

# *Legitimación causa I 71516*

Inconstitucionalidad de la Res 234/10 de la AdA

*Contesta TRASLADO .*

*Responde a FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA .*

*Excelentísima Suprema Corte de Justicia de la Provincia:*

Francisco Javier de AMORRORTU, por mi propio derecho y mis propias obligaciones, constituyendo domicilio legal en calle 48, N° 877, 3er piso, Ofic. 308Casillero 1544 de La Plata, conjuntamente con mi letrado patrocinante Ignacio Sancho ARABEHETY, CALP T 40 F 240, Leg. Prev. 45779/0, IVA Responsable Inscripto, en la causa **I 71516 DE AMORRORTU FRANCISCO JAVIER C/ AUTORIDAD DEL AGUA S/ INCONST. RES. 234/10** a V.E. me presento y con respeto digo:

**CONTESTA TRASLADO**

Recién notificado de la resolución de fecha 5 de Septiembre de 2011 confiriéndome traslado de la excepción de falta de legitimación activa (Arts 344 y 345, inc 1º y 3º del C.P.C.C.) me doy a considerar en la reiterada brevedad de las repuestas del Asesor Gral el meollo de sus apreciaciones y de aquí cuál fuera su dificultad, su solicitud y su actitud.

*Prefacio*

Tan sugestiva brevedad para enfocar la inusual cantidad de demandas que este hortelano y su burro descargan tal vez refieran del sin sentido de ese esfuerzo, tal vez refieran de la incapacidad del burro, tal vez refieran del desinterés de las materias que hacen al fondo de la cuestión; o tal vez refieran del Amor que el AGG tiene por las materias formales adjetivas que hacen al debido proceso y así, solicitando nuestra atención nos está invitando a que aportemos esfuerzo para estudiar más esa adjetivación.

En primer lugar quiero aclarar, aunque supongo que el sol se ocupa de hacerlo todos los días, que el 99% de la Vida del planeta está en sus manos y tapar con las manos la necesidad **de darse a estudiar** de cuántas formas participa su conmiseración con nuestras Vidas, es intelección que llenaría de felicidad y asombro a cualquier Vida.

En segundo lugar quisiera recordar que quién me presentó hace 6,5 años en estos ámbitos judiciales tan dignos de aprecio, fue el propio director provincial de la DIPSOH Daniel Coroli acercando al exp B 67491 **un simple folio** manuscrito, el primero del viejo y voluminoso expediente 2400-1904/96.

Ese simple folio fue detonador de mi presencia en esta Excma SCJPBA. Tras un rico encuentro con ambos titulares de la Secretaría de Demandas Originarias, Dres Ricardo Ortíz y Juan José Martiarena, recibí sugerencia de legitimar mi participación como tercero en la litis. A los 5 días alcancé esa presentación y a las 36 horas ya tenía devolución ministerial invitándome por vía telefónica a participar de una audiencia ese mismo día; poniendo de manifiesto un aprecio que desconocía en años de reclamos en la Administración.

Hubiera bastado la reticencia que exhibe en sus respuestas el AGG para que este hortelano siguiera ocupándose de las dulzuras que multiplicaban sus zapallos de Angola. Pero no fue así. Mi respuesta fue inmediata, vertiginosa, contagiosa de ese aprecio que sentí expresaba ese inesperado llamado desde esta Excma SCJPBA.

Alrededor de mi condición ajena a los claustros académicos, -no así al estudio-, recuerdo cómo un especialista en derecho ambiental y procesalista hoy con 44 años de oficio y medalla de plata del Colegio de Abogados de la Provincia, me señaló que por el hecho mismo de no ser abogado quien redactaba estos escritos, estimulaba con aire fresco la sinceridad interior de cada lector para dar paso a la atención de fondo en cuestiones demoledoras que nadie parece siquiera en condiciones, ya no de juzgar, sino siquiera de mirar. El fondo de las cuestiones técnicas de sus trabajos de los últimos 5 años, a excepción de las antenas y la contaminación visual, reconocen las alforjas de este burro. Aclaro que sobre su lomo va la Musa Alflora oficiando de picaflor hidroecoico.

Reconozco aprecio, que como reserva oportuna para esta devolución que hago al AGG tal vez alcancen a expresar el respeto que siento por sus dificultades. Y si por caso fueran las mías personales, materias que siempre evacúo con natural espontaneidad, pues siendo mi único lucro la alegría con que trabajo y la libertad con que florece por no tener nada por pedir, ni ganar, ni perder en lo estricto personal, aunque diga “por mi propio derecho” –al que acabo de añadir: “y por mis propias obligaciones”, siendo el paradigma ambiental tan claro al respecto-; en aprecio, reitero, a sus respuestas que ya no se si responden a dificultad para entrar al fondo de la cuestión o a inadvertida desconexión que deviene en su rechazo también natural, hoy intentaré redoblar tarea **en la historia de las exhibidas razones de la adjetiva cuestión de la legitimación procesal** a la que siempre y en exclusiva el AGG ha apuntado, aunque todo en estos años, merced a transformadores enunciados de un aún al parecer indiscernido paradigma ambiental, haya cambiado.

No logro concebir que 15 años mirando el sol y las aguas no alcancen a despertar en el AGG el más mínimo interés en reconocer los problemas que la ciencia hidráulica desde hace más de un siglo nos alcanza a todos en el planeta y a cambio ponga toda su libertad al servicio crítico de la adjetivación procesal. Tarea penosa y por demás inútil considerando las relaciones y facilidades legítimas que a cada ciudadano acerca y con tanta seriedad obliga, reitero, la apertura de cosmovisión del paradigma ambiental.

Haré ignorancia de ellas y me zambulliré en un texto tan meduloso como sacrificado de un ser humano de enorme vocación. Su vocación ha sido el estímulo para acercar mi esfuerzo a los aprecio en que está sumergido el AGG. **No habré de sacar conclusiones** por respeto al autor. Sí haré al término de su referenciación, comentarios que van por vía poética y hermenéutica para compensar indigestión. También a mi burro necesito alcanzar sus alimentos. Y al final haré entrega de tan sólo 4 páginas que son mi asombro y legítimo aporte a los cursos muertos y santuarios hidrogeológicos violados en la región.

Antes de darme a esa tarea considero inevitable reiterar todo lo conocido, por no terminar de entender cuáles son las dificultades del AGG para estar clavado en la importancia de la adjetivación procesal aunque nuestras planicies intermareales tengan que esperar la atención de su mirada. Su acotación a f 33 vta de que “**vale la pena señalar que el presunto derecho de incidencia colectiva no fue invocado**”, me hace sentir que si bien aún no cabe valoración de lo fundado en la pretensión procesal, las **15 veces** que refiero de “**crímenes hidrogeológicos**”, los más aberrantes de toda la provincia no habrán escapado a su percepción. ¿Acaso estos crímenes en miles de hectáreas despanzurrando al mismísimo corazón del Puelches merecen esa observación tan extraordinaria en inefable formalidad? Lo que sigue viene rescatado de la pág 84 de este escrito: “*Bien los procesalistas españoles en su intento de explicar el art 524 de la LEC, advirtiéndonos de que el fundamento de la pretensión procesal no es su motiva-*

cion, **invocada o no**, sino los acaecimientos de la Vida en que se apoya no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al que la pretensión se refiere y que en el escrito de la demanda es preciso que se aporten todos aquellos elementos fácticos, históricos, que, efectivamente, jueguen tal papel delimitador". Espero que más allá de esta primeras 10 páginas con repeticiones, advierta cuánta preocupación he aplicado a **sus consideraciones** y cuánta, en esta Exema SCJPBA y en la consecuente comunicación pública que ya reconoce más de 800 hipertextos de coherente especificidad, hube y habré de aplicar al fondo del encubrimiento criminal en estas lagunas que la AdA en forma super irresponsable aprecia soslayar.

## *Reitero lo siempre reiterado*

Nuestro sistema constitucional se funda entre otros principios en el de la relatividad de los derechos, fundamento de la existencia del Poder de Policía del Estado (art.14, primera parte de la Constitución Nacional) conforme al cual aquéllos deben ejercerse ajustándose a las leyes que los reglamenten; claro está, marcando la diferencia entre la regulación razonable y la restricción arbitraria de los mismos.

Este poder de limitación que los miembros de una sociedad asignan a sus autoridades y que por regla reside en el órgano legislativo reconoce también sus necesarios límites, en los principios de reserva, legalidad, y razonabilidad (arts.19, 28 y 43 de la Constitución Nacional).

*Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.*

*Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; **y tienen el deber de preservarlo**. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.*

*Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o*

*en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio. Cuando en una causa judicial se denuncie la violación a alguno de estos principios es deber de la judicatura proceder a la revisión de la norma o del acto cuestionado a fin de verificar dicha circunstancia y privarlo de efectos jurídicos, si correspondiere.*

## **Leyes provinciales**

### **Constitución Provincial**

**Artículo 20.-** *Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales:*

*1- Toda persona que de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal, podrá ejercer la garantía de Habeas Corpus recurriendo ante cualquier juez.*

*Igualmente se procederá en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de su detención legal o en el de desaparición forzada de personas.*

*La presentación no requerirá formalidad alguna y podrá realizarse por sí mismo o a través de terceros, aún sin mandato.*

*El juez con conocimiento de los hechos y de resultar procedente, hará cesar inmediatamente y dentro de las veinticuatro horas, la restricción, amenaza o agravamiento, aún durante la vigencia del estado de sitio. Incurrirá en falta grave el juez o funcionario que no cumpliera con las disposiciones precedentes.*

*2- La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos.*

*El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de Habeas Corpus. No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial.*

*La ley regulará el Amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos.*

*3- A través de la garantía de Habeas Data que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes, así como la finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística.*

*Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.*

*Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar.*

**Artículo 28.-** *Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras.*

*La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada.*

*En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales.*

*Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna.*

*Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo.*

**Artículo 45.-** *Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les han sido conferidas por esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ella.*

## *Ley Provincial 11723*

**ARTÍCULO 1º:** *La presente ley, conforme el artículo 28º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, tiene por objeto la protección, conservación, mejoramiento y restauración de los **recursos naturales** y del ambiente en general en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, a fin de preservar la vida en su sentido más amplio; asegurando a las generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica.*

**ARTÍCULO 2º:** *El Estado Provincial garantiza a todos sus habitantes los siguientes derechos:*

*Inciso a): A gozar de un ambiente sano, adecuado para el desarrollo armónico de la persona.*

*Inciso b): A la información vinculada al manejo de los recursos naturales que administre el estado.*

*Inciso c): A participar de los procesos en que esté involucrado el manejo de los recursos naturales y la protección, conservación, mejoramiento y restauración del ambiente en general, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación de la presente.*

*Inciso d): A solicitar a las autoridades la adopción de medidas tendientes al logro del objeto de la presente ley, y a denunciar el incumplimiento de la misma.*

**ARTÍCULO 3º:** *Los habitantes de la Provincia tienen los siguientes deberes:*

*Inciso a): Proteger, conservar y mejorar el medio ambiente y sus elementos constitutivos, efectuando las acciones necesarias a tal fin.*

*Inciso b): Abstenerse de realizar acciones u obras que pudieran tener como consecuencia la degradación del ambiente de la Provincia de Buenos Aires.*

**ARTÍCULO 5º:** *El Poder Ejecutivo Provincial y los municipios garantizarán, en la ejecución de las políticas de gobierno la observancia de los derechos reconocidos en el artículo 2º, así como también de los principios de política ambiental que a continuación se enumeran:*

*Inciso a): El uso y aprovechamiento de los recursos naturales, debe efectuarse de acuerdo a criterios que permitan el mantenimiento de los biomas.*

*Inciso b): Todo emprendimiento que implique acciones u obras que sean susceptibles de producir efectos negativos sobre el ambiente y/o sus elementos debe contar con una evaluación de impacto ambiental previa.*

*Inciso c): La restauración del ambiente que ha sido alterado por impactos de diverso origen deberá sustentarse en exhaustivos conocimientos del medio, tanto físico como social; a tal fin el estado promoverá de manera integral los estudios básicos y aplicados en ciencias ambientales.*

*Inciso d): La planificación del crecimiento urbano e industrial deberá tener en cuenta, entre otros, los límites físicos del área en cuestión, las condiciones de mínimo subsidio energético e impacto ambiental para el suministro de recursos y servicios, y la situación socioeconómica de cada región atendiendo a la diversidad cultural de cada una de ellas en relación con los eventuales conflictos ambientales y sus posibles soluciones.*

*Inciso e): El Estado Provincial promoverá la formación de individuos responsables y solidarios con el medio ambiente. A tal efecto la educación ambiental debe incluirse en todos los niveles del sistema educativo, bajo pautas orientadas a la definición y búsqueda de una mejor calidad de vida.*

**ARTÍCULO 6º:** *El Estado Provincial y los municipios tienen la obligación de fiscalizar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al ambiente, siendo responsables de las acciones y de las omisiones en que incurran.*

**ARTÍCULO 7º:** *En la localización de actividades productivas de bienes y/o servicios, en el aprovechamiento de los recursos naturales y en la localización y regulación de los asentamientos humanos deberá tenerse en cuenta:*

*a) La naturaleza y características de cada bioma:*

*b) La vocación de cada zona o región, en función de sus recursos, la distribución de la población y sus características geoeconómicas en general.*

*c) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales.*

**ARTÍCULO 8º:** *Lo prescripto en el artículo anterior será aplicable:*

**a)** *En lo que hace al desarrollo de actividades productivas de bienes y/o servicios y aprovechamiento de recursos naturales:*

1. *Para la realización de obras públicas.*
2. *Para las autorizaciones de construcción y operación de plantas o establecimientos industriales, comerciales o de servicios.*
3. *Para las autorizaciones relativas al uso del suelo para actividades agropecuarias, forestales y primarias en general.*
4. *Para el financiamiento de actividades mencionadas en el inciso anterior a los efectos de inducir su adecuada localización.*
5. *Para el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o permisos para el uso y aprovechamiento de aguas.*
6. *Para el otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones para el aprovechamiento de las especies de flora y fauna silvestres.*

**b)** *En lo referente a la localización y regulación de los asentamientos humanos:*

1. *Para la fundación de nuevos centros de población y la determinación de los usos y destinos del suelo urbano y rural.*
2. *Para los programas del gobierno y su financiamiento destinados a infraestructura, equipamiento urbano y vivienda.*
3. *Para la determinación de parámetros y normas de diseño, tecnologías de construcción, uso y aprovechamiento de vivienda.*

## **DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE ÁREAS NATURALES**

**ARTÍCULO 9º:** *Los organismos competentes propondrán al Poder Ejecutivo las medidas de protección de las áreas naturales, de manera que se asegure su protección, conservación y restauración, especialmente los más representativos de la flora y fauna autóctona y aquellos que se encuentran sujetos a procesos de deterioro o degradación.*

## **DEL IMPACTO AMBIENTAL**

**ARTÍCULO 10º:** *Todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación de acuerdo a la enumeración enunciativa incorporada en el anexo II de la presente ley.*

**ARTÍCULO 11º:** *Toda persona física o jurídica, pública o privada, titular de un proyecto de los alcanzados por el artículo anterior está obligada a presentar conjuntamente con el proyec-*

to, una *EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL* de acuerdo a las disposiciones que determine la autoridad de aplicación en virtud del artículo 13°.

**ARTÍCULO 12°:** Con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización y/o autorización de las obras o actividades alcanzadas por el artículo 10, la autoridad competente remitirá el expediente a la autoridad ambiental provincial o municipal con las observaciones que crea oportunas a fin de que aquella expida la *DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL*.

**ARTÍCULO 13°:** La autoridad ambiental provincial deberá:

Inciso a): Seleccionar y diseñar los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, y fijar los criterios para su aplicación a proyectos de obras o actividades alcanzados por artículo 10°.

Inciso b): Determinar los parámetros significativos a ser incorporados en los procedimientos de evaluación de impacto.

Inciso c): Instrumentar procedimientos de evaluación medio ambiental inicial para aquellos proyectos que no tengan un evidente impacto significativo sobre el medio.

**ARTÍCULO 14°:** La autoridad ambiental provincial o municipal pondrá a disposición del titular del proyecto, todo informe o documentación que obre en su poder, cuando estime que puedan resultar de utilidad para realizar o perfeccionar la *EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL* exigida por la presente ley.

**ARTÍCULO 15°:** La autoridad ambiental de aplicación exigirá que las *EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL* se presenten expresadas en forma clara y sintética, con identificación de las variables objeto de consideración e inclusión de conclusiones finales redactadas en forma sencilla.

**ARTÍCULO 16°:** Los habitantes de la Provincia de Buenos Aires podrán solicitar las *EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL* presentadas por las personas obligadas en el artículo 11°. La autoridad ambiental deberá respetar la confidencialidad de las informaciones aportadas por el titular del proyecto a las que le otorgue dicho carácter.

**ARTÍCULO 17°:** La autoridad ambiental provincial o municipal según correspondiere arbitrará los medios para la publicación del listado de las *EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL* presentadas para su aprobación, así como del contenido de las *DECLARACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL* del artículo 19°.

**ARTÍCULO 18°:** Previo a la emisión de la *DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL*, la autoridad ambiental que corresponda, deberá recepcionar y responder **en un plazo no mayor de treinta (30) días** todas las observaciones fundadas que hayan sido emitidas por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas interesadas en dar opinión sobre el impacto ambiental del proyecto. Asimismo cuando la autoridad ambiental provincial o municipal lo crea oportuno, se convocará a audiencia pública a los mismos fines.

*Del Código Civil y Leyes de presupuestos mínimos nacionales; otras, ambientales provinciales y transversales de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo, 8912/77 y sus reglamentarias;*



Ver los arts 897, 899, 903, 904, 917, 923, 928, 929, 931, 932, 933, 934, 935, 941, 942 y 943 del CC y arts 2340 inc 3º (hoy art 235. inc C del nuevo CC), 2572, 2577, 2579, 2642, 2639, 2634, 2638, 2644, 2648, 3082 y 3101 del Código Civil; las subrayadas reclaman consideración HIDROGEOLOGICA e HIDROLOGICA, infinitamente específica y provocadora.

**Ley General del Ambiente Nª 25675 en sus 34 artículos y dos anexos**, en particular, el par.2º, del art 6º, el único que define lo que es un presupuesto mínimo. Allí señala que 1º tenemos que mirar por la dinámica de los sistemas ecológicos. En 2º lugar mirar por sus cargas y transferencias de energías. Recién en 3º lugar mirar por los temas generales del ambiente y en 4º lugar por las siempre declamadas “sustentabilidades” de los recursos naturales. Nunca jamás hemos respetado este orden elemental, aunque esto la ciencia aprecie resolverlo para tapar sus baches, con el empleo de la voz “ecosistémico”

*Recordando todas las leyes que se devoran en estas materias que ameritan soportes cuantitativos o criterios cualitativos, urbanos y rurales, de hidrología e hidrogeología:* inc 2 del art 2º de la vieja ley 3487 de fundación de pueblos. Los arts 6º de la ley 6253, 1º, 2º, 3º, inc c y 5º de la ley 6254 y 4º del dec regl 11368. El art 59 de la ley 8912. Los arts 2º, 3º y 4º de la ley Prov. 5965. El art 101º del dec 1359 regl de la ley 8912. Los arts 2º y 3º y los 10 párrafos del art 5º de la ley 25688 de Presupuestos Mínimos sobre el Régimen Ambiental de Aguas. De la ley prov. 12257 los sig arts: 5º, 6º, 10º, 14º, 17º, 24º, 29º, 30º, 33º, 34º, 35º, 36º, 40º, 41º, 42º, 44º, 45º, 46º, 47º, 53º, 55º, 57º, 58º, 72º, 73º, 83º, 84º, 85º, 86º, 87º, 88º, 89º, 93º, 97º, 98º, 99º, 100º, 101º, 102º, 103º, 104º, 105º, 106º, y 108º. De la ley 11723 los arts 14º, 18º, 20º, 23º, 25º, 27º, 34º, 39º, 40º, 41º, 45º y 46º.

## *Apuntes a más sinceras legitimaciones*

*Si tan sólo hubiera sabido hubiera sido cerrajero. A.Einstein*

Apurar comentarios sobre una obra que no por pequeña ha llevado una Vida, es imposible, pues el espíritu de esa Vida está presente en la tarea que le sigue.

Aspirar a seguirle obliga a transitar nuevos lugares. Deseo que me lleva a recordar al hombre entre los grandes mamíferos, viviendo en cuevas. Ya fuera de ellas, en la intemperie alcanzó maestrías que siempre a sus duendes agradecía. No lograría volver a recorrer esos senderos –aunque Jean Auell con entrañable relato ya lo ha hecho–, pues todo ha cambiado y hoy contamos con el soporte de infinidad de estructuras.

Pero viendo de hacer un alto para imaginar categorías en ellas, lo primero que me surgen son esencias, que supongo anteriores al hombre que un día hizo aparición sobre la humeante tierra.

No sabemos lo que es el Universo; recién nos enteramos que se expande a velocidad creciente y da por traste a la entropía con que el hombre lo imaginaba envejeciendo.

No sabemos que es lo divino, ni hemos terminado de aclarar lo que es el alma.

Las noticias que tenemos de Madre Natura, por más ciencias naturales que lo digan tampoco acercan noticias de cuáles fueran sus esencias. Entidad no le faltan a sus estudios; ¿pero acaso sus disecciones conservan vivas las esencias del Bi-on, del Bios? Cuando el hombre y la ciencia encuentren el enlace que da movimiento perpetuo y florecer a la Vida, ya tendremos el bit cuántico al alcance de una razón que con recursos analógicos se queda afuera de esa instalación.

Tres invitados acerco, Universo, Natura y Criatura dónde rascar esencias, sabiendo de antemano que ante cada abismo se presentará el asombro que siempre fue traducido con matiz divino.

Haría lugar a los últimos versos del Dante para recordar el impulso que mueve al Universo, consciente de que vivo ajeno a esas dimensiones

Concentrándome un poquito más en Natura y sin dudar que en el anterior está inmersa, diré que la voz Fuis me acerca antigua memoria de ella en términos de la pulsión que reconoce el florecer. Pulsión al fin común al Universo y también por qué no, a todas las criaturas.

Lo fenomenal siempre condujo primero al asombro; al “*go go*” interjeccional gutural reconociéndose espontáneo en el habla, parte ella misma de lo divino en Nos y hoy, recuerdo de nuestras estaturas. Asombros que a su indiscernida esencia revestían desde luego con infinitos atributos.

Ese luego, devino hace un siglo en estrecho reconocimiento de fenomenologías.

Pero antes de ellas y a mitad de camino, vemos al hombre saliendo del asombro y sintiendo su entorno con tal aplomo que es capaz de expresar algo así como: “pienso, luego existo”. Pasó el sujeto de iacio a upo-keimenon, de yaciente a prepotente, en un salto. Fácil es deducir la alegría y esa enfermedad sagrada del presumir que le lleva a asumir responsabilidades que no está dispuesto a delegar después de siglos apoyado en sus rodillas. Hace un millón de años que se transformó en bípedo implume y aprendió estructurar las pulsiones del habla más allá de onomatopéyas. Sin embargo, el habla sigue, si se quiere mirar con atención, dejando huellas primigenias cada vez que se expresa. Y no bastan estructuras académicas para ocultar lo que vibra originario en ella.

La criatura humana reconoce esfuerzos y dolor que por Amor cercano su relato abrevia. Sin embargo un día se abre a sus orígenes; a inmanencias, que aún consciente de lo poco que sabe de ellas, como raíz y savia interna en profundidad lo constituyen. Presentes siempre en Amor propio profundo; ayudando a elevar nuestros esfuerzos, resaltan por su insistente ocultamiento.

Es la trascendencia vincular la que nos hace existentes, visibles, sensibles al florecimiento y con ella también, del habla capaz de referir con labios prietos sus sentimientos, conservando aprecio a su condición primaria antes de darse al lenguaje y sus instrumentos.

Esta introducción sirva sólo para recordar que en aquellas actitudes primarias que refleja el cuerpo antes de abrir la boca, están todos nuestros ancestros y todos nuestros Amores haciéndonos sentir nuestros afectos. Lo más concreto y cercano de lo divino en Nos, que sin palabras se instala primero en sueños.

Recordar así el lugar del cuerpo nos permite sentir al alma en ello, para desde aquí, cuerpo y alma en un mismo bit, elevar memoria de registros de crecimiento que tal vez por primigenios, conservan lo más cierto de aquello que hoy apuntamos sin nunca reflexionar sobre las etapas del habla camino hacia un lenguaje que se expande como el Universo.

Etapas del florecer divino, comunes a la Criatura, a Natura y al Universo, aunque siento es obligado reconocer que sus hablas y lenguajes no son los nuestros. Quisiera salvar distancias haciendo ejercicio hermenéutico en aquellas voces como nacimiento, Natura, sujeto, objeto, gen, genio, idea, parentesco y Estado; que viniendo a nuestro oportuno encuentro apreciemos religarlas al eterno misterio que nos reúne, nos revela, nos recuerda.

No hablaremos de arquetipos colectivos que sin duda todos conocemos, pero haremos reconocimiento a los personales que a través del Amor inspiran y median tareas y comportamientos.

Uno de ellos merece este reconocimiento: Antonio Esteban Drake; cuyo pequeño texto sobre “*El Derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*”, me obliga a buscar cimientos, pues las estructuras que él recorre, repasa, revisa y compara, traducen el esfuerzo enorme del crecimiento de los pueblos y los matices vinculares que organizan nuestra Vida en sociedad; reconociendo él y haciéndonos sentir el respeto y el aprecio por obligaciones y derechos.

El joven Drake tuvo una corta e intensa Vida de 33 años de iluminados ojos. Todos ellos con respuestas que florecían en acción intensa, exterior e interior. Completó sus estudios en París y Freiburg antes de asumir cátedra en la Complutense. La densidad de la pequeña obra rescatada por amigos prueba que buscó enriquecer horizontes de cosmovisión abrevando en fuentes históricas con seriedad, crecida complejidad y comprensión de ellas; correspondencias de esfuerzos sin duda, a un estímulo espiritual que cada día le animó a particular especificidad: la legitimación. Hoy tendría 70 años y es probable que su mirada festejara los avances legitimadores de los derechos que hoy el hombre dice Natura ostenta y nos delega. En esos reconocimientos me doy de la mano de mis musas: Alflora la que desde hace 8 años inspira todas estas tareas que a vuestras manos llegan; y Estela la que hace 26 años asistiera con su pluma dedicación comunicadora de temas abismales, para ir dejando paso a estos naturales.

## Historias de legitimación rescatadas por **Antonio Esteban Drake**

### *El Derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal.*

El derecho positivo puede ampliar a voluntad el círculo de los intereses formales; ni siquiera el interés subjetivo material constituye para sus otorgamientos un límite infranqueable; incluso allí donde no puede existir en absoluto un interés individual puede ser creada sin embargo, una pretensión protegida. *Rechtsschutzanspruch* en Jellinek.

El interés individual es igualmente característico, tanto del reflejo de Derecho objetivo como del Derecho subjetivo; y lo que diferencia a ambos es precisamente aquella "capacidad", tal como lo aclara el propio Jellinek cuando dice: "todo derecho subjetivo del súbdito descansa en calificaciones de la personalidad".

El interés expresado como demanda de anulación buscando la legalidad del actuar administrativo, define la "capacidad" de mover normas jurídicas a través de la mediación de un Derecho subjetivo público quedando así protegido por una acción, aunque de forma indirecta; pues en materia de potestades regladas el Derecho subjetivo público se libera de los intereses materiales de su titular para elevarse a la categoría de libertad; pero de libertad naturalmente positivizada, dado que "toda libertad es simplemente libertad respecto a la coacción ilegal". Libertad a secas, la cual necesita de la ley pública para su juridización, abstraídas ambas -ley pública y libertad- de aquellos intereses en la que a su contenido se refiere, y ello aún cuando -hay que repetirlo- la garantía jurídica de las primeras redunde eventualmente en beneficio de los últimos.

Una vez que el mundo de lo fáctico ha sido privado de todo carácter jurídico, una vez que el *status libertatis* se ha incapacitado para descomponerse en un conjunto de intereses particular e individualmente juridizados en su conexión con la ley pública, una vez -en fin- **admitida la dicotomía entre Estado y Sociedad**, resulta necesaria la introducción adicional -esta vez si- de una "pretensión" jurídica (*Anspruch*), que, sin derivar del *status libertatis* del individuo, le confiera, sin embargo, carácter jurídico.

Jellinek no puede hacer otra cosa que reproducir aquella dicotomía Estado-Sociedad en la que ahora se instala entre las categorías de hombre y ciudadano. Porque -para decirlo pronto- el único criterio ofrecido por JELLINEK para distinguir el status negativus del campo de los reflejos de Derecho objetivo o -dicho en otros términos- la única nota capacitada en su sistema para operar la subjetivización del Ordenamiento jurídico-público considerado abstractamente, resulta ser la voluntad del particular: voluntad de nuevo abstraída de un específico y eventual interés privado y orientada -a través de la reclamación judicial- al respeto de la libertad positivizada en la ley. Lo que esta voluntad tiende o puede tender a garantizar es precisamente el "reconocimiento de la libertad y la anulación de la acción estatal perturbadora".

Anulación que sólo adquiere su sentido preciso si se la considera como sanción del mandato, dirigido a todas las autoridades, de actuar siempre y solo legalmente. El contenido, pues, de esta "pretensión" jurídica se identifica necesariamente con el propio contenido del principio de legalidad como garantía institucional de las libertades públicas. Y queda con ello claro el significado de esa "capacidad de poner en movimiento, en interés propio, normas jurídicas".

Admitir como objeto del proceso contencioso la legalidad del actuar administrativo, significa precisamente trasladar el interés privado desde el mundo de lo jurídico al de lo puramente fáctico. Pero, una vez que se ha operado así, lo jurídico queda formalizado hasta solo poder definirse por la voluntad (en este caso del particular) y no por referencia al mundo de los intereses; con lo cual subsiste, sin embargo, irresuelto el problema de su individualización.

Lo que anda en juego es aquella legalidad a secas o un interés legítimo formal a la legalidad, lo que viene a ser lo mismo, en ambos casos los intereses materiales o sustanciales del particular quedan trascendidos para no adquirir relevancia jurídica más que como condición de la propia acción, como condición de la atribución de un poder excitar el ejercicio de la función jurisdiccional, como condición -en el sistema clásico alemán- de la atribución de un Derecho público subjetivo que se ha definido precisamente como "poder" o "capacidad de poner en movimiento normas jurídicas". De aquí que mientras no se modifique la base de la teoría -principio de legalidad garantizado por el contencioso-administrativo-, parezca lógica y forzada la consideración de los intereses sustanciales del particular (llámense Derechos subjetivos, *affievoliti* o intereses legítimos) como un simple y necesario requisito para la apertura y desarrollo del proceso contencioso.

