

EL DESPLAZAMIENTO DE LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO
POR EL DE ACCESO A LA JUSTICIA SIN RESTRICCIONES
(SOBRE PROBLEMAS ACTUALES DE LA LEGITIMACIÓN Y EL PROCESO JUDICIAL)

SUMARIO: I. *La acción*. II. *La legitimación*. III. *El proceso*.

I. LA ACCIÓN

1. *La acción como garantía constitucional*

Posiblemente la autonomía del derecho procesal haya comenzado con la polémica entre Windscheid y Muther (1856-1857) acerca de la independencia que la acción tenía en el derecho romano respecto al derecho subjetivo.

Las elaboradas doctrinas que sucedieron a ese encuentro,¹ fueron mostrando facetas de un mismo problema. La reelaboración de conceptos, los novedosos planteos y sobre todo, la transformación política de los estados y el crecimiento incesante del intervencionismo estatal, puso en crisis las teorías sobre el derecho abstracto o concreto que la acción significaba. Era momento de advertir el rol asignado a los hombres y el papel que cumplía el juez en los conflictos entre aquellos.

Se comprende así, que el fenómeno movilizador del aparato jurisdiccional no esta motivado, únicamente, por la lesión a un derecho subjetivo. Existía un trasfondo que involucraba el interés del Estado en solucionar pacíficamente el diferendo.

Se vinculan en consecuencia, el derecho de pedir y el derecho a la tutela jurisdiccional, para utilizar vocablos comunes de la actualidad.

Por primera vez, la acción fue colocada dentro de los derechos cívicos, esencialmente, como una forma del derecho de peticionar a las autoridades.² Es cierto que, por entonces, ya se hablaba de un derecho genérico de recurrir a los tribunales,³ concibiendo a tal ejercicio como un derecho abstracto de pertenencia indiscriminada.

1 Cfr. nuestro *Derecho procesal civil*, t. I, vol. 1, *cit.*, pp. 63-104.

2 Aun cuando algunas cartas constitucionales distinguen el derecho de peticionar a las autoridades de la acción, propiamente dicha (v. gr. Constitución de Costa Rica —artículo 41— Honduras —artículo 82—, México —artículo 17—, entre otras).

3 Furno, Carlo, "Disegno sistematico delle opposizione nel processo ejecutivo", *Apéndice*, Firenze, 1936, pp. 96-97.

Pero es Couture quien fundará la importancia de esta posición sobre la base de considerar que la acción era una proyección de la personalidad y, por ende, de carácter privado. No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.⁴

Quedaron vinculados así los dos rostros de la acción: aquella que moviliza el interés del Estado para satisfacer las peticiones de sus súbditos, y el propio derecho del recurrente que peticiona la actividad jurisdiccional.

Precisamente, por emparentarse tan próximas estas manifestaciones, algunos autores dijeron que el derecho de acción pertenecía al derecho constitucional, y otros optaron por referir a un "derecho a la jurisdicción", o bien a un "derecho jurisdiccional".⁵

Pero entre ambos había diferencias. Montero Aroca las encuentra al trazar distancias entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción.

El primero pertenece a la órbita del derecho constitucional y no genera un deber correlativo de respuesta. En cambio, el derecho de acción provoca una relación inmediata entre particular y autoridad, sin afectar a un tercero. La acción es el primer paso de la pretensión y ésta implica siempre la existencia de un tercero, de otra persona frente a la que se formula la declaración de voluntad petitoria.⁶

Esta explicación introduce una notable variante: al derecho procesal no le interesaría tanto encontrar la esencia del proceso, sino el modelo de la jurisdicción. Por eso, partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, lo que importa descubrir es "su por qué", y la respuesta se halla en considerarlo un instrumento necesario.

Por tanto, tiene el proceso judicial esa definida presencia como garantía constitucional.

Ya en 1965, Bidart Campos elaboraba un concepto aproximado destacando que el "derecho a la jurisdicción" marcaba tres tiempos para el análisis: "antes del proceso", como obligación del Estado de suministrar justicia; "du-

⁴ Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3a. ed. póstuma, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 71.

⁵ Cfr. por todos, Almagro Nosete, José, "El libre derecho a la jurisdicción", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1970, pp. 95 y ss. Donde agrega que "el derecho a la jurisdicción, es un derecho subjetivo público de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, tiene carácter constitucional y sobre todo es una exigencia de derecho natural. El derecho a la jurisdicción es la instrumentación formal de un derecho fundamental y natural de la persona humana: el derecho a la defensa jurídica, que a su vez es el sustituto de un proceso anterior y primario que es el derecho de legítima defensa...La acción es, pues, derecho a la jurisdicción, pero también ejercicio del derecho a la jurisdicción".

⁶ Montero Aroca, Juan, "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1984-1, pp. 40-41.

rante el proceso” manteniendo la idoneidad de vías procesales y la garantía de defensa en juicio en todas las instancias hasta llegar a la sentencia y, finalmente, en la “integridad de requisitos que tendría que contener el acto resolutorio jurisdiccional” para considerarlo válido.⁷

El dilema histórico que protagonizara la acción, es decir, el interrogante de saber si era el mismo derecho que se reclamaba en juicio, o suponía un interés diferente, independiente del derecho subjetivo, parece abandonado con las teorías que abonan el derecho a la jurisdicción. El punto de partida es otro, y radica en observar la función jurisdiccional.

Sin embargo, el alerta que puso Calamandrei al precisar la relatividad de los conceptos, fue mucho más allá, porque lograba demostrar la necesaria simbiosis entre la acción, el tiempo en que se formulaba y la circunstancia propia del Estado que debía dar respuesta.

Quedó en claro, también, la correspondencia de la teoría con la doctrina política que era su fundamento; por eso afirmó la existencia de corrientes opuestas, una liberal e individualista del Estado, y otra más rígida y autoritaria. Mientras una priorizaba el interés individual del sujeto, otra radicaba en la teoría del derecho abstracto de obrar.⁸

Si observamos en profundidad el desarrollo doctrinario advertiremos que, en una primera etapa, se creyó que la acción era el derecho violado del individuo que al requerir reparación, proyectaba su derecho en el ejercicio de peticionar; luego, conseguida la autonomía científica del concepto, se articulan numerosos criterios que precisaron situaciones particulares.

Colocar la acción en terreno de derecho privado colisiona con la finalidad de paz social que persigue el Estado al resolver los conflictos de intereses.

Si la participamos como integrante del derecho público, desatiende el interés exclusivamente particular que define su puesta en marcha.

Varios autores dieron sus opiniones ofreciendo esclarecimientos útiles.

Nosotros hemos creído⁹ que la acción “no es más que un acto” de contenido estrictamente procesal destinado a presentar un reclamo a la autoridad jurisdiccional. Ésta, conocida la petición, iniciará un proceso y, de este modo, cerrará el circuito característico, propio e inconfundible, del proceso jurisdiccional.

Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pon-

7 Bidart Campos, Germán J., *El derecho a la jurisdicción en Argentina*, E. D., 11, p. 969.

8 Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ejea, 1986, p. 226.

9 *Cfr.* Gozaini, Osvaldo A., *Derecho procesal civil*, t. I, vol. 1, *cit.*, pp. 96-103.

dera se refleja en la posibilidad de lograr un litigio donde pueda ser oído y, en ese caso, habrá obtenido el ansiado acceso a la justicia.

Ahora bien, para obrar en el sentido apuntado basta con el ejercicio reflejo de una motivación; es decir, quien acude al proceso no necesita estar respaldado de razón o derecho alguno; basta con que el Estado le garantice el acceso, le brinde la posibilidad.

De este modo, la acción será también un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica.

Aun así, en esencia, la acción tiene carácter intrínsecamente constitucional (podríamos decir, de derecho procesal constitucional), porque más allá de la garantía que supone, tienen como finalidad la protección jurisdiccional. Por ello es que la evolución conceptual del tema culmina con el derecho a la jurisdicción.

Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de suerte tal que la acción resulta del conjunto de las actuaciones interesadas. Pero además, como vimos, la acción procesal es jurisdiccional: ella en su jurisdicicidad es petición de juicio y en último extremo exigencia del derecho. Sin el derecho no existe el juicio, y éste no existe sin la acción.

Hilvanando la idea, vemos que el destinatario de la acción sería el Estado, pues a él recurrimos persiguiendo tutela jurídica (derivación del concepto substitutivo del Estado que se apropia de la facultad de juzgar y, por ende, debe componer los conflictos que se le plantean); pero también, la otra parte: el demandado, es objeto de nuestro interés. Procuramos que se someta a la obligación que le denunciamos.

Quienes han polarizado la acción hacia criterios concretos y abstractos, no han tenido en cuenta la relatividad de la idea, porque ambos interesan al Estado y al particular, según refieran a la relación sustancial que se traba entre las partes del proceso; o consideren el derecho subjetivo público que contra el Estado se tiene para obtener la tutela del derecho.

Si la acción fuera solamente un derecho contra el Estado quedaría sin sustento la cuestión de fondo que vincula a las partes con un derecho material; en tanto que invertir los conceptos, dejaría aislados a los contradictores ante un juzgador sin obligación que cumplir hacia ellos.

Todo parece indicar que la acción es un derecho que se dirige contra el Estado en su deber de afianzar la tutela jurisdiccional; y que concreta con la parte adversaria el vínculo característico de la relación jurídica procesal.

