

ACTUALIZACIÓN DOCTRINARIA DE LA TEORÍA SOBRE LOS DERECHOS PÚBLICOS

Humberto QUIROGA LAVIÉ

SUMARIO: I. *Conceptos generales y evolución histórica.* II. *Variables teóricas que dan fundamento a los derechos públicos subjetivos.* III. *La proyección social de los derechos públicos subjetivos.* IV. *Los derechos públicos subjetivos y la protección de los intereses difusos.* V. *Conclusiones de índole operativa sobre la doctrina de los derechos públicos subjetivos.*

I. CONCEPTOS GENERALES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La idea que encuentra sustento en la defensa del concepto "derecho público subjetivo" está directamente referida a la necesidad de proteger al interés público como *substractum* del patrimonio social, a efectos de que la sociedad no se encuentre impedida de defender lo propio, frente a la acción dañina o perjudicial de los gobernantes o de los propios integrantes de la sociedad. Es por ello que el derecho público subjetivo define su carácter por ser no sólo un *ius* frente al Estado, sino una pretensión en defensa del interés social.

Debemos tener presente que durante el proceso de desenvolvimiento del derecho romano, éste entendió al derecho subjetivo como un concepto objetivo —lo justo, lo equitativo, lo útil—, de tipo sistemático, pero no subjetivo. Se trató de un iusnaturalismo de tipo objetivo, sólo revertido por el nominalismo individualista de Occam, Hobbes y Dum Scotto. Así nace un concepto de individualismo absoluto e ilimitado, en cuyo ambiente se desenvuelve lo que modernamente se conoce como "derecho público", vale decir, como la protección del individuo frente al Estado, pero no como la protección de lo público en sí mismo. De este modo el derecho público nació gobernado por los principios del derecho privado, sin especificar sus propios principios. Es pasando al pensamiento de Ihering cuando se produce el punto de inflexión que implica el retorno al objetivismo romano de origen, de forma tal que el derecho subjetivo sea la protección de la objetividad de la cosa co-

mún, lo cual ha sido el sustento del fundamento de las *popularem actionem* en la antigua Roma. Es decir, el derecho subjetivo, no como un beneficio exclusivo a favor de su titular, sino como una multitud de lazos que engendran ventajas y cargas en relación a destinatarios múltiples. Se protegió más el orden común en el derecho romano que en el derecho contemporáneo, como veremos en seguida.

La escuela alemana de los derechos públicos subjetivos sostiene que ellos tienen un sustento de neto corte patrimonial estamental. Los derechos subjetivos se tenían por pertenecer su titular a una unidad feudal de dominación patrimonial. En Gerber y Sarwey el subjetivismo fue radical, pues se entiende que los derechos cívicos que forman la opinión pública son un verdadero peligro para la salud del Estado, por ser su objeto indeterminado. En cambio, es en Gneist donde el concepto se publicita, pues él sostiene que esos derechos implican la participación de la sociedad en la actividad orgánica del Estado; claro que ello no aceptado como *a priori*, sino como consecuencia del concepto de que el Estado el que distribuye esos derechos entre los miembros de la sociedad. En Jellinek hay otro viraje pues para él los derechos públicos se subjetivizan como reflejo formal —no material como en Gneist— de la protección a la libertad que hace el Estado; además, la sociedad no es titular de esos derechos, sino sólo los individuos, pero en relación a la "formalidad" de poner en movimiento el aparato protector del Estado. Asimismo, Jellinek entiende que los individuos son órganos del poder público y que ser titulares de derechos individuales es equivalente a ser titular de un derecho público. De allí que el *status negationis* resulta ser un reflejo de la ley del Estado. Pero la concepción jellinekiana de los derechos públicos subjetivos implica una concepción restrictiva de los mismos, pues no se tiende la posibilidad de ampliar la protección de los derechos individuales: éstos valen sólo como reflejo y no como substancia; tampoco se protegen los intereses materiales de la sociedad. Jellinek no niega el apriorismo del derecho subjetivo; pero —después de votar los ciudadanos— el apriorismo se convierte en posterioridad y todo depende de la voluntad organizativa del Estado. Estos derechos se clasifican en *status* de los ciudadanos: como *status negationis* o *libertatis*, donde los ciudadanos sólo pueden reclamar omisiones; como *status subjectionis*, que implican la obligación de cumplir los deberes públicos; como *status civitatis*, que atribuye la potestad de reclamar por los daños que produce el Estado, y como *status activae civitatis* que habilita a participar en el manejo de la cosa pública. En síntesis, lo que logra Jellinek es "estatizar" al individuo

