

La crisis de la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos en Italia

Razones para una tendencia

El presente escrito trata un tema que se pone en el centro de un intenso debate en el ordenamiento italiano. Un tema que ha vuelto a ser de gran actualidad como consecuencia de una reciente decisión de las Secciones Unidas de la Corte de Casación la cual, con una svolta epocale, permitió el ingreso de la acción en juicio para el resarcimiento de los intereses legítimos, por lesiones debidas a providencias ilegítimas de la Administración Pública¹. La importancia de este pronunciamiento fue inmediatamente evidente para los intérpretes, por los efectos dirompenti que ella implica; sin embargo, aún quedan por analizar le ricadute que esta nueva orientación jurisprudencial generará en el sistema nacional, tanto en términos jurídicos que económicos.

La perspectiva que hemos escogido para enfrentar el tema es la del derecho viviente, mientras que la doctrina se mantiene intencionalmente al margen, con el fin de evitar di soffermarsi excesivamente en la reconstrucción del atormentado debate sobre la *naturaleza* del interés legítimo. Por tanto, la noción de derecho subjetivo y de interés legítimo se da por sobreentendida en estas páginas, dado que en múltiples ocasiones ha sido objeto de exposición y análisis comparado por parte de los estudiosos.

Será suficiente recordar aquí que la diferencia entre estas dos posiciones individuales representa una peculiaridad absolutamente italiana, de la cual se origina un sistema igualmente particular di riparto giurisdizionale de las controversias que interesan las relaciones entre particulares y Administración Pública, a quien corresponden formas distintas de tutela del particular. Para evitar ser disperso o pesado en la exposición, el centro del análisis serán las recientes innovaciones que conciernen la tradicional diferencia entre las formas de tutela de las diversas posiciones subjetivas.

En todo caso resulta útil, para fines de claridad, establecer una defición de partida del interés legítimo, del cual parece arrancar también la reciente sentencia de la Corte de Casación: el interés legítimo representa «la posición de ventaja reservada a un sujeto en relación con un bien de la vida que es objeto de una providencia administrativa y que consiste en la atribución a dicho sujeto de poterei idóneos para influir en el correcto ejercicio del poder, de manera tal que sea posible la realización del interés en el bien»².

La pregunta que recientemente muchos se han hecho y que emerge, de manera cada vez más clara, de las reconstrucciones que ofrece la doctrina, es si el interés legítimo

mantiene una razón de ser después de esta inversión de tendencia que tradicionalmente mantuvo la Casación. De una vez, expongo la tesis de partida de este escrito: en mi parecer, el interés legítimo mantiene una vida propia incluso después de la sentencia 500/99 de las Secciones Unidas de la Corte de Casación y de la reciente Ley 205 de 2000 sobre el proceso administrativo³.

Más allá de las teorías sobre la diferencia ontológica entre las dos posiciones jurídicas subjetivas que la doctrina siempre sostuvo con argumentos diversos –teorías que quisiera dejar al margen, por razones de espacio y en consideración de que incluso la misma jurisprudencia de la Corte de Casación progresivamente ha evitado tratar abiertamente esta diferencia, adoptando un criterio di riparto tra le giurisdizioni fundado en la ausencia y el mal uso del poder, que paulatinamente se substituyó a la naturaleza del interés tutelado–, el verdadero elemento diferencial entre las posiciones subjetivas son las formas de tutela. En otras palabras, se trata de analizar cómo actualmente se tutelan los derechos subjetivos en oposición a los intereses legítimos: en esta óptica, como es consabido, la distancia máxima se registra en la vertiente de la tutela resarcitoria.

Los estudiosos han escrito que en materia de resarcibilidad de los intereses legítimos se ha dado la ruptura en absoluto más significativa entre doctrina y jurisprudencia, en toda la historia del derecho administrativo⁴. En otras palabras, en opinión de algunos, la divergencia entre doctrina y jurisprudencia, sobre el punto del resarcimiento de los intereses legítimos, sería la [divergencia] más amplia entre las que han caracterizado las diversas temáticas del derecho administrativo.

En realidad, esta contraposición en el fondo no es tan radical. De hecho, por una

parte, la doctrina no es unánime en disentir de la tesis de la Casación, es decir, que no es favorable de manera unánime al resarcimiento del interés legítimo. A continuación, examinaremos los varios pasajes de la reconstrucción doctrinal, desde el Congreso de Nápoles de 1963, el de Roma de 1982, hasta el más reciente encuentro de Varenna de 1997⁵. Por otra parte, no es cierto que la jurisprudencia está absolutamente “petrificada” en la posición de la no resarcibilidad del interés legítimo, como se ha sostenido de manera autorable⁶.