También, en este orden de ideas apretadas, resulta importante adoptar temperamento con relación al fundamento político que pueda encontrar la acción.

Es entonces cuando se advierte la trascendencia institucional de ella, porque al estar inmersa dentro del ordenamiento jurídico del Estado, constituye una auténtica expresión política.

Enclavado ese derecho de pedir en el derecho constitucional, le resta al jurista fijar su contenido y ubicación en el sistema orgánico del derecho.

La doctrina italiana, principalmente, reconoció la existencia de un poder frente al adversario que, de alguna manera, se oponía al poder frente al Estado que preconizaron los procesalistas germanos.

Dicho poder, sea frente al Estado o frente al adversario, singulariza una secuencia de actuaciones que hacen a la caracterización del poder jurisdiccional y al desenvolvimiento del proceso, respectivamente.

La relación entre individuo y Estado obedece en este tramo a entronizar el interés para la digna tutela del derecho, pero poco consigue para caracterizar la distribución entre el derecho material o subjetivo y la acción; y menos aun para resolver el carácter con que las partes debaten en el proceso.

En realidad, abreviando, el poder ejercido es puramente ideal, y al resultar así, el sujeto pasivo de la acción nada puede hacer para impedirla; tampoco el actor puede esperar que con ella se origine un nexo opresor contra su oponente.

Sin embargo, con la acción se proyectan restricciones en los derechos subjetivos del otro, tanto sea por la discusión que entablen sobre la titularidad, como por las consecuencias que importa sustanciar un proceso.

En definitiva, no hay sometimiento alguno de nadie respecto a alguien. El actor que demanda manifiesta su voluntad de obtener una sentencia que le favorezca; por su parte, el contradictor, tiene frente a dicho ejercicio facultades que se convierten en cargas si comparece al proceso.

Por tanto, "la acción es un derecho subjetivo autónomo (es decir, aislado del basamento que puede encontrar en el derecho sustancial), que, ejercitado, otorga el derecho a la jurisdicción y permite afrontar el trámite de un proceso.

No existen condiciones para "accionar", en todo caso los requisitos corresponden a los hechos en que se funda (pretensión); por eso el deber del Estado consiste en otorgar el acceso a la justicia toda vez que el acto de pedir tiene sustrato fundamental.

Se reúnen así los dos elementos científicos que dan elocuencia al porqué la acción, en este tránsito de acceso y respuesta del Estado, corresponde al derecho procesal constitucional.

Así lo entienden autores como Cappelletti y Fix-Zamudio cuando hablan de la acción "como un derecho humano a la justicia".¹⁰

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", trabajo presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985; Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional", *cit.*, pp. 337 y ss.

Legislativamente se refleja en la Constitución española (artículo 24) en dos apartados que reciben la noción garantista del derecho de acción, al instalarlo en un momento anterior al proceso como derecho a la tutela efectiva, y *a posteriori* para garantizar el desarrollo del debido proceso.

Sin embargo,

el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales no es la acción civil en sentido concreto, ni un derecho semejante en las restantes órdenes o ramas jurisdiccionales. Esto es perfectamente explicable porque si el Tribunal Constitucional tuviese que dilucidar si se ha dado o no la razón acertada y justamente, necesariamente se convertiría en un gigantesco órgano de segunda o tercera instancia en incontables procesos.¹¹

2. *El derecho a la jurisdicción*

La derivación alcanzada en la acción para llegar al derecho jurisdiccional, significa incorporar elementos al clásico esquema del derecho a pedir.

No se trata únicamente de que alguien reclame y sea escuchado, es preciso, además, la formación de un proceso judicial y que cuente con el máximo de garantías que consoliden, precisamente, su carácter fundamental.

La idea es evitar el aislamiento de la acción que determine tenerla únicamente como un derecho de acceso a los tribunales. El concepto ha de vincularse con otras garantías procesales, tales como la defensa en juicio, o el más genérico, del “debido proceso legal”.

Quizá, porque la noción de “libre acceso” parezca una definición hueca, o demasiado amplia para atrapar situaciones que generan crisis manifiestas (v. gr.: legitimación procesal, representación, etcétera), se ha difundido la expresión “derecho a la jurisdicción”, con la esperanza de ocupar la diversidad de relaciones que ocupa el problema de peticionar y ser oído adecuadamente.

En consecuencia, al excitar la actividad judicial, se pone al mismo tiempo en marcha un procedimiento que culminará con la sentencia, por tanto, durante todo este tiempo, estará vigente el derecho a la jurisdicción.

¿Cuál es, entonces, la diferencia con la garantía constitucional de la acción?

Entendemos que el derecho a la jurisdicción es un derecho subjetivo y como tal, simultáneamente, es una potestad cuando se ejerce, y una facultad mientras esta latente. De todos modos, ambas situaciones jurídicas están involucradas en el derecho subjetivo.

¹¹ Figueruelo Burrieza, Angela, “El recurso de amparo en cuanto tutela reforzada de los derechos fundamentales, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Latinoamérica, cit.*, pp. 233-252.

De manera similar lo expresa Rocco cuando dice que de las normas jurídicas se deduce una esfera de actividades, dentro de la cual los particulares pueden moverse libremente, sin temor a violar ninguna norma jurídica o de incurrir en alguna sanción. Esta facultad, así enunciada, constituye un derecho generalísimo. La libertad individual en cuanto es tutelada por el derecho, se convierte en libertad de hecho, en libertad jurídica y supone el derecho genérico de libertad individual.¹²

La acción interesa un derecho fundamental del hombre, pero ya hemos visto que ningún derecho tiene utilidad si no reconoce un instrumento del que valerse. Esa herramienta es la otra cara de la acción, su defensa en juicio.

Pero ya no es campo exclusivo de la acción constitucional, sino de la acción como derecho jurisdiccional.

Es decir, mientras la garantía fundamental de pedir es un poder del individuo para incitar la actividad de los tribunales, sin que sea necesario para ello tener calidad o situación jurídica alguna; en el derecho a la jurisdicción, se agregan otras exigencias que, en rigor, son facultades deberes y derechos de las partes y del juez.

Almagro sostiene que “así como la idea del derecho de petición viene ligada a un concepto de actuación pasiva, que se limita a pedir y a esperar; y en cierto sentido, a una actividad de concesión por parte de la Administración, el derecho a la jurisdicción supone pedir, probar, concluir, en suma, una serie de actividades que, no son sólo de incoación, sino de continuidad o insistencia”.¹³

Para González Pérez el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el “acceso a la justicia”; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Esto es: acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.¹⁴

Concebido el derecho a la jurisdicción y establecido el alcance que tiene respecto a la actividad judicial consecuente, no quedan dudas acerca de la existencia de requisitos mínimos que aseguren la propia función jurisdiccional, como el desarrollo de las garantías que se invocan.

¹² Rocco, Ugo, “Tratado de derecho procesal civil”, t. I, p. 261, citado por Almagro Nosete, José, “El ‘libre acceso’ como derecho a la jurisdicción”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 37, vol. XIV, 1970, pp. 95-137, de donde extractamos el párrafo.

¹³ *El libre acceso...*, cit., p. 113.

¹⁴ González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid. Civitas, 1984, p. 39.

En efecto, el primero de los aspectos contempla los recaudos esenciales para que la magistratura pueda ejercer sin limitaciones ni condicionamientos la función que les fue asignada.

La "unidad jurisdiccional" supone que la misión de administrar justicia recae sólo en uno de los poderes del Estado. Fraccionar ese concepto autorizando otro tipo de magisterios equivale a escindir la misma naturaleza que tiene. Por ello, el órgano con funciones jurisdiccionales es único.

El presupuesto de la unidad e independencia del órgano contrae y exige, por vía constitucional de organización de un Estado, que la función de juzgar con autoridad de cosa juzgada se monopolice en la jurisdicción.

La "exclusividad" manifiesta dos consideraciones trascendentes. Por una parte, que sólo quienes ostenten la potestad de juzgamiento, tienen la posibilidad de someter las partes a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva. Por otra, que no es posible pensar en la delegación de esa potestad. Queda supuesta así, la íntima relación entre proceso y jurisdicción.

La "independencia judicial" es otro de los "mínimos" establecidos; la ausencia de ella es causa bastante para desconocer la legitimidad del ejercicio.

Ahora bien, si la imparcialidad constituye la garantía que cuentan las partes para obtener un trámite razonable y una decisión justa; para la jurisdicción la independencia basamenta el enlace natural de su estructura.

La autonomía que se predica persigue el correcto emplazamiento del derecho en el marco del conflicto, donde el juez obtiene la libertad absoluta para resolver sin interferencias ni amos con otros funcionarios.

De todos modos, el concepto no debe confundirse con la independencia de la magistratura, donde la importancia radica en la forma de constituir una organización judicial.

La jurisdicción reclama su autonomía al conjunto de los poderes del Estado, para desenvolver un criterio propio y hasta una política diversa.¹⁵

En cuanto al segundo de los aspectos necesarios para desarrollar el derecho a la jurisdicción, corresponde al terreno de las "garantías", las que por su importancia, merecen un tratamiento separado.

