, solicitada por el Gobierno de la República O. del Uruguay, párrs. 29 y 31 (destacados míos): “29. El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de *interés general* [art. 30 de la Convención] significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es *la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad*” (‘Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre’ ... Considerandos, párr. 1). [...]

“31. La Corte expresó al respecto en anterior ocasión que: Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un *concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos*. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común *la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana*. [...] (Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párrs. 66 y 67).”

<sup>28</sup> La mejor doctrina nacional se ha ocupado recientemente del tema; puedo inferir, sin temor a equivocarme, que sus elaboraciones coadyuvan a la admisión de la tesis que ahora postulo: BRITO, Mariano, **Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo**, en **Derecho Administrativo. Su permanencia–contemporaneidad–prospectiva**, Montevideo, 2004, págs. 259 a 272, en esp. págs. 267, 270 y 271; DURAN MARTINEZ, A., *Derechos prestacionales...*, cit., en esp. pág. 213; DELPIAZZO, Carlos E., *Bien común, sociedad y Estado*, en “Revista de Derecho”, Universidad de Montevideo, Año XI (2012), N° 21, págs. 81 a 85.

Alessi<sup>29</sup>, de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>30</sup>, de García de Enterría<sup>31</sup>, y con la de Justino Jiménez de Aréchaga. Otra vez tengo que omitir su exposición, porque el tiempo me lo impone, de estos autores extranjeros, pero no de Justino Jiménez de Aréchaga, porque nuestro maestro está exponiendo nuestro derecho, nuestra concepción. Justino Jiménez de Aréchaga, muchos años antes que García de Enterría, sostuvo sustancialmente lo que el eminente español hoy señala<sup>32</sup>: explica que entre las que llama “las garantías genéricas de todos los derechos individuales”, ocupa lugar preponderante “una adecuada organización constitucional” que logre “concebir la maquinaria gubernativa de tal manera que su adecuado funcionamiento sea conciliable con la protección de los intereses individuales”. En

<sup>29</sup> Alessi entiende que cada interés es siempre y necesariamente individual; un interés de una colectividad más o menos amplia de individuos es *colectivo* “en cuanto es sentido por todos los individuos de la colectividad, expresión unitaria de una multiplicidad de intereses individuales coincidentes”. “La organización jurídica de la colectividad representa la prevalencia de una serie de intereses colectivos sobre cualquier otro interés, individual o colectivo, que exista en el seno de dicha colectividad y que esté en contraste con aquél. El conjunto de los intereses colectivos prevalentes, ha sido llamado [...] *interés colectivo primario* [...], expresión unitaria de múltiples intereses individuales coincidentes de cada uno de los sujetos jurídicos [...] miembros de la colectividad”; interés individual que, sin embargo, puede coincidir o estar en conflicto con el colectivo. “El interés llamado *público* no es más que el interés colectivo primario considerado como sujeto de tutela directa por la acción administrativa”. (ALESSI, Renato, **Instituciones de Derecho Administrativo**, T. I, Barcelona, 1970, págs. 184/185, en esp. nota 3).

<sup>30</sup> El *interés público* no es un interés en sí mismo, autónomo, desvinculado de los intereses de cada una de las partes que componen el todo; es una función calificada de los intereses de las partes, una forma específica de su manifestación; el interés público no es más que “la dimensión pública de los intereses individuales, o sea, de los intereses de cada individuo en cuanto partícipe de la Sociedad”. El interés público no es más que “una faceta de los intereses de los individuos: aquella que se manifiesta en cuanto éstos –inevitablemente miembros de un cuerpo social– comparecen en tal calidad”; es “el interés resultante del conjunto de los intereses que los individuos *personalmente* tienen cuando son considerados en su calidad de miembros de la Sociedad y por el simple hecho de serlo”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª ed., San Pablo, 2004, págs. 50 a 60).

<sup>31</sup> “La legalidad de la Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es también antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la Ley no autoriza o le impida hacer lo que la Ley permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de Derecho Administrativo**, T. II, Madrid, 2002, págs. 47/48). Es verdad que he señalado que la concepción “reaccional” de las situaciones jurídicas de derecho subjetivo e interés legítimo no es adecuada a nuestra Constitución, que las concibe como preexistentes a toda actuación administrativa (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo”*..., cit., pág. 20); pero lo que aquí quiero invocar no es esa estructuración técnica, sino que las normas que en principio aparecen destinadas a la tutela del interés general, en último término tienden a tutelar la libertad individual de los habitantes, porque esas situaciones individuales son la sustancia del interés general.