### *La moderna doctrina alemana*

El concepto de libertad que hemos visto jugar en la obra de Jellinek como disolvente de toda posible conexión entre norma jurídico-pública e interés del particular, ello a través de una pretensión jurídica de este último cuyo contenido es precisamente la legalidad del actuar administrativo, va a permitir enfrentarnos ahora con la moderna problemática teórica alemana del Derecho subjetivo público. Digamos, sin embargo, desde ahora,

que todo el debate va a centrarse en torno a diversas interpretaciones acerca de cuál sea el específico sentido del artículo 42 del Verw. G. O. (40):

1. Puede solicitarse mediante demanda la anulación de un acto administrativo (*Anfechtungsklage*) así como la condena (de la Administración, se entiende) a dictar un acto administrativo denegado u omitido (*Verpflichtungsklage*).

2. Siempre que no se determine legalmente otra cosa, la demanda solo es admisible cuando el demandante hace valer el haber sido lesionado en sus derechos por el acto administrativo, su denegación o su omisión" (41) (42).

En torno a este precepto se ha desarrollado una discusión doctrinal que versa fundamentalmente sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda interpuesta ante los Tribunales contencioso-administrativos; requisitos relativos precisamente a la situación jurídica del recurrente. Pero, dado que se exige en el precepto mencionado un Derecho subjetivo, la admisibilidad y sus soluciones pasan por aclarar qué se entiende por Derecho subjetivo. Pasemos, pues, sin más a examinar la cuestión en la doctrina alemana contemporánea.

### *1.- Bachof: el interés jurídicamente protegido*

Toda la construcción de BACHOF (43) en torno al tema del Derecho subjetivo se funcionaliza en la necesidad de saber -dados los términos del art. 42 Verw. G. O., párrafo 2- "bajo qué condiciones alguien resulta afectado en sus derechos por un acto administrativo... y por ello -en la medida de la antijuridicidad objetiva de ese acto- "lesionado en aquellos" (4.4), para tener entonces una pretensión de anulación" (45). Pues bien: lo primero que se trata de saber es cuándo existe un Derecho subjetivo. BACHOF se ve influido en su metodología por una concepción finalista que ya era la de JELLINEK. Para éste la distinción entre reflejo de Derecho y Derecho subjetivo se operaba en base a una interpretación de la finalidad de la norma (46). También en BACHOF se da la distinción, porque el Derecho subjetivo es para él, "el poder de la voluntad otorgado por el Ordenamiento jurídico para la satisfacción de un interés" (47), a la cual debe sumarse su afirmación de que, a partir de la promulgación del artículo 19,4 GG (48) "todos los intereses jurídicamente protegidos han sido elevados hoy en día al rango de Derechos públicos subjetivos", ello a través de la automática concesión que a los titulares de tales "intereses jurídicamente protegidos hace el artículo 19,4, GG, de un "poder de voluntad" para provocar un determinado comportamiento del poder público (49). Ahora bien, el problema es precisamente el de detectar cuándo se da la protección jurídica a los intereses del súbdito o, lo que es igual, cuándo esos intereses son "intereses jurídicamente protegidos\*", porque lo único que el artículo 19,4, GG, automatiza es el poder de la voluntad. El criterio para BACHOF de la protección jurídica del interés que posibilita la conversión de este en Derecho subjetivo, no es ya la finalidad del legislador, pues nuestro autor propone para la interpretación de la norma dos pautas que corrigen, no poco, cualquier positivismo jurídico: en primer lugar, la presunción de que un interés "digno de protección\*" (remisión a criterios de tráfico) es un interés jurídicamente protegido por la ley (problema todavía de interpretación de la finalidad legislativa); en segundo lugar, la interpretación no de la voluntad del legislador, sino de la ley, en el sentido de consideración del cambio, desde su elaboración, "de las relaciones económicas y sociales" y "de los valores social-éticos" (50). En cualquier caso -esto es importante ponerlo de relieve- el Derecho subjetivo existe cuando la interpretación de la norma revela su finalidad de satisfacer el interés del particular, de tal forma que en BACHOF -y con él la doctrina dominante alemana -subsiste con todo rigor la hipótesis del "reflejo de Derecho objetivo" como respondiendo al interés público eventualmente perseguido por la ley.

Es esta concepción de BACHOF la que predomina y mantiene su autoridad en la doctrina y jurisprudencia alemana, de tal suerte que resulta superflua una más amplia exposición del tema.

## *LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN*

Ahora bien, no se crea que es este Derecho subjetivo, así localizado, lo que se constituye como determinante en la construcción de que estamos hablando. No se crea, sobre todo, que será él el que se haga valer realmente en el proceso contencioso. No es, en efecto, este "interés jurídicamente protegido", sino una "pretensión" de anulación del acto administrativo que incide sobre aquel "Derecho subjetivo", lo que el demandante alega. Pretensión "de anulación" (BACHOF) (51) o "pretensión de integridad" (PFEIFER) (52) individualizada, ciertamente, gracias a intereses concretos y diferenciados de su titular, intereses de un mayor o menor volumen e importancia, más o menos dignos de protección, pero "pretensión" -una vez admitida e individualizada- de contenido igual, invariablemente igual o, al menos, de un contenido -la legalidad del acto administrativo- que supera aquella especificación diferenciadora que servía de criterio para su propia atribución. Lo cual significa en principio que, independientemente de la posición asumida por el súbdito en el tráfico jurídico-privado (53) -posición que posibilita una inacabable concretización de intereses- la única posición *ostatus* de su personalidad que puede adquirir relevancia jurídica en su confrontación con la Administración pública es la posición de miembro de la comunidad pública, cuya racionalidad resulta solo de la objetividad de la ley. En resumidas cuentas, el particular resulta titular de la "pretensión jurídico-material de anulación" en la medida de la antijuridicidad objetiva (vicios sustanciales o formales cualesquiera) del acto administrativo.

(50) BACHOF, *Reflex Wirkungen...*, cit., pags. 296 y 297.

(51) Para BACHOF el proceder del Juez habrá de ser el siguiente: averiguar, primeramente, si el acto administrativo "afecta" al recurrente "en sus derechos" (¿perseguía la norma la satisfacción del interés individual afectado?); investigar, después, si el acto es objetivamente antijurídico. Si las dos respuestas son afirmativas el derecho ha sido "lesionado" y el particular tiene entonces una "pretensión de anulación" (J. Z., 1962, pag. 701).

(52) PFEIFER, *Streitsgegenstand bei Anfechtungs und Verpflichtung*

## *Derecho subjetivo público y legitimación procesal*

Si ahora nos enfrentamos con el problema de la legitimación en el contencioso de anulación, podríamos decir que si el Derecho subjetivo no se hace derivar de la norma jurídica misma, sino de su voluntad de intención; si, por tanto, la norma misma, incapaz de subjetivarse (55) permanece en su objetividad abstracta; si el poder de voluntad caracterizador del Derecho subjetivo eventualmente existente de tender, muy consecuentemente a la simple observancia administrativa de la norma y no al respeto de un interés jurídicamente protegido por ella, puesto que ella, la norma, no se ha subjetivado previamente; si el artículo 42 VwGO tiene como única misión excluir la acción popular (56); si lo que se hace valer en el proceso no es el Derecho subjetivo, sino una pretensión de anulación existente en la medida de la antijuridicidad del acto..., si todo ello es así y así se mantiene, resulta no más que una simple transposición civilista sin fundamento el sostener sobre estas bases conceptuales que, puesto que de Derechos subjetivos se trata, habrán de ser estos examinados por el Juez administrativo al nivel de la fundamentación de la demanda -fondo procesal- y no al de su admisibilidad como requisito del proceso mismo (57). Que esto ocurra en el proceso civil es lógico y coherente con un concepto del Derecho subjetivo en el que el poder de la voluntad se encamina a la satisfacción de un interés jurídicamente protegido por la propia norma (58), pero no resulta ni coherente ni lógico cuando el poder de la voluntad, lejos de dirigirse a la satisfacción de un interés protegido por la norma, se encamina a la observancia por otro sujeto de la norma misma, de una norma incapaz de subjetivarse en torno a un interés para otorgarle su protección.

Es sabido, por supuesto, que cuando WINDSCHEID (59) introduce el concepto de pretensión jurídico-material, deshace la concepción de la acción (*Klagerecht*) como derecho en pie de guerra y posibilita el dualismo "derecho procesal-derecho material".

A partir de aquí, una cosa es el Derecho como relación entre partes y otra la acción como relación entre partes y Juez. Dicho más concretamente, el objeto del proceso, constituido por la relación jurídico-material (o pretensión procesal, como más amplio concepto), se distingue de los presupuestos mismos de admisibilidad de la demanda, presupuestos procesales, en cuanto constitutivos de una relación entre partes y Juez. La legitimación, conceptualmente, constituye un requisito de admisibilidad de la demanda y nunca de su fundamentación; es la suya una problemática procesal y no de Derecho material, aunque otra cosa pueda hacer pensar cualquier supuesto de legitimación directa, es decir, cualquier supuesto en que el demandante sostenga en su demanda ser suyo el derecho que ahora hace valer. Aquí puede surgir -y ha surgido- la confusión en torno a la clasificación y calificación de la legitimación. Porque ante la afirmación del demandante de ejercitar un derecho propio, el Juez no efectuara más que una sola operación mental, no dos, como en los casos de legitimación indirecta en que el demandante afirma ejercitar un derecho ajeno. Pues bien, en el primer caso hay una sola operación judicial, porque aquel que afirma su derecho sabe o debe saber que este protegerá únicamente su interés. Todo lo cual significa que normalmente prescindiendo de los supuestos de participación, transmisión y sucesión en la propia relación jurídica, ya litigiosa, la llamada legitimación directa impone en la práctica del examen realizado por el Juez la fusión en un solo interés jurídico de dos nociones, que, en principio, y por vía de concepto, se distinguen y deben distinguirse con absoluta precisión: interés jurídico-material e interés formal o procesal. Ello produce que en el proceso civil el Derecho subjetivo -el interés jurídicamente protegido por una norma de derecho material-, sea constatado en su caso por una sentencia de fondo que decide al mismo tiempo que la demanda era admisible. Una única sentencia declara la titularidad en demandante de dos derechos perfectamente diferenciados: el Derecho subjetivo frente al demandado y el Derecho de acción frente al propio Estado.

Lo que ocurre con la "pretensión de anulación" de actos administrativos, en tanto que existente en la medida de la antijuridicidad objetiva de estos, prescinde en su propia delimitación de la posible concreción que le podrían prestar las diversas posiciones de sus eventuales titulares. Y por ello, aun aceptando que cualquier elemento jurídico-material habrá siempre de examinarse como dato por el Juez no de admisión, sino de estimación o desestimación de la demanda, no puede dejarse de tener en cuenta, sin embargo, que este proceder llevaría, en el caso del proceso administrativo, a la acción popular; puesto que lo que en él se pide se fundamenta con una pretensión que, al prescindir en su eventual delimitación de cualquier posición concreta de su titular, corresponde a cualquier ciudadano. Por eso es por lo que el interés jurídico-material, que se constituye como elemento de la pretensión material en Derecho privado (para examinarse por el Juez como cuestión de fondo), se convierte en el Derecho público en un simple requisito de la intervención judicial, sin que al Derecho subjetivo de la doctrina alemana pueda considerarsele como tal a los efectos procesales mencionados.

(56) Es el propio BACHOF el que afirma (JZ, 1962, pag. 665) que "el único sentido del art. 42, II, VerwGO (citado supra) es el de excluir las acciones populares", lo cual constituye una contradicción con su consideración del proceso como de derechos subjetivos, porque ¿habrá que decir que la acción popular sólo adquiere un sentido en el mundo mental dominado por la idea del control de la legalidad objetiva del actuar administrativo?

(57) Es lo que pretende BACHOF: "para la admisibilidad de la demanda de anulación debe bastar la afirmación del demandante de haber sido afectado en sus derechos y ser antijurídico el acto administrativo" (JZ, 1962, pag. 665).

(58) Ver, por ejemplo, la indicación del mismo BACHOF: "el Derecho civil sirve a la compensación de intereses individuales. Las -obligaciones impuestas aquí a una persona le incumben precisamente porque con ellas debe ser satisfecho el interés de otra persona determinada" (*Reflexwirkungen...*, cit., pag. 290).

(59) WINDSCHEID, *L'actio del diritto civile romano dal punto di vista*

(63) Tal es la postura mantenida además por BACHOF y otros

(65) GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1968, pág. 235. Por lo que se refiere a nuestro tema, maneja también el elemento de la *causa petendi*, GUICCIARDI, op. tit.

(66) GUASP. Op. cit. Pág. 236

*Klagebefügnis* porque: a) sea evidente que el acto no afecta al demandante; b) resulte que no le afecta a la vista de un *Schlüssigkeitsprüfung*

## *Una regresión en el concepto de libertad*

Vimos ya algunas de las connotaciones del concepto de "libertad" de JELLINEK y su repercusión como *status* garantizado por el principio de legalidad administrativa en la moderna doctrina alemana. Ahora vamos a analizar el cómo y el por qué de la reducción de aquella "categoría de libertad" a los conceptos básicos del Derecho privado; reducción que producirá una radical diferenciación de los sistemas jurídicos alemán y francés. Ello tiene como causa lo que podríamos llamar "la patrimonialización germanica de la libertad". Este es el objeto del siguiente capítulo y es Otto von Sarwey quien viene en ayuda.

La diferenciación de SARWEY entre normas determinadoras del interés público y de los caminos y medios para alcanzar su satisfacción por un lado y Derecho administrativo en sentido estricto por el otro, podría hacer pensar -y ello sería erróneo- que la clave de SARWEY es la distinción entre el interés público o el interés privado que la norma de Derecho administrativo persigue. No es así, porque en realidad toda norma de Derecho público persigue en el sistema de aquél, el interés público. Y en este sentido no es nunca constitutiva como el Derecho subjetivo público.

Observese, en efecto, que el Derecho administrativo en sentido estricto -como derecho cuya observancia garantizará la jurisdicción contencioso-administrativa- no es un derecho regulador de relaciones jurídicas entre la Administración y el particular, normativa creadora, por tanto, de derechos subjetivos, sino que está constituido especialmente -repetamos literalmente la formulación de SARWEY - por las "*leyes sobre hasta qué punto el particular con sus derechos personales, su persona y su propiedad, ha de ponerse al servicio del interés público o ha de ceder ante el mismo*". En esta frase -como por lo demás se deduce del sistema entero que se está comentando- se pone de relieve con toda claridad que los derechos del particular son un *prius* respecto de las leyes administrativas. Dicho con otras palabras: no hay en el sistema de SARWEY una distinción dentro del Derecho público, según que sus normas tengan por finalidad la satisfacción del interés público o privado, para constituir en el segundo caso un derecho subjetivo del particular. La influencia de IHERING brilla aquí por su ausencia. Si no que lo que existe -dejando aparte las normas de organización- es un sistema jurídico pensado para el juego de lo contencioso-administrativo.



La indiferencia, desde este punto de vista, del posible criterio del interés público como finalidad de la ley, puede constatarse en varios pasajes de la obra de SARWEY, del que destacaremos aquel en que, hablando precisamente de la *Amtsinstruktion*, dice: "La tarea de los servidores de la Administración es siempre la realización de un interés público, de un interés de la totalidad del pueblo o de algunas de sus partes, de una pluralidad de individuos no determinable de antemano. Según la variedad de los objetos de esta tarea esta en la naturaleza de las cosas que la misma se determine en términos completamente generales, como, por ejemplo respecto a "la policía de seguridad, o que pueda ser específica por la ley o por el reglamento". La alusión a la cláusula general de orden público es clara, como también lo es la presencia en el texto de la problemática que luego desarrollaría la doctrina alemana de los conceptos jurídicos indeterminados. Pero esto no ha de importarnos por el momento. Lo importante es que, cuando la "instrucción" en su asignación de fines públicos a los funcionarios administrativos especifica los presupuestos de hecho de su propia aplicación, entonces, y sólo entonces, esa instrucción se convierte en norma jurídica, en "Derecho administrativo en sentido estricto".

Esta idea, que encuentra su base positiva y su posterior confirmación en las leyes de lo contencioso de la época de la monarquía constitucional alemana, responde a la inicial configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa como control, no de la legalidad objetiva de la actuación discrecional de la Administración pública, sino como garantía de que esa actuación discrecional dejara intacta la esfera jurídica del administrado; esfera jurídica que -de cara a aquella misión jurisdiccional- no tiene su fuente, sin embargo, en la normativa jurídico-pública, no está constituida aún doctrinalmente como derecho a una legalidad objetiva en que encuentre simultánea satisfacción el interés individual y el interés público.

No nos importa ahora determinar si la contraposición entre las funciones de gestión del interés público a cargo de los órganos administrativos, y de dicción del Derecho a cargo de los jueces, responde a, tal como Otto von SARWEY la plantea, una estructura constitucional que permite ya el esbozo de la idea de "ley en sentido material", con la consiguiente dicotomía entre los mundos del Derecho (como conjunto de instrumentos normativos que afectan a la esfera jurídica del súbdito) y del "no Derecho" o *Rechtsfreierraum* (como esfera "interna" del Estado, que aquí se configura como tal a través de la amplia noción del interés público; constituyendo de paso a la discrecionalidad administrativa como ámbito de lo indiferente jurídico); o si el pasaje de SARWEY, con su exigencia de precisión en la regla jurídica para que se produzca la competencia de la jurisdicción administrativa, incluye en el mundo de la discrecionalidad existente a todo el acervo de los conceptos jurídicos indeterminados, inaugurando así una teoría que culminara en la definición de BERNATZIK: "Libertad de la discrecionalidad no significa arbitrio subjetivo, sino, no estar vinculado a normas legales precisas" (88). Todo ello con la conclusión de que precisamente la norma imprecisa dibujaría "la frontera más allá de la cual los terceros (aquí el Juez administrativo) no podrían constatar la corrección o incorrección de las conclusiones ya obtenidas. Podrían entonces ser de otra opinión, pero no podrían afirmar que solo su opinión es la correcta y falsa la de los demás".

A la vista de la vaguedad de los términos legales, la imposibilidad de que aquí lleve a cabo el Juez la función de "matemática" y "objetiva" subsunción que en términos generales se le atribuye por entonces, por lo cual la revisión jurisdiccional del acto administrativo quedaría aquí sustituida por un control disciplinario y penal que atendiese al dolo o culpa del funcionario que actuó. La conclusión sería, que en estos supuestos de "**discrecionalidad técnica**" el interés público se diluye en una norma de comportamiento subjetivo que ordenaría al funcionario a actuar conforme, en su opinión, al interés público.

Cualquiera de las dos interpretaciones del pasaje de SARWEY que acabamos de esbozar, puede valer por sí misma -en realidad se complementan mutuamente- para fundamentar la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en los supuestos de indeterminación de los términos normativos. Ello se justifica sobre todo en los términos de esa metodología positivista

del conocimiento jurídico que hemos visto culminar en la obra de BERNATZIK y que considerando la vaguedad de un concepto legal como ausencia de medida que permita una decisión "objetiva", impide al Juez intervenir, so pena de obrar como administrador. Discrecionalidad administrativa, motivo de la incompetencia judicial de la teoría de Sarwey arriba apuntada.

## *Los derechos públicos subjetivos*

Hemos dicho en un momento anterior que la doctrina del derecho administrativo en sentido estricto" y la *Amtsinstruktion* en sus repercusiones sobre el sentido de la jurisdicción contencioso-administrativa, hubiese podido obviarse con el logro teórico de un Derecho subjetivo público en cuya estructura encontrasen simultánea satisfacción el interés privado y el interés público. El que ello no pudiese ocurrir en |la obra de SARWEY es simplemente una prueba más de que la labor del jurista, en su perfeccionamiento conceptual de la en apariencia inocente técnica jurídica, constituye en último extremo la creación de una superestructura ideológica al servicio de cualquier clase socialmente dominante. La construcción sistemática de SARWEY obedece a la pervivencia en la Alemania guillermana de "aquella articulación social del pueblo, basada en un desarrollo orgánico de carácter histórico" que GERBER consideraba necesaria para la configuración de las más importantes competencias jurídico-públicas de los súbditos como derechos individuales. El reflejo jurídico-constitucional de aquella pervivencia será necesario detallarlo al examinar la obra de JELLINEK. Aquí habremos de limitarnos a exponer que si la jurisdicción alemana de lo contencioso-administrativo no alcanza, desde el momento mismo de su nacimiento, aquel sentido teóricamente posible de satisfacción simultánea del interés privado y el interés público, ello se debe a la pervivencia, entre otros, en SARWEY, de la doctrina, remodelada por GERBER, de los "derechos de los privados". Tal doctrina se recoge en SARWEY, en vista de la cláusula general del Derecho subjetivo de la legislación procesal-pública de la época, de una manera por demás indicativa.

### *1.º Los intereses ideales y la influencia de su configuración teórica en la doctrina de la discrecionalidad administrativa como motivo de la incompetencia judicial.*

El mundo de los intereses de la persona en el Estado recibe en SARWEY una clasificación dual: intereses ideales e intereses patrimoniales. Pues bien, puede decirse ya desde ahora que sólo los segundos recibirán categoría de derechos subjetivos susceptibles de protección judicial en lo contencioso-administrativo. Pero no adelantemos las cosas y veamos lo que SARWEY nos dice respecto de aquellos intereses ideales que el particular detenta sin referencia alguna a posibles efectos jurídicos sobre su propio patrimonio. Lo que nos dice, en definitiva, es que no puede afirmarse "una necesidad general de elevar estos intereses ideales a derechos subjetivos y dotarlos de protección judicial... Las leyes que regulan las relaciones de los particulares con el Estado o las corporaciones públicas, sin pretender afectos jurídico-patrimoniales, tienen en perspectiva, en principio, no la protección de los intereses particulares, sino el bienestar de la generalidad, y si el particular se identifica tanto con este bienestar de la generalidad como para ver en una lesión de la ley una lesión de sus intereses o si potencia su interés individual hasta elevarlo al nivel de la colectividad, ello implica una concepción subjetiva cuya sanción por la ley, por el Derecho objetivo, no es una necesidad general". Esta formulación de carácter general adquiere todos sus perfiles e importancia en su aplicación al campo de donde precisamente surge como tal formulación general: el campo de las libertades de prensa, asociación y reunión; del que recordaremos de pasada, pero con todo el énfasis posible, que constituye el campo de aquella opinión pública cuyo poder consideraba ya GERBER, el "fundador del Derecho público alemán", como "un no pequeño obstáculo para la producción de los derechos individuales" en la esfera jurídico-

pública. Y, en efecto, también en SARWEY existe la conciencia del peligro que para la "salud" del Estado alemán y sus relaciones de poder supone la eventual garantía jurídica de aquellas libertades. "Puesto que en las esferas de la prensa, la reunión y la asociación de un número indeterminado de individuos, determinadas, en definitiva, por relaciones no definibles de antemano, ello dado, ninguna ley puede establecer por adelantado el límite o frontera dentro del cual ha de moverse la voluntad del Estado al combatir tales peligros. Todo poder otorgado a aquella voluntad cuyo límite se describa por la ley con una precisión tal que posibilite una jurisdicción como decisión sobre derechos subjetivos, no podrá alcanzar su fin y será por ello, superfluo desde un principio". Este es, a mi modo de ver, un problema capital, cuya solución por la doctrina alemana nos ilumina con toda rotundidad sobre el sentido de una jurisdicción contenciosa sobre la que se teoriza -no se olvide- en la pura época de la monarquía constitucional alemana. La radicalidad con que hemos visto a SARWEY atribuir la esfera de las mencionadas libertades públicas y de las leyes de Derecho administrativo que las regulan al ámbito de la *Amtsinstruktion* o discrecionalidad administrativa incontrolable judicialmente; su radicalidad, también, al denegar a los intereses ideales en general el carácter de derechos subjetivos susceptibles de protección judicial en lo contencioso-administrativo; todo ello nos da la clave para comprender que es precisamente la problemática de las libertades conformadoras de la "opinión pública", una problemática claramente política, la que lleva a SARWEY a constituirse como un constructor más del positivismo legalista en aquella teoría suya "indeterminación de los términos legales=discrecionalidad administrativa=ausencia de Derecho subjetivo público=incompetencia de los tribunales Contenciosos".

## 2.º *Los intereses patrimoniales*

Elaborada como está la idea de que solamente los intereses ideales jurídicamente protegidos en su coincidencia con el interés público logran dar relevancia jurídico-procesal y jurídico-política a la categoría del individuo, queda por afirmar que sólo esa relevancia es capaz (como lo es en Francia) de abrir los ojos del teórico del Derecho decimonónico a la circunstancia de una eventual dicotomía radical "Derecho público-Derecho privado". Dicotomía en que se evidencia el dominio del Derecho público por sobre la categoría del "interés individual" y la reserva de la noción del "Derecho subjetivo" al campo exclusivo del Derecho privado. Pero está claro que las leyes de lo contencioso-administrativo del siglo XIX alemán exigen para el acceso del particular a dicha jurisdicción la concurrencia en este, de un Derecho subjetivo. Y aquí volvemos a la obra de SARWEY para dejar claro que este autor, una vez analizados los intereses ideales, toma como punto de partida de su disertación sobre la mencionada fórmula de lo contencioso-administrativo, no al Derecho subjetivo público, sino al derecho patrimonial.

La esencia de cualquier derecho patrimonial, tenga su fundamento en el Derecho público o en el privado, es su significado jurídico-privado para el patrimonio de la persona. El Derecho patrimonial no deja de ser un interés privado jurídicamente protegido, por el hecho de que deba ceder ante un derecho superior del Estado... a ejercitar por la Administración o porque constituya la concreción de una relación jurídico-pública y tenga a esta por |presupuesto". He aquí, pues, la vieja doctrina de los "derechos de los privados", una doctrina que, eso sí, ha sido objeto de una transformación, pero de una transformación puramente procesal: de la competencia de la justicia civil a la de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ante esta se residen ahora los derechos patrimoniales objeto de las intervenciones antijurídicas de la Administración pública, y ello cualquiera que sea el origen o fundamento, en el Derecho público o privado, de aquellos.

*Los derechos adquiridos derivados de un acto discrecional administrativo*; la posible revocación de éste por motivos de oportunidad y el contenido "jurídico-privado" del Derecho subjetivo público

Un análisis pormenorizado de la clasificación que SARWEY efectúa de estos derechos patrimoniales descubre, por una parte, los que el particular detenta en su condición de miembro de una corporación pública, los que recibe de un acto discrecional del poder público (concesiones o -su equivalente-la prescripción inmemorial); respecto de ellos dice SARWEY y lo destacamos aquí para que sirva de contrapunto a ciertas afirmaciones posteriores de JELLINEK- que "la lesión de estos derechos públicos patrimoniales es ciertamente una intervención en los intereses privados; en la medida que su satisfacción comporta un beneficio patrimonial y a ello se dirige el interés, éste es, su aspecto jurídico-privado; su contenido patrimonial.

Respecto de las revocaciones y SARWEY deja constancia del principio que las admite. Si ocurre que invocado, a los efectos de ella y por la autoridad administrativa el interés público, no puede el particular beneficiario del original acto administrativo, alegar precisamente aquel interés para ver eventualmente anulada la revocación que ahora se le impone. El sistema de SARWEY limita la labor del Juez administrativo a la defensa del interés privado mediante la aplicación de la norma de Derecho administrativo, a los hechos clara y precisamente dibujados en ella. Aquel sistema excluye todavía del control de lo contencioso-administrativo de las técnicas de anulación de los conceptos jurídicos indeterminados y la desviación de poder. Será JELLINEK el que casi cuarenta años después sostenga que, frente a la revocación de una admisión al uso de las cosas públicas la pretensión jurídica del excluido de aquel uso, "pretensión de anulación" del acto administrativo en cuestión, carece siempre de "localización... en la esfera jurídica individual", lo cual solo se explica -repetámoslo- teniendo en cuenta que para JELLINEK el contenido del Derecho público es ya "el interés individual reconocido predominantemente en interés público". Para SARWEY, por el contrario -dada su noción de *Amtsinstruktion* y el juego de la misma en lo contencioso-administrativo-, el contenido del Derecho subjetivo, por definición un derecho patrimonial, es un "interés privado" solamente; incluso "jurídico-privado".

*b) Los derechos privados adquiridos y sus limitaciones de Derecho administrativo*; la problemática de la posición jurídica del tercero no destinatario del acto administrativo y su origen en el carácter "patrimonial" del Derecho público subjetivo; el juego del "Derecho" en los estadios procesales de la admisibilidad y el fondo

La jurisdicción contencioso-administrativa nace en Alemania como una jurisdicción de derechos subjetivos. Para SARWEY, en concreto, si las normas urbanísticas persiguen el interés público, está claro que lo harán tanto frente al propietario al que limitan, como frente al vecino de aquel que las invoca. Y si el tercero no puede tener acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa para lograr la anulación judicial, por ejemplo, de la licencia urbanística concedida a su vecino, mientras que este, al contrario sí puede acudir al Juez de derecho público para que deje sin efecto la denegación administrativa de un permiso de construir, entonces está claro también que lo que el proceso contencioso está llamado a defender son las facultades del Derecho de propiedad; podrá decirse que serán las facultades del Derecho de propiedad que deja libres y subsistentes la normativa urbanística, pero con ello no dejara de tratarse de facultades que no tienen su fuente en la norma de Derecho público. Está lejos de constituir un Derecho subjetivo, el Derecho subjetivo público precisamente. Y siendo ello así, se debe concretar lo siguiente: puesto que el tercero no está "asentado" en el objeto sensible sobre el que la propiedad recae (el objeto, no se olvide, del que emanan las facultades de la propiedad que deja libres la normativa de interés público), está claro que el acto administrativo que afecta al objeto en cuestión no le afecta a él en su esfera jurídica. Por supuesto que el interés o los intereses del destinatario o tercero por relación al acto administrativo se ven afectados por la normativa

Hemos dicho y puesto de relieve, que para SARWEY, desde un punto de vista estructural, el interés patrimonial jurídicamente protegido del derecho adquirido (en una relación jurídico-pública o jurídico-privada), es el mismo interés jurídico que se enfrenta a las posibles intervenciones de la Administración en la esfera jurídico-patrimonial, basadas esas intervenciones en la norma de Derecho público.

Todo lo anterior tiene posiblemente el sentido que se derive de aclarar que el Derecho subjetivo público de la época no se configura como un Derecho estructuralmente distinto del Derecho privado que aquí le sirve de base. La identificación de ambos derechos se logra mediante la nota de la patrimonialidad subyacente al Derecho privado, nota que permite prescindir del dato de la relación jurídica que la da origen en el sentido que queda explicado. Pero también interesa poner de relieve, que el punto de partida aquí es precisamente y necesariamente un Derecho privado. Pues bien, la fuerza de Derecho adquirido (*wohlerworbenes Recht*) que le es propia en el tráfico jurídico-privado queda eliminada ante una eventual intervención administrativa y ello se refleja a la hora de un proceso contencioso-administrativo de anulación (en Alemania no existe la *verpflichtungsklage* hasta después de la segunda guerra mundial), en la asignación al derecho privado -al derecho adquirido en general- de carácter de presupuesto procesal de la acción en justicia. El propietario puede pedir la anulación judicial del acto administrativo que le deniegue una licencia de construcción porque al hacerlo defiende sus facultades edificatorias; el tercero, por el contrario, vera declarada inadmisibile su demanda de anulación de la autorización de construir eventualmente otorgada a su vecino, porque se trata precisamente de la propiedad del Derecho privado de este último y no de la suya. Ahora bien, una vez admitido el recurso del propietario, sus facultades de tal juegan en el fondo del proceso no ya como propiedad, sino como Derecho público subjetivo, como conjunto de facultades de un derecho público subjetivo.