II. LA LEGITIMACIÓN

1. *El problema a desentrañar*

Procuraremos ahora advertir otras facetas del encuentro que motivan la acción con sus implicados en el derecho constitucional y en el derecho pro-

¹⁵ Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho procesal civil*, t. I, vol. I, *cit.*, p. 189.

cesal. Ellas se nutren en algunos planteos filosóficos, o bien, emergen de principios particulares de la teoría general del derecho que insisten en presentar al derecho procesal como un derecho "de praxis", exclusivamente instrumentador de los derechos materiales y, particularmente, de los denominados "derechos subjetivos", o de aquella categoría que refiere a las "situaciones jurídicas subjetivas".

La tesis que propiciamos consiste en sostener, básicamente, las siguientes posiciones:

a) Que el derecho procesal no es únicamente un derecho absolutamente instrumental, sino, esencialmente, una garantía de los derechos fundamentales del hombre, de modo tal que si aparece en alguna de sus instituciones estructurales (jurisdicción acción y proceso) algún desconocimiento, alteración, modificación o transformación crítica hacia los derechos humanos, le corresponde a la ciencia procesal encausar el desvío, olvidando las reglas de las seguridades formales establecidas, para ir en busca de la justicia específica que debe concretar.

b) Que, en materia de legitimación procesal, debe postergarse de manera definitiva la protección de las individualidades, no tanto por la insuficiencia manifiesta que muestra la captación de los derechos subjetivos, sino por que, además de la tutela y defensa de los intereses particulares, la socialización y masificación de las preocupaciones, funda un orden diferente que urge ser tenida en cuenta.

En este sentido, la dimensión y novedad que presentan los fenómenos sociales, encierra concertaciones entre grupos, organizaciones, estados, y no existe aún mecanismo alternativo que preserve esos intereses.

En verdad, como lo dijo Cappelletti, "los derechos y los deberes no se presentan más, como en los códigos tradicionales de inspiración individualista-liberal, como derechos y deberes esencialmente individuales, sino meta-individuales y colectivos".¹⁶

c) Que la atención cifrada en la calidad que representa y "tiene" la persona que pide o pretende la actuación jurisdiccional, dificulta en grado superlativo la respuesta que, necesariamente, debe ofrecerse a cualquier individuo que peticiona, porque de otro modo, se vulnera el derecho de acción, y el acceso a la jurisdicción.

d) Que para solucionar la crisis antedicha, es menester resolver con criterios diferentes las estructuras predisuestas en los presupuestos procesales, particularmente, en la legitimación procesal; a cuyo fin, las categorías que

¹⁶ Cappelletti, Mauro, "La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil (metamorfosis del procedimiento civil)" y "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XI, núms. 31-32, enero-agosto 1978, pp. 1-40.

ordenan las situaciones jurídicas subjetivas pueden servir de orientación para encausar tutelas diferenciadas o singulares, pero dando cabida al proceso sin retacear la función juzgadora por cuestiones puramente formales.

2. *La pertenencia del derecho como apertura exclusiva*

Sostienen varios autores, entre ellos Carnelutti,¹⁷ que el derecho subjetivo aparece en el derecho romano. Por entonces, *ius* se llamaba propiamente al poder del *iubere* en que se manifestaba aquella específica fuerza que es el derecho, y que por tanto recibía esa denominación.

Desde esos tiempos progresó el concepto de derecho subjetivo siendo el centro de atención de toda la ciencia jurídica. Sin embargo, otros estudios demuestran que el origen hallado es equívoco, porque la cuna del derecho subjetivo no radica ni en el derecho romano, ni el medioevo, ni en la época del derecho natural (1625-1750), y sí en los tiempos modernos, coincidiendo con los estudios de filosofía del derecho generados desde la mitad del siglo XVIII.

Señalan así que “el derecho subjetivo, como atributo jurídico individual y como categoría jurídica, nace lógicamente, cuando el individuo logra su consagración política, que se alcanza con el antecedente del movimiento filosófico de fines del siglo XVIII y del precedente histórico de la Constitución de Virginia (1776), y por obra de la Revolución francesa con la Declaración de los derechos del hombre (1789)...Producido el hecho político, la ciencia jurídica tiene entonces que estudiar, naturalmente, el contenido de los círculos tangentes que constituían el ámbito de cada libertad individual, investigar sus dimensiones jurídicas, iniciando las preocupaciones sobre el “derecho subjetivo”.¹⁸

No es nuestra intención detenernos en esta diferencia de pareceres, pero sí atenderla por su repercusión tanto en las formas de acreditar el derecho ante la jurisdicción y, de suyo, en la teoría de la legitimación procesal.

Sea una u otra, la verdad es que el gran desarrollo del derecho subjetivo pertenece al siglo XIX. En primer lugar, Savigny no permanece inmune a las influencias de su tiempo, y desde una perspectiva que llama “histórica-crítica” formula una sistemática de los derechos en orden a las interpretaciones probables que de los hechos pudiesen surgir.

17 Carnelutti, Francesco, “Teoría general del derecho”, trad. de Francisco Javier Osset, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, p. 199.

18 Díaz Cruz, Elías, “La doctrina del derecho subjetivo (en pro de la independencia de la ciencia jurídica y del mantenimiento de sus conceptos fundamentales)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, mayo de 1947; Cfr. Castán Tobeñas, José, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, Reus, 1963, p. 31-32.

A los derechos subjetivos los comprende en su sistema de derecho privado, alejado del "jursnaturalismo", y basado en un principio abstracto de la relación jurídica como una "soberanía de la voluntad".

Precisamente esa abstracción difumina la eficacia del método, y la sistematización del derecho se proyecta en un andarivel diferente, hacia la denominada "jurisprudencia de conceptos".

Puchta, siguiendo claramente el pensamiento kantiano, eleva la noción de derecho subjetivo en una pirámide ideal. A su entender "existe un derecho (en sentido subjetivo) cuando el derecho (en sentido objetivo) ha dado un objeto al poder de una persona".¹⁹

Aparecen aquí descriptos los dos fenómenos que trascienden, tiempo después, al derecho procesal para incidir en sus postulados.

De un lado, el derecho se concibe filosóficamente en el concepto de libertad kantiano que instala el derecho como una persona (en sentido ético) y el de derecho subjetivo como el de poder jurídico de una persona sobre un objeto.²⁰

Rudolf Von Ihering, profundiza esta teoría (que da el nombre de "histórica-natural"), para interrogarse si verdaderamente el derecho subjetivo era un poder sobre las cosas, o en realidad representaba una pertenencia declamativa.

Ciertamente la precisión querida por Ihering cifra el destino de las corrientes posteriores. Por ejemplo, a través de Windscheid se observa cómo el derecho subjetivo se analiza en su relación con el positivismo jurídico, y si bien percibe que el derecho se obtiene del orden jurídico, solamente a través de la "pretensión" se puede reclamar por su ejercicio. Mientras no ocurra alteración alguna el derecho subjetivo está vaciado de contenido, sólo con la demanda se consigue la pertenencia.

Esta idea, de gran importancia para el derecho procesal, desde que a partir de ella se deduce la diferencia entre el contenido del derecho y la acción de pedir la actividad jurisdiccional, va a ser fruto de serios y fundados cuestionamientos.

El positivismo presenta las cosas con base en su comprobación científica; se aleja de las posibilidades psicológicas o sociológicas que se inspiran en los "ideales" o en las "voluntades" de conseguir cierto "estatus jurídico".

Planteadas las cuestiones, es oportuno señalar qué consecuencias trae este problema: El derecho, pues, tiene la posibilidad de considerarse como un hecho psicológico —por no encontrarse en la realidad externa, sino en la conciencia

¹⁹ Seguimos en estos pasajes la exposición de Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1966, pp. 35 y ss.

²⁰ Cfr. Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 36.

de las personas—, o bien como un dato de la existencia social de las que cobra su misma validez.

En orden a la legitimación procesal, este dualismo se emplaza en la estimación directa que tiene el derecho subjetivo, y la postergación absoluta que merecen las demás situaciones subjetivas.

En efecto, los hechos efectivamente constatados, que lucen su apariencia en cabeza del mismo portante, esto es: cuando el que pide es el mismo interesado en resolver su padecimiento; en estos casos, no hay dificultad alguna para superar la valla de la legitimación.

En cambio, se niega la “justiciabilidad” cuando quien reclama no tiene vinculaciones directas con el hecho, o si los tiene, ellos se muestran difusos, o de pertenencia indiscriminada. En estos casos, la opción es cancelar la vía, por no tener quien pida legitimación suficiente.

Kelsen persigue poner distancia y fin a este emplazamiento. La exposición de este notable jurista parte de esclarecer las nociones de derecho subjetivo y derecho objetivo.

La captación de la esencia del derecho subjetivo (en el sentido de derecho con el que un sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras se designan circunstancias muy diferentes entre sí; tanto puede ser el derecho a comportarse de una determinada manera no prohibida, como también el derecho que otra persona espera de nosotros, sea por acción u omisión.

En el primer caso se constituye un derecho personal, mientras que en el segundo (derecho reflejo) aparece el concepto de obligación.

Sostiene, entonces, que:

la tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural... si se pone de lado la suposición de derechos naturales, y sólo se reconoce los derechos estatuidos por un orden jurídico positivo, resulta entonces que el derecho subjetivo en el sentido discutido, presupone una obligación jurídica correspondiente; mas consiste en esa obligación jurídica.²¹

Ahora bien, en Kelsen no estuvo ausente la idea de reclamación directa (pretensión), sólo que la percibe como un derecho de contenido técnico que autoriza al individuo a participar del proceso de formación de las normas.

