

PROCEDIMIENTOS

Y PROCESO ADMINISTRATIVO

JORNADAS ORGANIZADAS POR LA CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN
DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. FACULTAD DE DERECHO.
DEPARTAMENTO DE POSGRADO Y EXTENSIÓN JURÍDICA.
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL

por FABIÁN O. CANDA

I. CONCEPTO

Procesalmente, la legitimación admite ser estudiada desde dos puntos de vista:

- a) legitimación *ad procesum*, es decir, capacidad jurídica o aptitud legal para ser parte en cualquier proceso o procedimiento;
- b) legitimación *ad causam*, o cualidad para ser parte en determinado procedimiento concreto. En este último caso, la legitimación se vincula de algún modo con el fondo de la cuestión.

Respecto de la legitimación *ad procesum*, corresponde puntualizar que la capacidad requerida por el derecho administrativo para acceder a un procedimiento, es más amplia que la capacidad propia del derecho civil.

En efecto, para el derecho administrativo son capaces, a efectos de estar en un procedimiento, los menores adultos (Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, dec. 1759/1972, de aquí en más, art. 3º, RLNPA).

En cuanto a la legitimación *ad causam*, para ser parte en un procedimiento administrativo determinado es necesario invocar la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

También podrán ser "parte" aquellos a quienes el dictado del acto administrativo, en el que el procedimiento habrá de concluir, pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 3º, RLNPA).

¿De dónde surge —positivamente— la exigencia de tales requisitos?

II. LA TITULARIDAD DE UN DERECHO SUBJETIVO O INTERÉS LEGÍTIMO. FUENTE NORMATIVA

Comúnmente se ha señalado que la fuente positiva de tales recaudos es el art. 3º, RLNPA, para los procedimientos de primer grado

(es decir, aquellos en los que se busca el dictado de un acto administrativo aún inexistente) y el art. 74, RLNPA, respecto de los de segundo grado (entendiendo por tales a los procedimientos recursivos en los cuales se ataca por ilegítimo o inoportuno un acto ya existente).

Es indudable que los arts. 3º y 74 del reglamento describen los requisitos para ser parte en el procedimiento administrativo, pero corresponde preguntarse si tales requisitos no cuentan con base legal formal.

La pregunta no es ociosa, pues al establecer que sólo podrán ser parte aquellos que cuenten con un derecho subjetivo o interés legítimo, es claro que la norma está regulando las relaciones entre la Administración y los particulares, respecto de la forma en que estos últimos podrán hacer valer sus situaciones jurídicas subjetivas.

Esta regulación, en la medida en que incide sobre la esfera de intereses de los particulares, debe contar con base legal formal, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 14 y 28, CN, pues se trata, en definitiva, de la regulación del derecho a peticionar a las autoridades.

De modo que, a mi juicio, no podrían por mera vía reglamentaria establecerse los requisitos que deben reunir los particulares para ser parte en el procedimiento. Ello requiere una previsión formalmente legislativa.

¿Existe esta previsión en el procedimiento administrativo nacional?

Considero que sí, pues ella se deriva de lo dispuesto en el art. 1º, inc. f), ap. 1, LNPA 19.549, en cuanto establece el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo.

¿Cuál es el contenido de este derecho y quiénes son tales interesados?

El contenido, en lo que aquí concierne, comprende el derecho a ser oído, entendiendo por tal:

— exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos;

— una vez emitido el acto, interponer recursos.

Adviértase que el derecho a ser oído antes del dictado del acto y a recurrir, una vez emitido éste, sólo asiste a aquellos respecto de los cuales el acto administrativo habrá de incidir en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

En otras palabras, son *interesados* en los términos de la ley y tienen derecho a intervenir en el procedimiento administrativo, aquellos a quienes el acto incidirá en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

El debido proceso adjetivo, en tanto aspecto del debido procedimiento previo, se complementa con el derecho a ofrecer y producir prueba y el derecho a una decisión fundada (art. 1º, inc. f), aps. 2 y 3). Pero ¿quiénes pueden hacer valer tales derechos? Los interesados, es decir, aquellos que puedan invocar fundadamente un derecho subjetivo o un interés legítimo.

De modo que la legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo surge, genéricamente, del art. 1º, inc. f), LNPA, y se ve reglamentada por los arts. 3º y 74, RLNPA, en relación con los procedimientos de primero y segundo grado, respectivamente.

De esta manera, no existe óbice constitucional a las disposiciones del reglamento, pues éstas cuentan con base legal formal. Es la ley y no el reglamento la que limita el derecho de los particulares a ser parte en el procedimiento administrativo.

III. LOS DERECHOS SUBJETIVOS, INTERESES LEGÍTIMOS E INTERESES SIMPLES

La determinación de estas categorías deviene necesaria, entonces, para establecer quiénes podrán ser parte en el procedimiento.

El estudio más acabado de esta cuestión se ha realizado en el derecho italiano —de donde proviene— y obedece, en aquella realidad jurídica, a razones de orden práctico.

En efecto, históricamente, en ese derecho peninsular, quien cuenta con un derecho subjetivo tiene abiertas las puertas de los tribunales judiciales; mientras que quien tuviere un interés legítimo deberá ocurrir a los tribunales administrativos.