ACTUALIZACIÓN DOCTRINARIA DE LA TEORÍA SOBRE DERECHOS 625

más que socializarlo. Hasta épocas recientes el patrimonialismo alemán se manifiesta en la doctrina del Tribunal Administrativo Federal que niega proteger la regularidad objetiva cuando no hay interés individual afectado. Es un resabio de la noción de "derecho adquirido", que significa que el ciudadano le compra al Estado sus títulos sobre los bienes.

La doctrina francesa se desenvuelve, en forma práctica, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el recurso por exceso de poder, que permite anular los actos administrativos del Estado con vicios objetivos respecto de la regularidad legal, a despecho de existir derecho adquirido de particular alguno. Se protegen los intereses ideales de la comunidad y no la finalidad de la ley, porque es la sociedad la dueña de los derechos públicos, en razón de ser el ciudadano el titular del derecho electoral (ello implica un apriorismo que da fundamento al derecho de resistencia a la opresión). De este modo se protegen los intereses simples de una forma objetiva, con el efecto de anular *erga omnes* los actos viciados; dicho interés, en el pensamiento de Hauriou, no precisa ser pecuniario, sino simplemente moral, como el que tiene un cuerpo constituido a hacer respetar sus prerrogativas; sólo se exige la justificación de pertenecer a un grupo territorial (a un municipio). Así se ha despatrimonializado la protección del derecho público en Francia. Pero en la práctica la protección de los derechos objetivos se ve resentida porque subsiste la presunción de legalidad de los actos administrativos. La protección objetiva no implica un proceso entre partes sino al acto administrativo, que lleva a la nulidad; se aplica, verdaderamente, más el derecho público que el privado, aunque no el concepto de acción popular, pues siempre se exige la justificación de, al menos, un interés simple. La doctrina francesa rescata el concepto de "opinión pública", sosteniendo que es allí donde se conjugan los intereses públicos con los privados, a través de una mediatización agregadora, claro que considerando a dicha "opinión" como una soberanía de sujeción, lo que viene a relativizar el concepto. La doctrina del exceso de poder tiene dos consecuencias no deseables: la excesiva centralización con desmedro del regionalismo y no tomar en cuenta la defensa de los intereses sociales, sino sólo la regularidad objetiva de la ley. Hay un enfrentamiento entre el patrimonialismo alemán y el institucionalismo francés (Houriou), donde se protege la substancia de la libertad y no sólo su forma ni el mero reflejo. Se enfrentan el corporativismo orgánico alemán con la noción de institución social de Hauriou que desenvuelve el drama humano: la persona no es un órgano —como para Jellinek— sino que tiene órganos, es por ello que los ciudadanos son

los verdaderos órganos o fiscales públicos de la sociedad. La ley no es el producto, para Hauriou, de una negociación contractual, sino del reflejo automático del drama humano que es la institución; por ello los órganos actúan con semilibertad y por ello es que se debe admitir el control de la discrecionalidad del acto administrativo. Lo que no podemos admitir en el pensamiento de Hauriou es su concepto pasivo y de sujeción de la voluntad social, que lo lleva a sostener que los individuos sólo pueden realizar su libertad cuando realizan negocios privados, pero negando la potencialidad de la libertad social. Lo público es sólo el ámbito para desarrollar la vida privada, al margen de la protección del interés social.

La escuela italiana, en vez de discutir el concepto teórico de derecho público subjetivo, como la alemana, o el concepto de legalidad, como la francesa, lo que hizo fue precisar el concepto de interés legítimo. Los derechos subjetivos son materia de la jurisdicción judicial, y los intereses legítimos de la administrativa. En el interés legítimo coincide el interés del administrado con el interés general postulado en la ley, de forma que derecho público subjetivo es interés público reconocido en la ley. En el pensamiento de Santi Romano, principal exponente de la escuela, se distingue claramente el derecho público subjetivo contra los actos depredatorios del Estado, de los que buscan obtener una prestación positiva del órgano público.

