

Naturaleza Jurídica del Legítimo Interés hacia el rescate de su Autonomía Conceptual

JUAN ESPINOZA ESPINOZA ¹

Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

Autorizada doctrina procesal nacional ha llegado a afirmar que “el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil de 1984 es una norma defectuosa y prescindible en nuestro sistema jurídico”², basada, principalmente, en los siguientes motivos:

1. El art. VI del Título Preliminar del c.c. de 1984 es el (intacto) heredero del art. IV del Título Preliminar del abrogado c.c. de 1936. Este, a su vez, tomó como “fuente inspiradora” (prácticamente textual) al art. 76 del Código Civil brasileño de 1916³.
2. En el modelo jurídico importado del Brasil se incurre en una confusión de categorías materiales y procesales. En efecto, se pretende denominar como *legítimo interés*, a una categoría procesal distinta que es el *interés procesal* o el *interés para obrar*, definido como “el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derechos, en un determinado momento. Este interés se caracteriza por ser insustituible o irremplazable, actual o inminente, egoísta y abstracto”⁴.

Personalmente, suscribo esta opinión. Ya en otra sede había observado que los principios que contiene el Título Preliminar del Código civil “lejos de comprender solamente al derecho privado, involucran a todo el ordenamiento jurídico nacional”⁵. Sin embargo, creo que “el Código civil está pasando por una etapa de redimensionamiento, vale decir, ha dejado de ser un monumento casi sagrado e intocable para convertirse, con otros cuerpos normativos, en instrumento integrante de un orden superior”⁶. El rol actual del Título Preliminar del Código civil debe adecuarse a esta actual exigencia histórica: se debe prescindir de regular supuestos de hecho procesales que, dicho sea de paso, están mejor regulados en el Código Procesal civil y, con el riesgo de caer en decir lo evidente, debe regular categorías materiales propias de su disciplina. Esto es lo que sucede con el legítimo interés: el Código Procesal civil, en su art. IV de su Título Preliminar, ya se refiere al interés procesal⁷. Es por ello que en las Propuestas de Reforma al Código Civil peruano ya se ha eliminado el actual (y vigente) art. VI del Título Preliminar del c.c..

No obstante ello, el propósito de este trabajo es el de *rescatar* el concepto de *legítimo interés* como categoría material (y distinta del interés procesal). Para ello, haré una breve reseña a nivel del formante doctrinario nacional

1 Profesor de Derecho Civil en la UNMSM y en la Universidad de Lima

2 MONROY GALVEZ, El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, en *Thémis*, Segunda Epoca, No. 30, Lima, 1994, 47.

3 El cual establece que: “Para propor, ou contestar uma acao, é necessario ter legitimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo unico. O interesse moral só autoriza a acao quando toque diretamente ao autor, ou à sua familia”. MONROY GALVEZ, se remonta al art. 175 del Proyecto del Código Civil brasileño (op. cit., 50)

4 MONROY GALVEZ, op. cit., 56.

5 ESPINOZA ESPINOZA, Ensayos sobre Teoría General del Derecho y los Derechos de las Personas, Editorial Huallaga, Lima, 1996, 21.

6 ESPINOZA ESPINOZA, op. cit., 18.

7 Cuando establece, en su primera parte que: “el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar”.

respecto de su conceptualización. Posteriormente se confrontarán estas posiciones con aquellas que ha elaborado la doctrina extranjera y se evaluará su posible aplicación dentro de la normatividad actual en el sistema jurídico peruano.

1. El legítimo interés para la doctrina civilista nacional ¿interés procesal, legitimidad para obrar o situación jurídica material?

La más calificada doctrina que comenta el abrogado Código Civil de 1936 entendía que “en general, se puede sostener a que todo derecho, apreciado en el sentido subjetivo, acompaña una acción; de modo que ésta es un predicamento de aquél. El derecho en el anotado sentido es un interés protegido jurídicamente, conforme a la indicación de Ihering. El interés legitima, por lo mismo, el ejercicio de la respectiva acción tendiente a proteger un derecho”⁸. El mismo autor, al comentar el actual artículo VI del Título Preliminar del Código Civil observó que “está tratando exclusivamente del derecho subjetivo”⁹.