De modo que no debe extrañar el esfuerzo doctrinario por discernir entre ambas situaciones jurídicas subjetivas.

Nuestra preocupación administrativa, en cambio, riguarda ambas categorías a los efectos de ser parte, por lo que —en rigor— la clasificación que más importancia tiene, por sus efectos prácticos, es la que distingue a ambas (derecho subjetivo e interés legítimo) del denominado interés simple. Quien sólo cuente con un interés simple, no estará legitimado para ser parte en el procedimiento administrativo. Su actuación quedará limitada a la posibilidad de formular una denuncia, sin poder recurrir los actos que como consecuencia de aquélla pudieren dictarse¹.

¹ El interés simple, sin embargo, se abre paso poco a poco en el procedimiento administrativo, de modo que es cada vez más común la existencia de procedimientos especiales en los que se faculta a actuar activamente (y no meramente a denunciar) a los meros portadores de intereses simples. Desarrollaremos más abajo esta cuestión, especialmente en relación con los procedimientos que tienden a la obtención de transparencia en el manejo de la cosa pública.

La diferenciación entre derecho subjetivo e interés legítimo recobrará importancia, empero, cuando se trate de acceder a la justicia, es decir, al proceso contencioso-administrativo, pues para tal acceso —al menos en los términos de la jurisprudencia clásica— se requerirá contar con un derecho subjetivo en juego.

1. Criterios de distinción

Comencemos por recordar que, en la doctrina civil, se ha sostenido que el derecho subjetivo es una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir de los demás un determinado comportamiento².

En cuanto aquí interesa, son variados los criterios seguidos para distinguir los derechos subjetivos de los intereses legítimos³.

1.1. Criterio de la concurrencia o exclusividad del interés protegido

Es el criterio con más arraigo en nuestro derecho, pues además de ser adoptado por buena parte de la doctrina, es el que ha seguido la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes 168:292, año 1984; 197:129; 201:179, año 1992, entre otros).

En doctrina, fundan la distinción en él, entre otros:

Ranelletti y Zanobini, en el derecho italiano; Jeze, en el francés; Fortshoff, en el alemán; González Pérez, en el español; Fiorini, Linares, Diez, Gordillo⁴ y Hutchinson⁵, en el nacional.

² LAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, t. II, 9ª ed. act., Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 411.

³ Seguimos, en lo sustancial, los criterios y autores citados por BARRA, Rodolfo C., "La situación jurídica del administrado. Derecho subjetivo e interés legítimo", RAP 11-7/25, y en su obra *Principios de derecho administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, cap. VIII. Los autores o posiciones no receptadas en dicho artículo y obra, son citados por separado.

⁴ Para Gordillo, el derecho subjetivo implica la exigibilidad exclusiva de que la administración no exceda sus facultades regladas o discrecionales, cuya violación hace aplicable una sanción a ésta; mientras que el interés legítimo supone la existencia de una norma que regule o limite la actividad debida y la concurrencia de varios individuos en la exigencia de esa conducta, o sea, la ausencia de individualidad en la relación (GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Macchi, Buenos Aires, 1986, ps. XV-23 y XV-39).

⁵ HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, 1ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 226; del mismo autor, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, reglamento de la ley 19.549, comentado, anotado y concordado*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 50, y *Digesto práctico la ley, procedimiento administrativo*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 474.

Según este criterio, existe derecho subjetivo cuando alguien puede exigir de la Administración determinada conducta en una situación de exclusividad protegida de manera directa e inmediata.

El interés legítimo, en cambio, presupone una concurrencia en el interés de una categoría definida y limitada de individuos que, a su vez, se diferencia del interés simple, por cuanto este último no es sino el interés en el mero cumplimiento de la legalidad. En el interés simple no existe, pues, una situación jurídica diferenciada por su exclusividad ni tampoco por la concurrencia de un sector o conjunto de personas. Se trata, en todo caso, del interés de todo habitante en que se cumpla con la juridicidad.

1.2. Criterio de las normas de acción o de relación

Según este criterio, formulado en Italia por Guicciardi y seguido en el derecho español por Garrido Fallá, las normas administrativas se dividen en normas de acción y de relación.

Las normas de acción, regulan la organización administrativa y los procedimientos de funcionamiento de la administración.

Las de relación, vinculan a la Administración con los particulares.

La vulneración por la Administración de las normas de relación, agravia los derechos subjetivos de los particulares.

La violación de las normas de organización y procedimiento interno, en principio, no afecta a los particulares pues no incide ni en sus derechos ni en sus intereses. Sin embargo, en determinadas situaciones afecta la situación de ciertos particulares que se encuentran en una posición diferenciada respecto del resto (ej. el frentista de una calle que se cierra; el oferente en una licitación respecto de una irregularidad en el trámite de ésta).

1.3. Criterio de la utilidad

Este criterio, defendido en Italia por Alessi, trata de discernir, con carácter objetivo, el tipo de utilidad que el ordenamiento garantiza a los particulares.