En el último período, por supuesto anteriormente a la sentencia 500/99, la Casación había manifestado varias aperturas hacia la posibilidad de un resarcimiento del interés legítimo. Es suficiente recordar que hasta finales de los años ochenta, la Casación rechazaba por defeco absoluto de jurisdicción la demanda de resarcimiento de interés legítimo⁷, mientras que desde los primeros años noventa comienza a reconocer la demanda de resarcimiento del interés legítimo, mostrando así un significativo cambio de perspectiva⁸. Los dos pronunciamientos que me parece son más simbólicos de esta elasticidad (o, dicho de otra manera, de la “no radicalidad”) de la jurisprudencia son más bien recientes: una sentencia de la Casación Civil, 3 de mayo de 1996, n.º 4083, en la cual la Corte Suprema no niega la resarcibilidad en abstracto del interés legítimo, pero afirma que la demanda de resarcimiento no puede ser acogida porque, en realidad, la posición que se pretende resarcida no es calificada por el recurrente como interés legítimo, sino como derecho subjetivo⁹. En otras palabras, afirma la Casación, el recurrente –un comerciante que pedía resarcimiento del daño porque no se le había concedido la transferencia de la licencia de comercio– se equivoca en no calificar su posición como interés legítimo pretensivo,

sino como derecho subjetivo; y añade que por lo tanto no podrá ser objeto de reconsideración –éstas son las palabras textuales de Casación– el principio de no resarcibilidad del interés legítimo, «en ausencia de alguna, aunque sea implícita, censura del recurrente». En fin, el recurrente no había solicitado el resarcimiento de su interés legítimo a la transferencia del ejercicio comercial y la Casación hace entender, entre líneas, que tal vez habría podido expresarse en favor del resarcimiento si la acción hubiese sido planteada correctamente.

En el mismo sentido, me parece muy significativa una reciente ordenanza de la Corte Constitucional, n.º 165 de 1998, que muestra una sensible apertura hacia el resarcimiento del interés legítimo: en ella se afirma que, donde no se haya verificado el supuesto de la anulación previa del acto por parte del juez administrativo, no se puede dar lugar al resarcimiento del daño¹⁰. Con lo anterior da a entender que, tal vez, si hubiese habido una anulación previa del acto administrativo ilegítimo, el juez de mérito habría podido resarcir.

En conclusión, esta “petrificación” de la jurisprudencia, como NIGRO la definía, no es tan total y absoluta¹¹. En realidad, detrás el dogma de la no resarcibilidad del interés legítimo, como es consabido, hay fuertes razones de Estado que hacen que este tema, como la Corte Constitucional a menudo ha señalado, sea un «problema complejo que requiere de prudentes soluciones normativas»¹². Por tanto, afirma desde hace años la Corte Constitucional, es el legislador quien debe hacerse cargo de todas las consecuencias y de la compleja situación económica que se podría llegar a crear si fuese efectivamente reconocido el resarcimiento del interés legítimo.

Con esta premisa, es necesario nuclear tres razones, o mejor, tres concausas que

han llevado a la sentencia 500/99 y, por ende, a la inversión de tendencia por parte de la Casación.

La primera de estas concausas está representada por el impulso doctrinal. Como ya se señaló, la doctrina no es unánime en disentir de la Casación, en materia de resarcimiento de intereses legítimos. Las tres etapas fundamentales del trayecto doctrinal, en materia, están representadas por el congreso de Nápoles de 1963, en el cual MIELE, desde entonces sostenía la posibilidad del resarcimiento del interés legítimo¹³, en posición absolutamente aislada y destinada a ser desmentida por parte de la jurisprudencia¹⁴. Sucesivamente en Roma, en 1982, el tema se define *fortemente démodé* por parte del mismo NIGRO¹⁵, mientras que SANDULLI, en el transcurso del mismo Congreso, planteaba serias dudas sobre la resarcibilidad de los intereses legítimos puros¹⁶. Por lo tanto, de este cuadro sintético se obtiene que la doctrina no era tan unívoca y unánime en disentir de la tesis jurisprudencial, sobre este punto. Sólo el Congreso de Varenna, que se realizó en 1997, marca la consolidación definitiva del disenso unánime de la doctrina hacia la posición jurisprudencial que negaba la resarcibilidad de intereses diversos del derecho subjetivo.

La segunda concausa es la progresiva ampliación del área de la resarcibilidad de las situaciones subjetivas. El punto de referencia inicial es la jurisprudencia civil, la cual amplía progresivamente el ámbito de la resarcibilidad de las posiciones sustanciales. Inicialmente, antes de los años setenta, el único daño injusto se consideraba aquel ocasionado al derecho perfecto, es decir al derecho que pudiese hacerse valer *erga omnes*. Luego, desde el caso *Meroni* (1971) en adelante, se admitió el resarcimiento del crédito, así como el resarcimiento de las expectativas y de las pro-

babilidades¹⁷. Esta solución está justificada por la jurisprudencia ordinaria mediante un estratagema, un escamoteo jurídico, con base en el cual en todo caso se considera lesionado un derecho subjetivo, el llamado derecho a la integridad del patrimonio. Eso permite continuar en sostener que no existen situaciones diversas del derecho perfecto que puedan formar el objeto de una acción de resarcimiento. La jurisprudencia civil, en esencia, se inventa el derecho a la integridad del patrimonio para justificar la tutela resarcitoria de posiciones evidentemente diversas frente a los denominados “derechos perfectos”.