Pero como para dar vida a esta capacidad jurídica de postulación, es preciso contar con la autorización del ordenamiento jurídico, agrega:

²¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM-Porrúa, 1991, pp. 142-143.

en un sentido muy lato, determinada conducta de determinado individuo se encuentra facultada por el orden jurídico, no sólo cuando se concede al individuo un poder jurídico, esto es, la capacidad de producir normas, sino, en general, cuando la conducta del individuo es convertida en condición directa o indirecta de la consecuencia jurídica, esto es, del acto coactivo instituido como debido, o constituye ella misma la conducta consistente en el acto coactivo.²²

El “ser” y el “deber ser” de Kelsen deciden el curso de la legitimación procesal, tanto como sirvió para las doctrinas acerca del “derecho subjetivo” prefieran referir a la relación jurídica que surge del derecho; a la primacía del deber sobre el ser; o bien, para llevar al campo del derecho subjetivo, directamente, la consideración central de los derechos de un ordenamiento determinado.

En síntesis, así como el “derecho objetivo” (normas positivas) prioriza el andamiaje de toda la realidad coexistencial, en el sentido que apunta Legaz y Lacambra respecto a que se desvaloriza el sentido subjetivo del derecho orientando hacia un normativismo que identifica la realidad jurídica con la de las normas objetivas y relega a un segundo plano e, incluso, niega la sustantividad de lo que tradicionalmente se llama derecho subjetivo.²³ También el derecho subjetivo encuentra ramificaciones o frentes diversos que afrontar, especialmente, el aspecto del “deber ser” y las situaciones jurídicas subjetivas.

3. *La relación jurídica y el derecho subjetivo*

Es menester anticipar, siguiendo en ello la aclaración efectuada por Carnelutti, que se procura establecer en el presente desarrollo un criterio científico, alejado —aun cuando la proximidad resulte necesaria— de posiciones filosóficas, por cuanto una teoría general es ciencia del derecho y por eso se opone a la filosofía.

“Solo he de añadir —decía el maestro italiano— que para construir una teoría general del derecho la observación ha de ser llevada más allá del mismo derecho...”, porqué “ni del derecho, ni de ninguna otra cosa, lograremos saber lo que debemos saber sin mirar al patio del vecino...”²⁴

En la lucha entre el derecho objetivo y el subjetivo, aparecieron numerosas posiciones intermedias que terciaron para fundamentar la vinculación.

22 Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 157.

23 Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 723.

24 Carnelutti, Francesco, *op. cit.*, p. 9.

A veces se habló de la “relación jurídica”, donde predominaron las situaciones subjetivas sobre las objetivas,²⁵ como es el caso de la doctrina de Del Vecchio,²⁶ que pone en relieve que el derecho es la “facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación por parte de otros”.²⁷

En estos casos, particularmente detallados en la civilística germana, aceptada por Borda, en nuestro país²⁸ se destaca plenamente el parentesco entre el derecho y el deber que motivan los aspectos del derecho subjetivo.

Otros, en la misma línea, optaron por reflejar las extensiones de la relación jurídica fuera del marco preciso del deber y el ser, esto es, demostrando que muchas veces, ellos dependen de situaciones tales como la pretensión del interesado, la acción de derecho sustancial, las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico y los llamados derechos potestativos.

En definitiva, cada relación *in abstracto* no tenía una estimación práctica idéntica, como que entre ellas había un sinfín de ires y venires que mostraban la fungibilidad del concepto.

Sin embargo, la relación jurídica existe, y la consagra el derecho mismo.

Se ha dicho que la noción más amplia y sencilla de relación jurídica es la de una relación constituida por el derecho entre dos sujetos respecto a un objeto;²⁹ pero es una noción inacabada, propia de las explicaciones estáticas del derecho.

En verdad, a toda atribución corresponde una limitación consecuente (causal), de la cual surge que el “poder” asignado (derecho subjetivo) tiene un límite natural (derecho objetivo).

En materia procesal este dualismo representa las dos imágenes del derecho de peticionar. Por una parte, la del sujeto activo que pretende la tutela jurisdiccional, y de otro, la del derecho que se quiera hacer valer. Esto es, que quien pide, debe estar legitimando (emparentado directamente) con el derecho que sostiene.

25 Mientras Savigny había tratado de realzar, como unidad elemental (y como realidad específicamente jurídica) de todo el mundo del derecho, precisamente a la relación jurídica (lo que significaba una prioridad lógica del llamado derecho subjetivo sobre el objetivo), en cambio, el positivismo legal de fines del siglo XIX traslada el punto de gravedad hacia éste último, y aparece así la teoría moderna de las normas, planteada sobre todo por Binding, Thon, etcétera, y que adquiere un desarrollo especial en la teoría normativista de Kelsen (Espinar Lafuente: Líneas de orientación para una concepción del negocio jurídico, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, junio de 1963, p. 821). Cfr. Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, nota 1, p. 15.

26 Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 367 y ss.

27 *Op. cit.*, p. 368.

28 Borda, Guillermo J., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 1953, p. 33.

29 Carnelutti, Francesco *op. cit.*, p. 184.

De este encuadre nace que, frente a la idea de derecho, que implica "poder", "facultad", o "atribución", ésta el deber que significa, pues, "necesidad" o "abstención". De suyo, los derechos son renunciables y no así los deberes.³⁰

Es cierto que este rostro del deber, a veces, se configura como una obligación de corte moral, un mero deber de moralidad, lo cual conduce a un problema no resuelto que estriba en la posible exigencia de reclamar por deberes de tal condición.

La ética se hace presente en obligaciones de éste carácter, y la distancia con el derecho subjetivo, se aleja cada vez más.

Hace años atrás, Vescovi planteó la necesidad de estudiar la dinámica de las situaciones evitando descripciones sin sentido como son las del "ser" y las "deber ser".

La realidad es una fuente efectiva para encontrar respuestas, y si observamos que, en definitiva, encontrar soluciones al derecho subjetivo no son más que exigencias para el acceso a la justicia, advertiremos porqué es necesario trazar distancia con formulaciones exageradamente filosóficas y poco pragmáticas.³¹

De idéntica preocupación fueron las reflexiones de Mercader cuando significó el error de analizar la situación de los derechos presentados en juicio como vínculos absolutamente consolidados. Sostenía el maestro platense que no era posible comprender la función del proceso desde esta perspectiva, porque ello importaba referirlo a una *posterius* de los hechos. Es decir,

desde las horas en que los primeros sabios impartieron su primera explicación se ha dicho y repetido que el proceso sólo se abre después (enseguida) de consolidados los vínculos que deben motivarlo. De ahí surgió, con categoría axiomática, la certidumbre de que el proceso no puede tener existencia antes de la situación jurídica que, al término del mismo, debe ser juzgada...³²

Era necesario abordar una realidad diversa, porque los derechos emergentes de la relación jurídica no se mantenían inalterables en el curso del proceso; es más, podían cambiar, modificarse, transformarse y hasta provocar el nacimiento de otros derechos (v. gr. las costas, los honorarios, la posesión del adquirente en subasta, etcétera).

³⁰ Cfr. Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 24.

³¹ Cfr. Vescovi, Enrique, "Il concetto del diritto subbiiettivo e la realtà contemporanea", en *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1961, pp. 401 y ss.

³² Mercader, Amilcar, "Naturaleza y límites de la jurisdicción judicial", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, núm. 11, 1963, pp. 349 y ss.

4. *La situación jurídica*

De alguna manera el existencialismo aparecido en el siglo XIX y que persiste actualmente, otorga notable preponderancia al estudio de las "situaciones".

Son procesalistas los que originan la tesis, particularmente Goldschmidt (James) y Kholer. Este último entiende por tal a una relación del sujeto de derecho hacia los bienes de la vida en general o en particular, que puede tener importancia para el nacimiento o para el desarrollo de derechos subjetivos; poniendo como ejemplos: la capacidad de obrar (cualidad jurídica), el poder de representación, la capacidad de disposición, etcétera.

Por su parte, Goldschmidt indica que no son relaciones jurídicas (consideración estática del derecho) las que originan las vinculaciones entre partes; esto es, —decía— que no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino "situaciones jurídicas" (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse, y en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra, expectativas, posibilidades y cargas.³³

Legaz sostiene que el "concepto de situación jurídica no es considerado en otras doctrinas como un integrante del concepto de persona, sino más bien como un concepto destinado a desplazar el de persona en sentido jurídico".³⁴

Por ejemplo, la negación del derecho subjetivo que hace Duguit, a cuyo fin parte del estudio inexorable de las realidades.

Dice así que:

por el simple hecho de que hay sociedades humanas y de que no puede dejar de haberlas, supuesto que existan hombres, hay una ley social. Afirmar que el hombre es un ser social, que vive en sociedad y que no puede vivir más que en sociedad, es afirmar al mismo tiempo la existencia de una ley social. Esto no es una afirmación *a priori*, una afirmación de orden metafísico, puesto que resulta de la observación de los hechos y de la constitución fisiológica y psicológica del hombre...Este derecho objetivo impone a los miembros del cuerpo social la obligación de cumplir ciertos actos y de abstenerse de otros. En su virtud, los individuos de un mismo grupo social se encuentran unos respecto de otros en una situación tal que tienen obligaciones recíprocas que cumplir y que, en caso de ser violadas, provocan una reacción social difusa u organizada, según el grado de desarrollo alcanzado por el grupo en cuestión.³⁵

³³ Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, Labor, 1936, p. 8.