En la legislación española se ha recibido el precedente del exceso de poder francés, con base en la protección del interés objetivo; sin embargo, García de Enterría objeta el enfoque objetivo del recurso de anulación, sosteniendo que la administración no le debe al ciudadano el respeto a la observancia de la legalidad, sino son titulares de derechos subjetivos. La protección de la regularidad objetiva sólo quedaría en manos de la autodefensa de la administración, en la medida que lo efectuara de oficio. Esta posición parece insuficiente y alimentadora de un síndrome de sociedad pasiva ajena a los postulados de la democracia social.

II. VARIABLES TEÓRICAS QUE DAN FUNDAMENTO A LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Una cosa es la protección del interés material a una situación de ventaja personal y otra la que se funda en encontrarse alcanzado por la irregularidad de la ley, por el solo hecho de pertenecer a un grupo social. Lo primero implica una pretensión, para subordinar al interés

ACTUALIZACIÓN DOCTRINARIA DE LA TEORÍA SOBRE DERECHOS 627

propio el de otro; lo segundo una acción para que el respeto a la ley asegure la convivencia social. De ese modo, "la acción" no implica lucha entre partes, sino el restablecimiento del orden legal. Esta es la distinción entre pretensión y acción efectuada por Windscheid: los titulares de pretensiones deben probar daños materiales en su patrimonio, los de acciones el solo daño a la ley y su pertenencia al ámbito donde la ley se aplica. Los titulares de derechos públicos subjetivos son titulares de acciones que implican la pretensión de que se respete la ley. Confundir ambas cuestiones implica robustecer, en relación con el derecho público, el corporativismo jurídico que se da en el derecho privado, que sólo defiende los intereses privados y no los públicos. En las pretensiones privadas el proceso se basa en relaciones de igualdad entre las partes, a fin de lograr imponer la razón del interés privado; en las acciones públicas se parte de la desigualdad del Estado y la sociedad a fin de lograr la reparación igualitaria del interés social. Esto demuestra lo anacrónico de seguir exigiendo la legitimación patrimonial del interés violado, como condición para ejercer una acción pública, sin perjuicio de que sea lógico exigirlo para la reparación patrimonial eventual de los particulares afectados.

El proceso no sólo debe implicar lucha e imposición de intereses, sino también lograr el equilibrio social del sistema jurídico. Es por eso que no tiene por qué haber intereses contrapuestos entre la sociedad y el Estado depredador: ambos buscan el referido equilibrio. Pero la acción pública no sólo debe buscar la reparación objetiva frente a la violación de la ley, sino la reparación del interés social, al margen de dicha violación objetiva. Las acciones públicas no revisten el carácter de constitutivas de derechos subjetivos, declarativas o sancionatorias, como lo tienen las acciones privadas; ellas no hacen nacer derecho alguno sino que funciona la aplicación de la ley. La acción pública es un poder de control de los ciudadanos, para lograr el equilibrio social, de acuerdo con el programa legislativo vigente. Ellas tienen por objeto lograr la regularidad administrativa cuando ella no se produce.

Pero esto no significa que sea correcto considerar a la acción pública como de carácter objetivo, para ser actuado de oficio por los jueces, como un procedimiento contencioso de introspección administrativa (Hauriou), pues de ser así los tribunales se convertirían en comisiones investigadoras de la regularidad administrativa, marginando la actividad procesal de los ciudadanos. Los controles internos que suele prevenir el sistema suelen ser siempre insuficientes.

Entre los derechos públicos subjetivos a nombre del interés social,

los derechos de los particulares y los del aparato del Estado, si hubiera confrontación entre ellos, deben prevalecer los primeros, salvado el ámbito de reserva de los derechos individuales, cuando ellos fueran ajenos a todo interés público.

La naturaleza del derecho público subjetivo no es de un derecho natural, de carácter metafísico, sino de un derecho positivo *a priori* del impuesto por el Estado, dado que también la sociedad, a través de sus necesidades establecidas por sus costumbres o valoraciones aceptadas, crea un derecho que es positivo, frente al concepto abstracto de una idea de derecho. Las cuatro libertades de Roosevelt sintetizan, de algún modo, el código apriorístico de esos derechos: la libertad de religión, de necesidad, de expresión y de temor. Esos derechos son una *reacción* y no un *reflejo* frente a la ley del Estado, pero reacción no sólo como respuesta a un daño producido por el Estado, sino también como *acción* potenciadora de la libertad social.