Y eso no es todo. La plenaria de la Casación incluso identifica la existencia de intereses legítimos en la esfera privada, en particular en el ámbito de las relaciones de trabajo interparticulares y del derecho de familia: aquí, es suficiente recordar la notable sentencia de 1979, en la cual la plenaria, en el caso de una selección para acceder al trabajo, considera resarcible la posición de un dirigente injustamente excluido, configurándola expresamente como un interés legítimo¹⁸. La anomalía es doble: hablar de intereses legítimos en la esfera privada de por sí es inconsueto, pero considerarlos resarcibles representa una innovación de alcance realmente importante. Por tanto, se delimitan dos velocidades diversas de la tutela, según nos coloquemos en la perspectiva del derecho privado o en la del derecho público.

En el derecho público, justamente, la extensión de la resarcibilidad de posiciones diversas de aquellas de derecho subjetivo resulta, por el contrario, mucho más difícil. Se parte de los llamados *diritti affievoliti* (es decir *derechos debilitados*) respecto de los cuales el resarcimiento ya se había defendido y admitido durante los trabajos del Congreso de Nápoles de 1963. El resarci-

miento de los *diritti affievoliti*, por demás, no representa una posición innovadora, sino más bien la excepción que confirma la regla: de hecho, se afirma que el *diritto affievolito* no es otra cosa que un derecho subjetivo que se expande nuevamente en el momento mismo en que se anula la providencia que comprime la posición inicial de derecho subjetivo. En la doctrina, SCOCA lo define como una «monstruosa situación subjetiva»¹⁹, en la cual conviven contemporáneamente dos posiciones sustanciales: por causa de una providencia de la autoridad, una de ellas se transforma, degradándose a interés legítimo, salvo que puede volver a expandirse en el momento en que la providencia inicial se anule. De esta manera es de hecho conocido el dogma de la no resarcibilidad de los intereses legítimos, puesto que el *diritto affievolito* se considera un derecho subjetivo como todos los otros y, como tal, plenamente resarcible. Es más, en el derecho público, se da una nueva ampliación de la esfera de la resarcibilidad cuando se afirma la posibilidad de restaurar el patrimonio de los derechos subjetivos que nacen de una providencia favorable al destinatario, es decir de los llamados intereses opositivos. Se trata, como se sabe, no de intereses que se debilitan en el transcurso de su vida, sino de derechos que nacen y se radican en una providencia administrativa favorable y generan oportunidades que entran en el patrimonio jurídico de un sujeto. Finalmente, un ulterior intento para ampliar el área del resarcimiento, que va más allá de la fantástica visión del *diritto affievolito*, concierne los intereses legítimos *puros*, que una parte de la doctrina trata de hacer valer como derechos en espera de ser expandidos. En este caso también, se trata de que los intereses pretensivos den un salto como, por otra parte, había ocurrido para el *diritto affievolito*, y hacer que

se transformen en auténticos derecho subjetivos, justamente denominados «derechos en espera de expansión». No obstante, SANDULLI—el principal defensor de esta nueva categoría de derechos— une esta reconstrucción únicamente a los actos vinculados, es decir, a las decisiones obligatorias y vinculantes en todos sus efectos²⁰. En esta óptica, según un reconocido autor, la existencia del derecho en espera de expansión podría afirmarse sólo en presencia de una situación en la cual la Administración Pública debe emanar una providencia enteramente predeterminada. De manera coherente con esta impostación, también la jurisprudencia, por su parte, no considera resarcibles estas posiciones, a menos que estén dentro de los límites muy restringidos del acto integralmente vinculado. Así las cosas, tal vez sería más lícito preguntarse si existe originalmente un acto integralmente vinculado o si es una hipótesis simplemente teórica: el debate en la materia podría seguir por mucho tiempo.

Empero, la apertura más representativa en favor del resarcimiento de las posiciones de interés legítimo en la esfera pública, la marcan las sentencias que afirman la obligación de resarcimiento en la hipótesis de intereses legítimos lesionados por hechos-delitos. Cuando un hecho integra los extremos de delito, se afirma que es *contra ius* por sí mismo, intrínsecamente. La consecuencia es que el daño injusto ya no es sólo aquel que se acarrea a un derecho subjetivo perfecto, sino también aquel ligado a la lesión de un interés legítimo. Por ende, cuando la providencia ilegítima integra los extremos de un delito, la Casación lo considera resarcible, de acuerdo con el artículo 185 del Código Penal²¹. Es suficiente recordar un caso famoso (1985), sobre el asunto de un coronel de las Fuerzas Armadas cuyo ascenso en la carrera fue obstaculizado por

un comportamiento doloso, obstruccionista, de la Comisión de concurso²². En aquella circunstancia se demostró que la Comisión había realizado una serie de retrasos voluntarios en concluir el procedimiento del concurso. Por tanto, el órgano técnico, en la persona de sus componentes, fue inquirido por abuso de oficio, y, luego de la condena, se consideró resarcible la que típicamente es una posición de interés legítimo pretensivo, o sea la situación del candidato que participa en un procedimiento de concurso. Cuando el hecho integra también los extremos de un delito, afirma la jurisprudencia, falta la preclusión ontológica en relación con la resarcibilidad del interés legítimo. De este ejemplo se deduce claramente que la jurisprudencia no ha sido tan radical en considerar no resarcible la posición de interés legítimo, sino que muestra varias señales de apertura en favor de dicha posibilidad.