³⁴ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 751.

³⁵ Duguit, León, *op. cit.*, p. 345.

Esta idea le sirve a Duguit para sostener el subjetivismo del orden jurídico como sustituto del derecho subjetivo de la persona.

De alguna manera, una idea semejante había sido expuesta por Comte, y la insiste Larenz en su concepción comunitaria del hombre que refleja las necesidades de su sociedad y obtiene por esa condición de "miembro" determinadas situaciones jurídicas.³⁶

La situación, entonces, refiere a un estado particular del individuo conviviendo; esa circunstancia, evidentemente, condiciona el obrar y el haz de derechos, deberes, facultades, atributos, sujeciones, etcétera que puedan derivarse.

La fusión armónica de las ideas desenvueltas ponen de relieve cómo el derecho procesal debe fundarse en los desarrollos de la teoría general para dar efectividad a sus propios postulados.

De las "situaciones jurídicas", no sólo se desprenden relaciones, sino deberes, facultades, obligaciones, cargas y demás condiciones para el cumplimiento de los derechos.

Bosquejada la vinculación, Castán Tobeñas clasifica las situaciones jurídicas subjetivas de la siguiente manera:

Existen tres grandes grupos: a) el de los deberes jurídicos; b) el de las facultades jurídicas, y c) el de las posiciones de integración y conexión que se producen entre las personas como consecuencia del juego y combinación de aquellos dos primeros elementos.³⁷

En el grupo de los deberes, han de ser subdistinguidas dos modalidades: la de los deberes legales o generales (que son reflejo inmediato de las normas) y la de los deberes particulares o en sentido estricto (que constituyen el lado pasivo de la relación jurídica, como contrapartida de los derechos subjetivos). Subespecie importante de estos últimos es las constituidas por las "obligaciones" en sentido civil y ordinariamente patrimonial (que son el lado pasivo del derecho de crédito). En el círculo de las facultades jurídicas pueden ser subdistinguidos, a su vez, dos sectores: el de los derechos subjetivos, en sentido estricto, y el de las demás facultades que sólo implican situaciones protegidas de carácter secundario. El cuadro de éstas últimas es variadísimo... Finalmente, en el grupo de las posiciones jurídicas de integración y conexión de las facultades y los deberes, pueden ser diferenciadas: a) las situaciones jurídicas personales, concepto un tanto vago y muy general, que abarca tanto las de carácter fundamental que constituyen los llamados estados de la persona, como aquellas otras cualidades o posiciones que se muestran como derivadas y más concretas, y b) las relaciones jurídicas, que responden a un concepto más elaborado y de mayor tradición, aunque hoy algo borroso y muy discutido.³⁸

36 *Op. cit.*, p. 207.

37 *Op. cit.*, p. 55.

38 Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, pp. 55-57.

5. *El derecho de pedir ante la legitimación procesal*

Decimos que la filosofía aplicada al derecho subjetivo ha generado la suerte posterior del reclamo ante la jurisdicción, porque se desprende de las dos nociones de “poder personal” y “deber reflejo” la única captación que se efectúa respecto a una modalidad que, en materia procesal, reconoce múltiples manifestaciones.

Partamos de una noción precisa: la relación jurídica fue acuñada por Chiovenda para explicar las vinculaciones emergentes del proceso. El principal elemento diferenciador lo halló en la reunión de los tres intereses primordiales (*Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*), y en las actitudes que cada uno significaba.

La relación procesal es una relación en movimiento, en acción —agrega Chiovenda—;

mientras las partes y el juez se ocupan de la relación sustancial que es objeto del juicio, viven ellos mismos en una relación que desarrollan con su actitud. Lo primero que debe llamar la atención de las partes y del juez es si esta relación está válidamente constituida; antes de actuar la ley acogiendo o rechazando la demanda, el juez debe examinar si existen las condiciones para proceder a esta operación...³⁹

De este encuadre se deriva un criterio muy propio para captar la “calidad” de quien pide la actuación judicial, ante el “interés” que reclama conseguir de la intervención judicial.

Luego, si con Goldschmidt se advierte la diversidad interactuante de esas relaciones, y la certera advertencia de estar frente a “situaciones” que desarrollan en el proceso el papel de las obligaciones del derecho privado,⁴⁰ queda en claro que si bien hay proximidad entre relaciones y situaciones, en los hechos, no son lo mismo.

Cuando el derecho subjetivo se concreta como una facultad reconocida y garantizada a una persona por el orden jurídico, en realidad se está fuera del contexto, por cuanto esa afirmación responde a la “garantía” que representa el derecho de acción.

No es momento de regresar a explicaciones consabidas respecto al porqué el derecho de acción no es lo mismo que el derecho subjetivo; simplemente debe advertirse que quien acude al proceso no necesita contar con el respaldo de la razón o de derecho alguno; le basta para motivar al proceso la

³⁹ Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, trad. José Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1977, t. I, p. 126.

⁴⁰ *Derecho judicial material*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1946-1, pp. 1 y ss.

intención de hacerlo, y que el Estado le garantice el acceso, la efectiva posibilidad de actuar. Por eso suele decirse que la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica.

Quien recurre a la jurisdicción, a su vez, ostenta una idea fuerza que postula en la "pretensión", concepto diverso de la acción pero que carece de sentido fuera del proceso. Como la misma necesita demostrar su solidez, debe estar fundamentada. Por tanto, el contenido de la pretensión será el *derecho material* que hacemos valer en juicio. Finalmente, el medio donde portan la pretensión, el derecho material y el derecho subjetivo de acción, será la demanda: acto procesal específico donde confluyen todos estos elementos.⁴¹

Esa igualación entre el derecho subjetivo y la capacidad procesal motiva serias desigualdades, y graves desequilibrios en los principios garantistas que inspira el moderno derecho procesal.

En efecto, la categorización de las situaciones jurídicas subjetivas destaca la poca afición del derecho procesal a proteger derechos que no tengan una pertenencia manifiesta.

La prioridad escala en los derechos individuales de la persona, y solamente el derecho administrativo muestra alguna apertura hacia los derechos más debilitados en su representación.

Desde esta visión acotada a intereses específicos, cierta parte doctrinaria dice que la "legitimación no tiene naturaleza procesal *stricto sensu*, sino que es identificable con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso, sin perjuicio de que a la invocación y la realidad de esa titularidad pueda dársele un tratamiento prioritario al fondo, esto es, equiparando su consideración técnica al de un presupuesto procesal, aun sin serlo estrictamente.⁴²

Claro está que así interpretado el problema, sólo tendría derecho a la jurisdicción quien acreditase ser titular de un derecho, lo cual, *mutatis mutandi*, haría las veces de regreso a una etapa absolutamente superada en la ciencia procesal, cual es la distribución de roles operantes entre la acción y el derecho.

La fusión que en los hechos resulta es manifiesta: se pide a quien ejercita el derecho autónomo de acción que sea el titular del derecho subjetivo, originando de suyo, la identificación que referimos. No interesa al punto, si el rechazo pretensional por ausencia de interés concreto e inmediato lo sea *in limine* o al dictar sentencia, lo cierto es que la calidad del actor supera en importancia el derecho o la jurisdicción o al proceso justo.

41 Gozaini, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal civil*, t. I, vol. I, cit., pp. 99-100.

42 Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, t. II, p. 516.

6. *La capacidad requerida para tener legitimación*

Una vez definido el interés que moviliza la presentación ante la justicia, nos encontramos ante un nuevo avatar. No basta ser "dueño" del derecho ni alcanza con fundar adecuadamente el "interés" que se reclama.

Para postular es preciso, además, tener capacidad para hacerlo de manera que por esa aptitud pueda ser tenido por "parte", concepto equivalente a obtener la llave de entrada al proceso.

La idoneidad para ser sujeto de derechos es diversa de la condición para disfrutarlos, porque bien puede una persona ser capaz de derecho, pero no de hecho, lo que significa ser titular de un atributo jurídico pero no poder reclamarlo si no intervienen sus representantes capaces.

Es el caso del menor de edad, el incapacitado, el fallido, entre otros, que si bien ostentan una condición jurídica que les resulta propia, no pueden perseguir sus efectos por estar impedidos por otra vía legal.

En este sentido se dice que

de este concepto básico se desprende que deben distinguirse dos grandes ámbitos en los cuales se desenvuelve la idea de capacidad: por un lado, lo que se denomina comúnmente capacidad de derecho, que significa idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, o bien capacidad de goce o capacidad para ser titular de derechos, según las preferencias de cada uno de los autores que han tratado este tema; por otro lado, se infiere el concepto de capacidad de ejercicio o capacidad de obrar, que significa la facultad de poder ejercitar el propio sujeto esos derechos y deberes de los cuales es titular.⁴³

De este modo podríamos hablar de una capacidad civil, dada por la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, y de una capacidad procesal que se determina por la cualidad de exigir el cumplimiento de esas atribuciones que ostenta.