La única razón para continuar erigiendo un interés legitimante para iniciar la acción pública, está referida a justificar la *pertenencia* del titular al grupo social afectado, pues él actuará como "representante" del mismo. De este modo se evita el desinterés de los individuos por los intereses sociales y se hace activa a la sociedad. Se debe entender que la acción pública tiene la función preventiva de evitar que se consuman los daños contenidos en una legislación irregular, aun antes de que ellos se produzcan. Lo contrario implicaría el amor a la muerte y no a la vida, en el funcionamiento del orden jurídico.

Los derechos públicos subjetivos son un sistema de control, para compensar la insuficiencia que provoca el desequilibrio de la división de los poderes del Estado; un control externo para evitar los daños al patrimonio social, para que la legislación se cumpla y para agilizar el flujo de la información pública. Los derechos públicos son un instrumento de información y no un arma de lucha; un instrumento para realimentar al sistema, a través del cumplimiento del postulado de la variedad requerida de los controles sociales, ejercidos en forma bidireccional —del Estado a la sociedad y viceversa—; acciones populares, de sector, grupales, abogados públicos, defensor del pueblo, Ministerio Público, tribunales administrativos y control variado por el Poder Judicial, son modalidades posibles a ser ejercidas para cumplir con el postulado de variedad requerida en cuanto al control.

Quienes sí tienen derechos públicos subjetivos como reflejos son los funcionarios públicos, en la medida que sus pretensiones no surgen

ACTUALIZACIÓN DOCTRINARIA DE LA TEORÍA SOBRE DERECHOS 629

de una substancia institucional, sino de la voluntad de la ley que les otorga competencia.

III. LA PROYECCIÓN SOCIAL DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Se trata del derecho de la sociedad a la procura existencial, que se debe modalizar como *derecho prestación* a cargo del Estado y a favor de toda la sociedad, para completar la trilogía jurídica con el *derecho autonomía* a autoorganizarse y con el *derecho participación* a intervenir en la gestión pública. Es obvio que la dificultad proviene de la generalidad en que están formuladas las prestaciones, que son el contenido de las obligaciones públicas, de la circunstancia de no ser habitual que dichas prestaciones estén dispuestas de modo imperativo y de que ello implica la discrecionalidad a favor de la administración de la referida prestación. Para obviar estas dificultades se pueden sugerir las siguientes modalidades de precisión:

- a) Derecho de los usuarios a ser consultados sobre programación y organización de los mismos;
- b) A ser informados sobre su funcionamiento;
- c) A lograr la supresión de daños, suspendiendo el servicio;
- d) A exigir el acceso al servicio;
- e) A ser tratados en forma igualitaria todos aquellos que se encuentren incluidos en grupos sociales uniformes;
- f) A excluir a los usuarios incumplidores de las cargas públicas;
- g) A controlar la equidad y proporcionalidad de los servicios.

Forstroff ha alertado que pasar de un derecho administrativo meramente habilitante a otro de prestaciones obligatorias, aseguraría la reconstrucción prestacional del Estado. Esto se podrá lograr a través de las siguientes clases de acciones públicas:

- a) Acciones dirigidas a impedir que el Estado interfiera en la autonomía organizativa de la sociedad;
- b) Acciones que sólo exijan la demostración de que se afecta un interés simple, con intención preventiva;
- c) Acciones que exijan el cumplimiento de los servicios públicos;
- d) Acciones dirigidas a lograr la reparación de daños por acción u omisión; particularmente cuando se afecta lo ecológico y económico de la sociedad;
- e) Acciones dirigidas a obtener el debate público de las medidas de gobierno de carácter discrecional;

f) Acciones dirigidas a lograr la participación en la formación de la voluntad del Estado;

g) Acciones dirigidas a lograr la reglamentación de la Constitución, en casos de emergencia social que lo hagan aconsejable;