Doctrina alemana hasta nuestros días, de lo que a primera vista parece ser una pura confusión terminológica, que a veces expresa efectivamente una incomprensión del problema: y ella consiste en que el "Derecho subjetivo" se cataloga unas veces como condición procesal de la acción en justicia y otras como requisito de su éxito en el fondo, incluso por los mismos autores.

### ***1.-INTRODUCCION ACERCA DE LA INFLUENCIA DE GERBER Y SARWEY EN LA DOCTRINA ALEMANA DE LA ACTUALIDAD***

Cuando SARWEY se decide a negar a los intereses ideales la categoría de Derecho subjetivo y el consiguiente acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, está indicando de la manera que hemos visto, no solo las motivaciones ideológicas de su doctrina de la *Amtsinstruktion*, sino el por qué de la exigencia del Derecho subjetivo en las leyes procesal-administrativas de la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX. Este sistema jurídico es expresión de las relaciones estamentales que la Monarquía constitucional del Imperio alemán de BISMARCK (1871) lleva consigo. Es expresión de la; misma articulación histórico-orgánica de la sociedad política alemana cuyo salvamento procura ya GERBER y que SARWEY intenta eternizar. Derivar de la herencia de la propiedad los derechos de mando del monarca o los derechos electorales activo y pasivo - aun cuando el ejercicio de tales derechos se institucionalice luego en el Estado- supone la misma operación lógica que institucionalizar el derecho adquirido (público o privado por su origen) a través de la figura del Derecho subjetivo público y hacer jugar a este en el proceso contencioso de anulación de actos administrativos.

La íntima interconexión existente entre aquella primera solución que se da al problema de los intereses ideales, a los que, precisamente por lo que tienen de ámbito de identificación del interés privado y del interés público; esa interdependencia problemática original ha quedado suficientemente demostrada; sin embargo, habrá que insistir en que la solución alemana implica

que, en lugar de la mediación entre derecho adquirido y poder que el interés individual supone en su identificación dialectica con el interés público a través de la participación del individuo en la opinión pública (prensa, asociación, reunión), o en otras palabras, en lugar de la conversión del Derecho subjetivo adquirido en un interés individual identificado con el interés público (es la solución del recurso francés por exceso de poder), en lugar de ello la fórmula procesal alemana implica todavía la ausencia de aquella mediación; una mediación, por lo demás, que jamás llegará a producirse pues, aunque el estamentalismo que da lugar a su ausencia desaparezca de las fórmulas constitucionales germánicas con la República de Weimar y el régimen de Bonn, su supervivencia quedará garantizada por la teorización jurídica hasta incluso nuestros días. Porque es aquí, precisamente en el estamentalismo de la Monarquía constitucional alemana, donde tiene su origen y adquiere su explicación no solamente el problema de la inadmisibilidad procesal de los recursos de anulación interpuestos por los "terceros" contra el acto administrativo, sino también, ya a un nivel más general, las soluciones de derecho material con que gran parte de la actual doctrina alemana pretende colorear las dicciones del artículo 20, apartado 4 de la Ley fundamental y del artículo 42, apartados 2 y 113, apartados 1 del VwGO.

Situar a autores como MENGER y BETTERMAN (89) en este marco es comprender que la doctrina jurídica puede llevar un desfase de siglos, precisamente por sus pretensiones teóricas respecto de la sociedad que refleja y a la que pretende ser útil. Pues si MENGER y BETTERMAN construyen hoy en día una pretensión de omisión con que fundamentar la *Anfechtungsklage*, pretensión de omisión que hace de la lesión por un acto administrativo, tanto de la ley en sentido objetivo como de un Derecho subjetivo, una "posición jurídica" o un "bien jurídico", y ello a la manera como las acciones negatorias se derivan de los derechos absolutos (propiedad, por ejemplo); si BACHOF (90), aun deduciendo del artículo 19,4 GG, la conversión de todos los "intereses jurídicamente protegidos" en derechos subjetivos públicos, persiste en la concepción tradicional de tales derechos, como lo demuestra el que entre ellos se encuentren las pretensiones jurídico-públicas de omisión derivadas del Derecho de propiedad "puesto que en un Estado que reconoce el principio de legalidad de la Administración, el poder público no puede intervenir en la propiedad o en otros derechos privados más que en virtud de una autorización legal"; todo ello supone que desde aquellas iniciales regulaciones de lo contencioso-administrativo, se ha impuesto -por necesidades de la praxis judicial; y, en primer lugar, por la muy específica de asegurar el acceso a los Tribunales contencioso a los "terceros" -la precisión de ir ampliando la esfera jurídica del súbdito. Pero al hacerlo, el legislador, los jueces y los autores alemanes han quedado encerrados en la vía impuesta, repito, originalmente por la estructura de poder del período de la Monarquía constitucional- de ir agregando al súbdito un Derecho subjetivo público, uno tras otro, conforme el esquema tradicional; lo cual deja sin resolver problemas como el que aquí nos interesa de la legitimación procesal (¿alegación del derecho o existencia del mismo como condición de la acción?). Y sobre todo, que este proceder implica la patrimonialización estamental de los derechos que se van creando.

## *2. Reducción de lo contencioso alemán a la garantía de la ley en sentido material e incapacidad de aquel para salvaguardar la legalidad formal. El dato determinante de la irrelevancia jurídica de los intereses ideales*

Cuando antes estudiábamos en SARWEY el problema de la específica distinción entre *Amtsinstruktion* y Derecho administrativo en sentido estricto, veíamos que en realidad era el carácter patrimonial o ideal de los intereses en juego lo que llevaba a atribuir distinciones técnico-jurídicas en un ámbito en donde no estaba en juego la *esfera jurídica* del súbdito. De aquí se derivaba una doble consecuencia. En primer lugar, un peculiar reflejo contencioso-administrativo, muy coherente por lo demás, de la tradicional doctrina o principio germanico de la "propiedad y libertad como materias reservadas a la ley": en la práctica judicial decimonónica esa "propiedad y libertad" están limitadas al campo de los intereses patrimoniales y supone, en cuanto principio jurídico de vigencia efectiva, la pervivencia de la dualidad estamental "rey-

reino". La distinción, en efecto, entre una esfera estatal interna (intereses ideales, *Amtsinstruktion*, interés público) no perteneciente al campo del derecho, y una esfera externa (intereses patrimoniales) en la que el Monarca encuentra en su camino los derechos adquiridos del súbdito, impone con toda naturalidad la reserva de ley y la garantía judicial de la legalidad material, la limitación de lo contencioso-administrativo alemán a la defensa frente a la Administración de la ley en sentido material. Esta es una constante en los tratadistas alemanes del contencioso-administrativo de la época, como luego veremos. Pero por el momento interesa poner de relieve la segunda consecuencia de aquella remisión a la esfera interna del Estado de los conflictos posibles sobre los intereses ideales. Aquí procede SARWEY -como por la misma época, aunque un poco después, hará la doctrina española- a la constatación de que en esta esfera de las libertades de asociación, reunión y prensa, de los intereses ideales en general, la lesión de los mismos por la inobservancia administrativa de las leyes de Derecho público "*se corregirá no por una sentencia judicial sino por el medio político de la responsabilidad de las autoridades administrativas, cuya piedra de toque es la responsabilidad ministerial...*".

El desconocimiento de la, en principio, íntima interdependencia de sentido entre unas y otras instituciones jurídico-políticas en el Estado alemán parece así evidente. Frente a esta invocación de SARWEY al sustitutivo de la responsabilidad política del ministro ante la representación popular, no se ve bien cómo ni por qué esta representación popular que no logra conducir a la jurisdicción contenciosa-administrativa. Pues la posibilidad de garantía institucional de la legalidad formal viene condicionada por la supremacía política del legislativo sobre el ejecutivo.

Control de legalidad formal por un Tribunal supone control del predominio de un poder sobre el otro. Ahora bien, la propia constitución de la representación popular como tal poder legislativo -superpuesto y superior a un ministerio que sea únicamente la cabeza de una burocracia pública reducida al papel de mero ejecutor o de simple poder ejecutivo- requiere en el Estado moderno decimonónico una organización en la que el órgano al que se encomienda la formulación de la ley -función legislativa- reciba la misión político-abstracta de representar la existencia política de la sociedad civil. Y la simple reflexión de hace unos momentos nos dice que esa existencia política, la sociedad civil, solo es capaz de recibirla a través de la institucionalización y garantía jurídica de las libertades de asociación, reunión y prensa, en cuyo ámbito se logra la identificación entre interés público e interés privado, para la producción, así, de la figura del "interés individual -como abstracción jurídico política del interés privado del Derecho subjetivo- y del "individuo" como abstracción de la personalidad jurídica. Dos categorías que se analizan en sus perfiles técnicos al tratarse más adelante del Derecho subjetivo en la obra de HAURIOU. Puesto que, sin embargo, ocurre, como ya hemos visto, que SARWEY procede a la exclusión de aquellas libertades de la garantía que lo contencioso-administrativo podría suponer en principio, no es sino perfectamente coherente que se excluya también en el régimen germánico de la Monarquía constitucional y para salvaguardia del llamado "principio monárquico", la responsabilidad política del ministro ante la representación popular; "la afirmación de una responsabilidad política frente a la representación del pueblo ha de conducir también, con absoluta necesidad al reconocimiento del derecho de esta última de hacer valer dicha responsabilidad. Esto, sin embargo, no es otra cosa que el sistema de los ministerios parlamentarios y el depósito del poder supremo en la representación popular. Con ello se negaría el principio monárquico y se transformaría el Estado constitucional en un Estado parlamentario. Ciertamente que un ministro habrá de dimitir antes de poner en riesgo la figura del monarca". Pero el que la representación popular de la monarquía constitucional alemana no se constituya como poder legislativo cuya supremacía pueda asegurar un contencioso-administrativo encargado de velar por la legalidad formal de los actos administrativos de autoridad, se debe a la no existencia política de la sociedad civil alemana (ausencia de institucionalización contencioso-administrativa de las libertades político-jurídicas), a otro factor que es consecuencia natural del anterior; y es ello que la representación popular de que habla SARWEY, la "representación popular" de la Alemania guillermina, se compone de miembros cuyo derecho electoral pasivo "se hace depender de la propiedad de una finca, de un cierto patrimonio, del ejercicio de una determinada profesión o de otros presupuestos jurídico-

privados", por citar con JELLINEK algunos de los de acceso a las cámaras legislativas de la época. El órgano legislativo de la "representación popular" no alcanza tampoco por sí mismo -como no podía ser menos- la condición de poder y de poder supremo, porque sus miembros, en su condición de tales, no trascienden su determinación social, una determinación que les otorgan sus "derechos adquiridos". Lo cual, por lo demás, no es sino una específica concreción de la idea general del Derecho público subjetivo como institucionalización del "derecho patrimonial" de SARWEY.

### *3.- EL INTERÉS PÚBLICO Y EL DERECHO OBJETIVO FRANCES*

Toda esta problemática tan típicamente germanica puede reconducirse, como se ve, a un triunfo del patrimonialismo sobre la amenazante vigencia jurídico-pública de los llamados intereses ideales, de las libertades propiamente públicas. Una vigencia que hubiese podido lograr, en su típica identificación dialéctica entre interés público o interés privado, el imperio de la noción del Derecho objetivo -y su garantía judicial por lo contencioso-administrativo en el marco de los eventuales conflictos del Derecho público propio de las relaciones de poder.

F 101 . La ley exige dictámenes, formalidades que sirven de garantía a los particulares. La Administración está investida de un poder discrecional que muchas veces reconoce arbitrariedad. La inobservancia de esas formas produce el exceso de poder y desde el momento que hay exceso de poder la materia se convierte en contenciosa administrativa.

F 123 . La libertad del súbdito sólo se entiende en la juridicidad que le proporciona su contacto con la norma

F 131 . No es la norma la que produce la institución, sino al contrario, la institución organizada la que produce la norma jurídica.

La organización social en su pura objetividad es aquí fuente de derecho.

Lo dado por históricamente irrealizable: la imposición "de una voluntad estatal junto a la de la clase dominante".

Cabe preguntarse entonces, y en esta línea de pensamientos si resulta necesaria, lógicamente imprescindible, la disolución del sistema orgánico, la reconducción de cada uno de sus órganos a una persona jurídica que lo integre de modo inmediato. La respuesta negativa va a ser analizada a través de la obra de HAURIUO.

### *4. Hauriou y la teoría institucional*

Las anteriores precisiones -hay que advertir antes que nada- no tienen como objetivo único, ni acaso primordial, el revelar el trasfondo sociológico de determinada teoría jurídica, de tal manera que el análisis se bifurcase, guiado por dos metodologías diferentes hasta perderse en la vaguedad de lo escasamente erudito. Son, por el contrario, como tales precisiones, el requisito imprescindible y precio al examen de una teoría que se sienta por entero sobre la base de que no es la norma lo que produce la institución, sino, al contrario, la institución organizada la que produce la norma jurídica.



Para HAURIOU, en efecto, esa producción de la norma jurídica desde la institución (115) se realiza sin la mediación de no importa qué persona jurídica. La organización social en su pura objetividad es aquí fuente de derecho. En su pura objetividad, lo cual significa sin intervención ninguna de la voluntad normativa de no importa qué sujeto de derecho; pues este, al contrario, solo surgirá o podrá surgir, en el sistema de HAURIOU, a posteriori, es decir, tras la aparición histórica y teórica de una organización que, además de producir derecho, habrá de recibir una específica y concreta estructura. Para HAURIOU, en definitiva, la organización de la Nación y la norma de la Nación, es decir, la Ley, son presupuestos o condiciones previas a la subjetividad del Estado.

La diferencia con el sistema de JELLINEK es clara en los dos puntos que quedan aludidos. Hemos visto, por un lado -y sobre ello no insistiremos ahora-, que para este autor la coincidencia e identificación de órgano y persona estatal es lógica y directa, sin mediación ninguna. En HAURIOU, por el contrario, la organización en general y la del Estado en especial, preceden históricamente a la personificación, digo históricamente porque la persona no es aquí una pura relación lógica, sino el producto de un drama, "el drama de la personificación", con su momento inicial y su acabamiento. Para este vitalista social, HAURIOU, la persona es "imago", que se constituye a partir del insecto larvario. Pero, en fin, para lo que aquí interesa, una vez aparecido el sujeto, una vez realizada la personalidad subjetiva, no resulta científicamente correcto referir directa o inmediatamente los órganos a la persona ahora constituida, por la simple razón de que ya antes habían existido en la individualidad objetiva de la institución social; a ésta, pues, siguen perteneciendo, no obstante, su eventual personificación (116),

El resultado es contundente: la personalidad subjetiva no tiene órganos (117). Pero, al mismo tiempo, la individualidad objetiva organizada se personifica, y esto es inevitable, porque a HAURIOU no se le escapa en ningún momento el valor de las categorías "sujeto" y "persona" para la técnica jurídica y, en concreto, para el derecho de las corporaciones. En cualquier caso, eso sí, la paradoja parece evidente, porque un planteamiento semejante conduce, de quedar así los datos del problema, a la imposibilidad de conciliación entre individualidad objetiva de la institución y sujeto o persona jurídica que habrían de permanecer de este modo, recíprocamente incomunicados. Se impone, pues, una síntesis, cuyo significado puede captarse si se tiene en cuenta que "la personalidad subjetiva, que no tiene órganos, actúa por intermedio de la individualidad objetiva, la cual si tiene órganos" (118); o, lo que es lo mismo, "el paso de lo objetivo a lo subjetivo se opera gracias a una acción paralela de la individualidad objetiva y de la personalidad subjetiva; se opera en la acción no en la organización" (119).

A partir de aquí, no solo resulta clara la diferencia con el sistema de JELLINEK -para el que la conciliación de objetividad y subjetividad se realiza precisamente en la organización misma-, sino que puede intuirse ya y avanzar desde ahora en algo que resultara de indudable interés en el momento de examinar la explicación dada por HAURIOU al recurso por exceso de poder. Porque ese algo no es otra cosa que la posibilidad de una doble perspectiva -dentro de la cual un punto de vista no excluye el otro- en la consideración y valoración jurídica de la decisión ejecutoria administrativa. No otro es en efecto el significado de aquella referencia de HAURIOU a la acción paralela de la individualidad objetiva organizada y de la personalidad subjetiva. Resulta así factible la doble y simultánea atribución -a distintos efectos jurídicos- de aquella única decisión ejecutoria a la individualidad institucional, por un lado, y a la personalidad subjetiva, por otro. Añadir que con esto queda esbozado el posible sentido de la distinción entre excesos de poder y pleno contencioso puede resultar anticipado, pero tiene un cierto valor explicativo para la finalidad que por el momento me propongo. Porque si ahora volvemos a JELLINEK -se trata en efecto, de establecer una comparación mínimamente significativa entre los contenciosos franceses y alemanes-

Si volvemos a JELLINEK, vemos que en él, dado el carácter organizado, directamente organizado del sujeto estatal, cualquier acto administrativo de uno de sus órganos supone exclusivamen-

te el enunciado por el Estado: una pretensión jurídica con la que ejercita su derecho subjetivo a la sujeción del súbdito. Y es coherente, dados estos presupuestos, que no pudiese surgir ni haya existido en Alemania ningún contencioso objetivo comparable al del exceso de poder francés.

F 136 . JELLINEK no concibe que cada uno de los actos orgánicos de confección de la ley pueda tener por sí mismo, otro valor jurídico que el que la Constitución le otorga de concurrir con los demás al perfeccionamiento de un acto estatal definido, de una ley -aquí- que pueda considerarse obligatoria. Con lo cual aquellos actos orgánicos no pueden rebasar desde esta perspectiva la categoría de meros hechos condicionantes de un efecto jurídico final y único.

Desde aquí podemos volver a HAURIU para preguntarnos -la respuesta es desde ahora afirmativa- si esos actos orgánicos surten por sí mismos efectos jurídicos propios, Y para saber cuáles puedan ser éstos y cómo puedan explicarse, nada mejor que volver a considerar cómo en la teoría de este autor, al que hemos calificado en aquel momento de vitalista social, los órganos lo son, no de un sujeto, sino de una individualidad objetiva, de un grupo social, que se organiza para adquirir capacidad de actuación. El Estado es, desde este punto de vista, un automata social, un organismo, una especie de cuerpo físico comparable al humano que, como este último, se ve transcendido por su substancia espiritual, por su "alma", por un alma que será lo que, constituyéndose como sujeto moral, adquiera para aquel cuerpo la capacidad jurídica. Pero por el momento respetemos este católico dualismo de HAURIU y fijemos la atención únicamente en aquella individualidad orgánica y objetiva.

Dados entonces los presupuestos conceptuales que acabamos de detectar, el problema de cómo las decisiones de los órganos, individuales o colegiales puedan ser atribuidos al conjunto orgánico, a la síntesis orgánica -aún no personificada o subjetivada, repito -es de fácil solución a partir de la disponibilidad de la idea de función alumbrada por la sociología moderna, tan influyente en HAURIU. Para este, en efecto, es la perspectiva funcional de DURKHEIM, la que puede explicar "cómo una decisión del Jefe del Estado, cómo una ley votada por las Cámaras y promulgada por el Jefe del Estado pueden llegar a ser una ley de la Nación (130); de una Nación que constituye la individualidad objetiva del sujeto estatal. Admitido, por tanto, el concepto de organismo, cada órgano al actuar en la línea de su función, lo hace como un rodamiento automático de aquel; "no es extraño, pues, que los actos de los órganos se conviertan en actos de la síntesis orgánica, porque son actos de la función y la función es la vida misma del organismo" (131). A partir de aquí y al hilo de la jurisprudencia del Tribunal de conflictos franceses sobre el hecho personal o falta personal del funcionario (132), puede HAURIU (133) hablar de la imposibilidad jurídica de localizar en el titular orgánico que se comporta funcionalmente, a aquel "hombre individual con sus debilidades y pasiones" a que se refería LAFERRIERE (134). Lo interesante ahora, de este dato, es que independientemente de esta hipótesis del hecho personal, el titular del órgano resulta un puro resorte automático, cuyos actos pierden o pueden perder aquellas connotaciones de voluntariedad que en cambio habían llevado a JELLINEK a través de la noción de declaración de voluntad o acuerdo de voluntades, a la reconducción forzosa de cada acto orgánico, simple o complejo, al sujeto estatal. Se podrá objetar a esto, es cierto -con la hipótesis de la "falta de servicio"-, que es en HAURIU la "negligencia, la omisión, error, torpeza que el agente hubiese evitado si se hubiese conformado a la diligencia media del servicio. (*no es el caso argentino*)

### *Implicaciones de la metodología analítica de Hauriou.*

F 143 . Frente a Jellinek que refleja a nivel ideológico la convivencia germánica de elementos feudales y modernos, Hauriou es el teórico de la moderna producción industrial capitalista; constituyendo la descripción a niveles jurídicos (con toda la gravedad que la pretensión de deber ser de toda construcción jurídica añade a cualquier construcción) del moderno fenómeno de rei-

ficacion (150) o cosificación del proceso productivo del creador económico, cuyo "trabajo parcelario mecanizado, objetivación de su fuerza de trabajo por relación al conjunto de su personalidad..., es transformado en realidad cotidiana durable e insuperable, hasta el punto de que aquí también la personalidad se convierte en espectador impotente de todo lo que ocurre a su propia existencia, parcelada, aislada e integrada en un sistema extraño" (151). Aquella virtualidad jurídica de lo objetivo, a que hemos visto referirse a HAURIUO parece incluso la traducción literal de la constatación sociológica de LUKACS "La mecanización de la producción hace de ellos (de los creadores...) los átomos aislados y abstractos; a los que la realización de su trabajo no reúne ya de manera inmediata y orgánica y cuya cohesión se halla más bien mediatizada exclusivamente por las leyes abstractas del mecanismo en el que están integrados" (152).

No es extraño, por tanto, ver justificado en HAURIUO el pesimismo de Lorenz VON STEIN que queda indicado más arriba, pues para el institucionalista francés que lucha aquí con ROUSSEAU, el poder del Estado no proviene de la voluntad general sino, precisamente, "de las voluntades particulares que se pondrán al servicio de la idea común del Estado en las clases dirigentes, a título de órganos políticos o de gobierno" (153). La institución organizada es, en realidad, una organización social de clases que da al traste con el mundo estamental.

### *Recurso por exceso de poder y decisión ejecutoria. Carácter formal del recurso en Hauriou.*

F 151 . Si se quiere comprender el exceso de poder, la forma ejecutoria y el fondo de la cuestión deben distinguirse como dos facetas del acto. No solamente porque los actos jurídicos, en general, y los actos administrativos en particular pueden verse revestidos de una fórmula ejecutoria formal y exterior, constituida por "una orden dada a los agentes de la fuerza pública de prestar ayuda" (177), sino además porque las soluciones del Juez de exceso de poder, en época de HAURIUO (178), suponen precisamente, con toda nitidez, esa distinción de que hablamos; y ello - entre otros- en un punto concreto que resulta ahora de gran interés por más de un concepto.

Me refiero al error de hecho de la autoridad administrativa, que resulta por entonces sistemáticamente rechazada en exceso de poder como motivo de anulación del acto administrativo. El Juez se niega, en efecto, en el proceso al acto, a controlar los hechos determinantes (179). Ahora bien: si esto es así, queda claro que la labor de disección judicial ha desdeñado y desdeña el contenido de la decisión objeto del proceso, porque resulta evidente que sólo mediante el control de sus hechos determinantes o motivos de hecho puede lograrse, como se logra en el contencioso pleno, el control de la legalidad de aquel contenido. El de exceso de poder, es, parece ahora claro, un control de la legalidad formal o de la legalidad de los elementos formales de la decisión ejecutoria, control que, dejando a un lado el contenido del acto, tiende a detener el efecto procedimental de este. A partir de aquí interesan dos tipos de consecuencias que es preciso distinguir.

### **1. LA FORMALIZACIÓN DE LA POSICIÓN LEGÍTIMA EN EL RECURSO: ADMISIBILIDAD Y FONDO PROCESAL**

Detectemos en HAURIUO un supuesto concreto de separabilidad (180). "Por ejemplo, he aquí una operación de trabajos públicos que comporta un contrato por adjudicación, con aprobación de la adjudicación mediante orden ministerial; ¿es la orden de aprobación solamente un elemento de la operación de trabajos públicos a considerar desde el punto de vista de la ejecución de la operación, de tal manera que no pueda ser atacada más que por el recurso contencioso ordinario (de plena jurisdicción) nacido de la operación, o bien podrá en ciertos casos ser contem-

plada aisladamente, desde el punto de vista ejecutorio, y atacada con el recurso por exceso de poder? El Consejo de Estado se ha pronunciado por el segundo sistema en el caso de que la adjudicación sea atacada en su regularidad por licitadores eliminados, por la razón de que estos licitadores, no siendo partes en el contrato de trabajo, no pueden usar del recurso contencioso ordinario nacido de la operación". Se obvia así la excepción del recurso paralelo. Pero lo que interesa ahora constatar y dejar claro es que, dada la imposibilidad de fiscalización judicial de los hechos determinantes, el recurso por exceso de poder interpuesto por el tercero ajeno a la operación no protegerá ni podrá proteger "su" interés sino, mucho más, el interés de una "buena administración" (181), hipostasiado éste último en la observancia por la Administración de la legalidad abstracta y formal, de una legalidad -repetámoslo- no funcionalizada en los intereses particulares del recurrente el cual se comportara, también en el recurso, como súbdito.<sup>1</sup> del Estado y no como colaborador de la Administración. Pensemos por tanto -dando un paso más- que, en el recurso; por exceso de poder (y en el marco de la obra de HAURIUO), a la perspectiva formal de la decisión administrativa (consideración judicial no del efecto de derecho de su contenido, sino de la fuerza ejecutoria de su forma) se une la perspectiva formal de la legalidad administrativa. Ahora bien, así las cosas, nada extraño tendrá que la formalización del recurso se extienda también al recurrente. Así ocurre, en efecto, en HAURIUO y, naturalmente, en la jurisprudencia coetánea del Consejo de Estado. La formalización del recurso se logra en este tercer aspecto, como ya sabemos (182), a partir del momento en que no basta para la admisibilidad del recurso la alegación de un derecho o interés directo y personal (alegación que basta en el contencioso de plena jurisdicción), sino que resulta necesaria la existencia de uno u otro para que pueda pasarse al debate de fondo, en el cual ya no juega ni el derecho adquirido ni el interés directo y personal (183).

La operatividad de estos a este nivel se demuestra, entre otras cosas -precisémoslo-, por la ausencia de control de los hechos determinantes (184). Afirmémoslo de nuevo con toda la claridad y rotundidad posibles. En el debate de fondo del recurso por exceso de poder el recurrente es el súbdito y no un específico colaborador de una Administración pública que haya operado en el mercado de la sociedad civil.

Doy por supuesto el dato de la limitación de los poderes judiciales en el exceso de poder. Esta limitación redundará naturalmente en la perspectiva formal de la legalidad aprobada por el Juez. Pero sí insisto en la ausencia del control de los hechos, en lugar de aquella limitación, así como de otros datos distintivos del recurso, es por decisión, tan decisiva por tantos conceptos.

Pues bien, ha sido LALIGANT (193) el que a la vista de esta jurisprudencia del exceso de poder -jurisprudencia que podríamos llamar clásica- ha podido traer a colación la idea de que "la calidad, en el sentido de situación jurídica en que se encuentra el recurrente" parece ser la que da legitimación en el sentido de poder de acción, para concluir que "esta asimilación... hace parecer al interés como elemento no ya determinante, sino facultativo de la legitimación y que "el carácter directo y personal del interés es ahora menos perceptible".

Si ahora recapitulamos todo ello e intentamos encontrar un sentido teórico para esta jurisprudencia en la obra de HAURIUO, habrá que comenzar por decir que, en efecto, este opina (194) que la noción de interés es contraria a la naturaleza objetiva del contencioso de la legalidad. Y esta opinión suya no puede ya extrañarnos. Porque, si ya hemos visto que para él el recurso por exceso de poder es una vía de derecho tendiente a paralizar el efecto ejecutorio (formal) y no el efecto de derecho (de contenido) del acto impugnado, nada más natural, desde este punto de vista, que la eliminación, incluso del interés personal del recurrente, pues esta es, en realidad una noción material o de contenido, una noción (interés directo y personal) que, por mucho que juegue solamente como presupuesto del recurso y no de su fundamentación, hace; sin embargo, referencia al patrimonio jurídico del demandante. Y precisamente en esta época "liberal" del Consejo de Estado (y de la doctrina del exceso de poder de HAURIUO) lo que se busca es desco-

nectar absolutamente las ideas de "principio de legalidad administrativa" y patrimonio del administrado.

Observese la diferencia que al respecto cristaliza así entre las doctrinas (y jurisprudencia) alemana y francesa. Pues mientras en Alemania es evidente la "patrimonialización" del principio de legalidad a través de la introducción del "Derecho subjetivo" a la legalidad (195), en Francia, por el contrario, la "libertad" que la legalidad protege no es la libertad de un administrado (exclusión, incluso como requisito de admisibilidad, del Derecho subjetivo o del interés directo y personal), sino la libertad del conjunto de los administrados. La noción de "calidad" o la de "circulo de interesados" tiene, en efecto, la función de difuminar la exigencia del "interés personal" evitando al mismo tiempo la acción popular, que solo se excluye por motivos de economía procesal y no por motivos teóricos.

Ello puede quedar más claro si se piensa de nuevo en el efecto ejecutorio de la decisión administrativa y la perspectiva formal de la legalidad utilizada por el Juez de exceso de poder. Porque si, independientemente del contenido; de una decisión final, se persigue con el recurso paralizar el efecto de hacer avanzar el procedimiento que a toda decisión (de trámite o definitiva) subyace, y ello mediante motivos de anulación estrictamente formales, es evidente que lo que con este proceder se logra es una determinada centralización del aparato administrativo en torno a la ley, centralización que redundará de paso en la libertad del súbdito como tal. Lo que el recurso por exceso de poder persigue es, en fin, la consecución de una específica estructura de la individualidad objetiva nacional (196). La explicación de la cual queda para más tarde (197).

## 2. UNA INDICACION

Hemos dicho antes (198) -y lo hemos repetido profusamente, en realidad- que el control del exceso de poder, que se presenta en HAURIUO como proceso al acto en su ejecutoriedad administrativa, desdeña, en la medida de su carácter formal y abstracto, el contenido de la decisión impugnada. Decíamos también que surgía de ellos dos consecuencias que nos interesaba analizar separadamente, una de las cuales, en su referencia a la formalización del carácter del recurrente en exceso de poder, acaba de ser desarrollada en el apartado precedente.