Así, cuando las normas garantizan una "utilidad sustancial", directa e inmediata, de modo que alguien pueda exigir no ser dañado ni perturbado por la Administración o reclamar un hacer de ésta, estaremos frente a un derecho subjetivo.

En cambio, cuando las normas aseguren una utilidad meramente instrumental o formal, su vulneración podrá acarrear una afección eventual o mediata del interés individual. Se trata de una situación menos protegida, propia del interés legítimo.

1.4. Criterio de los derechos subjetivos típicos y reaccionales⁶

Dado que en el derecho alemán históricamente no se reconoció sino protección a los derechos, la doctrina efectuó un esfuerzo para incluir dentro de tal categoría a situaciones distintas a las tradicionalmente reconocidas como derechos subjetivos clásicos, de modo de posibilitar luego su tutela judicial.

Así, al lado de los derechos subjetivos típicos (propiedad, libertad, etc.) surgió una nueva categoría, a la que se denominó "derechos reaccionales"⁷.

Estos derechos reaccionales, nacen toda vez que la Administración, al vulnerar la norma, de algún modo inmisciona en la esfera vital de intereses del particular, en sus propios asuntos, ocasionando un perjuicio en cualquier utilidad de la vida. Tal daño o *grief*, hace nacer un derecho subjetivo: el derecho de poner en movimiento una norma objetiva en su propio interés, de modo de permitir la anulación del acto dañoso de "consecuencias perturbadoras".

Antes de la lesión o perjuicio sólo asistía al particular el derecho abstracto de libertad, de libre desenvolvimiento, de integridad del círculo vital de intereses. La violación a la norma hace surgir un derecho subjetivo estricto que no es sino el derecho a la eliminación de ese perjuicio.

Es un derecho de defensa o reaccional que surge cuando se anulan ilegalidad más perjuicio y cuyo contenido radica en la atribución de una acción impugnatoria a su favor.

Desde este punto de vista, se ha sostenido en el derecho alemán que todas las ventajas derivadas del ordenamiento para cada ciudadano, se han constituido en verdaderos derechos subjetivos⁸.

1.5. Criterio negatorio de la distinción

Autores como el profesor español García Trevijano Fos, por último, se mostraron en desacuerdo con la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos. Este catedrático sostuvo que "el interés sustancial no es distinto del derecho, sino que es aquello que en cada momento moldea y rellena su concepto"⁹.

⁶ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. II, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1998, ps. 46/56, a quienes seguimos en la explicación de este criterio.

⁷ RUPP - HENKE - ROUBIER, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., ps. 52/53.

⁸ BACHOF, Otto, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., p. 54.

⁹ GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 3ª ed. act., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967-1973, p. 562.

En una posición similar, Comadira, bien que refiriéndose a la posibilidad de actuar en sede judicial, postula que habrá legitimación cada vez que el particular pueda exigir determinada conducta de la Administración, sea un hacer, un no hacer o un dar, sin importar si tal exigencia se da en situación de exclusividad o de concurrencia; se trate de normas de acción o relación o que tutelen garantías sustanciales o procesales¹⁰.

En suma, se trata de determinar si existe una conducta que el particular pueda exigir a la Administración. Si la hay, habrá legitimación tanto en sede judicial como administrativa.

En el ámbito del procedimiento administrativo, empero, la distinción es necesaria, al menos para discernir el derecho subjetivo y el interés legítimo del mere interés simple, pues este último no genera legitimación para ser parte en él.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. SU REPERCUSIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

No resultan ajenas al procedimiento administrativo las consecuencias derivadas de la tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva, consagrados con la reforma de 1994.

Tales derechos, en principio, son los relacionados con la protección del ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor.

La Constitución estableció una acción colectiva para la tutela de estos derechos, plasmada en el art. 43, párr. 2º. Acción que, como bien sostiene Sammartino¹¹, debe ser diferenciada del amparo del párr. 1º.

Tan es así, que la legitimación colectiva prevista en dicho art. 43, párr. 2º (nominalmente, amparo), ha sido extendida por la jurisprudencia a otro tipo de cauces procesales, tales como la acción declarativa¹², juicios sumarios¹³ y medidas cautelares autónomas¹⁴.

Ahora bien, la jurisprudencia emanada en materia de legitimación colectiva, indudablemente repercute en el procedimiento administrativo, pues sería irrazonable que la legitimación reconocida en sede judicial pudiere ser retaceada en su amplitud en sede administrativa.

¹⁰ COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de Laura Monti, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 453.

¹¹ SAMMARTINO, Patricio, *Principios constitucionales del amparo administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 346.

¹² Corte Sup., 22/4/1997, "Aguera", LL 1997-C-322.

¹³ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 17/10/1997, "Consumidores Libres", LL 1997-F-272.

¹⁴ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 27/4/1999, "Béliz", LL 1999-E-221.

De allí la importancia de conocer la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto.