h) Acciones directas de inconstitucionalidad, a favor de todo titular de interés simple, cuando el patrimonio social se encuentre afectado;

i) Acciones dirigidas a lograr la ilegalidad de los reglamentos legislativos que dañen a la ley o a los intereses sociales;

j) Acciones dirigidas a obtener el fomento de actividades privadas que colaboren con el desarrollo del interés público;

k) Acciones para lograr el cumplimiento por los particulares de los deberes públicos impuestos por la ley;

l) Acciones dirigidas a lograr o controlar la eficiencia del sistema administrativo;

m) Acciones dirigidas a develar cuál es el sistema administrativo real o aparente —el parasistema, en términos de Gordillo— a fin de achicar la brecha del sistema postulado con el existente.

El rol integracionista y asociativo de los derechos públicos subjetivos adquiere relevancia pues le permite al hombre desmasificarse y salir de su condición de individuo aislado, a partir del ejercicio participativo que le permite formar agrupaciones sociales potenciadoras de su ser social. De ese modo pueden los individuos romper su aislamiento y luchar contra las grandes corporaciones de interés que, incluso desde la corporación burocrática del Estado, oprimen, con el miedo del burócrata, el temor del ciudadano pasivo, perjudicado por carecer de los referidos derechos. El desconocimiento de estos derechos implica la negación de la personalidad moral activa de la sociedad: para Jellinek, la voluntad social lo es del Estado cuando sus órganos crean la ley; para Hauriou, la voluntad social es un acto de sujeción, pero no creador; en Rousseau, la voluntad general es una libertad natural, negatoria de la razón como impulso de la organización social; en Durkheim, la voluntad social está constreñida por los conceptos colectivos hasta llegar al suicidio; con Mase la voluntad social está constreñida por la lucha de clases, y sólo depende de una vanguardia que la libere; en Montesquieu las leyes resultan de la naturaleza de las cosas y no de la voluntad social gestando su propio destino. Descuidar los roles o funciones que desenvuelven la convivencia, y no fundamentar en ellos la invocación de derechos públicos para proteger la integración social, dejando sólo al interés patrimonial el papel activo que mueva la sociedad, es lo que ha permitido una sociedad de anónimos y desintegrada.

ACTUALIZACIÓN DOCTRINARIA DE LA TEORÍA SOBRE DERECHOS 631

Otra cuestión de trascendencia es la relativa a los derechos públicos subjetivos que tiene el Estado, a favor de las competencias públicas que sus órganos desenvuelven, tanto cuando esos derechos se ejerzan para hacer cumplir puntualmente los deberes públicos de los ciudadanos (cumplir con las prescripciones de la ley y del poder de policía; pagar impuestos; prestaciones de sangre, etcétera), cuanto para impedir que los órganos de otros poderes del Estado invadan o impidan el ejercicio de las competencias que les atribuye la Constitución o las leyes. Entre esos derechos podríamos distinguir: a la personalidad del ente público, que presentan situaciones conflictivas con motivo de dirimir las competencias federativas; el acceso, permanencia, contenido y amplitud de las competencias públicas; de prestación, en relación con los deberes públicos de la sociedad; y de dominio público, para garantizar la protección ambiental.

IV. LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS

Hablar de interés difuso como forma de caracterizar al *substractum* que subyace al derecho público subjetivo, implica perjudicar el entendimiento del dato colectivo de lo social y significa negar la viabilidad de dicha protección. Los derechos sociales son plenos, los intereses afectados también, la representación de cada individuo del interés social debe entenderse plena; lo único difuso es el daño a la pluralidad de intereses individuales afectados, razón por la cual dicho daño no debe ser reparado y sí en caso contrario. También es difusa la determinación del alcance del grupo social afectado. Mantener el concepto de difusividad es impropio en relación con la necesidad de convertir a la opinión pública de un ser pasivo en un ente activo.