Pues bien, la segunda de las consecuencias a que aludimos radica en la posibilidad de conectar ya este carácter del recurso por exceso de poder con la dualidad que HAURTOU establece entre "individualidad objetiva organizada" y "personalidad subjetiva". Recuerdese para ello las frases de HAURIUO que reproducíamos al comienzo de este capítulo (199): *"la personalidad subjetiva (del Estado), que no tiene órganos, actúa por intermedio de la individualidad objetiva, que si los tiene"; y "el paso de lo objetivo a lo subjetivo se opera gracias a una acción paralela de la individualidad objetiva y de la personalidad subjetiva; se opera en la acción y no en la organización"*. Pues bien, es preciso ahora decir algo del sujeto en la concepción de HAURIUO, porque claro está sin la comprensión de lo subjetivo no podremos tampoco entender como ese subjetivo actúa a través de los órganos de la individualidad objetiva. Se impone por ello la necesidad de estudiar el problema del sujeto jurídico a la luz de la obra de HAURIUO para observar el papel que en el desempeña el recurso por exceso de poder.

## V. Sujeto moral y persona jurídica en Hauriou

Lo primero que es preciso aclarar es que para HAURIUO la personalidad jurídica es "el sujeto considerado como capacidad de adquirir bienes en las relaciones del comercio jurídico" (200).

Ello quiere decir que sujeto jurídico y sujeto no coinciden enteramente; que el sujeto jurídico es solamente una perspectiva del sujeto por antonomasia. HAURIUO distingue, en efecto, sujeto moral y persona jurídica. Si aplicamos ello al individuo salta a la vista en aquella primera definición una diferencia de comprensión de lo jurídico entre HAURIUO y JELLINEK.

Y es que para JELLINEK -y para toda la moderna doctrina dominante del Derecho público subjetivo- "*una esencia se ve configurada como personalidad, como sujeto jurídico, gracias, fundamentalmente, a que el Estado le reconoce la capacidad de provocar eficazmente su protección judicial*" (201), con lo cual el Derecho subjetivo del individuo frente al Estado puede ser considerado como la "capacidad de poner en movimiento normas jurídicas en interés individual", tantas veces referida (202).

La fórmula de HAURIUO, por el contrario, localiza la personalidad jurídica, y por tanto los derechos subjetivos, en el dato de la adquisición de bienes en las relaciones del comercio jurídico, como relaciones con otros (202).

Se podría criticar esta doctrina -y se ha criticado- aduciendo que supone una identificación entre Derecho subjetivo y acción en justicia. En efecto, la doctrina en cuestión presupone que allí donde existe una acción hay un derecho y una pretensión jurídico material. Pero téngase en cuenta que tal presunción descansa en el dato adicional del título de ese derecho que deriva de la declaración legal-negocial del Estado. Y téngase en cuenta también que la pretensión jurídico-material puede convivir y distinguirse de la procesal gracias a las diversas posiciones de otros sujetos igualmente sometidos a las normas del ordenamiento jurídico, de un ordenamiento jurídico -repetámoslo- que no es producto de la voluntad del Estado.

Con ello logra HAURIUO la posibilidad de distinguir entre acción en justicia y Derecho subjetivo material; la posibilidad de afirmar que no toda acción en justicia supone el ejercicio o alegación de un Derecho subjetivo. O se puede decir -puesto que pretendemos movernos en el terreno del Derecho administrativo- que así logra HAURIUO la comprensión de que no todo recurso contencioso-administrativo supone la alegación de un derecho por el súbdito.

Ahora bien, para que una acción en justicia -nos estamos refiriendo al recurso por exceso de poder- pueda considerarse como ajena tanto a eventuales derechos subjetivos de demandante y demandado como, consiguientemente, a la personalidad jurídica de ambos, será preciso -desde el punto de vista de la definición de la personalidad jurídica de HAURIUO- que ni el demandante ni el demandado puedan considerarse reciprocamente como distintos ("otros") entre sí.

Y es ahora, para obviar esta dificultad, cuando llega el momento de introducir con HAURIUO la noción de sujeto moral en su referencia al Estado. Y es precisamente ahora, porque vamos a ver que precisamente el recurso por exceso de poder, en cuanto garantía de la legalidad administrativa, resulta en HAURIUO un presupuesto o condición lógicamente previa al surgimiento de esa subjetividad del Estado.

Precisando un poco más podría decirse que únicamente mediante la garantía del principio de legalidad abstracta puede convertirse la individualidad objetiva de la Nación en un sujeto moral que resulte titular, naturalmente después de constituido, de aquella capacidad de adquirir bienes en las relaciones del comercio jurídico con otros, que es para HAURIUO la personalidad jurídica.

Observese provisionalmente la diferencia entre el *exces de pouvoir* y la *Anfechtungsklage*. Pues mientras el primero redundaba en beneficio de la cristalización del sujeto moral del Estado, la segunda presupone, muy al contrario, la existencia de la subjetividad estatal.

(200) HAURIUO, Principes..., cit., pagt 267.c

(201) JELLINEK, System..., cit., pag. 82.

## *1 . EL ESTADO COMO SUJETO MORAL: LA IDEA DE OBRA SOCIAL Y LA "VOLUNTAD COMUN" DE LOS SÚBDITOS*

F 160 . El sujeto moral es la "idea de obra social en tanto que aspira a realizar como un sujeto consciente en la voluntad común de los miembros del grupo" (203), concepto que aplicado al Estado, da como resultado "la idea de la centralización política y jurídica en vista de la creación de un régimen civil, idea que se explicita en una serie de ideas particulares de separaciones entre elementos políticos y de leyes positivas sucesivamente votadas y en un cierto número de principios de justicia superiores a esas leyes" (204). Pues bien: si es cierto que en una definición semejante aparece la idea de voluntad, cierto es también que tal voluntad, como voluntad común, no desempeña sino un papel de pura adhesión a la idea, que es así el verdadero sujeto.

Aquí difiere HAURIUO de ROUSSEAU, para el que la voluntad general es una voluntad de poder o actuación como origen de la ley.

La ley de HAURIUO, en cambio, como la norma en general, como el acto administrativo en fin, tiene como origen aquella "voluntad de vivir juntos" de que hablamos al analizar el procedimiento legislativo procedimental, y no la "voluntad común" que es, en su calidad de común, una voluntad de pura adhesión a la idea;

"el sujeto, en la institución social, es la idea social en tanto que aceptada por la voluntad común, y no la voluntad común en tanto que aceptando la idea social" (205).

Pero además, si la diferencia con ROUSSEAU es clara, también lo es la existente respecto a JELLINEK; porque en éste, la voluntad del Estado es una voluntad legislativa, aun cuando, de un sujeto de derecho inexistente en ROUSSEAU.

Se trata, pues, de una idea que se convierte en sujeto consciente a través de la adhesión que le prestan las voluntades de los miembros del grupo o Nación, voluntades que en su carácter de pura aspiración o adhesión, pueden lograr la unanimidad.

En efecto "la voluntad común requiere, por definición, la unanimidad" (206). Esto es importante para detectar el verdadero carácter de esta voluntad común. Pensemos en la elaboración de la ley o del acto administrativo procedimental, Vimos como en ellos lo determinante era una voluntad de vivir juntos; voluntad, pues, o voluntades (en el caso de las operaciones de procedimientos complejos) que eran las de los órganos de la individualidad objetiva; actos o normas que precisamente por su condición de orgánicos o institucionales no suponían acuerdo de voluntades ni unanimidad de voluntad, puesto que estas se sumaban unas a otras, no por su acuerdo sobre los contenidos específicos de aquellas normas o actos, sino por no resultar afuncionales.

En términos de HAURIUO: "La unanimidad es prácticamente irrealizable en un grupo numeroso cuando se trata de acción o simplemente de decisión ejecutoria" (207). Ahora bien, en la individualidad objetiva de una institución no solamente existen órganos, sino también súbditos no organizados.

Una institución social -y se trata de observar la personificación de la institución nacional- se constituye como una individualidad objetiva dotada no solamente de una organización, sino también de una población concreta y viva que se distingue de aquella por su no organización; una población que "anima con su voluntad actual aquellos cuadros de funciones abstractas (los órganos) que, sin ella, serían inertes como las instituciones muertas de los pueblos desaparecidos.

Los dos elementos deben ser retenidos, pero distinguidos y cuidadosamente caracterizados. El elemento de organización es en sí abstracto y, por consiguiente, también el elemento de corporación o corpus. Lo que es concreto y vivo es únicamente el elemento de la población de los miembros del grupo" (208). Pues bien, esa población concreta y viva es la de los "súbditos", la de "todos los miembros del grupo en tanto que no están actualmente englobados en la organización gubernamental.

Incluso cuando todos los miembros del grupo están o pueden estar englobados en una de las organizaciones gubernamentales de la corporación, ello no les impide ser súbditos en los momentos en que no están englobados en aquellas (209). Lo cual no es sino la posibilidad de una doble posición jurídica del titular del órgano, como gobernante y como súbdito.

Ahora bien, la existencia de súbditos no organizados posibilita precisamente el surgimiento de una voluntad común que verse sobre el contenido de una idea para adherirse a ella. Con lo cual no hemos hecho, sin embargo, más que desembarazarnos del obstáculo que pudiese suponer la confusión entre "voluntad de convivir", que legisla o domina, y "voluntad común", que se adhiere.

Es preciso por ello llegar a la comprensión de cómo se constituye concretamente esa voluntad común de los súbditos. Veámoslo pues. Lo primero que HAURIUO constata (210) es que una idea de obra social solo puede adquirir una vida subjetiva propia y convertirse en sujeto consciente y actuante "tomando el elemento de su conciencia a seres humanos que se entregan a ella.

Son las conciencias humanas las que harán la conciencia del ser moral, con la particularidad de que serán conciencias humanas transfiguradas por la idea" (211). Pero en segundo lugar -y esto es para nosotros importante-es preciso que las conciencias humanas, que crearán la conciencia del ser moral o sujeto, constituyan un grupo más o menos numeroso, una pluralidad. Y ello, porque en primer lugar, "solo en una pluralidad de conciencias humanas puede destacarse suficientemente la parte de conciencia que se entrega a la idea de la empresa social y de la parte que en cada una sigue siendo individual" (212);

y, en segundo lugar, porque "además, el acto de conciencia es a la vez uno y complejo, consistiendo esencialmente en comparaciones de valores que son referidos al sujeto; lo que hace la unidad del sujeto al que son referidos los valores comparados, y, por consiguiente, la unidad del acto de conciencia en el ser moral, es la idea común a todos los miembros del grupo. Pero lo que hace posible la comparación de los valores y la meditación de los motivos, por consiguiente, lo que proporciona al acto de conciencia su carácter complejo es la pluralidad de los miembros del grupo y el hecho de que hay siempre entre ellos como una deliberación que precede a la unanimidad de la voluntad común" (213).

Así pues, hay aquí un proceso que resulta hasta cierto punto freudiano, un fenómeno de "proyección" colectiva, de formación de un superego al que se atribuyen específicas cualidades; la principal de las cuales resulta ser desde luego su subjetividad consciente. Pero sigamos adelante, porque aun queda por precisar que para HAURIUO esa deliberación que acabamos de destacar, crea estados de conciencia que aunque comunes a todos los miembros del grupo y separables por ello de las conciencias individuales, no se constituirán, sin embargo, como "conciencia colectiva trascendente a los individuos e incommunicable a ellos". Esos estados de conciencia "están en las conciencias individuales, pero estas se encuentran penetradas por la idea. Es un caso de posesión o desdoblamiento de la personalidad individual (214).

## ***2. SUJETO MORAL Y RECURSO POR EXCESO DE PODER: LAS DIVERSAS FORMAS DE LA SOBERANÍA NACIONAL***



Se podrá observar claramente la diferencia que en este punto capital de la teoría del Estado separa a las doctrinas alemana y francesa de HAURIUO. La primera a la que no es ajena la teoría administrativa de la *negatif Bindung* (equiparadora de administración y particulares en sus relaciones con la ley)- enfrenta y separa decididamente al Estado por un lado y al súbdito por el otro, atribuyendo a ambos, voluntades, intereses y personificaciones jurídicas radicalmente distintas.

No es este, como hemos visto, el proceder de HAURIUO, que con ayuda de la "interpsicología social" construye la posibilidad de un sujeto estatal que integra o aglutina en torno a sí las conciencias individuales de los súbditos hasta procurarse una voluntad que, no obstante ser "común", no trasciende ni puede trascender la de los individuos.

Vemos ahora también la posibilidad de una doble posición jurídica del individuo por antonomasia o propietario: individuo con conciencia y voluntad propia e individuo que aliena su conciencia y voluntad a un ente ideal del que forma parte en cierto sentido.

En esta segunda condición actúa el individuo como súbdito que se adhiere junto con otro a una idea que es el sujeto. Ahora bien, para que eso ocurra, para que aquella deliberación en común, que es imprescindible para la cristalización de la voluntad común de adhesión pueda tener lugar ininterrumpidamente, es preciso que la individualidad objetiva nacional reciba una estructura específica que permita aquella deliberación en común, que a su vez elevara al individuo, a cada uno de los individuos, a la categoría de súbditos; es precisa, en una palabra, una específica estructura de la institución nacional que posibilite el que "El conjunto de los súbditos... o de los miembros de una institución tornados como súbditos, constituya una colectividad y merezca el nombre de público" (215). Porque para HAURIUO, en efecto, "el público es la colectividad de los contribuyentes, la colectividad de los administrados y, por consiguiente, la colectividad: de los súbditos. No es la colectividad de los electores, es el público de las reuniones públicas, de los actos públicos...

El público no es una colectividad puramente pasiva; sin duda, es una colectividad de súbditos, pero la sujeción misma no es puramente pasiva. Hay en la sujeción un poder notable que es el de dar o rehusar su adhesión a las decisiones del Gobierno. Notemos que ni la adhesión ni la resistencia del público están organizadas políticamente: se manifiestan de manera esencialmente libres, por la vía de la prensa, por peticiones, por reuniones públicas. Esta fuerza del público no es otra cosa que la de la opinión pública" (216). Ahora bien, aquí lo que hay es una descripción de la conversión del conjunto de los súbditos en un público, que en esta condición, puede deliberar y lograr una voluntad común que se adhiere libremente a la idea. La pregunta, sin embargo, debe ser si existe en HAURIUO alguna estructura de la individualidad objetiva nacional que garantice aquella deliberación de súbditos en público que discute y opina a niveles interpersonales e interpsicológicos.

Pues bien, esa estructura se encuentra detectada en HAURIUO que junto a la soberanía de gobierno distingue, dentro de la soberanía nacional, una soberanía de sujeción (217), es decir, la soberanía de los súbditos entendida como libertad para someterse o adherirse a la idea o conjunto de ideas expresadas en el contenido de las leyes, entendida, por tanto, como libertad para deliberar y pensar juntos, como posibilidad, en fin, de constitución en libertad de una voluntad común de adhesión a la idea. Esa soberanía de sujeción se configura precisamente a través de las "libertades individuales" garantizadas constitucionalmente: libertad de prensa, libertad de reunión, libertad de asociación, pero también "las libertades más privadas", como, por ejemplo, "la propiedad individual" (218). Con la advertencia de que "no hay que olvidar que estas libertades son para la libertad" (219), lo cual quiere decir que tales derechos o libertades individuales pueden considerarse **no sólo como derechos subjetivos de cada individuo, sino también como libertad estructural o componente de la Nación**. Se trata en efecto de una libertad

necesaria para la conformación, a través de la deliberación colectiva de los súbditos, de la subjetivación de la institución.

Tras todo lo cual ya podemos decir que en HAURIOU el recurso por exceso de poder supone precisamente la garantía de que la soberanía de gobierno no invada ni impida, a través del poder ejecutivo, esa formación libre de la voluntad común de los súbditos. Y decimos "a través del poder ejecutivo" porque el otro poder de la soberanía de gobierno, el legislativo o deliberante, emana "un derecho legal que representa (por definición) la adhesión de la voluntad general (o común) a las proposiciones del poder político" (220). Pero, en definitiva, ese recurso por exceso de poder protege aquí no la libertad de un súbdito (lo que significaría un contencioso de libertades enfrentadas como derechos subjetivos), sino precisamente la libertad de construcción de la voluntad de la "ciudad" o institución nacional.

De aquí el carácter abstracto de la ley en la perspectiva del Juez de exceso de poder, pues el principio de legalidad clásico defiende una libertad no incrustada como componente del patrimonio de cada súbdito en particular. Lo cual permite ahora constatar la diferencia con el concepto de libertad germanica, que como vimos en el capítulo segundo, sólo adquiría relieve jurídico como derecho subjetivo de cada súbdito, con lo que cada súbdito perdía a nivel jurídico su calidad de tal para configurarse como persona jurídica de Derecho privado.

En resumidas cuentas, puede decirse que el recurso por exceso de poder francés es un instrumento al servicio de la libre formación de una voluntad común de los súbditos, de tal manera que pueda surgir o cristalizar la subjetividad moral de la idea.

(203) HAURIOU, op. cit., pag. 267.

(204) HAURIOU menciona la separación de la vida pública y privada, del poder militar y civil, del poder civil y religioso.

(217) HAURIOU, op. cit., pag. 275 y sigs.

### 3. PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO Y "RELACIONES CON OTROS"

"Si ya vemos, por tanto, cómo se constituye en HAURIOU el sujeto moral que en cuanto idea - insistamos en ello- recibe su conciencia y voluntad de un público de súbditos no organizados, podremos entender ahora aquella afirmación de HAURIOU: "la personalidad subjetiva, que no tiene órganos, actúa por intermedio de la individualidad objetiva que sí los tiene" (221). Pero ello, atención, no en las relaciones de poder, no en la perspectiva "gobernante-súbdito", pues acabamos de ver que los súbditos en su voluntad de adhesión a la idea, prestan a esta su conciencia (en este sentido el súbdito es el propio sujeto estatal); sino que aquella actuación del sujeto estatal a través de los órganos se realizará **cuando pueda hablarse de relaciones del sujeto moral "con otros"**

Estos otros son los súbditos que dejan de serlo para convertirse en colaboradores de la Administración, cuando esta interviene a través del servicio público en el comercio jurídico. Es la teoría del contencioso de plena jurisdicción o del Estado como persona jurídica en la gestión administrativa.

F 167 . Al analizar la construcción del sujeto moral en HAURIOU, puede observarse claramente la relevancia jurídica que en este autor conserva la individualidad como categoría en principio diferenciada de la de personalidad jurídica, definible esta última en términos de sociabilidad o del valor social que implica la relación con los otros. Es incluso notable el poder constatar como

para el institucionalismo, del que HAURIUO no es sino un excelente exponente, la personalidad jurídica y consecuentemente los derechos subjetivos reciben su necesario "reconocimiento" no del Estado -como categoría jurídica autónoma que posibilita a IHERING, JELLINEK y al positivismo jurídico en general, la elevación del interés individual a derecho subjetivo y del individuo a persona; sino de la Sociedad, como categoría diferente y más amplia.

Leamoslo en nuestro autor: *"Todos los derechos subjetivos son derechos erigidos en "título", es decir, reconocidos oficialmente por la sociedad y catalogados por ella en razón de su valor social... El simple interés se opone al derecho subjetivo por no ser reconocido en sí como un valor social y aprecia ser vinculado por no hallarse separado jurídicamente del individuo. La personalidad jurídica es, por su parte, una especie de título jurídico aplicado sobre el destino del individuo humano, porque este destino es considerado como su atributo esencial"* (222). Ahora bien, a la luz de todo ello observamos, por de pronto, que lo "individual" tiene que resultar ajeno a lo social (no es ajeno, es anterior (*y en ese anterior tiene oportunidad de fundar su calidad para sedimentar en sociedad FJA*)) y que, no obstante ello, su valor jurídico es indiscutible. Proposición esta que no puede entenderse correctamente sin acudir una vez más al examen del sujeto moral en HAURIUO.

Hemos dicho ya lo que en HAURIUO es el Estado como sujeto moral diferenciado -(antes de alcanzar a aparecer en nuestro imaginario como sujeto moral diferenciado, como dicotomía, es Padre natural de todas las esferas que conforman lo social, invitándonos desde esa condición "esencial y por ello primaria", tan natural como manifiestamente espiritual, anterior a toda otra nombradía o categoría intelectual FJA)-, repito, diferenciado por un lado de su personalidad jurídica y por otro lado, de su individualidad objetiva organizada y nunca acabada de perfeccionar.

Aunque parece necesario aclarar que la "subjetivización moral" de la individualidad objetiva se hace solo posible mediante la consideración del súbdito como individuo precisamente no organizado -(no organizado no implica incapaz de desarrollar y cultivar valores por los que tal vez será apreciado un día como súbdito ejemplar. Esta tendencia a estamentar y congelar la Vida de las criaturas sólo responde a las singulares analogías que nutren el pensar organizacional. Necesidad muy comprensible de la razón, pero bien alejada de las energías que mueven la Vida personal y la de ese Padre tan bondadoso que nos invita a vivir en sociedad. Padre por cierto, no sólo anterior a toda organización del Estado como entidad, como sujeto o como se lo quiera clasificar para asistir funcionalismos dialécticos, sino que es el mismo llamado espíritu esencial original que mueve todas estas solicitudes a considerar con aportes personales, de unos y otros, con la mayor calidad que por fin cabe un día valorar y rescatar. FJA

Pues recordemos que el sujeto moral es "la idea de obra social en tanto que aspira a realizarse como un sujeto consciente en la voluntad común de los miembros del grupo" (223). Y recordemos también que esa voluntad común, que lo es de sujeción o adhesión, solo resulta factible como voluntad de una población concreta y viva "que anima -(la población no es la que anima pues ninguna criatura, ni conjunto de criaturas tiene ese don, si no es por mediación espiritual. Si queremos diferenciar sujeto de objeto, hagámoslo después de dar lugar al espíritu que a uno y a otro ilumina y mueve. Dar lugar al espíritu en Nos permite valorar el sentido y oportunidad de las intelecciones que descubren el quantum de la materia y energía unidas. FJA)-, con su voluntad actual aquellos cuadros de funciones abstractas (los órganos) que sin ella serían inertes como las instituciones muertas de los pueblos desaparecidos... El elemento de organización es en sí abstracto y, por consiguiente también el elemento de corporación o corpus. -(lo **abstracto** no es una nebulosa sin entidad concreta, sino lo que intermedia calidad de concreción: es lo que apura atracción; es el ponerse firme y tirar hacia sí; es lo que conforma la medida del fenómeno estéticos asistiendo a suscitar nuestros indecibles sin abismar. FJA)-. Lo que es concreto y vivo es únicamente el elemento de la población de los miembros del grupo" (224).

No resulta, pues, sino perfectamente coherente, como dato previo a la subjetivización de la individualidad nacional, la introducción de los siguientes datos: primeramente la idea del territorio, después la idea del comercio jurídico o de los cambios, lo que acostumbrara a los individuos a las ideas de valor y propiedad; la idea, en fin, de la vida civil o del régimen civil, todos ellos como asimiladores y de igualdad, que daran lugar a la aparición de la cualidad humana de vecino o habitante, capaz de liberar al súbdito, tanto de los cuadros institucional-organizados como de la condición de parte en la relación jurídica. Pero al lograrlo, son esos datos precisamente los que logran simultáneamente borrar la previa socialización de lo individual que HAURIUO había desarrollado, según hemos visto, en su doctrina de la institución y de la relación con otros. Con ello nos damos cuenta, en fin, de que junto a la voluntad semilibre institucional -o voluntad ordenada o coartada por el miedo del burocrata a no resultar funcional- surge ahora la entera posibilidad de una voluntad no institucionalizada y, por decirlo así, de origen libidinoso. Surge la posibilidad de hacer de la institución un sujeto moral, gracias a la proyección individual de que tiene necesidad la institución como de una adhesión libre a fin de no ser una forma vacía y exterior al individuo.

Vimos el primer efecto de la relación entre institución e individualidad humana o nacional; se trataba de la "incorporación" del individuo, de su socialización, del sostén aportado al individuo por la existencia formal de las instituciones. Ahora es preciso analizar el segundo momento de aquella relación. Y para ello es preciso constatar que el punto de partida de tal proceso relacional es precisamente el individuo con las específicas caracterizaciones que antes se le han atribuido para despojarle de su carácter social. Pues bien, el punto de apoyo para tal "asocialidad" viene proporcionado al individuo por la propiedad, por el derecho de propiedad. Y esto no puede ser ya paradójico más que a primera vista en un autor como HAURIUO, que ya en una de sus primeras obras había visto con absoluta claridad, cómo el derecho real por excelencia proporcionaba a su titular la posibilidad de dos tipos de relaciones: una primera -evidentemente social- relacionaba al propietario con "el otro" a través del eventual *negotium*, origen de específicos comportamientos de rol; pero una segunda era una relación puramente objetiva o con la cosa: lo que el propietario hace de ella (de la cosa) resulta social y jurídicamente indiferente. (*pues váya que esto no es tan así donde caben y trascienden consideraciones ambientales. FJA*). Es precisamente esta indiferencia jurídica, esta indiferencia de la capa de fondo del derecho respecto a la conducta del propietario para con el objeto de su propiedad, la que permite a este propietario primeramente su propia configuración como "individuo" no socializado y en segundo lugar un tipo de relación, la relación de vecindad, que será precisamente la que de lugar a la solidaridad de vecindad como solidaridad entre "habitantes", como una solidaridad pública, en fin, y, por tanto, no organizada socialmente.

"Estando las habitaciones diseminadas sobre el territorio, se sigue de ello entre los individuos una solidaridad de vecindad que es en sí muy diferente de las solidaridades resultantes de las instituciones no territoriales; esta solidaridad es pública por el hecho mismo de ser intersticial por relación a los hogares privados; la vecindad se establece de un domicilio privado a otro domicilio privado franqueando espacios abiertos, por encima de las cercas del *heredium*..." (225).

Esta vinculación de lo íntimo con lo público viene ratificada en el pensamiento de HAURIUO, además, **por su consideración del Derecho subjetivo como el auténtico bien de la vida civil**, condición que alcanza por su posibilidad de acción eventual sobre el objeto sin que ello conlleve la necesidad del simultáneo ejercicio efectivo de un poder físico social sobre aquel.

La liberación del trabajo que la propiedad permite así al rentista, adquiere en HAURIUO una relevancia jurídica para su sistema, que es preciso no desdeñar. Pues aparte de las normales consecuencias jurídicas del contrato de arrendamiento, el propietario puede, gracias a él, recibir el tiempo de ocio necesario para que la preocupación "desinteresada" por lo público pueda penetrar su conciencia, antes solo dominada por la idea de adquirir precisamente aquella propiedad que ahora contribuye a preservar su humanidad individualizada. Gracias a estas connotaciones

del Derecho subjetivo; de propiedad, efectivamente, la vida civil resulta, en cierta medida, "una vida de ocio en la cual, gracias al adelanto y a la seguridad que le procura la propiedad adquirida, el hombre, al no hallarse ya apremiado por las necesidades económicas, puede pensar en cosas distintas de sus necesidades cotidianas, puede entregarse a ocupaciones intelectuales, profesiones liberales, puede reflexionar sobre los intereses comunes concebir el Estado y convertirse en un ciudadano" (226).

*Veamos los suspiros de un Hombre 2500 años atrás.*

*Nos servimos de la riqueza, más como oportunidad para la acción, que como pretexto para la vanagloria.*

*Y entre nosotros, no es para nadie un motivo de vergüenza reconocer su pobreza, sino que lo es más bién no hacer nada por evitarla.*

*Las mismas personas pueden dedicar a la vez su atención a sus asuntos particulares y a los públicos.*

*Y gentes que se dedican a diferentes actividades, tienen suficiente criterio respecto a los asuntos públicos.*

*Somos, en efecto, los únicos que a quienes no toman parte en estos asuntos los consideramos, no un despreocupado, sino un inútil.*

*Y nosotros en persona, cuando menos, damos nuestro juicio sobre los asuntos, o los estudiamos puntualmente; porque en nuestra opinión, no son las palabras las que significan un perjuicio para la acción.*

*Somos los únicos, además, que prestamos nuestra ayuda confiadamente, no tanto por efectuar un cálculo de la conveniencia, como por la confianza que nace de la libertad.*

Discurso fúnebre de Tucídides en oportunidad de la partida de Pericles

Llegados a este punto interesa resaltar de nuevo la relevancia jurídica de la individualidad así lograda. Porque es evidentemente este tipo de propietario el que, en su condición de tal, se constituye -en el sistema de HAURIUO- en servidor de la idea de obra social que será en HAURIUO el sujeto moral que el Estado ha llegado a ser. Ya lo hemos adelantado en algún momento al referirnos al proceso de elaboración de la ley, que lejos de tener su origen en la Voluntad General -a la manera de ROUSSEAU- se llega a desarrollar gracias a las voluntades particulares que, de entre las clases dirigentes se ponen al servicio de la "**Idea**". -( deseo acercar breve referencia legitimadora del origen de esta palabra "idea", por breve vía hermenéutica. FJA). Y si se pregunta cómo puede ocurrir ello, bastará una respuesta que haga referencia a dos factores: primeramente la alusión a **la capacidad de reflexión del rentistas** sobre los intereses comunes; en segundo lugar, **la consideración del Parlamento** como un teatro de reflexión y discusión de ideas, de deliberación, en una palabra; de una deliberación cuyo gran mérito es "el sustraer la decisión a tomar del imperio exclusivo de los instintos y de las pasiones, para someterla a la crítica racional de las ideas" (227).

Hay aquí la imagen, que en la actualidad de nuestros días podría resultar poco menos que idílica de una organización parlamentaria vivificada por la "afición" política del propietario de una concurrencia más o menos libre. Si la deliberación y discusión razonadoras pueden surgir, ello

es debido precisamente a la vigencia de un tipo de carácter social altamente individualizado y diferenciado. Solo los "individuos", en efecto, son portadores de un "Yo" (dicho sea en términos psicoanalíticos) *-(o de un espíritu, Latín genius divinidad particular de cada hombre; dicho en términos intrafísicos, en tanto sensible a no pocos cohabita. FJA)-*, capaz de interponer entre sus "instintos y pasiones" y la realidad del mundo exterior la instancia mediadora de la "razon" *(del espíritu en él, y por ambos, en la esfera social. FJA)-*.

Pero que tal "razon" se halla limitada al marco social de los rentistas, del propietario de la Tercera República francesa, eso está claro en un autor que atribuye a los miembros del Parlamento la misión de conformar paulatinamente un bloque de ideas comunes, en bloque de las leyes. Porque el parlamentario, a parte de poseer el bagaje de la voluntad común como voluntad de adhesión, es accesible a todas las manifestaciones de ideas nuevas por el solo hecho de "formar parte de la elite social. Hemos llegado, por tanto, a la noción "Idea", *-(Ver breve soporte hermenéutico que al final he acercado a esta palabra)-* tan central en nuestro autor.

Pero es hora, también, de constatar que lo que para aquella "elite social" es el producto de la razon se convierte en puro mandato moral para la "comunidad" en general, para *-más precisamente-* la comunidad de los súbditos. Con lo cual queda reproducida la original impregnación racional del imperativo categorico kantiano también en lo que llamaremos "estructura caracterológica" de la subjetividad estatal.