Otro sector de la doctrina opinó inicialmente que “la expresión *legítimo interés* dentro del Código, parece referirse a aquellos intereses que son jurídicamente exigibles a su arbitrio por el interesado”¹⁰. Posteriormente, el autor registra un afinamiento conceptual y prefiere hablar de “*interés subjetivo*, entendiendo por tal aquél que legitima a actuar a la persona dentro del ámbito civil”¹¹. Sin embargo se entiende al interés subjetivo como una categoría genérica que engloba al simple interés, al interés social, al legítimo interés y al interés público¹².

Por mi parte, pretendo introducir la siguiente definición de legítimo interés: “situación de ventaja (sustancial e inactiva) que se ubica en el interior de una (verdadera) relación jurídica estructurada en el sentido de la complementariedad y caracterizada, en el lado opuesto, por la presencia de situaciones activas (en el sentido de comportamiento) de libertad o de necesidad; pero siempre ejercidas de manera discrecional”¹³.

A efectos de contar con un claro entendimiento del concepto del *legítimo interés* es necesario remontarse a un concepto previo, que es el de la *situación jurídica subjetiva*, el cual debe ser considerado desde diversos puntos de vista, a saber, “desde el perfil estático como interés; desde el de eficacia como consecuencia de un hecho; desde el dinámico como ejercicio, actuación, expresión de la voluntad de un sujeto; desde el funcional y

“... A efectos de contar con un claro entendimiento del concepto del legítimo interés es necesario remontarse a un concepto previo que es el de la situación jurídica subjetiva”

en el perfil normativo reglamentario, como norma de conducta, de comportamiento para los titulares de la situación misma y de los otros centros de intereses que están en relación con la situación”¹⁴. En efecto, el concepto de situación jurídica que, por simplicidad

en su comprensión, ha sido concebido como una “posición del sujeto frente al ordenamiento jurídico”, no debe agotarse en una mera percepción descriptiva, debiéndose tener en cuenta los diversos perfiles ya señalados. Este tipo de percepciones unilaterales, como la que entiende al derecho subjetivo (que es una situación jurídica activa) como un interés jurídicamente relevante, puede hacer llegar a definir de manera inexacta al *legítimo interés*, confundiendo categorías procesales con categorías materiales.

La situación jurídica subjetiva puede ser de ventaja, “en cuanto apta para asegurar al titular la

8 LEON BARANDIARAN, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, WG Editor, Lima, 1991, 46.

9 LEON BARANDIARAN, Exposición de Motivos y Comentarios al Título Preliminar, en Código Civil, IV, Exposición de Motivos y Comentarios, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Lima, 1985, 28.

10 RUBIO CORREA, Título Preliminar, en Para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1986, 119.

11 RUBIO CORREA, El interés subjetivo, en Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Universidad de Lima, 1990, 253.

12 Como puede desprenderse de RUBIO CORREA, op. cit., 300.

13 BIGLIAZZI GERI, Interesse legittimo: diritto privato (voz), en Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, UTET, Torino, 1993, 549. Esta definición ya fue propuesta anteriormente, a propósito del denominado abuso de poder en las sociedades en ESPINOZA ESPINOZA, Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad de los directores y gerentes de una sociedad y el problema del denominado abuso de la mayoría, en Thémis, Segunda Época, No. 37, Lima, 1998, 50.

14 PERLINGIERI, Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale, ESI, Napoli, 1991, 248.

obtención de un resultado favorable”¹⁵, o de desventaja, en tanto “instrumento para la realización de la primera”¹⁶. Asimismo, las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser clasificadas en activas e inactivas “por cuanto, en su orden, se caracterizan por un “poder obrar” o un “no poder obrar””¹⁷. Dentro de esta clasificación, entenderemos al denominado derecho subjetivo como una situación jurídica de ventaja activa¹⁸, al deber jurídico como una situación jurídica de desventaja activa y al legítimo interés como una situación jurídica de ventaja inactiva. En este último, “la satisfacción del interés-presupuesto no depende del comportamiento del sujeto que aspira a ella (ausencia del *agere-licere*), sino del de un sujeto distinto (que se puede llamar convencionalmente agente o contrapuesto), titular de una situación de derecho o de “deber” (potestad)”¹⁹.