Los grupos sociales son de existencia necesaria voluntaria. Los necesarios lo son por razones territoriales (Estado nacional, provincias, municipio, etcétera), o funcionales (asociaciones profesionales o gremios, consumidores, opinión pública, usuarios): ellos deben ser protegidos por los derechos públicos subjetivos. Los voluntarios surgen para propiciar el gobierno y organización de los grupos necesarios, según las líneas que se formen. En ambos casos los intereses públicos que están detrás de estos grupos deben ser protegidos a través de los siguientes medios:

1. *Acciones populares*. Ellas legitiman la acción de cualquier ciudadano para reclamar en sede judicial la protección de la legalidad ob-

jetiva, y ello puede complementarse con la oficiocidad del trámite. La acción puede preverse tanto en defensa del interés público general o local de determinadas corporaciones, como las municipalidades, cuando sus autoridades omitieren cumplir con sus obligaciones. La acción popular no tiene el mismo efecto que la procuración del derecho privado, porque no puede ser alcanzada toda la sociedad por la impericia del ciudadano actuante; la cosa juzgada alcanza al interviniente sólo *in bona parte*, pero no cuando contradiga su interés; el interés público no puede caducar ni prescribir nunca, pues aquí no hay necesidad de certeza: la vía de reparación debe estar siempre abierta. Estas acciones son fungibles, de modo que pueden ser continuadas por cualquiera si han sido desistidas por otro, o estuvieren extinguidas. Si hubiera grupos perjudicados ellos pueden plantear la respectiva tercería en juicio para ser reparados. Según Bielsa, ¿qué sentido tendría la ley si sólo dependiera su cumplimiento de la voluntad de los funcionarios? El interés en lo público de los ciudadanos es un supuesto no sujeto a prueba. El efecto *erga omnes* de la acción popular se produce sólo si se declara la nulidad de los actos impugnados, para evitar una convivencia entre un denunciante y el denunciado para fraguar el rechazo de la acción. No estamos de acuerdo con Gordillo cuando sostiene que los jueces no pueden ordenar hacer un puente cuando lo disponga la ley, por tratarse de una cuestión técnica, ajena a la justicia, pues los peritos deben suplir la referida impericia.

2. *Las acciones en interés público (interés público acción)* son aquellas que deben ser ejercidas a nombre de toda la sociedad afectada, sólo por abogados que están encargados u organizados a tal efecto, a fin de paliar la indiferencia de los ciudadanos. (En Estados Unidos la fundación Ford ha impulsado estudios jurídicos con estas características.) En este caso los intereses en juego son verdaderamente difusos.

3. *Las acciones de clase (clases acción)* son aquellas que se ejercen para proteger intereses de sectores específicos de la población (consumidores), a fin de evitar la dificultad práctica para realizar la acumulación de acciones en una sola representación, por parte de cualquiera de los que se encuentran en esa situación. En este caso, los intereses individuales afectados no son difusos, pues pueden ser probados por cada uno de los afectados; pero —por razones prácticas— conviene unificar la representación del grupo a los efectos de la defensa de los intereses individuales afectados.

En ambas acciones se debe notificar a todos los implicados en los

respectivos grupos para lograr el efecto *erga omnes* de las sentencias negativas para los intereses individuales, pero no para lograr dicho efecto en relación con los resultados positivos del juicio para dichos intereses. Mientras la acción de clase es una acción de solidaridad, la acción en interés público lo es de índole participativa.

4. *La acción popular grupal* tiene la particularidad que es otorgada sólo a determinadas agrupaciones representativas del grupo (asociaciones de consumidores) y, en tal caso, los efectos suelen ser *erga omnes*, tanto en las malas como en las buenas (aunque ello depende de la legislación). Fuera de su actuación en juicio, esas asociaciones deben tener intervención en la formación de los contratos tipos o a actuar en forma conjunta con el Ministerio Público.

5. *Las acciones representativas de asociaciones* que agrupan intereses sectoriales de pertenencia individualizada (*las relators actions*), caso de las asociaciones gremiales o profesionales, porque su integración no es indeterminada, dado que se llevan registros de sus miembros. Las asociaciones representan los intereses de todos sus miembros (caso de la Ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires que le otorga esa representación al Colegio de Abogados).

6. *Las acciones grupales derivadas (derivate actions)* que son las ejercidas por los miembros de agrupaciones contra los directivos por irregularidades en su manejo. No es el caso de utilizar el modelo de la estipulación por terceros o la gestión de negocios, que provienen del derecho civil, para resolver necesidades del derecho público.