La tercera concausa que ha llevado al reciente *révirément* de la plenaria de la Corte de Casación es la evolución del derecho positivo. El legislador cumple varias etapas que indican un cambio de la concepción del interés legítimo y, ligada a ello, una reconsideración de las modalidades de tutela de esta posición subjetiva.

A este propósito, la primera ley significativa es la 241 de 1990, que codifica la teoría del interés legítimo como posición sustancial y no sólo procesal. Hago una breve referencia aquí al conocido debate que nació en la doctrina acerca de la naturaleza sustancial o procesal del interés legítimo: durante mucho tiempo, los estudiosos de este tema se han preguntado si el interés legítimo surgiera sólo en el momento de su lesión, y por tanto sólo en relación con el proceso administrativo, o bien si fuese una posición subjetiva tutelable por sí sola, prescindiendo de su eventual lesión. Hoy en día, la Ley 241/90 probablemente pone fin a di-

cho debate –o por lo menos una parte de la doctrina ha dado esta lectura a la ley– y reconoce el valor sustancial, y no sólo procesal, del interés legítimo²³. Por tanto, la Ley 241 amplía y codifica la concepción sustancial del interés legítimo.

Pensemos también en la Ley 142 de 1992, que acoge la directiva CEE 665 de 1989, previendo un tríptico de instrumentos de tutela en materia de licitación pública (APPALTI). Entre éstos, [prevé] también la resarcibilidad en el caso de exclusión legítima de una licitación, posición que en nuestro ordenamiento pacíficamente se considera como interés legítimo. Dado que la Comunidad Europea considera resarcible esta posición, Italia sólo puede conformarse con esta directiva, aduciendo una serie de justificaciones conceptuales que llevan a interpretar la normatividad nacional como especial y por tanto no susceptible de aplicación general y analógica. En todo caso, es evidente la apertura legislativa sobre la resarcibilidad del interés legítimo.

Aún quedando en el ámbito del derecho positivo, otra señal proviene de la Ley 493 de 1993, que prevé la responsabilidad, a cargo del responsable del procedimiento y del alcalde, por no respetar el término establecido para otorgar la concesión de construcción. Una disposición análoga se encuentra, un año después, en el Decreto ley 498 de 1994, en el cual se prevé la resarcibilidad por negación ilegítima de la concesión de construcción, mas no solamente por el retraso en adoptar el acto, como por el contrario ocurría anteriormente. Los efectos de este decreto ley fueron acogidos por la Ley 662/96, la ley financiera de 1996, y tuvieron validez por un lapso limitado de tiempo.

Luego, una nueva y significativa indicación llega con la Ley 59/97, la llamada Ley Bassanini Uno, que contiene la delegación para la tutela plena y efectiva del ciudada-

no para con la Administración Pública e indica al legislador delegado el camino para concentrar las acciones disolutorias y las acciones de resarcimiento ante un juez único. Luego, también en la Ley 59/97 se recoge otra señal favorable al resarcimiento de los intereses legítimos: la disposición contenida en el artículo 20, sucesivamente desplazada al artículo 17, relativa a la indemnización automática y forfetaria producida por la no adopción de un acto dentro de los términos procedimentales, que una parte de la doctrina interpreta como una señal de apertura hacia el resarcimiento de los intereses legítimos.

Siempre en la óptica de la innovación legislativa, debe recordarse el Decreto legislativo 80 de 1998, que acoge la delegación contenida en la Ley 59/97 mencionada anteriormente. El artículo 35 del Decreto 80 de 1998 confía al juez administrativo –inicialmente sólo en los casos de jurisdicción exclusiva–, junto a la facultad de emitir sentencias disolutorias, también la posibilidad de condenar a la Administración Pública al resarcimiento de los daños. Sucesivamente, la Corte Constitucional intervendrá poniendo de manifiesto un exceso de delegación en la atribución de nuevas materias de jurisdicción exclusiva al juez administrativo²⁴. Esta intervención de la Corte llevará a la promulgación de la Ley 205 de 2000, en la cual el legislador reconoce expresamente la posibilidad para el juez administrativo de condenar al resarcimiento de los daños, incluso de manera específica, en todos los casos de jurisdicción general de legitimidad y no sólo limitadamente a las hipótesis de jurisdicción exclusiva –nueva o vieja que fuese, ya no es útil debatir sobre este punto–. A partir de ese momento, el juez administrativo, además de anular el acto ilegítimo, puede condenar al resarcimiento de los daños ocasionados *también* –evidentemente–

por lesión de los intereses legítimos. Así, se acoge la indicación de la Corte Constitucional, que casi veinte años antes pedía al legislador una aproximación prudente respecto del resarcimiento del interés legítimo²⁵.