Con criterio muy sintético, puede afirmarse que de los señeros precedentes "Consumidores Libres" y "Prodelco"¹⁵ se desprende que el concepto de "caso", "causa" o "controversia" sigue siendo vital, aun después de la reforma constitucional de 1994, para determinar la intervención de los tribunales, de modo tal que deviene indispensable alegar fundadamente cómo la ilegalidad que se impugna ha repercutido en los intereses de quien se agravia. Es decir, no alcanza con la sola ilegalidad, sino que es menester fundar el perjuicio de ella derivado o la amenaza seria de daño, respecto de los afectados que se presenten por sí o a través de legitimados colectivos (asociaciones y Defensor del Pueblo).

En efecto, la necesidad de que exista un "caso" para que, a su vez, alguien pueda reclamar su "día en la justicia" se desprende del consid. 4º del voto mayoritario de "Prodelco" y del consid. 8º del voto de mayoría de "Consumidores Libres". Este requisito ineludible implica alegar fundadamente la existencia de un perjuicio que la Corte califica de "directo", "particularizado", "concreto", "diferenciable", no "abstracto" ni "disperso" (consid. 7º del voto mayoritario de "Consumidores Libres" y consids. 25 y 26 del voto de mayoría en "Prodelco").

Así, la legitimación judicial exige no sólo el alegato de ilegalidad en la norma o acto atacados, sino la invocación de un perjuicio (consids. 9º y 10 del voto mayoritario de "Consumidores Libres"), de modo tal que, de hacer lugar el tribunal a la petición del accionante, la sentencia a dictarse resulte útil y beneficiosa para el interés que aquel dice venir a tutelar. En otras palabras, el actor debe acreditar que de dictarse una sentencia con el contenido que surge de su pretensión, su situación jurídica (o la del interés colectivo que viene a representar) mejoraría, obtendría un beneficio o utilidad. Si la sentencia fuera neutra para tales intereses, ello evidenciaría la falta de legitimación del actor (el criterio de la "utilidad de la sentencia" se desprende del consid. 11 del voto mayoritario de "Consumidores Libres").

En suma, la irrupción de los derechos de incidencia colectiva y la legitimación para su tutela judicial a favor del "afectado" y de ciertos legitimados especiales (Defensor del Pueblo y asociaciones que propendan a tal defensa, art. 43, párr. 2º, CN) se da en la Constitución reformada no con desconocimiento del concepto de "caso", "causa" o "controversia" sino en su marco. Con lo cual, sólo se admite una ampliación sustancial de este concepto —p. ej. sosteniendo que

la vulneración de ciertos bienes jurídicos, como podría serlo la ética pública, afecta *de por sí* el derecho de incidencia colectiva del que goza todo ciudadano a un desempeño ético de los funcionarios— podría admitirse una legitimación que no exigiese más que la vulneración de la norma y, por su conducto, del mencionado derecho de incidencia colectiva.

Este paso no ha sido dado, hasta ahora, por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

De modo tal que, según la jurisprudencia de la Corte, la reforma no vino a consagrar la acción popular en la mera tutela de la legalidad (ver consid. 25 del voto mayoritario de "Prodelco"). Si así hubiere sido, tendríamos que repensar la constitucionalidad de la legitimación establecida para el procedimiento administrativo, pues ésta resultaría más restrictiva que la legitimación judicial.

Bajo los cánones fijados por la Corte, en cambio, la exigencia de derecho subjetivo o interés legítimo en el procedimiento, no parece contradecir, sino en todo caso concordar, con las pautas establecidas para la legitimación judicial.

V. LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES REPRESENTATIVAS DE INTERESES SECTORIALES EN EL PROCEDIMIENTO

En el ámbito del procedimiento administrativo la legitimación de las asociaciones representativas de intereses sectoriales reconoce dos momentos.

1. Período negatorio

En una primera etapa, la Administración se mostró reacia a reconocer con amplitud la representación de intereses colectivos en manos de asociaciones o cámaras constituidas a tal efecto.

En efecto, como queda evidenciado a través de la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación en dictámenes vinculados con presentaciones efectuadas por la Cámara de Envasadores de Aceites Comestibles (Dictámenes 68:239), por la Asociación de Empresarios Cinematográficos (Dictámenes 77:220) y por la Asociación de Compañía de Seguros (Dictámenes 79:233), el máximo cuerpo en materia de asesoramiento legal exigía, a fin de tener por acreditada la legitimación, que las asociaciones acreditasen contar con un poder para defender los derechos subjetivos de los afiliados, demostrando que los podían representar particularmente y por asuntos propios de ellos.

¹⁵ Corte Sup., 7/5/1998, "Consumidores Libres", LL 1998-C-601, y 7/5/1998, "Prodelco", LL 1998-C-572.

En estos términos, es claro que la asociación se convertía en un mero apoderado que sólo facultada especialmente por sus mandantes podía presentarse en sede administrativa.

2. Período admisorio

a) El cambio de criterio se sucede en Dictámenes 161:6, precedente con el cual la Procuración del Tesoro de la Nación inaugura una etapa en la que revisa el temperamento negatorio hasta entonces seguido¹⁶.