7. *Las acciones públicas delegadas*, que son las que provienen de delegaciones que efectúe al efecto el Ministerio Público, sin resignar éste su ámbito de competencias.

8. La protección de los intereses públicos por la intervención del Estado, no se debe desdeñar a pesar que son conocidas las razones que hacen preferible la intervención de los remedios sociales a los del Estado, debido a que, por lo general, las oficinas del Ministerio Público se burocratizan y ritualizan, de modo que no representan efectivamente a los intereses de la sociedad. Empero, tal función no puede abandonarse: para lograr un contrapeso al peligro de la corporatización proveniente del ejercicio de las acciones públicas. Lo que sí sería preferible es reorganizar al Ministerio Público sobre la base de que represente efectivamente a la sociedad, que sea electivo, que intervenga no sólo en el impulso de las acciones públicas penales, sino también en las civiles, a fin de terminar con la prescindencia actual del Ministerio en el seguimiento dirigido a lograr que se cumpla la ley. Es incon-

veniente continuar con el régimen actual del solo control de legalidad de la actividad administrativa, desentendiéndose el poder de control del mérito, oportunidad y real eficiencia en el cumplimiento de la ley, porque dicho control no asegura, de ningún modo, el equilibrio del sistema social. No sería impropio que el referido control de mérito sea efectuado por tribunales administrativos, en vez de judiciales, pero asegurando la intervención judicial para ejercer el control de legalidad. Los tribunales administrativos dispondrán de mayor inmediatez en relación con las materias sujetas a control y mayor criterio político, por tal razón. Además, los procedimientos judiciales son lentos y siempre sus decisiones llegan tarde para evitar los daños que busca remediar una nulidad. Cumplir con la ley no basta nunca, sólo asegura un disciplinamiento de la incapacidad encubierta por el mero respeto a la legalidad formal. Se debe ir a un control de resultados de la regularidad legislativa. Al control de los tribunales administrativos debe adosársele un control social de acciones públicas, o del propio Ministerio Público, para asegurar un sistema de control integral.

No estamos de acuerdo con Carnellutti con que un tribunal de control deba estar desinteresado del proceso. Por caer en tal postulado en forma dogmática, el controlador se ha desinteresado de las cuestiones que debe controlar y no las promueve: los controles sociales objetivos, evitarán tal desfase. Un sistema de control integral debe respetar los siguientes postulados:

- a) El Poder Judicial debe asegurar el respeto de la legalidad y la justicia distributiva en el reparto de los bienes sociales;
- b) Los tribunales administrativos deben cuidar el cumplimiento de la ley como sistema objetivo, en función de la eficiencia de los fines de la ley;
- c) La sociedad debe custodiar la defensa de los intereses sociales alternativos, para realimentar el poder público.

Controlar sólo la regularidad legal, realimenta el ritualismo reglamentario. Los jueces repararán daños, los tribunales administrativos anularán actos irregulares y la sociedad buscará la eficiencia en la aplicación de la ley. De este modo el control de la discrecionalidad por los tribunales administrativos no podrá ser impugnada; ellos pertenecen, de algún modo, al área política del gobierno.

9. Los abogados públicos, que cuentan con apoyo del Estado, incluso las asesorías públicas que forman cuerpos de abogados, tratan, en los Estados Unidos, de romper el dilema de la burocratización del Ministerio Público, manteniendo el apoyo fiscal de esas oficinas, pero siendo

entregadas en su conducción al ámbito privado, para que desde ellas promuevan la defensa de los intereses sociales inexpressados y los ayuden a organizarse. De esta forma se cumple el postulado sistémico de la bidirección en el control, alimentando el Estado la organización de su propio control.

10. Un defensor del pueblo que tenga por misión facilitar el acceso a la información a la sociedad, para asegurar el acceso a la justicia, cierra el círculo que conforma el sistema de controles de los intereses sociales. Su función será: informar, inspeccionar, investigar, exhortar, controlar, discutir, disentir, recomendar, influir, criticar, censurar, accionar en justicia o ante la administración, encuestar, proyectar, programar y realizar toda otra actividad dirigida a salvaguardar los intereses públicos. Podrá actuar a nombre de la base social que lo elija o como comisionado parlamentario.