La *relación jurídica* ha sido entendida como “una situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece institucionalizada y orgánicamente regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, que la considera, además, como un cauce idóneo para la realización de una función social merecedora de la tutela jurídica”²⁰. Dentro de esta línea de pensamiento se observa que “dos son, por consiguiente, los requisitos necesarios para que haya relación jurídica. En primer lugar, una relación intersubjetiva, un vínculo entre dos o más personas. En segundo lugar, que este vínculo corresponda a una hipótesis normativa, de tal suerte que se deriven consecuencias obligatorias en el plano de la experiencia”²¹. Sin embargo, no se debe olvidar que los sujetos protagonistas de la relación jurídica se encuentran, a su vez, en distintas situaciones jurídicas. Por ello se dice, con acierto, que “en la relación (jurídica), la vinculación es entre situaciones subjetivas”²².

Volviendo al legítimo interés: en el momento fisiológico y dentro de una relación jurídica de

complementariedad se encuentran dos situaciones jurídicas de ventaja, una activa (derecho subjetivo) y otra inactiva (legítimo interés). El titular del derecho subjetivo debe ejercer el mismo discrecionalmente para no lesionar el legítimo interés del otro. Caso contrario, pasamos al momento patológico de la relación jurídica de complementariedad en el cual, al no ejercerse de manera discrecional el derecho subjetivo, se lesiona el legítimo interés. Esta situación material (legítimo interés lesionado o con amenaza de serlo), genera una situación procesal en la cual hay un demandante (titular del legítimo interés lesionado) y un demandado (titular del derecho subjetivo lesionante). Es aquí donde observamos una configuración, por parte de quien ejerce el derecho subjetivo de manera no discrecional, del denominado abuso de derecho, el cual ha sido entendido como el “conflicto con un interés ajeno no tutelado por una norma jurídica específica”²³. En mi opinión, el denominado abuso de derecho no es más que el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés.

Al lesionarse el legítimo interés se genera el derecho de acción por parte del dañado. Con ello, la situación jurídica de ventaja no deja de ser inactiva, si no que, a través del derecho de acción, se llega a tutelar a la misma. En efecto, “la lesión (concretándose en un hecho inmediatamente lesivo o sólo peligroso) de una situación de ventaja (activa o inactiva) atribuye, de regla, a su titular un derecho potestativo (acción) destinado a operar procesalmente, en virtud del cual se le consiente recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la tutela prevista”²⁴.

2. El legítimo interés en el Código civil peruano (y la urgente necesidad de unificar criterios)

El Código civil menciona expresamente en trece casos el término legítimo interés, a saber, en los arts. VI, 49, 127, 129, 253, 275, 351, 366, 399, 599, 956, 1260 inc.

15 BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, Derecho Civil, Tomo I, Volumen I, traducido por HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, 353.

16 BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, op. cit.

17 BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, op. cit., 356.

18 BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, op. cit., 366.

19 BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, op. cit., 430.

20 DIEZ-PICAZO y GULLON, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1982, 251.

21 REALE, Introducción al Derecho, Pirámide, Madrid, 1984, 173.

22 PERLINGIERI, op. cit., 296.

2 y 1999²⁵. No es mi intención hacer una exégesis de estos numerales sino el de evidenciar que no hay un concepto uniforme de esta categoría jurídica a lo largo de este cuerpo de leyes. Así, el art. VI identifica al legítimo interés con el interés procesal, el art. 351 confunde el legítimo interés con el derecho subjetivo²⁶, entre otros casos. Prefiero hacer una búsqueda del legítimo interés en los supuestos en los cuales no está previsto específicamente.