En Dictámenes 161:6, la Procuración del Tesoro de la Nación "aclara" que no hay legitimación cuando la asociación invoca la lesión de un derecho del que sólo es titular el asociado agraviado. Teniendo legitimación la entidad cooperativa, en cambio, cuando concurra al procedimiento en defensa de los intereses legítimos del sector representado.

b) Este temperamento se reafirma en Dictámenes 168:292 ("Centro de Industriales Siderúrgicos"), en el que, además, se define al interés legítimo de acuerdo con el criterio de la concurrencia de intereses.

El referido dictamen tiene un alto valor didáctico, pues compendia en su texto las principales razones por las cuales la Procuración del Tesoro de la Nación entiende que debe admitirse la legitimación de las asociaciones. Éstas son:

— siendo el interés legítimo aquel que afecta a una categoría definida y limitada de individuos, si éstos se asocian para defenderlo, es incongruente negarle tal defensa a la Asociación creada para ello;

— la solución negatoria conduce a resultados disvaliosos, pues obliga a cada uno de los afectados a presentarse individualmente, multiplicando las actuaciones y esfuerzos;

— creadas las asociaciones para defender el interés de los asociados, al vulnerarse el interés de éstos se está agravando a la propia asociación en su fin último. De allí que ella tenga, entonces, un interés directo e inmediato en presentarse en sede administrativa;

— si la asociación ha sido reconocida por el Estado, contando con personería, iría contra el art. 19, CN, privarla de legitimación para la defensa de esos intereses;

— siempre debe tratarse de intereses comunes de los asociados, no particulares de uno de ellos.

¹⁶ Ello es así, por más que en el dictamen citado la Procuración sostenga que no se sucede cambio alguno y trate de explicar una continuidad entre aquellos antecedentes negatorios y el que ahora comentamos.

c) La doctrina fue puliéndose luego en precedentes tales como el de Dictámenes 178:165 ("Asociación de Fabricantes de Celulosa y Papel", 1986), en el que se planteaba un interés contradictorio entre la Asociación y uno de sus representados ("Papel del Tucumán SA").

En ese caso, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que el interés de todos no es todo el interés de todos, pudiendo haber colisión entre la comunidad y uno de sus integrantes, presumiéndose que si la asociación se presentó por mandato de los órganos sociales facultados para ello, lo hizo representando el interés común del sector y gozando, consecuentemente, de legitimación en sede administrativa.

d) En otro precedente más cercano (Dictámenes 210:137, "Federación Argentina de Colegios de Abogados [FACA]", 1994) la Procuración del Tesoro de la Nación sentó una doctrina novedosa, pues entendió que dicha Federación no podía oponerse al dec. 2293/1992 de matriculación única, toda vez que los Colegios de Abogados integraban la gestión gubernativa de las provincias, habiéndoseles conferido facultades de policía sobre la matrícula que le impedían contrariar la política de gobierno fijada por el decreto y aceptada por las provincias. Además, sostuvo que en el caso la legitimación debía ser rechazada pues el decreto cuestionado hasta podría postularse beneficioso para sus asociados, por lo que haría falta su previa y expresa conformidad para atacarlo.

Subyace en esta elaboración una asimilación de los Colegios y la Federación profesional con los órganos y entes de la Administración, impedidos de cuestionar las normas emanadas del Ejecutivo.

e) Respecto del derecho de peticionar, que consagra el art. 14, CN, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo, ante una presentación del Centro de Estudios para el Desarrollo de la Industria Química Farmacéutica (Dictámenes 201:179, 1992, con cita de Dictámenes 195:27), que tal derecho había quedado en cierta forma reglado por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, de modo que para su ejercicio en calidad de parte, era necesario contar con un derecho subjetivo o interés legítimo. Sólo así podría exigirse una decisión concreta de la Administración que declare, reconozca o proteja algo en beneficio de quien lo solicita.

Este criterio parece no armonizar con la jurisprudencia del fuero¹⁷, según la cual la facultad de peticionar involucra el derecho a una decisión expresa, con fundamento en el art. 24, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

¹⁷ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 7/5/2002, "Pombar", EDA 2001/2002-244

f) En dictámenes más cercanos en el tiempo, la Procuración del Tesoro de la Nación pareció relativizar la exigencia misma de la legitimación como recaudo necesario para articular recursos y requerir su resolución.

En esa línea, propició la resolución de un recurso jerárquico presentado por una asociación de la que sostuvo expresamente que carecía de legitimación (en el caso, se trataba del Centro de Estudios Legales y Sociales —CELS—; Dictámenes 241:249; similar criterio siguió en Dictámenes 242:112, ambos de 2002).

El argumento esgrimido fue que, habiendo la Administración “habilitado” el procedimiento, no resultaba admisible una retroacción que cambiase su rumbo.

Discrepo con tal criterio, pues si la apertura y los distintos actos del procedimiento estuvieron viciados por carecer el impulsor de la legitimación, esa nulidad es retroactiva. No existe precaución en los términos en que sí podría darse en el proceso, pues el procedimiento se incardina, ante todo, a la vigencia plena de la jurisdicción y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva.

g) Una situación particular se suscita respecto de la legitimación de las Asociaciones Gremiales.

Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la legislación en materia laboral establece que para que los gremios representen los intereses individuales de los trabajadores, deberán acreditar el consentimiento por escrito de éstos (ley 23.551, reglam. por dec. 467/1988), sin que quepa confundir el derecho colectivo del trabajo con los derechos de incidencia colectiva del art. 43, CN (Dictámenes 234:161, año 2000, “UPCN”).

VI. LA LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE EXTRAÑA JURISDICCIÓN

Desde el año 1994, el escandinavo por origen instituto del “Defensor del Pueblo” tiene carta de ciudadanía constitucional.

La legitimación judicial a que a su favor consagra el art. 86 del texto magno implica necesariamente que, a fin del logro de su cometido basal de tutela de los derechos humanos de las personas respecto del obrar de las autoridades estatales, cuente con legitimación suficiente para actuar en sede administrativa.

Consecuentemente, estimamos que se trata de un sujeto legitimado activamente para ser parte en los procedimientos administrativos a los que concurra en salvaguarda de tales derechos humanos y en ejercicio de sus funciones.

Cuestión distinta es la del alcance de la aludida competencia, pues es sabido que no son pocas las provincias que cuentan a nivel constitucional o legal con idéntico instituto protectorio de los derechos de sus habitantes provinciales o locales.

¿Qué sucede, pues, cuando un acto de una autoridad nacional incide de modo negativo sobre habitantes de una provincia que cuenta con Defensor del Pueblo? ¿Está legitimado éste para presentarse en la órbita nacional y ser parte en un procedimiento administrativo (v. gr., exigiendo explicaciones a la autoridad responsable del acto o la adopción de medidas tendentes a extinguir o amortiguar el pretento daño a los derechos de sus comprovincianos)?

En tal sentido, un interesante dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación fue el que se produjo con motivo de una resolución del ombudsman rionegrino que, con motivo de la sanción de la ley 25.453, que dispuso que cuando los recursos presupuestarios no alcancen para cubrir los gastos se aplicarán reducciones inclusive a los sueldos, jubilaciones y pensiones estatales, “corrió traslado” al presidente de la Nación y otras autoridades nacionales “para que se sirvan indicar qué medidas se impulsarán a fin de convocar a las entidades financieras a acompañar la situación de los jubilados, pensionados y activos estatales endeudados con ese sector”.

En el dictamen que comentamos, el procurador del Tesoro sostuvo que el Defensor del Pueblo de Río Negro “carece de facultades para efectuar el requerimiento que cursó a la Presidencia de la Nación”, pues “resulta de toda evidencia que un defensor del pueblo de una provincia no puede requerirle nada a las autoridades nacionales, toda vez que tal posibilidad excede patentemente su competencia”, siendo ello una “lógica consecuencia de la forma federal de gobierno” y de la imposibilidad de que las “recomendaciones” que el defensor local efectúa incidan sobre el funcionario nacional para darse de esferas de actuación no comprendidas en la competencia que le fue atribuida por la ley al requerido” (Dictámenes 238:414).

En suma, a la luz de este asesoramiento jurídico el ámbito de competencia de los ombudsman provinciales o municipales nunca podrá extenderse sobre los funcionarios nacionales, por lo que no podrían ser parte interesada en un procedimiento por ante las autoridades nacionales.

Ello es así aunque, como en el caso comentado, el Defensor popular alegue concurrir al procedimiento en tutela de los derechos de habitantes de la provincia o municipio en cuestión ¹⁸.

¹⁸ En la especie, el Defensor del Pueblo rionegrino argumentó que la competencia que le otorgaba la ley de creación 2756 lo habilitaba a actuar “en todos los asuntos en los que

VII. LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO EN LA MERA DEFENSA DE LA LEGALIDAD: LA ÉTICA PÚBLICA COMO DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA

La regla constitucional de la existencia de un caso, causa o controversia (art. 116, CN) continúa siendo, como fuera visto al analizar sucintamente la jurisprudencia posterior a 1994, un requisito ineludible para la existencia de un proceso en sede judicial.

No es objeto del presente estudiar las razones que, desde 1853 y siguiendo el molde de la Constitución de los EE.UU., condujeron a nuestro constituyente histórico a su fijación y posterior mantenimiento. Fue visto que ni siquiera con el advenimiento de los denominados derechos de tercera generación, expresamente contemplados en la reforma de 1994, la regla resultó excluida aunque, indudablemente, los derechos de incidencia colectiva exigen una reinterpretación o acomodamiento de los límites clásicos del *caso*. En efecto, la histórica exigencia de una situación jurídica de exclusividad —propia del derecho subjetivo típicamente decimonónico— como recaudo para la legitimación judicial aparece, hoy, como excesiva pues bajo ese prisma quedarían huérfanos de protección procesal, justamente, los nuevos derechos recientemente incorporados.

Este problema, sin embargo, no se traslada al procedimiento administrativo, pues en éste la tutela de los intereses legítimos fue admitida textualmente por el legislador (conf. art. 1º, inc. f), ap. 1, LNPA, y arts. 3º y 74, RLNPA).

En sede administrativa, el dilema se traslada a la posible admisión de tutela del mero interés simple. Es decir, el interés en cabeza de todos y cada uno de los ciudadanos, en que se cumpla con la legalidad.