V. CONCLUSIONES DE ÍNDOLE OPERATIVA SOBRE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

1. El cumplimiento del postulado sistémico de la variedad requerida de controles, como ha sido expuesto, garantizará el equilibrio del sistema social, y a ello debe tender la protección de los derechos públicos subjetivos:

2. La satisfacción, asimismo, del postulado de la bidirección retroalimentante del control social y político, garantizando que el Estado impulse el control social y viceversa; así como lograr asegurar no sólo el control de legalidad, sino también el de eficiencia y de oportunidad será un dato insoslayable de la referida protección; la creación de tribunales administrativos tiende a ello;

3. La unificación de las acciones procesales administrativas y contenciosas, sobre la base de un trámite común, quedando habilitada la protección objetiva y subjetiva de pluralidad de pretensiones —tesis de Dromi, que compartimos—, es una forma concreta para asegurar los postulados referidos en los puntos anteriores. La referida unificación termina con el anacronismo de la clásica diferenciación entre interés simple, interés legítimo y derechos subjetivos, cuando de la protección del interés público se trata;

4. El impulso de oficio de la regularidad objetiva del cumplimiento de la ley, la acción directa de inconstitucionalidad y la erradicación del consentimiento de los particulares como forma de hacer caducar la

acción pública (caso del Decreto 1759/72, artículo 99), son modalidades que deben imponerse para asegurar la referida protección;

5. Así como la defensa en juicio de los derechos individuales y el respeto al debido proceso a tal efecto, son postulados básicos del Estado de derecho, también lo es la defensa y el debido proceso de los derechos públicos, que tienen apoyo en el artículo 33, CN, nacido bajo la inspiración de Mitre, como apoyo constitucional de los derechos de la sociedad.

6. La protección a los individuos de los ataques de sus semejantes se la da la ley; pero la protección de las asechanzas del Estado la da la Constitución (Gordillo), claro que no puede ser a través de la intervención del propio Estado, sino de la activa participación controladora de la sociedad;

7. La producción de daños como consecuencia del ejercicio de atribuciones discrecionales por parte del poder público, debe ser siempre impedida y reparada por el Estado, a cuyo fin son operativos los derechos públicos subjetivos. La indeterminación de las prestaciones de una obligación cierta establecida por la ley, no puede significar la irresponsabilidad del Estado, cuando de ello surge un daño mensurable al patrimonio social. La discrecionalidad no puede estar exenta del control de razonabilidad ni del control de gestión dirigido a evitar los daños que se produzcan a los intereses públicos.

8. Los derechos públicos subjetivos cuando se conjugan como un haz de derechos hasta formar un sistema, cumplen la función de proteger el dominio público ambiental, que viene a ser el *substratum* de los referidos derechos. El dominio público es un haz de derechos públicos subjetivos dirigidos a proteger el ambiente; dicho dominio es más un deber de guarda y protección del ambiente social, que un derecho de disposición plena (a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado). Es por ello que el dominio público no es otra cosa que el sistema de control público sobre los actos de gobierno y de administración para salvaguardar al sistema ambiental. No hay derecho de propiedad, equivalente a la disponibilidad del derecho real civil, en el dominio público ambiental, sino una función social de guarda del patrimonio social que no debe ser utilizado para especular en ningún caso, sino para gestar el bien común.

9. Los diez principios que deben gobernar el dominio público ambiental (desenvolviendo el pensamiento de Guillermo Cano) son:

a) El principio del aprovechamiento interdependiente de los recursos naturales;

ACTUALIZACIÓN DOCTRINARIA DE LA TEORÍA SOBRE DERECHOS 637

- b) El principio del aprovechamiento coordinado de esos recursos;
- c) El principio del máximo aprovechamiento de los recursos naturales;
- d) El principio de la supremacía del interés público sobre el privado, en punto a dicho aprovechamiento;
- e) El principio del aprovechamiento múltiple no singular de los recursos;
- f) El principio del aprovechamiento por encima del umbral de conveniencia económica y por debajo del límite de uso abusivo;
- g) El principio del respeto de la inalterabilidad del recurso;
- h) El principio del amparo ambiental para la protección del recurso;
- i) El principio de la protección de la reserva ambiental recursiva;
- j) El principio de la racionalidad en el aprovechamiento de los recursos no renovables.