El primer caso lo ubicamos en el art. 2 c.c.²⁷. Si bien es cierto que el Código *sólo* le reconoce a la mujer el derecho de solicitar judicialmente el reconocimiento del embarazo o del parto. Sin embargo, al marido (por ejemplo) le asiste el legítimo interés. En efecto, a no ejercer discrecionalmente este derecho la mujer, el marido estaría legitimado para interponer la acción correspondiente²⁸.

Sucede lo mismo con el denominado fraude del acto jurídico (art. 195 c.c.), que no es más que “la facultad que la ley otorga al acreedor para pedir la declaración de inoponibilidad o ineficacia respecto de él, de ciertos actos de disposición –no necesariamente fraudulentos, (...)– que el deudor efectúe de su patrimonio y que causen perjuicio a sus derechos, hasta el límite de ellos”²⁹. En efecto, nos encontramos ante una pretensión procesal por parte del acreedor a “pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito”. El deudor tiene el derecho a disponer de sus bienes; pero el acreedor tiene el legítimo interés de que aquel lo haga de

manera discrecional, a efectos de que cumpla con su obligación³⁰.

Ya, a nivel jurisprudencial, se ha tenido que evaluar la inercia del cónyuge inocente frente al derecho que le otorga el art. 354 c.c.³¹ En efecto, se puede extraer la siguiente máxima de la decisión de fecha 20.05.94 de la Primera Sala Civil de la Corte Suprema:

“Si bien conforme al segundo párrafo del art. 354 c.c., el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo de matrimonio tratándose de la separación por causal específica, también es cierto que dicha norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido, máxime cuando la reconciliación entre las partes en controversia es impracticable.

Cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que sólo el cónyuge inocente está autorizado para pedir la disolución del vínculo del matrimonio, en el fondo, constituiría amparar la omisión abusiva de un derecho, la cual está vedada por el art. II del título preliminar del c.c.”³².

También es este caso, el denominado cónyuge culpable es titular de un legítimo interés frente al derecho del denominado cónyuge culpable dentro de la relación jurídica matrimonial (en decaimiento), de que (en caso de imposibilidad de reconciliación) se solicite la disolución definitiva del mismo. Si bien es cierto que, se resolvió este conflicto a la luz del principio general del abuso del derecho, hubiera sido interesante que se analizara la

23 FERNÁNDEZ SESSAREGO, El abuso del derecho, en Tratado de Derecho Civil, cit., 168.

24 BIGLIAZZI GERI, op. cit., 564.

25 RUBIO CORREA, antes de la reforma del Código civil por el D. Leg. No. 768, en 1993, había detectado quince casos (cit., 300–301).

26 Art. 351: “si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por reparación del daño moral”. Ya RUBIO CORREA había advertido el “fenómeno de plurisignificación” en este numeral (op. cit., 301).

27 Art. 2: “La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del Juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición”.

28 Se afirma que “la norma contenida en el artículo VI del Título Preliminar podría servir de fundamento legal para que el marido interesado solicite el reconocimiento del embarazo o del parto” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho de las Personas, Studium, Lima, 1986, 33).

29 LOHMANN LUCA DE TENA, El negocio jurídico, Grijley, Lima, 1994, 407.

30 Así, se observa con razón, que lo que justifica la pretensión de inoponibilidad o ineficacia es el incumplimiento de reglas de conducta por parte del deudor, “porque se comporta impropriamente, falta a la buena fe y a la honestidad y lealtad normales, quien a la vista de un próximo y seguro débito a su cargo, dispone de sus bienes para impedir el oportuno cobro al inminente acreedor” (LOHMANN LUCA DE TENA, op. cit., 407-408).

31 Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Algo más sobre el abuso de derecho y la arquitectura interpretativa del operador jurídico en materia de disolución y decaimiento del vínculo conyugal, en Diálogo con la Jurisprudencia, Año III, No. 6, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, 129 y ss.

32 ESPINOZA ESPINOZA, op. cit., 129-130.

situación jurídica (vale decir, de legítimo interés) en la cual estaba posicionado el denominado cónyuge culpable.