Por lo pronto, la posible protección de lo que tradicionalmente se denominó "interés simple" no encuentra, en el procedimiento administrativo, el límite constitucional de la exigencia de un caso o controversia como necesaria condición para la apertura de una actuación administrativa.

En todo caso, el límite es legal y —según estimo— nada impediría que el Poder Ejecutivo lo amplíe, en la medida en que con ello se facilite el control ciudadano sobre su propia actividad.

Tal ampliación no contradice la vigencia de los principios generales del procedimiento administrativo, sino que, por el contrario,

los fortalece en la medida en que una mayor y más amplia participación ciudadana propende a la realización de los fines últimos de todo procedimiento, esto es, el aseguramiento de la juridicidad y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva.

Si a ello se le suma que en el procedimiento no hay técnicamente dos partes enfrentadas, pues la Administración no es "adversaria" del particular y éste tampoco ha de ser considerado como "contrincante" de aquélla sino, antes bien, como su colaborador, cabrá concluir que la apertura del procedimiento a favor de quienes sólo ostentan un interés simple en el cumplimiento de la legalidad, viene a mejor asegurar la vigencia de la juridicidad y de la verdad jurídica objetiva. En otras palabras, la posibilidad de mayor participación ciudadana implica, a la par, ampliar los límites del control sobre el correcto desempeño de la función administrativa.

Esta posible ampliación de la legitimación en pos del mejor mayor control ciudadano de la actividad administrativa se ve facilitada, a mi criterio, por la expresa inclusión de la ética pública entre los nuevos derechos y garantías.

En efecto, con motivo de la reforma de 1994 el constituyente agregó al texto supremo en el capítulo de "Nuevos derechos y garantías", un mandato al Congreso para la sanción de un Código de Ética Pública (art. 36, CN).

La alusión a la ética pública como un nuevo derecho cuyo contenido es menester codificar, resulta indicativo —según creemos— de una opción axiológica del constituyente que no puede ser ignorada.

Así parece haberlo entendido el propio Poder Ejecutivo cuando, por ejemplo, dispuso que el derecho ciudadano a participar de procedimientos administrativos vinculados con el control del correcto y ético desempeño estatal no quedaba limitado a la mera formulación de una denuncia sino que comprendía el derecho a una resolución expresa (Carta Compromiso con el Ciudadano, aprobada por el art. 3º, inc. i), dec. 229/2000).

En definitiva, tal como lo ha entendido la Procuración del Tesoro de la Nación en oportunidad de dictaminar sobre los proyectos de decreto para la creación de los programas de Audiencias Públicas para la Transparencia en la Gestión y Elaboración Participada de Normas, este tipo de normas —que se enmarca en la política de lucha contra la corrupción— regulan cuestiones procedimentales del ámbito de la Administración que pertenecen a la esfera de su competencia constitucional y no requieren del dictado de una ley. De allí que puedan regirse por reglamento autónomo a través de los cuales se establecerán los concretos mecanismos de participación ciudadana¹⁹.

¹⁹ PTN, Dictámenes 234/199.

se hallen comprometidos los derechos de los ciudadanos rionegrinos". Bajo tal premisa, arguyó que venía en defensa de los derechos de los agentes públicos nacionales residentes en esa provincia, así como de los pasivos transferidos por la provincia a la Nación que viven en Río Negro.

Al respecto, merece singular atención el reciente decreto de acceso a la información pública del que nos ocuparemos seguidamente.

VIII. EL DERECHO A LA ÉTICA PÚBLICA COMO DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL DEC. 1172/2003 DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El dec. 1172/2003 procura —conforme se desprende de sus considerandos— coadyuvar al saneamiento de las instituciones. En esa búsqueda —según surge de su motivación— debe darse un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un acceso igualitario a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisivos de la administración.

En diversos anexos, el decreto establece un régimen general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo; un mecanismo de gestión de intereses —por el cual se propicia el conocimiento de los encuentros que los funcionarios públicos mantengan con las personas que representan determinados intereses—; un sistema de elaboración participativa de normas; otro de acceso a la información pública y un procedimiento de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos.

Respecto de la legitimación ciudadana para ser parte en estos procedimientos, cabe señalar que el decreto define a la audiencia pública como un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de las decisiones a adoptarse.

El concepto de "afectado" tiene un contenido amplio, pues podrá solicitar y participar de tales audiencias toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o un interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la audiencia pública (arts. 10 y 11 del anexo I, dec. 1172/2003).

Sorprende, ciertamente, la enunciación en un mismo plano de conceptos sobre cuyo contenido no suele haber interpretación pacífica (v.gr., "derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva"). Más allá de cualquier posible objeción, nos resulta claro que la intención fue ampliar en todo lo posible la facultad de solicitar y participar en las audiencias, pues la legitimación queda acreditada con la sola invocación de algún interés relacionado con el tema a desarrollarse en la audiencia. Ese interés puede ser, inclusive, el mero interés en que se cumpla con la legalidad, pues ése es el contenido clásico del denominado "interés simple", tutelado por el decreto.