El conjunto de estas causas, que hemos intentado exponer de manera sintética, llevaron a la tutela resarcitoria del interés legítimo. La sentencia 500 de 1999 fue el reconocimiento verificable de las condiciones para la superación del dogma de la no resarcibilidad.

Algunos incluso la compararon con el *Arrêt Blanco*, por medio del cual en el ordenamiento francés se llegó, por primera vez, a una condena de la Administración Pública por los perjuicios causados en el uso del poder “autoritativo”, poniendo fin al dogma de la irresponsabilidad de la Administración Pública²⁶.

Sin embargo, al lado de esta lectura hay otras, en sentido diferente: por ejemplo, algunos interpretan la sentencia 500 de 1999 como una reacción de la Casación al riesgo de encontrarse en una posición de retaguardia ante el juez administrativo, quien –después del Decreto legislativo 80/98– puede dar una interpretación propia del daño injusto²⁷. Por tanto, la Casación se estaría anticipando, por decirlo así, tratando de tutelar su propia función interpretativa de las normas en el artículo 2043 del Código Civil. Otros resaltan el valor simbólico de esta decisión, más que su eficacia concreta, afirmando que «otro muy diferente era el verdadero desarrollo que se esperaba y que aún no se ha conseguido»²⁸.

Otros todavía optan por una lectura más “condescendiente” y consideran que la sentencia 500/99 llegó en el momento en que se dieron todas las condiciones estructurales para que hubiera un cambio de las relaciones entre Administración Pública y ciudadanos²⁹. Luego de la afirmación de

la defensa procedimental del particular, ya no sólo procesal, que permite una participación precontenciosa en la actividad de formación del acto, el ordenamiento nacional estaría en capacidad de evitar contragolpes económicos excesivos al proclamar la resarcibilidad de los intereses legítimos.

Actualmente, la Corte de Casación, haciendo hincapié en la atipicidad del ilícito extracontractual, reúne en el paradigma del artículo 2043 todas las posiciones de interés jurídicamente relevantes³⁰. Mediante un silogismo banal, la sentencia 500/99 afirma que el daño injusto es aquel causado a un interés jurídicamente relevante; que el interés legítimo es un interés jurídicamente relevante; por tanto, que la lesión del interés legítimo es fuente de daño injusto. Entonces, como justamente se ha señalado³¹, se podría incluso prescindir del interés legítimo, dado que bastaría un interés jurídicamente relevante para dar título al resarcimiento del daño.

Debe señalarse, en todo caso, que el concepto de interés jurídicamente relevante es absolutamente oscuro: pensemos en cualquier debate acerca del derecho de acceso a los documentos públicos, donde la norma (art. 22, Ley 241/90) se expresa exactamente en términos de «interés jurídicamente relevante», para definir la legitimación de la visión y de la copia de documentos administrativos. La doctrina italiana nunca aclaró exactamente qué es este interés jurídicamente relevante –interés calificado mas no simple curiosidad, aproximación no meramente emulativa del interesado– y en últimas el terreno sigue siendo repartido a través de sentencias. En todo caso, aún si no es nada claro cuál es la posición sustancial de «interés jurídicamente relevante», es cierto que el interés legítimo cabe plenamente en ella.

Contemporáneamente, al tiempo con la afirmación de la resarcibilidad del interés

legítimo, con la sentencia 500/99 la Casación crea un muro de contención para la tutela de esta posición³², preocupándose por una excesiva extensión del área de la resarcibilidad. Ante todo, la Corte ancla el resarcimiento a un bien de la vida, a un bien esencial, afirmando que la lesión de un interés tutelado no basta para dar título al resarcimiento, sino que es necesario que este interés está atado a un bien esencial de la vida. De esta manera, la Corte lleva a una diferencia entre meras expectativas y expectativas legítimas, tuteladas, y diferencia entre vicios sustanciales y vicios de forma.

De esta manera, con el pronunciamiento de la Casación, nace el muro de contención de las posiciones resarcibles, tendiente a evitar la extensión excesiva de su ámbito de tutela. El proyecto de ley presentado por el diputado CERULLI IRELLI en la legislatura pasada es significativo en este sentido, porque prevé una desvalorización de los vicios formales del acto administrativo³³. Una de las finalidades de este proyecto de ley –además de permitir una actividad más ágil de la Administración Pública– evidentemente es contener los riesgos económicos conexos a la resarcibilidad del interés legítimo. De hecho, donde se desvalorizan los vicios de forma y se permite la anulación sólo por vicios de sustancia, o sea aquellos que causan una alteración en la decisión final, se circunscribe el área de las acciones de resarcimiento del interés legítimo.