3. La lesión del legítimo interés: la responsabilidad administrativa y civil

En el Derecho Administrativo se distingue, dentro de la categoría del legítimo interés, el *legítimo interés pretensor*, que se configura en el caso de quien postula a un concurso público (tiene una situación subjetiva favorable inactiva “en que las pruebas de tramitación del concurso se rindan de conformidad a la ley”³³), o de quien solicita ante una municipalidad que se le conceda una licencia o autorización³⁴. Así, “el sujeto titular del interés legítimo que promueve el recurso ante los órganos de la jurisdicción administrativa y obtiene la

sentencia que declara la ilegitimidad del comportamiento de la Administración pública, puede después ver realizado su interés sustancial, por ejemplo, al resultar vencedor en las pruebas sucesivas al tramitarse nuevamente el concurso, o al

adjudicársele el contrato o concedérsele la licencia, como consecuencia del nuevo procedimiento realizado por la Administración en cumplimiento de lo dispuesto en el juicio administrativo”³⁵. Es aquí donde surge la controversia si el sujeto, cuyo legítimo interés ha sido lesionado, “puede también estar legitimado para solicitar el resarcimiento del daño patrimonial que se haya producido eventualmente por el comportamiento de la Administración pública”³⁶. En estos supuestos el daño “es resarcible cuando el interés sustancial sometido a juicio sobre la injusticia del daño asume las connotaciones de

una situación de confianza objetivamente valorizable”³⁷; pero no es resarcible “cuando el interés sustancial sometido al juicio sobre la injusticia del daño se resuelve en una mera *chance*”³⁸.

El legítimo interés lesionado, dentro del ámbito administrativo, también puede ser tutelado en el ámbito civil, ello por cuanto se reconoce “un derecho de reacción dirigido a obtener el resarcimiento específico dentro de los límites en los cuales la nulidad (de la resolución administrativa) no basta para hacer justicia al particular, o permanezca siendo estéril de efectos prácticos por inercia de los órganos administrativos competentes”³⁹.

También se habla de *legítimo interés opositor*; cuando se hace referencia a “intereses que luchan por un

mantenimiento de un bien de la vida”⁴⁰, que se da “en los casos de ilegítima anulación, por parte de la Administración pública, de precedentes resoluciones constitutivas, o solo de reconocimiento, de posiciones de derecho subjetivo” o “de una serie de

comportamientos materiales tales de vaciar el contenido del derecho precedentemente constituido o reconocido”⁴¹. Tal sería el caso en el cual, una municipalidad, después de haber autorizado la gestión, a una sociedad privada, de un yacimiento de desechos especiales, sucesivamente adopte una serie de actos ilegítimos dirigidos a hacer imposible el desarrollo de la actividad autorizada⁴².

En mi opinión, percibo que se está dando una tutela a la lesión de un derecho subjetivo y no a la lesión de un legítimo interés. Es por ello que se sostiene, con razón,

**“...El Legítimo interés lesionada
dentro del ambito administrativo,
tambien puede ser
tutelado en el ámbito Civil ”**

33 VISINTINI, Trattato breve della responsabilità civile, CEDAM, Padova, 1996, 451 y ahora en Tratado de la responsabilidad civil, Tomo II, traducido por KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de ATIENZA NAVARRO, BOSSIO, ESPINOZA ESPINOZA, LONGHIN Y WOOLCOTT OYAGUE, Astrea, Buenos Aires, 1999, 133.

34 Como el caso de “denegación de autorización de transferencia de la licencia de (funcionamiento) de una actividad comercial” (PALMIERI, Il Commento, en Danno e responsabilità, No. 1, IPSOA, Milano, 1997, 61).

35 VISINTINI, op. cit., 133-134.

36 VISINTINI, op. cit., 134.

37 BUSNELLI, Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sabarramento” alla “rete di contenimento”, en Danno e responsabilità, No. 3, IPSOA, Milano, 1997, 273.

38 BUSNELLI, op. cit.

39 PALMIERI, op. cit., 63.

40 FOLLIERI, citado por BUSNELLI, op. cit.

41 PALMIERI, op. cit., 65.

42 PALMIERI, op. cit.

que “si el derecho subjetivo surge con la expedición de la licencia de construcción, la anulación posterior lo debilita; pero vuelve a ser tutelable frente al juez ordinario después de la caducidad de la resolución de anulación por obra del juez administrativo”⁴³.