La "idea de obra social", el "bloque de ideas" contenido en las leyes, busca la interpenetración de las conciencias individuales de los súbditos para poder configurarse así misma como un sujeto consciente y colectivo. Para ello, el instrumento idóneo del régimen representativo no es otro que el de la publicidad como opinión pública, cuyos resortes se articulan en torno a la función de enlace entre el contenido de las leyes parlamentarias ordinarias o constitucionales, y el conjunto de los súbditos como "público" de aquel teatro parlamentario, para poder así lograr una voluntad común.

Ahora bien, establecida así la posibilidad de una adhesión de las conciencias al "bloque de ideas" surge ahora la evidente necesidad de la "psicología social" como rama del saber que permita explicar la necesaria "proyección" individual de la multitud nacional: solo así es posible la subjetivación del Estado. *-(El Estado es en primer lugar una esencia, y como tal, su materia prima es espíritu que aplica al rol de Padre de comunidades. Decir que el Estado se subjetiva en la proyección individual de la multitud nacional, no está mal, si con ello adjudicamos al Estado sostener una mochila en sus espaldas llena de seres yacientes y prepotentes, con toda la variedad que los intermedia. El Amor de ese Padre acepta esa piel de asno. Pero el Estado es anterior a ese conocimiento. Imaginar lo contrario es como centrar en la figura de la criatura la subjetivación de Natura o del Universo.*

*De hecho, el "paradigma" ambiental apunta a ese desplazamiento. Natura sólo tiene derechos y ninguna obligación. La criatura en cambio tiene derechos y obligaciones.*

*Esa subjetivación no debería hacernos olvidar que el Estado es una esencia anterior a cualquier objetivación o subjetivación. Recordación tan comparable a la del Universo, cuya objetivación o subjetivación es cosa nuestra. El Universo es anterior a Nos. Al sistere primigenio de estas esencias no le cabe aquello de que: pienso luego existo.*

*Algo similar quedó grabado en voz polis, que en tiempos homéricos no refería de ciudad, sino de vigía. Y era el espíritu del vigía el que convocaba a los unos y a los otros a vivir en sociedad. Incluso en términos existenciales la figura de los estagiritas nos acerca memoria de la convocatoria inusual e involuntaria que generaban. Que luego a la espera de ser atendidos iban dando lugar a los asentamientos frutos de esa espera. En términos "insistenciales" esa convo-*

*catoria, aún después de siglos, es tan concreta como sorprendente y abismal. Una relación de estas vivencias tengo expresadas en mi pequeña obra: "El eremita" escrita una década atrás.*

*Por cierto estas vivencias aceptan las reservas de su traslado como relato. Reservas que en todo caso se contraponen a la simplificación objetiva que menta a la colectividad de individuos como fundadores del Estado. Aceptar que somos huéspedes y no hospederos, ya es tarea para reflexionar. Jung les dará una mano.*

*Todas las culturas reconocen desde los tiempos más remotos una presencia mediadora a la que suelen llamar espíritu.*

*Hace doce años expresaba: "Perforando la pirámide burocrática en el lenguaje más horizontal"; así, al decir de Francis Fukuyama, hube de construir con total desinterés personal y perseverancia, esta solitaria e interminable denuncia administrativa; en 23 expedientes que a lo largo de siete años conformaron un botón de muestra de su laxitud y falta de pasión para el bien común, tanto público, como privado. La denuncia penal probó que las Fiscalías han sido atacadas por el mismo virus. 15.000 documentos entregados en mano, con vistas adicionales a 35 personas físicas y jurídicas, para sentir que aun en soledad puede renovarse vivo el ánimo, que cada mañana en sutiles vigiliias nos desvela. Argentina no será una segunda Cuba, porque el espíritu de los cubanos, de tanto esfuerzo, mete miedo. Pero váya que han dejado alelados a más de un pueblo. Sin embargo, a no dudar, aquí, entre nosotros, algún Espíritu Santo anda resuelto.*

*Llamémosle Dios Kamikaze, Dios Viento, Dios de los Pueblos, dioses Lares, dioses del Hogar; llamémosle: ignorados "queridos Ancestros"; para imaginar o mejor sentir, que en nuestro descabro hay vigías que en silencio guían y con paciencia divina harán de nuestra vida en la Argentina, algo que merezca en un par de décadas, la pena de ser recordado. Si tan sólo esta denuncia me ha llevado ya siete años, cómo esperar que los tiempos fueran, con bondad, más breves. ¡No sea breve el sueño que persigo!*

*Otra alusión comparable alcancé públicamente 10 años atrás, refiriendo de la nominación que dieron los pilotos de Garay al Valle del Luján como Valle del espíritu santo:*

*"Sin invitación me he acercado a la Comuna y es probable que lo siga haciendo con vuestros sucesores. Sintiendo, más allá de las diferencias, aprecio particular por Uds. y por tantos esfuerzos, que transitando senderos errados fueron así redoblados.*

*Siento con confianza, que la audiencia pública bien se asiste con estos aprestos en lenguaje sencillo y directo. Que espero comiencen a ejercitar.*

*Y en forma expresa, un día me citen, para compartir vistas y relatos de esfuerzos; que con esfuerzos hacemos cada uno, con el presente de nuestro habitar, la historia de estos lugares.*

*Y así logren tal vez reencontrar al comienzo de todos los senderos, al final de todos estos presentes, a los más viejos compañeros de Pilar y de nuestra cultura: los pilotos de Garay. Aquellos que éste enviara hace 420 años para establecer referencias, orientaciones y posteriores mensuras que asistieran el reparto de suertes de estancias entre sus compañeros.*

*Al llegar a estas tierras, luego de fijar el mojón de la isla de Escobar en las tierras que hoy son límites de las de Perez Companc, es probable hayan arribado a este preciso paraje de la séptima suerte cuya preservación anhelamos.*

*Que por sus hermosísimas colinas despertaron tal admiración en estas plegadas llanuras, que al mismísimo Dios Viento, Dios de las etnias y los pueblos, Dios de las familias, Dios personalísimo, Dios de los alientos, a su gracia ofrecieron. A sus soplos, tantos inciertos movimientos.*

*A sus estímulos, tanto nuestros aciertos como desaciertos.*

*Que en sinceridad interior cada uno encontrará oportuno, sentido puerto. FJA*

Es preciso a nuestros fines, un paso intermedio que resalte el significado individualista del público de Hauriou. Con la advertencia de nuevo, de que lo individual viene precisado como lo no organizado institucional o socialmente. Otra vez surge aquí, entonces, la consideración del comercio jurídico liberal. Pues si es cierto que este se concreta como fuente de intereses que la capa de fondo del Derecho sanciona como derechos subjetivos por la consideración de que "las profesiones industriales o comerciales más individuales son en realidad puestos de servicio de la sociedad, tanto como las funciones públicas propiamente dichas" (228) -lo cual supone una alusión a la función socializadora de la "mano invisible" o, literalmente, el "aparato colectivo de satisfacción de las necesidades"-, si todo ello es así, si es cierto que el comercio de los cambios constituye la materia prima de la "capa de fondo del Derecho", del contenido de las leyes (en contraposición a la materia reglamentaria), no es menos cierto que existe en la práctica de aquel comercio una segunda dimensión que podría llamarse humanista o individualista; una dimensión cultural. En HAURIOU está apuntada tal dimensión de notable importancia sistemática para su subjetivación del Estado. Pues el mercado nacional "que la institución política se incorpora", el comercio de los cambios, despierta en el súbdito las ideas de valor y de propiedad. Una función, pues, de mentalización del individuo en torno al valor, que no es sino "una cualidad de las cosas establecida por relación a la satisfacción de las necesidades individuales; asunto de apreciación subjetiva de parte del individuo" (229).

Desde este punto de vista, el comercio suscita el sentimiento individual del valor al posibilitar "la apreciación cualitativa de las cosas (230). (*el pasaje de las apreciaciones sin duda reconoce los comercios, pero no se agota en ellos. FJA*) Y si alguna nota, en fin, puede caracterizar, frente al mundo de la institución al contrato individual, como expresión más depurada de un comercio jurídico hipotéticamente libre, es precisamente la discusión de sus cláusulas.

Frente al mundo, pues, de lo institucional o social, en que el acto individual y voluntario se disuelve en la simple "adhesión al hecho" del individuo titular del órgano, el comercio libre se presenta como **la única base**??? de lo discursivo-individual, como la última plataforma residual de una cultura burguesa que, teniendo su fundamento en intereses específicos, no se agota, sin embargo, en ellos, pues el fundamento de voluntariedad libre y de libre discusión del contrato es el factor preservador y reproductor del "individuo", que sin embargo se constituirá andando el tiempo como elemento categorial distorsionante de una sociedad institucionalizada que habrá de acabar con él.

Entendámonos, el concepto de "capa de fondo del Derecho" que para HAURIOU hace íntima referencia a la personalidad jurídica, se muestra como concepto determinado por las nociones "de tuyo" y "mio"; en este sentido, el contenido de la ley (y no de la norma en general) solo puede resultar un contenido de Derecho subjetivo por su carácter de norma emanada de las prácticas del comercio jurídico. Ahora bien, en HAURIOU, tanto el comercio como las abstracciones técnico-jurídicas de él derivadas (personalidad jurídica y Derecho subjetivo) no implican necesariamente, esencialmente, el concepto de individuo o sujeto individual. Este, al contrario, queda solo preservado en su misma posibilidad de existencia como categoría jurídicamente operativa, gracias a la específica manera en que eventualmente se produce o fundamenta el Derecho subjetivo. Piénsese que para HAURIOU, "la capa de fondo del Derecho se divide en instituciones objetivas



orientadas hacia la personificación y en relaciones del comercio jurídico fundadas sobre la personificación, lo que hace, en total, ... el Derecho orgánico o de las instituciones objetivas (y) el Derecho de las relaciones jurídicas o del comercio jurídico" (231); esto en primer lugar. Y en segundo lugar, el dato de que es esta capa de fondo del Derecho la que resulta determinante en el contencioso de plena jurisdicción o recurso de derechos subjetivos.

Ahora bien. si ya hemos visto que la institución organizada es el mundo de la "adhesión al hecho", en la que la libre individualidad, y con ella las voluntades individuales, quedan perfectamente disueltas en lo puramente orgánico como esfera de la voluntad ordenada, para encontramos con algo importante como conclusión digamos que el **Derecho subjetivo es, en sustancia, solamente un instrumento de justicia conmutativa o de justicia en los cambios, pero que como concepto puede prescindir en su delimitación del dato de su origen, individual u objetivo.** Y esto encuentra su confirmación no solo en la esfera de Derecho de funcionarios, en la figura del contrato administrativo o en el derecho de crédito derivado del daño sin culpa funcional, sino también en la esfera del contrato laboral con adhesión al reglamento de empresa, o en el contrato colectivo entre el patron y el sindicato. Lo cual supone, quizá, la banalidad de la referencia al contrato de adhesión, como figura jurídica ya suficientemente analizada. Si no obstante se hace aquí mención de ello, es para que sirva de contrapunto - y aquí volvemos al hilo principal del tema que nos ocupa- a aquel comercio jurídico que precisamente potencia lo individual hasta convertirse en la base de un público "no organizado socialmente" o, en otros términos, de un público individualista.

La mención de lo institucional, como disolvente de lo individual en la "adhesión al hecho de la institución" tiene, efectivamente, como objeto el poner de relieve que el derrocamiento del *Ancien Regime* permite, a mitad de camino todavía del proceso de burocratización, la coexistencia de un mundo liberal en el que "a la desconsideración dentro de la empresa propia y a la rivalidad comercial se unía en el mismo individuo la flexibilidad respecto al consumidor"; un mundo en el que "frente al más débil no existía ninguna clase de piedad"; en el que combatiendo al competidor y explotando al jornalero "se cortejaba al cliente".

Ahora bien, este cortejo, esta flexibilidad de trato, esta consideración -"el cliente siempre tiene razón"- de lo individual y peculiar del sujeto a que el vendedor se enfrenta, es lo propio también de la vida pública. Pues lo público -desde la perspectiva institucionalista- se define en términos de negación de la intimidad individual. La vida pública es la vida de lo individual; y lo individual, lo "humanista individual" diríamos, solo tiene sentido desde su eventual origen en el comercio de los cambios.

Veámoslo en HAURIUO. "Si a la organización metódica de la población encuadrada en las instituciones se opone el público, y si este aparece como una formación más libre y próxima, por lo demás, a la vida pública, conviene resaltar el hecho de que el campo de feria prepara al público; provoca, en efecto, la muchedumbre ruidosa y atareada, alegre, en que cada uno entabla relaciones que no valen más que de individuo a individuo, y la misma muchedumbre no pide más que transformarse en un público" (232). Aquí se opone HAURIUO al enfoque funcionalista de DURKHEIM, pues donde este resalta y analiza el suicidio del que escapa a la norma social, HAURIUO refiere, en cambio, "las fiestas religiosas" y "las ferias y mercados" (233) como plataforma o escuela espontánea de la discusión y la opinión, todo ello en un enfoque optimista de la cuestión que le lleva a ver en la vida pública "una compensación de libertad e independencia" para las personas que en la vida privada resultan subordinadas (234).

Independientemente de ello resulta, con todo, importante, a partir de aquí, poner de relieve que en HAURIUO existe una inmediata vinculación entre la individualidad, el público y la opinión pública, esta última como reino de la prensa, los clubes, las reuniones públicas, las asociaciones, como reino, en una palabra, de las libertades, públicas o individuales, incluso las más privadas, como la propiedad (235). Porque realmente la consagración constitucional de tales libertades no

se agota -en este esquema- en la protección jurídica de específicos intereses del individuo socializado, sino que prolonga su funcionalidad hasta posibilitar la adecuación de la institución política al comercio de los cambios.

"Los derechos individuales garantizados, tales como la libertad de ir y venir, la libertad de comercio e industria, la propiedad, se convierten en la base del mercado" (236) y, más precisamente del mercado nacional, que ahora se constituye como un poderoso factor de asimilación. Pues, en efecto, si un público no es una muchedumbre cualquiera, sino "una reunión de hombres muy semejantes los unos a los otros y, ante todo (con) la misma lengua y (con) las mismas ideas, de manera que puedan pensar juntos" (237), lo cierto es que esa semejanza, esa asimilación, se hace factible gracias solamente al comercio de los cambios que suscitan en la muchedumbre las ideas de propiedad y de valor (238). "La vida civil resulta en el sentido del máximo de similitudes entre los hombres, y a su nivel se establece el ideal común de la dicha individual" (239). HAURIUO comienza así a separarse de la psicología social francesa de la época que debe haber conocido. La psicología de las masas, en efecto, había sido descrita por LE BON en los siguientes términos: "Es de observar que entre los caracteres especiales de las masas hay muchos, tales como la impulsividad, la irritabilidad, la incapacidad para razonar, la ausencia de juicio y muchos otros que se observan igualmente en los seres que pertenecen a formas inferiores de evolución, tales como la mujer, el salvaje y el niño." Pues bien, esta "perdida de civilización" de lo colectivo que escapa a la división social del trabajo no aparece en el "público" del jurista, para el que -al contrario- la función asimiladora del mercado da lugar a "una comunidad", en la cual el elemento de organización y de institución pasa a un segundo plano y desaparece ante el elemento del público de individuos; público que no obstante su desorganización, o quizá gracias a ella, puede definirse como "una muchedumbre compuesta de individuos que pueden pensar juntos" (240), -(*Cien hombres juntos no hacen un hombre. Antonio Porchia*)-,

ello en la medida -no se olvide-- en que el mercado ha penetrado los espíritus para suscitar en ellos las ideas de valor y propiedad, que ahora son básicas y comunes. (*y muy primarias para poner valor a la Vida. FJA*)

Va surgiendo, pues, la posibilidad de un alma, de una voluntad comunitaria, que encuentra, por lo demás, su campo de experiencia en el territorio: el dominio público (calles, plazas...) y las relaciones de vecindad dan idea de la separación -muy propiamente burguesa- entre los mundos del trabajo y el ocio, una separación que acaba con la agrupación, también habitacional, de los gremios medievales.

El mercado nacional y su consagración constitucional en las libertades públicas antes mencionadas, logra de este modo otorgar relevancia jurídica, tanto al territorio en sí mismo como a la cualidad de habitante, y ello a través de la noción de interés general o público. Porque "el interés general, distinto del interés profesional o corporativo, no es otra cosa que el interés del habitante" (241). Si ya vimos que el concepto liberal de propiedad daba al individuo la posibilidad de ocio necesario para entregarse a la preocupación -en ocasiones parlamentarias- por el interés público, ahora vemos que el ocio, al separarse del trabajo, sigue siendo la medida de esa posible preocupación, pues solo el habitante, y no el profesional organizado, tiene acceso a ella. Sea como sea, es este habitante "desorganizado", ahora "individuo", por tanto, el que, como ser no social, disfruta de las libertades públicas no directamente funcionalizadas en la garantía del mercado libre.

Las libertades de opinión y expresión, de prensa, de reunión y asociación..., en efecto, hacen factible la discusión y razonamiento de aquel público de habitantes que, procediendo espontáneamente, se halla, sin embargo, previamente mentalizado por su existencia en el mercado. Tenemos ya, por tanto, los datos necesarios para poder hablar de un conjunto de individuos que, lejos de ver reducida su voluntad a la pura voluntad de convivir, pueden ya dotar a la institución objetiva, de que forman también parte de una subjetividad que no podría surgir sin todas aque-

llas bases que hacen del súbdito un autentico individuo. A partir de aquí habrá que analizar el proceso de conversión del Estado en un sujeto conciente y moral (*al que los temas y el paradigma ambiental lo habrán mucho de inspirar. FJA*)

Pero antes conviene que nos detengamos en una implicacion interesante de la individualidad en HAURIUO.

Tal implicacion debe ya hacer referencia al problema de la conceptualizacion del interés en el recurso contencioso-administrativo, aquí recurso por exceso de poder. Un interés que la doctrina -recordemos entre los clásicos a JELLINEK y entre los autores modernos a CANNADA-BARTOLI, BACHOF y tantos otros- se esfuerza por reconducir a la noción de Derecho subjetivo. Pero este proceder doctrinal se sustenta en presupuestos conceptuales unitariamente impregnados por una subrepticia identificacion entre acción en justicia y Derecho subjetivo, con lo cual, en último extremo, el panorama resulta perfectamente reiterativo y -suprimidas las razones originales de la identificacion- esteril.

HAURIUO, por el contrario, no niega ni oculta el condicionamiento histórico de sus formulaciones técnico-jurídicas; su explicitacion es, por el contrario, constante, y así, cuando nos encontramos con la idea de que "el simple interés se opone al Derecho subjetivo, en que no es reconocido en si como un valor social y no se halla, por consiguiente, separado jurídicamente del individuo", podemos sin dificultad lograr una conexión explicativa de tal concepto con las características que se han dado al individuo, a la individualidad objetiva del súbdito, como habitante no organizado socialmente, en el apartado inmediato anterior.

Hay por cierto, en esta noción que pretende reflejar la realidad jurídica de las relaciones entre poder público y súbditos, un no pequeño progreso respecto de las ideas que el propio HAURIUO, todavía influenciado por la Escuela alemana de Derecho Público, habia mantenido en la "gestion administrativa. Allí se representan aun aquellas relaciones como especie simple de un genero más amplio, el de las relaciones de vecindad entre propietarios colindantes, caracterizadas estas por unas exigencias que, aunque reciprocas, revelan una sociabilidad mucho menor que la que pueda derivarse de las llamadas por la doctrina francesa situaciones de gestion o de colaboración. Y así: "En la situación de poder público, las relaciones de la Administracion y de los admministrados, son de pura vecindad; cuando la Administración realiza actos de poder público se supone que actúa para si misma; es como un propietario que en su cercado ejercita las puras facultades contenidas en el derecho de propiedad sobre la cosa; la materia es, como dicen los alemanes, objetiva; la Administración está obligada a no salir de la legalidad en tanto que esta regula la cosa pública".

F 179 . Facultades de que también el goza "en su cercado legal contiguo al de la Administración".. No hay que decir que en último extremo, subyace a esta construcción una noción conceptualista del derecho real como derecho absoluto, valga como referencia la formulacion de V. THUR: "En el ejercicio de un derecho, fundamentalmente, no se necesita tomar en consideración los intereses ajenos. Porque con el otorgamiento de un derecho el legislador ha valorado el dominio de la voluntad y el interés del titular por encima de los intereses del obligado o tercera persona." (*las audiencias públicas para atender cuestiones ambientales prueban que esto no es tan así. FJA*)

Ahora bien, lo que por el momento resulta importante es precisamente la traslacion que en HAURIUO se efectua de esta idea del derecho real de propiedad a la esfera de lo público, como expresión aquí, de aquel derecho de la situación jurídica de sujeción a la decisión ejecutoria al acto de autoridad de la Administracion pública. La dicotomia liberal "poder-mercado" alcanza en este punto, efectivamente, una de sus expresiones jurídicas más depuradas, como ausencia relativa de la alienabilidad en las respectivas posiciones jurídicas insertas en el dualismo "súbdito-soberano". Nosotros, en realidad, es el sentido de la referencia a la asocialidad (a la "mera"

vecindad) que la legalidad de la *Puissance publique* representa. Pues si la legalidad divide y separa los campos de la necesidad del poder y de la libertad del súbdito; la consideración de esta desde el prisma de la "menor sociabilidad" que la vecindad por relación a la gestión comporta, permite a HAURIUO superar ya incipientemente los residuos medievales y de privilegio subyacentes a la construcción predominantemente germanica de los derechos adquiridos, por ejemplo, de los funcionarios; construcción que referida expresamente a la libertad, es la de JELLINEK, cuando este reconduce el *status negativus* a posición jurídica arbitrariamente otorgada por el Estado, a derecho adquirido por tanto.

Pero hay que preguntarse, en definitiva, por el significado de esta equiparación entre libertad-legalidad administrativa, de un lado, y aquella menor sociabilidad de la relación de pura vecindad entre propietarios contiguos, y es lícito, a la hora de responder, la utilización de conceptos que, si bien no conocidos por el propio HAURIUO, encajan perfectamente en la situación jurídica del titular de un derecho real, derecho absoluto que se ejerce sin consideración a los intereses ajenos, revela primariamente la no pertenencia de aquel titular a un grupo de referencia, cuyos miembros detentan *status*, a los cuales se orienta la realización o no realización de la acción descrita en el Derecho subjetivo. Aquí el ejercicio de las facultades sobre la cosa. Ello no significa que el sujeto en cuestión carezca en absoluto de toda vinculación grupal o no importa qué estructura institucional. Ni en general, ni tampoco por lo que se refiere al sistema de HAURIUO, al que precisamente hemos visto desarrollar la dualidad entre voluntad libre y voluntad adherida al hecho institucional (ejemplo: propietario al mismo tiempo funcionario público). Lo que se quiere decir, por el contrario, es que el solo ejercicio de aquel derecho real no significa inmediatamente el desempeño de un papel social, de un rol, que suscite en los terceros correspondientes expectativas: expectativas precisamente del rol.

Referido este esquema -como HAURIUO en definitiva lo hace- a la relación de poder que el principio de legalidad de la Administración delimita, el resultado que ahora interesa es el de que tal principio, tal como GARCIA DE ENTERRIA ayuda a comprenderlo, adquiere sentido solo desde su vigencia en una sociedad típica en que frente a una burocracia pública queda el súbdito desprovisto de *status* sociales, como un ser asocial, en el sentido de que su relación con aquella Administración pública resulta incapaz de constituirse como una relación social de interacción de que deriven *status* recíprocamente referidos. La posición jurídica del administrado -que no la del colaborador en la gestión administrativa- da así por resultado una *out-group-position*, en lo que a este tercero, la Administración pública, se refiere.

Y si tenemos en cuenta que inversamente la *Puissance publique* asume en esta referencia al súbdito una dimensión específicamente política que priva a sus actos de cualquier sentido básicamente social, la consecuencia es desde aquí, una especial concreción jurídica de la dogmática separación entre Estado y sociedad. Lo cual resulta lógico, pues el Estado, la Administración pública, no puede ser definida desde esta perspectiva y todavía a este nivel histórico vislumbrar -que siempre termina poniendo la carreta adelante del buey-, buey Padre esencial, asistente especial elevador de esfuerzos. FJA" vislumbrar algún día la función relativamente específica de tomar decisiones vinculantes y solucionar con ello, problemas sociales"; sino aun como "res pública del orden social, completo bien común o cima jerárquica de la totalidad de la sociedad". Sin embargo, sostengo la ilusión de que el paradigma en que han instalado a Madre Natura, algo cambiará la posición de la carreta. FJA

Lo que ahora importa, sin embargo, es que así definida la legalidad administrativa confiere al súbdito -repetámoslo- una garantía jurídica, una protección jurídica, que le afecta únicamente como ser no social. Ahora bien, esta asocialidad es precisamente aquella nota que definía al súbdito como individuo, como individualidad objetiva capaz de la proyección necesaria para el surgimiento de la subjetividad moral del Estado. Que esta concepción del principio de legalidad en su liberalismo supone una huida del derecho puramente social, es algo que resulta más claro aun a la vista del panorama que ya en tiempos de HAURIUO ofrece la Nación. Pues es este mis-

mo autor el que sostiene que "una Nación, cuando se halla ordenada en régimen de Estado, toma cuerpo bajo el Gobierno del Estado, **pero también es capaz de tomar cuerpo por sí misma**, fuera del Gobierno del Estado, gracias a los cuadros que le son propios. Estos cuadros son los de las instituciones autónomas y los de las situaciones establecidas individuales...: provincias, departamentos, municipios, establecimientos públicos, fundaciones, corporaciones, asociaciones, que representan, en la medida que son autónomas, una infraestructura independiente que debe ser vinculada a la Nación... De la misma manera, las situaciones establecidas de los individuos, los dominios, las profesiones, las funciones, los estatutos se hallan, en gran medida, fuera del alcance del Gobierno del Estado, y en tanto que autónomas pueden ser consideradas como cuadros de la Nación".

Ahora bien, así las cosas, resultan perfectamente reales las posibilidades de socialización del individuo. En realidad, sociológicamente, tal socialización es ya un hecho para el institucionalismo como metodología jurídica, que aquí, sin embargo, no está llevada a sus últimas consecuencias, porque la rica variación de posibles status sociales y comportamientos de rol que todas aquellas instituciones autónomas y en general, el mundo de la representación de intereses, ofrecen al individuo eventualmente en conflicto con la Administración pública, toda esa complejidad de posiciones institucionales viene a ser suprimida, como tal complejidad, por el dogma de la legalidad administrativa entendida, en paralelo con la construcción clásica de las relaciones de vecindad entre propietarios, como una delimitación de las esferas jurídicas del poder y la libertad que permite a sus titulares un comportamiento socialmente indiferente.

Con lo cual -repetámoslo una vez más, el principio de legalidad acaba por preservar la individualidad objetiva del súbdito frente a un mundo "excesivamente" institucionalizado que amenaza con destruir la relevancia jurídica del individuo para otorgarla solamente a la "racionalidad" de las organizaciones.

Toda esta construcción no es, sin embargo, pura ideología deformante de lo real. Puede, al contrario, reflejar, con una mayor o menor oportunidad histórica, la estructura básicamente campesina de la Francia postrevolucionaria. Estamos en efecto, acostumbrados a insertar la historia y la problemática de la burocracia centralista napoleónica en la exposición dogmática del Derecho administrativo francés y sus influencias sobre el nuestro. Pero no lo estamos tanto a considerar la realidad social del súbdito de aquel aparato. Y a esta labor es de nuevo aquí también HAU-RIOU el que puede aportar una pauta metodológica no pequeña *Nota de AED*: (Esto hay que precisarlo y acaso corregirlo)

Acabamos de hacer referencia, en efecto, a las posibilidades de socialización ofrecidas al súbdito estrictamente tal, por la nación constituida en tejidos ganglionares de las instituciones más diversas y de los más diversos ordenes. Y resulta por demás, evidente que tal estructura institucional encuentra su plataforma jurídica en las declaraciones constitucionales de derechos. Asociaciones sindicales de propietarios, sindicatos profesionales en general, sociedades de socorros mutuos, asociaciones culturales, fundaciones, cajas de ahorros, todo aquello, en fin, que configura la tan famosa "Administración de interés público", se remonta con mayor o menor inmediatez a las posibilidades ofrecidas por los derechos del hombre y del ciudadano. Lo cual permitiría, indudablemente, una concepción histórico-cultural, institucional en una palabra, de tales derechos, como libertades que se desarrollen con la razón y el progreso; el progreso, precisamente, de las instituciones; lo institucional alcanzaría de tal modo también en este campo relevancia jurídica. La cuestión es si en HAU-RIOU ocurre algo semejante. Nada de eso. En la segunda edición de los *Principes de Droit Public* podemos leer: "Cuando se les contempla en relación al individuo que de ello se beneficia, se les llama "derechos individuales" o "libertades individuales" o "derechos del hombre y del ciudadano"; cuando se les contempla en relación al régimen de Estado del que son elementos constitutivos, se les llama "derechos públicos" o "libertades públicas", es decir, que estas facultades esenciales, cuyo goce y ejercicio son propios de cada individuo, son, sin embargo, el patrimonio común y la cosa de todos...". Y al constatar el au-

mento constante de la lista de los derechos individuales se añade que "no se puede decir que sean su objetivo (del régimen de Estado); no son más que medios empleados para realizar la libertad del individuo en lo que tiene de sintético; en otros términos, es preciso no olvidar que estas libertades son para la libertad. Pues bien, la usurpación deformante de la concepción rousseauniana en este punto resulta palpable.

Frente a un LOCKE, para el que "el estado de naturaleza se rige por una Ley natural que obliga a todos y cada uno", y para el que la razón confundida con aquella ley natural "enseña a todos los hombres si quieren consultarla, que al ser todos iguales e independientes nadie debe perjudicar a nadie en su vida, su libertad o sus bienes"; frente a cualquier concepción funcional, histórica o pragmática de la libertad o mejor de las libertades, ROUSSEAU es, en efecto, el teórico de la libertad original y anterior a la razón. La libertad es en ROUSSEAU una libertad simplemente natural. Ahora bien, si es cierto que no puede olvidarse el radicalismo de un contrato social que concluye en la democracia de la voluntad general que gobierna legislando, no es menos cierto que es también ese contrato el que produce "la alienación total de cada asociado, y de todos sus derechos, a toda la comunidad". El proceso es, en efecto, el de la enajenación de la libertad natural del individuo en la comunidad total. *¡Qué curioso! A pesar de no dudar de la honestidad de Antonio Esteban Drake, ni de la agudeza de Hauriou, ni de la valiosa libertad natural de Rousseau, sólo siento la alienación que produce el Amor vincular concreto alimentado desde una existencia humana que hace tan sólo 8 años dejó su condición existencial, tras haber cargado con esas pobreza extremas tan fáciles de reconocer en Paraguay. Sin su ánimo y capital de Gracias no estaría este hortelano mirando por comprender los entreveros discursivos tan lógicos y evidentes que giran alrededor de la legitimidad para compadecerse por las espaldas de Papá Estado. FJA*

F 184 . La libertad así alienada se incapacita para asumir no importa qué vertiente histórico-social; el elemento natural de tal libertad queda trascendido, pero no mediado, y el individuo resulta político solo como agregado, como suma, como muchedumbre. *¡Cuánto me gustaría ser muchedumbre sin dejar de ser el que soy! FJA*

Pero, sobre todo, para lo que aquí interesa, tal individuo -que en ROUSSEAU es soberano legislando y en HAURIOU sólo sometiendo a la Ley- se nos presenta, en su relación con el poder ejecutivo, sin derecho alguno y, por tanto; también sin "libertades", lo que equivale a decir como "pura y desnuda individualidad", al margen de la cual "se realiza la existencia del Estado como Gobierno" y su propia existencia en la sociedad civil (MARX).