No obstante, como consecuencia de la sentencia 500/99, queda una diferencia profunda entre intereses opositivos y pretensivos, dado que respecto de los pretensivos –usando las palabras de la Corte de Casación³⁴– es necesario formular un «juicio previo» de las probabilidades y los *chances* efectivos que el demandante habría tenido de satisfacer su solicitud, con base en un juicio de probabilidad que es posible en el ámbito civil,

pero que en la esfera pública es mucho más difícil por la presencia de discrecionalidad administrativa. En efecto, la discrecionalidad administrativa implica un juicio de probabilidad, el cual, si es efectuado por un órgano jurisdiccional, actúa una especie de superposición con las funciones decisorias de la Administración, fenómeno que evidentemente no admite el legislador.

Analicemos ahora el tema de la persistente vitalidad del interés legítimo, después de la sentencia 500 de 1999. Por supuesto, hay quienes la niegan, quienes afirman que el interés legítimo ya no tiene razón de ser después de la sentencia 500/99, puesto que las modalidades de tutela de las dos posiciones subjetivas son ahora en esencia equivalentes. Un reciente ensayo³⁵, afirma que «el interés legítimo sólo es un derecho subjetivo que se defiende del poder y se quiere confrontar con el poder», e identifica en el interés legítimo el factor de responsabilidad de ciento diez años de experiencias desastrosas de controversias sobre la jurisdicción. Partiendo de esta perspectiva, por tanto, el autor felizmente se despidió del interés legítimo.

En mi opinión, esta posición no puede ser compartida, porque en realidad las modalidades de tutela entre derecho subjetivo e interés legítimo no son completamente equiparadas e indiferentes. Actualmente, el interés legítimo guarda una razón de ser justamente porque permite una forma de tutela mayor y específica frente al ejercicio del poder público. En esta óptica, el interés legítimo se diferencia del derecho subjetivo no sólo desde el punto de vista terminológico, sino también conceptualmente. Para entender esta diferencia es preciso diferenciar, por un lado, el interés legítimo *en sentido estricto*, que permite reaccionar al uso incorrecto del poder, y da acceso a una pretensión disolutiva, a una acción constitutiva frente

al acto de la Administración Pública; por el otro, el interés *sustancial* que está detrás del interés legítimo en sentido estricto y se relaciona con el bien de la vida, de la utilidad patrimonial, generando una pretensión resarcitoria. Por tanto, dos son las formas de tutela del interés legítimo, que se pueden conseguir al mismo tiempo: la tutela *disolutoria*, que se une a un interés legítimo puro, y la tutela *resarcitoria*, que por detrás tiene el interés legítimo de tipo sustancial.

Por el contrario, el derecho subjetivo contempla sólo la posibilidad de una acción resarcitoria, porque atañe sólo al bien sustancial de la vida y no se opone –por lo menos en términos generales– al poder. En esta perspectiva, el interés legítimo sigue pareciendo una forma de tutela utilísima e insustituible para controlar el ejercicio del poder administrativo. Se trata de una figura que guarda vitalidad propia, justamente porque representa un instrumento específico que se ofrece al ciudadano en su relación con la autoridad³⁶. Pensemos sólo en la posibilidad de obtener una doble tutela resarcitoria y constitutiva, es decir, de obtener la anulación del acto y eventualmente, si quedan unos daños, de obtener también el resarcimiento en forma específica o por su valor equivalente. Además, pensemos en la tutela que el interés legítimo ofrece a terceros, posibilidad que el derecho subjetivo no permite: los terceros, cuando recurren ante el juez administrativo, son tutelados porque son contra-interesados en la anulación del acto, mientras que en la acción ante el juez ordinario no son tomados en consideración para nada. La consecuencia es que el interés legítimo es una forma más plena para controlar el ejercicio del poder administrativo.

Tampoco podemos compartir la opinión de quienes consideran que los demás ordenamientos, diversos del nuestro, no cono-

cen la figura del interés legítimo. En este caso, en realidad, sólo se trata de un asunto terminológico: el ordenamiento y la doctrina italiana han formalizado con una expresión la existencia de posiciones subjetivas, diferentes del derecho subjetivo, que incluso en otros ordenamientos se reconocen, pero sin atribuirles una denominación específica³⁷. Por ejemplo, el ordenamiento español, aun cuando no considera esta diferencia para fines de reparto de competencias entre las jurisdicciones, la reconoce bajo el perfil sustancial, a través de la diferenciación entre derechos *típicos* y derechos *de impugnación*, que son el objeto de una tutela diferente; de la misma manera, el ordenamiento alemán reconoce la diferencia entre derechos materiales y derechos formales, y el derecho inglés hace años admite la existencia de los *public law rights*. Así que, aunque de manera implícita, incluso los demás ordenamientos aceptan la existencia de posiciones subjetivas que permiten a sus titulares una tutela diferencial frente al ejercicio del poder administrativo. Así como ocurre en nuestro ordenamiento, también en otros se distinguen las acciones constitutivas, por una parte, y las acciones resarcitorias, por el otro, como formas diversas de reacción ante la actividad ilegítima de la Administración Pública. Por tanto, aun si en estos sistemas no existe una diferencia terminológica, como por el contrario ocurre en el ordenamiento italiano, ciertamente no podemos decir que no existe una forma diversa de control del ejercicio del poder.