Por este punto de vista la legitimación haría a la primera de las configuraciones, en tanto que la condición de parte, a la restante.

Pero en nuestro sistema no existe fusión entre la capacidad procesal y la material. Es más, resulta errado pensar en una legitimación civil pues lo propio es hablar de una capacidad de disfrute.⁴⁴

⁴³ Belluscio, Augusto C., Zannoni, Eduardo, *Código Civil*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 285. *Cfr.* Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho procesal civil*, t. I, vol. 1, *cit.*, p. 393.

⁴⁴ Indica Palacio que "la capacidad procesal debe ser claramente diferenciada de la legitimación procesal. Mientras la primera habilita para actuar en un número indeterminado de procesos, con prescindencia de las concretas relaciones o estados jurídicos que en ellos se controvierten, la segunda se refiere a la idoneidad especialmente atribuida para pretender o para contradecir con respecto a la específica materia sobre que versa el proceso", *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, t. III, p. 32.

También es cierto que no es conveniente, ni aconsejable, referir a legitimaciones civiles, porque de "legitimación" sólo habla el derecho procesal a modo de presupuesto específico del proceso.

Ahora bien, si la capacidad procesal no se identifica con la capacidad civil ¿qué referentes le encontramos en tanto las normas procesales son instrumentales de las que constituyen el derecho de fondo? ¿y de este modo deben verbalizarse con la capacidad civil?

La explicación puede partir de un encuentro en el derecho sustantivo que no se da en el derecho procesal. La capacidad de obrar y la capacidad jurídica son, en el derecho de fondo, aspectos de una misma realidad. Por eso, transmitidos sus mensajes al derecho procesal, se referencian las condiciones para ser parte. Exigencias que operan en el campo de la legitimación *ad processum* y *ad causam*.

7. Legitimación *ad processum* y *ad causam*

De lo expuesto se colige una primera reflexión: El derecho de incitar la actuación jurisdiccional no tiene más relación causal con el derecho al proceso, en sí mismo, que ese primer acto de peticionar a las autoridades, sea en pos de tutela jurídica o para resolver un conflicto con otra persona.

Es decir, existe un desmembramiento absoluto entre el "acto de pedir" (y por tanto debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el "derecho de pedir", por que éste último refleja el verdadero *quid* de la capacidad de postulación.

Por tanto, la legitimación para obrar hace a una coincidencia entre la persona que requiere el servicio judicial y el que se encuentra dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión. De esa forma, ocupa al actor y al demandado y puede alcanzar a ciertos terceros.

Algunos autores plantean la necesaria intimidad entre quien reclama la protección judicial y el derecho que hace a la relación jurídica que presenta; pero resulta más conveniente trazar distancia pues resulta posible que alguien, aun siendo titular de un derecho determinado pueda no tener la aptitud necesaria para obrar.

En tal caso, hemos dicho que "si pensamos en una capacidad civil desentendida de la aptitud procesal (legitimación o capacidad procesal) es probable que, quien tenga derecho no lo pueda reclamar por no cumplir las cualidades que el derecho ritual le pide que reúna.

De ser así es natural que se halle una limitación al derecho subjetivo. Y es cierto: el acceso a la justicia, *per se*, constituye una limitación de los derechos subjetivos. Pero igualar la titularidad del derecho con la legitimación procesal

sólo sería factible desde una perspectiva estática; es decir, como legitimación *ad processum*, que tiene cierta independencia del derecho o interés que se cuenta, de manera que se impone como un requisito de carácter procesal para que la *litis* a desenvolver pueda trabarse en forma debida.⁴⁵

Lo importante que se deduce a partir de esta situación, es que el individuo, como tal, tiene una serie de atribuciones jurídicas que le corresponden en exclusividad; a veces, los derechos que ostenta se difuminan o concurren con otros que se comparten con sus iguales en la vida de relación, y hay otros que sin ser derechos, generan la atención del interesado por cuanto, aún cuando la situación no le corresponde en forma personal y directa, lo atrapa en su expectativa de participar como miembro de una comunidad social. Este bosquejo de situaciones jurídicas subjetivas llevadas al proceso le otorgarán legitimación; de manera que la íntima relación que se traba entre la aptitud y la categoría subjetiva (derecho o interés) determina la posibilidad de lograr protección jurídica.

Estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que le permita contar con una expectativa cierta a la sentencia, lo cual indica porqué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Asimismo, cuando la actuación se ejerce por representación, los actos suscitados son perfectamente válidos por cuanto la legitimación no ha cambiado el interés que la causa sustancia.

Diferencia importante, en cambio, ocurre cuando se cede por acto entre vivos o por herencia un crédito o derecho real y sobre ello acontece un conflicto de derecho, toda vez que la legitimación no va junto al derecho. No puede confundirse legitimación con derecho sustancial. En su caso, cada uno cuenta con su propia aptitud para obrar.

En síntesis, es importante diferenciar la legitimación *ad processum* que refiere a la capacidad procesal de los peticionantes; de la legitimación *ad causam* que constituye un elemento sustancial de la relación jurídica.

La primera se vincula con la posibilidad de lograr una sentencia de mérito sobre la pretensión y útil a los denominados "contradictores necesarios"; la segunda, por su parte, refiere a la especial naturaleza que emerge de la relación jurídica, determinando el grado o tipo de interés que cada postulante tiene en la órbita de los derechos sustanciales (interés para obrar).

8. La legitimación indiscriminada

Emergencia del caso resulta deducir que ocurre cuando los intereses del pleito trascienden la órbita del desenvolvimiento personal, de manera que la

45 Gozáni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al nuevo derecho procesal*, cit. p. 169.

calidad individual se obnubila frente a “lo público” que afecta a los derechos en juego.

De suyo, el interés personal acumula una serie de “interesados” que comunican sus derechos dándoles un notorio sentido colectivo. El derecho “de todos”, así esbozado, difumina el sentido particular de la legitimación *ad causam*, o al menos, lo presenta con rasgos muy propios.

Igual planteo concitan los procedimientos penales, porque la legitimación no cubre derechos de pertenencia exclusiva, sino de intereses masificados.

El Ministro Público, como entidad representativa de esos intereses asume la calidad procesal requerida para el andamiaje procesal; también el imputado tiene legitimación *ad causam*, puesto que es el sujeto pasivo de la pretensión punitiva;⁴⁶ y la tiene, asimismo, el denunciante, aun sin participar directamente en el proceso (querellante o particular damnificado). En suma, “la legitimación en la causa, en procesos penales, no es condición de la acción penal, sino de la sentencia de mérito, o sea que para que ésta pueda dictarse, pero sin que su falta conduzca a sentencia inhibitoria que nunca puede existir, sino de presentarse el caso sería necesario considerar ese defecto como causal de nulidad del proceso...”⁴⁷

9. Legitimación en las acciones de inconstitucionalidad

Se trata, en estos casos, de una transformación más de la legitimación *ad causam* conforme se reglamente el proceso constitucional respectivo.

La legitimación ante los tribunales especialmente constituidos para controlar la constitucionalidad de las leyes difiere, por vía de principio, de la requerida cuando el planteo de revisión lo ejercen magistraturas comunes (sistema difuso).

Esta diversificación la hemos contemplado oportunamente, pero conviene anotar que es en ellos donde con mayor nitidez se advierte la diferencia de trato entre el derecho subjetivo y los demás intereses.

Por ejemplo, la Constitución española de 1978 introdujo en el artículo 162.1,b) una regulación enunciativa de las personas habilitadas para deducir el amparo constitucional, otorgando esa posibilidad a toda persona natural o jurídica que invoque un *interés legítimo*, así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal. Por su parte, la Ley Orgánica dispone en el artículo 41.2:

El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos en los términos que la presente ley establece frente a las vulneraciones de los derechos

⁴⁶ Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, t. I, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1984, p. 306.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 309.

y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por actos jurídicos, disposiciones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo e institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Dado que el artículo 46 de la misma ley regula dos tipos aparentemente distintos de legitimación, según el poder público de que emane la disposición, acto jurídico o simple vía de hecho que origine la pretendida lesión del derecho fundamental o libertad pública de que se trate; la doctrina más calificada sostiene que el proceso de amparo es un cauce restringido, al que no todos tienen acceso pues, pareciera, que no cualquier persona directamente afectada o que haya sido parte en el proceso judicial correspondiente está legitimada en este proceso, sino sólo aquellas personas —naturales o jurídicas— que además han de ser titulares de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas especialmente protegidos por este proceso.⁴⁸

Por tanto si el recurso de amparo constitucional es un proceso de garantía a los derechos y libertades que se funden como derechos subjetivos perfectos cuando los reclama el directamente afectado, queda en cierta neblina la inteligencia que corresponde asignar a los intereses legítimos que se aluden en el texto fundamental como fundantes de la legitimación.

En otros supuestos, provenientes de la jurisdicción difusa, la legitimación se acomoda a pragmatismos tales como la existencia de causa, interposición oportuna del planteo y afección directa del daño que se reclama en la pretensión constitucional.

Focalizado el problema en su planteo estricto, observamos que la legitimación no es un obstáculo para la acción, sino para el derecho a la jurisdicción.