Es preciso, en este momento, abrir un parentesis que señale cómo efectivamente existe entre ROUSSEAU y HAURIOU, toda la fundamental diferencia que puede darse entre la utopía democrática de aquel y el pragmatismo del jurista moderno. Pues la voluntad general rousseauniana es legisladora y en HAURIOU es una voluntad de sujeción. Y es que HAURIOU -como en general el jurista- se ve por lo menos en la necesidad de combinar la democracia con la razón. Que tal combinación pueda resultar precariamente equilibrada, eso es algo que no impide a HAURIOU acudir a la fórmula de MONTESQUIEU: *Les lois sont les rapports necessaires qui derivent de la nature des choses.*

Frente al reglamento como simple expresión del principio de autoridad, como norma a priori que no tiene por qué responder a una pasada experiencia, la Ley se presenta impregnada de todo el espíritu de la operación, de la experiencia y de la libertad, del comercio jurídico, en fin, pues este comercio se mueve, por hipótesis, automáticamente, sin intervención ninguna del poder político. La Ley, ya general y abstracta desde un punto de vista formal, pretende así la racionalidad de su contenido, de manera tal que pueda afirmarse la coincidencia en la Ley del poder y la razón.

Ahora bien, tal coincidencia encuentra precisamente su oportunidad histórica en una opinión pública que también hace su aparición en la obra de HAURIUO como factor determinante de la racionalidad legislativa.

F 185 . La buena razón de que para cada uno en la vida de todos los días, la mecánica económica tiene mucha más importancia que la maquina política"; si ello es cierto, también lo es, y de tan gran realismo aquello que nos deja todavía sin saber en qué calidad participa el súbdito en esa operación mediadora entre el comercio y la Ley o bien, en calidad de qué aquel súbdito forma parte de la opinión pública que constituye precisamente la instancia de mediación entre aquellos dos polos. La respuesta a esta cuestión es de importancia no pequeña, porque, dada la pretensión de identificar en la Ley el poder y la razón, la caracterización del sujeto como miembro de la opinión pública nos dara inmediatamente también el carácter del súbdito como tal súbdito. *iQué curioso, se dan de frente con una realidad que escapa a la lógica, a la razón y a los usos y costumbres y no reparan en que Les lois sont les rapports necessaires qui derivent de la nature des choses. Es en la naturaleza que no advertimos de la dicotomía que hacemos de su materia y sus energías que consiste la huída hacia adelante de la civilización. Si conocieran la naturaleza de las "cosas", todos andarían más tranquilos. FJA*

Desde este punto de vista, el súbdito como miembro de una opinión pública, cuya adhesión a la Ley se presume (242), ha de forjar su mente en el comercio, en su participación en la "mecánica social de satisfacción de las necesidades", pues el espíritu de la Ley es el de aquel comercio, Pero también resultan necesarios un tiempo y un espacio que permitan a aquel súbdito "racional" - utilicemos los términos de HAURIUO- "el soñar con otras cosas que las necesidades cotidianas; el darse a ocupaciones intelectuales" (243). Tal necesidad, en efecto, halla extenso y profundo eco en HAURIUO, que encuentra su satisfacción, por un lado, en la propiedad ya adquirida en el comercio jurídico y que ahora posibilita el ocio, y por otro lado, en la institución de la pequeña familia patriarcal asentada en la intimidad de un hogar que, aunque privado o precisamente por serlo, proporciona a sus miembros la oportunidad de un intercambio de ideas y opiniones con los otros hogares que no suponga la pérdida, sino, al contrario, la misma conformación de aquella intimidad.

Ahora bien, este intercambio, como vehiculo que es de la opinión pública, posibilita precisamente al propietario (al individuo de la producción y reproducción de la vida burguesa en el mercado o "comercio") la ilusión de su propia "humanidad", su autocomprensión como "hombre", como hombre racional, perturbar su individualidad pura y simple o no socialmente caracterizada. Y así nada importa que tal individuo participe en cualquiera de las esferas -religiosa, mercantil, industrial...-, que cualquier declaracion de derechos le ofrece; su condición simplemente humana de súbdito de la Ley borra todas esas esferas y le hace presentarse ante la autoridad del poder ejecutivo como individuo dotado de libertad en lo que esta tiene de sintetico de las particularizadas libertades públicas, incluida entre ellas la propiedad (244).

Si volvemos ahora a ROUSSEAU, lo vemos deformado, pero en cualquier caso presente en esta comprensión jurídica de las "relaciones de poder" en su concepción clásica. Pues el súbdito de las leyes y del poder ejecutivo que las desarrolla con sus "actos de autoridad" es aun, gracias a su ilusión de "humanidad", ahora consagrada jurídicamente por esa "libertad sintética" de HAURIUO, aquel asociado que aliena todos sus derechos a la comunidad total.

O es, lo mismo da, la individualidad objetiva incapaz de oponer a la Administración pública no importa qué derechos subjetivos adquiridos en el tráfico jurídico-social, en el que todos los días participa. A cambio de lo cual conserva la soberanía, no ya para legislar, sino precisamente para someterse a la Ley: una soberanía al fin y al cabo.

Concebir, por tanto, las relaciones de poder delimitadas por la legalidad administrativa a imagen y semejanza de las relaciones de vecindad entre propietarios colindantes, significa al final de

todo lo que antecede, poner de relieve la asocialidad de la conducta del súbdito por relación a la Administración pública. Y es precisamente un merito de HAURIOU el haberse interesado precisamente por la escasa sociabilidad que supone el ejercicio interno del Derecho real en su concepción primitiva. Es este matiz, en realidad, el que lo permite después de una teoría jurídico-pública que supera la concepción del poder en la Escuela alemana del Derecho Público, de cuyos presupuestos parte inicialmente.

Del problema de la sanción judicial del principio de legalidad de la Administración pública surgen dificultades que no pueden salvarse por medio de la analogía con los medios de protección que el Derecho occidental otorga a la propiedad. La referencia es aquí, en concreto, el recurso por exceso de poder y su imposible comparación con el alcance de las acciones de que un propietario como tal puede hacer uso. *¡Cuánto más paradójal cuando ese propietario no hace ningún uso de argumentos patrimoniales otro que los espirituales de su Padre el Estado esencial y concreto en todas las miserias que cargan en sus espaldas! ¿Cómo dudar de no estar ese particular legitimando al Estado esencial? ¿Tienen acaso miedo de mirar el fondo de la cuestión? ¿Por qué no desnudan al Estado de sus atributos estructurales para ver desnuda su condición esencial?. FJA*

Vayamos por partes. Dijimos antes, en efecto, que la actuación de las facultades internas del Derecho absoluto suponen la no pertenencia de su titular a un grupo de referencia que pudiese detentar respecto a él expectativas de comportamiento. Los terceros por relación al derecho no implicaban la asunción por el titular, en lo que al ejercicio interno del Derecho se refería, ni de un status social ni de, por consiguiente, comportamientos de rol cualquiera. Ahora bien, la pregunta puede y debe ser ahora la de si ocurre lo mismo con el comportamiento del tercero, es decir, la de si este tercero carece también de *status* en un grupo de referencia integrado por él y el titular del derecho absoluto en cuestión. En realidad, no es así. Porque el titular espera del tercero que este no interfiera ni impida su ejercicio exclusivo de las facultades del Derecho. *Mirando por Natura no hay segundos ni terceros. FJA*

En este sentido, el vecino, por ejemplo, desempeña un papel social precisamente al no realizar actos de perturbación de la propiedad colindantes; un papel social -y esto es importante- que le ha sido asignado por un grupo de referencia -el grupo del o los propietarios vecinos- que resulta parcial por relación a la totalidad social. Esto último es claro si se observa que la reacción judicial a la perturbación de la propiedad por el tercero reproduce en su alcance la "reacción social" del grupo de referencia en cuestión, ello en el muy preciso sentido de que el ordenamiento jurídico, a través del órgano judicial, extiende y limita su actuación a la protección de las estrictas facultades del titular del derecho violado.

"La cualidad que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen" (245, esta titularidad, esa "posición jurídica", que delimita facultades según la específica relación jurídica que le sirve de soporte, provoca inmediatamente en el sujeto que la asume la pérdida de la individualidad que como a ser no social le caracterizaba, al contrario, en el ejercicio de las facultades internas (sobre la cosa) del derecho absoluto. Cuando el titular, de tal modo ejercita su derecho mediante la formulación, extrajudicial o judicial, de una pretensión *ad extra*, ha perdido ya su "pura y desnuda humanidad" para rebajarse de nuevo al comercio jurídico, al mundo de la producción y reproducción de la vida burguesa en el mercado, un mercado que ha titularizado sus poderes e intereses. En el sentido de todo lo que llevamos dicho puede afirmarse, pues, que la relación jurídica provocada por la irrupción del tercero en la esfera protegida por el derecho real implica una posición de poder que por unilateral que resulte, no logra desprenderse de su origen o adquisición en el tráfico. Y así, la posición jurídica del propietario es también, como lo era la del tercero, el reflejo de un status social.



Esta alienación de la individualidad en el "status social de poder" encuentra, por lo demás, nueva confirmación en la mecánica del proceso judicial que se deriva del eventual conflicto entre el titular y el tercero.

Dejemos ahora aparte el problema de los poderes del Juez para centrar nuestra atención a motivos de pedir en la *causa petendi*. Si el objeto de todo proceso y, por tanto, también del que tiene lugar como consecuencia del conflicto entre el titular del derecho absoluto y el tercero, es la petición formulada al Juez o pretensión procesal, el fundamento o causa de pedir que en general puede definirse como el acontecimiento o acontecimientos fácticos con que el demandante acota su petición judicial, está compuesto, en los supuestos ahora contemplados, además de por la irrupción o perturbación del tercero en el derecho básico (propiedad usufructo, prenda...) por este mismo derecho. Pues si bien es cierto que la causa de una pretensión procesal no es nunca la relación jurídica presupuesta de la consecuencia jurídica (por ejemplo, devolución de la cosa, declaración de estar ésta libre de restricciones), cuya actuación judicial se solicita, no es menos cierto que en el supuesto de las acciones reales tal relación jurídica es la relación obligatoria que surge con el acto de perturbación del tercero y no el derecho básico o absoluto en su condición de *ergo omnes*. De tal manera, este último derecho pasa a constituirse, en la perspectiva de un eventual proceso concreto, como un simple hecho o acontecimiento fáctico presupuesto de aquella relación obligatoria con cuya alegación fundamenta el demandante su pretensión procesal. Es en este sentido en el que puede decirse que el derecho absoluto forma parte en el litigio procesal frente a tercero, de la *causa petendi*.

Pues bien, constituyendo la indicación de la causa un requisito imprescindible para la admisibilidad de la demanda, y siendo dominante en la materia la teoría de la sustanciación, resulta que, iniciado un proceso, el cambio posterior de título de pedir (por ejemplo, de propietario a usufructuario, de usufructuario a titular de prenda o servidumbre...) implicaría un cambio de demanda inadmisibles, que la iniciación de otro proceso con título distinto no supondría la excepción de litispendencia, que la cosa juzgada solo se extiende al título invocado que ha debido ser necesariamente preciso y concreto. Si el Juez, en virtud del principio de congruencia también extendible a la *causa petendi*, sólo puede dar satisfacción a la pretensión del acto dentro de los límites del título invocado, si el demandante se ve aprisionado por la elección de causa que efectúa, ese mismo demandante se ve libre, en contrapartida, de iniciar con nueva titularidad otro proceso distinto. ¿Qué resulta de todo ello? Que el Ordenamiento jurídico, el órgano judicial, consagra con la eventual sentencia estimatoria determinadas facultades del demandante sobre la cosa (facultades de propietario, de usufructuario...); facultado de status sociales eventualmente varios, aunque resulten todos ellos status sociales de poder, un mismo poder y un mismo interés (por ejemplo, los de disfrutar la cosa) de un mismo individuo, se convierten así en poder e interés sociales por obra y gracia de la adjetivación que les confiere su adquisición en el comercio jurídico. La individualidad del sujeto pierde así sus contornos y se disuelve en el sistema que el mercado ofrece.

Después de todo ya puede uno explicarse que frente a la perturbación del tercero reproduzca el Juez las expectativas de rol que a aquel tercero han sido formuladas por un grupo de referencia (propietarios, usufructuarios...) que resulta parcial por relación a la totalidad social. Lo cual, por lo demás -adelantemos una particularidad de estos procesos, ausente por el contrario, del contencioso-administrativo clásico-, se debe a la coincidencia entre título del derecho y título de la pretensión procesal o *causa petendi*.

Puede ya afirmarse ahora la imposibilidad de equiparar al súbdito y al propietario. Precisamente porque este último, al ejercitar ad extra sus pretensiones jurídicas, pierde la individualidad que es preciso preservar en el súbdito también en el estadio de sus reacciones frente a las posibles ilegalidades de la Administración pública como poder ejecutivo. En demasiadas ocasiones, sin embargo, hemos hecho referencia a que el papel social del tercero colindante con propiedades ajenas -la no perturbación de las mismas- le viene atribuidos por un grupo de referencia que no

es la sociedad en su totalidad; también se ha afirmado que el Juez de la propiedad reproduce en su sanción las expectativas de tales grupos parciales de referencia. Pues bien, la intencionalidad de dichas afirmaciones es poner de relieve su contraste con la conceptualización que HAURIUO formula del recurso por exceso de poder como resuelto por un Juez disciplinario, por un Juez político. Lo que equivale a decir por un Juez cuya idea del Derecho es la de una legalidad producto, no de grupos sociales, sino precisamente de individuos no absolutamente determinados por la "mecánica social de satisfacción de necesidades".

Esta es, en efecto, la nota que caracteriza a la Ley en lo que ésta tiene de limitación del acto administrativo de autoridad. Porque si ya vimos que el súbdito se comportaba, en su condición de miembro de la opinión pública, como un ser racional dotado de facultades discursivas y de discusión interpersonal, elevándose así a la altura de lo humano desde la plataforma de ocio que le proporcionaban la propiedad ya adquirida y la intimidad del hogar familiar; lo cierto es también que el más perfecto escenario de la discusión así facilitada es idealmente el Parlamento liberal del que surgen las leyes.

Así las cosas, la Ley, que ya era en su contenido la expresión del comercio jurídico o la relación necesaria derivada de la naturaleza de las cosas, recibe ahora el carácter de "verbos perfectos del Derecho" (246). Pues bien, es esta segunda naturaleza de la Ley la que toma en consideración el Juez que controla al poder ejecutivo como tal en su relación con el súbdito como tal súbdito. Lo cual significa que la sanción judicial -la anulación del acto administrativo;- tiene como base o fundamento las expectativas de comportamiento formuladas a la Administración pública, no por un grupo social de referencia (individuos, como propietarios, como usufructuarios...)/ sino por el conjunto de parlamentarios como simples individuos. Las expectativas son aquí de una suma o agregado de individuos no socializados o mejor dotados de una cierta autonomía respecto a su status social. Y, por tanto, paradójicamente, expectativas de la totalidad social o expectativas políticas. La Ley, en resumidas cuentas, queda privada, desde esta perspectiva, de su contenido propio -el comercio jurídico-, y en este sentido resulta una ley formal que hace abstracción del comercio jurídico y, por tanto, de los títulos jurídicos de los sujetos afectados por su propia normativa.

Desde aquí es fácil comprender por qué HAURIUO se desprende a lo largo de su obra de la formulación inicial que le llevaba a la analogía entre las relaciones de poder público, por un lado, y las relaciones de propiedad, por el otro. La idea es ahora la de que "el simple interés se opone al Derecho subjetivo en que no es reconocido en sí como un valor social y, por consiguiente, no está separado jurídicamente del individuo". Solamente el título jurídico, en lo que este tiene de delimitador de específicas facultades jurídicas, es capaz de transformar el interés del individuo en el objeto del mundo exterior en mi derecho subjetivo.

Ahora bien, lo propio de la legalidad reguladora de las relaciones de poder es, como acabamos de ver, prescindir de las titularidades del súbdito. Y así nada tiene de extraño que HAURIUO afirme: "La teoría de los actos administrativos y de sus vicios es, sobre todo objetiva. La reglamentación del poder público se considera, así como creadora de un estado de hecho que no confiere derechos subjetivos a los administrados, porque es en sí objetivo, pero (estado de hecho) que estos tienen interés en mantener porque se aprovechan de él por una especie de posesión, como se aprovecha toda situación que existe en sí; intentan, pues, recursos de anulación contra los actos de la Administración, que, violando la legalidad, tenderían a privarles de esta situación de hechos, y estos recursos, en anulación, son especies de acciones posesorias. Lo que resalta inmediatamente es que la posesión aquí no es el ejercicio de facultad ninguna, no es el contenido de un derecho; se considera con abstracción de cualquier título que la atribuya. Aquí, la posesión vale como hecho y la referencia a los interdictos es clara en este sentido. Porque si el principio de la decisión ejecutoria, en realidad la garantía básica de la separación de poderes francesa, impide el interdicto propiamente dicho al súbdito como tal, al consagrar precisamente la acción directa administrativa, lo cierto es que el clásico recurso por exceso de poder cumple tam-

bién, al igual que el interdicto, una función de garantía procedimental aquí del acto administrativo. Así como el interdicto funciona para evitar el ejercicio extrajudicial de cualquier pretensión, sin consideración alguna, por lo demás, a la titularidad eventual del legitimado para ponerlo en marcha; así también el recurso por exceso de poder con igual olvido de los títulos del recurrente, preserva la legalidad puramente formal de una actuación administrativa que, eso sí, puede prescindir del Juez ordinario para el logro del que cree su derecho. Es el procedimiento administrativo, específicamente administrativo, lo que aquí está su juego, en efecto.

F 193 . Lo configuran como salvaguarda de las normas procedimentales, específicamente de la competencia, el procedimiento y las formas, como normas cuya inobservancia da lugar a los vicios de orden público del acto administrativo. Pero lo cierto es que tampoco las aperturas relativas a la "legalidad interna" del acto (violación de la Ley, desviación de poder) logran privar a la legalidad administrativa de su carácter formal. En efecto, todavía en 1916 puede escribir HAU-RIOU que con el recurso por exceso de poder "se trata de evitar la emoción y la agitación del público de los administrados permitiendo la anulación de las decisiones administrativas escandalosas desde el punto de vista del buen orden administrativo" (247),

Ahora bien, ese "escandalo" del que Hauriou nos habla, es el escandalo de la opinión pública, que como debate verbal o escrito nacido espontáneamente del ocio individual se prolonga en el Parlamento para dotar a su principal producto, las leyes, de aquella característica que hemos visto trascendía al contenido legal del comercio jurídico: su carácter de "verbos perfectos del derecho" o si se quiere, de "verbo escándalo del derecho". En este sentido, la Ley, al trascender así su propio contenido, resulta también formalizada. Lo que aquí interesa ahora, sin embargo, es observar que tal formalización se prolonga en la crítica judicial del acto administrativo. Pues la sanción de la desviación de poder o de la violación de la Ley no toma en cuenta el contenido de la Ley (por muy "interna" que sea la "apertura" del recurso) ni tampoco, consiguientemente, el contenido del acto, sino el aspecto formal de aquella, y únicamente el efecto de procedimiento de la decisión ejecutoria administrativa.

El problema es, por tanto, el de detener a cualquiera de sus niveles -doctrina de los actos separables- el procedimiento administrativo eventualmente en marcha, o es el problema de la legalidad del acto no como contenido, sino como base o resorte de un procedimiento. El problema, en fin, de la legalidad de los procedimientos empleados por la Administración pública que así sigue conservando a ojos del Juez su condición de poder ejecutivo. Quierese decir, en otros términos, que **a este nivel histórico, ... el recurso de anulación se constituye como el instrumento de la primacía de un poder sobre el otro.** Digámoslo de otro modo: aquel recurso jerárquico -justicia retenida- que operaba la centralización burocrática en torno al Jefe administrativo, da paso ahora a la centralización en torno al Parlamento que legisla. Tal es entonces el papel que la Ley, que si bien afecta a la organización estatal "sin fundirla enteramente en un derecho común", es, sin embargo, "un agente de centralización del derecho del Estado, una superestructura jurídica de igual modo o como el Estado es una superestructura política.

Parece preciso, sin embargo, reiterar que este carácter superestructural de la Ley tiene un fundamento más profundo que el puro dato de la centralización burocrática. Porque aquel carácter no es más que el simple reflejo del proceso tantas veces descrito, en virtud del cual el productor y reproductor de la vida burguesa en el mercado puede o debe, según los casos, considerarse como "hombre" o "individuo", fenómeno éste de connotaciones superestructurales también evidentes.

## CAPITULO SEXTO

## *La legitimación procesal a la luz del concepto de sujeto moral y de la construcción clásica de las libertades públicas*

El concepto de individualidad, que así vemos como resultante de la interpretación tradicional acerca del sentido de la legalidad de la actuación administrativa, acaba por disolver todo posible significado de la estructura de la norma en términos de la dualidad analítica, "tipo legal-consecuencia jurídica". Una dualidad que resulta perfectamente familiar, por el contrario, al técnico del Derecho privado en su teorización del derecho subjetivo.

El que doctrina y jurisprudencia hayan acabado por arrumbar, tras no pocas resistencias, la clásica concepción de la norma del ordenamiento jurídico, más precisamente como límite externo del acto administrativo, para sustituir esa idea por la del apoderamiento ordinalista de la Administración pública, no parece haber atraído hasta ahora la atención sobre la circunstancia de que las potestades administrativas sólo cobran su sentido más completo a la luz de la función de socialización del individuo que a la Administración está ya encomendada.

De nada sirve la constante y repetida invocación al Estado social de derecho si no se asume el dato de que la conformación social que ese Estado persigue implica necesariamente la socialización de lo individual también a nivel jurídico, y en este sentido la Ley, la norma en general, requiere su comprensión común como instrumento de tal socialización. La referencia, con ellos, no debe limitarse, sin embargo, a la ya tradicional teorización en torno al plan o más ampliamente a la *Massnahmesgesetz*, sino que debe entenderse más allá. La norma jurídica en general no deja de tener un contenido.

F 196 . El uso de las vías públicas por el peatón, las remuneraciones de los funcionarios, la instrucción pública, la contratación del Estado, o las organizaciones públicas,,, todos ellos posibilitan la consideración de sus destinatarios como seres sociales, como seres dotados de un status social; el industrial del ramo tal, el comerciante, el alumno o padre de: alumno, el peatón, el funcionario, el participante o contratista, el opositor. Y esta consideración, a su vez, abre la perspectiva de diversos sistemas sociales constituidos por su status y el respectivo de la Administración

Este tipo de planteamiento, sin embargo, ha resultado ajeno al Derecho administrativo tradicional. Lo cual se confirmaba al analizar lo que a mi modo de ver constituye el foco central de irradiación de la que tantas veces se ha designado como comprensión formal y asocial del principio de legalidad. Tal foco de irradiación resulta ser el problema de la legitimación en el recurso contencioso-administrativo de anulación.

Según una fórmula que puede resumir toda la doctrina tradicional: si el órgano jurisdiccional... llega a la conclusión de que la anulación del acto o disposición determinaría en el recurrente la desaparición del daño o perjuicio, lo que es igual, la obtención de alguna ventaja o beneficio, debe estimar que existe un interés directo en la anulación del acto o disposición que justifica o legitima la presencia del recurrente en el proceso y declarar en consecuencia, la admisibilidad del recurso. Pues bien, comparemos por un momento este tipo de solución con la que pueda ofrecernos un teórico del proceso civil; Carnelutti, por ejemplo: "El interés para actuar supone la legitimación, mientras que esta no implica el interés; lógicamente, el problema de la legitimación precede al problema del interés para actuar. El interés... hace referencia no a la pertenencia sino al ejercicio de la acción; así se distingue el uno de la otra, aclarando que la legitimación como la capacidad se refiere al modo de ser subjetivo, mientras que el interés concierne al modo de ser subjetivo (casual) del acto (24).

La diferencia entre ambas comprensiones está clara: donde para el uno se confunden dos nociones (legitimación e interés, el interés "justifica y legitima"), esas dos nociones se diferencian con

toda claridad. Para el otro no parece necesario aclarar que ellos deben obedecer a los distintos tipos de procesos que sobre ambos autores parecen imponerse con toda la fuerza de lo natural: donde para el uno hay procesos al acto, hay para el otro un proceso entre partes.

Ahora bien, lo que sí interesa - aparte de consignar de pasada lo lógico de que en el proceso al acto no se plantee siquiera el problema de la "pertenencia" de la acción, puesto que la individualidad objetiva o "humana", el individuo", resulta idealmente ajeno al tráfico o mercado y por tanto a cualquier pertenencia. Lo que sí interesa es extenderse un poco más en la explicitación del posible sentido de dos de las proposiciones de CARNELUTTI que acabamos de transcribir.

Dejaremos apuntada pendiente una de ellas, de no poca importancia para el resultado que aquí se persigue: "El interés para actuar supone la legitimación" aunque no se confunda con ella, porque la legitimación - y vamos con la segunda de las proposiciones aludidas - "se refiere a un modo de ser subjetivo"

Pues bien, lo primero que se aclara de ese modo de ser subjetivo es que la legitimación se distingue de la "capacidad" en que, constituyendo esta última un modo de ser del sujeto en sí. La legitimación por el contrario, expresa un modo de ser del sujeto respecto a los otros. Relación de sujetos esta, que solo excepcionalmente deja de identificarse con la eventual relación jurídica material. En principio, en efecto, existe identidad entre la parte en sentido material y la parte en sentido procesal, entre el sujeto de la litis y el sujeto de la acción. Ahora bien, si se puede afirmar que en general la legitimación o facultad de disposición procesal "deriva de la titularidad de la relación o situación jurídica material sobre la que el proceso versa", lo cierto es que, así las cosas, no puede olvidarse el problema de que la existencia cierta y concreta de tal relación jurídica material solo se declara precisamente por una sentencia de fondo. No obstante lo cual ha debido decidirse previamente por el Juez la cuestión de la legitimación como presupuesto procesal con necesaria concurrencia en el actor.

Admisibilidad y estimación de la demanda son dos problemas a resolver en momentos procesales distintos; pero si es cierto esto, también lo es que el órgano judicial no puede proceder, ya en el estadio correspondiente a la admisibilidad, a una valoración de lo fundado de la pretensión procesal del demandante. Por eso es por lo que, en general, y por vía de principio, tanto la doctrina como las leyes relativas al proceso civil exigen del demandante -como requisito de su eventual facultad de provocar un proceso eficaz sobre su titularidad activa en una relación jurídica material- no la prueba -ni siquiera el comienzo de prueba- de esa titularidad suya, no la prueba o comienzo de prueba de su derecho, sino su simple afirmación; la afirmación de ser titular de una relación jurídica material que, eventualmente y sea cual sea, fundadamente la pretensión procesal en cuestión. Y así, por ejemplo, la norma del artículo 504 LEC, "también deberá acompañarse a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho" ha sido interpretada por la jurisprudencia española en el sentido de que no prohíbe que se admita la demanda si no va acompañada de aquellos documentos, sino que implica solamente que si no se acompañan estos, la demanda no podrá prosperar.

No puede detenerse aquí el discurso porque podría surgir la justificada cuestión de si, dados los términos en que por ahora queda planteado el problema, podría provocar eficazmente un proceso cualquiera que afirmase ser titular de una relación jurídica. En resumidas cuentas, en efecto, ha de haber algo más. Y ese algo más se encuentra en el terreno de la *causa petendi* procesal. Ello no debe extrañarnos, porque, a pesar de su tratamiento sistemático diferente, las relaciones entre *causa petendi* y legitimación son indudables, hasta el punto de que el verdadero sentido del proceso no se alcanza si no se relacionan coherentemente aquellos dos elementos.

Esto ha de explicarse, naturalmente, pero ya desde ahora hay que decir que el sentido del proceso civil no es en manera alguna la defensa de la individualidad humana o individualidad objetiva, sino la protección de la personalidad jurídica de los individuos o -para decirlo más exacta-

mente o con más rotundidad- la protección de un sistema jurídico que, por su conformación estructural, solo atiende al individuo como entidad capaz de disolverse en ese mismo sistema.

Bien los procesalistas españoles en su intento de explicar el artículo 524 de la LEC, advirtiéndonos de que el fundamento de la pretensión procesal no es su motivación, invocada o no, sino los acaecimientos de la vida en que se apoya no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al que la pretensión se refiere y que en el escrito de la demanda es preciso que se aporten todos aquellos elementos fácticos, históricos, que, efectivamente, jueguen tal papel delimitador: teoría de la sustanciación o del hecho natural, no bastando, por ejemplo, que el pretendiente reclame la entrega de la cosa diciendo que ello lo hace por considerarse propietario de la misma: tendrá que añadir los hechos concretos y particulares de que deriva tal propiedad, por ejemplo, la compra, la herencia, el legado (253); o se nos dice, aquí ya con más extensión, que "con arreglo a la teoría de la sustanciación sería suficiente la alegación de los hechos que, según la norma correspondiente, hacen aparecer el derecho como existente a favor del demandante\*" (254). Esta es también la doctrina del *Reichsgericht* alemán: "Los hechos que resultan apropiados y necesarios para justificar la conclusión en la fundamentación de la petición contenida en la demanda", o los hechos que "en conexión con una determinada norma jurídica son apropiados y necesarios para justificar la conclusión en la fundamentación de la petición de la demanda o, mucho más claramente, los hechos "que en conexión con un determinado precepto jurídico son apropiados y necesarios para que pueda pensarse en la pretensión como existente en la persona del demandante y lesionada, simultáneamente, por el demandado" (255). La teoría de la sustanciación recibe, pues, un consenso general, sin que se considere procedente exigir del demandante la indicación de las características que puedan diferenciar a la relación jurídica material, apoyo de su pretensión procesal, de otra cualquiera de las relaciones de derecho material que pudieran sustentarla. A este nivel, en efecto, juega el principio *iura novit Curia*.