La jurisprudencia italiana es reacia a reconocer la responsabilidad civil de la Administración pública, derivada de la lesión de legítimos intereses⁴⁴. Por ello se sostiene que: “cualquiera sea el trazo argumentativo que se escoja, el núcleo teórico fundamental se articula a través de los siguientes pasajes lógicos: actividad discrecional de la Administración pública-normas de acción-interés legítimo del privado-inexistencia de un daño injusto resarcible”⁴⁵. Ante esta situación, se piensa que “no se trata ni de afirmar, ni de negar un principio general de resarcibilidad de la lesión del interés legítimo, sino de constatar, en los diversos conflictos tipificables, y sobre la base de la naturaleza y de la protección que surja fuera del interés sustancial imperante, así como de la finalidad de la norma violada por la Administración pública, si el daño ocasionado al individuo pueda o no, considerarse injusto”⁴⁶.

La lesión del legítimo interés pretensor y (aún admitiéndolo) del legítimo interés opositor se encuentran, repito, en el escenario de la responsabilidad administrativa, la cual, como hemos visto, puede extenderse hacia una responsabilidad civil. Ello no quiere decir que no existan supuestos de hecho sólo a nivel de derecho civil. Prueba de ello son los casos, ya comentados, de los artículos 2, 195 y 354 del c.c. ya señalados. La más autorizada doctrina italiana que se ha dedicado al legítimo interés ha expresado que si el mismo

“es situación de ventaja, resultado de la calificación normativa de un interés jurídicamente relevante, su lesión resultante de un comportamiento *non jure* del sujeto agente debería concretar aquel daño injusto que está en la base no (...) de la sola responsabilidad civil (extra-contractual), sino también de la responsabilidad contractual”⁴⁷.

En efecto, “la injusticia (del daño) no se identifica más con la lesión de un derecho subjetivo, sino implica un juicio de relación sobre la base del cual se establece si el interés lesionado es merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico. Cuando el interés lesionado está ya protegido en la forma de derecho subjetivo, tal juicio ha sido ya efectuado por el legislador, por tanto, el juez está exonerado. Viceversa, cuando el interés es relevante, aunque no sea objeto de un derecho, el juicio debe ser efectuado por el intérprete, el cual deberá tener en cuenta las recíprocas posiciones en conflicto”⁴⁸.

Un caso en el cual no cabe hablar (propriadamente) de la lesión a un derecho subjetivo es el de la responsabilidad civil por muerte del conviviente *more uxorio*. En efecto ¿Puede la conviviente sobreviviente solicitar una indemnización por daño moral por la pérdida de su compañero? ¿Se podría hablar de la lesión de un interés legítimo?. En Italia, superando una jurisprudencia decididamente en contra del resarcimiento por parte del conviviente, la *Corte di Assise*⁴⁹ de Génova ha considerado “admisible, en un proceso por homicidio, la constitución de parte civil de la conviviente *more uxorio* de la víctima”⁵⁰. Es por ello que se afirma que “la orientación que se está delineando es sustancialmente favorable, ciertamente ha cambiado mucho respecto al

43 MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043: la fine di una regola?*, en *Danno e responsabilità*, No. 5, IPSOA, Milano, 1997, 553.

44 En atención a ello se sostiene que “la historia de la regla del no resarcimiento de las lesiones de intereses legítimos no se remonta a períodos atávicos, se trata de una dogmatización de los años cincuenta, de una regla centrada de tutela de la administración” (MONATERI, *op. cit.*, 558).

45 MASTORILLI, *Commento*, en *Danno e responsabilità*, No. 1, IPSOA, 1997, 75.

46 SALVI, *La responsabilità civile*, en *Trattato di Diritto Privato*, a cura de IUDICA y ZATTI, Giuffrè, Milano, 1998, 80.