Similar conclusión se extrae de la regulación del mecanismo de gestión de intereses, por el cual se obliga a los funcionarios a registrar las audiencias que se soliciten (anexo III del decreto, art. 3°), pues *toda persona* queda legitimada para exigir administrativa o judicialmente el cumplimiento de la norma, sin exigirse calificación subjetiva alguna (art. 9°).

En igual orden de ideas, podrá participar del procedimiento de elaboración de normas "toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse" (Anexo V, art. 9°). Se repite aquí, pues, la enunciación de situaciones jurídicas aptas para solicitar y participar en audiencias públicas, por lo que cabe formular igual conclusión en punto a la amplitud de legitimación, que se extiende al portador de un mero interés simple.

También es amplia la legitimación para acceder a la información pública, pues toda persona "tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado" (Anexo VII, art. 6°).

Por último, la regulación en materia de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos establece que podrá participar de dichas reuniones toda persona "que tenga un interés de hacerlo, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo" (Anexo VIII, art. 7°).

Queda así claro que, a la luz de este decreto, el poseedor de un interés simple tiene derecho a requerir que se activen los mecanismos que se diseñan para incrementar la transparencia de los actos, acceder a la información pública y participar en los procesos de toma de decisiones de la administración. La intervención en tales procedimientos administrativos no exige como requisito acreditar la existencia de, cuando menos, un interés legítimo.

Creemos que ello armoniza con la calificación que propiciáramos del derecho a la ética pública como derecho de incidencia colectiva en los términos de los arts. 36, 41, 42 y 43, CN²⁰.

En suma, al menos en el ámbito de aquellos procedimientos que se relacionan con el control del ejercicio de la función administrativa para evitar o prevenir irregularidades o ilícitos administrativos, parece abrirse paso una tendencia ampliatoria de la legitimación.

²⁰ CANDA, Fabián O., "El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)", EDA 2003-565. Hemos reiterado tal punto de vista en CANDA, Fabián O., *Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios políticos*, Monografías Jurídicas, nro. 154, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

Esta ampliación privilegia la preservación de la legalidad, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y la calidad del ciudadano, en general, como colaborador de la Administración, por sobre la exigencia de algún interés calificado para poder participar activamente en este tipo de procedimientos.

Desde esta mirada, el derecho a un desempeño ético de los funcionarios públicos resulta suficiente para impulsar y proseguir activamente el trámite de los procedimientos tendientes a controlarlos.

IX. CONCLUSIONES

La legitimación en el procedimiento administrativo discurre, en la actualidad, por los conocidos andariveles del derecho subjetivo y del interés legítimo. Estas situaciones jurídicas deben ser alegadas fundadamente por todo aquel que pretenda ser parte en un procedimiento.

Las teorías para discernir estas dos categorías y una tercera conocida como la del "interés simple" son variadas. Todas resultan útiles, en la medida en que permiten aproximarnos a conceptos cuyo grado de abstracción no es menor.

La más utilizada, en nuestro ámbito, es la que distingue el derecho subjetivo y el interés legítimo según el criterio de la exclusividad o concurrencia en el interés protegido.

El procedimiento administrativo conoció desde antes de la reforma constitucional de 1994, la tutela de los derechos sectoriales por parte de asociaciones gremiales, profesionales o representativas de intereses de índole industrial o comercial (v.gr., cámaras sectoriales), brindando soluciones que mutaron desde un primer período negativo al actual admisorio, en la medida en que se cumplían determinados requisitos vinculados con la acreditación de haberse formado la voluntad social conforme a las normas de creación de las entidades representativas.

Ello no obstante, no sería del todo correcto sostener que la reforma de 1994, resultó neutra para el instituto estudiado, pues así como la legitimación en el proceso contencioso-administrativo ingresó en un período crítico por el arribo de los denominados derechos de incidencia colectiva, consideramos que, bien que con otro alcance, también lo está en el procedimiento administrativo.

Lo antedicho se sustenta en que la consagración de la ética pública como nuevo derecho ciudadano obliga a instrumentar mecanismos que permitan un creciente control y participación de los particulares en el ejercicio de la función administrativa.

Para un profundo control de la Administración, resulta innecesario exigir a quien lo excite una situación jurídica calificada (v.gr., derecho subjetivo o interés legítimo), pues si lo que se quiere preservar es la legalidad y la verdad jurídica objetiva, no parece relevante que el particular deba probar una afección en la esfera de sus intereses vitales: alcanza con que alegue fundadamente que se ha vulnerado la legalidad para que el interés público comprometido en su vigencia lo autorice a participar activamente del procedimiento a incoarse.

Es dable observar tal tendencia —que valoramos plausible— en el dictado de normas por parte del Poder Ejecutivo en las que, apartándose del molde del derecho subjetivo —interés legítimo que establece la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos—, faculta en general a las personas a participar de determinados procedimientos administrativos vinculados con la preservación de la ética pública y el correcto desempeño de la función administrativa.

Tal intervención amplia tiende a reducir la histórica "opacidad" del obrar administrativo y, en consonancia con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno, permitir una mejor y mayor participación ciudadana en los procesos de formación de decisiones y posterior control de la ejecución de éstas.