Como de manera aguda se ha observado³⁸, al elaborar finamente la diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo, nuestra doctrina realmente se pone a la vanguardia respecto de otros ordenamientos. Las causas de ciento diez años de problemas de controversias sobre el reparto jurisdiccional de competencias deben atribuirse más

bien a la falta de actuación del artículo 113 de la Constitución. Esta norma es muy clara en prohibir las limitaciones a las formas de tutela frente a los actos de la Administración Pública. Sin embargo, no podemos decir que el legislador haya actuado cumplidamente el dictado constitucional, a tal punto que reconoció al juez administrativo la mera facultad de anular los actos ilegítimos de la Administración Pública. Hoy en día, con la reforma introducida por la Ley 205 de 2000, se permite al juez administrativo condenar al resarcimiento por la lesión del interés legítimo ligada a una actividad ilegítima de la Administración Pública, además de anular el acto que es fuente de la lesión. La reforma permite esta duplicidad de poderes en todas las hipótesis en las cuales el juez administrativo opera con jurisdicción general de legitimidad, y no sólo cuando juzgue en el ámbito de la jurisdicción exclusiva. En otras palabras, la reforma actuó una especie de jurisdicción plena en favor del juez administrativo.

Por tanto, es ausplicable que en este cuadro jurídico renovado el artículo 113 de la Constitución pueda encontrar una actuación plena y, consecuentemente, la supervivencia del interés legítimo encuentre una justificación en la mayor tutela que ofrece frente al ejercicio del poder público.

GIANLUCA GARDINI
Università degli Studi di Bologna

Traducción
PAOLA SPADA

1. CASACIÓN. Sala Plena, 22 de julio de 1999, n.º 500, en *Dir. Pubbl.* (1999), p. 463.

2. Cfr. CASACIÓN. Sala Plena, 22 de julio de 1999, n.º 500, cit. (punto 5 de la motivación). La definición que utiliza la Corte de Casación recuerda de cerca aquella elaborada por NIGRO. *Giustizia amministrativa*, 4.ª ed., Bologna, 1994, p. 87.

3. Ley 205, 21 de julio de 2000, que incluye “Dis-

posiciones en materia de justicia administrativa”.

4. Ver, entre los muchos autores, GIACCHETTI. “La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante”, en: *Cons. Stato*, 1998, II, p. 1479; REGGIO D’ACI. “Cose vecchie e nuove in tema di risarcibilità degli interessi legittimi”, en: *Dir. Proc. Amm.*, 1993, p. 446.

5. Al tratar este aspecto, hemos tomado como referencia, por su claridad reconstructiva y la sistematicidad de la exposición, el reciente ensayo de DELFINO. “La fine del dogma dell’irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombra di una svolta storica”, en: *Foro amm.*, 1999, p. 2007. Por tanto, la breve síntesis de la evolución jurisprudencial y doctrinal que se hace en estas páginas, toma como modelo la articulación del ensayo mencionado.

6. La expresión, ampliamente seguida por la doctrina, pertenece a NIGRO. “Introduzione”, en: *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, Memorias de la Mesa Redonda realizada en Roma el 24 de abril de 1982, publicadas en *Foro amm.* (1982, I), p. 1671.

7. Ver, por ejemplo, CASACIÓN. Sala Plena, 14 de marzo de 1991, n.º 2723, en *Foro it.* (1992, I), p. 174; CASACIÓN. Sala Plena, 25 de enero de 1989, n.º 439, en *Giust. Civ.* (1989, I), p. 842; CASACIÓN. Sala Plena, 29 de noviembre de 1988, n.º 6485, en *Giust. Civ.* (1988, I), p. 2810.

8. Por ejemplo, CASACIÓN, Sala Plena, 18 de mayo de 1995, n.º 5477, en *Foro it.* (1996, I), 1008; CASACIÓN. Sala Plena, 2 de junio de 1992, n.º 6667, en *Resp. Civ. prev.* (1993), p. 576; CASACIÓN. Sala Plena, 29 de enero de 1991, n.º 868, en *Giur. It.* (1992, I), p. 304.

9. CASACIÓN CIVIL. Secc. I, 3 de mayo de 1996, n.º 4083, en *Giust. Civ.* (1996, I), p. 1924.

10. CORTE CONSTITUCIONAL. Ordenanza del 8 de mayo de 1998, n.º 165, en *Giur. cost.* (1998), p. 1415.

11. En este sentido, FOLLIERI. *Lo stato dell’arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, en *Dir. Proc. Amm.*, 1998, p. 254.