<sup>32</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, **La Constitución Nacional**, T. I, ed. Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, págs. 378 a 381. El ilustre maestro reiteró estos conceptos, más sucinta y concretamente, por escrito, ya bajo la vigencia de la Carta de 1967: “Cabe sostener -y así lo han admitido grandes autoridades científicas- que la totalidad de las normas contenidas en una Constitución escrita integran un ‘sistema de garantías’ instituido en favor de los administrados. No solamente las que reconocen sus derechos fundamentales e instituyen medios jurídicos para su defensa, sino aún las que organizan los centros de poder y disciplinan su funcionamiento” (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Naturaleza jurídica del Banco de Previsión Social y régimen presupuestal que le es aplicable*, en “Rev. de Der., Jur. y Adm.”, T. 68, Montevideo, setiembre de 1969, pág. 34).

nuestro régimen constitucional, enseñó el maestro, esa “adecuada organización constitucional” reposa sobre nueve condiciones que enumera, entre ellas, la creación de “los medios técnicos y de los órganos aptos para asegurar ese sistema de jerarquías entre las normas, mediante la institución del contralor de constitucionalidad de las leyes y del contralor de la legalidad de los actos administrativos”; y culmina señalando: “Desde que se admita la posibilidad de que [...] frente al agravio de los derechos individuales no pueda recurrirse a un poder independiente de la autoridad política, se habrá comprometido todo el sistema de libertades individuales”. Nuestro maestro Justino Jiménez de Aréchaga sostuvo todo esto hace cincuenta o sesenta años, mucho antes de que se hablara, como tanto se hace ahora, de “neoconstitucionalismo”.

El cotejo con todos estos autores, que son las cumbres que más respeto, nos lleva a una conclusión: todos ellos coinciden en que siempre subyace al interés general, lo sustentan y constituyen, los intereses de la generalidad de los miembros de la colectividad, individual y subjetivamente considerados, intereses personales de cada uno de ellos como partícipes del interés general. A todas estas concepciones, la que expuse y aquellas con las que la he cotejado, se aplica la conclusión que Bandeira de Mello extrae de la suya, que traduzco casi literalmente; dice Bandeira de Mello que esta concepción permite “fácilmente desenmascarar el mito de que los intereses calificados como públicos son insusceptibles de ser defendidos por particulares (salvo en acción popular o civil pública) aun cuando su desatención produzca agravio personalmente sufrido por el administrado, *pues aniquila el pretendido sustento teórico que le proporcionaría: la indebida suposición de que los particulares son extraños a tales intereses*”<sup>33</sup>.

## VII. EL INTERÉS PERSONAL Y DIRECTO COMO LEGITIMACIÓN REQUERIDA POR LA CONSTITUCIÓN

Como conclusión de todo lo expuesto, cabe afirmar que la legitimación de un sujeto para la promoción de una acción conforme a la Constitución, en cuanto tiene que consistir en un interés *personal*, puede tratarse de un interés estrictamente personal, individual y exclusivo, ajeno y eventualmente hasta opuesto al interés general; o bien, puede tratarse de su interés *personal* como partícipe en el llamado “interés general”, porque el interés personal de los impugnantes conforma y sustenta el interés general.

Estos intereses personales, como siempre ocurre, podrán calificarse jurídicamente como derechos subjetivos, y entonces deberán encontrar siempre satisfacción, o podrán ser calificables como intereses legítimos, y deberán ser satisfechos en cuanto coincidentes con el interés general.

Admitir lo expuesto, no significa sostener que todos los habitantes estén siempre legitimados para actuar en defensa del interés general; es frecuente la objeción de que admitir la defensa del interés general por los particulares conduce a transformar las acciones que la Constitución prevé en acciones populares, cuando es claro que el constituyente no quiso consagrarlas con ese carácter. No es así; porque aunque todos y cada uno seamos titulares de un interés ciertamente legítimo, y además *personal*, como partícipes

<sup>33</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*, cit., pág. 53, destacado del autor.

en el interés general, por ejemplo en el mantenimiento de la estructura institucional consagrada en la Constitución, el interés que legitima la promoción de cualquiera de esas acciones requiere además otro calificativo: el de interés *directo*.

¿Cuándo puede calificarse como *directo* un interés? En la concepción más admitida, intereses *directos* son aquéllos que resultan inmediatamente afectados por la aplicación de la norma de que se trate<sup>34</sup>, sea la norma general o particular, abstracta o concreta<sup>35</sup>. La lesión al interés debe reconocerse jurídicamente como inmediata cuando el caso de que se trate esté comprendido en el supuesto de esa norma cuestionada.