La desigualdad manifiesta provoca un sentimiento inequívoco de injusticia, indicando la conveniencia de ubicar a la acción procesal en la dimensión que pertenece al derecho procesal constitucional, por ser un derecho subjetivo público que pervive como “poder” de ejercicio y “facultad” de requerir la intervención de un órgano jurisdiccional. No existe necesidad alguna de contar con derecho a tener expectativas de éxito. Bien puede activar el aparato judicial cualquier persona, aun por abuso o aprovechamiento de esa facilidad, y no obstante, no persiga establecer ventaja alguna que le aproveche. La distancia entre la acción y el derecho a obtener la sentencia favorable que fuera iniciada por Bulow, es una corriente absolutamente abandonada, prefiriéndose reconocer la complejidad del acto.

⁴⁸ Córdón Moreno, Faustino, *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, Ed. La Ley, 1992, p. 115.

En cambio, el derecho a la jurisdicción, que supone permanencia en la instancia y posibilidad efectiva de lograr una sentencia fundada, encuentra un serio valladar en este repliegue.

Por eso en materia procesal constitucional suele practicarse una clasificación que reglamenta el sistema de legitimaciones.

Así como se permite a ciertos organismos asumir la representación ante la crisis (v. gr: presidente del gobierno, diputados y senadores en conjunto, órganos colegiados ejecutivos, asambleas de comunidades autonómicas, defensor del pueblo, ministerio público, etcétera, siguiendo las pautas de la Ley orgánica del tribunal constitucional español), la apertura indiscriminada se tolera (a modo de acción popular) cuando el interés rebasa el mero asunto particular.

Se destacan, entonces, tres principios consecuentes:

a) Un sistema de legitimación abierta y sin restricciones cuando el bien jurídico a proteger corresponde a un interés social.

b) Otro mecanismo de legitimación restringida, a quien afirme ser titular de un derecho lesionado o invoque un interés legítimo.

c) Finalmente, un método de prohibición popular dirigida a todos los ciudadanos, cuando se trata de impugnar actos con fuerza de ley o que afecten intereses superiores del Estado que, el mismo Tribunal Constitucional, ha de especificar.⁴⁹

10. *Los derechos o intereses difusos*

El derecho difuso o “fragmentado” se posiciona ante la legitimación procesal urgido de respuestas inmediatas.

En efecto, aquí el problema no está en la ausencia de derechos subjetivos o de intereses dignos de tutela, sino en la pertenencia indiscriminada. Algo así como un bien indivisible que admite “cuotas” identificadas en cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo implica, en principio, la del grupo; así como la afectación a uno solo, lo es también a la clase.⁵⁰

La cuestión trasciende un purismo metodológico, porque emergen de ella opciones de caracterización. Es decir, el interés difuso puede ser un “interés jurídicamente protegido” o un “derecho subjetivo público o privado”;⁵¹ el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción

49 Cfr. Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, pp. 134-138.

50 Cfr. Barbosa Moreira, José Carlos, “La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño”, en *Revista Jus*, núm. 34, p. 61.

51 Cfr. Barrios de Angelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 129.

que se le otorgue; en cambio el derecho subjetivo tiene además del correlato “obligacional” (derecho subjetivo privado) el “poder-deber” público de ampararlo (derecho subjetivo público).

La referencia demuestra que los intereses o derechos difusos encuadran, de acuerdo con la política particular del legislador de cada país, ya como “interés protegido”, ya como (interés propio de un) “derecho subjetivo”.

Ahora bien, los intereses que se enlazan con estos “nuevos derechos” en general pueden caracterizarse como “derechos subjetivos públicos” (derechos sociales subjetivos o simplemente derechos sociales, pues su finalidad es tutelar los valores públicos —el orden, la seguridad, la paz, el poder, la solidaridad, la cooperación, la justicia social—. De ahí la necesidad imperiosa de asegurar su adecuada y efectiva preservación a través de los medios instrumentales correspondientes.⁵²

En Argentina, numerosas constituciones de provincia abrieron un panorama frontal a la problemática, otorgando legitimaciones procesales colectivas. Por ejemplo, la ley fundamental de la provincia de San Juan, en su artículo 58, tras garantizar entre los derechos libertades y garantías sociales, la tutela del medio ambiente y la calidad de vida, “confiere a toda persona legitimación para ejercer la acción de amparo (colectivo) en defensa de esos derechos difusos”.⁵³

De igual alcance y significado son los derechos públicos provinciales de Salta, Santa Fé, y una gran expectativa con proyectos de similar envergadura.

La importancia de contar con un espacio positivo para reclamar daños colectivos, o amenazas globales, o simples pertenencias indiscriminadas, resulta trascendente para el medio donde pretende insertarse un derecho moderno.

En efecto, el tejido que diseña todo el conjunto de las legitimaciones procesales no puede encorsetar en el modelo del derecho subjetivo, o demás intereses al derecho difuso, pues el mismo escapa de las ambiciones y problemas que aquellos incitan.

Obsérvese que cada uno de los parajes donde anidan tienen reflejos trascendentes para la vida comunitaria y para el mismo bienestar general.

El derecho a la vida, con su honda raigambre en el derecho natural, no necesita estar positivizado para legitimar una pretensión procesal, en tanto está implicado en los derechos implícitos de cualquier norma fundamental.

⁵² Cfr. Gozáini, Osvaldo Alfredo, “Tutela procesal de los intereses difusos”, en *Derecho Procesal Moderno*, Medellín, Colombia, Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, 1987, pp. 245 y ss.

⁵³ Morello, Augusto Mario y Stiglitz, Gabriel A., “Los intereses difusos y su adecuada protección judicial”, en *Doctrina Judicial*, 1991-1, p. 472.

Tal consecuente, proyecta en los intereses difusos una salvaguarda especial, porque vano sería reconocerlos sin darles un instrumento donde tengan cabida. Éste, va de suyo, no es otro que el proceso; un proceso sin restricciones de legitimación.

III. EL PROCESO

1. *Las condiciones procesales*

Otra reiterada confusión que reina en la dogmática de la legitimación procesal radica en el concepto de "parte".

Ocurre que, aun teniendo en claro que hablamos del sujeto del proceso, o de los sujetos que controvierten; muchas veces la noción se vincula con el derecho mismo que se ventila, es decir, se confunde al sujeto del litigio con el sujeto de la acción.

Hemos visto cómo en secuencias sucesivas el individuo que requiere la actuación del derecho y la tutela jurisdiccional necesita cubrir aspectos que van desde la acreditación de la titularidad del derecho (relación que supone verificar el perjuicio a un derecho de pertenencia exclusiva), pasar por el control de aptitud (capacidad jurídica) y terminar con la legitimación *ad processum*.

Una vez instalado en el proceso, su presencia se constata bajo la condición de "parte", lo cual asimismo supone enfrentar intereses contrapuestos.

Esta es la inspiración más generalizada, al punto que suele llamarse al proceso civil como un "juicio de partes", expresando justamente que la actividad jurisdiccional no comienza de oficio, sino a través del impulso particular que mecaniza la acción.

De esta deducción surge la idea equívoca de establecer identidades entre quien pide y quien actúa, porque la condición de parte corresponde a un aspecto puramente procesal, diverso de la capacidad y de la representación.

Bien apunta Palacio que "sólo es parte quien actúa en nombre propio, o en nombre de quien se actúa. Por consiguiente aquella calidad no puede atribuirse a quien, como el representante, sea voluntario o necesario, interviene en el proceso en nombre y en defensa de un interés ajeno".⁵⁴

De ello surge que, desde la perspectiva de la legitimación, puede formularse una distinción entre "partes" y "justas partes" o "partes legítimas", en la medida que dichos calificativos no alteran la esencia del concepto que

⁵⁴ Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, t. III, p. 10.

se enuncia, pues sólo refieren a los sujetos que deben figurar en cada proceso concreto, y no a todos los que efectivamente revisten aquella calidad por el simple hecho de ser los sujetos de una determinada pretensión.⁵⁵

Ahora bien, como para ser “parte” es preciso tener “capacidad” suelen relacionarse ambos conceptos que, autores como Prieto Castro, mencionan bajo el rótulo común de “personalidad procesal”.⁵⁶

Sostiene el jurista español que esta noción se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando emplea la voz personalidad para definir ambas situaciones y la que surge de la representación.

“La naturaleza de la capacidad para ser parte, es un reflejo de una cualidad otorgada por el orden jurídico. Debe existir por lo menos y en todo caso en el momento del fallo. El examen de su existencia no corresponde al Tribunal según nuestro sistema dispositivo, sino que su falta podría ser denunciada por el demandado como excepción. En cambio, la capacidad procesal es un requisito para la actuación procesal y ha de existir en todo momento”.⁵⁷

Por tanto, desde una visión estrictamente procesal, al concepto de parte interesa más captar quién realiza y actúa en el proceso, más que la pertenencia exclusiva del derecho en debate. Esta última ocupa la noción de “parte sustancial”, diferente de la “parte procesal” que advertimos. Esta característica determina que sea parte quien asuma los derechos, cargas y obligaciones emergentes del procedimiento jurisdiccional, lo que significa “que en los supuestos de representación (tanto voluntaria como legal y necesaria), la verdadera parte es siempre el representado”.⁵⁸

2. Los presupuestos procesales

Aun siendo la condición de parte un requisito preliminar que autoriza a desenvolverse en el proceso; es evidente la inconveniencia de sustanciar toda una tramitación procedimental cuando alguno de los litigantes no reúne entidad suficiente para sostener o representar el derecho que persigue se declare.