No obstante todo lo cual hay matizaciones, puesto que más: que determinar la posibilidad de que el Juez considere como abstractamente: fundamentada a la demanda, lo que el requisito de la *causa petendi* persigue es efectivamente acotar o precisar la pretensión procesal. Aquel requisito, por lo tanto, habrá de conceptuarse como exigencia de indicación solo de hechos, en efecto, pero no de todos los hechos cuya constatación en el periodo de prueba "Viniese a determinar la fundamentación ya cierta de la demanda; no se trataría siquiera de exigir del escrito de demanda la enumeración de unos hechos presuntamente "esenciales" para que -supuesta siempre su veracidad- pudiese tenerse por fundada en Derecho la petición que el Juez se formula, puesto que -se ha dicho - también resulta a tales fines "esencial", por ejemplo, la observancia de la forma en la compraventa de inmuebles su indicación en la demanda no se exige nunca (256). La exigencia de que hablamos - como también la de "alegar los hechos que según la norma correspondiente hacen aparecer el derecho a favor del demandante" (257) -, supondría quizá todavía la introducción del elemento constituido por la relación jurídica material entre las partes en el momento procesal del examen por el Juez acerca de la concurrencia o no concurrencia de los presupuestos de la relación procesal entre partes y Juez. La exigencia en cuestión, en otros términos implicaría tal vez, la confusión entre Derecho material y Derecho procesal. El significado de la "acotación" de la pretensión procesal inherente a la *causa petendi*, debe ser otro

Pero si prescindimos por un instante de esta objeción parcial que a la teoría originaria de la sustanciación se formula, podremos concretar ya un tanto el sentido de la afirmación entre legitimación procesal y *causa petendi*. Supongamos que lo necesario, respecto de esta última sea alegar "los hechos que según la norma correspondiente hacen aparecer el derecho a favor del demandante". Todo demandante efectivamente afirma un derecho material cuando pretende algo del Juez, al pedir a este, por ejemplo, una sentencia de condena está afirmando, expresa o implícitamente, que frente al demandado le "pertenece" una pretensión de derecho material, de dar, de hacer o de no hacer. Pues bien, si se procede a la descomposición analítica de una norma cualquiera de derecho material en los términos clásicos de supuesto de hecho o tipo y conse-

cuencia jurídica, y si se observa que esta consecuencia jurídica viene constituida precisamente por el Derecho subjetivo o pretensión jurídico-material que por el demandante se afirma, puede caerse en la cuenta de que lo se exige del demandante cuando se le requiere para que enumere los hechos que, según la norma correspondiente hacen aparecer el derecho como existente a su favor, lo que se exige de él es que dibuje con mayor o menor precisión en su demanda los hechos que una vez comprobados y calificados por el Juez constituirían el título de tal pretensión, la cual a su vez quedaría configurada al final del proceso, como el contenido de una u otra relación jurídica,

Pues en efecto, el derecho se convierte en parte de la relación jurídica gracias al título, o lo que es igual, al hecho o los hechos que los hacen nacer. Por supuesto -repetámoslo- que, dado el principio *iura novit Curia*, no se exigiría al demandante la concreción o calificación de dicha relación jurídica; pero el resultado es, en todo caso, no menos contundente por ello. El resultado será el de que el Juez pueda obtener la garantía -ya al decidir sobre la admisibilidad de la demanda- de que, de "vencer en el proceso el demandante, lo hará única y exclusivamente como titular de una de las relaciones jurídicas que el sistema ordenador del Derecho consagra y sacraliza: la garantía de que el vencedor será no el individuo, sino la persona jurídica; no el individuo, sino precisamente, el cómico de la máscara, el actor (*o el burro del hortelano. FJA*)

F 202 . Si ahora retomamos el hilo que nos guiaba al estudiar el problema de la individualidad objetiva, quizá podamos comprender el motivo de que el Juez del Derecho privado se muestre tan generoso en el análisis de la Legitimación procesal a efectos de examen de admisibilidad de la demanda. Pues ha de observarse que si el Juez no examina ni constata en tal momento procesal la efectiva existencia del derecho que el demandante alega, ello obedece ni más ni menos que al hecho de que la exigencia -ésta si- de dibujar en la demanda los hechos que puedan considerarse abstractamente como títulos del derecho alegado, esa exigencia supone que el demandante solo podrá vencer en el proceso como portador de un status social preciso. Con otras palabras, los hechos causa de la pretensión procesal o los hechos origen y por qué del Derecho subjetivo suponen o implican que la individualidad simplemente humana del miembro de la opinión pública, que el individuo puramente contemplativo y sustancial, abstraído del tráfico jurídico, ese individuo, esa individualidad, han dejado de existir para dar paso al portador de status sociales. Los hechos, la práctica, el intercambio, producen el *status* social y vinculan a este, condicionándolo y acotándolo, el nacimiento del Derecho subjetivo.

Ahora bien, así las cosas, el Juez ordinario al admitir la demanda sobre la base de la alegación de un Derecho subjetivo y la enumeración de unos hechos, sabe perfectamente -quizá solo lo intuya- que el desarrollo ulterior del proceso supondrá -con independencia de que comprobados y calificados los hechos resulte que el actor es o no, concretamente, titular del derecho-, supondrá digo, la defensa y garantía de un específico *status* social o la defensa y garantía del sistema social que el *status* surgido de la práctica ayuda a conformar. En este sentido merece al Juez la pena, el riesgo de que el actor no sea titular del derecho, el riesgo de un proceso que se "admite" con la sola afirmación de un Derecho subjetivo y la descripción de unos hechos que den por resultado su abstracta existencia. *¿Cuántos habrá sobre el planeta que dirán que la entidad de los "terruños" es una abstracción? Ninguna duda que el traslado de los discursos de la sustentabilidad a cuestiones marketineras es el más evidente ejemplo de esa desconsideración a ese único actor paradigmático que hace muy pocos años revolucionó nuestros antropocentrismos. Bien fácil resulta descalificarlo. Para curar esos desprecios vale mirar por cerrojo hermenéutico la fuente primigenia de la voz "abstracción". FJA.*

Citábamos, por un lado a CARNELUTTI, para el que en principio -dejando a parte los supuestos de representación, sustitución e intervención accesoria, supuestos que aquí no interesan-, para el que en principio, digo, "existe identidad entre quien es parte en sentido material y quien es parte en sentido procesal, entre el sujeto de la litis y el sujeto de la acción", expresando la legitimación "un modo de ser del sujeto respecto a los otros, es decir, una relación con los otros"

(259). Pero, por otro lado, decíamos que siendo la legitimación un requisito procesal, la efectiva existencia de ese modo de ser subjetivo del actor, la efectiva existencia de aquella relación jurídica material y su titularidad consiguiente en el demandante, no puede ser valorada por el Juez al examinar la admisibilidad de la acción. Ahora bien, la contradicción se salva si se observa que, debiendo indicarse en la demanda unos hechos que, al tiempo que acotan abstractamente la pretensión alegada, limitan el juego de los argumentos jurídicos esgrimibles por el actor, resulta de ello que en el proceso el individuo actuará con "un modo de ser subjetivo" respecto del otro, respecto del demandado. La exigencia de la legitimación es, en definitiva, la exigencia de que el demandante se presente al Juez con un modo de ser específico, para lo cual habrá de sustanciar su pretensión con la indicación de los hechos que sirvan para delimitarla o acotarla, con la indicación de los hechos que "según la norma correspondiente hacen aparecer el derecho como existente a favor del demandante. Esta es la idea que subyace, por ejemplo, a la afirmación reciente de GARCIA DE ENTERRIA cuando dice que "la legitimación para interponer la acción de responsabilidad es **simplemente la condición material de dañado**, lo cual remite, como se comprende, a la cuestión de fondo del proceso (existencia del daño, causalidad, imputación a la administración). No parece posible por ello... distinguir como separada en estos procesos la cuestión de fondo de la legitimación" (260). Solo que sí pueden distinguirse, si se observa que cuando el actor enumera en su demanda unos hechos (el daño) para derivar de ellos un derecho de crédito (indemnización), acotando así su pretensión procesal, cuando lo hace ya está presentándose al Juez con un modo de ser subjetivo, en una cierta condición material, lo cual se revela en que solo podrá esgrimir en el proceso las normas relativas a la responsabilidad extracontractual y no, por ejemplo, las relativas al resarcimiento por incumplimiento de contrato.

En esa medida, independientemente de que el daño exista o no (cuestión de fondo, en efecto), el actor está legitimado procesalmente.

Nada cambia en todo ello la ulterior precisión que al concepto de *causa petendi* (como conjunto de hechos que según la norma correspondiente hacen aparecer el derecho como existente en favor del demandante"); la ulterior precisión que a este concepto se ha formulado modernamente desde un sector de la doctrina que pretende el desarrollo de una idea puramente procesal de la pretensión procesal (y valga la redundancia) para configurar su contenido como compuesto de los hechos y la petición o solamente la petición según los casos. Para esta doctrina (261) la función de acotabilidad de la pretensión procesal, que a la *causa petendi* incumbe, quedaria satisfecha del modo siguiente: indicación de la demanda del titular del derecho y del obligado; si se tratare de demandas encaminadas a la declaración o imposición de pretensiones jurídico-materiales, la indicación de un contenido y en "caso de ser posible una multiplicidad de pretensiones con el mismo contenido", la indicación también de la causa de su nacimiento, por ejemplo el contrato o la lesión de un derecho absoluto (por ejemplo, propiedad (262). Como se ve, esta teoría no puede modificar las conclusiones a que antes llegabamos, pues según ella sólo en el caso de que la "pretensión procesal pueda derivarse exclusivamente de un único título jurídico de derecho material, "solo en este caso quedara eximido el actor de su indicación en la demanda; Mientras que, cuando para un contenido puedan ser varios los títulos la indicación de uno de ellos es absolutamente precisa para que la demanda sea admitida.

Ahora bien, desde aquí resulta claro que el proceso no constituye la revisión de la legalidad del actuar del demandado; pues indicando en la demanda uno de aquellos títulos, que juega aquí como *causa petendi*, los argumentos de derechos del demandante quedaran limitados por aquel título.

Se preguntara quizá, dónde queda a todas estas el interés para actuar o interés procesal al que hemos considerado como distinto de la legitimación, Definido por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia como aquel que existe cuando el actor pueda obtener de ser atendida su petición por el juez, un beneficio.



Hemos visto que CARNELUTTI lo relacionaba, no con la pertenencia de la acción, sino con su ejercicio; refiriéndolo no al modo de ser subjetivo del actor, sino al modo de ser objetivo (causal) del acto que perturba o perturbó a dicho actor en una situación suya que él alega ante el Juez como protegida por el orden del derecho material.

Pues bien, otra vez nos parece útil reproducir aquella terminología y los conceptos de HAURIUO. Porque donde CARNELUTTI en su estudio del proceso civil habla del "acto" -(del modo de ser objetivo del acto), Hauriou -que se enfrenta con la problemática planteada por la dualidad de recursos de anulación y de plena jurisdicción- (he aquí la utilidad de reproducir sus términos que arriba mencionábamos); HAURIUO habla de "**operación**". Este concepto será el que empleemos ahora para referirnos a la problemática procesal del interés para actuar y la legitimación, problemática que puede considerarse planteada en idénticos términos -y resoluble en idéntico sentido, tanto en el pleno contencioso civil, como en la plena jurisdicción administrativa.

La importancia de la noción de operación adquiere sus perfiles más acusados si tenemos en cuenta que para HAURIUO "existen derechos objetivos o mejor expresado, todos los derechos son en principio objetivos y no se convierten en subjetivos más que por una "operación" (263). Queda con ello indicada la funcionalidad que ahora nos atrae de este concepto: la "operación" constituye el marco, la ocasión, la contingencia necesaria para el nacimiento de los derechos subjetivos. Y ello, porque la "operación" es el índice de la disolución de la individualidad puramente contemplativa en el mundo de lo social. El derecho subjetivo se halla así condicionado a un *status* social. Ahora bien, "si la situación nacida de la "operación" crea una atmósfera favorable a la eclosión de derechos... y una posibilidad de contenciosos, los derechos adquiridos no son engendrados más que por hechos que vienen a producirse en aquella y que son las fuentes ordinarias de los derechos según el Derecho común. Se puede clasificar a estas fuentes en contractuales y no contractuales" (264). Estos hechos son los que posibilitan en la forma que más arriba hemos visto, el que el sujeto, eventualmente en litigio, comparezca ante el Juez y actúe en el proceso revestido de un "modo de ser subjetivo"; pero la relevancia del concepto de "operación" se extiende más allá y abarca a la noción de interés procesal.

En términos del propio HAURIUO; "el recurso de plena jurisdicción será admisible (cuando sea interpuesto por aquel) que tenga interés en que una cierta situación resultante de una cierta operación administrativa sea resuelta conforme a sus derechos. Observemos que el recurrente obtiene su *qualite*(265) en su participación en la operación, en tanto ésta es susceptible de producir derechos en su favor, mucho más que en estos derechos mismos, puesto que no se le pide en absoluto que pruebe previamente su derecho" (266).

Así pues, segunda nota funcional del concepto de "operación": la participación en ésta del individuo da lugar al interés procesal.

De manera que resumiendo puede decirse que el concepto de "operación" es doblemente funcional: primero, y en cuanto que la "operación" afecte al individuo, surge en este un interés procesal; segundo, la "operación" da lugar a los *status* sociales de los participantes en ella y en esta medida legítima procesalmente a los mismos.

Hasta aquí las soluciones al problema por lo que al contencioso -civil o administrativo- de plena jurisdicción se refiere. Llega ahora el momento de preguntarse por las posibles soluciones del recurso del exceso de poder o contencioso de la pura anulación. Problema este, que nos interesa comprender únicamente desde la perspectiva del concepto de individualidad objetiva del súbdito, tal y como lo conocemos por las notas que antes se le han dedicado. Desde tal perspectiva debe decirse que la individualidad se define precisamente como lo no operante, como lo puramente contemplativo, carácter este, que el súbdito es capaz de lograr gracias a su participación en la opinión pública. Y siendo estos así, está clara la imposibilidad de que tal súbdito individua-

lizado pueda oponer a los actos administrativos no importa qué Derecho subjetivo, pues este solo puede nacer gracias a los hechos que en una "operación" puedan producirse.

*Aclaración bienvenida, pues mi página <http://www.hidroensc.com.ar> está enteramente conformada por 19 causas presentadas en la SCJPBA. De hecho, he dejado de ser contemplativo hace 30 años atrás cuando me internaron por delirio místico en un loquero. Desde entonces vivo con temple activo. Estas especificidades tan contrastadas y concretas no surgen de un discurso lleno de compromisos dialécticos, sino de un simple hecho que dejó claras huellas en mi Vida y ahora me permiten actuar en la confianza de que nada tengo para ganar; logrando probar así que no estoy en mis cabales sino en los del espíritu que me hospeda. Nadie me pide que inscriba su nombre en la demanda; tampoco nadie me niega esa deferencia a quien me anima, inspira y sensiblemente hospeda. FJA*

Ahora bien, así las cosas, el individuo no puede estar legitimado como tal individuo, ni puede hablarse con rigor técnico de legitimación en el recurso por exceso de poder clásico. O al menos, no en el mismo sentido que en la plena jurisdicción.

Y así, vemos, en efecto, cómo la solución de la doctrina al problema de los requisitos subjetivos de admisibilidad del recurso de anulación de actos administrativos identifica dos de esos requisitos allí donde el Derecho privado o el Derecho público del pleno contencioso los diferencia con toda nitidez: la legitimación y el interés para actuar o interés procesal.

Repitamos la formulación más arriba reproducida: "Si el órgano jurisdiccional... llega a la conclusión de que de la anulación del acto o disposición, produciría en el recurrente la desaparición del daño o perjuicio pretendido o lo que es igual, la obtención de alguna ventaja o beneficio, debe estimar que existe un interés directo en la anulación del acto o disposición que justifique o legitime la presencia del recurrente en el proceso y declara en consecuencia la admisibilidad del recurso". La identificación entre interés procesal y legitimación es rotunda, puesto que el interés directo legitima,

Ahora bien, ¿dónde está aquí el modo de ser subjetivo del recurrente? *Tengo la sospecha que está expresado con bastante claridad y fundada la calidad de mi participación no precisamente por algo tangible que lograra beneficiarme, sino en forma tan subjetiva, tan espiritual, que logra superar el objetivo de muchas objetividades buscando rédito personal. Soy un simple hortelano. ¿Qué título honorífico me habrían de dar? Nada de eso entra en mi mochila. Siempre agradezco en mis demandas, probando en ello que ya he recibido lucro por estudiar y devolver frutos a la Comunidad. Mi Madre una vez, ya adulto, me dijo: Hijo, nada me tienes que agradecer. Soy Tu Madre. A mi callado Padre Común, el Estado que me ha permitido vivir en sociedad, lo imagino feliz, pues me siento feliz sabiendo que a pesar de su silencio, no lo he olvidado; y no le he olvidado porque siento deseos de trabajar cada día más. Él ha enriquecido mi reponsabilidad abriéndome las puertas a estas causas. Y han sido VE las que han calificado ya no sólo los derechos que me asisten como sujeto de la litis en representación de ese actor el Sr Ambiente dueño de paradigmas en medio de interminables antropocentrismos, por no reconocer obligación alguna; y como sujeto de la acción por Gracia de una Musa a quien debo todo mi ánimo e inspiración; esa que tal vez resulte oportuna "pues lejos de entorpecer u obstaculizar el funcionamiento de la justicia, podría aportar elementos de valoración para el Tribunal, en una causa que presenta una complejidad fáctica poco usual". Reg 574/08 SCJPBA*

*De aquella resolución a la fecha, las complejidades han crecido en forma exponencial. Y son esas complejidades y sus correspondientes asombros los que no me permiten desertar. Nadie lograría imaginar mayor lucro para el jubileo de una Vida. Tampoco este que suscribe imagina mejor ámbito para entregar esos asombros que en el marco de las dignidades que VE hospedan.*

*Todas estas causas conllevan tanta complejidad, como asombro y superlativa novedad. A referir de ellas en capítulo aparte me extenderé. Si VE han sabido apreciar mi subjetividad, espero ahora lograr Vuestro aprecio por mi objetividad; la que algún día, en un instante abrirá una ventana fenomenológica a las dinámicas horizontales de las aguas someras en planicies extremas y sus contribuciones a las sangrías mayores, para asistir cuestiones de delicadeza y escala inestimables. Materias que nunca han sido siquiera tocadas por el laboratorio de humedales de la facultad de Ciencias exactas y naturales de la UBA; mucho menos por el INA que no cesa de modelar extrapolaciones matemáticas alrededor de cajas negras sin el más mínimo soporte de modelización física o química experimental.*

Sigue el texto que expresa el interés procesal fundado por VE a través del Registro 574/08 del 13 de Agosto del 2008:

*3. Que de acuerdo a los antecedentes del caso, resulta necesario –en forma previa al tratamiento de la admisibilidad del recurso federal planteado- resolver la situación procesal en que se encuentra el impugnante.*

*a. En punto a ello, cabe tener presente que del artículo 41 de nuestra Constitución Nacional y art. 28 de la Const. Pcial., así como de los textos legales nacional y provincial que reglamentan los derechos ambientales (arts. 2 inc. “c” y 30 de la ley 25.675; 2 incs. “a”, “c” y “d” de la ley 11.723), se desprende un marco normativo amplio en relación con el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se debaten cuestiones ambientales (cfr. Ac. 90.941, "Sociedad de Fomento Cariló", sent. del 8-III-2006).*

*No es posible soslayar complejidad y diversidad de intereses en pugna y la trascendencia pública que trasuntan las cuestiones vinculadas con esta materia.*

*Estas circunstancias han sido reconocidas por el Tribunal mediante las resoluciones en que se decidió citar como terceros obligados a la firma Manfein S.A. y a la Municipalidad de Pilar, así como también convocar a las audiencias a la firma Pinazo S.A., al Director de Saneamiento y Obras Hidráulicas de la Provincia de Buenos Aires y al Presidente de la Autoridad del Agua provincial (v. resoluciones de fs. 323/324; 339/340).*

*La actividad desplegada por el Tribunal al dar intervención al señor de Amorrortu en las audiencias convocadas a fin de conciliar intereses y ordenar el proceso, ha tenido por objetivo permitir su participación en un proceso de especiales características, cuyas consecuencias se proyectan sobre la zona en que habita.*

*b. De otro lado, cabe resaltar que pese a estar todas las partes en conocimiento de su intervención, no se ha planteado oposición alguna a su participación en el sub lite.*

*Por lo demás, de las distintas presentaciones efectuadas se deduce que su presencia en el pleito como tercero de intervención voluntaria (o coadyuvante), en los términos de los artículos 90 y 91 del C.P.C.C. lejos de entorpecer u obstaculizar el funcionamiento de la justicia, podría aportar elementos de valoración para el Tribunal, en una causa que presenta una complejidad fáctica poco usual.*

*Tales circunstancias persuaden acerca de la necesidad de admitir su participación en estos actuados (arg. arts. 15 Const. Pcial; 41 y 75 inc. 22 C.N.; 8 y 25 CADH; 12.1 y 12.2, inc. “b” PIDESC); solución compatible con lo dispuesto por el art. 13 del Código Procesal Contencioso Administrativo, que reconoce legitimación para deducir las pretensiones allí previstas a "toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico".*

*En consecuencia, corresponde admitir la participación del señor de Amorrortu, en calidad de tercero en los términos de los artículos 90 y 91 del C.P.C.C. (cfr. art. 13 de la ley 12.008 -texto según ley 13.101- y 2 inc. "c" de la ley 11.723).*

**Repito la última frase del texto de AED:** La identificación entre interés procesal y legitimación es rotunda, puesto que el interés directo legitima, Ahora bien, ¿dónde está aquí el modo de ser subjetivo del recurrente?; refiere al *petitum* de la demanda mientras que la legitimación procesal -según lo que más arriba queda expuesto- ha de ponerse en relación con la *causa petendi*; entendida esta como conjunto de hechos que acotan la pretensión procesal, Este sistema supone la reproducción o prolongación a nivel procesal, la operatividad a tal nivel, en fin, de una comprensión del Derecho subjetivo que condiciona el nacimiento de este a la realización en la práctica del supuesto de hecho definido o delimitado por la norma de Derecho material. Pues el interés procesal queda matizado por tal supuesto de hecho o lo que es lo mismo, por la *causa petendi*, que es simultáneamente la causa o título del poder de voluntad protegido por el Derecho: el interés procesal queda así acotado por un modo de ser del sujeto en relación con los otros; acotado, en otras palabras, por la legitimación. Nada de esto ocurre en el clásico recurso por exceso de poder, tradicionalmente considerado, no como contencioso de la operación, sino como recurso contra el acto administrativo aisladamente considerado; contra el acto administrativo separable de la operación administrativa en que se incrusta como un medio de control de la legalidad de la decisión ejecutoria. Desde esta perspectiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia clásica han operado -y todavía operan en parte- sobre el presupuesto expreso o implícito de que si el *petitum* del exceso de poder es la anulación del acto, la *causa petendi* es precisamente esa misma anulación; "nada más natural en un contencioso puramente objetivo. Este fue, por lo demás, el punto de vista que adoptó durante un tiempo la doctrina civilista a propósito de las acciones de nulidad del Derecho privado... No hay que decir que esta noción de la causa concordaría perfectamente con la teoría del recurso por exceso de poder concebido como un recurso puramente objetivo; ningún derecho estaría en juego; se trata solamente de saber si un acto es o no ilegal y en la medida que lo sea pronunciar la anulación. Es esta anulación la que es causa del recurso".

Tanto el origen histórico como la evolución del recurso durante su período clásico, como un recurso de orden público, abonaron y abonan todavía en parte, su consideración

F 209 . Pues bien, así las cosas, nada tiene de extraño que tanto el interés como la legitimación se refieran en el proceso al acto, a la anulación del mismo, pues en su referencia común a dicha anulación coincidían tradicionalmente tanto el *petitum* del actor como la *causa petendi* del recurso. Ahora bien, dicho esto, también lo está que el interés para actuar queda aquí sin la matización que la legitimación procesal le confiere, por el contrario, en la plena jurisdicción; o también está dicho que el interés queda sin la cualificación del título jurídico que le sería necesaria para transformarse en un Derecho subjetivo. Este es el sentido de la idea según la cual el interés directo justifica y legitima.

El recurso por exceso de poder, en esta su versión clásica, ofrece así el espectáculo de un interés individual no cualificado. Que la cualificación de que hablo podría derivarse de su localización en una operación (HAURIOU), de los *status* sociales que el interesado podría adquirir como consecuencia de su participación en la misma, de la *causa petendi* procesal identificada con un título o causa de no importa qué Derecho subjetivo, todo ello -que viene a ser lo mismo- queda ya suficientemente aclarado. Pero lo que no lo está todavía es el sentido de ese interés individual desde el punto de vista más general -que es el que aquí se está rastreando- de la noción jurídica del Estado en la obra de HAURIOU. Porque lo que es indudable es que también en el recurso por exceso de poder clásico está presente la regla "sin interés no hay acción" y también es claro que esa acción supone un poder de voluntad. La pregunta debe referirse entonces, dado que ta-

les elementos -interés y poder de voluntad- no configuran el Derecho subjetivo puesto que falta en ellos el título jurídico, la pregunta debe hacer referencia al sentido de estos dos elementos.

Por lo que hace al primero de ellos, la fórmula es absolutamente reiterada por la doctrina clásica francesa: "sin duda que el recurso lo es en el interés de los administrados y ello es necesario puesto que son ellos los que han de ponerlo en movimiento; pero el interés que tienen en la anulación del acto se reconduce al interés de la buena administración.

F 210 . Interés de orden público... una especie de acción pública que el interesado estaría encargado de intentar en el interés de todos", dice HAURIUO para añadir que el recurso resulta ser "un procedimiento contencioso de introspección administrativa" (269).

El segundo de los elementos mencionados, el poder de voluntad que toda acción en justicia supone, cobra todo su sentido desde la consideración de la voluntad del individuo como componente de la voluntad general, que es en HAURIUO -recordemoslo una vez más- una voluntad general de sujeción o adhesión al bloque de ideas contenido en las leyes. No será necesario repetir que esta incorporación de la voluntad del individuo a la voluntad general de adhesión, la propia conformación de ésta a partir de las voluntades individuales, implica necesariamente la propiedad privada que, una vez adquirida posibilita al propietario su participación espontánea en la opinión pública y su autocomprensión como individuo. Para HAURIUO en efecto, la idea de obra social, el bloque de ideas legales que obsesiona a los cerebros individuales es, en cierta medida, independiente de ellos, pero permanece en constante comunicación con ellos. Este es el significado del régimen de la publicidad, que se impone al Estado...; se trata del medio de comunicación entre la idea social y "las conciencias individuales" ;(270); esta deliberación colectiva posibilita la formación de la voluntad general (271).

Ahora bien, lo que si interesa aquí es resaltar la íntima vinculación, la recíproca dependencia que en su misma existencia conceptual revelan la voluntad general de adhesión y la voluntad individual.

El proceder teórico de HAURIUO, aquí como en muchos otros casos, es dialéctico por muy de idealista que se le pueda tachar. Para él, efectivamente, "los estados de conciencia comunes (los estados de voluntad común, por consiguiente, pueden intercalarse) no podrán separarse completamente de los individuos para ser referidos a una conciencia (voluntad) colectiva que resulta trascendente e incomunicable a los individuos; tales estados se hallan en las conciencias (voluntades) individuales, pero estas están obsesionadas por la idea social. (272).

En resumidas cuentas, la voluntad del individuo no tiene sentido, no cobra realidad más que como alienada en una idea que es común. Ni la voluntad general puede existir sin la voluntad individual, ni esta resulta posible sino como componente de aquella.

Siendo todo ello así, ya podemos comprender el sentido que pueda recibir el recurso por exceso de poder como "procedimiento contencioso de introspección administrativa". Porque si ni el interés individual tiene sentido sino como interés del habitante o interés público, ni la voluntad individual es otra cosa que la voluntad general, lo cierto es que el recurso por exceso de poder resulta ser no el medio de provocar un proceso entre dos personas jurídicas diferentes u "otras" entre sí, sino el resorte con que un sujeto -el Estado- pone en marcha un control que versa sobre la legalidad de sus propios actos. Y aquí está ya la fundamental caracterización del recurso en la escuela de HAURIUO. Porque esa legalidad se configura como "moralidad", el recurso por exceso de poder implica el juicio moral que un sujeto formula sobre sus propios actos con absoluta indiferencia respecto de las consecuencias que los mismos puedan acarrear en "los otros". El proceso de anulación no es así un proceso entre partes.

Qué significado puede atribuirse en otro caso, a la afirmación de que en la cuarta apertura del recurso ("Violacion de la ley y de los derechos adquiridos") "el derecho adquirido del administrado no interviene más que como condición de admisibilidad" y de que "incluso en este caso la apertura del recurso es la violacion de la ley considerada objetivamente en sus relaciones con la buena administración (273).

Pues si la "buena administración" remite indudablemente a la centralizacion administrativa de la que el recurso es solamente un excelente instrumento en su versión clásica, también es cierto que esa buena administración centralizada se intensifica en Francia, ya desde el periodo jacobino de la Convención revolucionaria con la "virtud de la moralidad".

El recurso por exceso de poder representa así el buen orden administrativo, el orden público en el interior de la Administración; un orden público que por ser tal, "no está determinado por la idea de la pertenencia de las poblaciones a una organización social dada, sino por el solo hecho de la aglomeración humana en torno al poder de dominación o sobre el territorio ocupado por este" (274,) y desde aquí aparece ya con toda naturalidad la imagen de sujeto moral -la idea de obra social contenida en las leyes- que sirviéndose del interés y de la voluntad individuales del habitante del territorio nacional "obsesionando" o alienando al individuo aglomerado en este territorio para integrar su interés y voluntad en el interés público (275) y la voluntad general de adhesión a si misma (a la idea legal), logra emitir un juicio sobre sus propios actos, que aquí son actos administrativos.

Porque recuerdese además que, en resumidas cuentas, la subjetividad moral del Estado es en HAURIUO "la idea de la centralizacion política y jurídica en vista de la creacion de un régimen civil; idea que se explicita en una serie de ideas particulares de separaciones entre elementos políticos y de leyes positivas sucesivamente votadas y en un cierto numero de principios de justicia superiores a esas leyes" (276).

(246) BLUNTSOBLI, citado por GENY, *Methodes d'interpretation en Droit Prive*, pag. 209.

Carnelutti: *Tratatto del Processo Civile*. Nápoli 1958, pag 117

(253) GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, T II, vol I, pg. 231 y sig

(254) PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, vol. I. pig. 446.

(255) Citado en ROSEMBERG, *Lehrerbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, pag. 474

(264) HAURIUO, *Precis...*, cit., pag. 476.

(265) Dejo el término sin traducir en el texto. *Qualite* podría significar o identificarse con "legitimación", pero ello no sería correcto. Corno ha indicado KORMPROBST, *La notion de partis el le recours pour exces de pouvoir*, "LGBJ", Paris, 1959, el concepto de *qualite* del Derecho administrativo equivale, en el uso generalizado del termino tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al concepto civilista de *conditions tenant au demandeur*; equivaldria, así, a requisitos de admisibilidad de la acción relativos al demandante y englobaria tanto la legitimación, como el interés.

(269) HAURIUO, en nota a CE de 24-VII-1903 y ;7-VIII.1903-Sirey,1904

*Para una poética de los objetos; de los paisajes, de las lluvias y de los sueños.*

*Para cotejar en nuestras propias actitudes; en amor propio más profundo;*

*Tarea para largas intimidades invernales, alcanzando jubileo a nuestra vida.*

### *Legitimación hermenéutica sobre algunas expresiones.*

“Admitida la dicotomía entre Estado y Sociedad” que al parecer reconoció en esencia alguna vez estar unida. Antes de entrar en hermenéuticas quisiera expresar algo de mis propios sentimientos, los que hoy y desde hace 15 años me mueven a trabajar en estos temas. Si no sintiera y concibiera al Estado como Padre Natural Común que me ha permitido vivir y crecer en Sociedad, cómo haría esta tarea a la que nunca he aplicado para pedir nada personal, aunque todos mis pedidos sean personales.