Si la norma es general, el interés será directo si el actor está comprendido en la categoría que define la dimensión subjetiva del supuesto normativo; dicho más simplemente, si está comprendido en los sujetos alcanzados por la norma; cuando la norma es de competencia, esta dimensión subjetiva incluye a todos los sujetos alcanzados por las potestades que la norma de competencia confiere. De esto resulta que la categoría puede comprender a todos los habitantes, a todos los sometidos al ordenamiento jurídico; lo cual no debe sorprendernos, porque hay muchas situaciones jurídicas, ajenas a este tema de la defensa del interés general, que sin duda todos admitiremos como legitimantes para la promoción de las acciones constitucionales, y conforme a las cuales todos admitiremos que quienes estamos legitimados para promoverlas somos todos y cada uno. Si la norma, por el contrario, no es general sino particular, sólo estará legitimado, sólo tendrá un interés que además de personal sea directo, el sujeto o los sujetos individualizados en la dimensión subjetiva del supuesto normativo.

Por otra parte, si la norma lesiva es abstracta, el interés comprometido será directo en todos los acontecimientos comprendidos en la categoría que define el supuesto normativo; y si es concreta, el interés comprometido será directo sólo en el acontecimiento ubicado en el espacio y en el tiempo alcanzado por el supuesto normativo.

<sup>34</sup> JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *La Constitución de 1952*, ed. Cámara de Senadores, Montevideo, 1995, pág. 530; conf. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *La jurisdicción constitucional en Uruguay*, en García Belaúnde, D., y Fernández Segado, F., (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pág. 913. Augusto DURAN MARTINEZ, luego de prolija revisión de opiniones doctrinales, entiende, en cierta forma coincidentemente, que “la expresión ‘directo’ refiere al nexo causal y no al momento en que se produce la lesión del interés. Lo importante es que la lesión se produzca por el acto jurídico correspondiente sin que interese si ella es hoy o mañana” (**Contencioso administrativo**, Montevideo, 2007, págs. 114 a 118).

CARNELUTTI (op. cit., págs. 11/12) distingue el *interés inmediato* del *interés mediato*. Corresponden a los intereses *inmediatos* las “situaciones que sirven directamente a la satisfacción de una necesidad”, y a los intereses *mediatos* aquellas “otras [que] tan solo indirectamente realizan ese fin, en cuando de ellas puede derivar otra situación (intermedia), de la que resulte después la satisfacción de la necesidad”; agrega que de ahí resulta “que las nociones de interés y de necesidad sean esencialmente *relativas*, porque se apoyan sobre las nociones esencialmente relativas de *medio* y de *fin*”. Existirá entonces lesión de un interés personal *indirecto* cuando la norma lesiva afecte la situación favorable a la satisfacción de una necesidad de ese sujeto (por ej., su interés en el ejercicio de la potestad reglamentaria con adecuación a derecho, o en la existencia de un régimen jubilatorio adecuado al art. 67 de la Carta) por mediación de la lesión inmediata a un grupo que no integra, o a un tercero individualizado (en uno y otro caso, reglamento o resolución que no lo comprenden en su dimensión subjetiva).

<sup>35</sup> Utilizando –lo que no siempre ocurre– la denominación “norma” en el sentido del art. 120 del Decreto N° 500/991, vale decir comprendiendo tanto las generales como las particulares, tanto las abstractas como las concretas.

## VIII. REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN O EXCEPCIÓN: EL AGRAVIO

Además de ser titular de un interés personal y directo inmediatamente lesionado, vale decir además de la legitimación, para que la acción o la excepción sea procedente, un requisito de admisibilidad consiste, precisamente, en que la norma que se impugna sea *lesiva*, agravante para el sujeto que pretende. Con esto hemos salido de la legitimación, a tal punto que el agravio recae justamente sobre la situación legitimante.

La norma será violatoria de un derecho subjetivo, y entonces la acción será procedente si el actor está legitimado mediante un interés personal y directo, siempre que la norma impugnada sea incompatible por forma o por contenido con alguna de las normas que configuran el derecho subjetivo. Cuando la norma sea lesiva de un interés legítimo, puede ocurrir, como en el caso anterior, que la norma impugnada sea incompatible con una norma superior configurante de la situación de interés legítimo, o que la norma impugnada modifique las normas configurantes de la situación jurídica anterior de interés legítimo y lo haga ilegítimamente en perjuicio del titular del interés legítimo; como puede verse, la diferencia entre las dos hipótesis radica en la subordinación o en la equivalencia de la de la norma lesiva con respecto a las configurantes de la situación jurídica agravada.