Por esta causa, la legitimación se ubica en un tramo anterior del proceso. Es un verdadero presupuesto para la validez de las actuaciones y para su regularidad intrínseca.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁶ Prieto Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Madrid, ed. Reus, 1947, p. 35.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁸ Montero Aroca, Juan, Ortells Ramos, Manuel y Gómez Colomer, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. II, 1a. parte, Barcelona, Bosch, 1991, p. 12.

El problema aparece cuando se trata de ubicar el tiempo al que deben controlarse esos requisitos de admisión, toda vez que si resultan con la misma interposición de la demanda podría vulnerarse el derecho a la jurisdicción (esto es, el derecho al proceso, una vez reconocido el derecho de acción); y si lo son posteriores, cabe la posibilidad de someter a la justicia a un desgaste innecesario, que pudo impedirse.

También es posible indicar como finalidades de estos presupuestos de legitimación, dos direcciones. Una que se ocupa de validar la relación jurídica que se constituye; y otra, que persigue la eficacia de la sentencia aplicada a las partes legítimas.

En efecto, es preciso distinguir aquellos presupuestos necesarios para ejercitar la acción, de los otros que importan a la validez de la pretensión. De igual modo, hay un contingente objetivo que incide en la marcha del proceso; y otro subjetivo que vincula a los sujetos intervinientes.

Como se observa, todos son presupuestos que hacen al desenvolvimiento normal de un proceso, pero todos, también, constituyen requisitos para dictar una sentencia válida.⁵⁹

Se ha visto ya como la "acción" opera en un tiempo anterior al proceso. Es una garantía y un derecho subjetivo, conforme se interprete. En cuanto a la "pretensión", cabe señalar una particularidad distintiva.

Una persona cualquiera pueda tener interés en ocurrir a la jurisdicción llevando su demanda y ejerciendo, de hecho, la acción sobre un derecho que no ostenta; de tal suerte, la acción no tiene limitaciones por ser un derecho de pertenencia indiscriminada; pero difícilmente el objeto pretendido alcance los resultados esperados, porque el carácter de parte solamente lo obtienen los legitimados activos (actores) y pasivos (demandados).

Por eso, se dice que el presupuesto para validar la pretensión opera sobre los sujetos para requerirles, en sus respectivas posiciones, la suficiente legitimación para obrar.

No obstante, pueden darse supuestos de transmisión o cambio en la calidad de parte procesal, sin que ello altere la eficacia misma de la pretensión. Son los casos de sustituciones, o pluralidad de partes, o de terceros que acceden al proceso con ciertos paralelismos en los intereses.

La doctrina suele nombrarlos como "legitimaciones ordinarias" y "extraordinarias" siguiendo el clásico esquema propuesto por Allorio, según quien afirme la titularidad del derecho subjetivo o de la obligación sea el mismo "legítimo representante"; o, en su caso, invoque un interés diverso, pero *prima facie* suficiente para admitir la marcha procesal (v. gr. sustituto de parte; acción subrogatoria; etcétera).

⁵⁹ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal civil*, t. 1, vol. 1, *cit.*, p. 373.

3. *Legitimaciones extraordinarias*

Una proyección importante de las "legitimaciones extraordinarias" se halla en la posibilidad de confirmar la condición de "parte" a quienes, aun si resultar "dueños" del derecho subjetivo, acreditan un "interés" importante, que actúa de soporte para la legitimación.

De alguna manera es un retorno al problema que presentan los denominados "derechos difusos", donde la individualización no resulta posible, pero está claro la masificación del interés en actuar.

En España, la norma constitucional ha dado cierta apertura para la defensa de estas legítimas preocupaciones colectivas; de modo tal que si en sede ordinaria se declara inadmisibile la pretensión por falta de legitimación activa, se puede recurrir en amparo requiriendo la calidad de "parte".

En este sentido ha dicho el Tribunal Constitucional que

cuando el objeto del proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas... y la causa de la inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este Tribunal no pueda contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiese sido incorrectamente apreciada por el Tribunal ordinario, quedarían sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatidos y su ejercicio quedaría de facto indebidamente restringido.⁶⁰

No se trata, esencialmente, de identificar al derecho subjetivo con los intereses legítimos, tal como lo propone cierto sector doctrinario inspirado, principalmente, por autores administrativistas,⁶¹ sino de superar algunos dogmas impeditivos del acceso a la justicia.

En efecto, es evidente que el proceso mismo transforma los derechos inicialmente actuados, y que en su curso, operan modificaciones, transformaciones y, aun, creaciones de derechos y obligaciones nuevas (v. gr. condenaciones en costas, sanciones por astreintes, etcétera); tal virtualidad recrea un sinfin de alternancias que reconocen una dimensión diversa al tradicional derecho subjetivo.

⁶⁰ Superior Tribunal Constitucional, sentencia del 11 de octubre de 1982. *Cfr.* Cordón Moreno, Faustino, *op. cit.*, p. 124, nota 29.

⁶¹ Así lo proponen, entre otros, García de Enterría, A. Nieto, Dromi y un artículo reciente del ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Rodolfo Barra: "La legitimación para accionar en la reciente jurisprudencia de la Corte", en *El Derecho*, suplemento del 26 de febrero de 1993.

No se trata, ahora, de ver la eficacia que puede dárseles a dichos intereses legítimos desde las compuertas que abre la flexibilización del concepto de propiedad individualizada del derecho y el sacrificio o daño de él emergente; sino de entender que el proceso es una garantía de tutela que no puede cumplirse adecuadamente en la etapa solitaria que permite el derecho de acción. Es imperioso que la protección cubra todo el trámite (derecho a la jurisdicción y al proceso justo), para justificar desde una perspectiva constitucional, la nueva órbita en que se desplazan los derechos del hombre.⁶²

Cuando hablemos de intereses legítimos, o simplemente de intereses, debemos relegar aquella distancia que surge del derecho italiano para explicar las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, en el sentido de que mientras la primera atiende y tutela los derechos civiles y políticos, la segunda se dirige a los temas de legalidad y autoridad en la gestión de gobierno.

La cuestión más importante, vertebral, es aquella que focaliza el problema en ciernes, es decir, el objeto del proceso, para luego resolver desde la dinámica procesal, si la legitimación para obrar justifica el interés puesto de manifiesto, y en su caso, si la sentencia puede originar sobre quien pretende los efectos jurídicos que se propusieron.

4. *Encuentro entre la acción, la legitimación y el proceso*

Es cierta la afirmación de Almagro cuando predica que:

la necesidad de un régimen de legitimaciones viene impuesta por la colocación que en cada ordenamiento jurídico se reconozca u otorgue a determinados sujetos, como portadores y gestores de intereses jurídicos, y por el grado de respeto que establezca en cuanto a la libertad de cada sujeto (disponibilidades jurídicas)...⁶³

También lo es que una apertura indiscriminada provocaría un gran desacuerdo (tal como acontece con los riesgos de la acción popular, aun cuando propiciemos su mecanismo) y confusión en la medida que deben ponderarse los derechos y sus respectivos sujetos.

La fórmula del derecho subjetivo como máximo interés individualizado, continúa ofreciendo seguridades en relación con el vínculo necesario que guardan la sentencia pretendida y el titular que la reclama. En este aspecto, la

⁶² Cfr. Gozáni, Osvaldo Alfredo, "El derecho procesal constitucional y los derechos humanos" (Vínculos y autonomías), *op. cit.*, cap. II, sección 4a.

⁶³ Almagro Nosete, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 189.

legitimación como presupuesto para validar la pretensión es un tema ineludible.

Sin embargo, hay otros intereses tan importantes y trascendentes para los demás, que obligan a ofrecerles un marco de tutela diferenciada.

Pensemos, por ejemplo, acerca de los efectos que podría ocasionar una ley contrapuesta a derechos fundamentales. En estos casos, el interés comunitario es manifiesto y el límite tradicional que reclama la pertenencia del derecho y el daño concreto sufrido, pone un valladar francamente intolerable.

Otras veces, la tónica de la materia pone de relieve la importancia de aceptar como legitimados a quienes representan un grupo de intereses particulares, cuya misión —directa o indirectamente— puede beneficiar al conjunto. Típico resulta el supuesto de las acciones en defensa de los consumidores, o del medio ambiente, etcétera, cuando se ejercen por asociaciones que invocan dicho interés particular.

En definitiva, es obligación jurisdiccional y premisa de cualquier ordenamiento jurídico, tutelar estos derechos.

Requerir la demostración del daño sufrido no es una cuestión que tenga que ocupar al problema de la legitimación en el proceso, porque esta involucrada una cuestión de derecho, extraña al sistema de verificaciones o confirmaciones que el procedimiento necesita para dictar una sentencia favorable.

En todo caso, la atención debe focalizarse en la persona que presenta el reclamo, para deducir del objeto propuesto las identidades que hacen a la legitimación para obrar. Para ello, será menester esbozar un cuadro de intereses diferentes al que actualmente rige, esto es, la solitaria captación del derecho subjetivo.

Este es el norte a alcanzar y el compromiso que tiene pendiente la ciencia procesal.

Oswaldo GOZAÍNI