47 BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 565.

48 FRANZONI, *Fatti illeciti*, *Comentario SCIALOJA-BRANCA*, a cura di GALGANO, Zanichelli-Il Foro, Bologna-Roma, 1993, 266.

49 Que es el equivalente a nuestros tribunales correccionales penales.

50 ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, 1993, 354. En efecto, en esta resolución se observa “cómo el fenómeno de la convivencia por ser “siempre más difundido y largamente aceptado por el sentir común” no puede ser ignorado y quedar privado de consecuencias también en el plano jurídico” (*cit.*).

prevaleciente hace algunos decenios⁵¹. Incluso en un reciente proyecto de ley esta situación ya encontró reconocimiento⁵². En Francia, la *Chambre mixte*, ha precisado que en presencia de un caso de convivencia *more uxorio*, caracterizada por las notas de “estabilidad” y carente de todo aspecto ilegal, “debe ser casada la sentencia que niegue legitimación a la concubina por la demanda de resarcimiento del daño⁵³ por muerte del conviviente.

En este supuesto nos encontramos frente a la lesión de un legítimo interés del cual es titular el (o la) conviviente *superstite*: su situación jurídica de ventaja inactiva no puede quedar desamparada ante este tipo de lesiones. Sin embargo, el reconocimiento de la resarcibilidad de este tipo de daño debe encuadrar, necesariamente, dentro de los requisitos que establece el art. 326 c.c., vale decir, que se trata de un varón y una mujer, que estén libres de impedimento matrimonial y que hayan convivido, al menos, dos años.

Conclusiones

Las conclusiones que podemos arribar después de esta breve reseña, son las siguientes:

1. Comparto la opinión de quien sostiene que la redacción del art. VI del Título Preliminar del Código Civil es inadecuada y equívoca, por cuanto se están confundiendo categorías materiales y procesales.
2. El legítimo interés es una categoría jurídica material distinta del interés procesal (estado de necesidad por el cual se recurre al órgano jurisdiccional del Estado) y de la legitimidad para obrar (correspondencia entra la

situación jurídica material y la situación jurídica procesal).

3. El legítimo interés es una situación jurídica de ventaja inactiva que se encuentra dentro de una relación jurídica de complementariedad con un derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa). El titular del derecho subjetivo tiene que ejercer el mismo de manera discrecional. Caso contrario se configura un abuso de derecho que lesiona el legítimo interés.
4. Al lesionarse (o con la amenaza de lesión de) el legítimo interés se genera el derecho de acción. Con ello no se quiere decir que sólo con la lesión del legítimo interés uno puede “ejercitar o contestar una acción” (como podría desprenderse del art. VI del Título Preliminar del Código Civil), sino como –a continuación– precisa la primera parte del art. 24 de la Constitución Italiana de 1947:

“Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos y legítimos intereses”.

5. Se distingue, en la experiencia jurídica italiana, el legítimo interés pretensor del legítimo interés opositor que surgen frente a actos de la Administración Pública, de cuya lesión se origina una responsabilidad administrativa. De esta responsabilidad puede surgir una responsabilidad civil.
6. La lesión del legítimo interés también es tutelada directamente a nivel de Derecho Civil (como el caso de los arts. 2, 195 y 354 c.c.) y también puede ser fuente de responsabilidad civil (como el caso de daño por muerte del conviviente *more uxorio*).

51 ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Il Mulino, Bologna, 1991, 173.

52 El Proyecto de Ley de Reforma sobre el Seguro Obligatorio de la Responsabilidad Civil Automovilística (RCA), aprobado por el Senado el 21.11.90, establece en su art. 21 que “en el caso de lesiones mortales el resarcimiento del daño patrimonial y moral compete también al conviviente de la víctima que demuestre la subsistencia de los requisitos de la unión y comunión de vida, del mutuo afecto y de la recíproca asistencia moral y material, por un período no inferior a cinco años”.

53 ALPA, op. cit., 190.

7. Urge armonizar el concepto de legítimo interés empleado en diversos artículos del Código civil (arts VI. 49, 127, 129, 253, 275, 351, 366, 399, 599, 956, 1260 inc. 2 y 1999 c.c.). **D&S**