12. CORTE CONSTITUCIONAL, 25 de marzo de 1980, n.º 35, en *Giust. Cost.* (1981, I), p. 269. En este pronunciamiento, que ya es histórico, la Corte da acto de la «delicadeza del problema de la responsabilidad de la Administración Pública para el resarcimiento de los daños acarreados a los sujetos particulares de la emanación de actos o providencias administrativas ilegítimas lesivas de situaciones de interés legítimo». Al mismo tiempo, el juez constitucional afirma que el problema de las leyes o de la ley, «se pone

para el interés del legislador», pero, por su generalidad, «no lo puede resolver la Corte» en un juicio de legitimidad constitucional de una norma que no permite la acción de resarcimiento por denegación ilegítima de una licencia de construcción.

13. MIELE, *Introduzione al tema*, in *Sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*. Memorias del Congreso Nacional de Nápoles, Milán, 27 al 29 de octubre de 1963, 1965.

14. Como afirma DELFINO, *Ob. cit.*, en aquella sede Miele fue definido como «protomártir de la tutela resarcitoria del interés legítimo», para resaltar la atipicidad de sus tesis respecto de aquellas dominantes en la época. Cfr. FAZZALARI. "Relazione", en: *Sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p. 550.

15. NIGRO. "Introduzione", *cit.*, p. 1671.

16. A. M. SANDULLI. "Relazione", Memorias de la mesa redonda realizada en Roma el 24 de abril de 1982, *cit.*, p. 1691.

17. CASACIÓN. Sala Plena, 26 de enero de 1971, n.º 174, en: *Giur. it.* (1971, I), p. 680.

18. CASACIÓN. Sala Plena, 2 de noviembre de 1979, n.º 5688, en: *Foro it.* (1979, I), p. 2548.

19. SCOCA. "Interessi protetti (diritto amministrativo)", en: *Enc. Giur.* (XVII, 1988), p. 8

20. SANDULLI. "Relazione", *cit.*, p. 1691.

21. D'ORSOGNA. "Danno 'da reato' e comportamento illegittimo dell'amministrazione: verso l' 'ingiustizia' dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi", en: *Dir. Proc. Amm.* (1997), p. 365.

22. CASACIÓN. Sala Plena, 23 de noviembre de 1985, n.º 5813, en: *Giust. Civ.* (1986, I), p. 738.

23. En materia de intereses procedimentales, ver GIANNINI. *Diritto amministrativo*, vol. II, Milán, 1993, p. 77. Más recientemente, ROMANO TASSONE, "Situazioni giuridiche soggettive", en: *Enc. Dir.* (actualización), vol. II, Milán, 1998, pp. 984 y ss.; ZITO. *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milán, 1996.

24. CORTE CONSTITUCIONAL. 17 de julio de 2000, n.º 292, en: *Giorn. Dir. Amm.* (2000), p. 1219, con nota de MAZZARELLI.

25. Ver nota 12.

26. DELFINO. *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombra di una svolta storica*, *cit.*

27. SCOCA. "Risarcibilità ed interesse legittimo", en: *Dir. Pubbl.* (2000), pp. 13 y ss.

28. ORSI, BATTAGLINI, MARZUOLI. "La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo", en: *Dir. Pubbl.* (1999), p. 493. Los autores subrayan con fuerza que «aún queda por conseguir la resarcibilidad no de intereses ligados a una decisión administrativa, por entero debida al interés de obtener el bien (lo que debería ser obvio), sino del interés de no sufrir un perjuicio económico por causa de la conducta antijurídica de la Administración, independientemente del resultado del asunto en términos de obtener o no obtener el acto, y por tanto la resarcibilidad del daño, referible no a la competencia del bien (que, repetimos, es obvia, cuando ocurre), sino al perjuicio sufrido en relación con aspectos que son ulteriores y diversos respecto de aquél».

29. DELFINO. *La fine del dogma*, *cit.*

30. El artículo 2043 del Código Civil italiano dispone que: «Cualquier hecho doloso o culposo, que acarrea a otros un daño injusto, obliga a quien cometió el hecho a resarcir el daño».

31. SCOCA. *Risarcibilità e interesse legittimo*, *cit.*

32. BUSNELLI. "Lesione di interessi legittimi: dal 'mero sbarramento' alla 'rete di contenimento'", en: *Danno resp.* (1997), pp. 269 y ss.

33. Proyecto de ley 6844-A, sobre "Normas generales sobre la actividad administrativa". El proyecto fue aprobado por la Cámara el 25 de octubre de 2000 y pasado al Senado para su aprobación definitiva. La terminación de la legislatura, que sobrevino pocos meses después, impidió la conclusión del iter de aprobación de este proyecto de ley, cuya consecuencia inmediata hubiese sido hacer más difícil la anulación de los actos de la Administración Pública. Actualmente se encuentra bajo examen del Parlamento un proyecto de ley inspirado en las mismas causas y finalidades (texto aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de marzo de 2002).

34. CASACIÓN. Sala Plena, 22 de julio de 1999, n.º 500, *cit.*

35. LEDDA. "Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo", en: *Giur. It.* (1999, IV), p. 2212.

36. En este sentido, ver SCOCA. *Risarcibilità e interesse legittimo*, *cit.*

37. Sobre este punto, ver una vez más SCOCA. *Ob. ult. cit.*

38. *Idem.*