En todos estos casos en que el motivo de la lesión es una norma, como ocurre tanto en la acción de nulidad como en las pretensiones de inconstitucionalidad de una ley, el agravio resultará de la mera vigencia de la norma agravante; se trata de la lesión jurídica causada por la norma en sí misma, no del perjuicio material que pueda causar su ejecución o cumplimiento en los hechos. El perjuicio material que surja del cumplimiento de la norma, es objeto de otra acción, es objeto de la acción de reparación<sup>36</sup>. Entonces, si se trata de una norma general, la lesión consistirá en la modificación de la situación jurídica de cada uno de los individuos comprendidos en la categoría que define la dimensión subjetiva del supuesto normativo, sin que se requiera el acaecimiento concreto de la situación jurídica abstractamente prevista en la hipótesis de hecho descrita en la norma ni su individualización mediante los actos de cumplimiento que pueda requerir aquella norma, sin perjuicio de que éstos puedan a su vez impugnarse aunque no lo haya sido la norma general.

## IX. DOS CASOS CONCRETOS

Voy a bajar a tierra. ¿Por qué todo este desarrollo? Bajo a tierra manifestando mi discrepancia con pronunciamientos de nuestros máximos órganos jurisdiccionales.

a) Manifestando en primer lugar mi discrepancia con la sentencia muy compleja de la Suprema Corte<sup>37</sup>, en que los votos se dividieron, y unos miembros votaron por una razón

<sup>36</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Contencioso administrativo de reparación patrimonial*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 721 a 737, y doct. cit.

<sup>37</sup> Sentencia N° 653, de 27 de junio de 2012, en autos: "Mieres, Pablo y otros c/Partido Frente Amplio y otros. Acción de inconstitucionalidad arts. 1, 2, 9, 11 y 12 a 21 de la Ley N° 18.567, y arts. 3, 4 y 5 de la Ley N° 18.644". Dijo la Corte al respecto, en el Considerando III: "... la Corporación por unanimidad considera que sustentar el interés de los coactores –como ellos lo hicieron en la demanda– en su calidad de ciudadanos electores en un sistema democrático republicano de gobierno, con voto obligatorio, en el cual integran el Cuerpo Electoral, y ante la eventualidad de ser sujetos sometidos a futuros actos

y otros por otra, pero coincidiendo todos en definitiva en el rechazo de la acción, cuando la Corte por unanimidad negó legitimación a los ciudadanos como tales para impugnar la ley de creación de las autoridades locales, por negarles titularidad de interés inmediatamente vulnerado. En mi opinión—y me voy del tema, porque ahora no estamos tratando este tema de fondo, sino la cuestión de legitimación, pero debo manifestarlo para explicar mis palabras iniciales (*supra*, ap. II)—esta ley contiene uno de los atentados más groseros que se hayan cometido en nuestro país, desde la restauración democrática, contra el orden institucional que la Constitución consagra<sup>38</sup>. Estoy cuestionando ahora que se haya negado legitimación por falta de interés personal a los individuos, sujetos privados, ciudadanos que impugnaron esa norma por inconstitucional, y mi discrepancia surge naturalmente de todo lo dicho *supra*, aps. V y VI. Ciertamente, en este caso, habría que analizar qué quiere decir, en esta hipótesis, que los efectos de la sentencia serán en el caso concreto<sup>39</sup>; pero resulta que esta es una jornada del T.C.A., de manera que me limito a este señalamiento en cuanto a la legitimación, como una aplicación en un caso concreto de todo lo expuesto.

b) Vuelvo entonces, ahora sí, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para manifestar mi discrepancia con el Tribunal en otro caso concreto. En mi opinión, el Tribunal se equivocó cuando, en varias sentencias<sup>40</sup>, en asuntos en que se impugnaba el Decreto N° 165/006, de 30 de mayo de 2006, sobre ocupación de lugares de trabajo, el Tribunal desestimo las demandas por carencia de legitimación activa de las actoras, diciendo en el Considerando VII: “Como lo exige el art. 25 del Decreto Ley 15.524, es admisible la demanda de nulidad de los actos generales, cuando éstos no fuesen conformes a derecho y lesionen algún derecho o interés legítimo, personal y directo de los administrados. Empero, para que se torne viable un pronunciamiento sobre el fondo de la *questio*, es necesario el acaecimiento de un hecho cierto que perjudique directamente el interés legítimo del accionante. En la demanda de autos nada se aclara al respecto...”; y sigue diciendo: “En consecuencia, no se alega la inminencia de un daño cierto, ni tampoco su irresistibilidad, por lo que la eventual lesión a su interés no sería la producida por el