Si no sintiera a ese Padre fundido en Sociedad, cómo haría desde dicotomía para sostener ánimo y entrega. La dicotomía existe y váya si existe. Pero, acaso ha sido lo dicotómico lo que me ha animado. Reconozco a ese caos y a todos los caos entre Padres e Hijos como mediadores de crecimiento, lanzados a multiplicar los vínculos. Pero atrás de ese caos siento la atracción de sus parentalidades. En medio de ellos siento el valor de los Patrimonios -y no estoy hablando en términos dinerarios-. ¿En qué se sostendrían un día los accesos a un bien? si ninguno de esos accesos reconociera la profundidad de los afectos.

Hace 12 años en aprecio por aquellos que nutrieron la ley de ordenamiento territorial y uso del suelo así expresaba:

No es fácil encontrar gente con tan probada vocación. Y ésto pretende ser más que un voto de confianza. Es también mi agradecimiento por la prolongadísima tarea que todavía hoy realizan para defender "valores" reales. No sólo "derechos reales". ¿Cómo referirnos a ellos?

Recordemos cuántas formas tenemos para acceder a un bien:

para alcanzar un bien necesariamente deberemos sentir que lo heredamos, aunque sea como un sueño que nos puso en el camino; que lo amamos y nos donamos todo en él; y que al usarlo y permanecer somos aceptados. No basta con comprar y vender.

En conjunto, estas cuatro formas: heredad, donación, adquisición y “usus capion”, reflejan las profundas y variadas nutrientes de la vida. Justamente es en las meras adquisiciones donde más cuesta dejar una huella de identidad. Si la balanza tiene estos 4 platillos y en los 4 ponemos nuestra carga, sólo entonces accedemos al bien deseado. Ésto no es una metáfora poética. Ésto es lo que desde siempre fue, aún antes que las leyes existiesen.

La ley debería observar al que no opera espontánea y simultáneamente en estos 4 platillos. La economía ha puesto toda su mirada en el ámbito de las adquisiciones y las naturales ambiciones que las mueven. Los elementos de lenguaje y de imagen que ha desarrollado para nutrir códigos, son estimulantes para seguir con sus desconsiderados y poco evocadores conciertos.

Nunca podrá sin embargo, reemplazar en términos de calidad humana, a los frutos y sentimientos que derivan del valor de la heredad, la donación y los usos que cada criatura hospeda y aporta. Sentimientos que acompañan muchas veces austeros y con cordial esfuerzo con largueza nuestros actos.

Hoy la tierra y lo que ésta hospeda motiva todas estas líneas. Y no es lirismo. La misma brevedad con que el código civil refiere de las parcelas rurales habla a las claras, que tal valoración fue relativa a tiempos donde la Nación no conocía la voracidad crítica de las megalópolis.

Es justamente en la cercanía de estos "bellos" e imparables monstruos donde luce con más alto contraste, la tierra. Donde más ilumina con su presencia.

Sin contrastes no hay aprecio de la calidad de nuestras vivencias.

El valor de la preservación de las parcelas rurales en la inmediata cercanía de las urbes, no sólo es un privilegio para quien lo posee; sino que su sólo localización en el entorno urbano o extra-urbano, actúa en el imaginario común; facilita la integración de sus sueños y los acerca.

El hombre de ciudad parece haber olvidado las vivencias que devienen del contacto con la naturaleza. Urge por tanto redefinir los valores, no sólo materiales, que en nuestros códigos tienen estas parcelas rurales. Y a pesar de los muchos olvidos sobran testimonios y sentimientos. Es fácil, si se quiere "progresar", llegar a ellos.

La primera ley de la energía también se aplica a las cosas del alma. Por eso, como tantos, decía Borges: que los paraísos eran siempre, paraísos perdidos.

Tristísimo resulta ese intento de restaurar los paraísos perdidos, las tierras prometidas, las vidas familiares, tan sólo en un pedazo de papel.

Sin embargo, son a veces simples pedazos de papel los que remiten a afectos. Recuerdo esta introducción a una memoria rural ampliando la escala patrimonial al nivel original del Padre Estado, de la Patria:

"Me quedó zumbando el deseo de volver a encontrarme con aquellos maravillosos fantasmas que permanecen olvidados en los archivos de Geodesia. Gracias a cuidados muy afortunados allí están esperando para asaltarnos, al menos, a quien se hace amigo de sus emociones.

Lo que estimaba y deseaba: alcanzar a cubrir otros 100 años del pasado, me fue regalado de un salto. Información abundantísima; llena de entretejidos familiares que no hacen sino fortalecer la presencia activa y perdurable "¡224 años!" del linaje de la familia "de la Cruz" en estas tierras.

Relatar así, desde el presente hacia el pasado, puede parecer desordenado, falto de método, heterodoxo; y váya uno a saber, cuántas más calificaciones... pero soy absolutamente sincero. Con toda ingenuidad me metí en ese archivo y así me sucedió. Fue como leer un libro desde el final, pero... cuya profundidad, la de sus tramas, sólo se develaba remontándose así, desde el presente hacia el pasado; con esa cuota de ansiedad, de deseo, que ellos mismos fueron sembrando.

Es la primera vez que hago ésto de recorrer el pasado de esta tierra. No poseo técnicas que aseguren resultados. Por cierto que me siento depender más de ellos, de estos maravillosos fantasmas, cargados de identidad, que de mí.

Seres, cuya esencia preservada en ese capital de gracias que fuera su propio trabajo y su apropiadora afectividad, pueden iluminar una brevísima sospecha que nos permite con sorpresa y la mayor confianza, reconocerlos. Ellos mismos van repiqueteando, alertando nuestra conciencia.

Esta descripción lo único que asiste, es a suscitar lo indecible; lo que difícilmente pueda elevarse desde el "umbral" de lo cierto, si no fuera porque de alguna forma, y cada uno descubrirá cuál



fuera, alcanzamos a relacionarlo con una nota de afecto, con nuestro propio trabajo con ellos; y no ciertamente el trabajo de relatar.

El relato es el reflejo mínimo, fugaz, de un aliciente que haciendo aportes de identidad, localiza nuestro propio presente. Como si alguien desde el pasado nos dijera: "Yo también te veo a tí; continúa con tus esfuerzos amorosos".

Por ésto, no me preocupa el hecho de leer el libro al revés. Ello me permite relacionarme con lo más próximo; y si soy suficientemente inocente a juicio de ellos, ellos mismos me abrirán las puertas de mi sinceridad y de su pasado, para animarme; nada más; que no es poca cosa; en mi propio trabajo.

Ninguna seguridad; sólo sinceridad, trabajo y más sinceridad. Pero interior; porque la otra tampoco necesita de su ayuda. De todos modos siempre hay regalos, añadiduras que llegan al exterior; y éste pudiera ser al menos para mí, uno de ellos".

Cuando hablamos de LA PATRIA, también decimos LA MADRE PATRIA; y también por una simple cuestión de autoestima podríamos decir: EL PADRE PATRIA, EL PADRE MARTIR o EL PADRE MARTIRIZA, y tantas cosas más por el estilo, que naturalmente por más que parezca y sea el juego indisoluble del hombre y su mujer, descubren en la palabra PATRIA, el clamor de todos los clamores, el anhelo de todos los anhelos, de todos los tiempos y géneros sentidos.

Es un núcleo de afectividad, de identidad tan formidable, que si no fuera natural, innato, difícilmente podría eso que llamamos a veces limitadamente "cultura", nutrirlo en situaciones deficitarias.

Paradojal, el sentimiento PATRIO, como todos los más profundos sentimientos, se agiganta en las condiciones más deficitarias.

Esto señala que adentro nuestro está la raíz PATRIA; y que esa raíz está viva suscitando nuestras elecciones, nuestra sinceridad, nuestra prudencia, nuestras valoraciones, nuestros esfuerzos, y sin duda nuestra permanencia.

La permanencia no es mera tozudez. La permanencia es aquella instancia que más facilita la identificación de nuestros afectos; y es freno a "ismos" e ideologías, que por cierto también movilizan, pero siempre a lejanías.

Existir implica lejanía; tanto como persistir, resistir, consistir, insistir, asistir, "cercanía"; y en todos ellos el hombre y la mujer sus esfuerzos elevan; y esa elevación, eso sí es "historia".

De éstos que permanecieron conversaré por una simple cuestión: estaba emocionalmente comprometido con la familia "de la Cruz", y estos 100 años que adicionalmente me regalan, confirman su presencia y sentimientos por este lugar.

Me parece que la prometida hermenéutica de la palabra Estado quedará aquí.

### *Legitimación hermenéutica sobre la voz idea*

En aide y aidego, ambas en vasco pariente y parentesco, ya lo han hecho.

En "eidos", el correlato homérico, también apuntaba al parentesco.

Dos siglos más tarde ya había descendido al “parecido”. Para en el siglo V a.C. ser tan sólo “idea”.

Qué licuación de identidades trae el olvido consigo que se afirma como ley primera..

Que la alteridad de la razón vincular necesita abrirse paso a costa del olvido de la razón parental.

Que para ganar el viento en seducción, nos reviste del “yo”, de mismidad, del amor al “uno mismo”, de “autocertidumbre”, de “personalidad”; a costa de amor propio profundo con que ya al nacer brotamos en silencio revestidos.

Esa ley del “nada se pierde, todo se transforma” resulta obvia cuando razón parental y razón vincular rescatan en aprecio cercanía. Bastante, empero, amenaza perderse cuando estas razones luchan y divorcian.

Aquí tallan, aun desde supuesto olvido, ocultas las arca.

Que más allá y más acá del viento, las raíces y las savias, aunque siempre ocultas, sostienen en esfuerzo permanente guardia.

*Legitimación hermenéutica sobre Natura, natural, Naturaleza, sin olvidar, que en el siglo VIII aC y hasta el VI aC, la voz Fūsis conservaba su patencia interjeccional, esa que Heráclito apreciaba reconocer en “Fūsis kriiptestai filei”, “las fuentes de la Vida aman encriptarse”, que solo en el siglo V aC fue traducida como “naturaleza”.*

Aquí los rastros de mutaciones se pierden de onomatopeyas secundarias y estructuras terciarias. Pero los dos registros indoeuropeos que rescato me acercan el uno a los marcos parentales \*gen-, el otro a los vinculares \*bheud-; para al final aparecer en el misterio de un fragmento de Heráclito reunidos.

*Del primero, en vasco, lengua anterior al indoeuropeo*

*Natura izati, izate, izaitte. Naturaleza izatasun, izate. Nacimiento, origen etorri, etorki, jatorri, jatorki. Universo, izadi De esta misma raíz surge el ser, la existencia izate, el objeto izan, izaki*

*Ya en Indoeuropeo*

\*gen- dar a luz parir En sánscrito jajanti nace

*Grado pleno y sufijo \*gen-es* Griego genos origen nacimiento

Latín genus linaje, origen. Grado pleno y sufijo \*gen-ti-gens raza, clan, gente

*Grado pleno y sufijo gend-ti-* griego genesis nacimiento, principio

Grado pleno y sufijo \*gen-yo- Latín genius divinidad particular de cada hombre

*Grado pleno y sufijo \*gen-a-* latín indígena originario del país

*Grado pleno y sufijo \*gen-men-* Latín grmen retoño, germinal, hermano

*Forma redoblada \*gi-gn* Latín gigno engendrar, genital, progenie

*Grado cero y y sufijo \*gn-o-* Latín benignus benévolo, de natural, generoso

*Con sufijo \*gna-sko-* Latín nascor nacer, nativo, Natura, Nación

*La segunda raíz indoeuropea, ya emparentada a la energía vincular*

*\*bheud-* ser, existir, crecer Sánscrito bhavati, es; bhutá-m Naturaleza; bhu tierra; irlandés ant. buith, ser. Gótico bauan habitar. Islandés ant. bua habitar

letón but ser. Esloveno ant. byti ser

*Con alargamiento \*bhwi(y)o-* latín fio llegar a ser. Fiat hágase

*Grado cero \*bhu-* griego fisis Naturaleza; futon planta

Física, metafísica, rama filosófica de lo que trasciende la Naturaleza sensible

*Con sufijo \*bhu-tu-* latín futurus que va a ser

*Grado cero \*bhu-* germánico būram morador, agricultor, Holandés boer campesino. Griego fu-lon especie, raza

*Con sufijo \*du-bhw-io* ser dos Latín dubius dudoso, estar entre dos (Estado-Sociedad)

*\*pro-bhw-o-* que crece bien. Latín probus que brota bien. Probo, honrado, íntegro, probar, probable.

Quisiera cerrar este breve capítulo reiterando el fragmento de Heráclito que aparece traducido como: “la Naturaleza ama el ocultarse” Fisis kruptestai filei y a este que suscribe le toca en suerte traducir como: “las fuentes de la Vida aman encriptarse”, refiriendo claro está a los marcos parentales, a las fuentes patrimoniales, esas que hacen que algunas tierras sean consideradas terruños por la energía que cargan y transmiten.

Una vez más repito ésto que hace 2600 años decía el profundo efesio: lo que puja, lo que florece en estas fuentes de la Vida, o Naturaleza como traducen a esta fisis, teniendo particular piedad al ocultarse, revélase sólo en los tránsitos propios de una locura, en su logos abismal, a cada uno en particular; en tramas de máxima tensión y en el momento oportuno.

Váya sin embargo ese deseo de cierre para el sujeto y su maltratado objeto.

*\*ye-* tirar, lanzar Griego iemi derramar, verter

*Grado cero y alargamiento \*yak-yo-* Latín iacio, lanzar arrojar; iaceo estar acostado, yacer.

Recuerdo que Martín Heidegger en su obra *Holzwege* le dedica a estas dos últimas versiones fulminantes contrastes: rescata al iacio del yacer primero y al upo-keimenon, al prepotente después.

Estos recursos que desde el habla a la reflexión acercan miramientos, tal vez ayuden a salvar algunos entreveros.

*De Rilke: Si tenemos abismos, estos abismos nos pertenecen; si hay peligros, debemos intentar amarlos. Lo que parece extraño se nos transformará en algo infinitamente fiel y digno de toda confianza. Quizás todo lo horrible, en el fondo sea sólo una forma de desamparo que solicita nuestra ayuda."*

*"De la misma forma nos hemos engañado durante largo tiempo sobre el movimiento del sol..."*

Si aun en ésto tan visible nos hemos equivocado, imaginemos cuánto pudiera un día descubrirsenos del "sol" que ilumina nuestro interior; y por la soledad con que lo vivimos, con tanta afectación de nuestra exterioridad, tantas veces tememos hospedar...

... hospedar el quantum del Sol que mueve nuestras aguas. Aguas que se imaginaron durante siglos movidas en los inefables paupérrimos términos de la ley de la gravedad.

Este es el primero y último objetivo concreto de todas estas causas. Los comportamientos, mejor olvidar.

Estos tránsitos no los prepara el Hombre, sino el Huésped, que según Jung hará de Hospedero. De ese Hombre que sólo como niño podrá renacer. En tanto que sólo por éxtasis en logoi, en candelas de locura, se guía y se recrea.

Así lo entrañable, en presente de tal forma insospechada asistido, descubre, consuela y redobla la más perdida identidad.

## *Frutos de Amor al Huerto*

Miremos a las aguas que se filtraban por los techos de la cueva.

Estalagmitas y estalactitas eran su respuesta. Las primeras reconociendo sin sol ni cambios térmicos en esa forma de energía intermolecular que llamamos adhesividad, el atrapante recurso que acompañaba a la gotita para no escapar; y tras descargar los sedimentos que le acompañaban, esperar el golpe de la siguiente que le ayudara a resbalar.

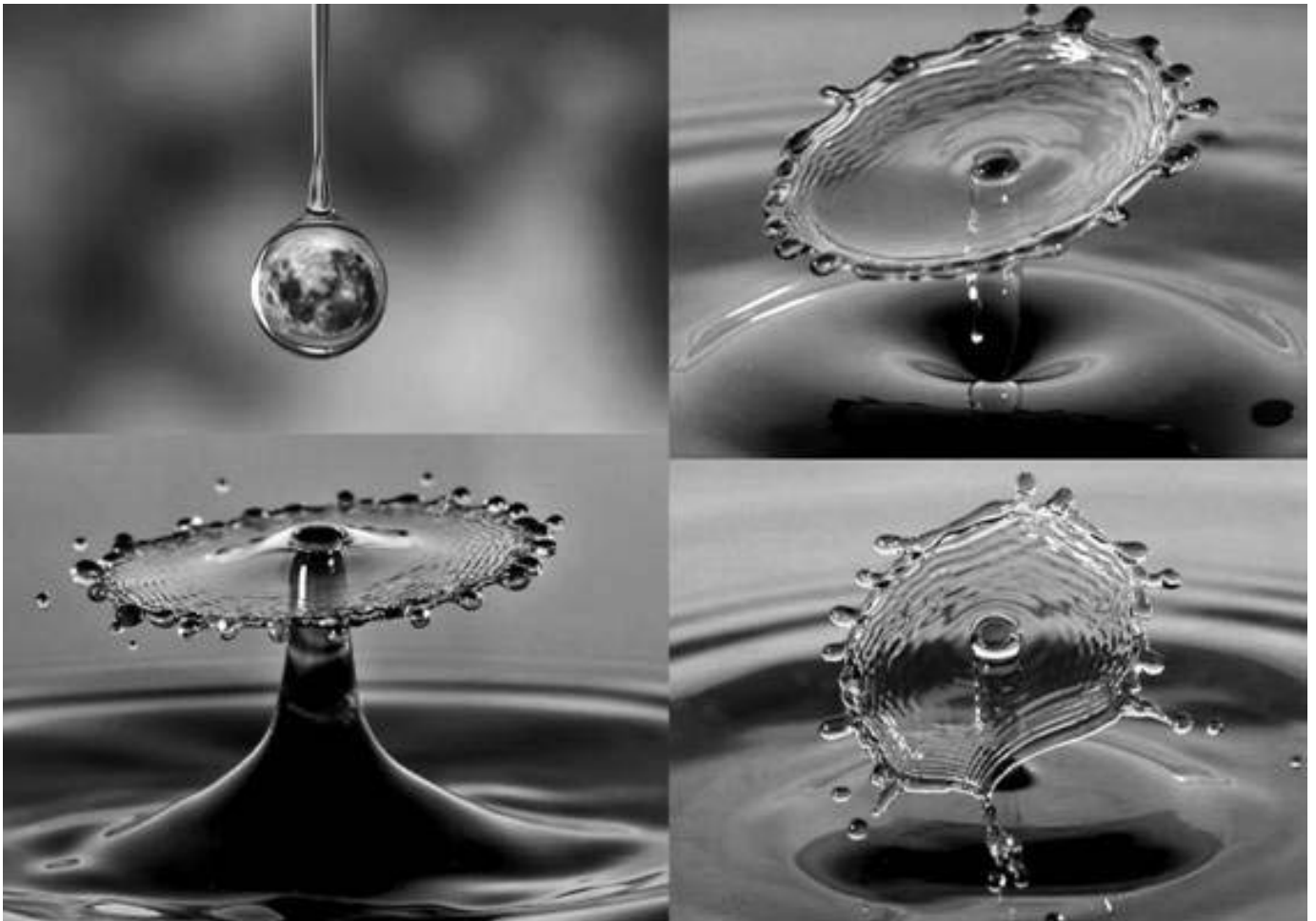
Otra era sin embargo la forma de energía intermolecular presente en la punta de la estalagmita. Cohesividad dimos por nombre a esa energía intermolecular que resistía la tentación de esa gotita a desprenderse de la fina punta de lanza que pendía del techo. Y tan demorada en su apenas perceptible ligazón que hasta tenía tiempo para aligerar su carga fijando en su soporte anterior sus sedimentos.

Si relacionamos el peso de esa gotita con el estrecho vínculo que la sostenía en el vilo del precipicio de la amenazante gravedad, acariciaremos la dimensión de ese energía intermolecular que mantiene las gotas unidas impidiendo su traslación.

Veamos el universo de una gotita de agua: en un mol de agua hay  $6.023 \times 10^{23}$  moléculas de agua. Un mol pesa aprox. 18 gramos. En 18 gramos hay 360 gotas. Cada gota pesa 0,05 gr. Refiriendo de agua pura la densidad es de 1g/ml . Esa gota tiene aprox.  $1.6731 \times 10^{22}$  moléculas de agua. Esto es 16.731.000.000.000.000.000 moléculas en 1 gota de agua. Fabulosa cantidad. Tan asombrosa como la cantidad de estrellas de nuestra galaxia.

Para romper todos los enlaces O-H en 1 mol de moléculas de agua se requieren 930 kJ. Para vaporizar un mol de agua se requieren 41 kJ. La resistencia a su traslación en términos mecánicos es abismal si tomamos en cuenta la energía gravitacional presente en una planicie con pendiente de tan sólo 4 mm x Km. Por ello cabe la pregunta ¿qué fantasía infiere la ciencia hidráulica cuando modelan el mentado “potencial hídrico”?

Los denominados puentes de hidrógeno que mantienen las moléculas de agua fuertemente unidas formando una estructura compacta que la convierte en un líquido casi incompresible, atesoran algunas respuestas Al no poder comprimirse puede funcionar en algunos animales como un esqueleto hidrostático, como ocurre en algunos gusanos perforadores capaces de agujerear la roca mediante la presión generada por sus líquidos internos. Estos puentes se pueden romper fácilmente con la llegada de otra molécula con un polo negativo o positivo dependiendo de la molécula, o, con el calor.



*All know that the drop merges into the ocean but few know that the ocean merges into the drop.- Kabir, reformer, poet (late15th century).*

*"Lo que sabemos es una gota de agua; lo que ignoramos es el océano". Isaac Newton*

*"[Es] "una de las sustancias químicas más investigadas, pero sigue siendo la menos entendida". "No hay nada cuyo comportamiento sea tan complejo". John Emsley, Escritor de divulgación científica del London Imperial College*

De cualquier manera y lejos de estar en condiciones de entender las dinámicas oceánicas, veamos con cuidado las relaciones de cohesividad que expresan estas gotas y proyectemos estas energías intermoleculares a la inferida gravedad con que modelan nuestros matemáticos las dinámicas de las aguas en planicies extremas.

Miremos las mínimas relaciones entre el Sol y ellas.

¡Cómo lograríamos evitar comparar estas extraordinarias energías intermoleculares asistiendo cohesividad desde distintos tipos de enlaces, entre ellos: los puentes de hidrógeno, responsables de sensibles respuestas a los gradientes térmicos que determinan las advecciones de salida; ¡Cómo imaginar estas maravillas vencidas por la inefable insignificancia del karma newtoniano de la **gravedad** implícita en planicie **de tan sólo 4 mm x Km!**

Sin embargo hemos pasado cien años en la luna modelando flujos en función de energías que jamás cabían ser atribuidas a gravedad alguna. ¿El resultado? Una cantidad con 10 ceros menos que los que carga una gota de agua en términos de cantidad de moléculas; pero cuyos 13 dígitos no alcanzan a equiparar los dineros en la moneda que fuera que se han tirado al pozo ciego de inútiles obranzas "hidráulicas" durante 100 años; que amén de dineros han arruinado en planicies extremas todos los recursos naturales donde han metido mano, con un precio, éste sí, imposible de calcular.

De los grandes cursos de agua que he estudiado, sólo el río Zaire o Congo, el 2º del planeta, saca sus aguas al océano con un mix de energía convectiva y gravitacional. Todos los demás, Amazonas, Missisipi, Orinoco, Indo, Bramaputra, Ganges, Jamuna, Paraná, lo hacen sólo con asistencia de flujos convectivos internos naturales positivos; esto es, con asistencia solar y baterías convectivas que les asisten en todo su recorrido: móviles meandros, esteros, bañados, costas blandas y bordes lábiles. Todo lo primero que un par de millones de ingenieros planetarios se han dado en arruinar.

La parálisis que cargan las academias es inefable y tan comprensible que a qué dudar sólo cabe piedad. La cura de sueño que reclamarán sus tratamientos supera todas las escalas asistenciales del planeta. Ruego a VE consideren esta situación en forma muy especial, pero no por ello dejen de mirar a estas cuestiones.

Sólo en nuestro país el año pasado se dilapidaron 6.500 millones de dólares en el Riachuelo. Los desastres del Reconquista y su bendito Aliviador, las cavas criminales en la planicie intermareal, las desastrosas obranzas en el Pilcomayo, sólo son la punta del alfiler de similares torpezas que se llevan a cabo cada año sobre la faz del planeta. Ya no cuenta lo que gastan, sino lo que arruinan.

¿Cómo es posible que el Laboratorio de humedales de la Facultad de ciencias exactas de la UBA jamás haya echado una mirada a la dinámica horizontal de los humedales?; que no haya distinguido entre las dinámicas horizontales de los esteros respecto de los bañados. Que no hayan abierto la boca en los 20 años que se han pasado nuestros empresarios destrozando recursos naturales para vender a cambio sus american beauties? El INA pobrecito tendrá que superar la crisis terminal de los mecanicismos. Nadie querría estar en el pellejo de ellos.

Soslayar estos abismos con un rechazo de la demanda es como matar un mosquito. Mirarla con alguna curiosidad y sin perder la calma es entrar en el asombro. Eso ya tiene su premio.

Antes de terminar este brevísimo panorama quisiera regalar un par de imágenes sobre los dos cursos de agua más grandes del planeta que tal vez hace 240 millones de años atrás hayan sido hermanos: el Amazonas y el Zaire. El primero saca por su enorme boca de más de 300 Km de ancho el caudal equivalente a más de una docena de Paranás. Y a pesar de tener pendiente promedio máxima un 60% menor que este último que saca sus aguas al estuario a aprox 1,3 nudos/h, el Amazonas lo hace a 4 nudos/h. Si fuera gravedad y no energía solar, cómo haría para triplicar la velocidad de salida con tanta menor pendiente. Y como si esto fuera poco, saca esas aguas dulces cargadas con 1.200.000.000 de Toneladas de sedimentos anuales y las lleva por dos caminos más allá del borde del talud oceánico abismal.

El primero de los caminos al Norte de la boca Sur reconoce 420 Km de recorrido mínimo en medio del inmenso océano sin perder su personalidad. Esas aguas dulces marchan por debajo de las saladas merced a su pesada carga sedimentaria, sin asociarse a las que le ofrecen intercambiar energía, para así cumplir su misión final: arrojar esos sedimentos en el fondo del empinado talud. La boca al Norte es la más enérgica, recorriendo 650 Km al Noroeste antes de descargar más allá del talud continental. Ver <http://www.alestuariodelplata.com.ar/pendientes2.html>

Tres semanas después de que subiera a la web esta noticia, publicó la NASA la primera carta de salinidad elaborada por el Aquarius probando que a nivel superficial (5 a 10 cms) estos senderos del Amazonas bien probaban su extraordinaria trayectoria. Reitero, estas confirmaciones son sólo de superficie y nada han dicho hasta ahora de lo que pasa más abajo con esas aguas dulces disociadas de las saladas y conservando su extraordinaria personalidad.

Si el Amazonas prueba estar sano y ser extraordinario por donde se lo mire, es gracias a que nunca le han metido mano; otro tanto sucede con su hermano Zaire. Este reconoce ambas energías: gravitacionales y convectivas; y la mayor sorpresa me la regaló tras advertir que su corredor de flujos de agua dulce marcha sin torcer rumbo, directo al fondo del océano; alcanzando a descender 15 m por Km a lo largo de 125 Km para buscar los 1500 m de profundidad. <http://www.alestuariodelplata.com.ar/pendientes6.html>

Y lo más extraordinario: manteniendo limpia la fosa de descarga a lo largo de la fosa abismal. Si bien la cantidad de sedimentos que transporta es mucho menor a la del Amazonas, es de todas formas bien superior a la del Paraná.

Al igual que el anterior, no forma delta; pero a diferencia de éste, ese transporte sedimentario no deja huellas en la fosa oceánica dispersando los sedimentos con una capacidad sin igual.

Si un simple hortelano septuagenario está en condiciones de advertir estos procesos fenomenales sin salir de su casa, qué están haciendo nuestros académicos guardados en sus ámbitos estelares?!

No quiero pensar qué estarán pensando los ministros de la SCJN respecto del PISA MR. Me ofrezco a ayudarlos a firmar el certificado de defunción demorado ya por 225 años y a mirar con otros ojos la cuestión.

Esta extensa legitimación ha sido realizada merced a la alegría acopiada de estos asombros. La legitimación será olvidada porque no cambia en nada la cuestión. Pero veamos cómo olvidar lo apuntado a los enlaces termodinámicos entre sistemas de aguas someras y de sangrías; entre sangrías y estuarios y entre estos y los cuerpos oceánicos.

<http://www.alestuariodelplata.com.ar/pendientes5.html>

## *Planteo del caso federal*

Para el hipotético caso de que V.E. no hicieran lugar a la acción que se interpone, hago saber que plantearé el caso federal, de conformidad con lo establecido por los Art. 28, 31, 41, 75 inc. 22 entre otros, de la Constitución Nacional, en un todo de conformidad con lo previsto por los Art. 14 y 15 de la Ley n° 48. Solicito a V.E. un pronunciamiento expreso sobre la cuestión planteada.

## *Planteo del caso ante la Comisión Interamericana*

También formulo esta salvedad para el supuesto que no se declare la inconstitucionalidad de esta Resolución 234/10 de la Autoridad del Agua de la Provincia de Buenos Aires en cuestión, pues confirmaría la voluntad de continuar encubriendo estos crímenes hidrogeológicos violentando la cláusula de progresividad reconocida en el tratado descripto, y la constitución nacional en cuanto otorga a sus habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano, y a preservarlo; porque ese derecho, adquirido a uso y goce y disfrute de un bien reservado por la naturaleza y para la naturaleza, excede el marco de la esfera de voluntad de quienes legislan. No pueden privar tanto al ambiente como a los que han sido destacados para mantenerlo y preservarlo, de ese derecho. La colisión jurídica es patente, gravosa e ilegal y de ahí que la justicia internacional también esté involucrada. Por ello, a todo evento hago saber que plantearé el conflicto normativo a la COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (Ley 23054)

Al respecto hago saber que el Tribunal Interamericano ha establecido que “el control de convencionalidad que por la magistratura local debe ejercerse de oficio”. (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú- Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006 Serie C N° 158 párrafo 128) dijo:

*“Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.* Solicito a V.E. una expresa decisión sobre el control de convencionalidad.

*Agradezco* a V.E. su consideración y a mi Musa Alflora su Amor

## *Petitorio*

Por todo lo expuesto a VE digo:

- 1 . Se tenga por respondida en tiempo y forma la excepción de legitimidad
- 2 . Se dicte sentencia declarando la nulidad de esta Res 234/10 de la AdA

*Francisco Javier de Amorrortu*

*Ignacio Sancho Arabehty, CALP T 40 F 240*