---

emanados de las nuevas autoridades locales (fs. 5vto./6), no resulta acorde a las calidades requeridas constitucional y legalmente para promover la declaración de inconstitucionalidad peticionada (cf. Sentencia N° 3031/2011 de la S.C.J.). Ello, en el bien entendido de que esta Corte ha sostenido, en forma invariable, que en la medida en que no se autoriza una acción popular, solamente se encuentran habilitados para promover la pretensión de inconstitucionalidad quienes acrediten ser titulares de un interés inmediatamente vulnerado por la norma atacada, requisito que no resulta eficazmente cumplido por los promotores particulares, quienes invocan un interés que puede conceptualizarse como abstracto no basado en la lesión actual o inmediata de su interés que supondría, en consecuencia, la emisión de un juicio genérico y no referido a un caso concreto por parte de este Cuerpo, como lo requieren las disposiciones que regulan la declaración de inconstitucionalidad (cf. art. 259 Const.; 508 C.G.P., Sentencias N° 179/2006 y 664/2008 de la Corporación).”

<sup>38</sup> Los fundamentos de esta opinión pueden verse en: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre el régimen legal de las autoridades locales y sus inconstitucionalidades*, en la “Rev. de Derecho Público”, N° 38, Montevideo, 2010, como homenaje al Prof. José Aníbal Cagnoni.

<sup>39</sup> La solución está prevista a texto expreso en el art. 521 inc. 2° del C.G.P.: “Si [la declaración de inconstitucionalidad] hubiere sido solicitada por vía de acción o principal, la sentencia tendrá eficacia para impedir la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales contra quien hubiere promovido la declaración y obtenido la sentencia, pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier procedimiento jurisdiccional, inclusive el anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.”

<sup>40</sup> Sentencia N° 299, de fecha 7 de abril de 2011, haciendo referencia en el Considerando V a reiteradas sentencias en el mismo sentido de los años 2009 y 2010.

decreto impugnado en sí mismo, sino por el acaecimiento de algún otro hecho, futuro e incierto, es decir no actual, inhábil por tanto para legitimar el accionamiento”.

Otra vez, me limito a la cuestión de legitimación, sin pronunciarme sobre el fondo; tal vez debió confirmarse el decreto impugnado, tal vez debió anularse; en todo caso, en mi opinión, debió existir un pronunciamiento sobre el fondo. Mi discrepancia en cuanto a la legitimación resulta de lo dicho *supra*, ap. VIII; en este caso el agravio resulta de la mera vigencia de la norma, y recae sobre todos quienes estuvieran alcanzados por la dimensión subjetiva de su supuesto normativo. La aplicación consecuyente del criterio sostenido en estas sentencias hubiera llevado a la desaparición de la posibilidad de impugnar los reglamentos por sí mismos, que siempre se aceptó por el Tribunal y que además, como se señala, la Ley Orgánica del Tribunal admite expresamente.

Ahora debo reconocer de inmediato y con satisfacción, que felizmente el Tribunal rectificó esa posición, por mayoría, al fallar sobre la impugnación de un reglamento sobre el procedimiento especial para la adquisición de medicamentos, insumos hospitalarios y afines, Decreto N° 147/009, de 23 de marzo de 2009<sup>41</sup>; dijo entonces, por mayoría legal: “...no presenta objeción de especie alguna la legitimación causal de los demandantes en tanto que ... son Laboratorios que desde el año 2002 contratan con la hoy denominada Unidad Centralizada de Adquisiciones, ... lo cual les ubica sin mayor violencia dentro de la previsión del art. 309 de la Constitución de la República”. Con lo cual el Tribunal, por mayoría, volvió a la posición tradicional. No obstante, en la discordia se ratificó el criterio de las sentencias que ahora cuestiono.

Espero haber suscitado en ustedes por lo menos algunas inquietudes. Espero haber logrado algún acuerdo, espero haber convencido a alguien; confío más en que se manifiesten muchas discrepancias. Pero no era otro mi propósito en el día de hoy. Muchas gracias.

---

<sup>41</sup> Sentencia N° 944, de fecha 10 de noviembre de 2011.